



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

ففي هذا العدد:

- **الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث الجانحين وفقاً للقانون العماني**
القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
- **ظاهرة التهرب التأميني بين الواقع والقانون**
الدكتور/ سيف بن أحمد بن محمد الرواحي - هنادي بنت أحمد بن عبدالله الخروصي - صفاء بنت ناصر بن سالم الخروصي
- **الجرائم البيئية أمام المحكمة الجنائية الدولية - جريمة التخلص من النفايات النووية (التجريم والعقاب)**
الدكتورة/ داليا قدرمي أحمد عبد العزيز
- **المرجعية التشريعية لحماية الدولة للصحة العامة دراسة تطبيقية علم التدابير الوقائية في السودان لسنة ٢٠٢٠م لجائحة كوفيد-١٩**
الدكتور/ محمد حسن جماع تمساح - الدكتور/ أبكر آدم محمد آدم
- **الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) علم الديون والعقود التجارية**
الدكتور/ إبراهيم أحمد السيد البسطويسبي
- **حماية الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي**
الدكتور/ باسم محمد فاضل مديبوله
- **إشكالات تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني**
جهاد محمود عبد المبدئي عمر
- **أنظمة حل المنازعات في كل من منظمة التجارة العالمية والمركز الدولي لتسوية المنازعات وأثرها علم حقوق المستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة)**
وضاح بن طالب بن يحيى الهنائي - الدكتور/ صالح بن حمد بن محمد البراشدي



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان

المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف

هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

Print: 2706-882X
Online: 2789-3294

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نيهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الدكتور/ يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية



قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث أو (الباحثين)، وجهة عمل الباحث أو (الباحثين) باللغتين العربية والإنجليزية.
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلاً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبة أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، وبحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified (Arabic، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط (Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً- إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة: hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. تخضع البحوث الواردة إلى المجلة لفحص نسبة الاقتباس العلمي فيها، والتي يجب ألا تتجاوز (15%)، بحيث لا يقبل البحث إذا تجاوز الاقتباس هذه النسبة.
5. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكمين اثنين له، يكونان من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
6. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
7. يرسل مدير التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكمين مشفوعة بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقريرين، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
8. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
9. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكمين؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
10. يتولى مدير التحرير مراسلة الباحث بإشعار موجه إليه من رئيس التحرير يفيد قبول البحث للنشر أو عدم قبوله، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
11. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على إفادة معتمدة من المجلة بقبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
12. يزود الباحث بنسخة ورقية واحدة من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من بحثه ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
13. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
14. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).



محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
5	كلمة العدد الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
البحوث والدراسات	
6	الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث الجانحين وفقاً للقانون العماني القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد البيزدي
44	ظاهرة التهرب التأميني بين الواقع والقانون الدكتور/ سيف بن أحمد بن محمد الرواحي - هنادي بنت أحمد بن عبدالله الخروصي صفاء بنت ناصر بن سالم الخروصي
84	الجرائم البيئية أمام المحكمة الجنائية الدولية - جريمة التخلص من النفايات النووية (التجريم والعقاب) الدكتورة/ داليا قدرى أحمد عبد العزيز
134	المرجعية التشريعية لحماية الدولة للصحة العامة دراسة تطبيقية على التدابير الوقائية في السودان لسنة ٢٠٢٠م لجائحة كوفيد-١٩ الدكتور/ محمد حسن جماع تمساح - الدكتور/ أبكر آدم محمد آدم
162	الأثار القانونية لفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) على الديون والعقود التجارية الدكتور/ إبراهيم أحمد السيد البسطويسي
206	حماية الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي الدكتور/ باسم محمد فاضل مدبولي
270	إشكالات تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني جهاد محمود عبد المبدي عمر
322	أنظمة حل المنازعات في كل من منظمة التجارة العالمية والمركز الدولي لتسوية المنازعات وأثرها على حقوق المستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة) وضاح بن طالب بن يحيى الهنائي - الدكتور/ صالح بن حمد بن محمد البراشدي

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق



كلمة العدد

الحمد لله الذي علّم بالقلم، علّم الانسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على معلم البيان والناطق بأفصح لسان صلى الله وسلم عليه... وبعد،،،
القراء الأعزاء:

تجدد مجلة الدراسات الفقهية والقانونية معكم الصلة العلمية؛ إذ العلم رحم بين أهله؛ حيث تتوارد بين أذهان الباحثين والمهتمين بالشأن القانوني قضايا شتى في مختلف المناحي، تتجدد بتجدد حركة الحياة ومفرزاتها، وتحتاج هذه القضايا من يكشف خبرها وآثارها ومضمونها، فيسعى الباحثون إلى دراستها وسبر أغوارها من أجل استنباط الحكم الفقهي والقانوني لها؛ لتظهر هذه القضايا جلية في وقع الحياة العملية، وهو ما تسعى إليه مجلة الدراسات الفقهية والقانونية في كل إصدار من إصداراتها.

وفي هذا العدد؛ تطالعنا ثمانية أبحاث محكمة، تناولت مواضيع وقضايا مختلفة ذات واقع ملموس، أعدها باحثون أجلاء، لهم منا جزيل الشكر والتقدير على مشاركاتهم المعطاءة.

والله الموقِّع والمُسْتَعَان،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير



الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث الجانحين وفقاً للقانون العماني

القاضي الدكتور/ بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي *

الملخص:

يتناول هذا البحث موضوع الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث الجانحين باعتبارهما وسيلتين من وسائل الحماية المقررة للحدث الجانح في عدالته الجنائية، ورغم أن الحدث الجانح يشترك مع البالغين في الأحكام العامة لهذين الطعنين؛ غير أن هناك أحكاماً خاصة بالحدث الجانح يتناولها البحث شرحاً وتفصيلاً، وتتمحور إشكالية البحث في أن النصوص التشريعية العمانية في مجال الطعن بالمعارضة وإعادة النظر جاءت قاصرة في بعض جوانبها عن توفير حماية كاملة للحدث الجانح، الأمر الذي يستدعي الوقوف عليها واقتراح المناسب من الحلول والمعالجات، ويهدف البحث إلى عرض أحكام الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في القواعد الإجرائية العامة، وكذلك عرض أحكامهما في القواعد القانونية الخاصة بالأحداث الجانحين، وتقصي الثغرات القانونية التي من شأنها أن تؤثر على عدالة الحدث الجانح واقتراح الحلول المناسبة لها، ويأخذ البحث بالمنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن والمنهج التطبيقي، وقد خلص البحث في نتيجته إلى أن القانون العماني تضمن قواعد عامة للطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث، كما وضع بعض القواعد القانونية الخاصة بالأحداث الجانحين، ورغم ذلك فقد تضمنت النصوص التشريعية ثغرات قانونية يلزم إجراء معالجة تشريعية لها لضمان محاكمة عادلة للحدث الجانح، وقدم الباحث في ختام البحث المقترحات والتوصيات التي تكفل تحديث نظام الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث في سلطنة عمان.

الكلمات المفتاحية: المعارضة - إعادة النظر - الحدث الجانح - القانون العماني.

*قاضي محكمة استئناف - المجلس الأعلى للقضاء.



Appeal by Objection and Review Cases Of Juvenile Delinquent According to the Omani Law

Judge Dr. Badar Khamis Said Alyazidi*

Abstract:

This research deals with the topic of objection to a ruling made in defendant absence and reconsideration of the cases of delinquent juveniles as two of the protections prescribed for the juvenile delinquent in his criminal justice. Although a juvenile delinquent shares with the adults the general provisions of these two appeals, however, there are provisions specific to the delinquent juvenile that the research deals with in explanation and detail. The problem of the research revolves around the fact that the Omani legislative texts in the field of challenging the decision through objection and reconsideration are limited in some aspects to providing full protection for the delinquent juvenile, which calls for standing on it and proposing the appropriate solutions. The research aims to present the provisions of objection to a ruling made in defendant's absence and reconsideration the general procedural rules, as well as presenting their provisions in the legal rules for delinquent juveniles, and to investigate legal loopholes that would affect the justice of the delinquent juvenile and to suggest appropriate solutions to it. The research is based on several scientific approaches, namely: inductive methods, analytical methods, comparative methods and practical approaches. The research concludes that Omani law included general rules to objection to a ruling made in defendant absence and reconsideration juvenile cases, and set some legal rules for delinquent juveniles, despite this, the legislative texts contain legal lacunae for which legislative treatment is required to ensure a fair trial for a juvenile offender. At the conclusion of the study, the researcher presented a number of suggestions and recommendations to improve the juvenile delinquent legal system in Oman.

Keywords: Opposition – Reconsideration - Juvenile Delinquent - Omani Law.

*Court of Appeal Judge - Supreme Judicial Council.

المقدمة

عند دراسة طرق الطعن في الأحكام القضائية؛ نجد أن فقهاء القانون يقسمون طرق الطعن في الأحكام إلى قسمين:

القسم الأول: الطريق العادي للطعن: وهو من شأنه طرح الدعوى مرة أخرى على محكمة الموضوع، ويكون بالمعارضة والاستئناف.

القسم الثاني: الطريق غير العادي للطعن: وهو لا يطرح الدعوى مرة أخرى وإنما يكون على صورة خاصة، ويكون بالنقض وإعادة النظر، وفي هذا البحث نتناول طريقي الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث وفقاً لما قرره المشرع العماني.

أولاً- موضوع البحث:

يتناول هذا البحث موضوع الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في مجال مساءلة الحدث الجانح، ورغم أن الحدث الجانح يحتكم في مجال الطعن في الأحكام القضائية إلى ذات القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن المشرع خصه ببعض الأحكام التي تناولته دون البالغين، كما شرع له طرقاً خاصة للطعن على الأحكام والقرارات الصادرة ضده كما رسمتها القوانين الخاصة بالأحداث، وهذا ما سوف تفصله الدراسة الماثلة.

ثانياً- أهمية البحث:

إن من أهم وسائل الحماية الجنائية التي قررتها التشريعات القانونية للحدث الجانح عند مساءلته الجنائية؛ حقه في الطعن على الأحكام الصادرة ضده بطرق الطعن المختلفة، سواء كان الحكم صادراً بإحدى العقوبات التقليدية، أم بأحد التدابير الرعائية أو الإصلاحية التي قررها القانون، ومن هنا تكمن أهمية البحث باعتبار أنه يتناول أحد أهم وسائل الحماية المقررة للحدث الجانح في عدالته الجنائية.

ثالثاً- إشكالية البحث:

تكمن إشكالية الدراسة في كون أن المشرع العماني أوكل أغلب القواعد الخاصة بالطعن بالمعارضة وإعادة النظر إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية دون مراعاة خصوصية الحدث الجانح عند مساءلته جنائياً؛ الأمر الذي أوجد

ضبابية في بعض الأحكام المتعلقة بالطعنين، وأوجد خشية من أن يكون هناك قصور في الحماية المقررة للحدث الجانح، كما أن المشرع العماني أوجد طريقاً خاصاً بالحدث الجانح للطعن بإعادة النظر في الأحكام والقرارات الصادرة ضده يلزم الوقوف على تفاصيله واستجلاء غموضه، وإن وجدت بعض الثغرات القانونية فإنه يلزم معالجتها والوقوف عليها واقتراح ما يناسبها من الحلول، وهو ما تسعى هذه الدراسة لتحقيقه.

رابعاً- مناهج الدراسة:

تقوم الدراسة على عدة مناهج بحثية أهمها؛ المنهج التحليلي، من حيث تتبع المواد القانونية المقررة للحدث الجانح في مجال الطعن بالمعارضة وإعادة النظر، ودراسة اتجاهات أحكام القضاء العماني، والمنهج الاستقرائي، من حيث دراسة المبادئ والقواعد التي قررها القانون العماني في مجال الطعن بالمعارضة وإعادة النظر، والمنهج المقارن، من خلال بيان موقف المشرع العماني من الطعن بالمعارضة وإعادة النظر مقارنة بالقوانين المقارنة الأخرى متى دعت الحاجة، والمنهج التطبيقي، من خلال عرض بعض القضايا والأحكام الصادرة في موضوع الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في قضايا الأحداث الجانحين ودراستها والتعليق عليها.

خامساً- خطة الدراسة:

استدعى البحث في الموضوع إلى تقسيم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين يسبقهما مبحث تمهيدي إضافة إلى خاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات، فأما المبحث تمهيدي فيستعرض أحكام الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في القواعد العامة، وأما المبحث الأول فيتناول أحكام الطعن بالمعارضة في قضايا الأحداث الجانحين، ويتناول المبحث الثاني أحكام الطعن بإعادة النظر في المسائل الخاصة بالأحداث الجانحين، وقد اقتضى التقسيم إلى وضع مطلبين لكل مبحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في القواعد العامة.

المطلب الأول: الطعن بالمعارضة في القواعد العامة.

المطلب الثاني: الطعن بإعادة النظر في القواعد العامة.

المبحث الأول: الأحكام الخاصة للطعن بالمعارضة في قضايا الأحداث.

- المطلب الأول: أثر حضور أولياء الحدث الجانح في اعتبار صفة الحكم.
- المطلب الثاني: تحديد الأشخاص الذين يصح حضورهم عن الحدث الجانح ونطاقه.
- المبحث الثاني: الطعن بإعادة النظر في المسائل الخاصة بالأحداث الجانحين.
- المطلب الأول: إعادة النظر عند الخطأ في تقدير سن الحدث الجانح.
- المطلب الثاني: إعادة النظر في تدابير الرعاية والإصلاح.
- الخاتمة.

المبحث التمهيدي

الطعن بالمعارضة وإعادة النظر في القواعد العامة

لأجل وضع صورة واضحة لموضوع الدراسة؛ فسوف نتناول في هذا المبحث القواعد العامة في مجال الطعن بالمعارضة وإعادة النظر كما رسمها القانون الإجرائي العام، وهذا يستلزم تقسيم المبحث إلى مطلبين، يتناول الأول الطعن بالمعارضة في القواعد العامة، بينما يتناول الثاني الطعن بإعادة النظر في القواعد العامة.

المطلب الأول

الطعن بالمعارضة في القواعد العامة

يعد الطعن بالمعارضة طريق عادي للطعن في الأحكام القضائية، وقد تناولت أحكامه قانون الإجراءات الجزائية، في هذا المطلب سوف نتناول الدراسة أحكام المعارضة من خلال عرض مفهومها والأحكام التي تصح فيها المعارضة، ويكون ذلك من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

مفهوم الطعن بالمعارضة

المعارضة طريق عادي للطعن في الأحكام الغيابية الصادرة في المخالفات والجنح، وتهدف إلى إعادة طرح الدعوى أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، ويكون الطعن بالمعارضة بسبب أن الحكم صدر في غيبة المتهم وهو ما يعبر عنه بـ "الحكم الغيابي". والأصل في المحاكمات الجزائية إلزامية حضور المتهم بشخصه في جلسات المحاكمة نظراً إلى خطورة الاتهام والعقوبة التي من المحتمل إيقاعها عليه، ولذلك فإن القواعد العامة تقضي بوجود حضور المتهم بنفسه في جميع إجراءات المحاكمة في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن، ويجوز في غير ذلك أن يعين وكيلاً عنه، وفي حالة تخلفه عن الجلسة فإنه يجوز له في جميع الأحوال أن يحضر وكيل عن المتهم ويبيد عذره في عدم الحضور، فإذا رأت المحكمة أن العذر مقبول؛ تُعَيَّن ميعاداً لحضور المتهم أمامها ويخطر بذلك^(١)، وقد قررت المحكمة العليا أن مؤدى المادة (١٦٥) من قانون الإجراءات الجزائية أن حضور المتهم في جميع إجراءات المحاكمة في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن إجراء لزومي، ومن هنا لا يجوز أن ينتدب عنه أي وكيل؛ وحتى لو حضر الوكيل وترافع عنه في الدعوى فلا أثر لمرافعته لوقوعها باطلاً^(٢).

(١) قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩م نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٥/١٢/١٩٩٩م، المادة (١٦٥)، وينظر: العجمية، آسيا بنت إسماعيل بن محمد، "الضمانات الإجرائية في قانون مساعلة الأحداث العماني: دراسة مقارنة"، (بحث متطلب مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، ٢٠١٥م)، ص ٤٧-٤٩، والسناني، عادل بن علي بن سالم، "إجراءات مساعلة الأحداث الجانحين"، (بحث متطلب مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يناير ٢٠١١م)، ص ١٥٨-١٦٠.

(٢) مبدأ رقم (١٠٢) في الطعن رقم (٢٠١٣/٧٠٧م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١١/فبراير/٢٠١٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين

وَبُعْدُ الحكم الغيابي من أضعف الأحكام دلالة على صحة ما قُضِيَ به؛ لأن المحكوم عليه لم يُبَدِّ دفاعه على الدعوى المقدمة ضده، فمن المحتمل أن يتغير وجه الحكم في الدعوى ما لو استمع القاضي لدفاع المتهم، لذا أجاز القانون للمحكوم عليه أن يرفع دعوى معارضة إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم؛ لأنها لا تكون قد استنفدت سلطتها في الدعوى^(٣).

ومؤدى المادتين (٢٣٠) و(٢٤٥) من قانون الإجراءات الجزائية أن الحكم الغيابي ليس حكماً نهائياً؛ سواء صدر من المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف، والدليل على ذلك أن الطعن بالمعارضة يعيد طرح الدعوى على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وعلة ذلك أن هذا الحكم ضعيف؛ لأن القضاء لم يسمع دفاع أحد الأطراف، ويحتمل أن يكون غير صحيح لعدم إمامه إماماً كافياً بعناصر الدعوى، وقد رأى المشرع أن مثل هذا الحكم لا يجوز أن يكون له القوة التنفيذية أو قوة إنهاء الدعوى، فشرع المعارضة لكي يعاد عرض الدعوى من جديد على المحكمة، فتستمع إلى من كان غائباً، فتكون على بيينة كاملة بعناصر الدعوى^(٤).

القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص٤١٣، ومبدأ رقم (١/٦٤) في الطعن رقم (٢٠٠٦/٣١١) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٤/١١/٢٠٠٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٦ وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٧م، السنة القضائية السابعة، ص٣٩٦، ومبدأ رقم (٢/٨٧) في الطعن أرقام ٣٦٥ و٣٦٦ و٣٦٧/٢٠٠٥م جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٠/١٢/٢٠٠٥م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١/٢٠٠٥ وحتى ٣٠/١٢/٢٠٠٥م، السنة القضائية الخامسة، ص٤٠٩.

(٣) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٨م)، ص١٠١، والديبسي، مدحت، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١م)، ص١٦١.

(٤) مبدأ رقم (١٧) في الطعن رقم (٢٠٠٨/٢٢٤) جزائي عليا جلسة ٤/١١/٢٠٠٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، ص١٣٤-١٣٥، ومبدأ رقم (٢٦)

وعند صدور الحكم الغيابي على المتهم فإن باب المعارضة يكون مفتوحاً أمامه من تاريخ علمه اليقيني بصدور الحكم عن طريق إعلانه ويكون متاحاً لمدة أسبوعين، ولا يصح له الطعن على الحكم بطريق النقض ما دام باب الطعن بالمعارضة لا يزال مفتوحاً^(٥).

الفرع الثاني

الأحكام التي يصح فيها المعارضة

الطعن بالمعارضة يعيد طرح النزاع برمته على المحكمة المنظور أمامها مرة أخرى على الحكم الصادر غيابياً من محكمة أول درجة في الجرح والمخالفات خلال أسبوعين من تاريخ إعلانه، ويترتب على المعارضة وقف تنفيذ الحكم^(٦)، والمعارضة لا تجوز إلا مرة واحدة؛ فإذا لم يحضر المعارض الجلسة المحددة لنظرها تعتبر المعارضة كأن لم تكن، ولا تجوز المعارضة في الحكم الصادر في المعارضة^(٧).

وأما الأحكام الصادرة في قضايا الجنايات من محكمة الاستئناف؛ فإنه من خلال دراسة الفصل الخامس من الباب الرابع الوارد في طرق الطعن في الأحكام من قانون الإجراءات الجزائية؛ نجد أن المادة (٢٣٠) نصت على أن المعارضة تكون في الجرح

في الطعن رقم (٢٠٠٦/٣٦٨م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٧/١٠/٢٠٠٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٦ وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٧م، السنة القضائية السابعة، ص ١٧٥.

^(٥) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٢٣٠)، ومبدأ رقم (١٣١) في الطعن رقم (٢٠١٤/١٤٢م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٦/مايو/٢٠١٤م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، ص ٥٣٧، ومبدأ رقم (٢/٦) في الطعن رقم (٢٠٠٩/٢٧٤م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٦/١٠/٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩ وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، ص ٤٠.

^(٦) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٢٣٠).

^(٧) المرجع ذاته، المادة (٢٣٣).

والمخالفات، ولم تورد ذكر المعارضة على الأحكام الصادرة في الجنايات، غير أن المشرع العماني أجاز إعادة نظر الدعوى من جديد بموجب نص خاص أورده في الفصل الثالث من الباب الثالث المعنون بـ"التخلف عن الحضور أمام محكمة الجنايات"، حيث نصت المادة (١٧٠) من القانون على أنه: "إذا حضر المحكوم عليه غيابياً أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضي المدة؛ يسقط الحكم الغيابي سواء فيما يتعلق بالعقوبة أو التدابير أو التعويضات، ويعاد نظر الدعوى أمام المحكمة"، والنص يشمل الأحداث والبالغين على السواء.

وهذا الحكم هو الذي أسماه الفقه القانوني بالسقوط التلقائي بقوة القانون، ويكون ذلك إذا حضر الحدث أو البالغ المحكوم عليه أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضي المدة، فيعاد نظر الدعوى من جديد أمام محكمة الجنايات دون الحاجة إلى تقديم طعن بالمعارضة^(٨)، وهو يتفق مع قواعد العدالة التي تقضي بتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه وإتاحة الطريق له للطعن على الحكم الصادر ضده.

ونخلص مما تقدم عرضه؛ أن المشرع العماني وضع نظاماً الطعن بالمعارضة على الأحكام الغيابية الصادرة في المخالفات والجنح، وأما الأحكام الغيابية الصادرة في الجنايات؛ فقد وضع لها نظام السقوط التلقائي بقوة القانون، ورغم مغايرة المشرع للتسمية القانونية في النظامين؛ غير أن الباحث لا يرى ثمة أثراً على الواقع العملي من حيث أنه في كلتا الحالتين تعاد محاكمة المتهم الغائب من جديد.

(٨) محمد، أحمد علي عبدالحليم، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٤هـ/٢٠١٤م)، ص ٤٣٠-٤٣١، وقصير، علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م"، ص ٢٠٨.

وعلى سبيل المقارنة؛ فإن التشريع المصري أجاز الطعن بالمعارضة على الحكم الصادر من محكمة الأحداث ولو كان صادراً في جناية^(٩)، وهو ما يدعو إليه الباحث بتشريع نص في قانون مساءلة الأحداث يُجوز الطعن بالمعارضة على الأحكام الصادرة على الأحداث في قضايا الجنايات، أو أن يُلغى إسناد اختصاص قضايا الجنايات لمحكمة جنايات الأحداث في محكمة الاستئناف وتكون لدائرة ابتدائية بتشكيل خاص وبتاح مجال المعارضة على الحكم الغيابي.

وكثيراً ما يتم إساءة استخدام حق الطعن بالمعارضة في تعطيل سير الدعوى بالتغيب عمداً عن جلسات المحاكمة، ولذا سعى القانون إلى تقييد هذا الحق بجعله مرة واحدة، واعتبار المعارضة كأن لم تكن إذا تخلف المعارض عن الجلسة المحددة، وعدم جواز المعارضة على حكم المعارضة.

المطلب الثاني

الطعن بإعادة النظر في القواعد العامة

يعد الطعن بإعادة النظر أحد طرق الطعن غير العادية في الأحكام القضائية، وقد رسم القانون الإجرائي العام طريق الطعن بإعادة النظر في قضايا محددة على سبيل الحصر، وهي قواعد تطبق على الأحداث والبالغين على السواء، وفي هذا المطلب نعرض لمفهومه وأحكامه من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

مفهوم الطعن بإعادة النظر وأنواعه

لم يرد تعريف لمفهوم إعادة النظر في التشريع العماني، غير أن كتب الفقه القانوني عرفته بأنه: طريق غير عادي للطعن في الأحكام النهائية الحائزة لقوة الأمر المقضي

(٩) قانون الطفل المصري، "قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م"، المادة (١٢٥).

فيه إذا توافرت أسباب إعادة النظر الواردة حصراً في القانون^(١٠)، فجوهر مفهوم إعادة النظر هو بحث موضوع الدعوى التي سبق وأن صدر حكم نهائي فيها واجب النفاذ، وذلك بإعادة بحثها أمام القضاء مرة أخرى متى توفر السبب القانوني الموجب لذلك. وقد عرفته المحكمة العليا العمانية بأن إعادة النظر "طريق طعن خاص قرره القانون للطعن في الأحكام النهائية بطلب يقدم إلى المحكمة العليا عن طريق الادعاء العام يرمي إلى معالجة ما يرد في الأحكام من خطأ في تقدير الوقائع إذا الخطأ أثر في قرار المحكمة بحيث ما كان ليصدر لو لم تقع في الخطأ، فقد حدد المشرع حالات إعادة النظر في خمس حالات على سبيل الحصر هي المذكورة في المادة (٢٦٨) من قانون الإجراءات الجزائية ويشترط في الحكم الذي يقبل إعادة النظر أن يكون نهائياً وأن يكون صادراً بالعقوبة وأن يكون في جناية أو جنحة"^(١١).

ونخلص مما تقدم عرضه، أن الطعن بإعادة النظر في الدعوى طريق استثنائي للطعن في الأحكام القضائية في حالات معينة في القانون واردة على سبيل الحصر، يهدف إلى تقويم الأحكام القضائية التي تضمنت خطأ جوهرياً أثر على الحكم، ويكون ذلك في الأحكام القضائية النهائية التي قضت بعقوبة جزائية في جناية أو جنحة.

ويظهر مما تقدم أن إعادة النظر طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية، وهو نظام عرفته القوانين الإجرائية بشكل عام، ويطبق على الأحداث من قبيل تطبيق القواعد العامة الواردة في الشريعة الإجرائية الجزائية تطبيقاً للمادة (٩) من قانون مساءلة الأحداث التي نصت على أن "تسري أمام المحكمة فيما لم يرد بشأنه نص

(١٠) حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ١٢٨٥، والطالب، السنية محمد، إجراءات محاكمة الأحداث في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في جامعة محمد خيضر بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العام الجامعي ٢٠١٣/٢٠١٤م"، ص ١٣٧.

(١١) مبدأ رقم (١٢٢) في الطعن رقم (٢٠٠٢/٢٢٦م) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ٢٠٠٢/١٢/٣١م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها خلال عام ٢٠٠٢م، مسقط ٢٠٠٣م، ص ٥٠٣.

خاص في هذا القانون القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية"، ومع ذلك فإن له صورة خاصة ومتفردة في قضايا الأحداث. فمن خلال استقراء النصوص القانونية الواردة في إعادة النظر في قانون الإجراءات الجزائية وقانون مساءلة الأحداث، يجد الباحث أن إعادة النظر في الأحكام الصادرة ضد الحدث تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: إعادة النظر في الأحكام الجزائية النهائية والحائزة لقوة الشيء المقضي فيه في الحالات الواردة حصراً في القانون، وعند إطلاق مصطلح التماس إعادة النظر فإنه يتبادر مباشرة إلى الذهن هذا النوع من طرق الطعن في الأحكام القضائية النهائية، وهذا النوع مقرر في القواعد العامة، ويطبق على الأحداث والجانحين على السواء، وهذا النوع هو محور حديث المطلب المائل.

النوع الثاني: إعادة النظر عند الخطأ في تقدير سن الحدث، وهذا النوع ورد حصراً للحدث الجانح وقرره قانون مساءلة الأحداث، ويأتي الحديث عنه في المطلب الأول من المبحث الثاني.

النوع الثالث: إعادة النظر في تدابير الرعاية والإصلاح الصادرة ضد الحدث في مرحلة تنفيذ الحكم القضائي، وهذا النوع كذلك خاص بالحدث الجانح وفقاً لقانون مساءلة الأحداث، ويأتي الحديث عنه في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

الفرع الثاني

حالات الطعن بإعادة النظر والأطراف الذين يصح منهم

أورد قانون الإجراءات الجزائية خمس حالات تكون سبباً لإعادة النظر في الحكم النهائي، وهذه الحالات تشمل الأحداث والبالغين على السواء باعتبارها قواعد عامة تسري على الجميع، والحالات التي يصح فيها إعادة النظر هي:

- 1- إذا حكم على شخص في جريمة قتل ثم وُجِدَ المدعى بقتله حياً.
- 2- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة عينها، وكان بين الحكمين تناقض يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما.



٣- إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بعقوبة شهادة الزور أو حكم بتزوير ورقة قدمت في الدعوى، وكان للشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة تأثير في الحكم المطلوب إعادة النظر فيه.

٤- إذا كان الحكم مبنياً على حكم صادر من جهة قضائية أخرى وألغي هذا الحكم.
٥- إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع أو قدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه^(١٢).
ومن هذا يتبين أن التماس إعادة النظر في الأحكام النهائية قائم على أمرين:
الأول: أن يكون الحكم المراد تقديم الالتماس عليه نهائياً قابلاً للتنفيذ.
والثاني: أن يستجد ما يلزم معه النظر في الرجوع عن الحكم، على أن هذه الأمور المستجدة يجب أن تكون محصورة في حالات محددة؛ أي مذكورة نصاً وحصراً في القانون.

وقد أرست المحكمة العليا العمانية جملة من المبادئ التي ترسخ مبدأ أن حالات إعادة النظر في الأحكام النهائية محددة على سبيل الحصر، ومؤدى ذلك أن تكون أسباب طلب إعادة النظر تدرج تحت حالة من تلك الأحوال وإلا فإن جزاءها عدم القبول^(١٣).

كما قررت أن طلب إعادة النظر يجوز في الأحكام النهائية الصادرة بالعقوبة، والمقصود بالحكم النهائي هو الحكم البات الذي لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة أو

^(١٢) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٢٦٨).

^(١٣) مبدأ رقم (٢) في الطعن رقم (٢٠٠٨/٦م) جزائي عليا جلسة ٢١/١٠/٢٠٠٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، ص٧، ومبدأ رقم (١/١) في الطعن رقم (٢٠٠٧/٣م) جزائي عليا جلسة ٣٠/١٠/٢٠٠٧م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٧م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٨م، السنة القضائية الثامنة، ص٣.

الاستئناف أو النقض، فلا يقبل طلب إعادة النظر ما دام هناك طريق قانوني آخر لإصلاح الخطأ القضائي^(١٤).

وهذه الأحكام الواردة في إعادة النظر مقررة في أصلها للبالغين، وتشمل الأحداث لنص القانون على الرجوع إلى القواعد العامة عند عدم وجود نص خاص في قانون مساءلة الأحداث على نحو ما تقدم بيانه.

ويُقبل طلب إعادة النظر في هذه الحالة من الادعاء العام أو المحكوم عليه أو من يمثله قانوناً إذا كان عديم الأهلية أو مفقوداً أو من زوج المحكوم عليه أو ورثته بعد موته أو أقاربه إلى الدرجة الرابعة^(١٥)، ويقدم طلب إعادة النظر إلى المدعي العام - إذا كان مقدماً من غيره - بعريضة يبين فيها الحكم المراد إعادة النظر فيه والسبب في طلب إعادة النظر ويرفق المستندات المؤيدة لذلك^(١٦)، ويرفع الادعاء العام طلب إعادة النظر والتحقيقات التي أجريت والمستندات المؤيدة للطلب إلى الدائرة الجزائية في المحكمة العليا مشفوعاً بتقرير برأيه والأسباب التي يستند إليها، وللمحكمة أن تقرر قبول الطلب أو رفضه، وفي الحالتين يكون قرارها نهائياً^(١٧).

فإذا قررت المحكمة العليا قبول الطلب؛ فإنها تفصل فيه بعد سماع أقوال الادعاء العام والخصوم وبعد إجراء ما تراه لازماً من التحقيق بنفسها أو بواسطة من تندبه لذلك،

(١٤) مبدأ رقم (٦٢) في الطعن رقم (٢٠٠٣/١) جزائي عليا جلسة الثلاثاء ١٠/٦/٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، مسقط ٢٠٠٤م، ص ٢٣٥.

(١٥) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٢٦٩)، وجدير بالذكر أن القانون قسم القرابة إلى أربع درجات، فالدرجة الأولى تشمل: الوالدين والزوجة والأبناء، والدرجة الثانية تشمل: الجد والجدة والإخوة والأخوات، والدرجة الثالثة تشمل: الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأبناء الأخ وأبناء الأخت، والدرجة الرابعة تشمل: أبناء الأعمام وأبناء العمات وأبناء الأخوال وأبناء الخالات. قانون المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٢٩) بتاريخ ٥/٦/٢٠١٣م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (١٠١٢) بتاريخ ١٥/٥/٢٠١٣م، المواد (٣٤-٣٦).

(١٦) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (٢٧٠).

(١٧) المرجع ذاته، المادة (٢٧٢).

وتحكم بإلغاء الحكم وتقضي ببراءة المتهم إذا كانت البراءة ظاهرة، وإلا فتحيل الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم مشكلة من قضاة آخرين للفصل في موضوعها، وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بما فصلت فيه المحكمة العليا، ولا يجوز في هذه الحالة الحكم بعقوبة تجاوز ما قضى به الحكم الذي أعيد النظر فيه^(١٨)، ويجوز الطعن في هذا الحكم بجميع طرق الطعن المقررة قانوناً^(١٩).

وفي حالة عدم إمكانية إعادة المحاكمة بسبب وفاة المحكوم عليه أو عتقه؛ فإن المحكمة العليا تنتظر موضوع الدعوى ولا تلغي من الحكم إلا ما ظهر لها خطؤه، وإذا كان المحكوم عليه متوفى ولم يكن طلب إعادة النظر مقدماً من زوجه أو رثته أو أقاربه إلى الدرجة الرابعة، فإن المحكمة العليا تنتظر الدعوى في مواجهة من تعيينه للدفاع عن ذكره، ويكون بقدر الإمكان من الأقارب، وفي هذه الحالة تحكم عند الاقتضاء بمحو ما يمس هذه الذكرى^(٢٠).

أما إذا قضت المحكمة العليا برفض طلب إعادة النظر، فإن الحكم المعاد النظر فيه يكون ثابتاً، ولا يجوز تجديد إعادة النظر على ذات الوقائع التي بُني عليها^(٢١).

المبحث الأول

الأحكام الخاصة للطعن بالمعارضة في قضايا الأحداث

بعد أن تعرفنا على أحكام الطعن بالمعارضة في القواعد العامة، ينتقل بنا الحديث إلى بيان أحكام الطعن بالمعارضة في قضايا الأحداث، وسوف نتناول في هذا المبحث أثر حضور أولياء الحدث الجانح في اعتبار صفة الحكم القضائي، وبيان الأشخاص الذين يصح حضورهم عن الحدث الجانح، ونتناول ذلك من خلال المطلبين القادمين.

(١٨) المرجع ذاته، المادة (٢٧٣).

(١٩) المرجع ذاته، المادة (٢٧٨).

(٢٠) المرجع ذاته، المادة (٢٧٣).

(٢١) المرجع ذاته، المادة (٢٧٥).

المطلب الأول

أثر حضور أولياء الحدث الجانح في اعتبار صفة الحكم

سبق البيان أن حق الطعن بالمعارضة إنما يكون في الأحكام الصادرة غيابياً، غير أن هناك قواعد خاصة للحدث الجانح مستثناة من القواعد العامة تتعلق بحضوره جلسات المحاكمة، وفي هذا المطلب سوف نتناول هذه الأحكام الخاصة سواء ما تعلق منها بالقانون أو التطبيق القضائي، وذلك من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

أثر حضور أولياء الحدث الجانح في اعتبار صفة الحكم قانوناً

ما سبق ذكره في المبحث التمهيدي إنما يتعلق بالأحكام العامة للمعارضة والتي تنطبق على الأحداث شأنهم في ذلك شأن البالغين، غير أنه بالنظر إلى الفقرة الثانية من المادة (٤٠) من قانون مساعلة الأحداث التي نصت على أنه "يجوز إعفاء الحدث من الحضور والاكتفاء بحضور من ينوب عنه ممن ذكروا في الفقرة السابقة، وفي هذه الحالة لا يجوز الحكم بالإدانة إلا بعد إفهام الحدث ما تم من إجراءات"^(٢٢).

ومن خلال هذا النص يجد الباحث أن المادة المذكورة أجازت إعفاء الحدث من حضور جلسة المحاكمة، والاكتفاء بحضور من ينوب عنه سواء كان أحد والديه أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه، ويستتبط الباحث من هذا النص أنه إذا حضر أحد هؤلاء المذكورين فإن الحكم في حق الحدث الجانح يكون حضورياً أو بمثابة الحضورى لاكتفاء القانون بحضور أحد ينوب عن الحدث؛ شريطة أن يصدر إعفاء من المحكمة لعدم حضور الحدث الجانح بشخصه جلسات المحاكمة، وبناء على هذا الفهم؛ فإنه لا يجوز الطعن على الحكم بالمعارضة حتى ولو تخلف الحدث نفسه عن حضور جلسات المحاكمة متى صدر له إذن الإعفاء باعتبار أن هذا الإعفاء يجعل الحكم الصادر في غيبة الحدث الجانح حضورياً أو بمثابة الحضورى في حقه.

(٢٢) قانون مساعلة الأحداث، المادة (٤٠).

ويسري هذا الحكم على محكمة الأحداث سواء نظرت الدعوى بوصفها محكمة أحداث ابتدائية أم بوصفها محكمة جنائيات الأحداث؛ إذ أن النص المذكور خاطب محكمة الأحداث بشكل عام بصرف النظر عن الاختصاص النوعي للمحكمة من جهة القضايا التي تنظرها، وبناء على ذلك؛ فإن للمحكمة المختصة أن تعفي الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة، وتكتفي بحضور من ينوب عنه سواء كان أحد والديه أو الولي أو الوصي أو المؤتمن عليه، ويترتب على ذلك اعتبار الحكم الصادر حضورياً أو بمثابة الحضور؛ لا يجوز الطعن عليه بالمعارضة.

أما إذا تخلف الحدث عن جلسات المحاكمة ولم يحضر أحد المذكورين عنه؛ فإن الحكم في هذه الحالة يكون غيابياً ويصح الطعن عليه بالمعارضة، مع ملاحظة أنه لم يتم إعلان أحد هؤلاء بموعد الجلسة، لأنه لو تم إعلانهم بالجلسة ثم تخلفوا جميعهم عنها فإن الحكم يكون بمثابة الحكم الحضورى وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية^(٢٣)، كما أنه لو حضر الحدث الجانح جلسة المحاكمة عند النداء على الدعوى ثم غادر الجلسة أو أنه تخلف عن الحضور في الجلسات التي تؤول لها الدعوى بدون أن يقدم عذراً مقبولاً، فإن الحكم الصادر ضده يكون حضورياً اعتبارياً^(٢٤)، وفي الحالتين؛ لا تصح المعارضة على الحكم.

الفرع الثاني

أثر حضور أولياء الحدث الجانح في اعتبار صفة الحكم قضاءً

يذهب اتجاه قضائي إلى أن حضور ولي أمر الحدث الجانح لا يغني عن حضور الحدث نفسه في اعتبار الحكم حضورياً، وهذا الاتجاه يأخذ بحرفية النص الوارد في

^(٢٣) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (١٦٦).

^(٢٤) المرجع ذاته، المادة (١٦٧).

قانون الإجراءات الجزائية الذي يلزم حضور المتهم بشخصه أو إعلانه لأجل اعتبار الحكم حضورياً أو بمثابة الحضور أو حضوري اعتباري^(٢٥).

ففي الواقعة التي قُدم فيها الحدث الجانح للمحاكمة بجنحة إهانة الكرامة؛ فإن الحدث الجانح تخلف عن حضور جلسة المحاكمة وحضر والده، كما حضر وكيله القانون الذي قُدم مرافعته عن الحدث، ورغم ذلك فقد اعدت المحكمة الحكم الصادر غيابياً على اعتبار أن الحدث الجانح لم يحضر جلسة المرافعة ولم يعلن لشخصه^(٢٦).

ويرى الباحث أن اتجاه المحكمة في الواقعة السابقة إلى اعتبار الحكم الصادر ضد الحدث الجانح غيابياً رغم حضور وليه سببه أنها لم تعط الحدث رخصة الإغفاء من حضور جلسات المحاكمة؛ إذ أن هذه الرخصة هي سلطة تقديرية لمحكمة الأحداث يقدرها القاضي متى ما رأى في ذلك مصلحة فضلى للحدث الجانح، وإلا بقي الأصل المقرر وهو ضرورة حضور جلسات المحاكمة وفقاً للقواعد العامة المقررة، وعلى هذا فإن إغفاء الحضور ليس حقاً للحدث الجانح يمارسه كيفما يشاء، وإنما هي سلطة تقديرية مقررة لمحكمة الأحداث تعملها عندما ترى الحاجة داعية إليها لمصلحة الحدث الجانح، ويبقى حضوره الشخصي هو الأصل المقرر لتحقيق مبدأ المواجهة.

ومن نافلة القول بالإشارة إلى أن إغفاء الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة يكون لاعتبارات مختلفة تقدرها المحكمة وتصب في مصلحة الحدث، فقد يرى قاضي الأحداث عدم الحاجة إلى تردد الحدث الجانح على المحكمة؛ نظراً لضالة الجرم الذي قارفه، أو يكون لحضوره أثر سلبي على استقامته وعودته إلى جادة الصواب، أو غير ذلك من الأسباب التي تكون بين يدي سلطة قاضي الأحداث وتقديره، يضعها موضعها ويقدر حاجتها.

والجدير بالذكر؛ أنه رغم وجود النص القانوني على سلطة المحكمة في إغفاء الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة، إلا أنه من خلال التطبيقات القضائية محل

^(٢٥) المرجع ذاته، المادتان (١٦٦) و(١٦٧).

^(٢٦) الحكم القضائي رقم (٢٠١٦/٢٠٨٨) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ

٢٠١٦/١٢/١م.

الدراسة، والواقع العملي الذي يلاحظه الباحث من خلال عمله في المحاكم؛ يظهر بشكل واضح عدم إعمال قضاة الأحداث لهذه السلطة التقديرية إلا في حالات قليلة^(٢٧)، ويتمنى الباحث من أصحاب الفضيلة قضاة الأحداث إعمال هذه السلطة متى كان ذلك يصب في مصلحة الحدث الجانح ويخدم العدالة الجنائية.

المطلب الثاني

تحديد الأشخاص الذين يصح حضورهم عن الحدث الجانح ونطاقه

تقدم البيان أن قانون مساءلة الأحداث أعطى قاضي الأحداث سلطة تقديرية في إعفاء الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة لاعتبارات يقدرها لمصلحة الحدث الجانح، إلا أن هناك تساؤلات تثار حول تحديد الأشخاص الذين يصح حضورهم عن الحدث الجانح، ونطاق إعمال هذا الحضور عند محاكمة الحدث الجانح أمام محكمة البالغين في الأحوال التي يصح فيها، وهذا ما نتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

تحديد الأشخاص الذين يصح حضورهم عن الحدث الجانح

عند دراسة الفقرة الثانية من المادة (٤٠) من قانون مساءلة الأحداث آنفه الذكر؛ نجد أنها أحالت إلى الاكتفاء بحضور من ينوب عن الحدث ممن ذكروا في الفقرة السابقة (الفقرة الأولى من المادة المذكورة)، وقد ذكرت الفقرة الأولى أن محاكمة الحدث تكون في سرية "ولا يجوز أن يحضرها إلا والداه أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه والمحامون والشهود والمراقبون الاجتماعيون ومن تأذن له المحكمة".

^(٢٧) قام الباحث بدراسة (١١١) حكماً قضائياً صادراً من المحاكم التالية: محكمة الاستئناف بمسقط، ومحكمة الاستئناف بصحار، والمحكمة الابتدائية بمسقط والمحكمة الابتدائية بالسيب والمحكمة الابتدائية بصحار.

ومن خلال الفقرة المذكورة؛ يظهر أن القاعدة العامة أن جلسات المحاكمة تكون سرية ولا يجوز أن يحضرها إلا فئات من الأشخاص حددهم القانون على سبيل الحصر وذلك حفاظاً على مبدأ سرية محاكمة الحدث الجانح، وهذه الفئات هي:

الفئة الأولى: والدا الحدث أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه: وهؤلاء هم من يتولون شؤون الحدث ومتابعته والقيام على رعايته، ولذا فإن حضورهم جلسات المحاكمة له أهمية خاصة.

الفئة الثانية: المحامون: وهم من يتولون الدفاع عن الحدث، وحضورهم فيه تقرير حماية جنائية للحدث الجانح تتمثل في تمكينه من حق الدفاع عن نفسه.

الفئة الثالثة: الشهود: إذ قد يستدعي الأمر إثبات الواقعة بسماع الشهود فهو مما تقتضيه إجراءات المحاكمة العادلة.

الفئة الرابعة: المراقبون الاجتماعيون: وهم الموظفون الذين يعينون بقرار من وزير التنمية الاجتماعية، وتكون لهم صفة الضبط القضائية في تطبيق أحكام قانون مساءلة الأحداث^(٢٨).

والسؤال المطروح هنا: هل يكفي بحضور أحد هؤلاء لأجل إعفاء الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة؟

جواباً على ذلك، فإنه من خلال دراسة المادة (٤٠) من قانون مساءلة الأحداث، يفهم الباحث من صياغة الفقرة الثانية من المادة أن المقصود بالمحال إليهم هم: (والدا الحدث أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه) دون غيرهم ممن ذكروا في الفقرة الأولى؛ ذلك لأن العطف عليهم كان بحرف "أو" الذي يفيد التخيير، ولا يدخل في ذلك بقية الفئات ومنهم المحامون؛ لأن العطف عليهم جاء بحرف "و" والذي يفيد المعية والاشتراك في الحكم وهو لا يفيد التخيير، وعلى ذلك لو حضر المحامي وحده دون أي ممن ذكروا فلا يُعدُّ الحكم بمثابة الحضور وفق ما يرى الباحث وإنما يكون غيابياً

^(٢٨) قانون مساءلة الأحداث، المادة (١/ل).

يصح الطعن عليه بالمعارضة، ويسري ذات الحكم على بقية الفئات من غير الفئة الأولى التي سبق ذكرها.

وتجب ملاحظة أن حضور الحدث الجانح بشخصه جميع إجراءات المحاكمة إنما يجب في الجنايات والجنح المعاقب عليها بالسجن، ويجوز في غير ذلك أن يُعيَّن وكيلًا عنه وفقاً لما تقرره القواعد الإجرائية العامة^(٢٩).

الفرع الثاني

نطاق حضور فئة الأشخاص عن الحدث الجانح

في مجال تطبيق إعفاء الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة وحضور أحد القائمين على شأنه ممن سبق تحديدهم في الفرع الأول، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية تتمثل في عدم جواز الطعن بالمعارضة على الحكم الصادر ضد الحدث الجانح عند حضور أحد هؤلاء أو إعلانه إعلاناً صحيحاً وفقاً للقانون، فإن السؤال الذي ينهض هنا: هل تنطبق هذه الأحكام على المحكمة الجزائية العادية عند محاكمة الحدث الجانح أمامها؟

للجواب على هذا السؤال يلزم ابتداءً التوضيح أن المشرع العماني جعل محاكمة الحدث الجانح على صورتين:

الصورة الأولى: أن يحاكم أمام محكمة الأحداث المختصة، وهذا هو الأصل في محاكمة الحدث الجانح، فكل حدث ارتكب جريمة يعاقب عليها القانون وهو لم يبلغ السادسة عشرة من العمر فإنه يحال إلى محكمة الأحداث، وكذلك كل حدث بلغ السادسة عشرة من العمر وارتكب منفرداً جريمة يعاقب عليها القانون فإنه يحال إلى محكمة الأحداث المختصة.

الصورة الثانية: أن يحاكم الحدث الجانح أمام المحكمة الجزائية للبالغين، وذلك في حالة وحيدة وهي؛ إذا ارتكب الحدث الجانح الذي بلغ السادسة عشرة من العمر جريمة

^(٢٩) قانون الإجراءات الجزائية، المادة (١٦٥).

يعاقب عليها القانون عند اشتراكه مع بالغ أو بالغين في مشروع جرمي واحد، فإنه في هذه الحالة يحال إلى محكمة الجنايات أو الجرح العادية بحسب الأحوال، وتطبق عليه أحكام قانون مساءلة الأحداث^(٣٠).

وفي كلتا الصورتين، فإن أحكام إعفاء الحدث الجانح من حضور جلسات وما يترتب عليها من آثار قانونية تنطبق على تلك الصادرة ضد الأحداث الجانحين سواء صدرت من محكمة الأحداث المختصة أو من المحكمة الجزائية العادية عندما يحاكم أمامها الحدث الجانح، وترتيباً على ذلك؛ فإن أحكام الطعن بالمعارضة تطبق على الأحكام الصادرة ضد الحدث الجانح بصرف النظر عن المحكمة التي أصدرت الحكم.

ومستند ذلك ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (٣٧) من قانون مساءلة الأحداث التي جعلت محاكمة الحدث الجانح الذي بلغ السادسة عشرة من العمر عند اشتراكه مع بالغين في مشروع جرمي واحد، فبعدما قررت هذا الحكم نصت على أنه "وفي هذه الحالة تطبق على الحدث أحكام هذا القانون"، وعلى هذا، فإن الأحكام الخاصة الواردة في قانون مساءلة الأحداث تكون منطبقة على الحدث الجانح ولو تمت محاكمته أمام المحكمة الجزائية العادية للبالغين، وهي قاعدة متعلقة بحسن سير العدالة.

المبحث الثاني

الطعن بإعادة النظر في المسائل الخاصة بالأحداث الجانحين

وضع القانون العماني قواعد خاصة للطعن بإعادة النظر في بعض القضايا الخاصة بالحدث الجانح تختلف عن تلك القواعد التي قررها قانون الإجراءات الجزائية، وهي تنحصر في نوعين: الطعن بإعادة النظر عند الخطأ في تقدير سن الحدث، والطعن بإعادة النظر في تدابير الرعاية والإصلاح، وفي المطلبين القادمين تفصيل ذلك.

(٣٠) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٣٧).



المطلب الأول

إعادة النظر عند الخطأ في تقدير سن الحدث الجانح

قد يحصل خطأ في تقدير السن عند محاكمة المتهم، ويرتب على ذلك أن يصدر حكم قضائي باعتبار المتهم حدثاً، وقد يحاكم الحدث باعتباره بالغاً، وفي الحالتين أوجد القانون معالجة لهذا الخطأ بواسطة الطعن على الحكم الصادر بإعادة النظر، وبتناول في هذا المطلب بيان مفهومه وحالات استخدامه، وإيضاح الأحكام القضائية التي يصح فيها، وذلك من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

مفهوم إعادة النظر عند الخطأ في تقدير سن الحدث الجانح

وحالات استخدامه

يرتبط هذا النوع من إعادة النظر بالنوع الأول الوارد في القواعد الإجرائية العامة لاندراجه تحت وقائع جديدة ظهرت بعد صدور حكم نهائي، غير أن قانون مساءلة الأحداث وضع له قاعدة خاصة أوردها في المادة (٤٤)، وهي تختلف عن الحالات الخمس المقررة لإعادة النظر في قانون الإجراءات الجزائية.

فقد نصت المادة المذكورة على أنه "إذا حكم على متهم بعقوبة باعتبار أن سنه بلغت السادسة عشرة ثم ثبت بأوراق رسمية أنه لم يبلغها؛ طلب الادعاء العام من المحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر فيه، وإذا حكم على متهم باعتبار أن سنه بلغت الثامنة عشرة ثم ثبت بأوراق رسمية أنه لم يبلغها؛ طلب الادعاء العام من المحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر فيه والقضاء بإلغاء حكمها وإحالة الأوراق إلى محكمة الأحداث، وفي الحالتين السابقتين يوقف تنفيذ الحكم من تاريخ تقديم الطلب إلى المحكمة، على أن يودع الحدث الجانح دار ملاحظة الأحداث طبقاً لحكم المادة (٣٢)، وإذا حكم على متهم باعتباره حدثاً، ثم ثبت بأوراق رسمية أنه بلغ الثامنة عشرة طلب الادعاء العام من المحكمة إعادة النظر فيه".

ويستخدم نظام إعادة النظر في هذه الحالة لمواجهة خطأ في تقدير سن الحدث في الحكم المراد إعادة النظر فيه؛ إما لبنائه على ورقة رسمية ثبت عدم صحتها أو لاستناده إلى تقدير خبير ظهر بعد ذلك أنه لا يطابق وثيقة رسمية لم تكن ظاهرة أمام المحكمة عند الحكم فترتب على ذلك معاملة المحكمة للمتهم بوصفه حدثاً أو بوصفه بالغاً على خلاف الحقيقة، والذي يترتب عليه قطعاً اختلاف العقوبة أو التدبير.

ولا صعوبة تذكر إذا كان الحكم قابلاً للطعن عليه؛ إذ يمكن تصحيح هذا الخطأ من خلال الطعن على الحكم بطرق الطعن العادية، غير أن الصعوبة تثار إذا اكتشف الخطأ بعد فوات مواعيد الطعن أو استنفاد الحكم لطرق الطعن فيه، وهكذا يأتي نظام إعادة النظر لحل هذه الإشكالية.

الفرع الثاني

الأحكام التي يصح فيها إعادة النظر عند الخطأ في تقدير سن الحدث الجانح

عند دراسة أحكام المادة (٤٤) من قانون مسائلة الأحداث آنفة الذكر، فإن الخلاصة التي يستنتجها الباحث من أحكام المادة أنه في حالة ثبوت بأوراق رسمية أن سن الحدث يختلف عن المثبت في الحكم القضائي الصادر؛ فيلزم عندها إعادة محاكمة الحدث في ضوء الإثبات الجديد، ويتولى الادعاء العام تحريك الدعوى العمومية باعتباره الأمين عليها، والحكم المعاد النظر فيه إما أن يكون صادراً من محكمة الأحداث أو من محاكم البالغين.

ويختلف الحكم في الحاليين على التفصيل الآتي:

الحالة الأولى: صدور الحكم من محكمة الأحداث:

ويمكن أن يكون ذلك في صورتين:

- (١) إذا حكم على حدث أن سنه بلغت السادسة عشرة ثم ثبت بأوراق رسمية أنه لم يبلغها، ففي هذه الحالة يطلب الادعاء العام من المحكمة التي أصدرت الحكم - محكمة الأحداث - إعادة النظر فيه من جديد، والسبب في جعل سن السادسة عشرًا

فيسلاً في المسألة هو أن بلوغ هذا السن من عدمه له أثر في تقرير التدبير أو العقوبة التي يجوز توقيعها على الحدث الجانح وفق ما فصلته المادتان (٢٧) و(٢٨) من قانون مساءلة الأحداث.

٢) صدور حكم قضائي على متهم باعتباره حدثاً ثم تبين بأوراق رسمية أنه بلغ^(٣١) الثامنة عشرة، فهنا يطلب الادعاء العام من محكمة الأحداث إعادة النظر فيه، وفي هذه الحالة نقضي المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الجزائية المختصة، وتكون المحاكم المختصة بمحاكمة البالغين.

الحالة الثانية: صدور الحكم من محكمة البالغين:

وهي إذا حكم على حدث باعتبار أن سنه بلغت الثامنة عشرة ثم تبين بأوراق رسمية أنه لم يبلغها طلب الادعاء العام من المحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر فيه والقضاء بإلغاء حكمها وإحالة الأوراق إلى محكمة الأحداث. وفي الحالتين يوقف تنفيذ الحكم من تاريخ تقديم طلب إعادة النظر إلى المحكمة على أن يودع الحدث الجانح دار ملاحظة الأحداث^(٣٢).

المطلب الثاني

إعادة النظر في تدابير الرعاية والإصلاح

نظراً للطبيعة الخاصة لقضاء الأحداث التي تهدف في المقام الأول إلى إصلاح الحدث الجانح وتقويمه، فقد جعل القانون لقاضي الأحداث سلطة تعديل التدبير الصادر ضد الحدث أو إلغائه أو إبداله، وذلك عن طريق إعادة النظر في التدبير، وفي هذا المطلب نتناول مفهوم هذا النوع من إعادة النظر والحالات التي يصح فيها، وبيان

^(٣١) هكذا ورد النص في المادة (٤٤) من قانون مساءلة الأحداث، رغم أن ذلك يتعارض مع المادة (١) من ذات القانون التي عرفت الحدث الجانح بأنه "كل من بلغ التاسعة ولم يكمل الثامنة عشر وارتكب فعلاً يعاقب عليه القانون"، فدخل سن الرشد الجنائي يكون بإكمال سن الثامنة عشر وليس ببلوغه هذا السن، وللباحث وجهة نظر في هذه المسألة ليس محل بسطها هذا المقام.

^(٣٢) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٤٤).

الاختلاف بين إعادة النظر الخاص بمسائل الأحداث والوارد في القواعد العامة، ويكون تناول ذلك في الفرعين القادمين.

الفرع الأول

مفهوم إعادة النظر في التدابير والحالات التي يصح فيها

مرحلة التنفيذ هي المرحلة الأكثر خطورة في مراحل محاكمة الحدث الجانح؛ إذ من خلالها يستطيع الحدث العودة ليكون فرداً صالحاً في المجتمع، أما إذا فشلت هذه المرحلة في تحقيق هدفها؛ فلا عجب أن يصبح حدث اليوم هو مجرم الغد. ورغم أن القواعد العامة تقضي أن يكون تنفيذ الأحكام الجزائية تحت سمع وبصر الادعاء العام، وليس للمحكمة التدخل إلا في حدود ما يرفع إليها من إشكال في التنفيذ^(٣٣)، إلا أن الأحكام الصادرة ضد الأحداث مستثناة من ذلك، حيث يتم تنفيذ الأحكام القضائية ضد الأحداث على أساس مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ. ومن جهة أخرى، فإنه على الرغم من أن القواعد العامة تجعل للأحكام النهائية قوة واستقراراً بحيث تعد عنواناً للحقيقة ولا تقبل التغيير متى استنفدت طرق الطعن فيها، إلا أن القانون استثنى هذا الأصل بإعادة النظر والتغيير في أحكام التدابير الصادرة ضد الحدث الجانح؛ ذلك لأن قرار قاضي الأحداث باختيار التدبير المناسب لشخصية الحدث الجانح لا يكتسب قوة الشيء المحكوم فيه، ويكون قابلاً للتعديل في ضوء التحسن الذي يطال شخصيته، ومن هنا تبقى رقابة القاضي مستمرة حتى يتبين أن الإصلاح الاجتماعي للحدث قد آتى ثماره، وأن التدبير المحكوم به غداً عديم الفائدة^(٣٤)، ويُعدُّ بذلك نظام إعادة النظر في مرحلة التنفيذ نظاماً فريداً يخرج عن

(٣٣) قانون الإجراءات الجزائية، المواد (٢٨٥) و(٣١٦-٣١٢)، وقانون الادعاء العام، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٢) بتاريخ ١١/٢١/١٩٩٩م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٦٦٠) بتاريخ ١٢/١٢/١٩٩٩م"، المادة (١).

(٣٤) الديبسي، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، ص ١٧١.

القواعد الإجرائية الجزائية العامة، وقد حُصِّ به الحدث الجانح لأجل توفير أكبر قدر من الحماية الممكنة.

وقد ذهب أغلب التشريعات الحديثة الصادرة بشأن الأحداث إلى ترسيخ مبدأ الإشراف القضائي على التنفيذ، وإعطاء قاضي الأحداث سلطة تعديل التدبير المناسب بما يتلاءم ومصصلحة الحدث الجانح بعيداً عن الجمود الذي يطال الأحكام القضائية الصادرة في شأن البالغين، فنجد هذا التوجه حاضراً في عدة تشريعات مثل: التشريع المصري^(٣٥) والكويتي^(٣٦) والأردني^(٣٧) والسوري^(٣٨) والإماراتي^(٣٩) والبحريني^(٤٠) والقطري^(٤١) والسوداني^(٤٢) والتونسي^(٤٣) واللبناني^(٤٤)، وعلى منوالهم سار المشرع العماني على نحو ما سيرد.

^(٣٥) قانون الطفل المصري، المادة (١٣٧)، وقد استثنى القانون تدبير التوبيخ نظراً إلى أنه تدبير تم تنفيذه أصلاً فلا يصح إعادة النظر فيه بعد تمامه.

^(٣٦) قانون الأحداث الكويتي، "قانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٣م"، المادة (٣٣).

^(٣٧) قانون الأحداث الأردني، "قانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ٢/١٠/٢٠١٤م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٦٣٧١)،" المادة (٤٠).

^(٣٨) قانون الأحداث الجانحين السوري، "الصادر بالمرسوم رقم (١٨) لعام ١٩٧٤م بتاريخ ١٣٩٤/٣/٧ هـ الموافق ٣٠/٣/١٩٧٤م"، المادة (٥٣).

^(٣٩) قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي، "قانون اتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١١/٦م"، المادة (٣٥).

^(٤٠) قانون الأحداث البحريني، "قانون اتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١١/٦م"، المادة (٣٨)، وقد سار على خطى المشرع المصري في استثناء تدبير التوبيخ.

^(٤١) قانون الأحداث القطري، "قانون رقم (١) لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ١/٢٩/١٩٩٤م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢) لسنة ١٩٩٤م"، المادة (٤٢).

^(٤٢) قانون الطفل السوداني، "لسنة ٢٠١٠م، الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٠م"، المادة (٢/٧٨).

^(٤٣) مجلة حماية الطفل التونسي، "قانون رقم (٩٢) لسنة ١٩٩٥م بتاريخ ٩/١١/١٩٩٥م، منشور في الرائد الرسمي العدد (٩٠) بتاريخ ١٠/١١/١٩٩٥م"، الفصل (١١٠).

ويجب أن تكتسي رقابة قاضي الأحداث وإشرافه طابعاً علمياً، ولا يكون ذلك إلا من خلال الاستعانة بذوي الخبرة من الأخصائيين النفسيين والاجتماعيين لمتابعة مدى نجاح التدبير في إصلاح الحدث، ومدى اتفاه مع حاجياته بما يتناسب مع المرحلة العمرية، ولذا أوجب القانون أن يرفق بطلب إعادة النظر في التدبير تقارير الملاحظة الصادرة من الجهات المختصة برعاية الأحداث^(٤٤).

وتكون إعادة النظر في الحكم أو الأمر الصادر بأحد التدابير المنصوص عليها في قانون مساءلة الأحداث العماني بطلب من الادعاء العام أو الحدث أو والديه أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه، ويجب أن يرفق بالطلب تقارير الملاحظة من الجهة المختصة كما أشرنا، ولم يورد القانون قواعد شكلية لتقديم طلب إعادة النظر؛ وعلى ذلك فإن الطلب يقدم دون التقيد بشكليات معينة، ويحق لقاضي الأحداث إصدار حكمه بإنهاء التدبير أو تعديله إلى تدبير آخر شريطة أن يكون وارداً في قانون مساءلة الأحداث^(٤٥)، فمثلاً للمحكمة أن تأمر بإيداع الحدث في مؤسسة بعد أن أثبتت التقارير فشله في الاختبار القضائي، أو أن تلزمه بواجبات معينة غير التي حددها الحكم الأول أو أن تأمر بتسليمه لأحد والديه بدلاً من شخص مؤتمن، ورائدها في ذلك أن ترى التعديل أكثر ملاءمة للحدث.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي المقصود هو رئيس محكمة الأحداث الابتدائية الذي يشرف على التنفيذ في نطاق اختصاصه المحلي والنوعي، ورغم أن للقاضي صلاحية تعديل التدبير أو إلغائه إلا أن ذلك مقيد بوجود طلب أمامه ممن لهم حق تقديم الطلب

^(٤٤) قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر اللبناني، "قانون رقم (٤٢٢) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢/٣٤) بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٣م"، المادة (١٩).

^(٤٥) قانون مساءلة الأحداث، المادة (٤٣).

^(٤٦) المرجع ذاته.

وفق ما يستفاد من نص المادة (٤٣) من قانون مساءلة الأحداث، وهذا يعني أنه لا يصح للقاضي تعديل التدبير من تلقاء نفسه بناء على التقارير المقدمة إليه بهذا الشأن. ويرى الباحث أن في هذا تقييداً لصلاحيه قاضي الأحداث المشرف على التنفيذ والمتابع لكافة إجراءاته والتطورات الحاصلة للحدث، وكان ينبغي على المشرع أن يمنحه سلطة تغيير التدبير المناسب من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب، وهذا الذي سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة؛ حيث نجد هذا التوجه في أكثر تشريعات الأحداث التي أعطت لقاضي الأحداث سلطة تعديل التدبير من تلقاء نفسه أو بطلب يقدم من أولياء الحدث أو أحد القائمين على شأنه أو من المراقب الاجتماعي، فقد سار عليه قانون الطفل المصري في المادة (١٣٧)، وقانون الأحداث الأردني في المادة (٤٠)، وقانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي في المادة (٣٥)، وقانون الأحداث البحريني في المادة (٣٨)، وقانون الأحداث الجانحين السوري في المادة (٥٣)، وقانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر اللبناني في المادة (١٩)، وقانون الطفل السوداني في المادة (٢/٧٨)، ومجلة حماية الطفل التونسي في الفصل (١١٠)، بينما ذهبت قلة من قوانين إلى ذات ما ذهب إليه المشرع العماني مع اختلافات طفيفة في بعض التفاصيل، ومن هذه القوانين: قانون الأحداث القطري في المادة (٤٢)، وقانون الأحداث الكويتي في المادة (٣٣).

وهدياً من هذا النهج الحميد فإن الباحث يقترح تعديل المادة (٤٣) من قانون مساءلة الأحداث لتكون كالتالي: (المحكمة الأحداث من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الادعاء العام أو الحدث أو والديه أو وليه أو وصيه أو المؤتمر عليه أن تعيد النظر في الحكم أو الأمر الصادر بأحد التدابير المنصوص عليها في هذا القانون وذلك بإنهائه أو تعديله...).

وبدراسة التطبيقات القضائية الصادرة عن محاكم الأحداث، يجد الباحث قلة استخدام إعادة النظر في الأحكام الصادرة لغاية تعديل التدبير أو إبداله أو إنهائه، ومن خلال دراسة ما يتوفر من دعاوى يجد الباحث أن المحكمة يمكن أن تستجيب للطلب متى ما

كان ذلك في مصلحة الحدث، ففي الواقعة التي أدين فيها الجانح بجنحة تعاطي المواد المخدرة وقضت بإيداعه في إحدى المستشفيات المتخصصة في علاج الإدمان لمدة ثلاثة أشهر، فإن المؤسسة الصحية ردت بعد ذلك بأن قسم الطب النفسي الجنائي بالمشفى غير مهياً لاستقبال الحدث الجانح دون إبداء أسباب أخرى واضحة، الأمر الذي دفع الادعاء العام المختص إلى تقديم طلب إعادة نظر أمام محكمة الأحداث لإبدال التدبير بتدبير آخر، وهو الأمر الذي أجبر المحكمة على تعديل التدبير المقضي به وإبداله بتدبير إيداع الحدث الجانح في دار إصلاح الأحداث وعلاجه أثناء ذلك عن الإدمان في مؤسسة صحية متخصصة^(٤٧).

ومن جهة أخرى؛ فإن القانون لم يصرح عن كيفية نظر محكمة الأحداث لطلب إعادة النظر، هل يكتفي بنظره في غرفة المداولة، أم لا بُدَّ من نظرها في جلسة مرافعة؟ ويبدو للباحث أن لا قيد على قاضي الأحداث في ذلك، فله أن ينظر الطلب في غرفة المداولة ويصدر فيها قراره دون مرافعة، وله أن ينظره في جلسة محاكم معتادة متى رأى أن ذلك ضروري لاستجلاء خفايا الدعوى، والأخير هو الذي يجري عليه الواقع العملي وفق ما تظهره الوقائع القضائية.

ومن خلال استقراء نصوص قانون مساءلة الأحداث وقانون الإجراءات الجزائية؛ يظهر للباحث أن حكم القاضي برفض طلب إعادة النظر أو حكمه بتعديل التدبير لا يصح الطعن عليه باعتباره حكماً لم يتضمن قضاءً بالسجن؛ ولأن مقصود المشرع مواءمة وضع الحدث بما يتناسب من تدبير بناء على المعطيات التي تظهرها التقارير المختصة.

على أن الباحث لا يرى ما يمنع الطعن على حكم إعادة النظر تحقيقاً لمصلحة الحدث في تقدير قرار قاضي الأحداث من محكمة أعلى لمدى ملاءمة الرفض أو

^(٤٧) الحكم القضائي رقم (٢٠١٥/٣٠٠٣م) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ ٢٠١٦/١/٢٠م.

التعديل لحالة الحدث والظروف المستجدة لديه، وهو ما يقترحه الباحث بإضافة مادة تبيح الطعن على حكم إعادة النظر أمام محكمة الاستئناف.

وتحقيقاً لذلك يقترح الباحث إضافة المادة (٤٣ مكرراً) في قانون مساءلة الأحداث يكون نصها التالي: (يجوز للحدث أو والديه أو الولي أو الوصي أو المؤتمن عليه أو الادعاء العام أن يطعن على الحكم الصادر بإعادة النظر وفقاً للمادة (٤٣) من القانون وذلك في مهلة شهر من تاريخ صدور الحكم إن كان حضورياً أو علمه به إن كان غيابياً).

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين إعادة النظر في تدابير الرعاية والإصلاح وغيره

يرى بعض الباحثين^(٤٨) أن نظام إعادة النظر الذي قرره القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية في النوع الأول يختلف عن إعادة النظر المقرر للأحداث الجانحين في النوعين الثاني والثالث، ويكون هذا الاختلاف من عدة وجوه حاصلها:

أولاً: أن إعادة النظر الخاص بالأحداث ينصرف إلى العقوبات والتدابير التي تضمنها الحكم، بينما ينصرف إعادة النظر باعتباره طعناً غير عادي إلى الحكم ذاته، ويترتب على هذا أنه لا يجوز لمحكمة الأحداث عند إعادة النظر أن تقضي بالبراءة؛ لأن فيه مساس بالحكم ذاته، بخلاف إعادة النظر في الأحكام النهائية طبقاً للقواعد العامة الذي يهدف دائماً إلى الحصول على حكم البراءة.

^(٤٨) ينظر: القاضي، محمد محمد مصباح، الحماية الجنائية للطفولة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦م)، ص ١١٦، والديبسي، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، ص ١٦٦-١٦٧، والمحلوي، أنيس حسيب السيد، نطاق الحماية الجنائية للأطفال، (القاهرة: دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠١٦)، ص ٥٥٩.

ثانياً: يقتصر أثر إعادة النظر طبقاً لقانون مساءلة الأحداث على الحدث المتهم الذي قُدم الطلب بشأنه دون غيره من المتهمين معه، بخلاف إعادة النظر في الأحكام النهائية وفقاً للقواعد العامة الذي يشمل جميع المتهمين.

ثالثاً: تختلف إجراءات نظام إعادة النظر الواردة في قانون الأحداث عن تلك الإجراءات الخاصة بإعادة النظر في قانون الإجراءات الجزائية وفقاً للتفصيل الذي ساقه الباحث آنفاً.

ويتفق الباحث مع هذه الاختلافات المذكورة، وهذا يعني أن نظام إعادة النظر الوارد في قانون مساءلة الأحداث هو نظام خاص وإن اتفق في مسماه مع نظام إعادة النظر العام، ويهدف بشكل أساسي إلى تصحيح الخطأ الواقع في مضمون الحكم عند تقدير سن الحدث أو تعديل التدبير بما يتناسب ووضع الحدث في مرحلة تنفيذ الحكم، كما أنها تعتبر أحد أهم ضمانات الحماية الإجرائية الجنائية التي كفلها القانون للحدث الجانح.

وينهض التساؤل هنا عن مدى حاجة الأحكام القضائية الصادرة ضد الحدث إلى طرق الطعن المقررة قانوناً ما دام أن قاضي الأحداث يستطيع تعديل الحكم الصادر في أي وقت بناء على التطور الذي يحصل في تأهيل الحدث ومدى فاعلية التدبير في الإصلاح؟

وجواباً على هذا التساؤل، يمكن القول إن الأحكام الصادرة في المحاكم الابتدائية وإن أمكن تعديلها إلا أنها تبقى محتاجة إلى رقابة تحقيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، وسعياً للوصول إلى أحكام تتصف بأقصى درجات العدل والإنصاف، فضلاً على أن القاضي نفسه يشعر بثقة قضائه إن تم تأييده ويستصوب قضاءه إن تم نقضه أو تعديله، فطرق الطعن المختلفة تظل حماية قانونية وحقاً مشروعاً للحدث الجانح وغيره من المتهمين.

الخاتمة

بعد هذا العرض ننتهي إلى نتيجة حاصلها أن الطعن بالمعارضة في قضايا الأحداث الجانحين يحتمل إلى ذات القواعد الإجرائية العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية مع وجود بعض الأحكام الخاصة بالحدث الجانح تتعلق بصفة الحكم الصادر عند تخلفه عن حضور جلسات المحاكمة، وأن الطعن بإعادة النظر يكون وفقاً للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، كما يكون خاصاً بالحدث الجانح وحده وذلك عند وجود الخطأ في تقدير سن الحدث أو في حالة تقديم طعن بإعادة النظر من أصحاب الصفة في تدابير الرعاية أو الإصلاح الصادر بها حكم محل تنفيذ.

ويمكن أن نجمل ما تقدم من خلال تقديم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:
أولاً- النتائج:

- الطعن بالمعارضة يكون في الأحكام الغيابية، وهو يعيد طرح الدعوى على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، ويكون في الجرح والمخالفات وأما الأحكام الصادرة غيابياً في الجنايات فتخضع للسقوط التلقائي بقوة القانون، ورغم التفرقة المصطلحية للنظامين؛ إلا أن الأثر المترتب عليهما واحد، مما يجعل هذه المغايرة ليست ذات فائدة.
- إذا عفت محكمة الأحداث الحدث الجانح من حضور جلسات المحاكمة وحضر من ينوب عنه قانوناً، فإن الحكم الصادر يكون حضورياً أو بمثابة الحضور، وبالتالي لا يصح الطعن عليه بالمعارضة.
- لا اعتبار الحكم حضورياً أو بمثابة الحضور وفقاً للفقرة السابقة، فإن من يصح حضورهم عن الحدث الجانح هم: والده أو وليه أو وصيه أو المؤمن عليه.
- تنطبق أحكام الطعن بالمعارضة على جميع قضايا الأحداث سواء صدرت من محكمة الأحداث المختصة أو من المحكمة الجزائية العادية عندما يحاكم الحدث الجانح أمامها.
- إعادة النظر وفقاً للقواعد العامة هي بحث موضوع الدعوى التي صدر فيها حكم نهائي بإعادة بحثها أمام القضاء مرة أخرى في حالات محددة قانوناً على سبيل الحصر.

- عند صدور حكم قضائي على حدث جانح بناء على تقرير خاطئ لعمره، فإنه يتم معالجة ذلك عن طريق إعادة النظر في الحكم بناء على المستند الجديد الذي ظهر في تحديد سن الحدث، وسواء صدر الحكم من محكمة الأحداث المختصة أو من المحكمة الجزائية العادية عند محاكمة الحدث الجانح أمامها؛ فإن القانون رسم طريق إعادة النظر على حسب نوع الخطأ الذي وقع في تقدير السن ببلوغ الحدث الجانح سن السادسة عشرة من العمر أو بلوغه سن الثامنة عشرة.
- وضع قانون مساءلة الأحداث مبدأ الإشراف القضائي على تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الحدث الجانح لغاية متابعة نجاح التدبير المحكوم به تحقيقاً لهدف الإصلاح والتقويم، ويكون ذلك عن طريق إعادة النظر في الحكم أو الأمر الصادر بالتدبير بطلب يقدم من الادعاء العام أو الحدث الجانح أو أحد القائمين على شأنه.
- يوجد عدة فروق بين إعادة النظر الوارد في القواعد العامة، وإعادة النظر الخاص بالحدث الجانح تتمثل في أن الأول ينصرف إلى الحكم ذاته، بينما الثاني ينصرف إلى العقوبات والتدابير التي تضمنها الحكم، وأن الأول يشمل جميع المتهمين، بينما الثاني يقتصر على الحدث المتهم الذي قدم الطعن بشأنه، كما يختلفان في إجراءات الطعن.

ثانياً- التوصيات:

- يوصي الباحث بوضع نص في قانون مساءلة الأحداث يُجوز الطعن بالمعارضة على الأحكام الصادرة على الأحداث في قضايا الجنايات، أو أن يُلغى إسناد اختصاص قضايا الجنايات لمحكمة الأحداث التي تنظر الجنايات، وتكون لدائرة ابتدائية بتشكيل خاص، ويتاح مجال المعارضة على الحكم الغيابي.
- لتمكين قاضي الأحداث من سلطة تعديل التدبير المحكوم به ضد الحدث الجانح، يوصي الباحث بتعديل المادة (٤٣) من قانون مساءلة الأحداث لتكون كالتالي: (لمحكمة الأحداث من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الادعاء العام أو الحدث أو والديه أو وليه أو وصيه أو المؤتمن عليه أن تعيد النظر في الحكم أو الأمر الصادر بأحد التدابير المنصوص عليها في هذا القانون وذلك بإنهائه أو تعديله...).

- تمكيناً لمراقبة المحكمة الأعلى لقرار قاضي الأحداث في الحكم الصادر بالطعن على حكم إعادة النظر في التدبير المحكوم به، يوصي الباحث بإضافة المادة (٤٣) مكرراً) في قانون مساءلة الأحداث يكون نصها التالي: (يجوز للحدث أو والديه أو الولي أو الوصي أو المؤتمن عليه أو الادعاء العام أن يطعن على الحكم الصادر بإعادة النظر وفقاً للمادة (٤٣) من القانون وذلك في مهلة شهر من تاريخ صدور الحكم إن كان حضورياً أو علمه به إن كان غائباً).

المراجع

أولاً- الكتب القانونية والدراسات الأكاديمية:

- (١) حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٨م).
- (٢) الدببسي، مدحت، محكمة الطفل والمعاملة الجنائية للأطفال، (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١م).
- (٣) السناني، عادل بن علي بن سالم، "إجراءات مساءلة الأحداث الجانحين"، (بحث متطلب مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، يناير ٢٠١١م).
- (٤) الطالب، السنية محمد، إجراءات محاكمة الأحداث في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في جامعة محمد خيضر بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العام الجامعي ٢٠١٣/٢٠١٤م".
- (٥) العجمية، آسيا بنت إسماعيل بن محمد، "الضمانات الإجرائية في قانون مساءلة الأحداث العماني: دراسة مقارنة"، (بحث متطلب مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، ٢٠١٥م).
- (٦) القاضي، محمد محمد مصباح، الحماية الجنائية للطفولة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٦م).

٧) قصير، علي، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، "بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠٠٨م".

٨) المحلاوي، أنيس حسيب السيد، نطاق الحماية الجنائية للأطفال، (القاهرة: دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠١٦).

٩) محمد، أحمد علي عبدالحليم، الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٤هـ/٢٠١٤م).

ثانياً- القوانين:

١) قانون الإجراءات الجزائرية، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٧) بتاريخ ١٢/١٢/١٩٩٩م نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٦١) بتاريخ ١٥/١٢/١٩٩٩م".

٢) قانون الأحداث الأردني، "قانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ٢/١٠/٢٠١٤م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٦٣٧١)".

٣) قانون الأحداث البحريني، "مرسوم بقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ٢٨/٣/١٩٧٦م".

٤) قانون الأحداث الجانحين السوري، "الصادر بالمرسوم رقم (١٨) لعام ١٩٧٤م بتاريخ ٧/٣/١٣٩٤هـ الموافق ٣٠/٣/١٩٧٤م".

٥) قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي، "قانون اتحادي رقم (٩) لسنة ١٩٧٦م الصادر بتاريخ ٦/١١/١٩٧٦م".

٦) قانون الأحداث القطري، "قانون رقم (١) لسنة ١٩٩٤م الصادر بتاريخ ٢٩/١/١٩٩٤م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢) لسنة ١٩٩٤م".

٧) قانون الأحداث الكويتي، "قانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٣م".

٨) قانون المعاملات المدنية، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩/٢٠١٣م) بتاريخ ٦/٥/٢٠١٣م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (١٠١٢) بتاريخ ١٥/٥/٢٠١٣م".

٩) قانون الطفل السوداني، "لسنة ٢٠١٠م، الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٠م".

- ١٠) قانون الطفل المصري، "قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م المعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م".
- ١١) قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر اللبناني، "قانون رقم (٤٢٢) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٦م، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢/٣٤) بتاريخ ٢٠٠٢/٦/١٣م".
- ١٢) قانون مساءلة الأحداث، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م".
- ١٣) مجلة حماية الطفل التونسي، "قانون رقم (٩٢) لسنة ١٩٩٥م بتاريخ ١٩٩٥/١١/٩م، منشور في الرائد الرسمي العدد (٩٠) بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٠م".
- ١٤) قانون الادعاء العام، "الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٢) بتاريخ ١٩٩٩/١١/٢١م، منشور في الجريدة الرسمية العدد (٦٦٠) بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١م".

ثالثاً- مجموعات المبادئ القضائية:

- ١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- ٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ٢٠٠٧/١٠/١م وحتى ٢٠٠٨/٦/٣٠م، السنة القضائية الثامنة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- ٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ٢٠٠٦/١٠/١م وحتى ٢٠٠٧/٦/٣٠م، السنة القضائية السابعة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.
- ٤) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها خلال عام ٢٠٠٢م، مسقط ٢٠٠٣م، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.

٥) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، مسقط ٢٠٠٤م، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.

٦) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للفترة من ١/١٠/٢٠٠٨م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٩م، السنة القضائية التاسعة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.

٧) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، سلطنة عمان: المكتب الفني، المحكمة العليا.

رابعاً- الأحكام القضائية:

١) الحكم القضائي رقم (٢٠١٥/٣٠٠٣م) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ ٢٠/١/٢٠١٦م.

٢) الحكم القضائي رقم (٢٠١٦/٢٠٨٨م) الصادر عن محكمة الأحداث الابتدائية بمسقط بتاريخ ١/١٢/٢٠١٦م.



ظاهرة التهرب التأميني بين الواقع والقانون

الدكتور/ سيف بن أحمد بن محمد الرواحي*
هنادي بنت أحمد بن عبدالله الخروصي**
صفاء بنت ناصر بن سالم الخروصي***

الملخص:

تأسيساً على مبادئ النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢١/٦، ووفقاً عند عتبة مادته الخامسة عشرة والتي جاء نصها على أن: (....) العمل حق وشرف، ولكل مواطن ممارسة العمل الذي يختاره لنفسه في حدود القانون، ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، ولمدة محددة، وبمقابل عادل، وتسند الدولة القوانين التي تحمي العامل وصاحب العمل وتنظم العلاقة بينهما وتوفر شروط الأمن والسلامة والصحة المهنية...، ووصولاً لتأسيس عدد من الكيانات القانونية المستقلة المتمثلة في المحاكم العمالية واللجان والهيئات بما فيها الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، فقد جاءت هذه الدراسة استجابة ملحة لوضع أصبح يشغل الكثير من أصحاب القرار في كل بلد يسعى للاستجابة للحدود الدنيا لمتطلبات علاقة عمل يمكن وصفها بالعادلة وحقوق العامل يقطفها بعد استنفاد طاقته وقلة حيلته.

إن عدم التزام صاحب العمل بتنفيذ القوانين ذات الصلة بالتأمين الاجتماعي من خلال عدم الوفاء بالالتزامات المتعلقة بالاشتراكات التأمينية، قد يأخذ أشكالاً أساسية كإنهاء إجراءات اشتراك بعض العمال فقط وإخفاء أمر العمال الآخرين، أو أن يأخذ شكل أداء اشتراكات تختلف عن الأجور والمدة الفعلية للمؤمن عليهم، كل ذلك بات يعرف بمظاهر التهرب التأميني، الذي قد يظهر بمظهر أخطر عندما يكون التهرب التأميني كلياً والذي يظهر في عدم اشتراك صاحب العمل وعدم تسجيل رقم تأميني لمنشأته وامتناعه عن أداء مستحقات التأمين لعماله جميعهم؛ ويرجع ذلك لطبيعة الأشخاص في تمسكهم بما يعتبرونه حقوقهم إلى حد يصل إلى عدم انضباطهم في أداء واجباتهم التأمينية وذلك نتيجة لنقص الوعي التأميني لدى المخاطبين بأحكام قانون التأمينات الاجتماعية وانتشار الفساد والرشوة والتحايل؛ إذ إن توضيح مبادئ ومفاهيم التأمين الاجتماعي حافزاً للالتزام بالاشتراك الإيجابي لجميع الأفراد بما يزيد الإنتاج ويضمن عدم فقدان جزء من فوائض الصندوق التي تعد من أهم الموارد التي تعتمد عليها الدولة في تمويل المشاريع وعدم حرمان العامل من مظلة التأمين الاجتماعي.

الكلمات المفتاحية: الهيئة العامة للتأمينات - التهرب التأميني - التأمين الاجتماعي - العلاقة العمالية - المستحقات التأمينية - صاحب العمل - العامل.

* أستاذ مشارك بكلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.

** محامية ومستشارة قانونية.

*** رئيسة قسم الدراسات والبحوث الاجتماعية والثقافية بمجلس الدولة.



The Phenomenon of Insurance Evasion Between Reality and Law

Dr. Saif Ahmed Mohammed Al-Rawahi*
Hanadi Ahmed Abdullah Alkharusi**
Safa nasser salim Alkharusui***

Abstract:

Based on the principles of the Basic Law of the state issued by Royal Decree No. 6/2021, and standing at the threshold of article (15), which states that: (... Work is a right and an honor, and every citizen has the right to practice the work he chooses for himself within the limits of the law, and no citizen may be obliged to work forcibly except in accordance with a law, to perform a public service, for a specified period, and in fair return. The state enacts laws that protect the worker and the employer, regulate the relationship between them and provide conditions for occupational security, safety and health). In addition to the establishment of a number of independent legal entities represented by labor courts, committees and bodies, including the General Authority for social insurance, this study came as an urgent response to a situation that has become the concern of many decision-makers in every country seeking to respond to the minimum requirements of an employment relationship that can be described as fair and worker's rights He picks it after exhausting his energy and lack of resourcefulness.

The employer's failure to comply with the laws related to social insurance by not fulfilling obligations related to insurance contributions may take basic forms such as terminating the contribution procedures of only some workers and hiding the order of other workers, or take the form of making contributions that differ from the actual wages and duration of the insured. All this has become known as the manifestations of insurance evasion, which may appear in a more serious form when the insurance evasion is total, which appears in the employer's non-participation, failure to register an insurance number for his establishment and his refusal to perform insurance dues for all his workers; this is due to the nature of people in their adherence to what they consider their rights to the extent that they are undisciplined in performing their insurance duties, as a result of the lack of insurance awareness among those addressing the provisions of the social insurance law and the spread of corruption, bribery and fraud; clarifying the principles and concepts of social insurance is an incentive to commit to participating in this increases production and ensures that part of the fund's surpluses, which are one of the most important, is not lost The resources that the state relies on to finance projects and not to deprive the worker of the social insurance umbrella.

Keywords: General Insurance Authority – Insurance Evasion – Social Insurance – Labor Relationship – Insurance Dues – Employer – worker.

* Associate Professor – College of Law – SQU.

** Lawyer and legal Advisor.

*** Head of Social and Cultural studies and Research department at State Council of Oman.



المقدمة

تناقش هذه الدراسة جوانب التهرب التأميني والتي ينعكس تأثيرها سلباً على صحة العلاقة العمالية، وسيتم الاقتراب أكثر من أرض الواقع لإيجاد الحلول الكفيلة بالحد من المشكلة أو على الأقل الحد من آثارها، ومن هذه الحلول التي يجب مناقشتها وتحليلها كتعزيز أنظمة التفتيش وأعمال التحصيل الميداني، ووضع الضوابط اللازمة لتبادل المعلومات بما فيها مع وزارة العمل وقد يرتبط مع وزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار أيضاً، وتنشيط دور الإعلام إلى جانب تعزيز العقوبات القانونية بما يتناسب مع الفعل ليصبح الأمر ردعاً لمن تسول له نفسه اقتتراف أي فعل من الأفعال التي تعد أحد أشكال التهرب التأميني سواء أكان الأمر تهرباً كلياً أو جزئياً من دفع المستحقات المفروضة.

من هنا تأتي هذه الدراسة استجابة للأهمية القصوى للتصدي لظاهرة التهرب التأميني التي باتت تؤرق كثيراً من الدول، نتيجة لعدم سلامة العلاقة العمالية من الناحية القانونية لتسلط هذه الدراسة الضوء على أثر عدم صحة العلاقة العمالية على الحق في الحصول على المستحقات التأمينية، وذلك بالبحث والمناقشة في ملامح ومظاهر هذه المشكلة وأسبابها والآثار الناجمة عنها وما يترتب عليها من مسؤولية جزائية وغيرها، وصولاً إلى توصيات تضمن الحق في الحصول على المستحقات التأمينية في سبيل تنظيم قانوني لعلاقة العمل وتحقيق الحماية للعامل باعتباره الطرف الأضعف في تلك العلاقة، لا سيما والضمانات التي كفلها القانون للعامل في سبيل عدم استغلاله من خلال شروط مجحفة تضعها جهة العمل، ويضطر العامل لقبولها حتى لا يفقد فرصته في العمل، وجميع حقوق العامل لغاية انتهاء علاقة العمل كل ذلك في إطار يضمن تحقيق العدالة الاجتماعية.

تعتبر علاقات العمل هي الأساس في العملية الإنتاجية التي تضمن حقوق العامل، حيث إن العلاقة التعاقدية التي تنشأ بين صاحب العمل والعامل هي البداية الأصلية لأولى مراحل الإنتاج والتي تنعكس آثارها على طول فترة العمل وكافة المستويات لضمان الوصول إلى مستوى من الأمن الاجتماعي للعامل بعد وصوله لسن يحتاج فيه

إلى الراحة ولا يستطيع إلى العيش الكريم سبيلاً سوى من خلال مستحقاته التأمينية باعتبارها إحدى أهم الخدمات التي كفلها القانون للعامل^(١).

لقد تضمن قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٣/٣٥)^(٢)، إلى جانب قانون الضمان الاجتماعي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٨/٨٧) وتعديلاته^(٣)، تنظيم كثيراً من الأحكام والنصوص القانونية التي تحقق مصلحة العامل مما يساعده على ضمان حقوقه وقد اشتمل قانون العمل العماني وقانون الضمان الاجتماعي العماني انطلاقاً من تدرج التعديلات التي انطوت عليها هذه القوانين، كما إنه وانطلاقاً من السعي للحفاظ على هذه الحقوق والضمانات المقررة لمصلحة العامل فقد نظمت اللوائح ذات الصلة تفصيلاً للمواد والأحكام وقررت القوانين ذات الصلة أيضاً مجموعة من الجزاءات الرادعة.

مشكلة البحث:

إلى جانب وجود بعض المنشورات والأبحاث في مجال المشكلة التي يناقشها هذا البحث من منظور التشريعات العمانية ذات العلاقة، إلا أنها ورغم أهميتها لم تحظ بالاهتمام الكافي والدراسات المتعمقة، وبذلك فإننا نستشعر مسؤوليتنا في إثراء الموضوع بالبحث والخروج بتوصيات شأنها المساعدة على حفظ الأمن الاجتماعي لكل عامل في هذا البلد وفي الجانب الآخر ردع كل صاحب عمل يهضم حقوق العامل.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة للهيئة تأسيساً لكونها الجهة المناط بها رعاية صمام الأمان في حفظ الأمن الاجتماعي لكل عامل في هذا البلد، حيث إنها تعنى بمتابعة التزام أصحاب العمل بالقيام بواجبهم في ضمان وصول اشتراكات التأمينات للعمال لديهم إلى الهيئة وفق القواعد والأحكام النافذة، كون هذه الاشتراكات والمتمثلة في استقطاع حصة العامل وهي (٦.٥%) من أجره الأساسي بالإضافة إلى المساهمة بحصته البالغ نسبتها

(١) شراره، د. مجدي عبدالله، ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٦ م، علاقات العمل الفردية، ص ٥.

(٢) قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٣/٣٥) والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٧٤٢.

(٣) قانون الضمان الاجتماعي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٤/٨٧) والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٠٠ وتعديلاته.

(١٠.٥%) من الأجر الأساسي للعامل، وإذ يعد ذلك أهم مصادر تمويل نظام التأمينات الاجتماعية بالهيئة^(٤)، وسبيل العيش الكريم للعامل وضمان للاستقرار الأمني والاجتماعي في البلد.

كما تكمن أهمية الدراسة على الصعيد العملي في الوقوف على الإجراءات المنظمة للعلاقة العمالية في السلطنة وبيان مواطن اللبس والغموض وأحيانا عدم النص مما يشكل تحدياً في وجه تحقيق العدالة في علاقة عمل طرفيهما لا يقفان على أرض واحدة، بالإضافة إلى اقتراح التوصيات المناسبة بما يضمن حق العامل في مستحقاته التأمينية، بالإضافة إلى أهميتها من خلو المكتبة القانونية العمانية من دراسة معمقة تتناول المشكلة، وبالتالي تُعد هذه الدراسة في حد ذاتها إضافة حقيقية ونوعية لإثراء المكتبة القانونية العمانية بشكل خاص والمكتبة العربية بشكل عام، ومرجع لاتخاذ القرار.

منهجية البحث:

إنه ومن ضمن الخطوات الأساسية للبدء في أي بحث هي اختيار منهجية البحث المناسبة والتي من خلالها يستطيع الباحث الحصول على بحث ذي جودة ويضمن أصالة المحتوى، إذ إن منهج البحث العلمي هو التقصي المنظم والذي يقوم الباحث من خلاله باتباع أساليب ومنهج علمي ليحدد الحقائق العلمية، وذلك من أجل تعديل هذه المعلومات وتصحيح الخاطئ منها، وإضافة الجديد.

عليه فإن اختيار المنهج الوصفي التحليلي يمكن الباحث من دراسة الواقع بشكل دقيق للغاية، حيث يتعرف الباحث على الأسباب التي أدت إلى حدوث الظاهرة ويساهم في اكتشاف الحلول لها وذلك بتحليل الظاهرة المدروسة، ولما كان ذلك فقد اختار الباحثين في هذا البحث اتباع المنهج الوصفي التحليلي ودراسة الحالة من خلال الإحصائيات وهو ما يتلاءم في رأي الباحثين مع أهداف البحث؛ وذلك انطلاقاً نحو تحقيق التغطية للإطار القانوني للتهرب التأميني في السلطنة، ومن خلاله سيعمل الباحثون على دراسة وتأسيس الحماية لمصلحة الدولة بشكل عام والعامل بشكل خاص.

(٤) تكافل تأميني، يوليو ٢٠١٩م، تحصيل الاشتراكات الشهرية، ملحق شهري تصدره الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بالتعاون مع جريدة عمان، العدد ١٠٠، ص ٤.

كما ستتم قراءة القواعد القانونية الحاكمة بهذا الشأن قراءة تخدم البحث وناقديه بشأن العقوبات المقررة، بالإضافة إلى التعرض لكافة المعلومات المتحصل عليها في الموضوع بالإشارة إلى الأحكام القضائية وكافة الآراء الفقهية في سبيل التطرق لمشكلة البحث بشكل دقيق من خلال الأرقام والإحصائيات لما تلعبه من دور مهم لا سيما وأن الطرق الأخرى كالاستبيان قد تلقى أيضاً عدم المصادقية والغموض إذ ستقتصر على فئات معينة تكون نتيجتها غير دقيقة.

أما بالنسبة للإحصائيات فقد استندت إلى تقارير سنوية تم إعدادها عن طريق الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية استناداً على تقارير شهرية أولت فيها الهيئة اهتماماً خاصاً سيلعب دوراً في تطوير النظام المتبع والخروج بتوصيات مثمرة، وبناء عليه سيتم التطرق لهذه العناصر بعد التطرق للجانب النظري لظاهرة التهرب التأميني وكيف تناولها المشرع العماني مع المقارنة بشكل عام بقوانين الدول الأخرى، بالإضافة إلى مناقشة كفاية وملاءمة العقوبات المقررة لمواجهة هذه الأفعال التي تعد أحد أشكال التهرب التأميني.

الدراسات السابقة:

إن البحث عن الدراسات السابقة المتعلقة بذات مضمونها يلعب دوراً مهماً من خلال الارتكاز على دراسات معتمدة إلا أنه وبالبحث في مجال التهرب التأميني فإنه يظهر أن ما يميز هذه الدراسات المختارة هو كونها الأولى من نوعها والتي تتناول البحث عن صحة العلاقة العمالية وأثرها على المستحقات التأمينية، لتسلط الضوء على التحديات المتعلقة بالموضوع للوصول إلى توصيات، كما أنها تقدم للقارئ جانباً تحليلياً لنصوص القوانين ذات العلاقة بتنظيم المستحقات التأمينية بين صاحب العمل والعامل، وهذا ما لم تتطرق إليه الدراسات السابقة وإنما ركزت على المشاكل التأمينية بين صاحب العمل والعامل وأسبابها وآثارها، دون أن تقدم للقارئ فكرة عن أثر السلطة التشريعية في الوصول إلى حلول قد تكون جذرية لأسباب المشاكل التأمينية، وتتمثل هذه الدراسات في الآتي:

أولاً- الدراسات العربية:

دراسة (الدالي، ٢٠١٤م)^(٥) بعنوان: مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها بالتطبيق على أصحاب المؤسسات والمدارس الأهلية بمدينة الطائف) وهدفت الدراسة إلى تحديد وتحليل أسباب تهرب أصحاب الأعمال وصولاً إلى توصيات للحد من الظاهرة، وتوصلت الدراسة إلى العديد من النتائج والأسباب لانتشار هذه الظاهرة من بينها: أنظمة العمل والتشريعات الخاصة بالتأمينات الاجتماعية، ونسب الاشتراكات وحدود الأجور ونوعية المؤسسة والخصائص الشخصية للعاملين وأصحاب الأعمال، وأوصت الدراسة بضرورة إنشاء جهاز لمكافحة التهرب التأميني على أن يتوفر لديه سلطات قانونية وتوفير وسائل التدريب والتطوير للمفتشين، ووضع نظام فعال للتحويل ومراجعة الاشتراكات المستحقة على أصحاب العمل وفرض عقوبات قانونية مناسبة على التهرب بحيث تكون رادعة، وضرورة أن يتم التسجيل للرقم التأميني عن طريق شهادة الميلاد فقط دون أي مستند آخر للقضاء على الازدواج، بالإضافة إلى التوعية المستمرة لحث أصحاب الأعمال على الالتزام بالمسؤولية الوطنية في التأمين على عمالهم.

دراسة (الديب، ٢٠١١م)^(٦) بعنوان: (مشاكل نظام التأمين الاجتماعي في مصر)، هدفت الدراسة إلى تحديد مشاكل التأمين وأسبابها والحلول ومن هذه المشاكل: مشكلة التهرب التأميني التي تنقسم إلى تهرب جزئي مثل اشتراك في التأمين عن بعض العمال دون البعض الآخر أو التأمين عن مدد أقل والاشتراك في الحد الأدنى والإخطار عن انتهاء خدمة العامل على الرغم من استمراره، والنوع الثاني هو التهرب الكلي الذي يشمل عدم التأمين على جميع العمال والامتناع عن سداد اشتراكات التأمين الاجتماعي، حيث كشفت الدراسة إلى أن التهرب التأميني يؤدي إلى آثار سلبية منها حرمان العامل من مظلة التأمين الاجتماعي التي كفلها له الدستور ومن ثم عدم الانتفاع بالمزايا التأمينية، وكثرة المنازعات القضائية بين العمال وأصحاب الأعمال والهيئة التأمينية بشأن إثبات علاقة العمل، واستغلال بعض العمال للنظام، وذلك باللجوء إلى القضاء لإثبات وجود علاقة وهمية بين العامل وصاحب العمل عن مدد

(٥) الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨-ع ٢.

(٦) الديب، د. علي السيد، ٢٠١١م، مشاكل نظام التأمين الاجتماعي في مصر، المنظمة العربية للتتمية الإدارية.

أقل من المُدد الفعلية وأجور غير حقيقية، وذلك للحصول على مزايا تأمينية دون أداء الاشتراكات المقابلة لها، مستغلين في تلك المادة (١٥٠) من قانون التأمين الاجتماعي التي تُلزم الهيئة التأمينية بأداء الحقوق التأمينية للعامل حتى ولو لم يقم صاحب العمل بالاشتراك عنه، وأوصت الدراسة بضرورة تطوير نظام العمل بأجهزة التفتيش والتحصيل والحجز الإداري بصندوق التأمين الاجتماعي، والتعاون مع وزارة العمل في تبادل المعلومات والبيانات التي تتعلق بتنفيذ العمل والتأمينات الاجتماعية، والاهتمام بنشر الوعي التأميني لدى أصحاب الأعمال والعاملين.

أجرى (عبد الفتاح، ٢٠١١م)^(٧) دراسة بعنوان: (ظاهرة التهرب التأميني)، حيث هدفت الدراسة إلى التعرف على مفهوم التهرب التأميني: وهو عدم التزام صاحب العمل أو المنشأة بتنفيذ قوانين التأمين الاجتماعي نتيجة عدم قيامه بالوفاء بالتزامه بإجراءات الاشتراك عن جميع العاملين لديه أو عن بعضهم أو أداء الاشتراكات عن مُدد عمل وأجور تقل عن العدد والأجور الحقيقية أو عدم الاشتراك عن نفسه من خلال المنشأة الذي يمارس نشاطه فيها، كما هدفت الدراسة إلى الكشف عن أسباب المشكلة وتوصلت إلى أن أهم الأسباب هي: قلة الوعي التأميني لدى الكثير من المواطنين، وارتفاع نسبة الاشتراك في التأمين مقارنة ببعض الدول، وعدم تناسب العقوبات الواردة بالقانون مع المخالفات التي يرتكبها أصحاب الأعمال لمرور ما يقارب (٣٥) عاماً على صدور القانون دون إجراء أية تعديلات في مواد القانون، واعتقاد أصحاب الأعمال أن الاشتراكات التي يؤديها تعتبر بمثابة ضريبة تفرض عليهم. كما قارنت الدراسة بين نسبة التأمين في سلطنة عمان وفي السودان ومصر، وتوصلت الدراسة إلى العديد من المقترحات للحد من ظاهرة التهرب من بينها: اتباع سياسة الحصر الشامل والدقيق عن طريق خطة زمنية محددة، وتعديل بعض مواد العقوبات الواردة بالقانون، وتعديل نسب الاشتراك في التأمين المعمول به حالياً، والتأمين على العاملين لدى أصحاب الأعمال والمنشآت بأجورهم ومُدد اشتراكهم الحقيقية.

(٧) عبد الفتاح، د. محمد سيد، ٢٠١١م، ظاهرة التهرب التأميني - الأسباب والحلول، اتحاد جمعيات التنمية الإدارية.

دراسة (الصيد، ٢٠٠٢م)^(٨) بعنوان: (دور التأمينات الاجتماعية في شبكة الأمان الاجتماعي)، هدفت الدراسة إلى التعرف على المراحل التي مرت بها نظم المعاشات والتأمين الاجتماعي في مصر، وتوصلت الدراسة إلى توصيات من بينها: تحديد الدور الواضح للمؤمن عليه وفقاً للقانون رقم (٧٩) لسنة (١٩٧٥م) للإبلاغ عن التحاقه بالعمل بالقطاع الخاص وأجر الالتحاق، حتى يمكن متابعة إجراءات الاشتراك عنه، ووضع الضوابط اللازمة لتبادل المعلومات بين مصلحة الضرائب وصندوق التأمين الاجتماعي للحد من ظاهرة التهرب من النظام، وإجراء تعديلات لازمة لإعطاء إجراءات التنفيذ الإداري دور مؤثر في حصر مستحقات نظام التأمين الاجتماعي، وتعديل العقوبات المتعلقة بحالات التهرب من نظام التأمين الاجتماعي بحيث تكفل الحد من ظاهرة التهرب، وتنشيط أعمال التحصيل الميداني للمبالغ المستحقة لصندوق قطاع الأعمال العام والخاص بزيادة أعداد المحصلين وتخصيص نطاق جغرافي لكل منهم وزيادة حوافز التحصيل.

أيضاً أجرى (الصيد، ٢٠٠٢م)^(٩) دراسة أخرى بعنوان: (أجر الاشتراك في قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم (٧٩) لسنة (١٩٧٥م))، هدفت الدراسة إلى التعرف على أجر الاشتراك والمشاكل المترتبة عليه وصولاً إلى المقترحات. وتوصلت الدراسة إلى أن أجر الاشتراك: هو كل ما يحصل عليه المؤمن عليه من مقابل نقدي، من جهة عمله الأصلية لقاء عمله، كما حصدت الدراسة العديد من المشاكل المترتبة على أجر الاشتراك ومنها أن أصبح قانون التأمين الاجتماعي المشار إليه يقوم على أساس وجود أجرين (أساسي ومتغير) لكل منهما مدة الاشتراك الخاصة به وبالتالي يراعى حساب الاشتراك وتحديد الحقوق التأمينية، وتتمثل المشاكل في وجود حساب مستقل لكل من الأجرين في كل من صندوق التأمين الاجتماعي، وحساب الاشتراكات والحقوق منفصلة عن كل منهما، واستمرار قيمة المعاش بعد تحديده مُتمثلة في قيمتين: معاش أجر أساسي، ومعاش أجر متغير، وأن الزيادات السنوية التي تقررها الدولة

(٨) الصيد، محمد، ٢٠٠٢م، دور التأمينات الاجتماعية في شبكة الأمان الاجتماعي، ورقة مقدمة في مؤتمر التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول. القاهرة، مصر.

(٩) الصيد، محمد، ٢٠٠٢م، أجر الاشتراك في قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥م، ورقة مقدمة في مؤتمر التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول، القاهرة، مصر.

تحسب على معاش الأجر الأساسي فقط دون معاش الأجر المتغير. وقد توصلت الدراسة إلى توصيات منها تبسيط الأحكام بما يحقق سهولة تطبيقها، والعمل على تقليل العبء المالي الملقى على عاتق الخزنة العامة، تلافى مشاكل التطبيق التي تبحث عن الفصل بين الأجرين، ولا سيما في حساب المستحقات والزيادات وتطبيق شروط الاستحقاق، وتوصل الباحث إلى بدلين لحل المشاكل المترتبة وهما: الأخذ بمفهوم الأجر الشامل، ثانيا الاستمرار في التعامل على أساس الفصل بين الأجرين، ورجح الباحث البديل الثاني.

ثانياً- الدراسات الأجنبية:

هدفت دراسة (Mineva and Stefanov, 2018 م)⁽¹⁰⁾ إلى تحديد وتحليل أشكال التهرب والكشف عن سياسات الوقاية الممكنة، وصنفت الدراسة التهرب إلى فئات رئيسية:

- أ) التهرب الضريبي عدم دفع الضرائب بتجاهل القانون وإخفاء المعلومات، بما في ذلك التوظيف السري وإخفاء وضع صاحب العمل والمعاملات المالية.
- ب) التهرب من دفع الضرائب استخدام الأحكام القانونية لتخفيض الضرائب المستحقة بما في ذلك مخططات المكافآت الوهمية، والعقود الوهمية، والنشر الوهمي للعمال.
- ج) الاحتيال في الضمان الاجتماعي.
- د) المخططات التي تستغل الفئات الضعيفة.

هـ) العمل غير القانوني، وقد توصلت الدراسة إلى العديد من التوصيات الرئيسية، منها التركيز على الحاجة إلى تطوير تعريفات قانونية مشتركة في الاتحاد الأوروبي (على سبيل المثال بشأن حالة التوظيف)، ووضع قواعد من شأنها تحميل مديري الشركة المسؤولية عن أي انتهاكات متعلقة بقانون التوظيف والضرائب والضمان الاجتماعي، بالإضافة إلى توحيد السجلات واستخدامها لتقييم المخاطر القائم على البيانات، وفرض عقوبات أكثر ملاءمة لعدم الإعلان عن وقت العمل وتسجيل العمال في

(10) Mineva, Daniela and Stefanov, Ruslan.2018.” Evasion of Taxes and Social Security Contributions” Center for the Study of Democracy Group, Bulgaria.

الوقت الفعلي وإجراء فحوصات إضافية لتحديد أي حالات احتيال في الهوية وتقديم "ضمان التوظيف" من قبل صاحب العمل الحقيقي. ومتابعة الموظفين (حركة العمال) بدلاً من متابعة الأموال لكشف التهرب، كما أوصت الدراسة بالتبني المناسب والفعال لتوجيهات الاتحاد الأوروبي في التشريع الوطني لسد أي ثغرات في السياسة أو التدابير المضادة (على سبيل المثال، تقديم التدابير المتوقعة في التوجيه (٧٠/١٩٩٩) EC / المؤرخ ٢٨ يونيو ١٩٩١م لمنع الانتهاكات الناشئة من استخدام عقود عمل متتالية محددة المدة لإخفاء عقود فعلية طويلة الأجل).

أشار الباحثون (Goveia and Sosa, ٢٠١٧م) ^(١١) إلى أن قضايا الخطأ والتهرب والاحتيال تُشكل مسائل قلق؛ لأنها تؤثر على استدامة أنظمة الضمان الاجتماعي، والحماية الاجتماعية للسكان، ومستوى ثقة الجمهور في نظام الأمن الاجتماعي قدمت هذه المقالة نموذجاً لإدارة مخاطر الامتثال (CRM) لمؤسسات الضمان الاجتماعي لاستخدامها كأداة للمساعدة في معالجة تحديات التهرب والاحتيال، يشار إلى التهرب والاحتيال بقضايا عدم الامتثال، حيث يعالج إطار النموذج عدم الامتثال بطريقة متكاملة فيما يتعلق بالوظائف الرئيسية لجمع المساهمة وإدارة المنافع، ويهدف إلى تسهيل معالجة هذه القضايا المهمة بشكل أفضل وذلك من خلال تحديد التحديات الأساسية، بعد ذلك يتم تناولها بناءً على مدى الخطورة المقدرة لها والتأثيرات والفعالية من حيث التكلفة للاستجابات المختارة، ويوصي البحث بمعالجة ثلاثة أنواع عامة من التدخل للحد من التهرب في جميع أنحاء العالم وهي: الكشف والمنع والردع. الهدف من هذه المقالة: هو المساهمة في العمل الجاري للتطوير إطار عمل شامل لجميع أنظمة الضمان الاجتماعي وذلك من خلال: تحديد فئات المخاطر الشائعة، وتطوير معايير تحديد أولويات المخاطر، ومنهجية تحديد الآثار الناتجة، وتطوير تدابير العلاج لمختلف فئات المخاطر، وأن تكون متاحة في قاعدة بيانات مخصصة.

(11)Goveia, Luana and Sosa, Anahí.2016. "Developing a compliance-based approach to address error, evasion and fraud in social security systems" International Social Security Association.

دراسة (AL Subbahi, ٢٠١٣ م)^(١٢) بعنوان: (التهرب من مساهمة الضمان الاجتماعي): تقييم من منظور المتهربين من المساهمة وهدفت الدراسة إلى تقييم طبيعة التهرب من المساهمة على مستوى الشركة، وفهم الأسباب الرئيسية لحدوث التهرب من المساهمة لتحقيق أهداف البحث، استخدمت هذه الدراسة مجموعة من المنهجيات الكمية والنوعية، تم اختيار العينات الاحتمالية العشوائية الطبقيّة من السكان المستهدفين لـ ٢٢٦٤ شركة، أظهر البحث أن أهم المتغيرات الاقتصادية التي دفعت صاحب العمل للإبلاغ عن التهرب من المساهمة هي: ارتفاع مستويات البطالة داخل الدولة، واحتمال محاولة صاحب العمل تقليل تكاليف العمالة، ووجود صعوبات مالية، ومن أبرز التوصيات للتقليل من التهرب من وجهة نظر المبحوثين هي: فرض عقوبات أكثر صرامة على المتهربين ومن الضروري إيجاد نظام أكثر فعالية لمتابعة المتهربين.

دراسة (Castel, Paulette, ٢٠١٢ م)^(١٣) بعنوان: (العمالة غير الرسمية في القطاع الرسمي الأجور والتهرب الضريبي من الضمان الاجتماعي في فيتنام)، تسلط الورقة الضوء على سبب شيوع التهرب من الإبلاغ عن الأجور في الفيتنام حيث إن نسبة (٤٦.٤ ٪) فقط من الشركات مسجلة بضمان اجتماعي، (و ٢١.٧ ٪) من المسجلين عمال الشركات غير مشمولين، وتمثل الأجور المبلغ عنها للضمان الاجتماعي (٣٢.٥ ٪) فقط من الأجور المدفوعة بالفعل. في حين أن هناك تفسيرات مؤسسية للوضع، إلا أن دوافع الشركات والعمال ليست واضحة، هل يحجز أصحاب العمل اشتراكات الضمان الاجتماعي من أجل الربح الخاص بهم أم يدفعون لهم بأجور أعلى لعمالهم؟ باستخدام التباين في حصة مساهمات الضمان الاجتماعي في الأجور عبر الشركات، تؤكد الدراسة أولاً أنه في فيتنام، كما هو الحال في العديد من البلدان، يمكن للشركات تحويل عبء مساهمات الضمان الاجتماعي على الأجور في خطوة ثانية، تبحث عن دليل على أنه تهرب الشركات من تحقيق أرباح أو إيرادات أعلى لكل عامل، في حين أنه من الواضح أن الشركات التي تهرب من الأجور وتقل عن تقديم

(12) Subaihi, B.A. 2013'' Social security contribution evasion: an evaluation from the perspective of former contribution evaders''. Jordan – case study. Unpublished PhD thesis. Coventry: Coventry University.

(13) Castel, paulette. 2012 ''Informal employment in the formal sector: wages and social security tax evasion in Vietnam''.

التقارير تدفع أجورًا أعلى، فلا يوجد دليل على تخصيص أصحاب العمل لمساهمات الضمان الاجتماعي غير المدفوعة. مع الأخذ في الاعتبار خمسة آثار سياسية رئيسية، يشرح الاستنتاج أن سياسات الحماية والحملات الإعلامية في فيتنام ستساعد بشكل هامشي على توسيع الضمان الاجتماعي، وتقليل العمالة غير الرسمية، والممارسات التجارية للأجور المتدنية الإبلاغ. هناك حاجة لأنشطة بناء توافق الآراء التي تؤدي إلى التغييرات التنظيمية، والعمل المنسق بين واضعي السياسات والشركات والموظفين.

أجرى (McGillivray, 2001م)⁽¹⁴⁾ دراسة بعنوان: (التهرب من المساهمة: الآثار المترتبة على خطط معاشات الضمان الاجتماعي)، هدفت الدراسة إلى التعرف على أنواع التهرب وآثاره. وتوصلت النتائج أن للتهرب أنواع عديدة منها: يتهرب أرباب العمل من المساهمات عن طريق نقص الإبلاغ عن الموظفين على سبيل المثال عن طريق تحديد الموظفين كعمال لا يطلب منهم المساهمة (مثال: عمال أو متعاقدون بدوام جزئي أو مؤقت)، وبذلك يصبحون غير رسميين معهم والتهرب أيضا من مسؤوليتهم عن طريق عدم الإبلاغ الأرباح الخاضعة لمساهمة العمال، وتأخر صاحب العمل عن إجراء التحويلات الاجتماعية خلافا للوائح النظام. وكشفت الدراسة عن أسباب التهرب ومنها تخفض تكاليف العمالة، وقد يتهرب أرباب العمل من دفع مساهمات الضمان الاجتماعي بسبب التعقيد الإداري، وبالنسبة للعمال يمكن أن تؤدي احتياجات الاستهلاك الحالية إلى دفع العمال إلى التهرب من الدفع الاجتماعي للمساهمات الأمنية، خاصة عندما يكون معدل المساهمة مرتفعًا؛ وبالتالي زيادة دخلهم الحالي، أما عن الآثار السلبية التي تخلفها ظاهرة التهرب، عدم المساواة بين أصحاب العمل الذين يفتنون بمساهماتهم، وكذلك بين العمال الذين يساهمون وأولئك الذين لا يساهمون، كما أن العامل سيكون معرضا لفقدان عمله إذا أبلغ عن صاحب العمل. وبالنسبة للدولة ستستدعي استكمال المعاشات التقاعدية غير الكافية من الإيرادات العامة.

(14) McGillivray, Warren. 2001. "contribution evasion: Implication for social security pension schemes" International Social Security Association, Geneva.

خطة الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بشكل رئيسي: إلى دراسة أثر صحة العلاقة العمالية على المستحقات التأمينية وظاهرة التهرب التأميني بأنواعه؛ وذلك من خلال التعرف أولاً على الإطار النظري لصحة العلاقة العمالية وفق أحكام القانون العماني، ومن ثم بيان الأسباب والعوامل التي تؤدي إلى مخالفة القانون فيما يتعلق بالعلاقة العمالية وما ينتج عنه من أثر على المستحقات التأمينية، ثم الوقوف على أهم ملامح عدم صحة العلاقة العمالية والتهرب التأميني وتناولها بشكل يوصل إلى التحقيق من خلاله على هدف آخر من أهداف الدراسة يتمثل في الوصول إلى آليات وتوصيات فعالة لمعالجة الإشكالية محل البحث والخروج بتوصيات تخدم الواقع العماني وتحقق أهداف التوازن الذي يؤدي في النهاية إلى وضع آمن ومستقر للعامل بشكل خاص، والمجتمع بشكل عام ويضمن تحقيق العدالة، وبذلك فقد جاء هذا البحث في أربعة مباحث كالاتي:

▪ الإطار النظري لصحة العلاقة العمالية.

▪ ظاهرة التهرب التأميني من الجانب النظري.

▪ التأمين الاجتماعي في التشريعات العمانية

▪ آليات مواجهة التهرب التأميني.

أما الخاتمة فقد تم تخصيصها للتوصيات والنتائج التي تم التوصل إليها من خلال تحليل الأبحاث والإحصائيات وما تناولته في موضوع التهرب التأميني.

المبحث الأول

الإطار النظري لصحة العلاقة العمالية

مرت المجتمعات البشرية القديمة بمراحل تاريخية انعدم فيها وجود قانون العمل بالمفهوم الحديث، ومفهوم العلاقة العقدية بين صاحب العمل والعامل حيث كانت هذه العلاقة قائمة على عدة مفاهيم أهمها الرق والذي يحمل في مفهومه امتلاك السيد شخص ما وتكون ملكيته خاصة للقيام بواجبات ملقاة على عاتقه كالزراعة والحرث وغيرها من الأعمال الشاقة، مقابل أن يقوم السيد بحمايته وإطعامه فقط وللسيد الحق في بيع هذا الشخص - العبد - لذلك انعدم التنظيم القانوني لهذه العلاقة، ونتيجة لذلك فقد أصبحت الحاجة ملحة لوجود نظام قانوني يحدد الحقوق والواجبات على كلا

الطرفين ويضمن بالأخص حقوق العامل باعتباره الطرف الأضعف، وذلك من خلال قانون العمل والتطورات والتعديلات التي تضمنها القانون في كل دولة^(١٥).
 وحيث إن البحث في أوجه الحماية القانونية التي وضعها المشرع على الأجر المستحق للعامل وحقوقه الأخرى والتي تتعارض مع بعض مصالح صاحب العمل نتيجة قيام بعض هذه المؤسسات الصناعية والتجارية بمخالفة القوانين بما تملكه من قوة مؤثرة في اقتصاد الدولة على حساب حقوق الطبقة العمالية، وذلك في سبيل استمرار انتعاش وضعها الاقتصادي ولكن الواقع أن ذلك يكون على حساب استغلال هذه المؤسسات لسلطتها بهدف استمرار إنتاجيتها دون مراعاة لظروف العامل^(١٦)، وهذا ما يقتضي النظر والمناقشة العميقة للجانب النظري لموقف التشريع مع هذه الظاهرة لما يلعبه الإطار النظري من دور مهم في تحديد طبيعة الأسئلة البحثية وطريقة صياغتها وبيان المفاهيم وعمليات التحليل والتوصل للنتائج^(١٧).

المطلب الأول

ماهية العلاقة العمالية

لقد قامت منظمة العمل الدولية عام (١٩٩٩م) انطلاقاً من الرسالة التي أنشئت من أجلها والقائمة على السلام الدائم والشامل والذي لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان أساس بنائه قائماً على العدالة الاجتماعية، وقد جاء ضمن الرسالة أيضاً: (... وتهدف التركيبية الفريدة للمنظمة إلى تحقيق فعالية مبدأ التشاور بين أطراف علاقة العمل الثلاثة

(١٥) أبو عرة، مراد شاهر عبدالله، ٢٠١٣م، رسالة ماجستير بعنوان حقوق العمال بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، إشراف أمجد حسان، جامعة النجاح الوطنية- كلية الدراسات العليا، نابلس- فلسطين، ص ١.

(١٦) الرشدي، منال سالم شوق، ٢٠١٠م، رسالة ماجستير بعنوان الحماية القانونية للأجور في قانون العمل الأردني والكويتي (دراسة مقارنة)، إشراف د. مهند عزمي أبو مغلي، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، ص ٢.

(١٧) السلولي، دكتور مسفر بن سعود، ١٤٣٤هـ/٤/٢٨، كتابة الإطار النظري في البحوث التربوية، مركز التميز البحثي لتطوير تعليم العلوم والرياضيات، ص ٦.

- العمال وأصحاب العمل والحكومات - من أجل تعزيز فرص عمل لائقة للنساء والرجال في ظل ظروف من الحرية والمساواة والكرامة الإنسانية^(١٨).

إن علاقة العمل بين العامل وصاحب العمل هي علاقة تعاقدية رضائية بطبيعتها إذ تقوم على توافق إرادتين وبمقتضى هذا الاتفاق يلتزم العامل بأن يؤدي لصاحب العمل عملاً معيناً يتم الاتفاق عليه في عقد العمل وذلك لقاء أجر معين يلتزم به صاحب العمل تجاه العامل، وبمقتضى ذلك أن يكون العامل خاضعاً لإدارة صاحب العمل أو إشرافه^(١٩)، ويبدو هذا المعنى واضحاً في نص المادة الأولى من قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٣/٣٥م) والتي نصت على أنه: (...عقد العمل: كل عقد يتعهد بمقتضاه شخص طبيعي بأن يعمل لمصلحة صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر).

وكما هو الشأن في كل علاقة عقدية، لعلاقة العمل أطراف ومحل أو موضوع تنصب عليه، وطرفا عقد العمل هما العامل وصاحب العمل وقد عرفت ذات المادة المشار إليها أعلاه من قانون العمل - المادة الأولى - بأن العامل هو كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته وإشرافه^(٢٠)، وعرفت صاحب العمل بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر^(٢١)، أما موضوع أو محل عقد العمل فيتمثل في أداء العامل للعمل المنوط به لقاء أجر متفق عليه.

عليه وتحديداً للعلاقة القائمة بموجب عقد العمل، فإن الفئات الخاضعة لأحكام قانون العمل وفي حال نشوء أي نزاعات بشأن حقوق العامل ومستحقاته المالية أو بشأن انتهاء علاقة العمل ذاتها، فإنه يتم الاحتكام إلى دائرة العمل المختصة - دائرة تسوية المنازعات العمالية - ليتم بعدها استدعاء طرفي النزاع واتخاذ ما يلزم لتسوية النزاع بين

(١٨) دليل التأمينات الاجتماعية للمنظمات النقابية، ٢٠١٨م، منظمة العمل الدولية، مشروع التصدير شركاء من أجل التنافسية والعمل اللائق، الطبعة الأولى باللغة العربية مكتب منظمة العمل الدولية بالقاهرة، جمهورية مصر العربية ص ٩.

(١٩) المنازعات العمالية في ضوء أحكام محكمة النقض من سنة ٢٠١٢م إلى سنة ٢٠١٣م، الجزء الثاني، دائرة القضاء - أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م، ص ٧.

(٢٠) قانون العمل العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٣/٣٥م، المادة الأولى، الفقرة ٦.

(٢١) المرجع السابق، المادة الأولى، الفقرة ٥.

الطرفين ودي، وفي حال تعذر ذلك فإنه يتعين على الدائرة إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة لتجد المنازعات العمالية طريقها إلى ساحات المحاكم بدرجاتها^(٢٢)، بداية أمام محاكم أول درجة، ومن ثم أمام محاكم الاستئناف، وأخيرًا أمام المحكمة العليا وذلك حسب الإجراءات التي رسمها القانون.

وقد كفل القانون هذه الإجراءات المعمول بها بشأن المنازعات العمالية، في ظل تحقيق ما نصت عليه المادة (١٢) من النظام الأساسي للدولة بأن: (الدولة تسن القوانين التي تحمي العامل وصاحب العمل وتنظم العلاقة بينهما... إلخ)، عليه فقد سعى قانون العمل والقوانين ذات العلاقة واللوائح إلى تأسيس عدد من الكيانات القانونية المستقلة ومن ضمنها لجنة تسوية الخلافات والمنازعات في العمل، والتي بدورها تختص في حل وتسوية المنازعات العمالية قبل تحويل القضايا للمحكمة المختصة تخفيفًا للعبء على المحاكم، وضمانًا لسرعة الإجراءات بما يضمن حقوق العامل ويضمن عدم التأخير في الإجراءات.

المبحث الثاني

ظاهرة التهرب التأميني من الجانب النظري

تعتبر التأمينات الاجتماعية إحدى الدعامات القوية للمجتمع العماني، فبقدر ما هي ضرورة اجتماعية فهي ضرورة اقتصادية أيضًا؛ وبذلك يعد التأمين الاجتماعي نظامًا يخاطب أصحاب الأعمال فيما يتعلق بالعمالين في القطاع الخاص داخل السلطنة، وهو نظام إلزامي يشكل أكبر مظلة اجتماعية واقتصادية من حيث شموله للفئات جميعها^(٢٣).

وبذلك تعتبر ظاهرة التهرب في سداد الالتزامات التأمينية في القطاع الخاص من أخطر الظواهر التي ينتج عنها انحسار المظلة التأمينية عن عدد غير قليل من الأسر،

(٢٢) المرجع السابق، المنازعات العمالية في ضوء أحكام محكمة النقض من سنة ٢٠١٢ إلى سنة ٢٠١٣م، الجزء الثاني، دائرة القضاء - أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى ٢٠١٤م، ص ٨ و ص ٩.

(٢٣) الصياد، محمد حامد، ٢٠٠٢م، التهرب من التأمينات الاجتماعية والآثار الاقتصادية والاجتماعية المترتبة عليه وأساليب تلافي هذه الظاهرة، محاضرات في التأمينات الاجتماعية، سبتمبر، ص ٣.

مما يجعل مستقبل الأسرة في مهبط الريح، وهو ما يتعارض مع أهداف الدولة في مد مظلة التأمين لجميع العمال وبذلك جميع الأسر^(٢٤).

المطلب الأول

مفهوم التهرب التأميني

يُقصد بالتهرب التأميني: عدم قيام صاحب العمل بالوفاء بالتزاماته التأمينية تجاه العاملين لديه، وذلك يأتي بعدة طرق؛ كإجراء الاشتراك عن بعضهم دون البعض الآخر، أو أداء الاشتراكات عن مدد عمل وأجور تقل عن المدد والأجور الفعلية، وبذلك يكون التهرب التأميني تهربًا كليًا أو جزئيًا، وغالبًا تكون وسائل التهرب باستخدام طرق احتيالية تتمثل في إخفاء بيانات أو إظهارها بطريقة تختلف والواقع أو تخفيض رواتب العمال^(٢٥).

المطلب الثاني

أنواع التهرب التأميني

إن عدم التزام صاحب العمل أو المنشأة بتنفيذ قوانين التأمين الاجتماعي نتيجة عدم قيامه بالوفاء بالتزامه بإجراءات الاشتراك عن جميع العاملين لديه أو عن بعضهم أو أداء الاشتراكات عن مدد عمل وأجور تقل عن العدد والأجور الحقيقية أو عدم الاشتراك عن نفسه من خلال المنشأة التي يمارس نشاطه فيها يجعل التهرب التأميني يظهر في نوعين من التهرب من حيث الأداء، الأول: يكون جزئيًا والثاني: كليًا^(٢٦)، ويتضمن كل

(٢٤) المرجع السابق، الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨-٢٤، ص ٧٤.

(٢٥) المرجع السابق، الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨-٢٤، ص ٧٤.

(٢٦) المرجع السابق، عبدالفتاح، د. محمد سيد، ٢٠١١م، ظاهرة التهرب التأميني - الأسباب والحلول، اتحاد جمعيات التنمية الإدارية، ٧٦.



نوع عدة أشكال تتدرج ضمنه من حيث الطريقة التي يتم اتخاذها للتهرب التأميني ويمكن تعداد ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

التهرب التأميني الكلي

يُعد التهرب التأميني الكلي الأخطر، إذ يكون نتيجة التخلف عن سداد التأمينات كلياً من خلال عدم اشتراك صاحب العمل عن نفسه باعتباره صاحب عمل من خلال منشأته التي يمارس نشاطه فيها، وكذلك امتناعه عن الاشتراك عن عماله أيضاً بنفس المنشأة نتيجة عدم الاشتراك عن المنشأة أصلاً وعدم تسجيل رقم تأميني لها^(٢٧)، وتعتبر هذه الصورة منتشرة وبصفة خاصة في المنشآت الصغيرة^(٢٨)، ويأتي ذلك في عدة صور يمكن إجمالها في الآتي:

- عدم تسجيل جميع العمال في التأمين.
- عدم التأمين على صاحب العمل أو شركائه.
- الامتناع عن سداد اشتراكات التأمين الاجتماعي.

الفرع الثاني

التهرب التأميني الجزئي

يكون التهرب جزئياً وهو الأكثر انتشاراً ويتمثل عن طريق قيام صاحب العمل بأحد الأفعال الآتية تحت عدة مبررات كعدم انتظام العامل في العمل أو التدريب وتأتي صور التهرب التأميني الجزئي في الآتي^(٢٩):

- الاشتراك في التأمين عن بعض العمال دون البعض الآخر.
- التأمين عن مدد أقل من المدد الفعلية للعاملين.

(٢٧) المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢٨) <http://www.alwatan.com/graphics/2006/04apr/24.4/dailyhtml/news1.html>

، تاريخ الدخول ٢٢/٧/٢٠٢٠م.

(٢٩) المرجع السابق، الديب، د. علي السيد، ٢٠١١م، مشاكل نظام التأمين الاجتماعي في مصر، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٢٢٥.

- الإخطار عن انتهاء خدمة العامل على الرغم من استمراره في العمل.
- الاشتراك عن أجور تقل عن الأجور الحقيقية.
- الاشتراك عن الحد الأدنى لأجر الاشتراك في التأمين.
- عدم الانتظام في سداد اشتراكات التأمين الاجتماعي.
- اختيار أصحاب الأعمال الحد الأدنى لفئة الاشتراك عن الاشتراك في نظام التأمين عن أنفسهم بما يخالف دخلهم الحقيقي.

المطلب الثالث

نتائج التهرب التأميني

يُعد الأمان الوظيفي أحد مطالب العامل الأساسية في جميع القطاعات، فهو يتضمن تحقيق حاجات العامل استناداً على مجموعة من القوانين ذات العلاقة، ويأتي ذلك من خلال توفير بيئة عمل آمنة للعامل داخل المؤسسة تضمن للعامل استمرار دخله وزيادة إنتاجيته^(٣٠)، وبذلك فإن انعدام الأمان الوظيفي ينعكس على الاستقرار النفسي للعامل؛ وبالتالي ينعكس ذلك أيضاً على التزامه بالعمل وتحسين إنتاجه الأمر الذي يؤثر على الإنتاجية، وانطلاقاً من ذلك فإن التأمين باب من أبواب الضمان الاجتماعي^(٣١).

يُشكل التهرب التأميني عبئاً على نظام التأمين الاجتماعي، إذ إن التخلف عن سداد الاشتراكات يؤدي إلى انخفاض موارد نظام التأمين الاجتماعي، مما يؤثر على عائد الاستثمار الذي يستخدم في أداء الحقوق التأمينية، وفي هذا الصدد؛ فإن ظاهرة التهرب التأميني تعتبر ظاهرة عالمية تعاني منها معظم أنظمة التأمين الاجتماعي في بعض دول آسيا وأمريكا الجنوبية؛ نتيجة لعجز هذه الأنظمة عن دفع وأداء المنافع التأمينية المترتبة تجاه المؤمن عليهم؛ وذلك نتيجة لعدة أسباب منها: تهرب أصحاب الأعمال من تطبيق نظام التأمين الاجتماعي؛ وبذلك الإخلال في الموارد المالية الواجب تأديتها

(٣٠) لكحيلة عائشة، (٢٠١٢-٢٠١٣م)، تأثير الأمن الوظيفي على أداء العامل داخل المؤسسة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في علم الاجتماع والديمقراطية، إشراف الأستاذة بثقة ليلي، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جامعة المسيلة، ص ١١.

(٣١) <http://almashhadonline.com/article/5d01f8202b17b> ، ١٣/٠٦/٢٠١٩م، ريم غانم، التهرب التأميني أكبر ملفات فساد القطاع الخاص، دمشق، تاريخ الدخول ٢٦/٧/٢٠٢٠م.

للهيئة، ومثال على ذلك: (اشترك أصحاب الأعمال عن عمالهم في التأمين الاجتماعي بأجور تقل كثيراً عن أجورهم الحقيقية، وبالتالي انخفاض مستوى المعيشة للأسرة عند انقطاع دخل عائلها لأي سبب من الأسباب، مما يجعلها تواجه الخوف من متطلبات الحياة نتيجة انخفاض مستوى المعيشة، ووجود كساد اقتصادي، والذي بدوره قد يؤدي إلى لجوء هذه الأسر للشؤون الاجتماعية لطلب المساعدات، وبالتالي زيادة أعباء الخزانة العامة للدولة)^(٣٢).

عليه؛ فإن للتهرب التأميني تأثيراً اقتصادياً مباشراً على مستوى الدولة، يتمثل في فقدان جزء من فوائض الصندوق التأميني الذي يُعد من أهم الموارد التي تعتمد عليها الدولة في تمويل المشروعات، وإتاحة فرص العمل، إذ إن الهدف الرئيسي للتأمين الاجتماعي هو مساهمة هذا النظام في تمويل خطط التنمية الاقتصادية دعماً للاقتصاد القومي^(٣٣).

أضف إلى ذلك؛ فإنه ينتج كذلك عن التهرب التأميني زيادة في عدد النزاعات العمالية القضائية بين المؤمن عليهم - العمال - وأصحاب الأعمال والهيئة التأمينية، وغالباً ما تؤدي تلك المنازعات لتحميل صندوق التأمينات بأعباء مالية، بالإضافة إلى تحميل أصحاب العمل عقوبات المخالفة.

كما يؤدي التهرب التأميني إلى الإخلال بعدالة المنافسة بين أصحاب الأعمال، حيث إن حصة صاحب العمل في الاشتراك التأميني يتم تحميلها على تكلفة الإنتاج، وبالتالي قيام صاحب العمل بأداء الاشتراك بأقل عن الاشتراك المطلوب أو تخلفه عن أدائها كلياً، فإنه سيكون في وضع أفضل من صاحب العمل الذي يقوم بالاشتراك في نظام التأمين الاجتماعي عن جميع العمال، وحسب الاشتراكات المفروضة، وبالتالي فإن المنافسة بينهما لن تكون عادلة^(٣٤)، وهذا ما يدعم تحرك الهيئة العامة للتأمينات نحو فرض الاشتراكات التأمينية على جميع أصحاب العمل بصفقتها الإلزامية في حال التسجيل للعمال.

(٣٢) المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٣٣) المرجع السابق، ص ٧٦.

(٣٤) المرجع السابق، ص ٢٢٨.

المبحث الثالث

التأمين الاجتماعي في التشريعات العمالية

إن قيام النهضة الصناعية والتجارية الحديثة تتطلب على وجه اليقين تنظيمًا قانونيًا، يحكم العلاقة القائمة بين العمال وأصحاب العمل، والتي تنشأ لتواكب مسيرة التطور السريع الحاصل في العالم^(٣٥)، وانطلاقًا من أهمية نظام التأمين الاجتماعي بالضمانات التي يشكّلها للمؤمن عليهم، والمستحقين عنهم، بما يضمن مستوى مقبول لمعيشة كل مؤمن عليه، بالإضافة إلى توفير الرعاية الطبية والخدمات التأهيلية، بالإضافة إلى الأهمية الاقتصادية التي تتشكل من خلال تشغيل عدد كبير من العمال وحماية أصحاب العمل في الوقت ذاته خاصة صغارهم، وذلك لحمايتهم من التعرض لأزمات اقتصادية، أو الإعسار المادي نتيجة مطالبة عمالهم لهم بالمكافآت والتعويضات التي قررها لهم قانون العمل^(٣٦)، ولذلك فقد سعت السلطنة بشكل خاص والدول بشكل عام إلى سن تشريعات متوافقة مع سبل العيش المتاحة في المجتمع، وفرض احترام هذه الطبقة العاملة مع محاولة عدم الإضرار بأصحاب العمل كذلك، بما يضمن المحافظة على الإنتاجية الاقتصادية وتحقيق العدالة الاجتماعية بين الفئات.

وانطلاقًا من الدور الذي تلعبه التأمينات الاجتماعية سواء للفرد؛ وذلك لضمان الدخل المناسب في حالة انقطاع دخله لتحقيق أي من المخاطر المؤمن ضدها، بالإضافة إلى الأهمية المتحققة لحماية الأسرة كنتيجة لضمان دخل العامل في حالة انقطاع دخله لتحقيق إحدى المخاطر المؤمن ضدها، كما أن الاشتراك في التأمينات الاجتماعية يشكل أهمية بالنسبة للمجتمع حتى لا يتأذى ممن ليس لهم دخل، ويشكل أهمية للدولة بشكل عام في سبيل استمرار تحقيق الضمان الاجتماعي.

لقد عهدت دساتير كثير من الدول على أن تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعًا وفقًا

(٣٥) المرجع السابق، الرشيد، منال سالم شوق، ٢٠١٠م، رسالة ماجستير بعنوان الحماية القانونية للأجور في قانون العمل الأردني والكويتي (دراسة مقارنة)، إشراف د. مهند عزمي أبو مغلي، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط، ص ١.

(٣٦) المرجع السابق، الصياد، محمد حامد، ٢٠٠٢م، التهرب من التأمينات الاجتماعية والآثار الاقتصادية والاجتماعية المترتبة عليه وأساليب تلافي هذه الظاهرة، محاضرات في التأمينات الاجتماعية، ص ٣.

للقانون، وقد عهد النظام الأساسي لسلطنة عمان^(٣٧) ضمن مبادئه الموجهة لسياسة الدولة في مجال المبادئ الاجتماعية في المادة (١٥) ما من شأنه سن القوانين التي تحمي العامل وصاحب العمل وتنظم العلاقة بينهما، وبذلك فقد اقتضى الأمر مع التطورات الحاصلة إلى وجود قانون العمل الأول الصادر بتاريخ (٧٣/٣٤) وتعديلاته، ومن ثم قانون العمل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٣/٣٥) م^(٣٨)، والمعمول به حالياً والذي حل محل القانون السابق.

لقد نظم قانون العمل من خلال نصوصه العلاقة العمالية بين العامل وصاحب العمل، والذي يشمل مجموعة من القواعد التي تطبق على العلاقات الفردية والجماعية الناشئة بين العاملين وأصحاب العمل تحت إشرافهم وسلطتهم بمناسبة أدائهم للعمل^(٣٩). إن وجود مجموعة من المتغيرات التي تشهدها السلطنة قد استدعت إصدار قوانين ذات اختصاص في مجال تنظيمي معين ضمن مظلة قانون العمل، وبناء عليه ومنذ قانون العمل العماني الأول الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٣/٣٤)، وبعد الاطلاع على المرسوم السلطاني رقم (٧٧/٤٠) بإصدار قانون تعويض إصابات العمل والأمراض المهنية وتعديلاته، وعلى المرسوم السلطاني رقم (٨٦/٢٦) بإصدار قانون معاشات ومكافآت ما بعد الخدمة لموظفي الحكومة العمانية وتعديلاته، فقد جاء المرسوم السلطاني رقم ٩١/٧٢ لإصدار قانون التأمينات الاجتماعية^(٤٠).

وقد جرت تبعاً للعديد من التعديلات على القوانين ذات الصلة، وذلك طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة وحاجة المجتمع وتطوره، لما له من انعكاس ملحوظ على تحقيق الأهداف التي من أجلها وضعت الضوابط، وذلك يستدعي مراجعة سياسات التأمين الاجتماعي، وهو ما يعتبر في صميم عمل الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية

(٣٧) النظام الأساسي للدولة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ وتعديلاته، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد ٥٨٧.

(٣٨) المرجع السابق، قانون العمل العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٣/٣٥ والصادر بتاريخ ٢٦/أبريل/٢٠٠٣م.

(٣٩) شربا، د. أمل، والطاس، د. هيثم، ٢٠١٨م، قانون العمل، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا - الإجازة في الحقوق، ص ٤.

(٤٠) قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩١/٧٢ والصادر بتاريخ ٢ يوليو ١٩٩١م والمعمول به اعتباراً من ٢ نوفمبر ١٩٩١م.

ضماناً لحماية حقوق العامل أثناء عمله وبعد إنهاء عمله لدى صاحب العمل على الضمان من مخاطر عدة يواجهها العامل ضمن حياته اليومية أثناء عمله^(٤١)، ويأتي ذلك نزولاً عند مقتضى المادة (٧) من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١/٧٢): "إن من أهم اختصاصات الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية هو دراسة التشريعات الخاصة بالتأمينات الاجتماعية واقتراح ما يلزم بشأنها"، من هنا فإنه وضمن أحد أهم أهداف هذا البحث هو المساهمة في صنع المعطيات اللازمة؛ لاتخاذ ما يلزم في إطار ضمان حق العامل في الحصول على المستحقات التأمينية. إلى جانب الاهتمام التأميني في التشريعات فقد نظمت الاتفاقيات الدولية في مجال التأمين الاجتماعي الصادرة عن منظمة العمل الدولية، والتي انضمت السلطنة لها وفق المرسوم السلطاني رقم (٩٤/١٠) والمنشور في الجريدة الرسمية رقم (٥١٩) الصادرة في (١٥/١/١٩٩٤م)، إلى جانب الاتفاقيات والتوصيات الصادرة عن منظمة العمل العربية و التي انضمت السلطنة لها عام (١٩٩٦م) بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩٦٩/٩٧) الصادر بتاريخ (٢٨/٩/١٩٩٦م) وقد وقعت السلطنة على اتفاقيتين من ضمنها المتعلقة بشأن تفتيش العمل رقم (١٩)، بالإضافة إلى عضوية السلطنة في مجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والذي يعكس الاهتمام التأميني بالتشريعات العمانية.

المبحث الرابع

آليات مواجهة التهرب التأميني

يعد نظام التأمينات الاجتماعية نظاماً تكافلياً، مبتغاه توفير الرعاية الاجتماعية للقوى العاملة في السلطنة وبالتالي تحقيق الأمن والسلام الاجتماعي للمشاركين في النظام، ويتحقق ذلك من خلال ما يقدمه النظام في الجهة المقابلة كعماشات التقاعد والعجز والوفاة والرعاية الطبية إلى جانب توفير بيئة عمل مصدرها الطمأنينة والاستقرار النفسي لدى العامل في القطاع الخاص، وهذا بدوره يساهم في توطين الوظائف في القطاع

(٤١) المرجع السابق، أبو عرة، مراد شاهر عبدالله، ٢٠١٣م، رسالة ماجستير بعنوان حقوق العمال بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، إشراف أمجد حسان، جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا، نابلس - فلسطين، صفحة ٣.

الخاص؛ نظرًا لتمتع العامل بمزايا كالتالي يحصل عليها الموظف الحكومي^(٤٢)، فالموظف الذي يعمل في القطاع الخاص يتمتع بمزايا تقاعدية كالتالي يحصل عليها الموظف الحكومي، هذا بدوره سيشكل حافزًا للمواطنين على العمل في القطاع الخاص وشعورهم بالأمان على مستقبلهم ومستقبل عائلاتهم.

وانطلاقًا من المزايا التي يسعى نظام التأمينات لتقديمها فإن ظاهرة تهرب بعض المؤسسات من سداد الالتزامات التأمينية في القطاع الخاص تعد من أخطر الظواهر التي تؤثر سلبيًا على النظام التأميني، إذ يتعارض ذلك مع أهداف السلطنة في مد مظلة التأمين لجميع العاملين في القطاع الخاص، ونتيجة لذلك فإن البحث عن آليات تتناسب والواقع العملي هو أحد أهداف البحث بما يساهم في خدمة الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية نحو القضاء على ظاهرة التهرب التأميني، وحيث إن الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية تسعى من خلال الإجراءات المتخذة في حالة التهرب التأميني، وعدم التزام المشتركين بأداء الاشتراكات إلى ضمان الحد من هذه الظاهرة؛ وذلك عن طريق دائرة التفتيش التأميني؛ حيث إنها تقوم بالزيارات الميدانية للتحقق من خضوع كافة العمال العمانيين العاملين لدى أصحاب الأعمال لنظام التأمينات الاجتماعية، وبالتالي يقوم المختصون بالإجراءات والتحقق من التزام المخاطبين بالالتزامات وعدم مخالفتها؛ حيث إنه وفي حالة عدم التجاوب يتم حظر العمل لدى وزارة العمل ووزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار، حيث يعتمد فريق التفتيش بالهيئة في تحرياته على عدة وسائل أهمها: التنسيق مع الجهات الحكومية المختلفة لتتبع المنشآت المخالفة من خلال ما يرد من معلومات لدوائر الهيئة وفروعها الإقليمية، كما أن وسيلة الزيارات الميدانية المفاجئة التي يقوم بها المفتشون تساعد في الكشف عن الخلل بموجب الصلاحيات الممنوحة لهؤلاء المفتشون.

(٤٢) المرجع السابق، الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨ - ٢٤، ص ٦٣.

المطلب الأول

أسباب زيادة ظاهرة التهرب التأميني

إن البحث عن آليات المواجهة تستدعي استيضاح الأسباب التي أدت إلى ظهور أو زيادة هذه الظاهرة، وبالدراسة والتطبيق والبحث؛ فإنه يمكن إيعاز هذه الأسباب إلى صاحب العمل، إذ إن ارتفاع نسبة الاشتراكات المفروضة تدفع أصحاب الأعمال إلى الظن بأن الالتزامات التأمينية هي تكلفة بلا عائد على المؤسسة، إذ يعود صاحب العمل الاشتراكات بمثابة ضريبة تفرض عليهم دون مراعاة لربحية مشاريعهم وقد تؤدي بالتالي إلى رغبتهم في انخفاض العمالة أو أن يحول ذلك دون إنشاء مشاريع جديدة أو اتساع مشاريعهم القائمة^(٤٣)، ويتمسك البعض بأن ضعف الوضع المالي للمنشآت يقف حاجز عن قدرة المنشأة لتسجيل جميع عمالها أو الإفصاح عن التفاصيل المالية الحقيقية، وفي النهاية العجز عن دفع الاشتراكات المستحقة^(٤٤).

كما أن ظاهرة التهرب التأميني قد يكون سببها العامل نفسه، إذ إن نقص الوعي التأميني لدى العامل تجاه المزايا التي تقدمها التأمينات الاجتماعية، بالإضافة إلى نقص وعي العاملين بحقوقهم تجاه صاحب العمل يمهّد الطريق لأصحاب الأعمال للبحث عن طرق بموجبها تسلك المؤسسة الطرق التي تشكل بدورها ظاهرة التهرب التأميني، فقد يكون التوجه لدى العامل بعدم رغبته في الاقتطاع من راتبه، والذي سيؤدي لزيادة الدخل بين يديه وهو أحد الأهداف التي تدفع العامل عن السكوت في المطالبة بتصحيح وضع الاشتراكات التأمينية، إلى جانب شعور العمال بالعجز أو الرعب في التعامل مع أصحاب العمل، وبالتالي العجز عن الإبلاغ عن التهرب من قبل أصحاب العمل^(٤٥)، ويأتي ذلك أيضاً نتيجة خوف العامل من فقد وظيفته في حال الإبلاغ أو المطالبة بالتسجيل.

(٤٣) المرجع السابق، عيد الفتاح، د. محمد سيد، ٢٠١١م، ظاهرة التهرب التأميني - الأسباب والحلول، اتحاد جمعيات التنمية الإدارية، ص ٧٨.

(٤٤) المرجع السابق، الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨ - ٢٤، ص ٧٢.

(٤٥) المرجع السابق، ص ٧٢ و ص ٨٢.



وبناء عليه؛ فليس من شك أن أحد الأسباب الرئيسية لظاهرة التهرب التأميني، نقص الوعي التأميني لدى المخاطبين بأحكام قوانين التأمين الاجتماعي، والذي يتمثل بصفة أساسية في عدم معرفة المبادئ والمفاهيم والحقائق المتعلقة بهذا النظام المهم لمجموع المواطنين.

كما أنه يقتضي معرفة الأسباب الحقيقية لتهرب أصحاب الأعمال عن أداء التزاماتهم التأمينية، هو البحث عن الأسباب المتعلقة بالهيئة المسؤولة عن التأمينات؛ وذلك لأن العلاقة التأمينية قائمة على ثلاثة أطراف، صاحب العمل، والعامل، والهيئة العامة للتأمينات عن طريق المفتشين وموظفيها ذوي الصلة أو الإجراءات التي يقضي بها نظام التأمين الاجتماعي لإتمام الاشتراك عن العاملين، وبذلك فإنه وبدراسة الواقع العملي والبحث؛ فإن قلة كفاءة مفتشي التأمينات، وانتشار الفساد والرشاوي، يشكل أحد أسباب الظاهرة موضوع البحث؛ أضف إلى ذلك قلة واضمحلال عقوبات التهرب من سداد الاشتراكات الحقيقية^(٤٦).

المطلب الثاني

آليات علاج ظاهرة التهرب التأميني والمواجهة الجزائية للظاهرة

إن الرادع الرئيسي لأي ظاهرة سلبية هو القانون، وبذلك فإن وجود مشروع قانون أو وجود اللوائح ذات الصلة لتعديل العقوبات هي أحد أهم العلاجات التي يمكن تطبيقها لا سيما والشق الجزائي الذي يشكل رادعاً مهماً في مواجهة الظاهرة لما تحمله بين جوانبها من فساد وتحايل ورشوة في سبيل التهرب من دفع هذه التأمينات، ويشمل ذلك: إعادة النظر في نسبة الاشتراك المطبق حالياً، كما أن توفير الحوافز المادية والمعنوية للمفتشين من جهة وللعمال الذين يبلغون عن حالات تهرب أصحاب العمل هي إحدى الآليات التي ستساهم في الحد من الظاهرة.

ولما كان الدور الأكبر يتعلق بالمفتشين؛ فإن زيادة الكفاءات واتباع سياسة الحصر الشامل الدقيق للمؤسسات بخطة منظمة وثابتة؛ وذلك من خلال الدورات التدريبية، والبرامج الزمنية، وإنشاء جهاز خاص بالهيئة لمكافحة التهرب التأميني، أضف إلى ذلك فإن نشر الوعي التأميني بكافة جوانبه وعواقبه سواء للعمال وأصحاب العمل، يلعب

(٤٦) المرجع السابق، ص ٧٢.

دورًا بارزًا لإيضاح أهمية الاشتراك بالأجور الحقيقية وخطورة التخلف عن ذلك، وحيث إن الهدف الأسمى من هذا البحث هو مكافحة التهرب التأميني، وبدراسة الوضع العملي بالأدوات المستخدمة خلال البحث، فإنه يمكن تعداد آليات علاج الظاهرة على النحو الآتي:

(١) تفعيل جهاز بنظام خاص للتأمين:

إن تطوير نظام العمل بما يتطابق والتكنولوجيا يستدعي وجود أنظمة فعالة ضمن جهاز مختص يشمل: أجهزة التفتيش، والتحصيل، والحجز الإداري^(٤٧)، فوجود الكيان الخاص والمؤهل بموظفيه يلعب دورًا أساسيًا في إحكام الرقابة وقمع ظاهرة التهرب التأميني، إذ إن وجود هذا الجهاز سيدعم الإجراءات المتبعة بنظام عمل فعال يوفر البيانات والمعلومات الدقيقة عن أفراد المجتمع الذي تخدمه بداية من التسجيل، ومن ثم الدفع، وأخيرًا كشف التخلف والعقاب، ويكون ذلك عن طريق خطة تبنى حسب المنطقة الجغرافية أو حسب القطاعات الاقتصادية أو حسب حجم المنشأة أو أي معايير أخرى يمكن اعتمادها ضمانًا لفعالية الجهاز، وضمانًا لتطوير النظام المتبع حسب التغيرات الحاصلة.

كما يتضمن الجهاز زيادة كفاءة المفتشين، وأعمال التفتيش؛ ضمانًا لتحقيق الحيادية والأمانة والنزاهة، ويمكن في ذلك استحداث برامج جديدة للتفتيش عن طريق التفتيش الآلي: يتم من خلالها متابعة أعمال كل مفتش ومدى تنفيذه للتعليمات، وربط الإنجازات بالحوافز للقضاء على مشكلة تهرب بعض أصحاب الأعمال في القطاع الخاص. أضف إلى ذلك: فإن فعالية جهاز مكافحة التهرب من الالتزامات يمكن دراسته بتوفير السلطات القانونية لمأموري الضبط، والتي تمنحه الحق في دخول المنشآت بإعلان مسبق أو مفاجئ وفحص وتدقيق السجلات، وأخذ نسخ منها وأخذ أقوال من له علاقة^(٤٨).

(٤٧) المرجع السابق، الديب، د. علي السيد، ٢٠١١م، مشاكل نظام التأمين الاجتماعي في مصر، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٢٣١.

(٤٨) المرجع السابق، الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨-٢٤، ص ٩٨.

٢) زيادة الوعي التأميني:

تلعب التوعية المستمرة باستخدام الوسائل الإعلامية دورًا في حث أصحاب الأعمال على الالتزام بالمسؤولية الوطنية في التأمين على عمالهم، بالإضافة إلى توضيح جوانب التأمين للعامل، من خلال تفعيل دور أجهزة الإعلام بأنواعها المسموعة والمقروءة والمرئية وكذلك المؤتمرات والندوات وحلقات النقاش وكذلك من خلال دور التعليم؛ وذلك يهدف للتأكيد على أن باب القانون جاء اهتمامًا للعنصر البشري المتعلق باكتساب العامل للخبرة والكفاءة اللازمة وحمايتهم وحماية أسرهم، وبذلك يلزم الحرص على تنفيذ أحكامه.

ومن المهم التأكيد على المخاطبين بأحكام قوانين التأمين الاجتماعي خاصة العامل، إلى أنه وضمن الأهداف الأساسية التي تهدف لها التأمينات الاجتماعية نحو تحقيقها إلى تعويض المؤمن عليهم أو أسرهم عن الخسارة التي سيتعرض لها، والمتمثلة بصفة أساسية في فقد الدخل نتيجة الشيخوخة، أو العجز، أو الوفاة، أو الإصابة، أو المرض، أو البطالة، إذ بتحقيق هذه المخاطر المؤمن ضدها يفقد العامل الدخل الذي كان يعتمد عليه، وبذلك يجب استيضاح هذه المفاهيم التي تعزز وتدفع العامل لضمان تسجيله ضمن مظلة التأمينات الاجتماعية، وبما ينطبق والواقع.

إلى جانب توعية أصحاب الأعمال إلى أن القانون لم يوجه ضدهم إنما أيضًا يصب في مصلحتهم من خلال استقرار وتعزيز علاقات العمل وزيادة الإنتاج، وأن ما يدفعونه للمؤسسة كاشتراكات عن العاملين لديهم بدل مكافأة نهاية الخدمة تدفع على دفعات، وكذلك ما توفره المؤسسة للعمال من بدلات يومية وعلاج وتعويضات^(٤٩).

عليه يكون السبيل إلى تيسير أداء الخدمة في مجال التأمينات الاجتماعية: هو العمل على رفع مستوى الوعي التأميني بين المتعاملين في هذا المجال، ولعل من أهم الوسائل التي تهدف إلى تحقيق هذا الغرض هو: التعريف بأحكام القانون والقرارات واللوائح المنظمة للتنفيذ ونشرها حتى تكون واضحة ميسرة وفي متناول كل المعنيين^(٥٠).

(٤٩) المرجع السابق، ص ٩٩.

(٥٠) المرجع السابق، عبدالفتاح، د. محمد سيد، ٢٠١١م، ظاهرة التهرب التأميني - الأسباب والحلول، اتحاد جمعيات التنمية الإدارية، ص ٧٨.

٣) إجراء التعديلات في بعض التشريعات وأنظمة العمل:

انعكاسًا للآليات المشار إليها أعلاه وأي آليات تكفل منح الصلاحيات والسلطات؛ فإنه يلزم تعديل بعض المواد القانونية والأنظمة واللوائح بما يضمن النص على منح أجهزة التأمينات الاجتماعية الصلاحيات التي تمكنها من القيام بواجباتها في فرض شروط الالتزام بالأنظمة الخاصة بالاشتراك بصورة فعالة.

كما يلزم فرض فوائد التأخير والغرامات وتنظيمها؛ لحث أصحاب العمل على المبادرة بتسديد الاشتراكات الحقيقية في مواعيدها، لا سيما وأن النظام المقرر بتوقيع غرامات على صاحب العمل في حال التأخير عن سداد فاتورة التأمينات الشهرية لعب ولا زال يلعب دورًا مهمًا نحو حث أصحاب العمل على دفع اشتراكات التأمينات الاجتماعية المقررة في وقتها وعدم تأخيرها، بالإضافة إلى فرض عقوبات مناسبة على التهرب والتحايل لتكون رادعة نحو توحيد الجهود، وتعزيز التنسيق ما بين الدوائر ومؤسسات الدولة بما فيها وزارة العمل ووزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار وغيرها من الجهات المختصة ذات الصلة^(٥١)، كاعتماد نماذج موحدة تحوي كافة البيانات المطلوبة من صاحب العمل عند طلب الترخيص لمزاولة النشاط، ويسهل ذلك وقف أعمال الترخيص إلا بعد الحصول على براءة ذمة من الضمان الاجتماعي؛ وبذلك فإن توحيد نظم وقواعد المعلومات بين أجهزة الوزارات ذات الصلة في مجال الرقم التأميني والأسرة والمنشآت والتغطية والمزايا سيساهم في الجانب الآخر في توحيد ضوابط ومفاهيم العمل، وبالتالي سيؤدي إلى رفع أداء الخدمات المقدمة للقضاء على حالات التهرب التأميني.

أضف إلى ذلك، فإن التعديلات التشريعية يجب أن تشمل أيضًا: إعادة النظر في قواعد تحديد الحد الأدنى لأجر الاشتراك في القطاع الخاص ليتوافق من سنة إلى أخرى مع التغييرات الحاصلة^(٥٢)، بالإضافة إلى إعادة النظر في معدلات ونسب الاشتراكات المفروضة لمساعدة الشركات في التغلب على الركود الاقتصادي، كما أن ذلك سيساهم

(٥١) المرجع السابق، الديب، د. علي السيد، ٢٠١١م، مشاكل نظام التأمين الاجتماعي في مصر،

المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٢٣٢.

(٥٢) المرجع السابق، ص ٢٢٩.



في رفع قيمة أجور العمال من ناحية ويزيد قاعدة المشتركين في التأمينات الاجتماعية^(٥٣).

٤) تفعيل المواجهة الجزائية والعقوبات لقمع ظاهرة التهرب التأميني:

ولما كانت القوانين الجزائية تعتبر جزءاً مهماً من النظام القانوني في الدولة؛ فإن السعي إلى إقرار قواعد تنظم سلوك ونشاط الأشخاص تشكل رادعاً لقمع أي شكل من أشكال التهرب التأميني^(٥٤)، عليه وحيث إن أشكال الظاهرة محل البحث لها من الصور التي قد تشكل فساد وتحايل وتزوير وهو ما جرمه المشرع العماني في قانون الجزاء العماني.

وفي ظل ذلك فقد نظم القانون الخاص - قانون التأمينات الاجتماعية في فصله المتعلق بالعقوبات - هذه المسألة، وقرر الغرامة كعقوبة تتناسب والفعل، حيث إن تقرير العقوبة المالية نتيجة التهرب من التزام مالي سيشكل رادعاً له من الأثر ما يضمن تحقيق المواجهة المطلوبة لقمع الظاهرة من المجتمعات.

فقد جاء في المادة (٧٤) من قانون التأمينات الاجتماعية بأنه: (يعاقب صاحب العمل أو مدير المنشأة المسؤول الذي يخالف أحكام القرارات الوزارية الصادرة بشأنه بغرامة لا تقل عن (١٠٠) ريال ولا تزيد على (٥٠٠) ريال، وتضاعف حدود الغرامة في حالة تكرار المخالفة وتتعدد الغرامة بعدد العمال الذين ارتكب بشأنهم صاحب العمل مخالفة أو أكثر).

عليه، فإن تتناسب العقوبة والفعل أمر حققه المشرع العماني، ولكن النظر إلى قيمة الغرامة يستلزم النظر إلى تطورات المجتمع، إلا أنه ومضاعفة الغرامة في حال تكرار المخالفة وعدد العمال الذين ارتكب بشأنهم صاحب العمل مخالفة أو أكثر سيعمل على ضمان المواجهة الجزائية.

كما أن المشرع العماني في قانون التأمينات الاجتماعية في مادته (٧٥) قد أوقع عقوبة الحبس كذلك، ولم يكتف بالغرامة فقط، حيث جاء في نص المادة: (مع عدم

^(٥٣) المرجع السابق، الدالي، د. أمل أحمد حسن شحاته، ٢٠١٤، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها، مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨-٢٤، ص ١٠٠.

^(٥٤) د. فريد روابح، محاضرات في القانون الجنائي العام، جامعة محمد لمين دباغين - سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية ٢٠١٨-٢٠١٩م.

الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز شهرًا واحدًا وبغرامة لا تزيد على مائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعمد إعطاء بيانات غير صحيحة أو امتنع عمدًا عن إعطاء البيانات المنصوص عليها في هذا القانون أو القرارات الوزارية المنفذة له بقصد الاستفادة أو إفادة غيره من الحصول على التعويضات أو المعاشات أو المزايا الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون، وتضاعف حدود هذه الغرامة في حالة تكرار المخالفة كما يحكم على الشخص المخالف، بالإضافة إلى الغرامة المشار إليها برد المبالغ التي صرفت له دون وجه حق).

بالإضافة إلى ذلك، فقد نظم قانون الجزاء في مواضع أخرى منه وبشكل أدق الأفعال التي من شأنها أن تشكل ظاهرة التهرب التأميني، والتي هي أصلًا أفعال تشكل جرائم أخرى كالتزوير والفساد والتحايل وبالتالي يظهر دور قانون الجزاء بشكل بارز في هذا المجال.

المطلب الثالث

إحصائيات وتحليل

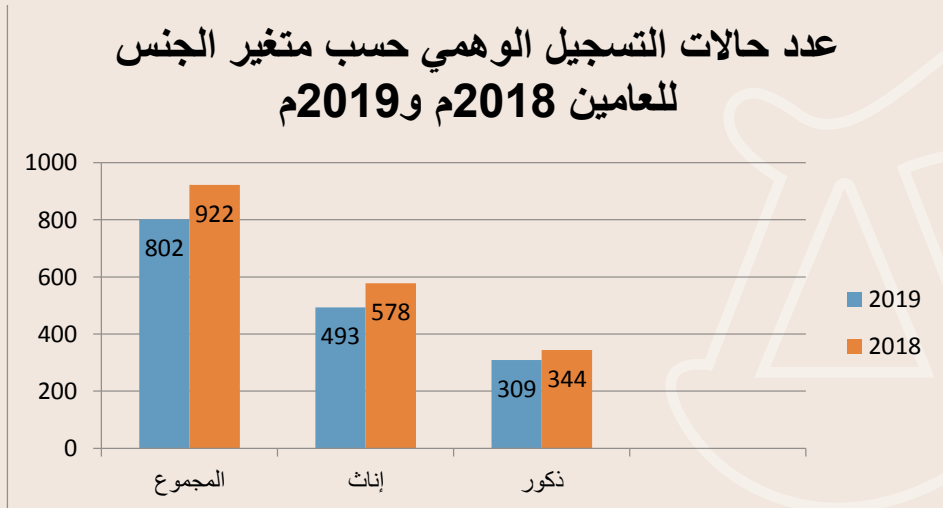
إن إحدى الطرق الناجحة للوصول إلى نتائج مقبولة وقرارات سليمة يعتمد على الإحصاء بطريقة تختص بجمع وتنظيم وعرض وتحليل البيانات، إذ يشكل ذلك تنظيمًا وتلخيصًا للمعلومات^(٥٥)، حيث سعت الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية إلى اعتماد جمع البيانات حسب مجموعة من أساليب التبويب، وإذ إننا كباحثين فإن الاعتماد على هذه الإحصائيات يشكل طريق لتبسيط البيانات والمعلومات والخروج بالتوصيات والنتائج، على الرغم من عدم التأكد من شمولية هذه البيانات لجميع الفئات، إلا أنها تكون أقرب للوقائع من واقع طريقة الاستبيان إذ إن هذه الطريقة الأخيرة قد تكون أكثر خطورة إذ إن الاستبيان سيسلط لفئات معينة وقد لا تكون المصادقية هدفًا مضمونًا.

لقد سعت الهيئة العامة للتأمينات من خلال تقاريرها السنوية إلى التحديث والتركيز على معايير جديدة تتواكب والمتغيرات؛ حيث تم استحداث الإحصائيات المتعلقة

(٥٥) مركز الإحصاء الإماراتي، دليل مبادئ التحليل الإحصائي، أدلة المنهجية والجودة - دليل رقم

بالتسجيل الوهمي والإحصائيات المتعلقة بالتفتيش التأميني، وإحصائيات الشكاوى والمتابعة، وذلك للخروج بتوصيات تتواءم والوضع المجتمعي، فإن التركيز الأساسي سيتم من خلال تسليط الضوء على التقرير السنوي لسنة (٢٠١٩م)، ومقارنته بالتقرير السنوي لسنة (٢٠١٨م)، كما سيتم فيما بعد تسليط الضوء على التقرير الشهري الأخير المعتمد في موقع الهيئة العامة للتأمينات لشهر مايو (٢٠٢٠م).

وانطلاقاً من سعي الهيئة العامة للتأمينات ضمن رؤية عمان (٢٠٤٠م) بشكل عام ورؤية الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية الساعية نحو تقديم وتقييم الخدمات المقدمة وضمان استدامتها وفق قيم مؤسسية تعزز مبادئ الشراكة والشفافية، وحيث إنه وحسب موضوع البحث فإنه قد خلص التقرير السنوي لسنة (٢٠١٩م) إلى إحصاء عدد حالات التسجيل الوهمي التي من خلالها عكست الحالات التي كان فيها المخاطب بالتسجيل أو الدفع للمخصصات التأمينية قد أظهر ما يخالف الواقع، وذلك من خلال: عدم التزام صاحب العمل بتنفيذ القوانين ذات الصلة بالتأمين الاجتماعي من خلال عدم الوفاء بالالتزامات المتعلقة بالاشتراكات التأمينية، كإنهاء إجراءات اشتراك بعض العمال فقط، وإخفاء أمر العمال الآخرين، أو أن يأخذ شكل أداء اشتراكات تختلف عن الأجور والمدة الفعلية للمؤمن عليهم، وبعد المراجعة والمقارنة يلخص الشكل (١) أدناه إجمالي عدد حالات التسجيل الوهمي، وذلك كالتالي:



الشكل (١)

يعكس الشكل السابق حالات التسجيل الوهمي والتي بلغت (٩٢٢) حالة في عام (٢٠١٨م) بمعدل انخفاض مقداره (١٣%) مقارنة بعام (٢٠١٩م)، وأن عدد حالات التسجيل الوهمي لدى الإناث أعلى عن الذكور في كلا العامين على التوالي، وحيث إن التسجيل الوهمي يُعد شكلا من أشكال التهرب التأميني فإن الأمر يعكس انخفاضاً يتطلب المزيد للقضاء على أحد أسباب التهرب التأميني.

كما عكس التقرير السنوي لعام (٢٠١٩م) على الجانب التقني، حيث إن نسبة التحول الرقمي للخدمات الداخلية والخارجية بلغت (٦٤%) والتي اقتصت بصرف المستحقات التأمينية، وسداد الاشتراكات وعمليات التفتيش التأميني إلى جانب تفعيل الربط مع أكثر من (٢٠) مؤسسة حكومية وخاصة، وهذا ما لاقى قبولاً ساعد في دعم الإجراءات المتبعة للقضاء على ظاهرة التهرب التأميني أو الحد منها، كما جاء في التقرير السنوي لعام (٢٠١٩م) بأن الهيئة العامة للتأمينات تواصل استثمار رأس مالها البشري من حيث التدريب والتطوير وتنمية القدرات إلى جانب بيئة العمل المناسبة^(٥٦).

واستناداً إلى الجداول والإحصائيات التي تم إيرادها في التقرير السنوي الصادر عن الهيئة العامة للتأمينات لسنة (٢٠١٩م)، وفيما يتعلق بموضوع التهرب التأميني، فإنه يمكن إيراد بعض الإحصائيات ذات العلاقة، وذلك حسب الآتي:

جدول رقم (١): التفتيش التأميني حسب العمل المنجز خلال عام ٢٠١٩م^(٥٧).

العدد	العمل المنجز
8293	مجموع الزيارات التفتيشية (شكوى/ بيان/ دوري)
2400	مجموع المؤمن عليهم المشمولين بالزيارات التفتيشية (شكوى/ بيان/ دوري)
5656	عدد المعاملات المستلمة
43	عدد المعاملات لإثبات العلاقة التأمينية والمصنفة على أنها صحيحة
7725	مجموع عدد الإشعارات (مخالفة/ مراجعة/ توفير بيانات)
3072	عدد المنشآت المحظورة
892	عدد المنشآت التي تم رفع الحظر عنها

^(٥٦) التقرير السنوي ٢٠١٩م، الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية.

^(٥٧) المرجع السابق، التقرير السنوي ٢٠١٩م، الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية.

جدول رقم (٢): الشكاوى والمتابعة حسب العمل المنجز خلال عام (٢٠١٩م)^(٥٨)

العدد	العمل المنجز
5661	مجموع عدد المعاملات المستلمة تفتيش تأميني
1208	عدد المعاملات لتعديل تاريخ الالتحاق
497	عدد المعاملات لتعديل تاريخ إنهاء خدمة (الاستقالة)
1019	عدد المعاملات لطلب تسجيل عقد
872	عدد المعاملات لإلغاء عقد
235	عدد المعاملات لطلب استقالة
321	عدد المعاملات لإضافة أجر
1510	عدد المعاملات لتعديل أجر

تلعب الإحصائيات أعلاه بناء على التحليل دوراً مهماً نتيجة جهود داعمة للقضاء على التهرب التأميني أو الحد منه، وحيث إنه وتحليل البيانات فإنه وعلى سبيل المثال: فإن معاملات تعديل تاريخ الالتحاق تستوجب التفصيل بشأنه إذ إنه يجب الوقوف على أسباب هذا التعديل إذ قد يكون التعديل أحد أبواب التهرب التأميني، وكذلك الأمر بالنسبة لتعديل الأجر، وبذلك فإن الخوض في تأصيل هذه المعاملات سيلعب دوراً تسعى له الهيئة بشكل خاص والدولة بشكل عام ضمن مظلة التأمينات الاجتماعية، ولا شك أن الأمر يتطلب الجهود الأكبر ولكن وباستخدام التكنولوجيا وزيادة كفاءة الموظفين وتشجيعهم إلى جانب نشر الوعي بين المخاطبين بأحكام قوانين التأمين سيلعب دوراً متحداً في تحقيق العدالة الاجتماعية.

لقد عكست الجداول أعلاه إحصائيات عديدة في سبيل الخروج بتوصيات ونتائج ضمن الآليات المتبعة في القضاء أو الحد من ظاهرة التهرب التأميني، فإن الخروج بإحصائيات عديدة يلعب دوراً مهماً يلزم فيه ضمان وجود جهاز مختص ذي كفاءة من خلال المفتشين وأعمال التفتيش ضماناً لتحقيق الحيادية والأمانة والنزاهة، لا سيما وأن الإحصائيات الأكثر دقة إلى جانب تطبيق العقوبات قد يضمن الحد من هذه الظاهرة

^(٥٨) المرجع السابق، التقرير السنوي ٢٠١٩م، الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية.

وذلك من خلال توفير السلطات القانونية لمأموري الضبط والتي تمنحه الحق في دخول المنشآت بإعلان مسبق أو مفاجئ وفحص وتدقيق السجلات وأخذ نسخ منها وأخذ أقوال من له علاقة حسب ما تمت مناقشته في المطلب الثاني من المبحث الرابع.

وحيث إنه وإلى جانب التقرير السنوي لعام (٢٠١٩م) فإن آخر التقارير الشهرية المعتمدة بموقع الهيئة العامة للتأمينات قد أقرت تنفيذ عدد (٢) من برامج التدريب لموظفي الهيئة؛ وذلك انطلاقاً من هدف بناء القدرات الفنية والإدارية وهذا ما يشكل توجهاً إيجابياً لما تلعبه البرامج التدريبية من دور إيجابي في بناء وصقل وتوجيه مهارات موظفي الهيئة، ولكن وبالنظر لعدد المشاركين في هاتين الدورتين عدد (١٧) مشاركاً فقط من بين (٣٧٢) موظفاً بالهيئة^(٥٩)، عليه يكون في رأينا العدد مطلوب زيادته؛ وبذلك فإن وجود نظام داعم لبرامج التدريب ومؤهل إلى جانب وجود الحوافز أو صفة الإلزامية للمشاركة في هذه الدورات يكون دعماً نحو ضمان تلقي موظفي الهيئة للفائدة المرجوة من هذه البرامج، وضمان تفعيل النظام الإلكتروني بتفعيل التقنية بديلاً عن الطرق اليدوية، حيث عكس التقرير الشهري هذا ذاته بأن نسبة (٠%) جاءت تعزيزاً للبنية التحتية لتقنية المعلومات، وهذا ما يحتاج لمزيد من الدعم في ظل فعالية التكنولوجيا والحاجة للدعم^(٦٠).

إن استخدام التقنية يسهل ويحسن توفير المعلومات والرجوع إليها، كما يضمن توفر الخدمات لجميع متلقي الخدمة؛ وبذلك التحول إلى أكثر إيجابية وفاعلية في تقديم الخدمات والمعلومات، وقد أكد التقرير المعد لوزارة الاقتصاد والصناعة اليابانية حول أساسيات التطوير بمجتمع متقدم معلوماتي واتصالي (١٩٩٨م) إذ جاء في التقرير: "إن هذا النوع من المجتمع - يقصد الحكومة الإلكترونية - هو نظام اقتصادي/ اجتماعي جديد حيث يتمتع الناس بحرية توفير وتبادل المعلومات والمعارف، ويتصف بتناسق الحياة اليومية والثقافة والصناعة والاقتصاد والطبيعة والبيئة، وأن هذا النظام يقصد به تبديل النظام السائد المتصف بالقصور الوظيفي المعتمد على الإنتاج والاستهلاك الوفير"، كما أكد التقرير على النظام المعلوماتي المرتبط بالحكومة الإلكترونية سيقود الدول إلى موجة من الإصلاحات الجماعية المطلوبة التي ستؤدي إلى توسيع المجال

(٥٩) التقرير الشهري مايو ٢٠٢٠م، الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، الصفحة ٩.

(٦٠) المرجع السابق، الصفحة ٩.

الاقتصادي، والتخلي عن التنظيمات ذات التكلفة الكبيرة بالإضافة إلى تطوير المجتمعات وتمكين الأفراد من الحياة بحرية وأمان^(٦١).

وخاصةً لذلك، وسعيًا في تفعيل الخدمات الإلكترونية، فقد انتهت الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية من تحويل عدد من الخدمات إلى خدمات إلكترونية وقد أورد التقرير السنوي لسنة (٢٠١٩م) في الصفحة (٣٠) بيانًا حول هذه الخدمات التي شهدت تقدمًا إلكترونيًا، ليصبح مستوى المساهمة في التحول الرقمي من إجمالي الخدمات التي تقدمها الهيئة بنهاية (٢٠١٩م) ما نسبته (٦٤%)، وقد تم إيراد تلك الخدمات كالدفع الآلي والذي سهل على أصحاب العمل سداد المستحقات التأمينية، وضمان عدم تأخيرها فور إصدار الفاتورة الشهرية وضمن المدة المحددة ليضمن عدم توقيع الغرامة التأخيرية.

كما ساهمت الخدمات الإلكترونية في الربط بين الهيئة العامة للتأمينات مع وزارة الإسكان والربط مع غرفة تجارة وصناعة عمان ووزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار وجهاز الضرائب لتفعيل إلزام الشركات باستيفاء مطالبات الهيئة، بالإضافة إلى الربط مع صندوق تقاعد موظفي الخدمة المدنية وصندوق تقاعد موظفي ديوان البلاط السلطاني.

الخاتمة

إن الحد من ظاهرة التهرب التأميني أمر في غاية الأهمية؛ إذ إن القضاء على الظاهرة سينتج عنه أداء الاشتراكات التأمينية المفروضة في المواعيد الدورية المحددة، وعلى أساس الأجور الحقيقية بما يؤدي إلى القضاء على المنازعات التي تقع بينهم وبين العاملين وبين الهيئة، وبما يمكن صندوق التأمين الاجتماعي من الوفاء بالتزاماته القانونية نحو أداء الحقوق التأمينية للمؤمن عليهم وأصحاب المعاشات والمستحقين

^(٦١) الشيخة، د. عدنان بن عبدالله، (سنة النشر غير متوفرة)، دور الحكومة الإلكترونية في رفع كفاءة الإدارة المحلية وتفعيل المشاركة الشعبية في ظل التنظيمات البيروقراطية في الدول النامية: الفرص والتحديات، كلية العمارة والتخطيط، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، الصفحة ١١.

عنهم، ويتمكنون بذلك من الحصول على تلك الحقوق المقررة بكل سهولة ويسر، ويضمن سير العدالة الاجتماعية ضمن الأهداف التي تهدف لها الدولة.

عليه، وانطلاقاً من المباحث التي تناولها البحث وحسب الدراسات والأدوات المستخدمة في الدراسة والإحصائيات المستمدة من التقارير السنوية تركيزاً على آخر تقرير سنوي تم إعداده عن سنة (٢٠١٩م)، وحسب ما تمت مناقشته في هذا البحث وسعيًا في مواجهة التهرب الضريبي فإننا نوصي بالآتي:

(١) إيضاح المبادئ والمفاهيم والحقائق لدى المخاطبين بأحكام قوانين التأمين الاجتماعي لما يشكله من حافز لهم على الالتزام بالاشتراك الإيجابي في هذا النظام المهم والحيوي لجميع المواطنين.

(٢) إنشاء وتأهيل جهاز مكافحة التهرب التأميني بحيث يتوفر لديه المفتشين المؤهلين بوسائل تدريب وتطوير وحوافز مادية ومعنوية وإشراف دقيق، بالإضافة إلى توفير السلطات القانونية والوسائل اللازمة.

(٣) تفعيل الإحصائيات الأكثر دقة وفي مجالات فرعية، بالإضافة إلى تفعيل آلية التعامل مع هذه الإحصائيات.

(٤) تفعيل الربط الحقيقي بين الهيئة العامة للتأمينات والوزارات ذات الصلة كوزارة العمل ووزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار.

(٥) وضع خطة منظمة وثابتة ومدروسة تبدأ من ضمان التسجيل إلى ضمان الاستثمار.

(٦) وضع نظام فعال للتحصيل ومراجعة الاشتراكات المستحقة على أصحاب الأعمال.

(٧) التوعية المستمرة باستخدام الوسائل الإعلامية المختلفة وتوضيح المبادئ والمفاهيم والحقائق لدى المخاطبين بأحكام قوانين التأمين الاجتماعي.

(٨) إجراء بعض التعديلات التشريعية بما يضمن إعادة النظر في نسب الاشتراكات المفروضة والعقوبات المنصوص عليها بما يتناسب والواقع العملي الحالي والوضع الاقتصادي للمنشآت.

(٩) توسيع أعمال المؤسسة من خلال: فتح مكاتب وفروع مجهزة بالوسائل والآليات اللازمة والتنسيق المشترك وفق منظومة فعالة.



المراجع

أولاً- التشريعات:

- ١) النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦).
- ٢) قانون العمل العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٣/٣٥ م والصادر بتاريخ ٢٦/ابريل/٢٠٠٣ م.
- ٣) قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١١٧٢)
- ٤) قانون الضمان الاجتماعي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٨٧ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٠٠ وتعديلاته.

ثانياً- المراجع العامة:

- ١) الدالي، أمل، ٢٠١٤م، مشكلة تهرب أصحاب الأعمال من سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية وسبل مواجهتها بالتطبيق على أصحاب المؤسسات والمدارس الأهلية بمدينة الطائف. مجلة البحوث التجارية المعاصرة، مج ٢٨، ع ١٤.
- ٢) الديب، علي السيد، ٢٠١١م، مشاكل نظام التأمين الاجتماعي في مصر. ورقة مقدمة في مؤتمر إدارة صناديق التأمين والمعاشات، القاهرة، مصر.
- ٣) الصياد، محمد، ٢٠٠٢م، أجر الاشتراك في قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥. ورقة مقدمة في مؤتمر التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول، القاهرة، مصر.
- ٤) الصياد، محمد، ٢٠٠٢م، دور التأمينات الاجتماعية في شبكة الأمان الاجتماعي. ورقة مقدمة في مؤتمر التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول، القاهرة، مصر.
- ٥) عبد الفتاح، علي، ٢٠١١م، ظاهرة التهرب التأميني: الأسباب والحلول. اتحاد جمعيات التنمية الإدارية، مج ٤٨، ع ٤.
- ٦) شراره، د. مجدي عبد الله، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٦م، علاقات العمل الفردية.
- ٧) تكافل تأميني، يوليو ٢٠١٩م، تحصيل الاشتراكات الشهرية، ملحق شهري تصدره الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بالتعاون مع جريدة عمان، العدد ١٠٠.
- ٨) أبو عرة، مراد شاهر عبد الله، ٢٠١٣م، رسالة ماجستير بعنوان حقوق العمال بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة)، إشراف أمجد حسان، جامعة النجاح الوطنية-كلية الدراسات العليا، نابلس-فلسطين.
- ٩) الرشيد، منال سالم شوق، ٢٠١٠م، رسالة ماجستير بعنوان الحماية القانونية للأجور في قانون العمل الأردني والكويتي (دراسة مقارنة)، إشراف د. مهند عزمي أبو مغلي، كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط.
- ١٠) السلولي، الدكتور مسفر بن سعود، ١٤٣٤هـ/٤/٢٨، كتابة الإطار النظري في البحوث التربوية، مركز التميز البحثي لتطوير تعليم العلوم والرياضيات.
- ١١) المنازعات العمالية في ضوء أحكام محكمة النقض من سنة ٢٠١٢ إلى سنة ٢٠١٣م، الجزء الثاني، دائرة القضاء - أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى ٢٠١٤م.

- ١٢) شربيا، د. أمل، والطاس، د. هيثم، ٢٠١٨م، قانون العمل، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا - الإجازة في الحقوق.
- ١٣) الشيحة، د. عدنان بن عبدالله، (سنة النشر غير موجودة) دور الحكومة الإلكترونية في رفع كفاءة الإدارة المحلية وتفعيل المشاركة الشعبية في ظل التنظيمات البيروقراطية في الدول النامية: الفرص والتحديات، كلية العمارة والتخطيط، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية.
- ١٤) لكحيلية عائشة، (٢٠١٢-٢٠١٣م)، تأثير الأمن الوظيفي على أداء العامل داخل المؤسسة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في علم الاجتماع والديمقراطية، إشراف الأستاذة بنتقة ليلي، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جامعة المسيلة.
- ١٥) دليل التأمينات الاجتماعية للمنظمات النقابية، منظمة العمل الدولية، مشروع التصدير شركاء من أجل التنافسية والعمل اللائق، ٢٠١٨م، الطبعة الأولى باللغة العربية مكتب منظمة العمل الدولية بالقاهرة، جمهورية مصر العربية.
- ١٦) التقرير السنوي لسنة ٢٠١٩م، الهيئة العامة للتأمينات.
- ١٧) التقرير السنوي لسنة ٢٠١٩م، الهيئة العامة للتأمينات.
- ١٨) التقرير الشهري لشهر مايو لسنة ٢٠٢٠م، الهيئة العامة للتأمينات.
- ١٩) <http://almashhadonline.com/article/5d01f8202b17b>
- ١٣/٠٦/٢٠١٩م، ريم غانم، التهرب التأميني أكبر ملفات فساد القطاع الخاص، دمشق، تاريخ الدخول ٢٦/٧/٢٠٢٠م.
- ٢٠) <http://www.alwatan.com/graphics/2006/04apr/24.4/dailyhtm> 1/news1.html ، تاريخ الدخول، ٢٢/٧/٢٠٢٠م.

ثالثاً- المراجع الأجنبية:

- 1) McGillivray, Warren.2001,' contribution evasion: Implication for social security pension schemes'' International Social Security Association, Geneva.
- 2) Goveia, Luana and Sosa, Anahí.2016.'' Developing a compliance-based approach to address error, evasion and fraud in social security systems'' International Social Security Association.
- 3) Mineva, Daniela and Stefanov, Ruslan.2018.'' Evasion of Taxes and Social Security Contributions'' Center for the Study of Democracy Group, Bulgaria.
- 4) Subaihi, B.A. 2013'' Social security contribution evasion: an evaluation from the perspective of former contribution evaders''. Jordan – case study. Unpublished PhD thesis. Coventry: Coventry University.
- 5) Castel, paulette. 2012 ''Informal employment in the formal sector: wages and social security tax evasion in Vietnam''.



الجرائم البيئية أمام المحكمة الجنائية الدولية جريمة التلخص من النفايات النووية (التجريم والعقاب)

الدكتورة/ داليا قدري أحمد عبد العزيز*

المخلص:

تعرض هذه الدراسة لموضوع الاعتداءات الإجرامية على البيئة في زمن الحرب، حيث نبحت في جرائم الحرب ذات الأثر البيئي، وواقع الأمر أن البيئة تتعرض للكثير من الاعتداءات سواء في زمن الحرب أو السلم، وما زاد الأمر سوء هو عدم استشعار المجتمع الدولي بجريرة الجرائم التي توجه بالاعتداء على البيئة بنفس الوطأة التي يستشعر بها الجرائم الأخرى، وذلك على الرغم من غنى القانون الدولي العام بفروع تعالج هذه المسائل كالقانون الدولي البيئي، وتحكم تصرفات المجتمع الدولي في هذا الإطار، وتجرم كل فعل يقع بالاعتداء على البيئة، وقد تخيرنا ان نعرض لجريمة تقع ضد البيئة في زمن الحرب، ونبحت في مدى تجريم المحكمة الجنائية الدولية لها، وقد وقع اختيارنا على جريمة التلخص من النفايات النووية على اعتبارها جريمة تتم في زمن الحرب وكأثر من آثار الحرب، وقد بحثنا في أركان هذه الجريمة طبقاً لنصوص النظام الأساسي للمحكمة، وفي نصوص العقاب، وانتهينا ببعض النتائج من الدراسة وعدد من التوصيات.

الكلمات المفتاحية: الجرائم الدولية البيئية - المحكمة الجنائية الدولية - النفايات النووية - زمن الحرب - التجريم والعقاب.

*أستاذ القانون الجنائي المساعد - جامعة المستقبل - المملكة العربية السعودية.



Environmental Crimes before the International Criminal Court Crime of Nuclear Waste Disposal (Criminalisation and Punishment)

Dr. Dalia Kadry Ahmed Abdelaziz*

Abstract:

This study presents the subject of criminal attacks on the environment in wartime, where we are looking at war crimes with an environmental impact, and the fact of the matter is that the environment is exposed to a lot of attacks, whether in wartime or peace, and what is worse is the international community not being aware of the crime of crimes directed By attacking the environment with the same intensity as other crimes, despite the richness of general international law in branches dealing with these issues, such as international environmental law, governing the actions of the international community in this framework, and criminalizing every act that takes place against the environment, and we were given the choice to present a crime against The environment in wartime, and we are looking into the criminalization of the International Criminal Court, We have chosen the crime of nuclear waste disposal as a crime that takes place in wartime and as a consequence of the war. We discussed the pillars of this crime in accordance with the provisions of the statute of the court, in the texts of punishment, and we ended with some results from the study and a number of recommendations.

Keywords: International Environmental Crimes – International Criminal Court – Nuclear Waste – Wartime – Criminalisation and Punishment.

*Assistant Professor in Criminal Law, College of Law, Mustaqbal University, Kingdom of Saudi Arabia.

المقدمة

تُعد البيئة هي الضحية الصامتة في الجرائم التي تقع بالاعتداء عليها، وكذلك الضحية المسكوت عن حقوقها، سيما وإن كان ارتكاب الجرائم البيئية بظروف حرب أو قلاقل حدودية أو استعمارية، وذلك على المستوى الدولي.

حتى أن المجتمع الدولي لم يكن يستشعر المسؤولية عن الأفعال الإجرامية الموجهة ضد البيئة بنفس المقدار الذي يستشعر به المسؤولية الدولية الجنائية عن جرائم الحرب الأخرى، وتجد أن نصوص الاتفاقيات الدولية والأنظمة الأساسية للمحاكم الدولية لم تعني العناية الكافية بالنص على التجريم بشكل رادع، وذلك بالرغم من أن القانون الدولي من أكثر القوانين حظاً في فروعه، ونجد أن القانون الدولي البيئي هو بالمختص بالعناية بتنظيم الأحكام المتعلقة بالبيئة وحمايتها والنص على تجريم الأفعال الماسة بها.

وقد تخيرنا البحث في جرائم الحرب ذات الأثر البيئي أمام المحكمة الجنائية الدولية باحثين في مدى تجريم النظام الأساسي للمحكمة لهذه الفئة من الجرائم، وإن كانت مجرمة، بحثنا في مصادر التجريم، ونصوص العقاب، وهو ما يأخذنا إلى البحث عن أركان الجرائم البيئية، كما وقع اختيارنا على جريمة التخلص من النفايات النووية في غير أوقات السلم، كمثال لهذه النوعية من الجرائم، التي يكون فيها الإضرار بالبيئة أثر من آثار جرائم الحرب، وكيف ينظر إليها النظام الأساسي للمحكمة بالتجريم والعقاب، كما نعرض لأركان الجريمة، والمسؤولية الجنائية المترتبة على ارتكابها، وسنتبع في بحثنا هذا المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك بوصف الجريمة وتحليل النصوص المجرمة لجرائم الحرب البيئية، مستخرجين منها ما قد ينطبق على جريمة التخلص من النفايات النووية، وذلك على اعتبار أنها النموذج الإجرامي الذي تخيرناه من جرائم الحرب التي تقع وتتسبب في ضرر خطير للبيئة ولدراسة مدى انطباق عقوبات جرائم الحرب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، على هذه النوعية من الجرائم.

إشكالية البحث:

هل تختص المحكمة الجنائية الدولية بالنظر في الجرائم البيئية وبالأخص جريمة التخلص من النفايات النووية، وما هي المسؤولية الجنائية المترتبة على ارتكاب هذه الجريمة أمام المحكمة الجنائية الدولية

هدف البحث:

تهدف الدراسة إلى الوقوف على مدى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالنظر في الجرائم البيئية حال كونها جرائم حرب لها أثر بيئي، وذلك من خلال نصوص النظام الأساسي للمحكمة، ووضع الأطر الخاصة بالمسؤولية الجنائية عن أحد هذه الجرائم، وهي جريمة التخلص من النفايات النووية.

منهجية البحث:

نتهج في بحثنا هذا المنهج التحليلي وذلك قمنا بتحليل نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ووضعها جنباً إلى جنب بالقواعد العامة في النظم الجنائية الداخلية، محللين لهذه النصوص، مستخلصين منها القواعد والأطر التي تخدم إشكالية البحث، للبحث في مدى انطباق نصوص المحكمة لاعتبار الجرائم البيئية من اختصاص المحكمة، وذلك في إطار من الدراسة التطبيقية بتطبيق القواعد والنصوص على أحد أشكال الجرائم البيئية وهي جريمة التخلص من النفايات النووية. وسوف نتناول هذا البحث في مطلب تمهيدي، نعقبه بمبحثين، وذلك على النحو الآتي:

مطلب تمهيدي

القانون الدولي الجنائي أحد فروع القانون الدولي العام المهمة، وهو فرع حديث النشأة، وإذا كان الفرع الوليد يرتبط عضويًا بالقانون الدولي العام، إلا أنه نظراً لحدائته فإنه يرتبط أيضاً من الناحية الفنية بالقانون الجنائي الداخلي، يستمد منه الأسس

القانونية بعد تطويعها لبناء مبادئ وأحكام لكي ينمو إلى أن يستقر المقام به نحو الاستقلال بأحكامه الخاصة^(١).

وإذا كنا نعرض لموضوع شديد التعقيد، مترامي الأبعاد، متداخل، ما بين الجريمة الدولية وجريمة الحرب، وجرائم البيئة، والقضاء الدولي المتمثل في المحكمة الجنائية الدولية، فقد ارتأينا أن نعرض لكل منهم على حدة، لإزالة أي لبس قد يحدث لدى القارئ.

لذا فقد ارتأينا أن نبحت في إمكانية عرض جرائم الحرب ذات الأثر البيئي الشديد على المحكمة الجنائية الدولية، وكما نرى فإن جرائم تلويث البيئة الدولية في غير أحوال الحرب، ليس لها من إطار تعرض من خلالها على المحكمة الجنائية الدولية حالياً، وليس هناك قواعد تحكم الأمر إلا قواعد القانون الدولي البيئي، وهو يخرج عن نطاق بحثنا، ونعرض لتعرف وإزالة أي غموض أو لبس قد يحدث بين بعض الجرائم المشتبهات، وذلك لسهولة العرض اللاحق، والوقوف على حد أدنى متيقن منه من الاتفاق على الاصطلاحات القانونية.

أولاً- الجريمة الدولية:

يقصد بالجريمة الدولية كل فعل أو سلوك إيجابي أو سلبي يحظره القانون الدولي الجنائي ويقرر لمرتكبه جزاء جنائياً^(٢).

وبناء على ذلك، وكما يتضح من التعريف أن الجريمة الدولية لها ركن دولي إلى جانب الركنين المادي والمعنوي، وأنها كغيرها من الجرائم تقبل المساهمة في ارتكابها، وأنه يطبق في شأنها أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، كما نخضع لمبدأ الشرعية الجنائية، وإن كان تطبيق هذا المبدأ لا يكون بنفس الصورة التي يطبق بها في مجال القانون الجنائي الداخلي، وبصفة خاصة فإن التشريع ليس هو المصدر الوحيد للجرائم

(١) د/ عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٤.

(٢) د/ علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٦م، ص ٨.

الدولية، إذ يعد العرف أحد المصادر الأساسية، وكذلك المعاهدات الدولية الشارعة في مجملها، تقفن العرف وتكرسه^(٣).

ثانياً- جرائم ضد السلام (جرائم الحرب):

يُعد السلام العالمي من أهم المصالح الدولية التي يحرص القانون الدولي الجنائي على حمايتها، وأن تهديده أو الاعتداء عليه يمثل خطورة جسيمة أو ضرراً بليغاً بالمجتمع الدولي، يتعين التصدي له وتجريمه؛ لذا فإن الجرائم ضد السلام تعد من أهم وأخطر الجرائم الدولية.

ونتعرض في البحث لمصطلح جرائم الحرب البيئية، وهي تلك الفئة من الجرائم التي ترتكب في زمن الحرب، وتؤدي إلى المساس بالبيئة مساساً شديداً وتؤدي إلى إهلاك كلي أو جزئي للبيئة وذلك طبقاً للمادة (٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وبالإطلاع على نص المادة (٥) من النظام نجد أنها حددت الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها بأنها جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجريمة العدوان، ولكن دخول جريمة تلويث البيئة بشكل عام ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية غير وارد إلا بعد اتفاق ثلاثين دولة عليه، حيث خرجت أيضاً جرائم الإرهاب من اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالرغم من خطورة هذه الجرائم^(٤).

وبناء عليه فإن تناولنا للجرائم التي تتم بالاعتداء على البيئة جاء في معرض كونها جرائم حرب بالأساس، وأدت إلى المساس بالبيئة مساساً خطيراً، كما جاء بالمادة (٨) من النظام الأساسي للحكم، وكأن الإضرار بالبيئة أثراً جانبياً لجريمة الحرب.

ثالثاً- الجريمة الدولية البيئية:

(٣) د/ حسنين إبراهيم عبيد، الجريمة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص١٤٢، د/ حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، ط١، بدون ناشر، بغداد، ١٩٧١م، ص١٣٠.

(٤) لمزيد من التفاصيل د/ براء منذر كمال عبد اللطيف، الإرهاب والمحكمة الجنائية الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الأول، كلية القانون، جامعة الحسين، الأردن، يونيو ٢٠٠٨م، ص٣-٥.

إن جرائم الاعتداء على البيئة لا يمكن حصرها؛ نظراً لتناثر بعضها في العديد من القوانين مثل القوانين المتعلقة بالنظافة والصحة العامة وكافة مناحي الحياة، ومن ثم فمن الصعب وضع معيار واحد لها، فهي جرائم نسبية ويصعب تحديدها أو تحديد الحلول للمشاكل المحيطة بها^(٥)، ونحن نرى أن الجريمة الدولية البيئية لا تعدو وأن تكون جريمة بيئية يرتبط بها الشق الدولي، فنتجاوز هذه الجريمة الحيز الوطني لتطبيق قانون لحماية البيئة على المستوى الإقليمي للجريمة المرتكبة لتتجاوز بذلك إلى أن تصيب بالضرر دولة أخرى، ولعل البيئة التي هي محل الاعتداء في جرائم البيئة لها من الخصوصية ما يجعل الاعتداء عليها في نطاق إقليمي، له أثره على البيئة بشكل عام، ولذلك ارتأينا أن نعرض للجريمة البيئية، التي تمثل اعتداء على البيئة، مع عرض لبعض أشكال الاعتداء المجرم، سيما إذا كان الاعتداء يتجاوز الإقليم إلى غيره، مما يمكن معه اعتبار الاعتداء له الشق الدولي.

الجريمة البيئية: تستمد الجريمة البيئية أهميتها من كونها تخل بتوازن البيئة، وتهدد استقرار حياة الإنسان ومستقبله، ولذلك فهي محور الكثير من الدراسات القانونية، وفكرة الجريمة تأتي من عدم مشروعية الفعل المرتكب، ومفهوم تلك الجريمة لا يختلف بصفة عامة عن مفهوم الجريمة^(٦)، والجريمة سلوك إيجابي أو سلوك سلبي إنساني يخالف نصاً من نصوص التجريم^(٧).

ويعرف البعض الجريمة البيئية بأنها سلوك إيجابي أو سلبي يصدر عمداً أو عن غير عمد من شخص طبيعي، أو اعتباري، يضر بالبيئة أو أحد عناصرها بطريقة

(٥) د/ نورالدين مهداوي، الحماية الجنائية للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٢٢.
(٦) د/ خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٣٦٤.
(٧) د/ حسنين إبراهيم عبيد، الوجيز في علم الاجرام والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م، ص ١٣.

مباشرة أو غير مباشرة، مثل إلقاء المخلفات الصناعية والمبيدات أو المواد المشعة في المجاري المائية أو الطرقات^(٨).

وللجريمة البيئية أركان مثل الجريمة العادية، ومن أركانها الركن المادي والركن المعنوي، أما الركن الشرعي فإنه يتمثل في كل النصوص التشريعية الداخلية والدولية التي تناولتها الاتفاقات الدولية.

أ- **الركن المادي:** يسمى بالخطأ أو السلوك المادي، وقد يكون السلوك إيجابياً من خلال إحداث تغيير في البيئة المحيطة، أو سلبياً من خلال عدم الالتزام بقواعد قانون البيئة، أو الامتناع أي إحجام الشخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط وجود واجب قانوني يلزم بهذا الفعل، وأن يكون في استطاعة الشخص الامتناع عنه بإرادته^(٩).

ويتمثل الركن المادي في الجرائم البيئية في السلوك الإجرامي، والذي يمكن أن يكون سلوكاً إيجابياً من خلال القيام بفعل، وهو الأكثر شيوعاً في مجال الجرائم البيئية، أو أن يكون سلوكاً سلبياً كالامتناع، وهي حالات محدودة للغاية.

وحدوث الخلل أو التغيير في عنصر من عناصر البيئة الطبيعية يجب أن يكون قد أدى لحدوث تغيير في مكونات البيئة أو الوسط الطبيعي، والتغيير يكون في عنصر أو أكثر من العناصر المكونة للبيئة، وأن يتسبب الإنسان في هذا الفعل من سلوكه أو نشاطه الخاطيء، ولا يلزم أن يكون المتسبب شخص طبيعى، فيمكن أن يكون المتسبب شخص معنوي، كما أن الأفعال التي تنتج من فعل الطبيعة مثل الفيضانات والزلازل لا تدخل في إطار السلوك المادي للجريمة البيئية، ولا يرفع ذلك عن كاهل الدولة عبء التزامها الطبيعي بتخفيف حدة الأضرار عن مواطنيها^(١٠).

^(٨) د/ خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

^(٩) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، طبعة ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٢٧٦.

^(١٠) د/ خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

ب- **النتيجة الإجرامية:** وهو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الاجرامي، فالأوضاع الخارجية كانت على نحو معين، قبل أن يصدر السلوك، ثم صارت على نحو آخر بعد صدوره^(١١)، ومن ثم فالنتيجة هنا هي حدوث ضرر بالبيئة في أي من عناصرها الهوائية أو المائية أو الأرضية، فالضرر يترتب عليه المساس بالمصلحة المحمية.

وهذا يعبر عنه بالنتيجة الإجرامية للفعل المادي، وهو حدوث خلل يتحقق نتيجة حدوث الخطأ المادي والنتيجة في الجرائم البيئية لا تتحقق في الحال، ولكنها لها نتائج قد تتحقق في المستقبل القريب أو البعيد، ولكن يجب أن يكون الضرر هو نتيجة للخطأ البيئي، فالتلوث النووي قد تترتب عليه نتائج مستقبلية كبيرة مثل تأثيرات القنبلتين الذريتين اللتان سقطتا على هيروشيما ونجازاكي فما زالتا لهما تأثيرات ضارة حتى هذا اليوم^(١٢).

ج- **رابطة سببية بين الفعل والنتيجة:** يجب أن يكون هذا السلوك مرتبط بالنتيجة، أي أن الخطأ هو سبب الضرر؛ حيث يشترط أن يكون الضرر أو الخطأ ناتجاً عن الفعل المادي، ويرتبط به بعلاقة سببية، وعلاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الضار الذي قارفه الجاني، وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً، وثبوت قيام هذه العلاقة من المسائل الموضوعية التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها.

والسببية هي إسناد أمر من الأمور الحياتية إلى مصدرها أي نسبة نتيجة معينة إلى فعل معين، ومن ثم إلى فاعل معين، وهذا يتطلب توفر علاقة الإسناد المزدوج بين نشاط معين وما أسفر عنه من نتائج، وعلاقة السببية هي التي تربط الفعل بالنتيجة، فتربط بين عنصري الركن فتقيم بذلك وحدته وكيانه، وهي التي تسند النتيجة إلى الفعل

(١١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(١٢) د/خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

فتقرر بذلك توفر شرط أساسي لمسؤولية مرتكب الفعل عن النتيجة، وتسهم كذلك في تحديد نطاق المسؤولية الجنائية باستبعادها حين لا ترتبط الرابطة بين خطأ المتهم والضرر الواقع أن تستخلص المحكمة من واقع الدعوى أنه لولا الخطأ المرتكب لما وقع الضرر^(١٣).

د- **الركن المعنوي:** طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية يعد الركن المعنوي القصد الجنائي أو النية الإجرامية بعنصرها الإرادة والعلم، وينقسم إلى قسمين وهما القصد الجنائي والخطأ، ويشمل الخطأ الموجب للعقاب الفعل العمدي أو الفعل غير العمدي، إلا أنه في مجال الأضرار البيئية نادراً ما يكون الفعل العمدي مطلوباً، بفعل الشرط العام الذي يركز على مجرد حدوث خطأ مادي^(١٤).

كما يضيف المشرع الجنائي للجريمة الركن المعنوي؛ حيث لا يكفي أن يرتكب شخص الجريمة بل يجب أن يكون هناك قصد في ارتكابها، فالقصد الجنائي كما نصت عليه القوانين الجنائية يقوم على عنصرين هما العلم بأركان الجريمة وماديات الفعل، واتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المعاقب عليه وتحقيق النتيجة الإجرامية.

خامساً- جريمة الحرب ذات الأثر البيئي (جرائم الحرب البيئية):

جريمة الحرب ذات الأثر البيئي أثرتنا تسميتها، لبيان الجرائم المقصودة بالبحث، وهي جرائم الحرب التي تتسبب ابتداءً أو انتهاءً، أو كأثر من أثارها، بحدوث أضرار جسيمة بالبيئة، وذلك كما ورد في المادة (٨) من النظام الأساسي لمحكمة روما.

..... وحيث تنص الفقرة ٤/ب: "تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين أو عن إلحاق أضرار مدنية أو إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأمد وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة"^(١٥).

(١٣) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(١٤) Michel Prieur, Le droit de l'environnement, 3^{édition}, 1996, Dalloz, p.820

(١٥) المادة (٨) من النظام الأساسي لمحكمة روما الصادر عام ٢٠٠٢م.

سادساً- النفايات النووية:

النفايات النووية أصبحت من المشاكل التي تُوَرِّق البيئة، لما لها من آثار سلبية على الكائنات الحية، وهي أشد أنواع النفايات فتكاً وتدميراً، حيث يمتد الأثر التدميري لها لمئات السنين، وتعرض الإنسان لآثار صحية خطيرة.

والحقيقة أن التعريفات حول تحديد ما هي النفايات النووية اختلفت من حيث الوجهة التي ينظر بها إلى النفايات النووية، فمنهم من عرفها من حيث مدى الاستفادة منها أو طريقة تخزينها، ومنهم من عرفها من حيث مخاطرها والآثار التي تتركها على البيئة، كما كان للمنظمات الدولية والاتفاقيات الدولية دور في وضع تعريف للنفايات النووية، وقد انتهينا إلى تعريف للنفايات هو: "أن النفايات النووية هي تلك المواد السائلة أو الصلبة أو الغازية التي تحدث إشعاعاً نووياً يؤثر في البيئة تأثيراً ضاراً لفترات زمنية طويلة ويهدد حياة الإنسان والبيئة التي توضع فيها ولا يمكن استخدامها في مجالات أخرى".

المبحث الأول

مدى تجريم النظام الأساسي لمحكمة روما لجرائم الحرب البيئية

أفرد النظام الأساسي لمحكمة روما جزء مهماً من الجرائم التي يعنى بالنص على تجريمها والنص على عقابها، ومنها جرائم الحرب، والتي أحكم واضعوا النظام نصوصها، كما أن مصادر التجريم في القانون الدولي الجنائي تحتل أهمية كبرى؛ وذلك نظراً لطبيعة القانون الدولي من جهة، والذي انبثق منه فرع القانون الدولي الجنائي، وهو ما يأخذنا للحديث عن المسؤولية وطبيعتها وأساسها في جرائم الحرب البيئية.

وبناء عليه نتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب، الأول منه يتناول جرائم الحرب البيئية ونصوص التجريم في محكمة روما، والثاني منه يبحث في مصادر تجريم جرائم الحرب البيئية والثالث يبحث في أساس المسؤولية.

المطلب الأول

مدى شمول نصوص التجريم والعقاب لجرائم الحرب البيئية

في نظام روما الأساسي

(مبدأ المشروعية)

تكاد تكون الحرب ظاهرة اجتماعية وإنسانية صاحبت الإنسان منذ ظهوره على الأرض، فمنذ بدء الحياة الإنسانية والحرب سجالات بين البشر، حتى أن سجل البشرية حفل بالكثير من الصراعات والحروب، حتى أصبحت الحرب سمة من أبرز سمات التاريخ الإنساني^(١٦).

إن جرائم الحرب هي الأفعال التي تقع أثناء الحرب بالمخالفة لميثاق الحرب، كما حددته قوانين الحرب وعاداتها والمعاهدات الدولية^(١٧).

ويتضح من مسمى هذه الجرائم والتي يفترض أن يكون هناك حالة حرب مع استمرارها فترة من الزمن، وارتكاب أطرافها أفعالاً غير إنسانية، سواء للاستحواذ على النصر أو لهدف آخر تدميري أو انتقامي.

وإذا كانت الحرب مشروعاً في عصر من العصور، بل إنها تعد عمل من أعمال السيادة التي تمارسها الدولة، وذلك حتى القرن الثامن، إلا أنه ونظراً للآثار المدمرة للحروب، ما دفع الفلاسفة وفقهاء القانون الدولي إلى المناداة بوضع قواعد تحكم الحروب، حيث كانت نواة للعرف الدولي الخاص بقواعد وعادات الحرب، ثم تم تقنينها فيما بعد لتصبح معاهدات دولية، يعد الخروج عليها جريمة حرب معاقب عليها.

وإذا كنا أثراً أن نتعرض بالبحث والدراسة عن نوعية من الجرائم تمثل اعتداء صريحاً على البيئة وترتكب في زمن الحرب، وذلك لما لهذه الجرائم من آثار خطيرة ليست فقط على طرفي النزاع، ولكن على طبيعة الأم التي مصدر الحياة، لذا وجدنا أن نتبع المنهج التحليلي، وأن نستقري النصوص في محاولة للخروج منها بتحليل يؤكد أو

(١٦) د/ عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، المرجع السابق، ص ٦٦.

(١٧) د/ علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص ٧٦.

ينفي اعتقادنا بشمول نصوص التجريم بالمحكمة الجنائية الدولية للجرائم التي ترتكب بالاعتداء على البيئة في زمن الحرب، وكمثال لها جريمة التخلص من النفايات النووية. وبالاطلاع على النظام الأساسي لمحكمة روما بشأن ما ورد فيها عن جرائم الحرب، من بين الجرائم الدولية، نجد أن المادة الخامسة نصت على جرائم الحرب، كما عدت المادة الثامنة منه على الأفعال التي تقع بها تلك الجرائم^(١٨)، حيث تنص المادة الخامسة من النظام الأساسي لمحكمة روما على " يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم الآتية:

أ- جريمة الإبادة الجماعية.

ب- الجرائم ضد الإنسانية.

ج- جرائم الحرب.

د- جريمة العدوان.

كما تنص المادة (٨) من نفس النظام على أن:

١- يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب ولا سيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم؛ وحيث تنص الفقرة ٤/ب: "تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين أو عن إلحاق أضرار مدنية أو إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأمد وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة....."

ويتضح من نص المادة الثامنة أن الفقرة (ب) هي بشأن الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، في النطاق الثابت للقانون الدولي.

(١٨) انظر: المادة (٨٥٥) من النظام الأساسي لمحكمة روما الصادر سنة ٢٠٠٢م.

ونتوقف أولاً عند تقسيم المادة (٨)، حيث قسمت المادة الأفعال طبقاً لطبيعة الاعتداء والمعتدى عليه، والزمان الذي ترتكب فيه، حيث نرى أن الفقرة (أ) تضمنت الأفعال المشمولة بالتجريم ضد الأشخاص أو الممتلكات الذين تحميمهم أحكام اتفاقية جنيف^(١٩)،^(٢٠).

وأما الفقرة (ب) تضمنت الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة، في النطاق الثابت للقانون الدولي أو أي من الأفعال التي نصت عليها الفقرة (ب)، وفيها رقم ٤ موضع البحث.

بناءً عليه يتضح أن إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل، وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة هو جريمة من جرائم الحرب المرتكبة ضد البيئة، وبهذا نجد أن نصوص التجريم في النظام الأساسي قد طالت الجرائم البيئية التي ترتكب إبان حالة من حالات النزاع الدولي المسلح، وشملتها بالتجريم في نص المادتين (٨،٥).

المطلب الثاني

مصادر التجريم في جرائم الحرب البيئية أمام المحكمة الجنائية الدولية

تعمل المحكمة الجنائية الدولية تحت راية القانون الدولي الجنائي، الذي تستقي منه المحكمة الجنائية الدولية التجريم للأفعال المنصوص عليها في نظامها، وسنجد أن النظام الأساسي نفسه هو أول هذه المصادر، لذا نعود إليه ومنه نتفرع.

حيث تنص المادة (٢١) من النظام الأساسي للمحكمة على: "١- تطبيق المحكمة: أ- في المقام الأول، هذا النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية، وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.

(١٩) انظر: اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة ١٢ أغسطس ١٩٤٩م، والنافذة في ٢١ أكتوبر ١٩٥٠م.

(٢٠) د/ عبد الوهاب حومد، الإجراء الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، ط ١، ١٩٧٨م، ص ٨٦٧.

ب- في المقام الثاني، حينما يكون ذلك مناسباً المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة.

ج- وإلا فالمبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم بما في ذلك حسبما يكون مناسباً القوانين الوطنية للدول التي من عاداتها أن تمارس ولايتها على الجريمة شريطة ألا تتعارض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساسي ولا مع القانون الدولي ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دولياً.

٢- يجوز للمحكمة أن تطبق مبادئ وقواعد القانون كما هي مفسرة في قراراتها السابقة.

٣- يجب أن يكون تطبيق وتفسير القانون عملاً بهذه المادة متسقين مع حقوق الإنسان المعترف بها دولياً....." (٢١).

وبالنظر إلى جرائم الحرب البيئية أمام المحكمة الجنائية الدولية نجد أن مصادر تجريم القانون الدولي الجنائي تنقسم إلى مصادر أساسية ومصادر فرعية (٢٢)، (٢٣)، ونعرض لهذه المصادر على النحو الآتي:

أولاً- المصادر الأساسية:

وكما يبدو من المادة (٢١/أ)، أن أهم وأول المصادر الأساسية هي نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نفسها، سواء القواعد الموضوعية أو الشكلية، وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.

(٢١) انظر: المادة (٢١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(٢٢) د/ محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، ١٩٦٥م، ص ٣٤٢.

(٢٣) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ١١٧.

ثانياً- المصادر الفرعية:

أ- تشير نصوص النظام^(٢٤) الأساسي للمحكمة إلى اعتبار المعاهدات الواجبة التطبيق مصدرًا من مصادر التجريم، كمثال لذلك معاهدة جنيف الخاصة بمعاملة الأسرى، والتي تضمنتها المادة (٨/أ) من النظام الأساسي، وبهذا يكون كل معاهدة لها علاقة بالواقعة مصدرًا من مصادر التجريم، وإن كنا نلاحظ أن المادة (٢١) تضمنت عبارة "حينما يكون ذلك مناسباً"، لاعتبار نصوصها مصدرًا من مصادر التجريم بالمحكمة، وهو الأمر غير الواضح من ناحية المناسبة، فما هي المعايير التي بناء عليها يعد الأخذ بالمعاهدة باعتبارها مصدرًا للتجريم مناسباً، وما هي المعايير التي بناء عليها يعد الأخذ بالمعاهدة على اعتبارها مصدرًا من مصادر التجريم غير مناسب في المحكمة الجنائية الدولية.

ب- مبادئ القانون الدولي وقواعده: إن القانون الدولي كغيره من القوانين نشأ وأخذ بالاتساع، حتى ظهر فروع للقانون الدولي منها القانون الدولي للبيئة، وقد عُرف بأنه "مجموعة قواعد ومبادئ القانون الدولي العام التي تنظم نشاط الدول في مجال منع وتقليل الأضرار المختلفة التي تنتج من مصادر مختلفة للمحيط البيئي أو خارج حدود السيادة الإقليمية"^(٢٥)، في حين عرفه البعض بأنه: "مجموعة القواعد القانونية الدولية العرفية والاتفاقية المتفق عليها بين الدول للحفاظ على البيئة من التلوث"^(٢٦)، كما عرفه البعض الآخر بأنه: "مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية الدولية التي ترمي إلى المحافظة على البيئة وحمايتها من خلال تنظيم نشاط أشخاص القانون الدولي العام،

^(٢٤) المادة (٢١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

^(٢٥) د/ أمين حسني، مقدمات القانون الدولي للبيئة، مجلة السياسة الدولية، العدد ١١٠، أكتوبر ١٩٩٢م، ص ١٣٠.

^(٢٦) د/ هاشم صلاح، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص ٣.

في مجال منع وتقليل الأضرار البيئية وتنفيذ الالتزامات الدولية المتعلقة بحماية البيئة^(٢٧).

ج- مبادئ وقواعد القانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الداخلية: وقد وضعت المحكمة شرطاً لتطبيق هذه القواعد هي ألا تتعارض مع النظام الأساسي للمحكمة^(٢٨)، وهو شرط له ما يبرره من كون النظام الأساسي هو الدستور العلي لما يحكم به^(٢٩).

د- مبادئ وقواعد القانون المفسرة في القرارات السابقة للمحكمة. واتساقاً مع نفس المبادئ التي قامت عليها المحكمة، فإنها تعد قرارات المحكمة السابقة أي السوابق القضائية للمحكمة نفسها، هي أحد مصادر التجريم. والجدير بالذكر انحسار دور العرف الدولي^(٣٠) باعتباره مصدراً من المصادر التي يعتمد عليها القانون الدولي وفروعه، سيما في مجال التجريم في المحكمة الجنائية الدولية، وذلك لما استقر عليه العمل في المحكمة من إقرار لمبدأ الشرعية الجنائية، وهو ما يتعارض مع جوهر العرف من اعتباره قاعدة قانونية غير مكتوبة^(٣١).

(٢٧) د/ علواني امبارك، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة (دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٧م، ص ٣٧.

(٢٨) راجع المادة (٢١/ ج) من النظام الأساسي للحكم.

(٢٩) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣٠) انظر: في تعريف العرف د/ صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٣٤٩، د/ محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٤م، ص ٧٧.

(٣١) أ/ تركي علي العارضي المطيري، المحكمة الجنائية الدولية والاعتبارات السياسية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٤م، ص ٧٤.

المطلب الثالث

الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية عن جرائم الحرب البيئية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

أكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي يمثل القواعد القانونية التي تحكم عمل هذه المحكمة؛ فإن أهم ما جاء في مواده ما نصت عليه المادة (٢٢) من التأكيد على إقرار مبدأ المسؤولية الدولية الجنائية الفردية عندما أكدت أن للمحكمة ولاية على الأشخاص الطبيعية، وأن هؤلاء الأشخاص الذين يرتكبون أية جريمة واردة ضمن اختصاص المحكمة يكونون عرضة للعقاب^(٣٢).

وهو ما ينطبق على جرائم الحرب التي تتم بالاعتداء على البيئة، حيث تعد المسؤولية الجنائية المترتبة هنا أمام المحكمة الجنائية الدولية مسؤولية جنائية فردية، وقد أقره النظام الأساسي للمحكمة في المادة (٢٢)، وكما نرى فإن جرائم تلويث البيئة ابتداءً أو كأثر من آثار جريمة أخرى في غير أوقات الحرب، ليس لها إطار تعرض من خلالها أمام المحكمة الجنائية الدولية حالياً، وليس هناك من قواعد تحكم الأمر إلا قواعد القانون الدولي البيئي، والذي تعد التشريع الدولي والاتفاقات الدولية والعرف الدولي مصدراً من مصادر التجريم والعقاب، وليس هنا معرض البحث في هذا القانون، فقد تخيرنا بحث هذه الجريمة التي تمس بالبيئة في زمن الحرب أمام المحكمة الجنائية الدولية.

إلا أن الاختصاص الشخصي للمحكمة آثار العديد من الإشكاليات، منها ما يتعلق بالشخص المعنوي، وهل يجوز أن يكون أهلاً للمسؤولية الجنائية، كما هو الحال في بعض التشريعات الوطنية، أم أن ذلك يقتصر على الأشخاص الطبيعيين فقط^(٣٣).

(٣٢) د/ سعيد جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٢١٠ وبعدها.

(٣٣) د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٥٠٦-٥١٠.

وعلى صعيد المحاكم الجنائية الدولية، كانت محكمة نورمبرغ قد أقرت بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين، فأرست بذلك دعائم المسؤولية الجنائية الفردية في القانون الدولي الجنائي^(٣٤)، كما أنها أقرت بمسؤولية الأشخاص المعنوية عن الجرائم الدولية، حيث حاكمت مجموعة من المنظمات الألمانية، وأصدرت أحكاماً مناسبة بحقها^(٣٥)، في حين أخذت المحاكم التي تلتها بمسؤولية الأشخاص الطبيعية، ولم تقر بمسؤولية الأشخاص المعنوية^(٣٦).

المبحث الثاني

أركان جريمة التخلص من النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

تُعد جريمة التخلص من النفايات النووية، على قمة الهرم من حيث خطورة النفايات، وواقع الأمر أننا تخيرنا هذه الجريمة كمثل على جرائم الحرب ذات الأثر البيئي الممتد، وهو ما يخرج من نطاق بحثنا مسألة التخلص من النفايات في غير أوقات الحرب، وبغير ان تكون أثر من آثار جرائم الحرب، وهو ما حدا بنا إلى ضرورة أن نعرض لنص التجريم في مطلب أول، ثم نعرض لكل من الركن الدولي لهذه الجريمة، بسبب تناولها أمام المحكمة الجنائية الدولية، ونعرض للسلوك المكون للجريمة بعرض الركن المادي لها، وننتهي إلى تناول الركن المعنوي كمطلب أخير في هذا المبحث، ونعرض لتلك الأركان مستأنسين بما اعتمدهت جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من ٣ إلى

^(٣٤) د/ يونس العزاوي، مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠م، ص ٧.

^(٣٥) د/ سعيد عبداللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية (نشأة المحكمة واختصاصها التشريعي والقضائي وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١١٩. د/ عبدالوهاب حومد، الإجرام الدولي، المرجع السابق، ص ٧٦.

^(٣٦) أ/ محمد أمين الميداني، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، المجلة العربية لحقوق الإنسان، المعهد العربي لحقوق الإنسان، ع ٣، س ٣، يوليو ١٩٩٦م، ص ٢٩.

١٠ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢م، من أركان الجرائم محل التجريم في نظام محكمة روما^(٣٧) كما جاء، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

نص التجريم في جريمة التخلص من النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

لقد تخيرنا جريمة التخلص من النفايات النووية، كمثال للجرائم التي تنظرها المحكمة الجنائية الدولية بموجب نص المادة (٨) فقرة ٤ من نظام روما على أن:
- يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب ولا سيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم..... وحيث تنص الفقرة ٤/ب: "تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين أو عن إلحاق أضرار مدنية أو إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأمد وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة....."^(٣٨).

كما تنص المادة الخامسة من النظام الأساسي لمحكمة روما على: "يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم الآتية:
أ- جريمة الإبادة الجماعية.
ب- الجرائم ضد الإنسانية.
ج- جرائم الحرب.

^(٣٧) راجع المادة (٨) فقرة ٢/ب مما اعتمدهت جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من ٣ إلى ١٠ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢م، من أركان الجرائم محل التجريم في نظام محكمة روما
^(٣٨) المادة (٨) من النظام الأساسي لمحكمة روما الصادر عام ٢٠٠٢م.

د- جريمة العدوان.

بناء عليه يتضح أن إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل، وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة هو جريمة من جرائم الحرب المرتكبة ضد البيئة، وبهذا نجد أن نصوص التجريم في النظام الأساسي قد طالت الجرائم البيئية التي ترتكب إبان حالة من حالات النزاع الدولي المسلح، وشملتها بالتجريم في نص المادتين (٨،٥) (٣٩).

ومحور بحثنا هنا عن جريمة التخلص من النفايات النووية كأثر من آثار جرائم الحرب، والاعتداءات التي تشكلها النزاعات المسلحة، والتي تعد جريمة التخلص من النفايات، وما تحدثه من آثار تسبب ضرراً شديداً للبيئة، واسع النطاق، طويل المدى، وهو ما اصطَلحنا على تسميته بجرائم الحرب ذات الأثر البيئي.

المطلب الثاني

الركن الدولي في جريمة التخلص من النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

بالبحث في أركان جريمة التخلص من النفايات النووية أمام المحكمة الجنائية الدولية، كجريمة من جرائم الحرب ذات الأثر البيئي الممتد والشديد الوطأة، وجدنا أن هذه الجريمة بهذه الكيفية، تستتبع أن يكون لها ركناً دولياً، على اعتبار أنها أثر من آثار جرائم الحرب بالأساس، والتي ركنها الدولي ركن أساسي.

ويقصد بالركن الدولي: ارتكاب إحدى جرائم الحرب بناء على تخطيط من جانب إحدى الدول المتحاربة وتنفيذ من أحد مواطنيها أو التابعين لها - باسم الدولة أو برضاها - ضد مؤسسات أو آثار دولة الأعداء أو السكان التابعين لها، أي أنه يتعين

(٣٩) المادتان (٥، ٨) من النظام الأساسي لمحكمة روما الصادر عام ٢٠٠٢م.

لتوفر الركن الدولي أن يكون كل من المعتدي والمعتدى عليه منتمياً لدولة في حالة نزاع مسلح^(٤٠).

وبتطبيق ذلك على الجريمة محل البحث؛ نجد أنه يجب أن يكون هناك حالة حرب بين دولتين، وتقوم الدولة المعتدية بجريمة من جرائم الحرب، وكأثر لها التخلص من النفايات النووية في الدولة المعتدى عليها.

كما أنه لا يتوفر الركن الدولي في حالة النزاع المسلح بين دولة وفرد أو مجموعة من الأفراد أو عصابة أو جماعة معارضة أو حركة تحرير أو بين فئات متصارعة داخل الدولة الواحدة^(٤١)، ولا تُعد الأفعال المخالفة لقواعد وعادات الحرب التي ترتكب أثناء هذا النزاع جرائم حرب، وإن كان البروتوكول الأول والثاني الذي أضافته الأمم المتحدة إلى اتفاقيات جنيف الأربعة عد النزاع المسلح بين حركات التحرر وسلطات الاحتلال في حكم النزاع المسلح بين الدول، وتطبق بشأنه قواعد وعادات الحرب^(٤٢).

لذا فإن قيام مواطن بمساعدة الدولة المعتدية للقيام بجرائم اعتداء في الدولة المعتدى عليها، ومنها جريمة التخلص من النفايات أثناء أوقات الحرب، فهي لا تعد جريمة دولية لانتهاء العنصر الدولي، وإن كان يمكن اعتبارها جريمة داخلية^(٤٣).

فالشرط إذاً هو ارتكاب أحد الأفعال المخالفة لقواعد وعادات الحرب بين دولتين في حالة حرب، وتظل هذه الحالة قائمة، ولو توقفت هذه العمليات العسكرية، كالهبة أو التصالح أو إعلان انتهاء الحرب فعلياً.

(٤٠) د/ علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص ١١١.

(٤١) د/ علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٤٢) د/ علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٤٣) د/ حسنين إبراهيم عبيد، المرجع السابق، ص ٢٣٤.



المطلب الثالث

الركن المادي لجريمة التلخص من النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

تعد الأرض هي أحد العناصر الثلاث التي تتكون منها البيئة، وهي محل خصب للجرائم الواقعة على البيئة، والحروب والنزاعات المسلحة تجد في الأرض مرتعاً خصباً تمارس فيه نشاطاتها، من جرائم الحروب، واستخدام الأسلحة النووية، قد يكون من آثار هذا الاستخدام، الرغبة في التخلص من النفايات النووية، والتخلص من النفايات النووية في الغلاف الأرضي للبيئة يتضمن صورتان هما نقل النفايات النووية، ودفن النفايات النووية.

والركن المادي للجريمة هو السلوك الإجرامي الذي تحدده الجريمة، والذي عده المشرع سلوكاً غير مشروع^(٤٤)، وهذا السلوك غير المشروع، وانصياً لمبدأ المشروعية ورد في نص تجريمي سابق عبي الفعل المجرم، واضح التجريم والعقاب فيه^(٤٥)، وهو ما سبق وأن عرضنا له في موضع سابق من البحث.

ولاستعراض الركن المادي من الجريمة محل البحث، ارتأينا من حسن العرض تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نعرض فيهما للركن المادي لجريمة التلخص من النفايات النووية في الغلاف الأرضي، بصورتها بالنقل أو بالدفن.

(٤٤) د/ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢م، ص ٩١، د/ فتوح عبد الله الشاذلي، النظرية العامة للقانون الجنائي، القسم العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٢م، ص ٦٣.

(٤٥) د/ عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في التشريع الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨م، ص ١٥٧ وما بعدها.

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة نقل النفايات النووية

الركن المادي للجريمة يتمثل في سلوكها الإجرامي، وفي النتيجة الإجرامية المترتبة على هذا السلوك، وعلاقة السببية بينهما
أولاً- السلوك الإجرامي:

ويتمثل هذا السلوك في إدخال المواد والنفايات النووية المشعة إلى حدود الإقليم بأي طريق^(٤٦)، ونرى أنه في الجريمة محل البحث، يجب أن يكون هذا النقل على أثر عمليات عسكرية أو كأثر من آثار الحرب، وذلك حتى يدخل هذا النقل في إطار التجريم أمام المحكمة الجنائية الدولية، كما أنه من الممكن أن يتخذ السلوك الإجرامي صوراً مختلفة، فيأخذ صورة تتمثل بالسماح للسفن المحملة بالنفايات بالمرور في البحر الإقليمي لدولة في حالة حرب مع الدولة صاحبة عملية النقل، مع الأخذ في الاعتبار عدم تحقق اشتراطات الأمن وبدون ترخيص، وهو أمر منطقي تفرضه طبائع الأمور، طالما أن الدولة الناقلة والمنقول في بحرها الإقليمي في حالة حرب^(٤٧).

وكما يتحقق السلوك الإجرامي بصورة إيجابية، يتحقق أيضاً باتخاذ موقف سلبي من الدولة المعتدية^(٤٨)، يكون من جرائه نقل هذه النفايات إلى دولة في حالة حرب مع الدولة المعتدية، في إطار أعمال الحرب والنزاعات المسلحة، وكذلك الأسلحة النووية التي يكون من استعمالها أو التجهيز لها نفايات يكون التخلص منها مهمة للدولة المعتدية، فتنقل إلى الدولة المعتدى عليها، كما أن الجريمة التي تقع بالاعتداء على البيئة اختلافاً في أكثر من منحى، ويتمثل الاختلاف في أن جزء من السلوك الإجرامي

^(٤٦) د/ ميرفت محمد البارودي، المسؤولية الجنائية عن الالتزامات اللاسلمية للطاقة النووية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٣م، ص ٣٤١.

^(٤٧) د/ أحمد عبد الحكيم عثمان، الجرائم الدولية في ضوء القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ١٠٤.

^(٤٨) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المسؤولية الدولية عن نقل النفايات النووية إلى الدول النامية، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٣٠، العدد (٥٩)، الرياض، ٢٠١٤م، ص ٨٢.

يتمثل في المواد الملوثة التي يستخدمها الفاعل في الجريمة^(٤٩)، والمواد في هذه الجريمة هي النفايات النووية، وتطبق الأحكام العامة في المساهمة الجنائية في هذه الجريمة عملاً بالقواعد العامة في هذا الشأن، فكل من حرض أو اتفق أو ساعد الفاعل الأصلي للجريمة اعد شريكاً له فيها^(٥٠).

ثانياً- النتيجة الإجرامية:

والنتيجة الإجرامية في الجرائم التي تمثل اعتداء على البيئة، تتمثل في الضرر الذي يقع على عناصر البيئة كلها أو أحدها، كذلك الخطر الذي قد يتعرض له ذلك العنصر من البيئة^(٥١)، ويؤدي إلى التأثير على ممارسات الإنسان الحياتية الطبيعية.

وإذا عرجنا على النتيجة الإجرامية للجرائم التي تقع بالاعتداء على البيئة، سنجد أن لها طبيعة خاصة؛ بسبب كونها لا تصيب حقاً محمياً لشخص معين كما هو الحال في الجرائم الجنائية التي تصيب حقاً محمياً بنص القانون لشخص أو أشخاص معينين، وقد تتحقق النتيجة الإجرامية في مكان ارتكاب السلوك الإجرامي، وقد يرتكب السلوك الإجرامي في مكان ما، وتتحقق النتيجة الإجرامية في مكان آخر^(٥٢).

ونحن نرى أنه في الأغلب الحدوث في جريمة نقل النفايات النووية أن النتيجة الإجرامية تتحقق في مكان آخر مختلف عن مكان وقوع الجريمة، كما قد يتراخى حدوث النتيجة الإجرامية، وتحدث في زمن لاحق لزمن ارتكاب السلوك الإجرامي، وهو

^(٤٩) د/ عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة المنصورة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م، ص ٢٣٥.

^(٥٠) د/ محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٧٦.

^(٥١) د/ أحمد شوقي أبو خضوة، جرائم التعريض للخطر العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٢١٢.

^(٥٢) د/ نور الدين هنداوي، الحماية الجنائية للبيئة، دار النهضة العربية، المرجع السابق، ص ٩.

ما يرجع إلى طبيعة الأضرار البيئية، والتي تنتج آثارها بعد فترات تطول حسب طبيعة كل سلوك^(٥٣).

ونرى أن معظم الجرائم التي تتم بالاعتداء على البيئة، ومنها الجريمة محل البحث، تتم بمجرد ارتكاب السلوك المادي فيها، دون انتظار لآثار هذا السلوك الإجرامي، فالقوانين البيئية الداخلية لا تهتم كثيراً بتحقيق الآثار، طالما أن السلوك الإجرامي المنصوص عليه، قد وقع بالفعل.

ثالثاً- علاقة السببية:

علاقة السببية هي العنصر الذي يربط ما بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية في الركن المادي للجريمة، بأن تكون النتيجة الإجرامية سبباً للسلوك الإجرامي، فإذا انتفت علاقة السببية، فلا يسأل الفاعل عن جريمة تامة^(٥٤).

وبناء على ذلك يلزم لقيام الركن المادي في جريمة نقل النفايات النووية، أن يكون التلوث الحادث في البيئة، ناتج عن فعل مرتكب سلوك النقل للنفايات النووية، وتبدو الجرائم البسيطة لا صعوبة فيها في تحديد عنصر رابطة السببية، وما إذا كانت النتيجة الإجرامية سبباً للسلوك الإجرامي^(٥٥)، وربما تكمن الصعوبة فيما إذا اشتركت عوامل عدة في حدوث النتيجة الإجرامية، وبذلك نكون في حاجة إلى تحديد السبب الذي أدى بصورة مباشرة في وقوع النتيجة الإجرامية، وما هو العامل الذي أفضى إلى هذه النتيجة، ولعل في الجريمة موضوع البحث من هذه الجرائم التي قد تعترضها بعض الصعوبة في تحديد رابطة السببية، سيما وأن تتم هذه الجريمة في أجواء الحروب والنزاعات المسلحة، التي تنتهك فيها حقوق الإنسان والبيئة على حد سواء، وذلك من جراء وتأثر للحرب، فتختلط الأسباب، وتتعدد، وقد اختلف الفقه الجنائي في النظر إلى

(٥٣) د/ فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، دراسة مقارنة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٢٧٢.

(٥٤) د/ رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤م، ص ١٤٤.

(٥٥) عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في التشريع الإسلامي والقانون، المرجع السابق، ص ١٨٣ وما بعدها

هذه الإشكالية، فمنهم من اتجه إلى الأخذ بنظرية تعادل الأسباب، ومن الفقه من اتجه إلى الأخذ بنظرية السبب الملائم، وأخيراً اتجه البعض إلى الأخذ بنظرية السبب الأقوى، والأكثر تأثيراً^(٥٦).

ونحن نرى أن نظرية السبب الأقوى، هي النظرية الأنسب للعمل بها، سيما وأن تعدد الأسباب أمر هو الأقرب للحدوث، والتدمير للبيئة هو الواقع، لذا فإن بحث الأسباب للوصول إلى السبب الأقوى والأكثر تأثيراً، أمر نراه أقرب للمنطق سيما في جرائم التي يقع الضرر فيها على البيئة، المعرضة لهذا الضرر من أكثر من سبب.

الفرع الثاني

الركن المادي لجريمة دفن النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

يتم التخلص من النفايات النووية من خلال دفنها على أقصى عمق يمكن الوصول إليه، سواء بالحفر العميق الذي يمكن أن يصل إلى عدة آلاف من الأمتار أو بشق أنفاق منجمية على الأعماق نفسها، وهي طريقة معروفة بالدفن البيولوجي^(٥٧).

يفترض الركن المادي لجريمة دفن النفايات النووية، وجود نص قانوني يجرم الفعل، وقد عرضنا لنص التجريم الذي يستوعب هذه الجريمة في إطار نظام محكمة روما كما ورد من قبل، إلا أن النص المجرم جاء بشكل عام، وهو الأمر الذي نرجع معه إلى طبيعة العرف الدولي والاتفاقات الدولية للتعرف على النموذج القانوني للركن المادي للجريمة، وهذه الجريمة تقتض لقيام الركن المادي لها، أن يكون هناك سلوك إجرامي ينتج عنه نتيجة إجرامية، على أن يكون هناك علاقة سببية بين هذا السلوك وهذه النتيجة.

^(٥٦) د/ رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٩٨.

^(٥٧) د/ معمر رتيب حمد عبد الحافظ، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار

الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م، ص ٨٤.

أولاً- السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي في جريمة دفن النفايات النووية، في الوجه الآخر والمكمل لنقل النفايات النووية، إذ يتم نقل النفايات النووية إلى دولة أخرى بغرض دفن النفايات في هذه الدولة، ويفترض هذا السلوك محل البحث أن تكون الدولة الناقلة للنفايات النووية في حالة حرب مع الدولة المعتدى عليها، وأن هذا النقل بغرض الدفن للنفايات تم كأثر من آثار الحرب.

وقد أصبح هذا السلوك الإجرامي أمراً تمتعض منه العقول السليمة، فما زالت بعض الدول الصناعية تصر على تصدير نفاياتها الخطرة إلى دول العالم الثالث كأفضل حل تراه، حتى في حالات تخلو من النزاع المسلح أو الحرب، متجاهلة في ذلك الأضرار الشديدة والمدمرة والتي تلحق البيئة من جراء ذلك.

ونحيل في شأن النتيجة الإجرامية (ثانياً) وعلاقة السببية في هذه الجريمة (ثالثاً) إلى ما ورد في بحثنا هذا في جريمة نقل النفايات النووية.

المطلب الرابع

الركن المعنوي لجريمة التخلص من النفايات النووية

الركن المعنوي في الجريمة هو الإسناد الشخصي لماديات الجريمة إلى شخص الجاني، فالركن المعنوي هو العلاقة التي تربط ما بين السلوك الإجرامي والجاني، وهذه العلاقة لها اعتبارها القانوني، حيث يترتب عليها جزاءات قانونية، وتتمثل في وجود إرادة الجاني لارتكاب الجريمة، فالركن المعنوي للجريمة يقوم على الإرادة الأثمة الموجهة لسلوك الجاني المخالف للقانون، ويتكون الركن المعنوي من شقين هما العلم والإرادة لدى الجاني، فالعلم هنا ينصب على العلم بأركان الجريمة، وعدم قانونية الفعل،

وإرادة ارتكابه، وتحقيق النتيجة الإجرامية، ويمكن استخلاص إرادة الجاني من خلال السلوك المادي^(٥٨).

وحيث نصت المادة (٣٠) من النظام الأساسي على: "١- ما لم ينص على غير ذلك لا يُسأل الشخص جنائياً عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر القصد والعلم.

٢- لأغراض هذه المادة، يتوفر القصد لدى الشخص عندما:

- أ- يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بسلوكه ارتكاب هذا السلوك.
- ب- يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بالنتيجة، التسبب في تلك النتيجة أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسار العادي للأحداث.

٣- لأغراض هذه المادة، تعني لفظة "العلم" أن يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث، وتفسر لفظنا "يعلم" أو "عن علم" تبعاً لذلك"، ويتضح من المادة (٣٠) أن المحكمة الجنائية الدولية اتساقاً مع اتجاهها الذي يأخذ بالمسؤولية الشخصية، اشترطت توفر الركن المعنوي للجريمة، وذلك حتى يمكن مساءلة الشخص بالإضافة إلى سلوكه المادي، ولم تخرج فيما جاءت به عن القواعد العامة في النظام الجنائي، من القصد الجنائي بشقيه العلم والإرادة.

وسوف نتناول الركن المعنوي في جريمة التخلص من النفايات النووية بصورتها من النقل والدفن في فرعين على النحو الآتي:

^(٥٨) د/ محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ١٠٩.

الفرع الأول

الركن المعنوي لجريمة نقل النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

تخضع هذه الجريمة للقواعد العامة في النظام الجنائي، وإن كانت على المستوى الدولي، إذ يلزم لإسناد الجريمة لشخص ما، واتهامه ومحاكمته توفر ركنين أساسيين عند ارتكابه للجريمة، هما الركن المادي والمعنوي^(٥٩).

ويعد الركن المعنوي القائم على توفر عنصري العلم والإرادة هو المكمل للركن المادي بسلوكها الإجرامي والنتيجة الإجرامية، والأصل ألا يتم تجريم الفعل ما لم يكن قائماً على إرادة خالية من أية عيوب، ولتوجيه الاتهام في الجريمة البيئية بشكل عام، وفي جريمة نقل النفايات النووية بغرض التخلص منها، يجب أن يتوفر القصد العام في مباشرة السلوك الإجرامي، والمتكون من العلم والإرادة، وهو القصد الجنائي العام، ويلزم في القصد الجنائي العام أن يكون مرتكب السلوك الإجرامي عالماً بالعناصر المادية للجريمة، أي عالماً بأنه يقوم بنقل نفايات نووية إلى دولة في حالة حرب معها، وذلك دون الحصول على ترخيص أو تصريح مع علمه بطبيعة هذه النفايات، وكونها نفايات نووية، أما العلم بالقانون وبأن هذه الأفعال مجرمة من عدمه، فإن هذا العلم مفترض في الكافة، طبقاً لمبدأ أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون^(٦٠).

ولذا إذا اقترن ظرف مشدد بالجريمة يُسأل عنه مرتكب السلوك الإجرامي، كما يشترط أن تتجه إرادة مرتكب السلوك الإجرامي إلى ارتكاب الجريمة بكامل إرادته، دون أن تعيب هذه الإرادة أي عيب، كالإكراه.

ونحن نرى أنه بالاطلاع على نص المادة (٨) فقرة ٤/ب من النظام الأساسي لمحكمة روما تبين أنها بدأت بـ "تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين أو عن إلحاق أضرار مدنية أو

^(٥٩) د/ السيد سعيد عتيق، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٥م، ص ٢٥٧ وبعدها.

^(٦٠) د/ عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ١٥٩.

إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأمد وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة"، وهو ما يستفاد منه أنه ينبغي أن يتوفر لدى الجاني القصد الجنائي لارتكاب جريمة نقل النفايات النووية، وإن كان يستفاد من صياغة المادة أن هذا التعمد في ارتكاب السلوك الإجرامي لا بد أن يكون الغرض منه إحداث ضرر شديد للبيئة، وهذا الضرر يتمثل في نية معالجة هذه النفايات والتخلص منها، الأمر الذي يتضح منه أنه يلزم لهذه الجريمة توفر قصد جنائي خاص، وهو نية الإضرار الشديد بالبيئة، وأن يكون هناك إفراطاً واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية كما جاء نصاً بالمادة (٨) فقرة ٤/ب.

كما أن هذه الجريمة لا يمكن أن تقع بطريق الخطأ، فهي جريمة شكلية تتكون من القيام بفعل من دون الحصول على ترخيص أو إذن بذلك، ومن ثم تتحقق الجريمة، أي الاكتفاء بانصراف الإرادة إلى تحققها^(٦١).

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة دفن النفايات

أمام المحكمة الجنائية الدولية

جريمة دفن النفايات النووية هي الوجه الواضح لجريمة التخلص من النفايات النووية، والركن المعنوي المتطلب فيها، هو القصد الجنائي المتكون من شقيه العلم والإرادة، والعلم المتطلب هو العلم بماديات الجريمة، ويكون هذا الدفن دون ترخيص، وأن هذه النفايات النووية تدفن في دولة أخرى في حالة حرب مع القائم بفعل الدفن، وكذلك إرادة ارتكاب الجريمة، وأن تكون هذه الإرادة حرة سليمة خالية من عيوب الإرادة، ونرى أن القصد الجنائي المتطلب هنا قصد جنائي خاص، ويستفاد أيضاً من نص المادة (٨) فقرة ٤/هـ والمتضمن "تعمد إحداث ضرر شديد بالبيئة..."، فالقصد الخاص هنا هو

(٦١) د/ عبد الله الأشعل، السودان والمحكمة الجنائية الدولية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٣٢، ٣٣.

نية الإضرار الشديد بالبيئة عن طريق دفن هذه النفايات بغرض التخلص منها^(٦٢)، فلا يكتفى في هذه الجريمة بالقصد الجنائي العام، وإنما يلزم توفر نية خاصة ظهرت بوضوح في صياغة المادة (٨) من النظام الأساسي للمحكمة، وهي نية الإضرار الشديد بالبيئة، وتستخلص هذه النية من الوقائع المعروضة على قاضي الموضوع أثناء نظر الدعوى كما أن هذه الجريمة تأتي في صورة العمد، فهي من الجرائم الشكلية، التي لا يتصور وقوعها بطريق الخطأ، كما أنه لا عبرة بالبواعث في هذه الجريمة^(٦٣)، تستوي أن تكون البواعث نبيلة أو إجرامية، فالمتضرر الأول والأخير في جرائم البيئة هي الإنسانية جمعاء، بغض النظر عن لمن هذا الحيز من البيئة ويقع تحت سلطان أي كيان في المجتمع الدولي.

المبحث الثالث

المسؤولية الجنائية المترتبة على جريمة التخلص من النفايات النووية أمام المحكمة الجنائية الدولية

إن القراءة المتعمقة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتضح منه، التغيير الذي طرأ على البيئة بوصفها الوسط الذي تعيش فيه الكائنات الحية، وضرورة أن نحافظ على البيئة حماية للمصالح البشرية المشتركة، إذ أن الجرائم المرتكبة ضد البيئة لا تقتصر آثارها على الدولة التي تقوم بها، وإنما تمتد لتشمل عموم المجتمع الدولي^(٦٤)، وأصبحت تمثل اليوم عدواناً على حق من حقوق الإنسان ألا وهو حقه في بيئة نظيفة وسليمة.

ونتناول في هذا المبحث المسؤولية الجنائية الشخصية للمحکم الجنائية الدولية بما لها من اختلاف وتميز عن باقي المحاكم الجنائية الدولية، وذلك في مطلب أول، ثم نتناول

(٦٢) راجع المادة (٨) من النظام الأساسي لمحكمة روما.

(٦٣) د/ محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٦٤) د/ محسن عبد الحميد، القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر،



بعد ذلك عقوبات الجريمة إذا تمت وإذا شرع فيها، والمساهمة الجنائية، والتخفيف من العقوبة أو التشديد فيها وذلك في مطلب ثانٍ، ونختم بمسألة امتناع المسؤولية الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية في مطلب ثالث، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية الشخصية أمام المحكمة الجنائية الدولية

الحقيقة إن مجرد مخالفة الفعل لقاعدة دولية لا يعد جريمة دولية، إلا إذا كانت القاعدة قاعد تجريم، والتي تعد من أهم قواعد القانون الدولي، إذ أنها تحمي أهم الحقوق والمصالح التي يصونها هذا القانون^(٦٥).

وحيث إن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو دستورها الأول، ومنه تستمد قواعد التجريم، ويليه العرف الدولي، والاتفاقات والمعاهدات الدولية.

وبالاطلاع على المادة (٢٢) من النظام الأساسي لمحكمة روما، نجد أنها أقرت مبدأ المسؤولية الجنائية للأفراد، وقد أثار الاختصاص الشكلي للمحكمة العديد من التساؤلات عن الشخص المعنوي، وهل يصح أن يكون أهلاً للمسؤولية الجنائية، مثل ما هو معمول به في بعض التشريعات الوطنية، أم أن تقتصر المسؤولية الجنائية على الأشخاص الطبيعيين^(٦٦)، كما أخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بهذا الاتجاه، فأقر بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين فقط^(٦٧)، وبالرغم من تعرض هذا الاتجاه للنقد من البعض، وتفضيله أن تتعدد المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي والمعنوي على السواء، وأنه كان بالإمكان فرض جزاءات مناسبة، حال تطبيق العقوبة على

(٦٥) د/ محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠م، ص ٦٥ وبعدها

(٦٦) د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٧٧.

(٦٧) راجع المادة ٢٥ فقرة ١ من النظام الأساسي لمحكمة روما.

الشخص المعنوي^(٦٨)، ونحن نؤيد اتجاه المحكمة الجنائية الدولية بالأخذ بمسؤولية الشخص الطبيعي عن ارتكابه لجرائم خطيرة ذات طبيعة دولية، ونرى أن النقد الذي وُجّه للمحكمة نقد في غير محله، سيما وأنه يجب الأخذ في الاعتبار الأسباب التاريخية والظروف التي أحاطت بوضع النظام الأساسي للمحكمة، إذ أن الجمعية العامة للأمم المتحدة عندما طلبت من لجنة القانون الدولي إعداد مشروع النظام الأساسي للمحكمة في عام ١٩٥١م، اشترطت اللجنة أن تختص المحكمة بمعاقبة الأشخاص الطبيعيين عن ارتكابهم لجرائم خطيرة ذات طابع دولي، وبالتالي فاللجنة عملت في حدود ما طلب منها، لذلك نرى ضرورة الرجوع للتاريخ لتقييم الأفكار القانونية، والأخذ في الاعتبار هذه المسائل التاريخية والظروف المحيطة بالأمر.

كما أنه وبالاطلاع على المادة (٢٦) من النظام الأساسي للمحكمة: "لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن ١٨ عاماً وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه"، والعبرة في تحديد عمر المتهم هو بوقت ارتكاب الجريمة وليس بوقت المحاكمة، ونحن نؤيد اتجاه المحكمة بمحاكمة البالغين فقط، وهو الاتجاه الغالب في التشريعات الوطنية، ويتواءم مع ما جاء في قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث لسنة ١٩٨٥م^(٦٩)، كما أننا نرى أن بعض من ينتقد اقتصار اختصاص المحكمة على البالغين أنه يخلط ما بين عدم اختصاص المحكمة بمحاكمة القصر وبين اعفائهم من العقاب كنوع من أنواع امتناع مسؤوليتهم الجنائية، فالأمر لم يتعرض لإعفائهم من العقاب على الإطلاق أو إباحة أفعالهم، ولكن لأن الأحداث لا بد لهم من نظام قضائي وتجريمي مختلف، سيما أيضاً أن العقوبات والإجراءات الصارمة للمحكمة لا تتناسب المرحلة العمرية التي يجتاها الأحداث.

(٦٨) د/ عبد القادر أحمد عبد القادر الحسناوي، المحكمة الجنائية الدولية - شروط انعقاد اختصاص المحكمة وأحوال ممارستها له، بحث مقدم إلى مؤتمر الحادي والعشرين لاتحاد المحامين العرب، ٢٠٠٢م، ص ٣٤ وبعدها.

(٦٩) د/ محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٧٧٦:٧٦٧.

والأمر الملحوظ في اختصاص المحكمة هو أن اختصاصها لا يقتصر فقط على رعايا الدول الأطراف في النظام الأساسي، إنما يمتد أيضاً ليشمل رعايا الدول غير الأطراف إذا ما ارتكبت الجريمة في إقليم دولة ليست طرف في النظام الأساسي، أو دولة قبلت بأن تمارس المحكمة اختصاصها على تلك الجريمة^(٧٠).

ويفهم من هذا الأمر، أنه إذا كان هناك دولة تم الاعتداء عليها بأن تم التخلص من النفايات على نطاقها الإقليمي، وهي في جالة حرب مع الدولة المعتدية، والتي تخلصت من النفايات في إقليمها، وهي ليست عضو في النظام الأساسي للمحكمة، وقبلت أن تمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها، فإنه ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية.

كما تختلف المحكمة الجنائية الدولية عن المحاكم الوطنية في كونها بالنسبة إلى المسؤولية الشخصية، وهو عدم اعتدادها بمبدأ الحصانة، وهو ما ورد في المادة (٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة، فليس لأحد أن يتخذ من مبدأ الحصانة ذريعة للتخلص من اختصاص المحكمة^(٧١)، والهروب تبعاً لذلك من مسؤوليته الجنائية، وهو ما حدث في أكثر من واقعة تاريخية من تهرب مجرمين دوليين لهم حصانة بسبب مراكزهم الوظيفية^(٧٢)، وتظل هذه المسألة شديدة الحساسية وتحتاج إلى تدخل الدول التشريعي في الدساتير الوطنية، التي تحصن أصحاب الوظائف ذوي الحصانة من المساءلة، وذلك حتى يكون هناك اتساق ما بين الدساتير والقوانين الوطنية وبين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما أن هذه الحصانة لا تخفف من المسؤولية الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، وليست ظرفاً مخففاً.

^(٧٠) راجع المادة (١٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

^(٧١) راجع المادة (٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

^(٧٢) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دراسة متخصصة في القانون الجنائي

الدولي، المرجع السابق، ص ١٤٧، ١٤٨

المطلب الثاني

عقوبات جريمة التخلص من النفايات النووية

أمام المحكمة الجنائية الدولية

واقع الأمر أن المحكمة الجنائية الدولية لم تقدر عقوبة مميزة لكل جريمة منصوص عليها، ونحن نرى أن هذا الأمر ربما يعود إلى كون بعض الجرائم سيما محل البحث، تتدرج تحت فئة جرائم الحرب ذات الأثر البيئي، وجرائم البيئة بشكل عام لا يمكن حصرها، وإنما هي سلوك إجرامي يترتب عليه اضرار شديد ومتعمد بالبيئة، ونظّل العقوبات التي سنعرض لها، هي معين للقاضي يأخذ منه ما يناسب عقوبة الجريمة، في ظل سلطة تقديرية واسعة لقضاة المحكمة، وهو ما شرع أساساً بسبب طبيعة المحكمة واختصاصاتها، والجرائم المعروضة عليها.

لذا سنعرض للعقوبات المنصوص عليها بالنظام الأساسي للمحكمة، على اعتبار جريمة التخلص من النفايات النووية، من الجرائم التي يشملها التجريم طبقاً لنظام المحكمة، كما سبق بيانه، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

العقوبات الأصلية والتكميلية

وبالرجوع إلى مواد النظام الأساسي للمحكمة نجده قد تضمن النص على العقوبات في الباب السابع من المواد (٧٧)، كما نصت المادة (٧٨) على كيفية تقرير العقوبة، كما أقرت المادة (٨٥) بحق المجني عليه في التعويض، ونتناول هذا الفرع في ثلاث نقاط على النحو الآتي:

أولاً- العقوبات المقررة:

وقد جاءت العقوبات المقررة للجرائم في النظام الأساسي للمحكمة، مقررة عقوبة أصلية من السجن والغرامة وعقوبة تكميلية من المصادرة، حيث تنص المادة (٧٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على:

"١- رهناً بأحكام المادة (١١٠) يكون للمحكمة أن توقع على الشخص المدان بارتكاب جريمة في إطار المادة (٥) من هذا النظام الأساسي إحدى العقوبات الآتية:
أ- السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها ٣٠ سنة.
ب- السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان.

٢- بالإضافة إلى السجن للمحكمة أن تأمر بما يلي:

أ- فرض غرامة بموجب المعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات
ب- مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة حسنة النية".

يلاحظ من خلال الاطلاع على العقوبات الواردة في النظام الأساسي للمحكمة، والتي توقع على الأشخاص التي تتم إدانتهم لارتكابهم احدي الجرائم في المادة (٥) وما جاء تفصيلاً بالمادة (٨) للجريمة محل البحث، أن العقوبات اقتصرت على السجن لعدد محدد من السنوات، أو المؤبد، حيث لم يتقرر في النظام الأساسي للمحكمة الحكم بالإعدام، على الرغم من أن هذه العقوبة وجدت في المحاكم الدولية وطبقت ضد مرتكبي جرائم في الحرب العالمية الثانية في نورمبرج، كما أنها طبقت على عدد اثني عشر من مجرمي الحرب^(٧٣)، ونرى ضرورة تعديل النظام الأساسي للمحكمة وتضمينه عقوبة الإعدام لتتناسب مع بعض الجرائم ذات الخطورة الممتدة مثل جرائم الحرب ذات الأثر البيئي كجريمة التخلص من النفايات النووية.

ثانياً- معايير تقرير العقوبة:

تقوم المحكمة عند تقريرها للعقوبة، بالنظر في عدة معايير، مثل خطورة الجريمة والظروف الخاصة بفاعل الجريمة، وذلك وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات^(٧٤)، كما

(٧٣) د/ الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي، الجزاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجديد، لبنان، ٢٠٠٠م، ص ٢٢٣، ٢٢٤.

(٧٤) د/ الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي، الجزاءات الدولية، المرجع السابق، ص ٢٢١: ٢٢٣.

لها عند توقيع عقوبة السجن أن تقوم بعملية خصم أية مدة يكون قد قضاها الشخص في الاحتجاز، وفقاً لأمر صادر عن المحكمة، كما لها أيضاً وفي أي وقت آخر خصم أي مدة احتجاز قضاها الشخص فيما يتصل بسلوك يكمن وراء الجريمة، وعندما يدان شخص بأكثر من جريمة واحدة، تصدر المحكمة حكماً في كل جريمة، وحكماً مشتركاً يحدد مدة السجن الإجمالية، ولا تقل هذه المدة عن مدة أقصى كل حكم على حدة، ولا تتجاوز السجن لمدة ٣٠ عام، أو عقوبة السجن المؤبد وفقاً للفقرة (ب) من المادة (٧٧) من النظام.

ويتضح من عرض المادة عدم نص النظام الأساسي لمحكمة روما على عقوبة الإعدام، بالرغم من أننا نرى أن الجرائم في النظام الأساسي من الجسامة بحيث يكون الإعدام عقوبتها، لاسيما والجريمة محل البحث من هذه الفئة، بسبب خطورتها، والضرر الذي يمتد فيها إلى العالم بأسره، ولعل عدم النص على عقوبة الإعدام وذلك بسبب وجود معارضة شديدة أثناء المؤتمر الدبلوماسي للعديد من الدول خاصة الاتحاد الأوروبي ودول أمريكا اللاتينية حول إمكانية إدراج عقوبة الإعدام ضمن الجزاءات المقررة في النظام الأساسي، وهذا يتوافق مع الاتجاهات الحديثة لتلك الدول المتمثلة في الدعوة المستمرة للتوصل إلى إلغائها من قوانينها الداخلية^(٧٥)، وهذا على خلاف الدول العربية والإسلامية، التي طالبت بالنص على عقوبة الإعدام وتضمينها من ضمن العقوبات المنصوص عليها بالنظام الأساسي للمحكمة، وذلك لكونها واردة في تشريعاتها الوطنية^(٧٦)، كما أن هناك منظمات غير حكومية لا يمكن انكار دورها في الضغط على الحكومات من أجل إلغاء عقوبة الإعدام، ومثال ذلك منظمة العفو الدولية التي تعارض بشدة عقوبة الإعدام في جميع الحالات باعتبارها ذروة العقوبات القاسية وتمثل انتهاكاً للحق في الحياة^(٧٧)، ولعلنا مع الرأي الذي ينتقد عدم النص على عقوبة

(٧٥) د/ الطاهر مختار علي سعد، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(٧٦) أ/ غلاي محمد، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٥م، ص ٦٦.

(٧٧) د/ منعم عبد الخالق، الجرائم الدولية، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٤٥٣.

الإعدام في النظام الأساسي، سيما وأن الجرائم المنصوص عليها من الخطورة ما يستدعي أن يتم النص على هذه العقوبة، باعتبارها الحد الأقصى للعقوبات^(٧٨).

الفرع الثاني

الشروع والمساهمة الجنائية

تنص المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على:

- ١- يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي.
- ٢- الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية ويكون عرضة للعقاب وفقاً لهذا النظام.
- ٣- وفقاً لهذا النظام الأساسي، يُسأل الشخص جنائياً ويكون عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة في حال قيام هذا الشخص بما يلي:
 - أ- ارتكاب هذه الجريمة سواء بصفته الفردية، أو بالاشتراك مع آخر، بغض النظر عما إذا كان ذلك الشخص الآخر مسؤولاً جنائياً.
 - ب- الأمر أو الإغراء بارتكاب أو الحث على ارتكاب جريمة وقعت بالفعل.
 - ج- تقديم العون أو التحريض أو المساعدة بأي شكل آخر لغرض تيسير ارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها.
 - د- المساهمة بأية طريقة أخرى في قيام جماعة من الأشخاص يعملون بقصد مشترك بارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها على ان تكون هذه المساهمة متعمدة، وأن تقدم: -
 - ١- إما بهدف تعزيز النشاط الإجرامي، أو الغرض الإجرامي للجماعة، إذا كان النشاط أو الغرض منطوياً على ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.
 - ٢- أو مع العلم بنية ارتكاب الجريمة لدى هذه الجماعة.

^(٧٨) د/ الطاهر مختار، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

هـ- فيما يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية، التحريض المباشر والعلني على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية.

و- الشروع في ارتكاب الجريمة عن طريق اتخاذ إجراء يبدأ به تنفيذ الجريمة بخطوة ملموسة، ولكن لم تقع الجريمة لظروف غير ذات صلة بنوايا الشخص، ومع ذلك، فالشخص الذي يكف عن بذل أي جهد لارتكاب الجريمة أو يحول بوسيلة أخرى دون إتمام الجريمة لا يكون عرضة للعقاب بموجب هذا النظام الأساسي على الشروع في ارتكاب الجريمة إذا هو تخطى تماماً وبمحض ارادته عن الغرض الإجرامي.

٤- لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي.

وباستقراء نص المادة (٢٥) من النظام الأساسي لمحكمة روما نجد أنها تناولت في مجملها المسؤولية الجنائية الفردية أمام المحكمة، وبدأت بإقرارها المسؤولية الفردية للأشخاص الطبيعيين، وتضمنت الإقرار في الفقرة أ أن المسؤولية الجنائية تنعقد سواء كانت الجريمة تم ارتكابها بصفة فردية أو بالاشتراك مع شخص آخر، وأن مسؤولية مرتكب الجريمة لا تتأثر كون شريكه مسؤولاً جنائياً من عدمه، وهو ما يؤكد خضوع مواد التجريم في النظام الأساسي لمحكمة روما للقواعد العامة في النظام الجنائي، التي ترى أن ظروف كل شريك لا تتأثر بظروف الآخر، وأن العقوبة تخضع لمبدأ تفريد العقوبة^(٧٩)، وبناء على ذلك فإن مرتكب جريمة التلخص من النفايات النووية أمام المحكمة الجنائية الدولية لا تقبل دفعه بانقضاء مسؤوليته؛ لأن شريكه في الجريمة غير مسؤول جنائياً بسبب السن أو عاهة عقلية أو أي سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجنائية.

^(٧٩) د/ عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ٢٤٢، ٢٤٣

كما تضمنت المادة في فقراتها ب، ج، د صور المساهمة الجنائية من التحريض^(٨٠)، والمساعدة والاتفاق الجنائي على ارتكاب الجريمة، أو أي نشاط إجرامي يكون منطوباً على ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

كما تضمنت المادة في الفقرة (و) وأشارت إلى الشروع في ارتكاب الجريمة، وحددت أن يتم اتخاذ إجراء يبدأ بتنفيذ الجريمة بخطوة ملموسة، ولكن لم تقع الجريمة لظروف ليس لها علاقة بنوايا الشخص، وهي بذلك تناقش وتقر المبدأ القانوني الذي يؤكد معاقبة من يشرع في ارتكاب جريمة إذا قام باتخاذ خطوات تنفيذ الجريمة، ثم توقف لسبب لا يرجع لإرادته^(٨١)، وبالتالي من يشرع في ارتكاب جريمة التخلص من النفايات النووية بنقلها ومحاولة تجاوز الحدود إلى الدولة المعتدى عليها، ثم يتراجع بسبب وجود حراسة مكثفة على الحدود تمنع مروره يعاقب على جريمة شروع، كما أن نفس الفقرة (و) جاءت فأقرت عدم عقاب من يشرع في ارتكاب الجريمة، ثم يعدل عن اتمامها بمحض إرادته، ويعدل عن إتمام الغرض الإجرامي معتددة بذلك بإرادة الفاعل ومعوّلة عليها كثيراً في عدم العقاب وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع عن كان العدول بإرادة الفاعل أو رغماً عنه^(٨٢).

والملاحظ على سياق وصياغة المادة (٢٥) والتي تضمنت النص على الشروع والمساهمة الجنائية خلوها من تقرير عقوبة محددة لمن شرع في ارتكاب الجريمة وعدل عنها لسبب خارج عن إرادته، وكذلك خلوها من إقرار عقوبة للمساهمين، والأمر لا يعدو أن يخرج عن فرضية كونها جعلت الأمر للقواعد العامة في النظام الجنائي، أو أنها تركت العقاب كسلطة تقديرية للقاضي يقدر فيها نطاق المساهمة الجنائية للشريك وكذلك تقرير مسألة الشروع، ونحن نميل إلى الاعتقاد أن نظام محكمة روما ترك أمر

^(٨٠) د/ عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية، الإسكندرية، ١٩٥٨م، ص ٨١٣.

^(٨١) د/ عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

^(٨٢) د/ عبد الفتاح الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مستخرج ١٩٦٢م، جامعة الإسكندرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ١٥٥، د/ السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط ٤، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٢م، ص ٢٦٢.

المساهمة الجنائية والشروع لقاضي الموضوع، حيث أنه الأقدر على تقدير الأمر وتقرير العقوبة، وإن كان تقريره لعقوبة الشريك والشارع في الجريمة لا يخرج عن القواعد العامة في النظم الجنائية الداخلية.

المطلب الثالث

امتناع المسؤولية الجنائية

بالإضافة على الأسباب الأخرى لامتناع المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي، وحيث أنه بالاطلاع على المادة (٣١) من نظام محكمة روما بشأن أسباب امتناع المسؤولية الجنائية تبين أنها تضمنت الآتي:
لا يُسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكابه السلوك^(١).

أ- يعاني مرضاً أو قصوراً عقلياً يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه، أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتماشى مع مقتضيات القانون

ب- في حالة سكر مما يعدم قدرته على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه، أو قدرته على التحكم في سلوكه بما يتماشى مع مقتضيات القانون، ما لم يكن الشخص قد سكر باختياره في ظل ظروف كان يعلم فيها أنه يحتمل أن يصدر عنه نتيجة للسكرك سلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة أو تجاهل فيها هذا الاحتمال.

ج- يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية، ضد استخدام وشيك غير مشروع للقوة، وذلك بطريقة تتناسب مع درجة الخطر الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها، واشتراك الشخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية بموجب هذه الفقرة الفرعية.

د- إذا كان السلوك المدعى أنه يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد حدث تحت تأثير إكراه ناتج عن تهديد بالموت الوشيك أو بحدوث ضرر بدني جسيم مستمر أو وشيك ضد ذلك الشخص أو شخص آخر، وتصرف الشخص تصرفاً لازماً ومعقولاً ليحسب هذا التهديد، شريطة ألا يقصد الشخص أن يتسبب في ضرر أكبر من الضرر المراد تجنبه ويكون ذلك التهديد:

١. صادراً عن أشخاص آخرين.
٢. أو يشكل الفعل ظروف أخرى خارجة عن إرادة ذلك الشخص.
٣. تبت المحكمة في مدى انطباق أسباب امتناع المسؤولية الجنائية التي ينص عليها هذا النظام الأساسي على الدعوى المعروضة عليها.
٤. للمحكمة أن تنتظر أثناء المحاكمة في أي سبب لامتناع المسؤولية الجنائية بخلاف الأسباب المشار إليها في الفقرة (١) في الحالات التي يستمد منها هذا السبب من القانون الواجب التطبيق على النحو المنصوص عليه في المادة (١)، وينص في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات على الإجراءات المتعلقة بالنظر في هذا السبب. وحيث إنه بالقراءة المتأنية للمادة (٣١)، والتي تضمنت أسباب امتناع المسؤولية الجنائية؛ نجد أنها بدأت بالنص على وجود أسباب أخرى لامتناع المسؤولية الجنائية غير التي وردت في هذه المادة، ثم نجد أنها قررت عدم مسؤولية الشخص جنائياً إذا كان يعاني قصوراً عقلياً أو مرضاً يعدم قدرته على التحكم في سلوكه، وهو هنا يقرر ما جاء في القواعد العامة للنظم الجنائية الداخلية^(٨٣) من اعتبار الجنون والضعف العقلي سبباً من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية، ثم نجد أن من بين الأسباب التي ترفع المسؤولية الجنائية السكر إذا أعدم قدرة الشخص على إدراك عدم مشروعية أو طبيعة سلوكه، وهو بهذا أتى بجديد، حيث اعتبر السكر الذي يرفع المسؤولية هو السكر الذي يعدم الإدراك تماماً، ثم أردف استثناء (ما لم يكن الشخص قد سكر باختياره في ظل ظروف كان يعلم فيها أنه يحتمل أن يصدر عنه نتيجة للسكر سلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، أو تجاهل فيها هذا الاحتمال) وهو ما يشير إلى اعتبار واضعو النظام السكر الاجباري، حيث استخدم في الشطر الثاني من المادة: "ما لم يكن الشخص قد سكر باختياره"، ونجده قد أخذ بعين الاعتبار سلوك المتهم من تعاطيه لمسكرات بشكل اختياري، من عدم تحريه الدقة الكافية والحرص بأن يضع في الاعتبار احتمال أن يكون المتهم عالماً أو كان يستطيع أن يعلم أن يصدر عنه سلوك نتيجة سكره يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، أو أنه تجاهل هذا الاحتمال، وهنا نجد أن النظام لم يعد السكر كمانع من موانع المسؤولية، إذا كان اختياريّاً تماشياً مع ما جاء بالتشريعات الداخلية، كما أنه اعتبر النتيجة المحتملة التي قد تصل بسلوك المتهم

(٨٣) د/ السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

إذا كان في حالة سُكر متوقع منها أن ينتج عن سكره هذا السلوك، ويتضح من هذا أن واضعو النظام انصرفوا إرادتهم إلى اعتبار السُّكر الغير اختياري، وهو السُّكر الذي يرفع المسؤولية الجنائية، ولا اعتبار عندهم للسُّكر الذي يضع الإنسان نفسه فيه طواعية سيما إن كان يستطيع أن يعلم أنه بسكره هذا قد يأتي بتصرفات تشكل جريمة في نظام المحكمة، أو أنه تجاهل هذا الاحتمال، ثم نجد الفقرة (ج) قد تضمنت الحديث عن الدفاع الشرعي بمفهومه التقليدي ولكن في حالة جرائم الحرب، من الدفاع عن النفس أو عن الممتلكات لإنجاز مهمة عسكرية، ومن ضمن جرائم الحرب الاغتصاب الممنهج القسري، وفي ذيل الفقرة أتت عبارة: "واشتراك الشخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية بموجب هذه الفقرة الفرعية"، وهو أمر منطقي إذ أن أعمال الحرب كلها هجوم ودفاع، والاشتراك في عمل دفاعي في الحرب لا يعد سبباً من أسباب رفع المسؤولية الجنائية، ويتضح أن المتهم بارتكاب جريمة التخلص من النفايات النووية موضوع البحث ترفع عنه المسؤولية الجنائية إن كان يعاني قصوراً عقلياً يعدمه الإدراك، أو كان في حالة سكر اختياري أهمل معه النتائج المترتبة على سكره، والتي قد تؤدي به إلى ارتكاب جريمة تقع تحت مظلة تجريم المحكمة الجنائية الدولية، كما أن المتهم بارتكاب جريمة التخلص من النفايات النووية إذا كان في حالة من حالات الدفاع الشرعي عن النفس أو الممتلكات، ولم يكن مشتركاً في عملية حربية، ترفع عنه المسؤولية الجنائية.

الخاتمة

إن جريمة التخلص من النفايات النووية بنقلها أو بدفنها تعد من الجرائم البيئية الخطيرة والشديدة الأثر الذي قد يمتد لعقود طويلة من الزمن، والتي يحكمها القانون الدولي البيئي، وتعد من جرائم الحرب ذات الأثر البيئي التي تقع تحت طائلة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المسؤولية الجنائية المترتبة على ارتكاب جريمة التخلص من النفايات النووية مسؤولية شخصية، وذلك طبقاً لنظام المحكمة الجنائية الدولية، وتكون العقوبات فيها نفس العقوبات العامة التي وردت في النظام الأساسي والتي يحق للقاضي اختيار العقوبة المناسبة طبقاً للسلطة التقديرية الممنوحة له.

تعد الجرائم البيئية سواء التي تتم في زمن الحرب أو السلم من أكثر الجرائم اتساعاً بسبب طبيعة الجريمة البيئية الذي يتمثل في تلويث أو الاعتداء على البيئة وهي أفعال يصعب حصرها بسبب طبيعة الجريمة، وعليه نجد النصوص تكون عامة حتى تتسع لهذه الجرائم على اختلافها.

وقد توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات من هذه الدراسة نعرضها كالآتي:

أولاً- النتائج:

- ١- المحكمة الجنائية الدولية لا تختص بالنظر في جرائم الاعتداء على البيئة الدولية في أوقات السلم
- ٢- جرائم تلويث البيئة ابتداءً أو كأثر من آثار جريمة أخرى في أوقات السلم تخضع لقواعد القانون الدولي البيئي والذي يعد التشريع الدولي والاتفاقات الدولية والعرف الدولي مصدراً من مصادر التجريم والعقاب.
- ٣- تنتظر المحكمة الجنائية الدولية في جريمة الحرب ذات الأثر البيئي وهي جرائم الحرب التي تتسبب ابتداءً أو انتهاءً أو كأثر من آثارها بحدوث أضرار جسيمة بالبيئة م ٤/٨/ب من النظام الأساسي لمحكمة روما.
- ٤- جريمة التخلص من النفايات النووية تنتظرها المحكمة الجنائية الدولية طبقاً لنص المادة ٨/٤/ب) وذلك كأثر من آثار جرائم الحرب أو في زمن الحرب.
- ٥- جريمة التخلص من النفايات النووية ينبغي أن يكون لها ركن دولي على اعتبار أنها أثر من آثار جرائم الحرب بالأساس والتي ركنها الدولي ركن أساسي.
- ٦- جريمة التخلص من النفايات النووية جريمة عمدية، ويستفاد من صياغة المادة (٨/٤/ب) أنه يلزم لمرتكبها أن يتوفر لديه قصداً جنائياً خاصاً يتمثل في تعمد إحداث ضرر شديد للبيئة وهذا الضرر يتمثل في نية معالجة هذه النفايات والتخلص منها.
- ٧- اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لا يقتصر فقط على رعاية الدول الأطراف في النظام الأساسي، وإنما يمتد ليشمل رعاية الدول غير الأطراف إذا ما ارتكبت جريمة التخلص من النفايات النووية في إقليم دولة ليست طرف في النظام وارتضيت هذه الدولة أن تمارس المحكمة اختصاصها.
- ٨- المحكمة الجنائية الدولية لم تفرد عقوبة مميزة لكل جريمة من جرائم الحرب ذات الأثر البيئي.

ثانياً- التوصيات:

١- نوصي مشرعي القوانين الوطنية الداخلية الانصياع للاتجاه القضائي العالمي بعدم تحصين أفعال بعض ذوي الوظائف والحصانة من المساءلة حتى يكون هناك اتساق بين الدساتير والقوانين الوطنية وبين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

٢- نقترح على واضعي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تفريد العقوبات لجرائم الحرب البيئية، على اعتبار كونها جرائم خطيرة تستحق أن يفرد لها عقوبات تتناسب خطورتها.

٣- نوصي بالنظر في نص المادة (٨/٤/ب) وذلك بالتعديل في جزئية القصد الجنائي الخاص لمرتكب جريمة التخلص من النفايات النووية، وذلك بتعمد إحداث ضرر شديد بالبيئة وذلك بتوفر نية معالجة النفايات النووية، وأن يكون النص أكثر عموماً ليكون قصداً جنائياً عاماً ركنيه العلم والإرادة وذلك لتوسيع مدى التجريم، وعدم قصره على نية قد تتوفر أو لا تتوفر بالرغم من اكتمال كل أركان الجريمة.

٤- نوصي بضرورة النظر بعين الاعتبار إلى تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بإضافة عقوبة الإعدام لتتناسب مع بعض الجرائم ذات الخطورة الممتدة كجريمة التخلص من النفايات النووية.

المراجع

أولاً- المراجع:

أ- الكتب:

(١) د/ أحمد عبد الحكيم عثمان، الجرائم الدولية في ضوء القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، القاهرة.

(٢) د/ أحمد شوقي أبو خطوة، جرائم التعريض للخطر العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.

(٣) د/ السيد سعيد عتيق، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.



- ٤) د/ الطاهر مختار علي سعد، القانون الدولي الجنائي، الجزاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجديد، لبنان، ٢٠٠٠م.
- ٥) د/ السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط٤، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٢م.
- ٦) د/ حسنين إبراهيم عبيد، الجريمة الدولية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
- ٧) د/ حسنين إبراهيم عبيد، الوجيز في علم الاجرام والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م.
- ٨) د/ حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، ط١، بدون ناشر، بغداد، ١٩٧١م.
- ٩) د/ خالد مصطفى فهمي، الجوانب القانونية لحماية البيئة من التلوث في ضوء التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- ١٠) د/ رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤م.
- ١١) د/ سعيد جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٢) د/ سعيد عبد اللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية (نشأة المحكمة واختصاصها التشريعي والقضائي وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٣) د/ عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- ١٤) د/ علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٦م.
- ١٥) د/ عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، ط١، ١٩٧٨م.
- ١٦) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ١٧) د/ عبد الله الأشعل، السودان والمحكمة الجنائية الدولية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

- ١٨) د/ عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في التشريع الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨م.
- ١٩) د/ عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية، الإسكندرية، ١٩٥٨م.
- ٢٠) د/ فتوح عبد الله الشاذلي، النظرية العامة للقانون الجنائي، القسم العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٢م.
- ٢١) د/ فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة، دراسة مقارنة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٨٩م.
- ٢٢) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، طبعة ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
- ٢٣) د/ محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
- ٢٤) د/ محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٤م.
- ٢٥) د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٩٨م.
- ٢٦) د/ محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ٢٧) د/ معمر رتيب حمد عبد الحافظ، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م.
- ٢٨) د/ محسن عبد الحميد، القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- ٢٩) د/ محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠م.
- ٣٠) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي، طبعة ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.

(٣١) د/ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٠م.

(٣٢) د/ محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان، المجلد الأول، الوثائق العالمية، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣م.

(٣٣) د/ منعم عبد الخالق، الجرائم الدولية، دار النهضة العربية، ط١، القاهرة، ١٩٨٩م.

(٣٤) د/ نورالدين مهداوي، الحماية الجنائية للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.

(٣٥) د/ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢م.

(٣٦) د/ يونس العزاوي، مشكلة المسؤولية الجنائية الشخصية في القانون الدولي (دراسة قانونية مقارنة)، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٠م.

ب- رسائل الماجستير والدكتوراه:

(١) أ/ تركي علي العارضي المطيري، المحكمة الجنائية الدولية والاعتبارات السياسية رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٤م.

(٢) د/ علواني إمبرك، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، الجزائر، ٢٠١٧م.

(٣) د/ عادل ماهر الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة المنصورة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م.

(٤) د/ ميرفت محمد البارودي، المسؤولية الجنائية عن الالتزامات اللاسلمية للطاقة النووية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٣م.

(٥) د/ هاشم صلاح، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩١م.

ج- الأبحاث المحكمة والمنشورة بالمجلات العلمية والمؤتمرات:

(١) د/ براء منذر كمال عبد اللطيف، الإرهاب والمحكمة الجنائية الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الأول، كلية القانون، جامعة الحسين، الأردن، يونيو ٢٠٠٨م.

- ٢) د/عبد الفتاح الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مستخرج ١٩٦٧م، جامعة الإسكندرية، دار النهضة العربية، القاهرة).
- ٣) أ/ غلامي محمد، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٥م.
- ٤) د/ محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، ١٩٦٥م.
- ٥) أ/ محمد أمين الميداني، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، المجلة العربية لحقوق الانسان، المعهد العربي لحقوق الانسان، ع٣، س٣، يوليو ١٩٩٦م.
- ٦) د/ مسعد عبد الرحمن زيدان، المسؤولية الدولية عن نقل النفايات النووية إلى الدول النامية، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٣٠، العدد (٥٩)، الرياض، ٢٠١٤م.

ثانياً- المصادر:

- ١) النظام الأساسي لمحكمة روما الصادر عام ٢٠٠٢م.
- ٢) اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة ١٢ أغسطس ١٩٤٩م، والنافذة في ٢١ أكتوبر ١٩٥٠م.
- ٣) ما اعتمده جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من ٣ إلى ١٠ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢م، من أركان الجرائم محل التجريم في نظام محكمة روما.
- ٤) القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المعتمدة من جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من ٣ إلى ١٠ أيلول/سبتمبر ٢٠٠٢م.

ثالثاً- المراجع الأجنبية:

- 1) Michel Prieur, Le droit de l'environnement, 3^{édition} 1996, Dalloz, p.820



المرجعية التشريعية لحماية الدولة للصحة العامة دراسة تطبيقية على التدابير الوقائية في السودان لسنة ٢٠٢٠م لجائحة كوفيد-١٩

الدكتور/ محمد حسن جماع تمساح *

الدكتور/ أبكر آدم محمد آدم *

المخلص:

تقتضي مسؤولية الدولة تجاه شعبها أن تقوم بدفع أي خطر تهدد الصحة والسلامة العامة، وتحتم ذلك خاصة في حالات الطوارئ أن تتخذ الدولة وفق المرجعية التشريعية بعض الإجراءات والتدابير الوقائية الاستثنائية للحفاظ على حياة المجتمع أو سلامة الوطن، وبناءً على ذلك فإن مشكلة البحث تتلخص في دراسة المرجعية التشريعية لحماية الدولة للصحة العامة، مع التركيز على التدابير الوقائية التي اتخذتها السلطات السودانية لسنة ٢٠٢٠م للتصدي لجائحة كوفيد-١٩، وتتمثل أهداف البحث في دراسة طبيعة التدابير والاجراءات الوقائية التي أعلنتها الحكومة السودانية، والتعرف على مرجعيتها التشريعية، وقد استخدم الباحثان المنهج الوصفي والتحليلي لدراسة موضوعات البحث. وأهم نتائج البحث تمثلت في: أن التدابير الوقائية التي اتخذتها الحكومة السودانية للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ تمثلت في إغلاق المؤسسات ومنع التجمعات العامة وغيرها، وتوثر ذلك على حقوق وحرىات ومعايش الأفراد ولكنها تأتي في إطار حالات الطوارئ حفاظاً على أرواحهم، وكما أن مرجعية التدابير الوقائية التي اتخذتها الحكومة السودانية لسنة ٢٠٢٠م للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ مستمدة من التشريعات السودانية المختلفة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة. وأما أهم ما يوصي بها الباحثان تتلخص في: أهمية اتخاذ السلطات العامة التدابير اللازمة في ظل الطوارئ (الجائحة) والقيام بتقديم بعض الضروريات اليومية للأفراد تماشياً مع ضوابط وظروف إغلاق المؤسسات وتقييد الحركة. ومن الأهمية أيضاً تهيئة الوحدات الصحية، وتوفير المستلزمات الوقائية، ومعدات السلامة للعاملين بالصحة، حتى يتسنى لهم القيام بمهمتهم في حماية الصحة العامة بالصورة التي تتناسب مع تحديات إجراءات التدابير الوقائية.

الكلمات المفتاحية: المرجعية - التشريعية - حماية - الدولة - الصحة العامة.

* أستاذ القانون العام المشارك - كلية القانون والشريعة - جامعة نيالا - السودان.

** أستاذ الطب الوقائي والصحة العامة المشارك - كلية العلوم البيطرية - جامعة نيالا - السودان.



The Legislative Reference for the State's Protection of Public Health An Applied Study on the Preventive Procedures Of Covid-19 in Sudan 2020

Dr. Mohammed Hassan Jammaa Tamsah*
Dr. Abbakar Adam Mohammed Adam**

Abstract:

The responsibility of the state towards its people requires it to prevent any danger threatening public health and safety; this appears especially in cases of emergency And that the state takes some exceptional preventive measure to preserve the life of society and the safety of the homeland according to the legislative reference. Based on this, the research problem is summarized in the study of the legislative reference for the state's protection of public health with a focus on the preventive measures that the Sudanese authorities have taken for the year 2020 to address the Covid 19 pandemic. The objectives of the research are to study the preventive measures announced by the Sudanese government and to identify its legislative reference. The researchers used descriptive and analytical method to study the research topics. The most important results of the research were: The preventive measures taken by the government to address the Covid 19 pandemic consisted in closing institutions and preventing public gatherings and other actions. This affects on the rights, freedoms and pensions of individuals, these come within the framework of emergency situations to preserve their lives, as well as the reference for the preventive measures that it has taken by The Sudanese government for the year 2020 to respond to the COVID-19 pandemic, drawn from various Sudanese legislation and relevant international agreements. The most important recommendations are summarized in: the importance of public authorities taking the necessary measures in light of emergency and providing some daily necessities for individuals in line with the controls and conditions of closing institutions and restricting movement, and it is also important to prepare health units and provide preventive supplies and safety equipment for health workers so that they can carry out their mission In protecting public health in a manner commensurate with the challenges of preventive measures.

Keywords: Reference - Legislative - Protection - State - Public Health.

* Associate Professor of Public Law, College of Law and Sharia, Nyala University, Sudan.

** Associate Professor of Preventive Medicine and Public Health, College of Veterinary Sciences, Nyala University, Sudan.



المقدمة

استقر في الفقه الدستوري وقواعد القانون الدولي، أنّ وجود جماعة بشرية بصفة دائمة فوق إقليم معين وخضوعهم لسلطة عامة من أهم الأركان الأساسية التي تؤسس وجود الدولة، وتحتم قيام الدولة باكتمال أركانها الثلاثة-الشعب، الإقليم، السلطة-فرض سيادتها وسلطتها في إدارة شؤونها الداخلية والخارجية بقواعد تسمو على الجميع. وتستمد الدولة سلطتها من مرجعية السيادة الشعبية، ويملي ذلك على الدولة كفاءة حريات الأفراد، وصيانة حقوقهم، وتعد حماية الصحة العامة للشعب من أهم الحقوق الأساسية التي تتدرج في واجبات الدولة ولا بد من كفاءة حمايتها، وتقرر ذلك التشريعات في الإطار الداخلي للدول والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالصحة العامة وحقوق الانسان.

وفي ظل جائحة كوفيد-19 أو ما يسمى فيروس كورونا 2019م (Corona virus disease-2019) والذي تفشى لأول مرة في مدينة ووهان الصينية في أوائل ديسمبر عام 2019م، وتحول إلى جائحة يوم 11 مارس 2020م، كما أعلنتها منظمة الصحة العالمية، اتخذت الحكومة السودانية تزامناً مع إجراءات الطوارئ الصحي التي أعلنتها معظم دول العالم مجموعة من القرارات، والتدابير الوقائية للتصدي لهذه الجائحة، حيث منعت تلك القرارات والإجراءات الوقائية حركة الناس بين المدن المختلفة، والتجمعات، وإيقاف العمل بالمرافق الحكومية، والخاصة وغيرها من الإجراءات والتدابير المختلفة، وعلى ضوء ما سبق تناول الباحثان في هذه الورقة المرجعية التشريعية للتدابير الوقائية التي أعلنها الدولة-السلطات العامة في السودان- للتصدي لجائحة كوفيد-19، ابتداءً من توضيح مفهوم الصحة العامة والالتزامات الدولية للدول لحمايتها ثم الإطار التشريعي لها في السودان.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في السؤال الرئيسي الآتي:
ماهي المرجعية التشريعية لحماية الدولة للصحة العامة؟

ويتفرع من السؤال الرئيسي لمشكلة البحث الأسئلة الفرعية الآتية؟

- ١- ما المقصود بمفهوم الصحة العامة؟
- ٢- هل التشريعات الدولية تلزم الدول بحماية الصحة العامة؟
- ٣- هل ما نصت عليها التشريعات السودانية من حماية الصحة العامة تمكن الدولة للتصدي لها في ظل الأوبئة أو الجائحة كما في نصوص وموجهات الاتفاقيات الدولية المعنية بحماية الصحة العامة؟
- ٤- ما مدى كفاية هذه التدابير والإجراءات التي اتخذتها الحكومة السودانية للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ في إطار حماية الصحة العامة؟
- ٥- ما هي طبيعة هذه التدابير الوقائية التي أعلنتها الدولة للحد من جائحة كوفيد-١٩ ومبرراتها؟

أهداف البحث:

- تهدف دراسة هذا البحث في الآتي:
- ١- التعرف على التدابير الوقائية التي اتخذتها الحكومة السودانية لجائحة كوفيد-١٩ ومرجعيتها التشريعية في إطار حماية الدولة للصحة العامة.
 - ٢- بيان مفهوم الصحة العامة.
 - ٣- توضيح ما إذا كانت التشريعات السودانية نص على حماية الصحة أم لا.
 - ٤- دراسة طبيعة التدابير والإجراءات الوقائية التي أعلنتها الحكومة السودانية للتصدي لجائحة كوفيد-١٩.

أهمية البحث:

- تكمن أهمية البحث في الآتي:
- ١- إسهام البحث في توضيح حماية الصحة العامة في نصوص التشريعات السودانية المختلفة (الداستير).
 - ٢- إثراء المعرفة ببيان المرجعية التشريعية للتدابير الوقائية التي أعلنتها الحكومة السودانية للتصدي لجائحة كوفيد-١٩.
 - ٣- إسهام البحث في دراسة الموضوعات المعاصرة، وتأصيلها في الإطار التشريعي.

منهجية البحث وهيكله:

استخدم الباحثان المنهج الوصفي التحليلي لدراسة مفهوم الصحة العامة في إطار جائحة كوفيد-١٩ وتأصيلها في التشريع السوداني، أما من حيث هيكل البحث فقد قُسم موضوع الدراسة إلى مبحثين، خصص المبحث الأول في مطلبين مفهوم الصحة العامة والالتزامات الدولية لحمايتها، وأيضاً المبحث الثاني تناول في مطلبين حماية الصحة العامة والإطار التشريعي للتدابير الوقائية لجائحة كوفيد-١٩ تطبيقاً على السودان.



المبحث الأول

مفهوم الصحة العامة والالتزامات الدولية للدول لحمايتها

لا شك أن الصحة تمثل أهم مقومات حياة كل كان حي، بل تمثل أغنى من ما تملكه، لذلك نجد اهتمام الإنسان بحماية صحته من أجل أن يعيش بصحة جيدة حتى يستطيع مجابهة متطلبات الحياة اليومية.

وعلى مستوى الدول؛ فقد أولت أيضاً خاصة في العصر الحديث اهتماماً كبيراً بالصحة العامة للشعب، وذلك بسن تشريعات حتى مستوى الاتفاقيات والمواثيق الدولية. عليه نتناول في هذا المبحث مفهوم الصحة العامة، والالتزامات الدولية للدول لحمايتها، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول

مفهوم الصحة العامة وحمايتها في إطار جائحة كوفيد-19

نلاحظ أن مفهوم الصحة العامة قد تطور تطوراً ملحوظاً مع تطور وتقدم المجتمعات البشرية، فقد انحصر مفهوم الصحة عند الإغريق نحو الصحة الشخصية أو ما يطلق عليها بالغة الانجليزية (Personal Hygiene) وهذا الكلمة تعني اهتمام الفرد بنظافته وتغذيته، حيث كان لهم إله خصص بالصحة يدعى هيغيا (Hygia) ومن هذه الكلمة الإغريقية اللاتينية اشتقت كلمة الصحة، والتي تعني النظافة (Hygiene)، ومع مرور الزمن تطورت هذه الكلمة لتعني بالغة الانجليزية (Health)، وبلا شك أن هذه الكلمة أشمل وأعم وأوسع مفهوماً من كلمة (Hygiene)، والتي تعني مفهوم الصحة الشخصية^(١).

وتأتي مفهوم الصحة العامة: على أنها علم وفن الوقاية من الأمراض، وإطالة العمر وتعزيز الصحة من خلال الجهود المجتمعية المنظمة للمجتمع، وتهدف الأنشطة التي تسعى لتعزيز قدرات وخدمات الصحة العامة إلى توفير الظروف التي تمكن الأشخاص من الحفاظ على صحتهم، أو منع تدهورها، وترتكز الصحة العامة على طريقة التخلص من أمراض معينة، إلى جانب الاهتمام بكافة جوانب الصحة والرفاهية،

(١) تالا قطشاش، وآخرين، مبادئ في الصحة والسلامة العامة، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ص ١٥

وما بعدها.

كما تشمل خدمات الصحة العامة توفير الخدمات الشخصية للأفراد، مثل اللقاحات، أو المشورة السلوكية، أو المشورة الصحية⁽²⁾. تلعب الصحة العامة دوراً هاماً للغاية في حماية صحة مجتمعات بأكملها، وتعزيزها، والحفاظ عليها، وترتبط الكثير من واجبات الصحة العامة بالقضايا الصحية التي يواجهها الأفراد في حياتهم اليومية، مثل الحفاظ على مياه الشرب، أو ضمان سلامة الطعام في المطاعم المحلية، وغيرها، كما تلعب الصحة العامة دوراً رئيسياً في مجالات الصحة المختلفة، مثل منع الإصابات المختلفة، والتحصير لحالات الطوارئ والكوارث، ومنع انتشار الأمراض، فهو ذلك العلم المهتم بالتهديدات التي تواجهها الصحة القائمة على تحليل صحة السكان، حيث عرفت منظمة الصحة العالمية، الصحة بأنها حالة من اكتمال السلامة النفسية والاجتماعية والبدنية، وليست مجرد الخلو من العجز أو الضعف أو الخلو من المرض⁽³⁾، والتعريف هذا يشمل ثلاثة أبعاد للصحة؛ وهي البدنية، والنفسية، والاجتماعية، إذ يمكن أن يصنف انتشار مرض معين في ثلاثة مستويات تصاعدية، هي:

١- التفشي (Outbreak): وفيه تحدث زيادة قليلة في عدد الإصابات، لكنها تكون غير عادية، فمثلاً إذا كان المعتاد أن تسجل ١٠ حالات من الإسهال في منطقة معينة يومياً، ثم ارتفع العدد إلى ٢٠، فهذا يصنف تفشياً. والحال نفسه إذا ظهرت فجأة إصابات بمرض لم يكن موجوداً. لذلك فإن مرض كورونا عند بداية انتشاره في مدينة ووهان الصينية في ديسمبر/كانون الأول ٢٠١٩م، كان يصنف تفشياً، وبمجرد أن تكتشف السلطات الصحية تفشي مرض، تبدأ في إجراء تحقيق لتحديد المصابين وعددهم، وذلك لمعرفة أفضل طريقة لاحتواء هذا التفشي ومنع تمدده.

٢- الوباء (Epidemics): ويُعرّف على أنه تفشٍ أو انتشار مفاجئ وسريع لمرض في رقعة جغرافية قد تكون محصورة في دولة واحدة، أو عدد قليل من الدول ما فوق معدلاته المعتادة، ويؤثر على نسبة كبيرة من الناس، ويتم قياس الوباء

(2) (Brownstone Books. 2009. ISBN 1434458326, 5th ed.) Oxford: Oxford A.

(3) World Health Organization. (2006). Constitution of the World Health Organization – Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006.



بعاملين أساسيين هما؛ معدل التكاثر أي نمط تحرك المرض وسرعته، وعامل حجم المجتمع الحرج أي حجم السكان المعرضين للإصابة بالوباء، وفيروس كورونا تحوّل من مستوى التفشي المحلي في ووهان إلى مستوى الوباء في مساحة جغرافية كبيرة شملت الصين.

٣- الجائحة (Pandemic): وهي الانتشار العالمي لمرض وبائي يشمل العديد من الدول، مؤثراً- كالمعتاد- على عدد كبير من الافراد في الوقت نفسه^(٤)، ولا يُصنّف مرض ما على أنه جائحة بسبب انتشاره الواسع وقتله لكثير من الأفراد، وإنما لابد أن يكون مُعدياً ويمكن انتقاله من شخص لآخر مثل جائحة إنفلونزا الخنازير (٢٠٠٩م) وفيروس كورونا (COVID-2019) حسب ما أعلنته منظمة الصحة العالمية^(٥).

ويشير البعض إلى أن مصطلح "الجائحة" يعني أيضاً أن المرض يتحدى السيطرة، وهذا يفسر انتشاره دولياً، وعدم انحصاره في دولة واحدة، كما يشير تعريف الجائحة إلى جانب سياسي، عبر إيصال رسالة إلى الحكومات والمنظمات في جميع أنحاء العالم، بأن المرض أصبحت له تداعيات اقتصادية وسياسية واجتماعية على نطاق عالمي، وقد يختلط لدى الكثير مفهوم الوباء والجائحة، فالوباء يختلف عن الجائحة بأن الجائحة تكون على نطاق جغرافي أوسع وتصيب عدد أكبر من الناس وتسمى أحياناً بالوباء العالمي، ويمكن أن يتحول الوباء إلى جائحة عندما لا تتم السيطرة عليه ويزداد عدد الحالات بشكل كبير كما حدث في تحول فيروس كورونا المستجد-١٩ من وباء إلى جائحة بحسب تقرير منظمة الصحة العالمية.

(4) Penn, Charles R (2011-07-01)."Future perfect? Improving preparedness through the experiences of the influenza A (H1N1) 2009 pandemic"(PDF). Bulletin of the World Health Organization. 89 (7): 470–470.doi:10.2471/blt.11.091389. ISSN 0042-9686

(5) Coronavirus disease 2019 (COVID-19): situation report, 47". (WHO). March 2020. hdl:10665/331444 منظمة الصحة العالمية

وتلعب الصحة العامة دوراً مهماً في جهود الوقاية من الأمراض في كلٍ من الدول النامية والمتقدمة على السواء، وذلك من خلال أنظمة الصحة المحلية (وزارات الصحة) والمنظمات غير الحكومية المحلية والعالمية. تمثل السيطرة على انتشار جائحة ما بخطتين استراتيجيتين أساسيتين: الإحاطة والتقييد، يجرى إحاطة المجتمع في المراحل المبكرة من انتشار الجائحة ويهدف إلى تعقب الأفراد المصابين وعزلهم ضمن المجتمع بهدف إيقاف انتقال المرض إلى باقي السكان، عندما يصبح من الجلي عدم القدرة على إحاطة انتشار المرض، يُنقل إلى مرحلة التقييد، فتتخذ الإجراءات لإبطاء انتشار المرض وكبح تأثيراته على نظام الرعاية الصحية والمجتمع في الواقع، قد يُتخذ كلا التدبيرين (الإحاطة والتقييد) في الوقت ذاته للسيطرة على انتشار المرض^(٦).

وتشمل التدخلات غير الدوائية التي يمكن اتخاذها للحد من انتشار المرض، التدابير الوقائية الشخصية مثل: نظافة اليدين، وارتداء الأقنعة، والحجر الذاتي، والإجراءات المجتمعية من الإبعاد الاجتماعي مثل: إغلاق المدارس، وإيقاف الفعاليات التي تنطوي على التجمعات الكبيرة، ومشاركة المجتمع في تشجيع القبول والمشاركة في مثل هذه التدخلات، بالإضافة إلى الإجراءات البيئية مثل تنظيف الأسطح^(٧).

وفي إطار ما سبق عرّف مرض فيروس كورونا ٢٠١٩، (اختصاراً كوفيد -١٩) باسم المرض التنفسي الحاد المرتبط بفيروس كورونا المستجد-٢٠١٩، هو مرض تنفسي حيواني المنشأ، يسببه فيروس كورونا ٢ المرتبط بالمتلازمة التنفسية الحادة الشديدة، ينتشر الفيروس في العادة بين الأشخاص أثناء الاتصال الوثيق بينهم، غالباً

⁽⁶⁾ Baird, Robert P. (11 March 2020). In addition, Mitigate. The New Yorker. 28 March 2020.

⁽⁷⁾ "Community Mitigation Guidelines to Prevent Pandemic Influenza—United States, 2017". Recommendations and Reports. Centers for Disease Control and Prevention. 66 (1). 12 April 2017.



عبر قطيرات صغيرة من الرزاز تنتج عن طريق السعال والعطس والتحدث، تتضمن الأعراض الشائعة للمرض الحمى، السعال وضيء النفس.

وقد اتخذت الحكومة السودانية عدد من التدابير الاحترازية لمواجهة فيروس كورونا، والحد من انتشارها منها الإبعاد الاجتماعي لتقليل احتكاك المصابين مع مجموعات كبيرة من خلال إغلاق المدارس والخلوي والمعاهد الدينية بجميع المراحل، ووقف المهرجانات والمعسكرات وفصول التقوية، وإغلاق الجامعات والكليات والمعاهد العليا ومؤسسات التعليم العالي الحكومية، والخاصة والأجنبية، وأماكن العمل وتقييد السفر، ومنع التجمعات العامة في الأفراح والأتراح، والمناسبات العامة، كما شكلت لجنة للطوارئ الصحية لمتابعة تنفيذ موجبات التدابير الاحترازية، حيث فرض حظر التجوال الكامل في ولاية الخرطوم لمدة ثلاث أسابيع وتم تمديدتها لأكثر من مرة بفترات مختلفة وفق التقارير عن موقف الجائحة في البلاد، وكذا الحال في عدد من ولايات السودان، قبل أن تعلن لجنة الطوارئ الصحية تخفيف هذه الإجراءات الصحية بصورة تدريجية، حيث وجهت اللجنة جميع المؤسسات بتهيئة بيئة العمل بما يتوافق وحالة الطوارئ الصحية، ووضع البرتوكولات والموجهات وتوفير المعينات الطبية التي تضمن الحد من انتقال المرض وانتشاره في محيط العمل، صممت برامج إعلامية على هيئة ملصقات ودراما عبر التلفاز والإذاعة لتوعية المجتمع بالتدابير الوقائية(البقاء في المنزل، وتجنب السفر والنشاطات الاجتماعية وغسل اليدين كثيراً بالصابون والماء، وتطبيق شروط النظافة التنفسية الجيدة، وتجنب لمس العين أو الأنف باليدين غير المغسولتين والتبليغ عن حالات الاشتباه وغيرها)، شاركت فيها منظمات المجتمع المدني، والمؤسسات العامة والخاصة^(٨)، تعد هذه الإجراءات الوقائية من صميم أهداف وأنشطة الصحة العامة وفقاً لتعريفها.

(٨) وزارة الصحة الاتحادية: <https://www.fmoh.gov.sd>

المطلب الثاني

الالتزامات الدولية للدول في حماية الصحة العامة

تتباين الاتفاقيات والصكوك الدولية من حيث أهدافها ولكنها تشترك في تقنين مقاصد تحقيق الأمن والسلام ورفاهية الشعوب الاجتماعية، الاقتصادية والصحية، وتتجلى الالتزامات الدولية للدول في حماية الصحة العامة والرعاية الصحية في الالتزامات التي تفرضها منظمة الصحة العالمية، حيث أقرت المنظمة في ديباجتها بأن الحكومات مسؤولة عن صحة شعوبها، ولا يمكن الوفاء بهذه المسؤولية إلا باتخاذ تدابير صحية واجتماعية كافية^(٩)، وهدف منظمة الصحة العالمية هو أن تبلغ جميع الشعوب أرفع مستوى صحي ممكن^(١٠).

حيث تمثل الالتزامات أعلاه الأساس للمجتمع الدولي في مجال حماية الصحة العامة، وبالتالي يترتب عليها آثار قانونية مهمة تقع على الدول بضرورة مراعاة ذلك، وتكريسها في تشريعاتها الداخلية وتطبيقها من الناحية العملية. وتأكيداً للالتزام الدولي للدول في حماية الصحة العامة نصت أيضاً اللوائح الصحية الدولية (٢٠٠٥م) - الملزمة لجميع دول العالم لمواجهة المخاطر الصحية- على تمتع الدول، عملاً بميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، بالحق السيادي في وضع التشريعات وتنفيذ التشريعات، وفقاً لسياساتها الصحية، وينبغي لها لدى القيام بذلك دعم الغرض المتوخى من هذه اللوائح^(١١).

يتضح مما سبق، وما نص عليه دستور منظمة الصحة العالمية واللوائح الصحية الدولية أنّ الالتزام بحماية صحة الإنسان مسؤولية قانونية، تحتم على الدول الالتزام بها باعتبار أنّ الصحة حق أساسي من حقوق الإنسان التي لا بد من حمايتها، حيث جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان -والذي يعد من أهم ضمانات حماية حقوق

(٩) ديباجة دستور منظمة الصحة العالمية لسنة ١٩٤٦م.

(١٠) المادة (١)، المرجع السابق.

(١١) http://www.who.int/ihr/IHR_2005_en.pdf اللوائح الصحية الدولية (٢٠٠٥م)،

الطبعة الثانية، جنيف، منظمة الصحة العالمية.

الإنسان بصفة عامة- على أن: لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له وأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية، وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة^(١٢).

ولا تقتصر ضرورة حماية الصحة العامة وضوابط الالتزام بها في أوقات السلم فقط، بل لا بد من الحد من الانتهاكات التي تطال بها والمرافق الرعاية الصحية في أوقات الحرب أيضاً. كما نصت اتفاقيات جنيف على الحفاظ على الصحة العامة للأشخاص في أوقات النزاعات المسلحة المختلفة، كذلك تناول حماية الوحدات والمنشآت الطبية والشروط الصحية والرعاية الطبية لأسرى الحرب والمعتقلين^(١٣).

هذا، فقد نص أيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على: أن تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان بالتمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. وشمل التدابير التي يتعين اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل:

أ- العمل على خفض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نمواً صحيحاً.

ب- تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية.

ج- الوقاية من الأمراض البوائية والمتوطنة والمهينة والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها.

د- تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض^(١٤).

(١٢) المادة (٢٥)، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م.

(١٣) المادة (٣) مشتركة، الفصل (الثالث، والرابع والخامس) لاتفاقية الأولى والثانية لحماية الجرحى والمرضى، الفصل (الثالث) من الباب الرابع لاتفاقية الثالثة لأسرى الحرب، اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩م.

(١٤) المادة (١٢، الفقرات ١،٢)، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦م.

كما أنّ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المرأة والطفل بيّن مدى الاعتراف والالتزام الدوليين لحماية الصحة، حيث نص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على حق المرأة في الحصول على خدمات الرعاية الصحية^(١٥)، أما اتفاقية حقوق الطفل فقد نص أيضاً على أنّها: تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في أعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي، وتبذل قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه، وتتخذ الدول الأطراف التدابير الفعالة من أجل كفالة توفير المساعدة الطبية والرعاية الصحية اللازمين لجميع الأطفال مع التشديد على الرعاية الصحية الأولية، فضلاً عن التدابير الفعالة والملائمة بغية إلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الأطفال^(١٦).

الجدير ذكره مما سبق من حماية حق الصحة العامة وتقرير التزامها وضرورة صيانتها من الانتهاكات في المواثيق الدولية، أنّ حماية هذا الحق ليست موضع حماية الالتزام في إطار المواثيق الدولية فقط، بل نجد أنّ المواثيق والاتفاقيات والإعلانات الإقليمية أيضاً تعزز وتتص على حق الإنسان في الصحة وحمايته، كما جاء ذلك في الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام ١٩٤٨م، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٧٩م، وميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي لعام ٢٠٠٠م، والميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤م^(١٧).

خلاصة القول في البحث عن التزام الدول في حماية الصحة العامة نجد أنّ التشريعات الدولية والاقليمية نص بصورة صريحة حماية الصحة وضرورة تعزيز حمايتها، خاصة الدول الأطراف في الاتفاقيات والمعاهدات ذات الصلة بحماية الصحة

^(١٥) المادة (١٢). اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩م.

^(١٦) المادة (٢٤)، الفقرات ٢، ٣، ١)، اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩م.

^(١٧) المادة (١١)، الاعلان الامريكى لحقوق وواجبات الانسان لعام ١٩٤٨م، المادة (١٦) الفقرات

(١، ٢) الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٧٩م، المادة (٣) الفقرة ٢) ميثاق الحقوق

الأساسية للاتحاد الأوربي لعام ٢٠٠٠م، المادة (٨) الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤م.

العامة، وإذا كانت دولة ما غير طرف فلا يعني ذلك عدم الالتزام عن صحة شعوبها، إذ أنّ حماية الصحة العامة من القواعد الآمرة والملزمة لجميع الدول على أساس أن حماية الصحة العامة أساس الحقوق العامة كما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأقرته أيضاً الأمم المتحدة ممثلة في مجلسها الاقتصادي والاجتماعي، على أنّ: الصحة حق أساسي من حقوق الإنسان لا غنى عنه من أجل التمتع بحقوق الإنسان الأخرى، ويمكن السعي إلى إعمال الحق في الصحة عن طريق نهج عديدة ومتكاملة مثل: وضع سياسات صحية، أو تنفيذ برامج الصحة التي تضعها منظمة الصحة العالمية، أو اعتماد صكوك قانونية محددة وعلاوة على ذلك، يشمل الحق في الصحة بعض المكونات التي يمكن تطبيقها قانونياً^(١٨).

عليه فإن جميع الدول ملزمة بحماية حق الصحة العامة ومعنية بتعزيزها في الإطار التشريعي الداخلي نظرياً وتطبيقها في الواقع العملي.

المبحث الثاني

حماية الصحة العامة والإطار التشريعي للتدابير الوقائية

لجائحة كوفيد-١٩ في السودان

كما سبق الحديث في المبحث الأول، فالتشريعات الدولية الخاصة لحماية الصحة- ممثلة في الالتزامات الدولية التي تفرضها منظمة الصحة العالمية واللوائح الصحية الدولية وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغيرها من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية- تملّي على الدول اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة سواء بإجراءات وسياسات صحية عاجلة في ظل حالات الطوارئ لتضطلع الدولة بدورها في حماية الصحة العامة كما الحال لجائحة كوفيد-١٩ لسنة ٢٠٢٠م، وتقرير الحماية أيضاً في التشريعات والقوانين الداخلية تعزيزاً وتأكيداً لمرجعيتها التشريعية في الإطار الداخلي

(١٨) الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثانية والعشرون، جنيف، ٢٠٠٠م، ص ٢.

للدول، وعليه تناولنا في هذا المبحث حماية الصحة العامة في التشريعات السودانية، ثم طبيعة ومرجعية التدابير الوقائية لجائحة كوفيد-١٩ في السودان لسنة ٢٠٢٠م، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

حماية الصحة العامة في التشريعات السودانية

بما أنّ السودان من الدول ذات الدساتير أو التشريعات الأساسية المكتوبة والتي تسمو على التشريعات أو القوانين العادية بحيث يأتي أحكام القانون العادي متوافقة مع أحكام الدستور على نقيض الدول ذات الدساتير العرفية غير المكتوبة، فعليه نتتبع في هذا المطلب الدساتير - التشريعات الأساسية - السودانية المختلفة للبحث ما إذا كانت هذه الدساتير نص على حماية الصحة العامة أم لا، على أساس أنها من أهم الموضوعات التي ينظمها أحكام الدساتير، ونشير أيضاً إلي بعض القوانين العادين إذا تضمنت في نصوصها حماية الصحة العامة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- حماية الصحة العامة في دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م: نشير هنا ابتداءً إلى أنّ هذا الدستور يعد أول دستور يعمل به بعد استقلال السودان في العام ١٩٥٦م باعتباره دولة كاملة السيادة، إلا أنّ نصوصها استقيت من قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م، ويل "هو صورة حرفية تقريباً من قانون الحكم الذاتي فيما عدا المواد الخاصة بانتقال السيادة سواء كانت سلطة دستورية عليا، أو تشريعية، أو سلطة قضائية، أو سلطة تنفيذية حيث أن الأخيرة كان يعينها الحاكم بناءً على قرار البرلمان بينما في الدستور المؤقت يقوم بتعيينها مجلس السيادة"^(١٩).

وفيما يتعلق بالبحث عن حماية الصحة العامة في نصوص دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م، فنجد أنه لم ينص بصورة واضحة حماية الصحة العامة إلا أنه

(١٩) ميرغني النصري، مبادئ القانون الدستوري والتجربة الديمقراطية في السودان الطبعة الأولى، الخرطوم، الدار السودانية للكتب، ١٩٩٨م، ص ٣٦٩، ٣٧٠.

أشار في الفصل الثاني -الحقوق الأساسية- "يتمتع جميع الأشخاص بحرية الاعتقاد وبالحق في أداء شعائرتهم الدينية بحرية بشرط ألا يتنافى ذلك مع الآداب أو النظام العام أو الصحة كما يقتضيه القانون"^(٢٠)، يفهم من هذا النص أن ممارسة الحريات والحقوق المذكورة مفيدة بأن لا يتنافى مع الصحة، وبالتالي هذا يعني أنّ الصحة العامة مصان وفق هذا الدستور.

ثانياً-حماية الصحة العامة في دستور جمهورية السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م: كما تناولنا عن حماية الصحة العامة في نصوص دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م لم ينص هذا دستور أيضاً بصورة صريحة حماية الصحة العامة، بل اكتفى في ذات- الفصل والمادة^(٢١)- سياق الدستور السابق، ويعود ذلك إلى أنّ هذا الدستور في جوهره مأخوذ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٦م.

ثالثاً-حماية الصحة العامة في الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية لسنة ١٩٧٣م: فيما يتعلق عن حماية الصحة العامة في ظل هذا الدستور فقد نص على أنّ الحالات "التي يجوز فيها اعتقال أي شخص اعتقالاً تحفظياً، أو تحديد إقامته، أو منعه من التنقل لأسباب تتعلق بأمن الدولة وسلامتها، أو بالنظام العام أو بالآداب، أو بالصحة العامة، أو بتوفير الخدمات والمواد الأساسية، أو بمكافحة التهريب"^(٢٢). الملاحظ من هذا النص أنّ كلمة "الصحة" وردت في هذا الدستور مقترنة بكلمة الصحة، بخلاف الدستوريين السابقين والذين اكتفيا بكلمة "الصحة" فقط دون ذكر كلمة "العامة"، ويرى الباحثان أن مفهوم الصحة العامة أشمل من الصحة، إذ إنّ الأولى تفيد العموم.

وكما يتضح أيضاً أنّ الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية لسنة ١٩٧٣م نص على أنه لحماية الصحة العامة، يجوز اعتقال شخص اعتقالاً تحفظياً أو تحديد إقامته أو منعه من التنقل" يتجلى من النص أنّ هذا الدستور أقر مفهوم الحجر الصحي لأي شخص أو لعامة سكان الدولة حفاظاً على أرواحهم وسلامتهم، كما هو

(٢٠) المادة (٥)، الفقرة (١)، الدستور السوداني المؤقت لسنة ١٩٥٦م الملغي.

(٢١) المادة (٥)، الفقرة (١)، الدستور السوداني المؤقت لسنة ١٩٦٤م الملغي.

(٢٢) المادة (٤١)، الفقرة (١)، الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية لسنة ١٩٧٣م الملغي.

شأن التدابير الاحترازية وإجراءات الطوارئ للحد من جائحة كورونا في العام ٢٠٢٠م في معظم أنحاء العالم بصفة عامة والسودان بصفة خاصة، وكذلك نص هذا الدستور أنّ الرعاية الصحية والعلاج حق لكل مواطن وتسعى الدولة لتعميمها ومجانيتها^(٢٣).
 رابعاً- حماية الصحة العامة في دستور جمهورية السودان الانتقالي لعام ١٩٨٥م: نجد أنّ هذا الدستور لم ينص بصورة صريحة على حماية الصحة العامة، بل أشار كما جاء في دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م ودستور جمهورية السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م "أنّ يتمتع جميع الأشخاص بحرية الاعتقاد والحق في ممارسة الشعائر الدينية في حدود الآداب والنظام العام والصحة كما يقتضيها القانون"^(٢٤). وكما أنّه أيضاً لم يذكر أيضاً بصورة مباشرة الوباء أو المرض والذي يهدد الصحة العامة وسلامة المجتمع من ضمن أسباب إعلان رأس الدولة حالة الطوارئ، بل ذكر الخطر الجسيم الذي يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أي جزء منه أو يهدد اقتصاده^(٢٥)، وكأنّما هذا الدستور حصر إعلان حالة الطوارئ في حالة الحرب دون استصحاب الوباء.

خامساً- حماية الصحة العامة في دستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨م: تناول هذا الدستور في الباب الأول عدد من المبادئ الموجهة للدولة، ومنها حماية الصحة العامة ونص على أنّ الدولة تعمل على ترقية المجتمع تحقيقاً للسلامة، وكما ذكر في إطار الحريات والحرمان والحقوق والواجبات أنّه يكفل للمواطنين حرية الفكر والتعبير دون ما قد يترتب عليه من إضرار بأمن أو النظام أو السلامة أو الآداب العامة^(٢٦)، يتضح من هذه النصوص أنّ دستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨م قد اعد حماية الصحة العامة من المبادئ الموجهة للدولة وواجباتها، وكذلك من الحقوق الأساسية للمواطن والتي لا بد من كفالتها.

(٢٣) المادة (١)، الفقرة (٥٤)، الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية لسنة ١٩٧٣م الملغى.

(٢٤) المادة (١٨)، دستور جمهورية السودان الانتقالي لعام ١٩٨٥م الملغى.

(٢٥) المادة (٣٥)، الفقرة (١)، نفس المصدر.

(٢٦) المواد (١٣، ٢٥)، دستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨م الملغى.

وإضافة لما سبق، نص هذا الدستور أيضاً على أنّ لرئيس الجمهورية اختصاص إعلان حالة الطوارئ عند حدوث أو قدوم خطر طارئ يهدد البلاد أو أي جزء منها، وذكر من ذلك الخطر الأوبئة^(٢٧) والتي تهدد الصحة العامة للمجتمع وسلامتها. والجدير بالإشارة هنا إلى أنّه قبيل صدور دستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨م، جاء قانون الطوارئ وحماية السلامة العامة لسنة ١٩٩٧م، وهذا القانون تشريع عادي نافذ حتى الآن تتضمن في نصوصه حماية السلامة العامة للمجتمع، وقد نص على أنّ لرئيس الجمهورية أن يصدر إعلان حالة الطوارئ في جميع أنحاء السودان أو في أي جزء تعرضت لأي من المخاطر، ومن هذه المخاطر الأوبئة، وأي حالة تشكل في نظر رئيس الجمهورية تهديداً وشيكاً على السودان أو السلامة العامة أو حياة المجتمع أو جزء عام منه^(٢٨).

سادساً- حماية الصحة العامة في دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م: نجد أنّ هذا الدستور كسابقه أولى الاهتمام بحماية الصحة العامة والرعاية الصحية العامة، حيث جاء ذلك في ظل المبادئ الهادية للدولة ووثيقة الحقوق، فنص أنّه: تطور الدولة الصحة العامة وتضمن الرعاية الصحية الأولية مجاناً لكافة المواطنين^(٢٩)، وقد نص أيضاً: تضطلع الدولة بتطوير الصحة العامة وإنشاء وتطوير وتأهيل المؤسسات العلاجية والتشخيصية الأساسية وعليها توفير الرعاية الصحية الأولية وخدمات الطوارئ مجاناً لكل المواطنين^(٣٠).

كما أنّ حماية الصحة العامة في ظل دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م تتضمنها أيضاً قانون الطوارئ وحماية السلامة العامة لسنة ١٩٩٧م النافذ والذي تناولناه سابقاً.

^(٢٧) المادة (١٣١)، الفقرة (١)، نفس المصدر.

^(٢٨) المادة (٤)، الفقرات (و، ح)، قانون الطوارئ وحماية السلامة العامة لسنة ١٩٩٧م (قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٨م) النافذ.

^(٢٩) المادة (١٩)، دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م الملغى.

^(٣٠) المادة (٤٦)، المصدر نفسه.

سابعاً- حماية الصحة العامة في الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م: ألغى هذه الوثيقة الدستورية دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م، وهي النافذ حالياً والقانون الأعلى بالبلاد وتسود أحكامها على جميع القوانين، وفيما يلي حماية الصحة العامة في هذه الوثيقة نص على أنه يعلن حالة الطوارئ عند وقوع أي خطر طارئ أو كارثة طبيعية أو أوبئة...^(٣١)، إذن إن وقوع الأوبئة بلا شك تتطلب اتخاذ إجراءات وتدبير صحية عاجلة وكافية لمواجهة من الناحيتين الوقائية والعلاجية حماية للصحة العامة.

وتأكيداً لحماية الصحة العامة أيضاً قيدت الوثيقة الدستورية حرية التنقل والإقامة بمراعاة ضروريات حماية الصحة العامة، حيث نص على أن لكل مواطن الحق في حرية التنقل وحرية اختيار مكان إقامته إلا لأسباب تقتضيها الصحة العامة أو السلامة وفقاً لما ينظمه القانون^(٣٢).

كما أن الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م أفرد في إطار الحقوق والحريات لحق في الصحة المادة السادسة والخمسون وعنوانتها بصورة واضحة، إذ نص على أن تتعهد الدولة بتوفير الرعاية الصحية الأولية وخدمات الطوارئ مجاناً لكل المواطنين وتطوير الصحة العامة وإنشاء وتطوير وتأهيل المؤسسات العلاجية والتشخيصية الأساسية^(٣٣).

مقارنة بين حماية الصحة العامة في دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م السابق، والوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م النافذ، يتضح أنهما انفردا واتفقا في أن تضطلع الدولة بتطوير الصحة العامة، توفير الرعاية الصحية الأولية، تأهيل المؤسسات العلاجية، التشخيصية الأساسية وخدمات الطوارئ. ويرى الباحثان أن ما ذكر من تأهيل المؤسسات الصحية والعلاجية في الواقع العملي في ظل الدستور السابق منذ عام ٢٠٠٥م حتى نهاية تلك الحقبة السياسية في

(٣١) المواد (٢، ٣، ٤٠)، الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م السوداني النافذ.

(٣٢) المادة (٦٠)، الفقرة (١)، نفس المصدر.

(٣٣) المادة (٦٥)، نفس المصدر.

العام ٢٠١٩م نجد أنّ هذه المؤسسات الصحية متهاكلة ومتردية، وقد أخفقت سياسات الحكومة السابقة في ذلك بصورة واضحة، حيث ورثت الحكومة الانتقالية الحالية هذه المؤسسات غير مؤهلة للتصدي لجائحة كورونا في العام ٢٠٢٠م ناهيك عن الرعاية الصحية الأولية، ورغم أنّ البعض يعزي ذلك إلى الحصار في فترة النظام السابق، ولكن لا بد من تضافر الجهود وتطوير المؤسسات الصحية حتى يتسنى لجهات الاختصاص عملياً حماية الصحة العامة.

وبعد استقراء دراسة حماية الصحة العامة من خلال التشريعات الأساسية (الداستير) السودانية المختلفة حسب الأسبقية الزمنية والتي صدرت بعد الاستقلال وحتى الوثيقة الدستورية النافذ، اتضح أنّ هذه الدساتير أقرت وتضمنت في نصوصها حماية الصحة العامة، ولكن نجد التباين بين هذه التشريعات في تقرير حماية الصحة العامة، خاصة في نصوص الدساتير التي صدرت مؤخراً وهي دستوري جمهورية السودان لعام ١٩٩٨م والانتقالي لسنة ٢٠٠٥م الملغى، والوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م النافذ، حيث أنّ المشرع في هذه التشريعات لم تكنف بتقرير حماية الصحة فقط بل نص على أن تضطلع الدولة بتطوير الصحة العامة، وضرورة تأهيل المؤسسات الصحية وتوفير الرعاية الصحية الأولية ومجانيتها.

المطلب الثاني

الإطار التشريعي للتدابير الوقائية

لجائحة كوفيد-١٩ في السودان لسنة ٢٠٢٠م

مواصلة لما تناولنا عن حماية الصحة العامة في التشريعات السودانية نبحت هنا طبيعة التدابير الوقائية لجائحة كوفيد-١٩ في السودان لسنة ٢٠٢٠م، لتوضيح إذا كانت هذه التدابير التي اتخذتها السلطات العامة في الدولة جاءت متوافقة مع التشريعات وكافية أيضاً لحماية الصحة العامة، أم أنّ هذه التدابير تتعارض مع طبيعة اختصاص السلطات العامة وغير كافية للتصدي لمثل هذه الجائحة من الناحية القانونية.

أعلن وزير الصحة الاتحادية في السودان عن اكتشاف أول حالة إصابة بكوفيد- ١٩ في الثالث عشر من مارس ٢٠٢٠م في العاصمة السودانية الخرطوم، وتبعتها الإعلان عن حالات عدة عن طريق المخالطة والانتشار المجتمعي وذلك بتاريخ متفاوتة^(٣٤).

وفي الرابع عشر من مارس ٢٠٢٠م أصدر مجلس الوزراء توصيات اللجنة التنسيقية العليا للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ القرارات التالية:

- ١- توجيه الجهات الأمنية بدعم وزارة الصحة لتنفيذ إجراءات الحجر الصحي بمراكز العزل والإيواء لعزل وفحص المخالطين الراضين الخضوع للإجراءات المحجربة.
- ٢- الاستفادة من المستشفيات العسكرية بالمركز والولايات كمركز للإيواء ولتقديم الخدمات العلاجية.
- ٣- إغلاق رياض الأطفال والمدارس السودانية والأجنبية والخالوي والمعاهد الدينية بجميع المراحل لمدة شهر، ووقف المهرجانات والمعسكرات وفصول التقوية.
- ٤- تأجيل امتحانات شهادة الأساس في الولايات التي لم تجر فيها لموعد يحدد لاحقاً.
- ٥- سيكون امتحان الشهادة السودانية في موعده ما لم يصدر قرار آخر.
- ٦- إغلاق جميع الجامعات والكليات والمعاهد العليا ومؤسسات التعليم العالي الحكومية والخاصة والأجنبية لمدة شهر.
- ٧- اتخاذ إجراءات وضوابط صحية إضافية بالسجون ومراكز الإصلاح.
- ٨- على الوزارات والوحدات الحكومية والخاصة اتخاذ التدابير الكفيلة بتقليص الازدحام في مواقع العمل.
- ٩- منع التجمعات العامة في الأفراح والأفراح والمناسبات العامة.
- ١٠- تشديد الرقابة على الأسواق العامة وضبط أسعار المواد التموينية والمستلزمات الطبية وغير الطبية.

^(٣٤) موقع وزارة الصحة الاتحادية السودانية <https://www.fmoh-gov.sd>

١١- إجلاء المواطنين السودانيين العالقين بالمعابر مع جمهورية مصر العربية عبر معبر أرقين وإنشاء معسكر إيواء مؤقت، وإجراء الفحص الطبي بواسطة فريق طبي متكامل.

الواضح أنّ هذه القرارات تؤثر على كافة أنواع دروب الحياة العامة، وتصادر أيضاً حقوق الإنسان الأساسية، والتي تضمنتها الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية في السوداني لسنة ٢٠١٩م المتمثلة في حرية التنقل وحق التعليم وغيرها من الحقوق والحريات العامة، ولكن نرى أنّ التصدي لتفشي هذه الوباء تحتم على السلطات العامة في الدولة اتخاذ هذه القرارات بمنزلة إجراءات وتدابير احترازية ووقائية، إذ أنّ دول العالم بأسرها للحد من تفشي هذه الجائحة انصبت جهودها في المحافظة على صحة شعوبهم بل من أجل بقائهم على قيد الحياة دون الالتفات إلى المصالح الأخرى.

إذاً فالبحث عن مدى مشروعية هذه القرارات أعلاه من الناحية الدستورية يتجلى من ناحية المقاصد وهي حماية الصحة العامة، والتصدي للوباء، أما من ناحية الاختصاص فالسلطة المختصة في الدولة هي رئيس الوزراء بالتشاور مع مجلس السيادة^(٣٥)، خاصة وأن الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م نصت بأنّها "إلى حين تشكيل المجلس التشريعي الانتقالي، تؤول سلطات المجلس السيادة والوزراء يمارسها في اجتماع مشترك، ويتخذ قراراته بالتوافق أو بأغلبية ثلثي الأعضاء"^(٣٦)، وفي هذا الإطار أيضاً أصدر رئيس مجلس الوزراء الانتقالي في الثالث عشر من فبراير ٢٠٢٠م أمر طوارئ رقم (١) لسنة ٢٠٢٠م نص على الجرائم والمخالفات وفقاً لقانون الطوارئ وحماية السلامة العامة لسنة ١٩٩٧م.

وقد أوكل أيضاً قانون الصحة العامة القومي السوداني لسنة ٢٠١٨م وزارة الصحة القومية القيام بتنفيذ سياسة حماية الصحة العامة ومكافحة الوباء، وتتضمن هذا القانون خمساً وثلاثين مادة تتعلق بحماية الصحة العامة ومنها: الأمراض المعدية

(٣٥) المادة (٤١)، الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م، مصدر سابق ذكره.

(٣٦) المادة (٢٥)، الفقرة (٣)، الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م، مصدر سابق ذكره.

والوبائية والتبليغ عنها، الأوبئة التي تهدد الولايات أو أي من الدول المجاورة، إعلان حالة الوباء، حظر مخالفة المريض للجمهور أو استعمال أي معدات كان يستعملها أو بيعها، حظر سفر المريض أو انتقاله، التنقيش، تقييد دخول القادمين، الحجز والتطهير، الإتيان عن ممارسة المهنة، إغلاق الأماكن العامة، إغلاق أو هدم المباني وإتلاف الأمتعة والملابس، الإخطار بالحالة الصحية، حالات تقديم الخدمة، تقديم الخدمة دون موافقة مدركة، واجبات متلقي الخدمة، التزامات المؤسسة الصحية، حق المواطن في مجانية العلاج، وكما تضمن هذا القانون أيضاً في الأحكام العامة تعيين الوزير ضابط اتصال قومي لتنسيق وإنفاذ اللوائح الصحية الدولية وإصدار اللوائح.

واستناداً لقرارات مجلس الوزراء السابقة، وقانون وزارة الصحة القومية أعلاه اتخذت السلطات العامة في الدولة في الواقع العملي عدة إجراءات وتدابير وقائية للحد من انتشار جائحة كوفيد-19 في العاصمة السودانية الخرطوم ابتداءً من منتصف شهر مارس 2020م، وكذلك مؤخراً في الولايات التي ظهرت فيها هذه الجائحة، حيث تم مثلاً في ولاية شمال وجنوب دارفور الإغلاق التام لمنافذ المدينة من وإليها باستثناء ساحات الوقود والبضائع، أما في داخل المدينة فتمثلت التدابير في منع التجمعات وتنظيم حركة المرور وإغلاق الأسواق بضوابط واستثناءات وبأوقات محددة، ورغم الضائقة المعيشة التي يعاني منها معظم المواطنين الذين يعتمدون على حركة العمل اليومي إلا أن هنالك استجابة معقولة، وعلى جهات الاختصاص مراعاة معاناة هؤلاء الذين لا يملكون قوت يومهم وذلك بمساعدتهم بضروريات الحياة اليومية، والملاحظ أنّ ضوابط الإغلاق التام للعاصمة السودانية الخرطوم، ومنع حركة الناس منها وإليها وإيقاف العمل بالمرافق الحكومية منذ منتصف شهر مارس 2020م ظل سارياً حتى أواخر شهر يوليو من ذات العام ومزاولتها بصورة تدريجية مع العد التنازلي لمعدلات الإصابة للجائحة.

وتزامناً مع إعلان حالة الطوارئ الصحي والاجراءات الاحترازية السالفة الذكر ومنع حركة الأفراد والتجمعات، أغلقت بعض المشافي أبوابها بحجة أنّ ضوابط الطوارئ الصحية، والقرارات ذات الصلة لمواجهة هذه الجائحة تقتضي استقبال مصابي كوفيد-

١٩ والحالات الطارئة فقط، مما انعكس ذلك سلباً على تلقي الخدمات الصحية بصفة عامة، ولكن نرى أنّ المرضى بصورة عامة لهم الحق في تلقي الرعاية الصحية مع استصحاب الضوابط المعلنة، وعلى السلطات العامة ممثلة في وزارة الصحة اتخاذ التدابير اللازمة في ظل مثل هذه الجائحة نحو تهيئة الوحدات الصحية وتوفير المستلزمات الوقائية ومعدات السلامة لعامليها حتى يتسنى لهم القيام بمهمتهم في إطار حماية الصحة العامة بمفهومها الواسع.

والجدير بالإشارة إلى أنّ الشريعة الإسلامية لها السبق في تقرير التدابير الوقائية عند الوباء، فقد جاء أنّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ إِلَى الشَّامِ حَتَّى إِذَا كَانَ بِسَرَعٍ لَقِيَهُ أَمْرَاءُ الْأَجْنَادِ: أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ وَأَصْحَابُهُ. فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ. قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ادْعُ لِي الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ. فَدَعَاهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ. وَأَخْبَرَهُمْ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ. فَاخْتَلَفُوا. فَقَالَ بَعْضُهُمْ: قَدْ خَرَجْتَ لِأَمْرٍ، وَلَا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَعَكَ بَقِيَّةُ النَّاسِ وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وَلَا نَرَى أَنْ نُقَدِّمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ. فَقَالَ: ارْتَفِعُوا عَنِّي. ثُمَّ قَالَ: ادْعُ لِي الْأَنْصَارَ. فَدَعَوْهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ. فَسَلَكُوا سَبِيلَ الْمُهَاجِرِينَ. وَاخْتَلَفُوا كَاخْتِلَافِهِمْ. فَقَالَ: ارْتَفِعُوا عَنِّي. ثُمَّ قَالَ: ادْعُوا لِي مَنْ كَانَ هَاهُنَا مِنْ مَشِيخَةٍ قُرَيْشٍ. مِنْ مُهَاجِرَةِ الْفَنَاحِ. فَدَعَوْهُمْ فَلَمْ يَخْتَلِفْ عَلَيْهِ مِنْهُمْ رَجُلَانِ. فَقَالُوا: نَرَى أَنْ تَرْجِعَ بِالنَّاسِ وَلَا تُقَدِّمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ. فَنَادَى عُمَرُ فِي النَّاسِ: إِنِّي مُصْبِحٌ عَلَى ظَهْرٍ، فَأَصْبِحُوا عَلَيَّ. فَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ: أَفَرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ؟ فَقَالَ عُمَرُ: لَوْ غَيْرَكَ قَالَهَا يَا أَبَا عُبَيْدَةَ! نَعَمْ. نَفَرُ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ إِلَى قَدَرِ اللَّهِ. أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ لَكَ إِبِلٌ فَهَبَطْتَ وَادِيًا لَهُ عُذْوَتَانِ. إِحْدَاهُمَا مُخَصَّبَةٌ وَالْأُخْرَى جَدْبَةٌ، أَلَيْسَ إِنْ رَعَيْتَ الْحَصِيْبَةَ رَعَيْتَهَا بِقَدَرِ اللَّهِ؟ وَإِنْ رَعَيْتَ الْجَدْبَةَ رَعَيْتَهَا بِقَدَرِ اللَّهِ؟ فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، وَكَانَ غَائِبًا فِي بَعْضِ حَاجَتِهِ، فَقَالَ: إِنَّ عِنْدِي مِنْ هَذَا عِلْمًا. سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ.

وَأِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا، فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ». قَالَ: فَحَمَدَ اللَّهُ عُمَرُ ثُمَّ انْصَرَفَ (٣٧)، وقد جاء أيضاً في حديث سَعِيدُ بْنُ مِينَاءَ، قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا هُرَيْرَةَ، يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا عَدُوَّ وَلَا طَيْرَةَ، وَلَا هَامَةَ وَلَا صَفَرَ، وَفِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ» (٣٨).

وجهة الاستدلال من هذه الأحاديث، كما هو شأن القوانين الوضعية المعاصرة في إجراءات التدابير الاحترازية - إغلاق الحدود بين الدول وبين المدن داخل الدولة الواحدة والحجر الصحي المنزلي- التي تتخذ للحد من تفشي من الأمراض المعدية والوباء، نهى الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث الأول عن القدوم على البلد الذي فيه الوباء ابتعاداً عن أسباب الهلاك والخروج من البلد الذي وقع فيه الوباء حذراً من أن ينتقل المرض إلي الآخرين، أما في الحديث الثاني أمر الرسول صلى الله عليه وسلم أن نأخذ الأسباب الواقية من انتقال المرض، وذلك بالبعد عن أصيب بمرض ثبت انتقاله منه إلى غيره.

مما سبق عن الإطار التشريعي للتدابير الوقائية لجائحة كوفيد-١٩ في السودان لسنة ٢٠٢٠م، خلص الباحثان إلى أنّ التشريعات السودانية كفلت حماية الصحة العامة وألزمت الدولة بأن تضطلع بتطويرها وتأهيل مؤسساتها ومجانبة الرعاية الصحية الأولية، وكما أنّ التدابير الوقائية لمكافحة جائحة كوفيد-١٩ (فيروس كورونا المستجد) التي اتخذتها السلطات العامة مستمد من نصوص التشريعات (الدستور، القانون) وجاءت متوافقة معها، وكما أنّها تتواءم مع مبادئ منظمة الصحة العالمية ولوائحها لحماية الصحة العامة والتصدي لمثل هذه الجائحة.

(٣٧) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ج٥، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي - الإمارات، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص١٣١٦.

(٣٨) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج٧، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ص١٢٦.

الخاتمة

من خلال دراستنا لمشكلة الدراسة والبحث في مرجعية حماية الصحة العامة من التشريعات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية والالتزامات الدولية للدول لها وبيان التدابير والإجراءات التي اتخذتها الحكومة السودانية للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ في إطار حماية الصحة، نجل موضوعات الخاتمة في نتائج وتوصيات الدراسة التالية:

أولاً- النتائج:

تتعدد أهم النتائج في الآتي:

١- اتضح أنّ حماية الصحة من أهم الحقوق الأساسية للإنسان وأنّ الدول ملزمة بكفالتها وحمايتها.

٢- الإجراءات الصحية الوقائية التي اتخذتها الدولة في إطار جائحة كوفيد-١٩ هي تطبيقاً مباشراً لأنشطة الصحة العامة التي تهدف تمكين الأشخاص من الحفاظ على صحتهم وسلامتهم.

٣- لم تنص بعض الدساتير السودانية المتعاقبة بصورة صريحة حماية الدولة الصحة العامة، أما الدساتير المعاصرة ومنها الوثيقة الدستورية لسنة ٢٠١٩م النافذ فقد نص بصورة صريحة على أن تتكفل الدولة بحماية الصحة العامة.

٤- اتضح أن التدابير الوقائية التي اتخذتها الحكومة السودانية للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ تمثلت في إغلاق المؤسسات ومنع التجمعات العامة وغيرها، وتؤثر ذلك على حقوق وحرّيات ومعاش الأفراد ولكنها تأتي في إطار حالات الطوارئ حفاظاً على أرواحهم.

٥- تبين أنّ طبيعة تدابير إجراءات التصدي لجائحة كوفيد-١٩ تتطلب مؤسسات صحية مجهزة من الناحية العملية.

٦- تبين أن مرجعية ومشروعية التدابير الوقائية التي اتخذتها الحكومة السودانية لسنة ٢٠٢٠م للتصدي لجائحة كوفيد-١٩ مستمدة من التشريعات السودانية المختلفة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

ثانياً- التوصيات:

يوصي الباحثان في الآتي:

- ١- أهمية اضطلاع الدولة بواجباتها تجاه الشعب حماية لحقوقه العامة والأساسية.
- ٢- ضرورة تضمين حماية الدولة الصحة العامة والتكفل برعايتها وتطويرها في نصوص التشريعات بصورة صريحة لترسيخ المرجعية التشريعية في ظل حالات الطوارئ.
- ٣- أهمية اتخاذ السلطات العامة التدابير اللازمة في ظل الطوارئ(الجائحة) والقيام بتقديم بعض الضروريات اليومية للأفراد تماشياً مع ضوابط وظروف إغلاق المؤسسات وتقييد الحركة.
- ٤- تهيئة الوحدات الصحية وتوفير المستلزمات الوقائية ومعدات السلامة للعاملين بالصحة حتى يتسنى لهم القيام بمهمتهم في حماية الصحة العامة بالصورة التي تتناسب مع تحديات إجراءات التدابير الوقائية.

المراجع

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- الكتب عامة:

- ١) تالا قطشاش، وآخرين، مبادئ في الصحة والسلامة العامة، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة والتاريخ دون.
- ٢) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ج٥، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي - الإمارات، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- ٣) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح-صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج٧، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.



- ٤) ميرغني النصري، مبادئ القانون الدستوري والتجربة الديمقراطية في السودان، الطبعة الأولى، الخرطوم، الدار السودانية للكتب، ١٩٩٨م.
- ٥) يس عمر يوسف، النظم السياسية والقانون الدستوري ونظام الحكم في الإسلام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

ثالثاً- التشريعات والوثائق الوطنية والدولية:

أ-التشريعات الوطنية:

- ١) الدستور السوداني المؤقت لسنة ١٩٥٦م الملغي.
- ٢) الدستور السوداني المؤقت لسنة ١٩٦٤م الملغي.
- ٣) الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية لسنة ١٩٧٣م الملغي.
- ٤) دستور جمهورية السودان الانتقالي لعام ١٩٨٥م الملغي.
- ٥) قانون الطوارئ وحماية السلامة العامة لسنة ١٩٩٧م (قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٨م) النافذ.
- ٦) دستور جمهورية السودان لعام ١٩٩٨م الملغي.
- ٧) دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م الملغي.
- ٨) الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لسنة ٢٠١٩م السوداني النافذ.

ب-الوثائق الدولية:

- ١) دستور منظمة الصحة العالمية لسنة ١٩٤٦م.
- ٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م.
- ٣) الإعلان الامريكي لحقوق وواجبات الانسان لعام ١٩٤٨م
- ٤) اتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩م.
- ٥) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦م.
- ٦) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩م.
- ٧) الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٧٩م
- ٨) اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩م.

- ٩) ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٠م
١٠) المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
للأمم المتحدة-الدورة الثانية والعشرون، جنيف، ٢٠٠٠م.
١١) الميثاق العربي لحقوق الانسان لعام ٢٠٠٤م.
١٢) اللوائح الصحية الدولية، الطبعة الثانية، جنيف، منظمة الصحة العالمية،
(٢٠٠٥م).

رابعاً- الكتب الإنجليزية ومواقع الإنترنت:

- موقع وزارة الصحة الاتحادية السودانية:

- 1) <https://www.fmoh-gov.sd>.
- 2) World Health Organization. (2006). Constitution of the World Health Organization – Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006.
- 3) Penn, Charles R (2011-07-01)."Future perfect? Improving preparedness through the experiences of the influenza A (H1N1) 2009 pandemic"(PDF). Bulletin of the World Health Organization. 89 (7): 470–470.Doi:10.2471/blt.11.091389. ISSN 0042-9686.
- 4) Coronavirus disease 2019 (COVID-19): situation report, 47". (WHO). March 2020. hdl:10665/331444 منظمة الصحة العالمية
- 5) "Community Mitigation Guidelines to Prevent Pandemic Influenza—United States, 2017". Recommendations and Reports.Centers for Disease Control and Prevention. 66 (1). 12 April 2017.
- 6) 31- Baird, Robert P. (11 March 2020). "What It Means to Contain and Mitigate the Coronavirus". The New Yorker. 28 March 2020.

الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) على الديون والعقود التجارية

الدكتور/ إبراهيم أحمد السيد البسطويسي*

الملخص:

تناول البحث بيان الآثار القانونية المترتبة على ظهور فيروس كورونا المستجد على الدين والعقود التجارية، وهل تتوفر في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) من شروط القوة القاهرة والتي تتمثل في أربعة شروط هي: ألا يكون للمدين دخل في حدوثه، وألا يكون متوقفاً، وألا يستطيع دفعه، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. وتوصلنا أنها متوفرة هنا، وللقاضي حينئذ أن يعدل طريقة أداء الدين التجاري سواء بتقييده أو تأجيله بما لا يضر الدائن ضرراً بليغاً، وله الحكم بفسخ العقد التجاري عند استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة، أو إعطاء المدين مهلة قضائية للوفاء (نظرة الميسرة) عند وجود استحالة مؤقتة.

ثم تناول البحث مدى توفر شروط الظروف الطارئة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) والتي تتمثل في ثلاثة شروط هي: أن يكون عاماً، وألا يكون متوقفاً، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصورة شديدة للمدين، وتوصلنا أنها متوفرة هنا، وللقاضي حينئذ أن يعدل طريقة أداء الدين التجاري سواء بتقييده أو تأجيله بما لا يضر الدائن ضرراً بليغاً، وله الحكم بتعديل العقد التجاري بإقامة التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين.

وأخيراً تناول البحث مدى توفر شروط الإفلاس على التاجر المتوقف عن دفع ديونه بسبب فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩)، وتوصلنا أنه يعد ظرفاً خارجاً عن إرادته، ويجوز للمدين التاجر حينئذ طلب إعادة الهيكلة أو الصلح الوافي من الإفلاس أو الإفلاس حسب توفر شروط أي منها.

وفي النهاية يوصي البحث بوجوب مواجهة أي ظرف استثنائي بإجراءات ومجهودات من الدولة ومن الأفراد حتى نستطيع تجاوز تلك الحالة بأقل الخسائر الممكنة، سواء من حيث التشريعات المؤقتة أو المساعدات للمدنيين من الدولة، أو تفاهم الدائنين مع المدنيين للتوصل إلى حل مناسب يروونه.

الكلمات المفتاحية: استحالة تنفيذ العقد - نظرة الميسرة - إقامة التوازن بين الالتزامات - فسخ العقد - الصلح الوافي من الإفلاس - إعادة الهيكلة - الإفلاس.

* المدرس بقسم القانون الخاص (تجاري) بكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر فرع طنطا - جمهورية مصر العربية ، الأستاذ المساعد بقسم القانون بكلية الشريعة والقانون - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية.



The Legal Effects of the new corona virus (Covid 19) On Debt and Commercial Contracts

Dr. Ibrahim Ahmed El-sayid El-Bastawisi*

Abstract:

The studying dealt with a statement of the legal effects of the emergence of the emerging corona virus on debt and commercial contracts, and whether the new corona virus (Covid 19) meets the conditions of force majeure, which are represented in four conditions: that the debtor does not have an income in its occurrence, that it is not expected, and that he cannot pay it and that it would make the implementation of the obligation impossible. We found that it is available here. At that time, the judge may amend the method of payment of the commercial debt, whether by installments or deferring it in a way that does not seriously harm the creditor, and he may rule for the termination of the commercial contract when implementation is impossible due to force majeure, or give the debtor a judicial period to fulfill it (look at ease) when there is a temporary impossibility.

Then take up the studying dealt with the availability of the conditions for emergency conditions in the emerging corona virus (Covid 19), which are represented in three conditions: that it be general, that it not be expected, and that it would make the implementation of the obligation extremely burdensome for the debtor, and we found that they are available here, The judge at that time may amend the method of payment of the commercial debt, whether by installments or deferring it in a way that does not seriously harm the creditor, and he may rule to amend the commercial contract by establishing an economic balance between the obligations of the two parties.

Finally, the studying dealt with the availability of bankruptcy conditions for the merchant who stopped paying his debts due to the new Corona virus (Covid 19), and we found that it is considered a circumstance beyond his control, and the debtor-merchant may then request restructuring or preventive composition from bankruptcy or bankruptcy according to the availability of the conditions of any of them.

In the end, the research recommends that any exceptional circumstance must be faced with measures and efforts from the state and individuals so that we can overcome that situation with the least possible losses, whether in terms of temporary legislation or aid to debtors from the state, or creditors' understanding with debtors to reach an appropriate solution they see fit.

Keywords: Impossibility of Implementing the Contract - Facilitating View - Establishing a Balance between Obligations - Termination of the Contract - Preventive Composition from Bankruptcy - Restructuring - Bankruptcy.

* Lecturer, Department of Private Law (Commercial), Faculty of Sharia and Law, Al-Azhar University, Tanta Branch, Egypt - Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Sharia and Law, Al-Jouf University, Kingdom of Saudi Arabia.



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الهادي الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد....

فإن التجارة دائماً ما تتعرض لتقلبات الحياة، بين ازدهار وانحسار، بين مغامر ومغارم، بين مكاسب وخسائر، لكن التاجر المحترف الذكي هو من يستطيع التعامل مع كل هذه الظروف بما يناسبها، بحيث يظل مشروعه قائماً، وتجارته مستمرة.

وما مر به العالم منذ أواخر عام ٢٠١٩م من تفشي وباء كورونا المستجد (كوفيد١٩) أثر على التجارة أثراً بالغاً، ووجه إليها ضربة قاسية، مما جعل جميع المهتمين بالاقتصاد والتجارة والقانون يتجهون نحو البحث حول إجراءات ووسائل ونصوص لحل هذه الأزمة وتجاوزها.

وقد ارتبك العالم كله بداية انتشار الوباء، وزاد ارتبাকে مع استمرار الوباء فترة طويلة، مما أدى إلى انتكاس التجارة والاقتصاد بصفة عامة، وأثر تأثيراً كبيراً على اقتصاد جميع الدول بلا استثناء.

وفي هذا البحث نحاول إيضاح التكيف القانوني لهذا الفيروس، وتأثيره على الديون والعقود التجارية، وكيفية الخروج من هذه الأزمة بأقل الخسائر الممكنة.

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في كونه يواجه ظرفاً استثنائياً غاية في الخطورة، حيث إنه لا يؤثر على أفراد بعينهم أو بلدان بعينها، بل تعدى تأثيره إلى كل دول العالم بلا استثناء، كما أنه يمس حياة الناس ومعاشهم بصورة واضحة، حيث يؤثر على نمط حياتهم، وعلى دخلهم، ومن الأهمية بمكان إسباغ الوصف القانوني الصحيح على مثل هذه الظروف، وإيجاد النصوص القانونية التي تنطبق عليها، ثم الأهم هو إيجاد الحلول القانونية السليمة للخروج من هذه الأزمة.

منهج البحث:

أعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال النظر في النصوص القانونية، وآراء الفقه، ومناقشتها، وبيان الراجح منها.

خطة البحث:

أتناول هذا البحث في ثلاثة مباحث وخاتمة، في المبحث الأول أتناول مدى توفر شروط القوة القاهرة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) وتأثيره على الديون والعقود التجارية، وفي المبحث الثاني أتناول مدى توفر شروط الظروف الطارئة على فيروس كورونا وتأثيره على الديون والعقود التجارية، وفي المبحث الثالث أتناول مدى توفر شروط الإفلاس على التاجر المتوقف عن دفع ديونه بسبب فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) وتأثيره على الديون التجارية، وفي الخاتمة أتناول أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مدى توفر شروط القوة القاهرة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩)

وتأثيره على الديون والعقود التجارية

لم يرد في القانون المدني تعريف للقوة القاهرة؛ تاركاً ذلك لاجتهادات الفقه كغالب أمره، ولكنه ذكرها في بعض نصوصه، منها ما ورد في نص المادة (١٦٥) من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"، وما ورد في المادة (٢١٥) من القانون ذاته، والتي تنص على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه"، وقد عرف قانون الالتزامات والعقود المغربي في المادة (٢٦٩) القوة القاهرة بأنها: "كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً"، ونصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه

كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

ومن خلال هذه النصوص يمكننا تعريف القوة القاهرة بأنها: حادث لا يد للمدين فيه ولا يمكن توقعه ولا دفعه، من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا.

وقريب منه ما ذكره بعض الفقه بأن: "القوة القاهرة حدث لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه"^(١).

وهذا أيضاً ما أكده القضاء، حيث جاء في قضاء محكمة النقض أن: "اعتبار الفعل سبباً أجنبياً شرطه أن يكون خارجاً عن الشيء لا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه أو دفعه أو درء نتائجه"^(٢).

وعليه، فلا بد من توفر شروط معينة في الحادث حتى يوصف بأنه "قوة قاهرة"، وهذه الشرط هي: ألا يكون للمدين دخل في حدوثه، وألا يكون متوقعا، وألا يستطيع دفعه، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا.

فهل تتوفر هذه الشروط في فيروس كورونا ومن ثم يعد من القوة القاهرة أم لا؟ فإذا اعتبرناه قوة قاهرة فما تأثيره على الديون والعقود التجارية؟ هذا ما نتناوله بالتفصيل من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مدى توفر شروط القوة القاهرة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩).

المطلب الثاني: تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) باعتباره قوة قاهرة على الديون والعقود التجارية.

(١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات محمد الدايه، الطبعة الأولى، ١٩٣٤م، ص ٩٦٣؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١٩٨٧م، ص ٥٣٦.

(٢) انظر: الطعن رقم ٨١٠٠ لسنة ٨١ قضائية، الصادر بجلسة ٢٥/٣/٢٠١٩م، الدوائر المدنية. وكذلك: الطعن رقم ١١٣٩٥ لسنة ٧٩ قضائية، الصادر بجلسة ٨/٢/٢٠١٨م. منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

المطلب الأول

مدى توفر شروط القوة القاهرة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩)

قلنا إن شروط الحادث لاعتباره قوة القاهرة أربعة: ألا يكون للمدين دخل في حدوثه، وألا يكون متوقفاً، وألا يستطيع دفعه، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. ويمكننا تناول هذه الشروط وتطبيقها على فيروس كورونا فيما يأتي:

الشرط الأول- ألا يكون للمدين دخل في حدوثه:

وقد عبر البعض عن هذا الشرط بأنه "الخارجية"^(٣)، وقد يؤدي استعمال هذا المصطلح إلى وجود لبس عند البعض، فقد يفهم أن معناه "أن يكون الحدث خارجاً عن شخص المدين أي جسده، بالقياس على ما ورد في قانون التأمينات الاجتماعية من اشتراط أن يكون الحادث الذي يصيب العامل خارجياً، أي ليس نابعاً من جسده، حتى تعد إصابته إصابة عمل، حيث عرف الفقه القانوني الحادث في نطاق التأمينات الاجتماعية بأنه: "الضرر الذي يلحق الجسم نتيجة تأثير خارجي مفاجئ"^(٤)، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "استحقاق المعاش أو التعويض عن العجز الجزئي نتيجة حادث العمل شرطه الإصابة، أثناء العمل، بغتة، وبفعل قوة خارجية، أو

(٣) على سبيل المثال: د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد ٧٤، عدد ٣٩٣ و ٣٩٤، يوليو/ أكتوبر ١٩٨٣م، ص ١٩٠ وما بعدها.

(٤) د. محمد السعيد رشدي، التزام صاحب العمل بتعويض العامل عن إصابات العمل وأمراض المهنة، مجلة المحامي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشر، يناير ١٩٩٥م، ص ١٥٥.

بسببه، بأحد الأمراض المبينة بالجدول^(٥)، فاشتراط في الحادث أن يقع بقوة خارجية عن جسم الإنسان، وليس بسبب داخلي فيه كمرضه واعتلال صحته^(٦).
ولذلك ذكر هؤلاء ما يفهم منه وجود هذا اللبس عندهم، فقالوا: "ولا مناص من ضرورة وضع معيار لشرط الخارجية؛ وذلك لأنه توجد حالات يكفي لقيام القوة القاهرة فيها توفر عنصري عدم التوقع واستحالة الدفع دون وجود شرط الخارجية، مثال ذلك عندما يكون المدين مصاباً بمرض عضال يمنعه من تنفيذ التزامه، إذ ليس من العدل أن تقوم مسؤولية تجاه الدائن بحجة أن المرض ليس عنصراً خارجياً عن المدين".^(٧)
وهذا الفهم غير دقيق؛ فالمعنى هنا مختلف تماماً عنه في نطاق التأمينات الاجتماعية، فمعناه هنا أنه خارج عن نشاط المدين أو إرادته، لا أنه خارج عن شخصه (جسده)، فقد يكون السبب مرتبطاً بشخص المدين ومع ذلك يعد قوة القاهرة (يتوفر باقي شروطها)؛ لأنه خارج عن إرادته، كمرض ونحوه، فيشترط في الحادث لاعتباره قوة القاهرة ألا يكون صادراً عن المدين، أو بخطئه، أو بخطأ تابعيه، فينعدم توفر القوة القاهرة إذا نشأ الحادث بفعل المدين، فلو تعمد المدين عدم تنفيذ الالتزام كان مسؤولاً بلا شك؛ لأنه المخاطب بالأداء.

كما ينعدم توفر القوة القاهرة إذا نشأ الحادث بسبب خطأ المدين، كما لو قامت السلطة الإدارية بإغلاق مصنع بسبب عدم احترام صاحبه للقانون، وقد ورد في قانون الالتزامات والعقود المغربي في المادة (٢٦٩) بأنه: "لا يعد من قبيل القوة القاهرة

(٥) الطعن رقم ٨٥٨٦ لسنة ٨٠ قضائية، الصادر بجلسة ٢٠١٦/٢/١٤م، الدوائر العمالية.

وانظر كذلك: الطعن رقم ١٣٧١٠ لسنة ٧٥ قضائية، الصادر بجلسة ٢٠١٦/١٠/١٢م، الدوائر العمالية، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

(٦) د. ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمين الاجتماعي المصري وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م، ص ١٤٨.

(٧) عبد الهادي فهد على الجفين، أثر القوة القاهرة على العقد، في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الإرادة في تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)، بحث ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت، منشورات دار المنظومة، ١٩٩٩م، ص ١١.

السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين"، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "إنه ولئن كان استخلاص خطأ المدين الذي ينتفى معه قيام القوة القاهرة مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، إلا أن تكييف الفعل بأنه خطأ ولا ينقضي به الالتزام أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، والتي تمتد إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة استخلاص الخطأ منها والظروف التي كان لها أثر في تقديره"^(٨).

وأخيراً ينعدم توفر القوة القاهرة إذا نشأ الحادث بسبب خطأ تابعي المدين، كما لو كان الحادث بفعل سائق شركة النقل والذي ترتب عليه وقوع ضرر بالمسافر أو البضاعة، فإن شركة النقل تكون مسؤولة عن التعويض ولا يمكن التذرع بالقوة القاهرة بحجة حدوث الخطأ بسبب خارجي عنها^(٩)، وبتطبيق الشرط على فيروس كورونا، نجد أنه ينطبق تماماً عليه؛ فمعلوم أنه خارجي عن المدين، بمعنى أنه ليس من فعله ولا بخطأ منه ولا من تابعيه. فهو جائحة عالمية لا تخفى على أحد.

الشرط الثاني - ألا يكون الحادث متوقعاً:

فيشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه، فإذا كان من الممكن توقعه فلا يعد قوة القاهرة، والمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، بحيث لا ينظر فيه إلى شخص المدين، بل إلى أشد الناس يقظة وحرصاً وتبصراً، كما أكدته محكمة النقض بقولها: "إذا كان نص المادة (١٦٥) من التقنين المدني يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، إلا أنه يحتاج إلى تحديد، فيشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فيجب أن يكون الحادث غير مُستطاع التوقع لا من

(٨) الطعن رقم ٥٠٥١ لسنة ٦٤ قضائية، الصادر بجلسة ٢٧/١/٢٠٠٨م؛ وكذلك الطعن رقم ١٤٧

لسنة ٨٤ قضائية، الصادر بجلسة ٢٨/١١/٢٠١٦م.

(٩) عبد الهادي فهد على الجفين، أثر القوة القاهرة على العقد، في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الإرادة في تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٠.

جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، والمعيار هنا موضوعي لا ذاتي...^(١٠).

وهذا المعيار - معيار الشخص الحريص - هو الراجح فقهاً^(١١)، والمعمول به قضاءً^(١٢)، فلا ينظر إلى شخص المدين ولا إلى الشخص العادي في إمكان التوقع، مع أن البعض قد خالف ذلك بإقرار معيار الشخص العادي^(١٣)؛ وصولاً إلى توفر شروط القوة القاهرة في الحادث إذا كان متوقعاً من المدين.

لكن الحق - من وجهة نظري - هو ما جرى به القضاء وما عليه الرأي الراجح في الفقه بإقرار معيار الشخص الحريص؛ فالقوة القاهرة استثناء، ولا يجب التوسع فيه، بل يجب التضييق منه قدر المستطاع؛ حتى لا يكون ذريعة لعدم تنفيذ الالتزام، خاصة في مجال بحثنا وهو العقود والديون التجارية.

وبتطبيق ذلك على فيروس كورونا نجد أنه ينطبق تماماً عليه؛ فلم يكن هذا الفيروس متوقعاً من الخبراء، حتى من منظمة الصحة العالمية، وإلى كتابة هذا البحث لم يتم

(١٠) الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ قضائية، الصادر بجلسة ١٠/٤/٢٠١٢م، مكتب فنى (سنة ٦٣ - قاعدة ٨٨ - صفحة ٥٨٩)، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

(١١) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية/القاهرة، ١٩٦٦م، ص ٣٥٤ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الناشر/ منشأة المعارف/ الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م، ص ٣٠٦.

(١٢) انظر: الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ قضائية السابق ذكره.

(١٣) انظر على سبيل المثال: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤م، ص ٣٠٧؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٣٨؛ خالد علي سليمان بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مجلد ١، عدد ٢، ٢٠٠٦م، ص ١٧٢.

التوصل إلى علاجه، وكل التطعيمات حتى الآن عبارة عن لقاحات للوقاية وليست أدوية للعلاج.

الشرط الثالث- ألا يستطيع المدين دفعه:

فيشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة ألا يكون في استطاعة المدين توقي آثاره أو التغلب عليها بعد وقوعها، فإذا أمكنه الدفع ولو ببذل جهد كبير لم يكن قوة قاهرة. وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها: "إذ كان نص المادة (١٦٥) من التقنين المدني يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، إلا أنه يحتاج إلى تحديد، فيشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ...، ويعني شرط استحالة دفع الحادث أنه إذا أمكن دفعه حتى لو استحاله توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً...." (١٤).

وبتطبيق ذلك على فيروس كورونا نجد أنه ينطبق أيضاً عليه؛ فكما شاهدنا أنه لم يكن في استطاعة أحد توقيه أو إمكان دفعه، وهذا ما أكده الواقع.

الشرط الرابع- أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا:

فيشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، والاستحالة هنا مطلقة، بمعنى ألا يكون في استطاعة أي أحد تنفيذ الالتزام، فهو معيار موضوعي وليس شخصياً.

وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها: "... ويجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالاً مطلقاً، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين" (١٥).

(١٤) الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ قضائية، الصادر بجلسة ١٠/٤/٢٠١٢م، مكتب فنى (سنة ٦٣ - قاعدة ٨٨ - صفحة ٥٨٩)، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

(١٥) الطعن السابق.

وقد ذكر البعض أنه يمكن الاستناد إلى اعتبارات شخصية هنا استثناءً، وذلك في حالة تعلق الأمر "بتعهد يجب أن يقوم به المدين بنفسه" فهنا "تكفي الاستحالة الشخصية لإعفاء المدين من مسؤولية"، ويفسر هذا البعض ما ذهب إليه تفسيراً يعيدنا إلى القاعدة الأساسية التي ذهب إليها الفقه ومحكمة النقض السابق ذكرها وهي "المعيار الموضوعي"، فقال: "فالتقدير يجب ألا يكون بحسب مقدرة المدين الشخصية، بل بحسب مقدرة غيره من المدينين إذا وجد في ظروف خارجية مماثلة لظروف المدين ومعنى ذلك أن السبب الشخصي أو السبب المتعلق بالشخص يمكن الاستناد إليه لإعفاء المدين من المسؤولية، ومن هذا المنطلق وحده تسمى الاستحالة شخصية، ولكن التقدير يجب أن يتم بعد ذلك على أساس موضوعي، إن جاز القول، أي على حسب مقدرة غير المدين إذا وضع في نفس ظرف المدين"^(١٦).

وهذا الكلام - من وجهة نظرنا - غير دقيق؛ حيث ينظر إلى المعيار الشخصي من حيث الظروف المحيطة بشخص المدين، وهي بلا شك لا تعد معياراً شخصياً، بل موضوعياً، فهي لا تمثل سلوكاً شخصياً للمدين، ولا خُلُقاً خاصاً به، ولا انفعالات صادرة عنه، لكنها ظروف خارجية محيطة به، فهي معيار موضوعي كما ذكرنا. وبتطبيق ذلك على فيروس كورونا نجد أنه ينطبق أيضاً عليه؛ حيث استحالة تنفيذ الالتزامات، فالحظر كان مفروضاً في معظم البلاد، ووسائل الانتقال متوقفة، فكيف يتم التنفيذ؟؟!!

المطلب الثاني

تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) باعتباره قوة قاهرة

على الديون والعقود التجارية

علمنا أن فيروس كورونا المستجد يعد قوة قاهرة؛ حيث تتوفر فيه شروط اعتباره كذلك، ولذا فإنه يؤثر حتماً على الديون والعقود التجارية إما بالفسخ أو التأجيل أو

^(١٦) انظر تفصيلاً: د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما بعدها.

إنقاص الالتزامات أو غير ذلك حسب استحالة التنفيذ كلياً أو جزئياً. وهذا ما نتناوله فيما يلي:

أولاً- تأثير فيروس كورونا باعتباره قوة قاهرة على الديون التجارية:

يكون الدين تجارياً إذا كان المدين تاجراً وكان الجين متعلقاً بأعمال تجارته، وهذا ما أكدته المادة (٥٠) من القانون التجاري المصري الجديد بقولها: "تعد تجارية القروض التي يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله التجارية"، وتعد كل ديون التاجر تجارية ما لم يثبت العكس، ومعلوم أن أهم سمات المعاملات التجارية هو (السرعة)، حيث يعقد التاجر صفقاته في زمن يسير على خلاف الحال في المعاملات المدنية، بل إنه - في ظل وسائل الاتصال الحديثة - يستطيع إبرام عدة صفقات في وقت واحد.

كما أنها تتسم بتشابك العلاقات وتداخلها، فالتاجر مدين ودائن في الوقت نفسه لغيره من التجار، وهذا يجعله أشد حرصاً على استيفاء حقوقه حتى يفى ديونه، وهكذا غير من التجار.

فإذا اعتبرنا فيروس كورونا قوة قاهرة، فلا يعني ذلك انقضاء الدين؛ فالقوة القاهرة لا تؤدي إلى ذلك، بل تعطي للقاضي سلطة تعديل تنفيذ العقد بما يخفف من آثار الجائحة.

• سلطة القاضي في تعديل طريقة أداء الدين التجاري:

تتخصر سلطة القاضي هنا في تعديل طريقة أو كيفية أداء الدين التجاري، سواء بتقسيمه أو تأجيله بما لا يضر الدائن ضرراً بليغاً، مع الوضع في الحسبان أن الدائن تاجر وتأخير استيفاء ديونه يلحق به ضرراً بيناً، لذلك ينبغي للقاضي حين الحكم بالتقسيم أو التأجيل المقارنة بين ضرر المدين بسبب الجائحة وضرر الدائن بسبب التأجيل أو التقسيط، ويراعي التوازن ما أمكن، وهذا ما أكدته المادة (٥٩) من القانون التجاري المصري الجديد بقولها: "لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن".

ثانياً- تأثير فيروس كورونا باعتباره قوة قاهرة على العقود التجارية:

تعد العقود تجارية إذا كان محلها عملاً تجارياً، أو كان القائم بها تاجراً ويهدف تسهيل نشاطه التجاري، وتنتم العقود التجارية بسمات خاصة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى (كالعقود المدنية والإدارية مثلاً)، خاصة من ناحية القواعد الخاصة بالتنفيذ (وهو ما يهمنا هنا)؛ فنظراً لسرعة انعقادها وحفاظاً على ائتمان التاجر، فإنه في الظروف العادية، لا يستطيع القاضي أن يقوم بمنح المدين فيها مهلة قضائية، وتخضع الدعاوى الناشئة عنها للتقدم القصير، ويتعرض التاجر لشهر الإفلاس إذا لم يتم بالوفاء^(١٧).

أما في الظروف غير العادية (كما في القوة القاهرة، ومنها فيروس كورونا) فإن الأمر يختلف من حيث سلطة القاضي في التدخل في تنفيذ هذه العقود، لكنها تبقى أيضاً متفردة، بحيث يكون تدخله محدوداً؛ مراعاة لأوضاع الدائنين التجاري، وللتجارة بصفة عامة.

• سلطة القاضي في تعديل تنفيذ العقود التجارية:

تتحصّر - من وجهة نظرنا - سلطة القاضي هنا في الحكم بفسخ العقد التجاري عند استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة، أو إعطاء المدين مهلة قضائية للوفاء (نظرة الميسرة) عند وجود استحالة مؤقتة، والحكم بالفسخ معناه حل العقد وإزالة قوته الملزمة، بحيث تنتهي الرابطة العقدية، وتزول الالتزامات المتقابلة بين طرفيه، وذلك لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته^(١٨)، وهنا لن يضار الدائن؛ حيث يعود المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كما هو معلوم من أثر للفسخ على العقود بصفة عامة.

(١٧) انظر تفصيلاً: د. عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك "طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية"، مكتبة العالم العربي، ٢٠١٤م، ص ١٢ وما بعدها.

(١٨) انظر: حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، بدون دار نشر، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر، ص ٤٠٤؛ د/ عثمان بن طاهر طالبي، الوجيز في مصادر الالتزام "بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الإجازة/ السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، ص ١٩٠.

أما إعطاء القاضي للمدين مهلة قضائية للوفاء لوجود القوة القاهرة، وهي ظرف استثنائي، فمشروط بعدم الإضرار بالدائن ضرراً بليغاً، بحيث يوازن القاضي بين ما يلحق المدين من أضرار لو لم يجبه إلى طلبه بالتأجيل، وبين ما يلحق الدائن من أضرار لو أجاب المدين إلى طلبه، ويفعل أخف الضررين، وهذا ما أكدته المادة (٥٩) من القانون التجاري المصري الجديد بقولها: "لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن".

المبحث الثاني

مدى توفر شروط الظروف الطارئة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩)

وتأثيره على الديون والعقود التجارية

عرف الفقه القانوني الظروف الطارئة بأنها: "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين للالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً ويتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار"^(١٩).

وقريب منه ما ذكره البعض بأنها: "حوادث استثنائية عامة، خارجة عن إرادة المدين، لا يمكن توقعها وقت إنشاء العقد وتطراً عند تنفيذه فتجعله مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، تهدده بخسارة فادحة"^(٢٠).

(١٩) انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي/بيروت، ٢٠٠٠م، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، ج ١، ص ٧٠٥.

(٢٠) انظر: خالد علي سليمان بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مجلد ١، عدد ٢، ٢٠٠٦م، منشورات درا المنظومة، ص ١٧٣.

أو أنها: "حدوث واقعة ذات صفة عامة، وغير متوقعة، تخل بالتوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتولدة عن العقد، فيصبح تنفيذها، بالنسبة إلى أحد طرفي العقد، عبئاً مرهقاً له، يهدده بخسارة كبيرة، مما يجيز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"^(٢١).

وهذه التعريفات وغيرها مأخوذة من نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"^(٢٢).

(٢١) انظر: محمد مهدي الجم، نظرية الظروف الطارئة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عدد ١٥، ١٩٩١م، منشورات دار المنظومة. ص ٩.

(٢٢) وهذا ما نصت عليه التشريعات المدنية العربية:

- فقد نصت المادة (١٤٧) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ على ما يلي: "ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (٢/١٧١) من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ على ما يلي: "ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (١١٧) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ على ما يلي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد

الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على ما يلي: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ما يلي: "على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (١٩٨) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ على ما يلي "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مده أو يزيد في مقابله. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥ على ما يلي "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ونصت المادة (٢١١) من القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ على ما يلي "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، كالحروب والكوارث، لم تكن متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها، جاز للقاضي تبعاً للظروف من فقر أو غنى وغير ذلك، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول".

وعليه، فلا بد من توفر شروط معينة في الحادث حتى يوصف بأنه "ظرف طارئ" وهذه الشرط هي: أن يكون عاماً، وألا يكون متوقّعا، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصورة شديدة للمدين، وأضاف معظم الفقه شرطاً آخر وهو: "أن يكون استثنائياً"، بمعنى أنه يندر وقوعه، بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف في حياة المجتمع، فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حساباته^(٢٣)، وذكره أيضاً القانون المدني المصري في المادة (٢/١٤٧) السابق ذكرها، حيث قالت: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة...."، بينما رأى البعض^(٢٤) - بحق - أن اشتراط كونه غير متوقع يغني عنه. فهل تتوفر هذه الشروط في فيروس كورونا ومن ثم يعد من الظروف الطارئة أم لا؟ فإذا اعتبرناه ظرفاً طارئاً فما تأثيره على الديون والعقود التجارية؟ هذا ما نتناوله بالتفصيل من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مدى توفر شروط الظروف الطارئة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩).

المطلب الثاني: تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) باعتباره ظرفاً طارئاً على الديون والعقود التجارية.

المطلب الأول

مدى توفر شروط الظروف الطارئة في فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩)

قلنا إن شروط الحادث لاعتباره ظرفاً طارئاً ثلاثة: أن يكون عاماً، وألا يكون متوقّعا، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصورة شديدة للمدين، ويمكننا تناول هذه الشروط وتطبيقها على فيروس كورونا فيما يلي:

(٢٣) انظر: د. عبد الحكيم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ٤٨.
(٢٤) على سبيل المثال: د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص ٣١٦.

الشرط الأول- أن يكون الحادث عاماً:

ويقصد بالعموم أنه لا يتعلق بالمدين وحده، بل به وبغيره من الناس، سواء شمل بلداً كاملاً أو طائفة أو فئة أو منطقة^(٢٥)، كالفيضان والحرب والوباء... الخ.

فالحادث الشخصي لا يعد ظرفاً طارئاً يؤثر على التزامات المدين؛ حتى لا يكون ذريعة لادعاءات لا تتحصر، وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها: "... ويكون الحادث الطارئ عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس..."^(٢٦)، مع أن البعض اعد الحوادث الشخصية من الظروف الطارئة فلم يشترط فيها العموم؛ جاعلاً الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو إقالة عثرة المتعاقد المنكوب، وهذا - من وجهة نظري - غير صحيح؛ فلا يجب النظر إلى ظروف المتعاقد الشخصية لإعمال نظرية الظروف الطارئة، فليس الهدف منها هو إقالة عثرة المتعاقد، بل الهدف هو إقامة توازن اقتصادي ومواجهة ظرف عام يؤثر على الاقتصاد كله، وإلا لفتح الباب - كما قلت - لادعاء وتحايل لا ينحصر.

ويتطبيق هذا الشرط على فيروس كورونا، نجد أنه ينطبق تماماً عليه؛ فمعلوم أنه لا يخص فرداً بعينه، بل لا يخفى على أحد أنه أصاب العالم كله، ولم يقتصر على بلد بعينه.

الشرط الثاني- ألا يكون الحادث متوقعاً:

وعبر البعض عن هذا الشرط بـ "ألا يكون متوقعاً ولا يمكن دفعه"، لكن يمكن الاختصار فقط على ما ذكرناه من عدم إمكان التوقع فقط؛ فعدم إمكان الدفع من مستلزمات عدم إمكان التوقع، بحيث إن الحادث الذي جهز المدين وسائل دفعه، حتماً يكون قد توقعه، وحتى لو لم يجهز وسائل دفعه، لكنه يستطيع تفاديه، بحيث لا يؤثر على التزامه، ولا يجعل تنفيذه مرهقاً له، فيكون قد افترقت الشرط الثالث من شروط

(٢٥) د. أحمد الصويعي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة، أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مجلد ٣، عدد ٢، ٢٠٠٧م، منشورات دار المنظومة، ص ١٤.

(٢٦) انظر: نقض ١٩٧٥/٣/٤ س ٢٦٦ ص ٥١٥؛ نقض ١٩٧٠/٥/٥ س ٢١، ص ٧٨٨.

الظروف الطارئة (وهو أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصورة شديدة للمدين) الآتي شرحه.

ومعنى هذا الشرط، هو ألا يكون عند المدين علم أو ظن راجح أو احتمال بأن واقعة ما ستحدث عند تنفيذ العقد، وذلك بمعيار موضوعي بالنظر إلى الشخص العادي في مثل ظروف التعاقد، وهذا ما قضت به محكمة النقض في حكمها الصادر في ١١ نوفمبر ١٩٦٩م، حيث أكدت أن شرط تطبيق المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع الحصول وقت التعاقد بحيث لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عن توقع المدين فعلاً حصول الحادث أو عدم حصوله^(٢٧).

وبتطبيق هذا الشرط على فيروس كورونا، نجد أنه ينطبق تماماً عليه؛ فمعلوم أنه لم يكن متوقعاً، ويعد من الجوائح أو النوازل التي نزلت على جميع البلاد.

الشرط الثالث- أن يكون من شأن الحادث أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصورة شديدة للمدين:

وهذا ما يميز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، فإذا كانت القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، فالظرف الطارئ يجعل تنفيذه مرهقاً إرهاباً شديداً للمدين لا مستحيلاً، كما أن هذا الشرط هو محور تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فمهما تحققت كل الشروط السابقة وافتقد هذا الشرط، بحيث كان تنفيذ الالتزام لا يسبب إرهاباً شديداً للمدين، فلا تطبق النظرية.

ومعيار الإرهاق الشديد هو أن يترتب على التنفيذ خسارة فادحة للمدين، بالنظر إلى الظروف الموضوعية للتنفيذ، لا بالنظر إلى الظروف الشخصية للمدين، وتقدير فداحة الخسارة من عدمه أمر متروك لتقدير المحكمة حسب العرف وتقدير الخبراء التجاريين،

(٢٧) طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٥ قضائية، الصادر بجلسة ١١/١١/١٩٦٩م، مكتب فني، سنة ٢٠ - قاعدة ١٨٤، ص ١١٩٣.

ويتطبيق هذا الشرط على فيروس كورونا، نجد أنه ينطبق تماماً عليه؛ طالما أنه يخضع لتقدير القاضي.

المطلب الثاني

تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19) باعتباره ظرفاً طارئاً

على الديون والعقود التجارية

علمنا أن فيروس كورونا المستجد يعد ظرفاً طارئاً؛ حيث تتوفر فيه شروط اعتباره كذلك، ولذا فإنه يؤثر حتماً على الديون والعقود التجارية إما بالتأجيل أو التقييد أو إنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل. وهذا ما نتناوله فيما يلي:
أولاً- تأثير فيروس كورونا باعتباره ظرفاً طارئاً على الديون التجارية:

قلنا قبل ذلك أن الدين يكون تجارياً إذا كان المدين تاجراً، وتعد كل ديون التاجر تجارية ما لم يثبت العكس، وأن أهم سمات المعاملات التجارية هو (السرعة)، حيث يعقد التاجر صفقاته في زمن يسير على خلاف الحال في المعاملات المدنية، وأنها تتسم بتشابك العلاقات وتداخلها، فالتاجر مدين ودائن في نفس الوقت لغيره من التجار، وهذا يجعله أشد حرصاً على استيفاء حقوقه حتى يفي ديونه، وهكذا غيره من التجار. فإذا أعدنا فيروس كورونا ظرفاً طارئاً فلا يعني ذلك انقضاء الدين، فالظروف الطارئة لا تؤدي إلى ذلك، بل تعطي للقاضي سلطة تعديل تنفيذ العقد بما يخفف من آثارها.

• سلطة القاضي في تعديل كيفية أداء الدين التجاري:

تتحصّر سلطة القاضي هنا في تعديل طريقة أداء الدين التجاري، سواء بتقييده أو تأجيله بما لا يضر الدائن ضرراً بليغاً، مع الوضع في الحسبان أن الدائن تاجر وتأخير استيفاء ديونه يلحق به ضرراً بيناً، لذلك ينبغي للقاضي حين الحكم بالتقييد أو التأجيل المقارنة بين ضرر المدين بسبب الجائحة وضرر الدائن بسبب التأجيل أو التقييد، ويراعي التوازن ما أمكن.

ثانياً - تأثير فيروس كورونا باعتباره ظرفاً طارئاً على العقود التجارية:

تعد العقود تجارية إذا كان محلها عملاً تجارياً، أو كان القائم بها تاجراً بهدف تسهيل نشاطه التجاري. وتتسم العقود التجارية بسمات خاصة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى (كالعقود المدنية والإدارية مثلاً)، خاصة من ناحية القواعد الخاصة بالتنفيذ (وهو ما يهمننا هنا)، فنظراً لسرعة انعقادها وحفاظاً على انئتمان التاجر، فإنه في الظروف العادية، لا يستطيع القاضي أن يقوم بمنح المدين فيها مهلة قضائية، وتخضع الدعاوى الناشئة عنها للتقدم القصير، ويتعرض التاجر لشهر الإفلاس إذا لم يقم بالوفاء^(٢٨).

أما في الظروف غير العادية (كما في الظروف الطارئة، ومنها فيروس كورونا) فإن الأمر يختلف من حيث سلطة القاضي في التدخل في تنفيذ هذه العقود، لكنها تبقى أيضاً متفردة، بحيث يكون تدخله محدوداً؛ مراعاة لأوضاع الدائنين التاجر والتجارة بصفة عامة.

• سلطة القاضي في تعديل العقود التجارية:

حددت المادة (١٤٧) من القانون المدني سلطة القاضي في تعديل العقد بقولها: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، وعلى ذلك، فللقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد بسبب فيروس كورونا، لكنها محددة بالغرض منها؛ لأنها استثناء على الأصل وهو أن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى مبدأ سلطان الإرادة، بحيث يكون مناطها خاص بالجانب الاقتصادي (المادي) في العقد فقط، فلا يتناول غير ذلك. ويجب - كما قلنا - التأكيد على خصوصية العقود التجارية، بحيث يكون تدخل القاضي للتعديل في أضيق الحدود، ويستطيع القاضي إقامة التوازن بين

(٢٨) انظر تفصيلاً: د. عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك "طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية"، مرجع سابق، ص ١٢ وما بعدها.

مصلحة الطرفين في العقد بأحد الأمور التالية (فالنص على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يتناولها):

١- إنقاص الالتزام المرهق:

وهذا إما يكون بإنقاصه كماً: كما لو تعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى بالتسعييرة الرسمية، ثم يحدث ظرف طارئ، كحرب، منعت من استيراد السكر، أو إغلاق بعض مصانع السكر، فيترتب عليه أن تقل كميات السكر المتداولة في السوق بدرجة كبيرة ويصبح التزام التاجر بتوريد جميع الكميات المتفق عليها لمصنع الحلوى مرهقاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده، أو بإنقاصه كيفاً: كما لو تعهد تاجر بتوريد كميات معينة من سلعة ما ومن صنف متفق عليه، إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح فيما بعد مرهقاً للمدين؛ وذلك نتيجة ظروف طارئة أدت إلى ارتفاع سعره ارتفاعاً باهظاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يسمح للمدين بأن يفي بنفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة ولكن من صنف أقل جودة لا يكون في الحصول عليه أو توريده إرهاباً شديداً للمدين^(٢٩).

٢- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق:

فيقوم القاضي بإقامة التوازن النسبي بين الالتزامات عن طريق زيادة التزام الدائن، كما لو التزم تاجر بتوريد كمية معينة من سلعة ما بثمن معين، ثم ارتفع الثمن بعد ذلك نتيجة ظرف طارئ، بحيث تلحق التاجر خسارة فادحة، فيجوز للقاضي إلزام المشتري بدفع ثمن أعلى من المتفق عليه في حدود توزيع الخسارة بين الطرفين، وذلك - من وجهة نظري- بترك الزيادة المعتادة دون مساس بها، واقتصار التوزيع على الزيادة غير المعتادة، وليس كما مثل البعض بأن يقوم بتوزيع الزيادة جميعها، مع إعطاء المشتري الحق في فسخ العقد.

(٢٩) انظر بالتفصيل: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٥٣٠.

فقد ذكر البعض مثلاً لذلك بما يلي: "أن يتعهد زيد بتوريد سلعة كميتها عشرة أطنان لعمرو، سعر الكيلو الواحد منها خمسة جنيهاً ثم ارتفعت الأسعار نتيجة لظروف طارئة، بحيث أصبح سعر الكيلو عشرة جنيهاً، ففي هذه الحالة تبقى الزيادة المألوفة على المدين ولا يعتد بها، أما الزيادة غير المألوفة فيقوم القاضي بتوزيعها بين المتعاقدين"، حتى هنا والكلام سليم ويتمشى مع المنطق لكنه أردف ذلك قائلاً: "بمعنى أن القاضي يقوم بتوزيع الزيادة وهي خمسة جنيهاً بين زيد وعمرو، فيصبح سعر الكيلو سبعة ونصف بدلاً من خمسة"^(٣٠)، وهنا نجد أن التفسير يخالف القاعدة المذكورة، فالمعنى الحقيقي - من وجهة نظري - أن القاضي يترك الزيادة المعتادة وهي غالباً ما تكون في حسابات المتعاقدين عند التعاقد، ويوزع الزيادة غير المعتادة فقط، بحيث لو كانت الزيادة المعتادة تساوي جنيهاً مثلاً، كان سعر الكيلو ستة جنيهاً معتاداً لا يمس، ويقتصر التوزيع على الأربعة جنيهاً فيصير سعر الكيلو في ظل هذه الظروف الطارئة ثمانية جنيهاً.

٣- وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظرف الطارئ:

فيقوم القاضي بوقف تنفيذ العقد إذا ظهر له أن الظروف الطارئة مؤقتة، وأنها غالباً ستنتهي في مدة معقولة، فلا يمس التزامات العقد بل تبقى كما هي.

(٣٠) ذكره د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثالث، آثار العقد وانحلاله، وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص ٣٠٠. مشار إليه في: هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية "دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر/غزة، ٢٠١٢م، منشورات دار المنظومة، ص ٦٤.

المبحث الثالث

مدى توفر شروط الإفلاس على التاجر المتوقف عن دفع ديونه

بسبب فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) وتأثيره على الديون التجارية

يعرف الإفلاس بأنه: نظام قانوني خاص بالتنفيذ على المدين التاجر، الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية نتيجة اضطراب مركزه المالي، فتصفى أمواله تصفية جماعية^(٣١).

فمن الواضح أن الإفلاس لا يرتبط بتنفيذ العقد التجاري، إلا إذا ترتب عليه دين تجاري، لذا فإننا لم نذكر هنا تأثيره على العقود التجارية.

ومن هذا التعريف يظهر أنه يشترط للحكم على التاجر بالإفلاس أن يكون توقفه عن الدفع لاضطراب مركزه المالي، وهذا الاضطراب قد يكون بسبب إهماله وتقصيره أو تعمده وهذا يحكم عليه بالإفلاس بالتقصير أو بالتدليس، وهذا يطبق عليه أحكام جريمة الإفلاس، أو يكون بسبب ظروف خارجة عن إرادته، وهذا يمكنه الاستفادة من تطبيق أحكام إعادة الهيكلة أو الصلح الواقي أو الإفلاس الحقيقي. وقد بين ذلك كله القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس.

فهل يعد فيروس كورونا المستجد ظرفاً خارجاً عن إرادة التاجر، أم لا؟ وما مدى تأثيره على الديون التجارية؟ هذا ما نتناوله بالتفصيل من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مدى اعتبار فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) ظرفاً خارجاً عن إرادة التاجر.

المطلب الثاني: تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) باعتباره ظرفاً خارجاً عن إرادة التاجر على الديون التجارية.

(٣١) انظر: د. عبد الرحمن السيد قرمان، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية منه "طبقاً للأنظمة بالمملكة العربية السعودية"، مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الرابعة، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، ص ٢٩٥؛ د. صبري مصطفى السبك، القانون التجاري، الجزء الأول، الأوراق التجارية والإفلاس "وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، التركي للطباعة/ طنطا، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر، ص ١٧٥.



المطلب الأول

مدى اعتبار فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩)

ظرفاً خارجاً عن إرادة التاجر

يحكم على التاجر بالإفلاس بالتقصير أو بالتدليس إذا لم يكن إفلاسه لظروف خارجة عن إرادته، إما إذا كان الإفلاس لظروف خارجة عن إرادته فيمكنه طلب الصلح الوافي من الإفلاس، أو إعادة الهيكلة، أو الإفلاس العادي أو الحقيقي.

وذكرت المادة (٢٥٢) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس أحوال الإفلاس بالتدليس بقولها: "يعد متفالساً بالتدليس كل تاجر توقف عن دفع ديونه في الأحوال الآتية: ١- إذا أخفى دفاتره أو أعدمها أو غيرها. ٢- إذا اختلس أو خبأ جزءاً من ماله إضراراً بدائنيه. ٣- إذا اعترف أو جعل نفسه مدينا بطريق التدليس بمبالغ ليست في نمته حقيقة، سواء كان ذلك ناشئاً عن مكتوباته أو ميزانيته أو غيرهما من الأوراق أو عن إقراره الشفاهي أو عن امتناعه من تقديم أوراق أو إيضاحات مع علمه بما يترتب على ذلك الامتناع".

وذكرت المادة (٢٥٤) من ذات القانون السابق أحوال الإفلاس بالتقصير بقولها: "يعد متفالساً بالتقصير على وجه العموم كل تاجر أدى لخسارة دائنيه بسبب عدم حزمه أو تقصيره الجسيم، وعلى الخصوص التاجر الذي يكون في إحدى الأحوال الآتية:

- ١- إذا رأى أن مصاريفه الشخصية أو مصاريف منزله باهظة.
- ٢- إذا حصل على الصلح بطريق التدليس.
- ٣- إذا استهلك مبالغ كبيرة في القمار أو أعمال اليانصيب المحض أو في أي أعمال وهمية.

٤- إذا اشترى بضائع ليبيعتها بأقل من أسعارها حتى يؤخر إشهار إفلاسه، أو اقترض مبالغ أو أصدر أوراقاً مالية أو استعمل طرقاً أخرى مما يؤدي لخسائر شديدة لحصوله على النقود حتى يؤخر إشهار إفلاسه.

٥- عدم تحريره الدفاتر الملزم قانوناً بإمسакها أو عدم إجرائه الجرد المنصوص عليه في القانون أو إذا كانت دفاتره غير كاملة أو غير منتظمة بحيث لا يعرف منها مركزه المالي.

٦- عدم إعلانه التوقف عن الدفع في الميعاد أو عدم تقديمه الميزانية أو ثبوت عدم صحة البيانات الواجب تقديمها بمقتضى هذا القانون.

٧- عدم توجهه بشخصه إلى قاضي التفليسة عند عدم وجود الأعدار الشرعية أو عدم تقديمه البيانات التي يطلبها القاضي المذكور أو ظهور عدم صحة تلك البيانات.

٨- تأديته عمداً بعد توقفه عن الدفع مديونية أحد دائنيه أو تمييزه إضراراً بباقي الدائنين أو إذا سمح له بمزية خصوصية بقصد الحصول على قبوله الصلح.

٩- إذا حكم بإفلاسه قبل أن يقوم بالتعهدات المترتبة على صلح سابق".
وبخلاف هذه الأحوال المنصوص عليها سابقاً، فلا يعد التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية مفلساً بالتقصير أو التديس، وعليه فإن التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه بسبب جائحة كورونا لا يعد مفلساً بالتديس أو التقصير، حيث إننا أكدنا ذلك في المبحثين السابقين، من أن هذه الجائحة تنطبق عليها شروط الظرف الطارئ أو القوة القاهرة.

المطلب الثاني

تأثير فيروس كورونا المستجد (كوفيد ١٩) باعتباره ظرفاً خارجاً

عن إرادة التاجر على الديون التجارية

يستطيع التاجر، الذي اضطرت أحواله المالية أو توقف عن دفع ديونه بسبب جائحة كورونا، أن يطلب إعادة الهيكلة أو الصلح الوافي من الإفلاس أو الإفلاس، وفقاً للشروط الآتية:

أولاً- طلب التاجر إعادة الهيكلة:

يقصد بإعادة الهيكلة: "الإجراءات التي تساعد التاجر على خروجه من مرحلة الاضطراب المالي والإداري" (م/١ من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس)، ويشترط في طلب إعادة الهيكلة شروط موضوعية وشروط شكلية:

١- الشروط الموضوعية لطلب إعادة الهيكلة:

تناولت هذه الشروط المواد (١٥ و ١٦ و ١٧) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس، والتي يمكننا تناولها بإيجاز فيما يأتي:

الشرط الأول- أن يكون طالب إعادة الهيكلة تاجراً:

ولا يزال المشرع المصري يشترط لاستفادة الشخص من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس أن يكون تاجراً، والتاجر كما عرفته المادة العاشرة من قانون التجارة هو:

١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً.

٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله.

أما بعض القوانين الأخرى، كالقانون الفرنسي والقانون السعودي مثلاً، فقد وسعت من نطاق تطبيق قانون الإفلاس بحيث يتناول التجار وغير التجار الذين يمارسون أنشطة

اقتصادية^(٣٢)، فينظر إلى النشاط نفسه لا إلى ممارسه، وهذا ما ظهر واضحاً في نظام الإفلاس السعودي الصادر بالمرسوم رقم (م/٥٠) بتاريخ ١٤٣٩/٥/٢٨ هـ والمعمول به اعتباراً من ١٤٣٩/١٢/٧ هـ في المادة الرابعة منه، ونصها: "تسري أحكام النظام على كل من:

أ- الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح.

ب- الشركات التجارية والمهنية والكيانات المنظمة وغيرها من الشركات والكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح، المسجلة في المملكة.

ج- المستثمر غير السعودي ذي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية الذي يملك أصولاً في المملكة، أو يزاول أعمالاً تجارية، أو مهنية أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، من خلال منشأة مرخص لها في المملكة. ولا يخضع لإجراءات النظام سوى أصول ذلك المستثمر الموجودة في المملكة"، ولست مع البعض الذي فسر هذا النص بأن نظام الإفلاس السعودي أصبح يطبق على التجار وعلى المدنيين^(٣٣)، وأرى أن النص واضح في تطبيقه على النشاط الاقتصادي الهادف إلى الربح سواء كان ممارسه تاجراً أو مهنيّاً أو غير ذلك.

وفي الحقيقة، فإننا نتفق مع هذا التطور في تطبيق قانون الإفلاس، بحيث ينطبق على كل من يمارس أي نشاط اقتصادي، ففيه مصلحة جميع الأطراف سواء كان ممارس النشاط أو المتعاملين معه أو الاقتصاد الوطني بصفة عامة، مع تأكيدنا أنه لا

(٣٢) انظر: د/ عبد الرحمن السيد قرمان، الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس طبقاً للأنظمة القانونية المنفذة لرؤية المملكة ٢٠٣٠، دار الإجادة/ السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٤١ هـ/ ٢٠٢٠ م، ص ٢٧٢.

(٣٣) انظر على سبيل المثال: د. عبد العزيز بن عبد الله بن محمد الرشودي، الاتجاهات الحديثة في جرائم الإفلاس، دراسة مقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي، مجلة العلوم الإنسانية والإدارية/ جامعة المجمعة - مركز النشر والترجمة، ع ١٥، ديسمبر ٢٠١٨ م، ص ١٣، منشورات دار المنظومة.

يقصد بذلك تطبيق الإفلاس على التاجر وغير التاجر بصفة عامة، لكن المقصد هو تطبيقه على التاجر وغير التاجر ممن يمارس نشاطاً اقتصادياً يهدف فيه إلى تحقيق الربح.

ونجد أن بعض الفقه نادى بتطبيق نظام الإفلاس المدني، وقال: "كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصوصاً تنشئ نظاماً للإفلاس المدني لكنها حذفت في لجنة المراجعة بدعوى أن الرأي العام في مصر لا يميل إلى الأخذ بها"^(٣٤). ولا أتفق مع هذا الرأي، فلكل دين مجال أحكامه التي لا يجوز تطبيقها على الآخر، والأولى من ذلك أن نطبق الإفلاس على جميع الأنشطة التي تهدف إلى الربح دون نظر إلى شخص القائم بالنشاط (تاجراً أو غير تاجر) كما ذكرته آنفاً.

الشرط الثاني - ألا يقل رأسماله عن مليون جنيه:

اشتراط القانون في طالب إعادة الهيكلة ألا يقل رأسماله عن مليون جنيه، تماشياً مع الاتجاه العام الذي يعفي صغار التجار من التزامات التاجر، كما أنه لا يحتاج إلى إعادة هيكلة؛ فرأسماله ليس من الضخامة التي يعجز فيها عن ترتيب أوضاعه.

الشرط الثالث - أن يكون مزاولاً للتجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب:

فإذا لم يكن مزاولاً للتجارة خلال هذه الفترة، بأن كان في بداية نشاطه التجاري، أو كان متوقفاً عنه، فلا حاجة لإعادة الهيكلة؛ لابتعاده وخروجه من دائرة الاقتصاد المؤثر، وظهور قلة خبرته أو رغبته في الابتعاد عن التجارة.

(٣٤) د. نبيل إبراهيم سعد، الإفلاس المدني كوسيلة للعدالة الناجزة، المؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق: العدالة بين الواقع والمأمول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية/كلية الحقوق، مجلد ٢، ديسمبر ٢٠١٢م، ص ١٣٧٤ و ١٣٧٥. منشورات دار المنظومة.

الشرط الرابع- ألا يكون قد ارتكب غشاً:

فهذا يدل على حسن نيته، وأن تعثره ليس مقصوداً، بل بسبب ظروف لا دخل له فيها، والقاعدة القانونية العامة تقول بأن الغش يفسد كل شيء^(٣٥)، وهذا يتفق مع ما كان معمولاً به في ظل القانون القديم، الذي كان يميز بين الإفلاس الحقيقي الذي دفع إليه التاجر بسبب سوء حظه، والإفلاس بالتدليس، الذي عمد إليه التاجر بسوء نيته.

الشرط الخامس- إذا كان طالب إعادة الهيكلة شركة فيجب ألا تكون في دور التصفية:

فإذا كانت الشركة في دور التصفية فلا يمكن طلب إعادة الهيكلة؛ فلا جدوى من إعادة هيكلة شركة افتقدت مقومات البقاء، والتصفية هي عبارة عن مجموعة من العمليات القانونية التالية لحل الشركة والتي تهدف إلى تحديد صافي أموالها، من خلال استيفاء الحقوق وسداد الديون وبيع الأموال المنقولة والعقارية، ثم تقسيمه بين الشركاء كل بحسب نصيبه^(٣٦).

الشرط السادس- ألا يكون قد صدر حكم بشهر إفلاسه أو حكم بافتتاح إجراءات الصلح الواقي منه:

فصدور حكم بالإفلاس يترتب آثاراً قانونية يستحيل معها طلب إعادة الهيكلة، كما أنه يؤدي إلى انعدام الحكمة من طلبها، علاوة على أن صدور حكم بافتتاح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس يعني اتجاه رغبة المدين إلى خيار الصلح الواقي وليس إلى

^(٣٥) قاعدة (الغش يبطل التصرفات) هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموماً لمصلحة الأفراد و الجماعات".
نقض تجارى، طعن رقم ٦٢١ لسنة ٧٩ جلسة ٢٥/٦/٢٠٠٩م.

^(٣٦) انظر في تعريف التصفية: د/ ثروت علي عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية/ القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٥م، ص ٣٩٤؛ د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، دار النهضة العربية/ القاهرة، بدون رقم طبعة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩م، ص ١٦٩.



إعادة الهيكلة، فيجب السير في هذا الاتجاه؛ اقتصاداً في الوقت والجهد وإجراءات التقاضي واحتراماً لحجية الأحكام.

الشرط السابع- ألا يكون قد رفض أو حفظ طلب إعادة هيكلة آخر خلال الثلاثة أشهر السابقة لتقديم الطلب:

فرفض الطلب أو حفظه معناه عدم توفر شروطه، التي تمت دراستها بدقة من قاضي الإفلاس، وخلال الثلاثة أشهر التالية للرفض أو الحفظ لا يمكنه تقديم طلب جديد بإعادة الهيكلة، حيث لا معنى له.

وقد بينت المادة (٢٧) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس أحوال حفظ طلب إعادة الهيكلة بقولها: " يأمر قاضي الإفلاس بحفظ طلب إعادة الهيكلة في الأحوال التالية:

- (أ) إذا تعذر الاتفاق على خطة إعادة الهيكلة.
- (ب) إذا لم يرفق التاجر بطلبه المعلومات أو المستندات المبينة سلفاً أو التي كلف بتقديمها خلال الأجل الذي حدد لذلك.
- (ج) إذا لم يقدّم التاجر بسداد التكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة الهيكلة ومن بينها أتعاب المعاون أو إذا تبين أن موجوداته لا تكفي لسدادها.
- (د) زوال الأسباب التي دعت التاجر إلى التقدم بطلب إعادة الهيكلة.
- (هـ) إذا كانت إجراءات إعادة الهيكلة غير ملائمة للتاجر استناداً إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب أو استناداً إلى التقرير الذي تعدّه لجنة إعادة الهيكلة.
- (و) إذا لم يتفق جميع الورثة على إعادة الهيكلة".

٢- الشروط الشكلية لطلب إعادة الهيكلة:

بينت هذه الشروط المادة (١٩) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، والتي يمكننا تناولها بإيجاز فيما يأتي:

الشرط الأول- أن تتوفر في الطلب البيانات التي حددها القانون:

وهذه البيانات حددتها المادة(١٩) بقولها: "يقدم طلب إعادة الهيكلة مبينا فيه أسباب الاضطراب المالي وتاريخ نشأته وما اتخذ في شأنه من إجراءات لتجنب حدوثه أو معالجة آثاره وما يراه من إجراءات لازمة للخروج منه".

الشرط الثاني- إرفاق المستندات التي حددها القانون:

وهذه المستندات حددتها المادة (١٩) بقولها: ".... ويجب أن يرفق بالطلب المستندات الآتية:

- (أ) الوثائق المؤيدة للبيانات المذكورة فيه.
- (ب) شهادة من مكتب السجل التجاري تثبت قيام التاجر بما تفرضه الأحكام الخاصة بالسجل التجاري خلال السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة.
- (ج) شهادة من الغرفة التجارية تفيد مزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة.
- (د) صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة.
- (هـ) بيان بإجمالي المصروفات الشخصية في السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة عدا الطلب المقدم من إحدى شركات المساهمة.
- (و) بيان تفصيلي بالأموال المنقولة وغير المنقولة وقيمتها التقريبية عند طلب إعادة الهيكلة.
- (ز) بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها.
- (ح) شهادة تفيد عدم تقدمه بطلب إعادة هيكلة من قبل، أو تقدمه بطلب سبق حفظه ومرت فترة ثلاثة أشهر على ذلك.

(ط) شهادة بعدم شهر إفلاس التاجر أو عقد صلح واقٍ منه، وإذا كان الطلب خاصاً بشركة وجب أن يرفق به فضلاً عن الوثائق المذكورة في الفقرة السابقة صورة من عقد الشركة ونظامها مصدقاً عليها من مكتب السجل التجاري والوثائق المثبتة لصفة مقدم الطلب وقرار الشركاء أو الجمعية العامة بطلب إعادة الهيكلة، وبيان بأسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم، ويجب أن تكون تلك الوثائق مؤرخة وموقعة من الطالب، وإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بياناتها وجب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك، وللقاضي إلزام مقدم الطلب خلال المدة التي يحددها بتقديم معلومات أو مستندات إضافية حول وضعه الاقتصادي والمالي".

ثانياً- طلب التاجر الصلح الواقي من الإفلاس:

يقصد بالصلح الواقي من الإفلاس: "طلب يتوقى به المدين سيئ الحظ إشهار إفلاسه" (م/١ من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس)، ويشترط في طلب الصلح الواقي من الإفلاس شروط موضوعية وشروط شكلية:

١- الشروط الموضوعية لطلب الصلح الواقي من الإفلاس:

تناولت هذه الشروط المواد (٣٠ و ٣١ و ٣٢ و ٣٣ و ٣٤) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، والتي يمكننا تناولها بإيجاز فيما يأتي:

الشرط الأول- أن يكون طالب الصلح تاجراً يجوز شهر إفلاسه:

وقد بينا فيما سبق معنى التاجر، أما كونه ممن يجوز شهر إفلاسهم فسوف نتناول شروطهم بعد قليل عند تناولنا لطلب التاجر الإفلاس، فإذا كان مقدم الطلب هم الورثة فيجب أن يكون التاجر قبل وفاته ممن يجوز لهم طلب الصلح، وأن يقدموا الطلب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة.

الشرط الثاني- ألا يكون طلب الصلح قد ارتكب غشاً أو خطأ لا يصدر عن التاجر العادي:

تكلمنا سابقاً عن عدم الغش، علاوة على أنه يشترط ألا يكون قد صدر عنه خطأ لا يصدر عن التاجر العادي، فالمعيار هنا معيار موضوعي وليس شخصياً، ينظر فيه إلى عناية التاجر العادي، لا إلى الحريص ولا المهمل ولا عنايته الشخصية.

الشرط الثالث- اضطراب أعماله المالية:

فيشترط في طالب الصلح أن تضرب أعماله المالية اضطراباً من شأنه أن يؤدي إلى توقفه عن دفع ديونه، فلا يكتفى بمجرد خسارة صفقة أو تعثر مؤقت، بل يشترط أن يكون اضطراباً شديداً بحيث إنه سيؤدي حتماً إلى توقفه عن الدفع، أما إذا توقف عن دفع ديونه بالفعل فيجوز له طلب الصلح الواقي أيضاً لكن بشرط أن يقدم طلب الصلح خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع.

الشرط الرابع- إذا كان طالب الصلح شركة فيجب ألا تكون في دور التصفية:

فإذا كانت الشركة في دور التصفية فلا يمكن طلب الصلح؛ لنفس الحكمة الذي ذكرناها قبل ذلك في عدم جواز طلبها إعادة الهيكلة.

الشرط الخامس- أن يكون مزاولاً للتجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب:

فإذا لم يكن مزاولاً للتجارة خلال هذه الفترة، بأن كان في بداية نشاطه التجاري، أو كان متوقفاً عنه، فلا حاجة لطلب الصلح؛ لابتعاده وخروجه من دائرة الاقتصاد المؤثر، وظهور قلة خبرته أو رغبته في الابتعاد عن التجارة. ويجب أن يكون ملتزماً بما يفرضه قانون التجارة من التزامات على التاجر فيما يخص مسك الدفاتر التجارية أو القيد في السجل التجاري.

الشرط السادس: ألا يكون طالب الصلح ما زال في فترة تنفيذ صلح واقٍ أو إعادة هيكلة:

فإذا كان طالب الصلح في فترة تنفيذ صلح واقٍ أو في فترة تنفيذ إعادة هيكلة، فلا يجوز له طلب صلح جديد؛

٢- الشروط الشكلية لطلب الصلح الواقي من الإفلاس:

بينت هذه الشروط المادتان (٣٥ و ٣٦) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، والتي يمكننا تناولها بإيجاز فيما يلي:

الشرط الأول- أن تتوفر في الطلب البيانات التي حددها القانون:

وهذه البيانات حددتها المادة (٣٥) بقولها: "يقدم طلب الصلح الواقي إلى رئيس إدارة الإفلاس بالمحكمة المختصة يبين فيه أسباب اضطراب الأعمال ومقترحات الصلح وضمانات تنفيذها".

الشرط الثاني- إرفاق المستندات التي حددها القانون:

وهذه المستندات حددتها المادة (٣٦) بقولها: "يرفق بطلب الصلح الواقي المستندات الآتية:

- (أ) الوثائق المؤيدة للبيانات المذكورة فيه.
- (ب) شهادة من مكتب السجل التجاري تثبت قيام التاجر بما تفرضه الأحكام الخاصة بالسجل التجاري خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح.
- (ج) شهادة من الغرفة التجارية تفيد بمزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح.
- (د) صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين السابقتين على طلب الصلح.
- (هـ) بيان بإجمالي المصروفات الشخصية في السنتين السابقتين على طلب الصلح عدا الطلب المقدم من إحدى شركات المساهمة.

(و) بيان تفصيلي بالأموال المنقولة وغير المنقولة وقيمتها التقريبية عند طلب الصلح.

(ز) بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها.

(ح) ما يفيد إيداع مبلغ عشرة آلاف جنيه خزينة المحكمة على ذمة مصروفات نشر ما يصدر من أحكام.

(ط) شهادة بعدم شهر إفلاس التاجر أو تقديم طلب إعادة الهيكلة، وإذا كان الطلب خاصاً بشركة وجب أن يرفق به فضلاً عن الوثائق المذكورة في الفقرة السابقة صورة من عقد الشركة ونظامها مصدقاً عليها من مكتب السجل التجاري والوثائق المثبتة لصفة مقدم الطلب وصورة من قرار الشركاء أو الجمعية العامة بطلب الصلح وبيان بأسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم، ويجب أن تكون تلك الوثائق مؤرخة وموقعة من طالب الصلح وإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بياناتها وجب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك، وللقاضي إلزام مقدم الطلب خلال المدة التي يحددها أن يقدم مستندات إضافية أو معلومات حول وضعه الاقتصادي والمالي".

ثالثاً- طلب التاجر للإفلاس:

لم يرد تعريفاً للإفلاس في قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، ولكن عرفه الفقه بناءً على نص المادة (٧٥) منه، وهو نفس نص المادة (١/٥٥٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، والذي ينص على أنه: "يعد في حالة إفلاس كل تاجر، ملزم بموجب أحكام قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بإمسك دفاتر تجارية، إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية..."، فعرفوه بأنه: "ذلك النظام القانوني الخاص بالتنفيذ الجماعي على أموال المدين



التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية نتيجة اضطراب حالته المالية^(٣٧)، ويشترط في طلب الإفلاس من التاجر شروط موضوعية وشروط شكلية:

١- الشروط الموضوعية لطلب الإفلاس:

تناولت هذه الشروط المادتان (٧٥ و ٧٩) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الوافي والإفلاس، والتي يمكننا تناولها بإيجاز فيما يأتي:

الشرط الأول- أن يكون طالب الإفلاس تاجراً ملزماً بإمساك دفاتر تجارية:

والتاجر طبقاً للمادة (١٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م هو: "١- كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً.

٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيّاً كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله"، والملزم بإمساك دفاتر تجارية طبقاً للمادة (٢١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م هو: "كل تاجر يجاوز رأس ماله المستثمر في التجارة عشرين ألف جنيه^(٣٨).

(٣٧) د. عبد الرحمن السيد قرمان، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية منه، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٣٨) (بعد أن توجه القضاء - في ظل القانون القديم - إلى إعفاء صغار التجار منها تخفيفاً عليهم من أعبائها وما تفرضه من نظام، صدر القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣م بأن الملزم بمسك الدفاتر التجارية هو التاجر الذي يزيد رأس ماله عن ثلاثمائة جنيه، ثم رفع هذا النصاب بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤م إلى ألف جنيه، وقد اقترح مشروع القانون الجديد رفع النصاب إلى عشرة آلاف جنيه، بيد أن القانون صدر برفع النصاب إلى عشرين ألف جنيه؛ أخذاً في الاعتبار سعر العملة وقت صدوره (... الطعن رقم ٥٥٦٠ لسنة ٧٨ قضائية الصادر بجلسة ٢٠١٥/٦/٨م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

الشرط الثاني- أن يكون التاجر متوقفاً عن دفع ديونه التجارية أثر اضطراب أعماله المالية:

فلابد لجواز طلب التاجر الإفلاس أن يكون متوقفاً عن دفع ديونه التجارية، بمعنى أنه ممتنع عن الوفاء بديونه التجارية، بخلاف ديونه غير التجارية فلا يجوز له طلب الإفلاس إذا كان متوقفاً عن دفعها، كما لا يجوز له طلب الإفلاس إذا توقف عن دفع ما يستحق عليه من غرامات جنائية أو ضرائب أو رسوم أو تأمينات اجتماعية (م ٧٩) قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس)، كما يشترط أن يكون هذا التوقف نتيجة اضطراب أعماله المالية وليس لظروف عارضة أو مؤقتة، وهذا ما أكدته محكمة النقض بقولها: "التوقف عن الدفع المبرر لشهر الإفلاس هو الذي ينبئ عن مركز مالي مضطرب وضائفة مالية مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض بها حقوق دائنيه لخطر محقق أو كبير الاحتمال، وأنه ولئن كان امتناع المدين عن الدفع دون أن يكون لديه أسباب مشروعة يعد قرينة في غير مصلحته إلا أنه قد لا يعد توقفاً، إذ قد يكون مرجع هذا الامتناع عذراً طرأ عليه مع اقتداره على الدفع"^(٣٩).

٢- الشروط الشكلية لطلب الإفلاس:

بينت هذه الشروط المادة (٧٧) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس، والتي يمكننا تناولها بإيجاز فيما يلي:

(٣٩) الطعن رقم ٣٩٣٩ لسنة ٧٩ قضائية، الصادر بجلسة ٢٤/٦/٢٠١٨؛ وكذلك الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٦٩ قضائية، الصادر بجلسة ٢٥/٥/٢٠١٧. والطعن رقم ١٨١ لسنة ٧٢ قضائية، الصادر بجلسة ١٤/٥/٢٠١٧م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

الشرط الأول- أن يطلب التاجر شهر الإفلاس خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقيفه عن الدفع:

ومعلوم أن واقعة التوقف عن الدفع يمكن إثبات تاريخ وقوعها بكافة طرق الإثبات^(٤٠)، وهو أمر يسير في نطاق قانون التجارة، ومعنى ذلك أنه إذا مرت هذه المدة دون طلب التاجر الإفلاس أنه لا يمكنه طلب ذلك.

وهذه المستندات حددتها المادة (٧٧) بقولها: "يجب على التاجر أن يطلب شهر إفلاسه ... وذلك بطلب يقدم إلى إدارة الإفلاس يذكر فيه أسباب التوقف عن الدفع وترفق به الوثائق الآتية:

(أ) الدفاتر التجارية الرئيسية.

(ب) صورة من آخر ميزانية وحساب الأرباح والخسائر.

(ج) بيان بإجمالي المصروفات الشخصية عن السنتين السابقتين على تقديم طلب شهر الإفلاس أو عن مدة اشتغاله بالتجارة إذا كانت أقل من ذلك عدا الطلب المقدم من إحدى شركات المساهمة. (د) بيان تفصيلي بما يملكه من عقارات ومنقولات وقيمتها التقريبية في تاريخ التوقف عن الدفع، وكذلك المبالغ النقدية المودعة باسمه لدى البنوك سواء في مصر أو خارجها.

(هـ) بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها. (و) بيان بالاحتجاجات التي حررت ضد التاجر خلال السنتين السابقتين على تقديم طلب شهر الإفلاس.

(ز) شهادة بعدم صدور حكم بافتتاح صلح واق من الإفلاس، أو ما يفيد عدم تقدمه بطلب إعادة هيكلة من قبل، ويجب أن تكون الوثائق المشار إليها في الفقرة السابقة

^(٤٠) انظر: أ. فهمي حسين محمد علي، شروط شهر الإفلاس في القانون التجاري، دراسة مقارنة بين أحكام القانونين اليمني والمصري، مجلة البحوث والدراسات العربية/ المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم/ معهد البحوث والدراسات العربية، عدد ٦٦، يونيو ٢٠١٧م، ص ٦٦ وما بعدها.

مؤرخة وموقعة من التاجر، وإذا تعذر تقديم بعض هذه الوثائق أو استيفاء بياناتها وجب عليه إيضاح أسباب ذلك، وللقاضي إلزام مقدم الطلب خلال المدة التي يحددها بتقديم مستندات إضافية أو معلومات حول وضعه الاقتصادي أو المالي".

وعلى ذلك فقد علمنا في هذا المبحث أن أحكام الإفلاس تنطبق على جائحة كورونا، فإذا أثرت على التاجر فتوقف عن دفع ديونه فله طلب إعادة الهيكلة أو الصلح الوافي من الإفلاس أو الإفلاس، حسب توفر شروط كل منها، وبهذا نستطيع تجاوز تلك الجائحة بأقل خسارة ممكنة للتاجر، وللدائنين، ويتجاوز اقتصاد البلد - بصفة عامة - هذا الظرف الطارئ.

الخاتمة

من خلال هذا البحث يمكننا استخلاص النتائج التالية:

- 1- تنطبق شروط القوة القاهرة على فيروس كورونا المستجد وهي: ألا يكون للمدين دخل في حدوثه، وألا يكون متوقعاً، وألا يستطيع دفعه، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً
- 2- أن القاضي له سلطة تقديرية في فسخ العقد التجاري وإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أو إعطاء المدين مهلة قضائية بشرط عدم الإضرار بالدائن ضرراً بليغاً.
- 3- تنطبق شروط الظروف الطارئة على فيروس كورونا وهي: أن يكون عاماً، وألا يكون متوقعاً، وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بصورة شديدة للمدين
- 4- أن للقاضي سلطة تقديرية في تعديل طريقة أداء الدين التجاري سواء بتفسيطه أو تأجيله بما لا يضر الدائن ضرراً بليغاً، وكذلك له سلطة في تعديل العقد التجاري

- سواء بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد إلى زوال أثر الظرف الطارئ
- ٥- التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية بسبب جائحة كورونا لا يعد مفلساً بالتدليس أو التقصير
- ٦- للتاجر الذي اضطرت أحواله المالية أو توقف عن دفع ديونه التجارية بسبب جائحة كورونا أن يطلب إعادة الهيكلة أو الصلح الواقي من الإفلاس أو الإفلاس طبقاً لتوفر شروط كل إجراء.

التوصيات:

يمكننا في ختام هذا البحث أن نوصي بما يلي:

- ١- يجب أن تتكاتف الجهود في مواجهة أي ظرف مفاجئ تمر به البلاد، ويؤثر على اقتصادها.
- ٢- هناك جهود لا بد للدولة القيام بها، فتسرع إلى سن القوانين الوقتية المناسبة، بما يمنع الاختلاف والجدال حول القوانين المطبقة على مثل هذه الحالات.
- ٣- كما تسرع إلى تشكيل دوائر استثنائية تنحصر مهمتها في النظر في الدعاوى الناتجة عن هذه الظروف، فتطبق القوانين الوقتية - إن وجدت - أو تطبق القواعد العامة مع مرونة في التطبيق ووحدة في الأحكام ويكون الهدف الأسمى لهذه الدوائر هو تطبيق روح القانون بما يسمح لها بتقريب وجهات نظر أطراف الدعوى.
- ٤- كما تسرع الدولة إلى مساعدة المدينين بقروض ميسرة أو إعفاءات ضريبية أو تسويق لمنتجات المشروعات الصغيرة الخ.
- ٥- كما أن هناك جهود فردية يجب على أطراف النزاع الالتجاء لها لإيجاد سبيل للخروج من الأزمة بأقل الخسائر الممكنة لكلا الطرفين، بطريق ودي أو بطريق رسمي من خلال استخدام الوسائل القانونية المتاحة والتي تناولناها تفصيلاً خلال البحث، والتي تتمثل في طلب إعادة الهيكلة أو الصلح الواقي أو الإفلاس.

المراجع

- (١) أحمد الصويعي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة، أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مجلد ٣، عدد ٢، ٢٠٠٧م، منشورات دار المنظومة.
- (٢) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام.
- (٣) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، منشورات الجامعة الأردنية، ط ١٩٨٧م.
- (٤) د. ثروت علي عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية/ القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٥م، ص ٣٩٤؛ د/ سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، دار النهضة العربية/ القاهرة، بدون رقم طبعة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩م.
- (٥) د. ثروت فتحي إسماعيل، قانون التأمين الاجتماعي المصري وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥م.
- (٦) د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، بدون دار نشر، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر.
- (٧) د. خالد علي سليمان بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مجلد ١، عدد ٢، ٢٠٠٦م.
- (٨) د. خالد علي سليمان بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، مجلد ١، عدد ٢، ٢٠٠٦م، منشورات دار المنظومة.
- (٩) د. صبري مصطفى السبك، القانون التجاري، الجزء الأول، الأوراق التجارية والإفلاس "وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، التركي للطباعة/ طنطا، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر.
- (١٠) د. عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى.

- ١١) د. عبد الرحمن السيد قرمان، الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس طبقاً للأنظمة القانونية المنفذة لرؤية المملكة ٢٠٣٠، دار الإفادة/ السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٤١هـ/ ٢٠٢٠م.
- ١٢) د. عبد الرحمن السيد قرمان، الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية منه "طبقاً للأنظمة بالمملكة العربية السعودية"، مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الرابعة، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
- ١٣) د. عبد الرحمن السيد قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك "طبقاً للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية"، مكتبة العالم العربي، ٢٠١٤م.
- ١٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية/القاهرة، ١٩٦٦م.
- ١٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي/بيروت، ٢٠٠٠م، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، ج ١.
- ١٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ١٧) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات محمد الدايه، الطبعة الأولى، ١٩٣٤م.
- ١٨) د. عبد العزيز بن عبد الله بن محمد الرشودي، الاتجاهات الحديثة في جرائم الإفلاس، دراسة مقارنة بين القانون المصري والنظام السعودي، مجلة العلوم الإنسانية والإدارية/ جامعة المجمعة - مركز النشر والترجمة، ١٥٤، ديسمبر ٢٠١٨، منشورات دار المنظومة.
- ١٩) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤م.
- ٢٠) عبد الهادي فهد على الجفين، أثر القوة القاهرة على العقد، في نطاق المسؤولية والرابطة العقدية ودور الإرادة في تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة) ، بحث ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت، منشورات دار المنظومة، ١٩٩٩م.

- (٢١) د. عثمان بن طاهر طالبي، الوجيز في مصادر الالتزام "بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الإفادة/ السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م.
- (٢٢) أ. فهمي حسين محمد علي، شروط شهر الإفلاس في القانون التجاري، دراسة مقارنة بين أحكام القانونيين اليمني والمصري، مجلة البحوث والدراسات العربية/ المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم/ معهد البحوث والدراسات العربية، عدد ٦٦، يونيو ٢٠١٧ م.
- (٢٣) د. محمد السعيد رشدي، التزام صاحب العمل بتعويض العامل عن إصابات العمل وأمراض المهنة، مجلة المحامي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشر، يناير ١٩٩٥ م.
- (٢٤) د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، مجلد ٧٤، عدد ٣٩٣ و ٣٩٤، يوليو/ أكتوبر ١٩٨٣ م.
- (٢٥) د. محمد مهدي الجم، نظرية الظروف الطارئة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عدد ١٥، ١٩٩١ م، منشورات دار المنظومة.
- (٢٦) د. نبيل إبراهيم سعد، الإفلاس المدني كوسيلة للعدالة الناجزة، المؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق: العدالة بين الواقع والمأمول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية/ كلية الحقوق، مجلد ٢، ديسمبر ٢٠١٢ م، منشورات دار المنظومة.
- (٢٧) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الناشر/ منشأة المعارف/ الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٤ م.
- (٢٨) أ. هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية "دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر/ غزة، ٢٠١٢ م، منشورات دار المنظومة.
- (٢٩) الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

حماية الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي

الدكتور/ باسم محمد فاضل مدبولي*

الملخص:

ترتبط الخصوصية بالشخصية الإنسانية، وقد تطورت خصوصية الإنسان نتيجة التطور العلمي الهائل الذي أدركته البشرية خلال العقود الماضية، فبظهور الحواسيب أصبح هناك خصوصية ترتبط بالبيانات المخزنة عليها، وكذلك بظهور شبكة الإنترنت تطورت خصوصية الفرد، إذ أصبحت تشتمل على رسائله الخاصة المرسلة والمستلمة في بريده الإلكتروني، وكذلك مكالماته وصوره الشخصية وتسجيلاته ورسائله الخاصة باستخدام تقنية الإنترنت بكل ما تقدمه من خدمات هائلة للإنسانية.

الكلمات المفتاحية: الخصوصية - مواقع التواصل الاجتماعي - وسائل انتهاك الخصوصية - المسؤولية المدنية - التعويض.

* دكتوراه في القانون المدني.



Protect Privacy Across Social Networking Sites

Dr. Bassem Mohamed Fadel Madbouly*

Abstract:

Privacy is related to the human personality, and the privacy of a person has evolved as a result of the tremendous scientific development that humanity has realized during the past decades. With the emergence of computers, there has become privacy related to the data stored on them, and also with the emergence of the Internet, the privacy of the individual has evolved, as it includes his private messages sent and received in his e-mail, As well as his private calls, pictures, recordings and messages using Internet technology with all the tremendous services it provides to humanity.

Keywords: Privacy - Social Networking Websites - Means of Violating Privacy - Civil Responsibility - Compensation.

*PhD in Civil Law.

المقدمة

لا نزاع اليوم بأن الحق في الخصوصية يعد من الحقوق الدستورية الأساسية الملازمة للشخص الطبيعي، فهو أساس بنیان كل مجتمع سليم، ويعد من الحقوق السابقة على وجود الدولة ذاتها، لذلك حظيت الحياة الخاصة للأفراد بحماية دستورية وقانونية كبيرة في دول العالم قاطبة، وشهدت السنوات الأخيرة استجابة تشريعية على مستويات مختلفة لدواعي هذه الحماية، وسایرها القضاء بتجاوب ملحوظ مؤيدا من الفقه لما للحياة الخاصة للأفراد من أهمية قصوى على كيان الفرد والمجتمع معاً.

كما أن حماية الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، تختلف عن حماية الخصوصية بوجه عام، فالخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي تنحصر في حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات التي تخصه، وهو يعد من أهم المفاهيم التي تستدعيها كافة النظم والقوانين الهادفة إلى حماية الخصوصية المعلوماتية، وعليه يمكن القول، إن حماية الخصوصية المعلوماتية هي حماية البيانات الخاصة بالأفراد الذين يستخدمون تلك المواقع عبر الشبكة.

إشكالية الدراسة:

لا شك أن مواقع التواصل الاجتماعي تعد فضاء خصب للاعتداء على حقوق الأشخاص؛ نظراً لما يتمتع به الناشر عبرها من متسع من الحرية، وفائض في التعبير، ومساحة من الجراءة، وسرعة في الوصول، فأضحت هذه المواقع أداة للكشف عن خصوصيات الآخرين، أو التشهير بهم، والطعن في سمعتهم، أو الاعتداء على صورهم وتشويهها ونشرها بتلك المواقع بهدف الإساءة إليهم، وتتعدد صور الاعتداء على الحقوق من خلال مواقع التواصل الاجتماعي، وتتطور بتطور تلك المواقع، ولا يمكن ترك الأشخاص من غير حماية قانونية لمواجهة النشر من خلال تلك المواقع، الأمر الذي يتطلب تدخل القانونين على وجه السرعة لتوفير الحماية القانونية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي من الانتهاكات المستمرة عليهم وتوفير التعويض المناسب عند توفر أركان المسؤولية المدنية.

منهج البحث:

اتبعت في الدراسة المنهج التحليلي المقارن والاستنباطي، موضحاً الحماية المقررة للخصوصية في ضوء القانون المصري والفرنسي، ومدعماً دراستي ببعض الأحكام القضائية المصرية والفرنسية التي تخص الموضوع، وقمت بتوضيح الآراء الفقهية والقانونية المؤيدة والمعارضة، مستتبطاً بعض الحلول من خلال البحث.

خطة البحث:

مبحث تمهيدى: الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي.
المطلب الأول: مفهوم الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

- المطلب الثاني: حماية الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي.
- المبحث الأول: وسائل انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي.**
- المطلب الأول: الاختراق كوسيلة لانتهاك الخصوصية.
- المطلب الثاني: انتحال الشخصية كوسيلة لانتهاك الخصوصية.
- المطلب الثالث: جمع البيانات الرقمية دون رضا أصحابها.
- المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن انتهاك الخصوصية.**
- المطلب الأول: الخطأ الموجب للمسئولية عن انتهاك الخصوصية.
- المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية الناجم عن انتهاك الخصوصية.
- المبحث الثالث: التعويض الناشئ عن انتهاك الخصوصية.**
- المطلب الأول: التعويض العيني عن انتهاك الخصوصية.
- المطلب الثاني: التعويض النقدي عن انتهاك الخصوصية.

مبحث تمهيدى

الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي

تُعد الخصوصية أحد الحقوق الأساسية للإنسان التي أثارت جدلاً واسعاً على المدى التاريخي، ولعلها يعاد التركيز عليها في الوقت الحاضر في ظل آثار توظيف تقنية المعلومات، كما أن حق الخصوصية معترف به أو ببعض مظاهره أو مكوناته في الكتب السماوية، كما إُعترف بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية^(١).

وفي الحقيقة أن الحق في الخصوصية يعد من الحقوق اللصيقة بالإنسان، وهو من أكثر الحقوق المثيرة للجدل بين فقهاء القانون منذ زمن بعيد، وكذلك حرمة الحياة الخاصة وقدسيتها التي صانته الحضارات القديمة والأديان السماوية والداستير والقوانين الوضعية في غالبية دول العالم، وتنتولى إيضاح الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي على النحو الآتي:

- المطلب الأول: مفهوم الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي.
- المطلب الثاني: حماية الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

(١) د/ يسرى عبد الله عبد البارى، الحماية المدنية للخصوصية المعلوماتية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، سنة ٢٠١٦ ص ١.

المطلب الأول

مفهوم الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي

الحياة الخاصة أصبحت مهددة في القرن الحادي والعشرين بعد غزو التكنولوجيا لحياتنا بكل تفاصيلها وخصوصيتها، إذ أضحت الحواسيب مستودعات رقمية لمعلوماتنا وبياناتنا الشخصية وغير الشخصية وأضحت بنوك المعلومات مصطلحاً مألوفاً منذ القرن الماضي في القوانين الوضعية لكثير من الدول، لذا كان لا بد من تعريف الخصوصية وهذا ما نوضحه على النحو الآتي:

أولاً- حق الخصوصية فقهاً:

أورد الفقه سواء المصري أو الفرنسي تعريف عديدة لحق الخصوصية فمنهم؛ من يربط هذا الحق بفكرة السرية، ومنهم من يربط هذا الحق بفكرة الحرية، ومنهم من يربط حق الخصوصية بفكرة الخلوة والعزلة، وأياً كان التعريف الذي توصل إليه الفقه فإن الخصوصية أعم وأشمل ومن الصعب إيجاد تعريف خاص بها، ونعرض لتعريف الفقه المصري للخصوصية ثم بعد ذلك تعريف الفقه الفرنسي.

١- آراء الفقه في مصر بالنسبة إلى حق الخصوصية:

ذهب رأى^(٢) إلى أن حق الخصوصية هو: "الحق في انتهاج سلوك ذاتي شخصي آمن من تدخل السلطة أو الغير لمعرفة أسرار هذا السلوك".
بينما عرفه رأى آخر^(٣) بأنه: "الحق في ألا يطلع أحد على شق خاص من جوانب حياة غيره"، ويرى رأى آخر^(٤) أنه: "النطاق الذي يكون للمرء في إطاره مكنة الانسحاب أو الانزواء عن الآخرين بقصد تحقيق نوع من السكينة والحفاظ على سرية الحياة الخاص".

ويرى آخر^(٥) بأنه: "حق الشخص في أن يحدد كيفية معيشته كما يروق ويحلو له وذلك مع أقل قدر من تدخل الغير في حياته"، ثم يضيف أن الإنسان له الحق في أن يترك وشأنه يعيش حياة هادئة بعيدة من العلانية والنشر والأضواء، ويرى أن نظام

(٢) د/ أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٦م، ص ٣٤.

(٣) د/ محمود نجيب حسنى، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، في الفترة من ٤-٦ يوليو، ١٩٨٧م، ص ٢٠١.

(٤) د/ ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراة جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٣م، ص ٢٠٦.

(٥) د/ حسام الأهواني، الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص" بحث مقدم إلى مركز دراسات وبحوث حقوق الإنسان جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠م، ص ٧٠.

الخصوصية يمتد ليشمل كل ما يتعلق بحياة الشخص الغرامية والعائلية والصحية ودخله والمظاهر غير العلنية للحياة الحرفية وأوقات فراغه، ويخرج عن نطاق الحياة الخاصة الجزء الذي يتم بحضور الناس والعامه حيث يشارك الشخص في الحياة العامة في المدينة ويتمتع بالحق في الخصوصية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

٢- آراء الفقه الفرنسي في الحق الخصوصية:

قد تنوعت تعاريف الفقه الفرنسي بشأن الحق في الخصوصية وبدا الحديث عن هذا الحق في عهد مبكر من القرن التاسع عشر، وقد ظهرت فكرة الحياة الخاصة في فرنسا لأول مرة سنة ١٨١٩م أثناء مناقشة قوانين الصحافة وكان للفقه الفرنسي دوراً مهماً في تعريف الحياة الخاصة ومن ثم الاعتراف بهذا الحق وتجريم الاعتداء عليه.

فمنهم من عرف الحق في الخصوصية بأنه "حق الشخص في المجال الخاص لحياته بحيث يستطيع أن يعيش بمنأى عن الآخرين أي الحق في الخصوصية الطبيعية للفرد والحق في أن يعيش في هدوء"^(٦).

وحاول البعض^(٧) تحديد نطاق الحياة الخاصة فقال إن الحق في الحياة الخاصة والحقوق الشخصية يشملان من ناحية أولى حماية حرمة الحياة الخاصة للفرد بالنسبة إلى ما تنشره عنه الصحافة وحماية اتصالاته الخاصة ومكاتبته ومراسلاته اللاسلكية وتسجيلاته وشؤونه الصحية وكذلك حماية شرفه وحقه في اسمه وحرمة مسكنه، ويشملان من ناحية ثانية على حياته العائلية التي تشمل المسؤولية عن نفقة الأبناء إلى وقت بلوغهم وحتى انتهاء دراستهم وحقوق الفرد في الاتصال وحرية التعليم الديني، فضلاً عن الأمور التي لها تأثير على حياته الشخصية العاطفية مثل الارتباطات الزوجية الأكثر من مرة، والوعود بالزواج والطلاق، والمشكلات المتعلقة بالحياة الخاصة.

ثانياً- المقصود بالخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي:

بالقاء الضوء على مفهوم الخصوصية فيتضح أنه من المفاهيم النسبية المرنة بمعنى تغير هذا المفهوم وتبدله بين مجتمعات وأخرى وبين الثقافات والموروث الحضاري للدول، وكذلك بين زمان وآخر، ولعل ظهور الحواسيب وثورة المعلومات والإنترنت أعطى هذا الحق أهمية خاصة، ولا سيما بعد انتشار بنوك المعلومات، وما يسمى بمواقع التواصل الاجتماعي عبر شبكة الإنترنت من خلال مواقع الدردشة وغرفها

(٦) تعريف الفقه كاريونيه مُشار إليه، مرجع د/ سعد رمضان، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالسرية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٧.

(٧) رأي القاضي جان مالريب، في مقالة الحياة الخاصة القانون الحديث الذي نشر سنة ٦٧، مشار إليه في مرجع د/ محمود عبد الرحمن، نطاق الحق في الحياة الخاصة، مرجع سابق، ص ٤٩.

والشبكات الاجتماعية، إذ لا يتوانى الناس كباراً وصغاراً عن وضع كثير من معلوماتهم الشخصية وصورهم ومقاطع فيديو خاصة بهم أو بأسرهم على شبكة الإنترنت، وخاصة الشباب والمراهقين وهم الفئة الأكثر استخداماً للإنترنت، مما يؤلّف خطراً لا يستهان به على حرمة حياة الناس الخاصة من الانتهاك في مجال المعلوماتية.

وبالرغم من نجاح مواقع التواصل الاجتماعي في الحياة الاجتماعية وفي الترويج التجاري، فإن مجرمي الإنترنت أحيانا يستغلون الثغرات الموجودة في نظام معلوماتي معين لاخترق هذا النظام، سواء لسرقة البيانات الشخصية للمستخدمين، أو للاطلاع على المعلومات المتوفرة في النظام ونسخها واستغلالها.

كما أن حماية الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، تختلف عن حماية الخصوصية بوجه عام، فالخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي تنحصر في حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات التي تخصه، وهو يعد من أهم المفاهيم التي تستدعيها كافة النظم والقوانين الهادفة إلى حماية الخصوصية المعلوماتية، وعليه يمكن القول، إن حماية الخصوصية المعلوماتية هي حماية البيانات الخاصة بالأفراد الذين يستخدمون تلك المواقع عبر الشبكة^(٨).

وقد عرف القانون المصري البيانات الشخصية في المادة (١) من القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنها: "أى بيانات متعلقة بشخص طبيعي، محدد أو يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بينها وبين بيانات أخرى، كما عرفت المادة ذاتها البيانات والمعلومات الأكثر ونية بأنها: كل ما يمكن إنشاؤه أو تخزينه، أو معالجته، أو تخليقه، أو نقله، أو مشاركته، أو نسخه بواسطة تقنية المعلومات؛ كالأرقام والأكواد والشفارات والحروف والرموز والإشارات والصور والأصوات وما فى حكمها.

ويعد من الخصوصية أن يقرر المستخدم بنفسه متى؟ وكيف؟ وإلى أي مدى؟ ممكن أن تصل المعلومات الخاصة به إلى الآخرين من المستخدمين أو القائمين عليها، وبذلك يتضح أن لكل فرد الحق في الحماية من التدخل في شؤونه، وله الحق أيضا في الاختيار الحر للألية التي يعبر بها عن نفسه ورغباته وتصرفاته للآخرين، وعلى هذا النحو، فالخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي وفي أبسط معانيها ترتبط بسرية الحياة الخاصة لمستخدمي تلك المواقع، سواء كانت وقائع أم معلومات في الحاسب الآلي الشخصي أم الهاتف الذكي، أم تم تخزينها في إحدى مواقع التواصل الاجتماعي التي يشترك فيها المستخدم والتي قد يتم اختراقها مثل الفيسبوك أو البريد الإلكتروني، حيث أن سرقتها أو الاعتداء عليها يعد انتهاكا للخصوصية، كذلك التجسس

(٨) د/ تومي فضيلة إيديولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر) العدد ٣٠، ٢٠١٧م، ص ٤.

الإلكتروني، أو اعتراض الرسائل البريدية المرسله بغرض الإطلاع عليها، أو معرفة محتوياتها، ومن ثم إفشاء الأسرار التي قد تحتويها تلك الرسائل، وعلى هذا النحو ترتبط الخصوصية عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي بضرورة احترام سرية الخصوصية لمستخدمي تلك المواقع سواء كانت هذه الخصوصية تتعلق بوقائع أم معلومات في الحاسب الالى الشخصي أم الهاتف الذكي أم التي تم تخزينها من قبل المستخدم على مواقع التواصل الاجتماعي والتي يتم اختراقها، حيث أن سرقتها أو الاعتداء عليها عن طريق Facebook أو البريد الإلكتروني يعد انتهاك للخصوصية وكذلك التجسس الإلكتروني وإفشاء الأسرار الخاصة بالرسائل البريدية^(٩).

ونعرف الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي بأنها: "حق الشخص في أن يحتفظ بخصوصياته بعيدا عن العلانية واستطلاع الرأي عبر وسائل التواصل الاجتماعي، ومن ثم يمتنع على الغير أن يفشي أسرار أى شخص بدون إذنه أو ينتهك خصوصية سواء عن طريق؛ التجسس الإلكتروني، أو اعتراض الرسائل عبر البريد الإلكتروني المرسله بغرض الإطلاع عليها، أو معرفة محتوياتها أو التجسس بأى طريق آخر.

المطلب الثاني

حماية الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي

تعد ظاهرة الجرائم التي ترتكب عبر وسائل التواصل الاجتماعي ظاهرة مستجدة نسبيا تفرع في جنباتها أجراس الخطر لتنبه مجتمعات العصر الراهن إلى حجم المخاطر وهول الخسائر الناجمة عنها، بإعتبارها تستهدف الاعتداء على بيانات ومعلومات شخصية وبرامج بكافة أنواعها، فهي جريمة تقنية تنشأ في الخفاء يقارفها مجرمون أذكاء يمتلكون أدوات المعرفة والتقنية، بغرض النيل من المعلومات وعلى الأخص المعلومات الشخصية وتطال إعتداءاتها خصوصية الأشخاص، لذلك كان لابد من توفير حماية للخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

أولاً- الحماية القانونية للخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي:

لا شك أنه في الفترة الاخيرة قد تزايد الدخول على شبكات التواصل الاجتماعي، ولم يعد الأمر متوقفا على الفيسبوك أو مواقع الدردشة، لكن الهواتف الذكية كان لها دور كبير فلا يخلو بيت من وجود العديد منها مما نتج عنه الدخول إلى موقع أو حسابات المستخدمين من قبل بعض الأشخاص، لذا كان لابد من تجريم بعض الافعال من أجل حماية خصوصية المستخدمين لهذا فقد تضمن القانون المصري ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م

(٩) د. تومي فضيلة، مرجع سابق، ص ٤٤.

في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات جريمة تجاوز حدود الحق في الدخول والتي نصت عليها المادة (١٤) وتتضمن أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ٧ أشهر وبغرامة لا تقل عن ٣٠ ألف جنيه ولا تجاوز ٥٠ ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل إلى موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي مستخدماً حقاً مخولاً له فتعدى حدود هذا الحق من حيث الزمان أو مستوى الدخول"، وفي الحقيقة أن وسائل التواصل الاجتماعي أصبحت سمة العصر، خاصة وما تتميز به من تحويل مستخدميها تكوين صداقات حول دول العالم كما يستطيع قضاء وقت ممتع عليها، ويستطيع تسويق منتجاته إن كان تاجراً فهي ليست قاصرة على أفراد بعينهم بل أن الدخول المجاني لها شجع العديد من الأشخاص من استخدامها؛ ونظراً لحدثة هذه المواقع فقد تزايدت جريمة الدخول غير المشروع والتي نص عليها القانون المصري ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات في المادة (١٥) على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ٥٠ ألفاً ولا تجاوز ١٠٠ ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمداً أو دخل بخطأ غير عمدي وبقي بدون وجه حق، على موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي محظور الدخول عليها فإذا أنتج عن ذلك إتلاف أو محو أو تغيير أو نسخ أو إعادة نشر للبيانات أو المعلومات الموجودة على ذلك الموقع أو الحساب الخاص أو النظام المعلوماتي، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ١٠٠ ألف جنيه ولا تجاوز ٢٠٠ ألف أو بإحدى هاتين العقوبتين، كما تطال هذه الجرائم الحق في المعلومات وتمس البيانات الشخصية^(١٠) للأفراد، كذلك جريمة الاعتداء على البريد الإلكتروني أو المواقع أو الحسابات الخاصة^(١١)، كذلك جريمة الاعتداء على تصميم موقع^(١٢)، ولا

(١٠) مادة (١٧) يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أتلف أو عطل أو عدل مسار أو ألغى كلياً أو جزئياً متعمداً وبدون وجه حسق البرامج والبيانات أو المعلومات المخزنة أو المعالجة أو المولدة أو المخلفة على أي نظام معلوماتي وما في حكمه، أي كانت الوسيلة التي استخدمت في الجريمة.

(١١) مادة (١٨) يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أتلف أو عطل أو أبطأ أو اخترق بريد إلكتروني أو موقعاً أو حساباً خاصاً بأحد الناس، فإذا وقعت الجريمة على بريد إلكتروني أو موقع أو حساب خاص بأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(١٢) مادة (١٩) يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أتلف أو عطل أو أبطأ أو شوه أو أخفي أو غير تصاميم موقع خاص بشركة أو مؤسسة أو منشأة أو شخص طبيعي بغير وجه حق.

شك أن هناك من الجرائم المعلوماتية ما يهدد الأمن القومي والسيادة الوطنية وتشيع فقدان الثقة بالتقنية وتهدد إبداع العقل البشري^(١٣).

ثانياً- الحق في النسيان الرقمي:

سعى بعض الباحثين في فرنسا إلى وضع تعريف لهذا الحق، منهم من يُضيق من مفهومه فيعرفه على أنه: "الحق الذي يمنح الأشخاص الوسائل القانونية التي تمكنهم من الحصول على حقهم في النسيان عبر الإنترنت، وذلك من خلال الحد في الاحتفاظ بالبيانات الرقمية الشخصية، وإمكانية إلغائها"^(١٤).

في حين وسَّع البعض آخر تعريفه لهذا الحق وقال بأنه عبارة عن: "التزام مسؤول معالجة البيانات الخاصة بالأشخاص بالمحافظة عليها وضمان حقهم بالمطالبة بحذفها بعد انتهاء الغرض منها لحماية المستخدم من ماضيه".

ويمكن فهم هذا الحق بطريقتين، الأولى: حظر احتفاظ المسؤول عن المعالجة بالبيانات فيما بعد الوقت الضروري للجمع والمعالجة^(١٥)، والنصوص بشأن حفظ البيانات، تفرض في الواقع التزاماً يجسد الحق في النسيان، وهو الالتزام بالمحو أو تجهيل البيانات.

والطريقة الأخرى: هي أن الحق في النسيان، يمكن أن يعد، لا بل هو، نتيجة للحق في التصحيح، يتمثل في طلب محو البيانات، بحيث لم تعد يرجع إليها من خلال محركات البحث وهي الحالة المعروفة بالموت الحكمي^(١٦).

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة (٤٠) على إمكان إلزام المسؤول عن المعالجة "بمحو البيانات ذات الطابع الشخصي"^(١٧).

ولقد أصبح اليوم، بعد انطلاق شبكة "الويب 2,0"، وخاصة شبكات التواصل الاجتماعي، أصبح الحق في النسيان أمر ضروري، فالمعلومات الشخصية المجموعة

(١٣) د/ يسرى عبد الله عبد البارى، الحماية المدنية للخصوصية المعلوماتية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ٢٠١٦م، ص ١.

(١٤) Marion Barbezieux, Le droit à l'oubli numérique: bilan et perspectives, Éditions Universitaires Europeennes-2016, Deutschland /Allemagne, P.1213.

(١٥) Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

(١٦) La mort virtuelle.

(١٧) "effacées les données à caractère personnel".

والمتاحة، دون أمد معين كالصور، التعليقات، الخ والمنشورة بلا مبالاة قد تؤذي المراهق بل والراشد أيضاً^(١٨).

وقد أشارت اللجنة القومية في تقريرها لسنة ٢٠١١م أن إشكاليات الحق في النسيان على شبكة الإنترنت (محو النصوص، الصور، الفيديوهات) سجلت تقدماً بنحو (٤٢%) مقارنة بتقرير ٢٠١٠م مع ١٠٠٠ شكوى مسجلة^(١٩). ولقد قضت محكمة باريس الابتدائية دائرة الأمور المستعجلة في ١٥ من فبراير ٢٠١٢م، بغرامة تهديدية على شركة "جوجل إنك" لمحو فهرس من على "جوجل فرنسا" لمحتوى ذي طابع إباحي لسيدة مثلت فيلم يظهر فيه اسمها ولقبها، وقد تقدمت بأكثر من طلب إلى "جوجل" لمحو هذا الفيلم دون إجابة، إلا أن المحكمة قد أرغمت الشركة على حذفه^(٢٠).

فقد فرضت مسألة كيفية تحكم الأفراد ببياناتهم الشخصية التي تتم معالجتها عبر أجهزة تقنية المعلومات وشبكاتنا نفسها كقضية رئيسة في الواقع التقني، فقد بات من الصعب السيطرة عليها بعد الولوج إلى شبكة الإنترنت، وقد تنبأ أحد السياسيين الفرنسيين وهو جاك ثيرود أن: "القدرة على حفظ البيانات بفضل الثورة الرقمية هي النقطة التي من شأنها أن تقوض أهم الحقوق الأساسية للإنسان وهو الحق في أن تنسى"^(٢١)، ويعني ذلك أن المشكلة تتمثل في القدرة على الاحتفاظ بالبيانات الشخصية لدى طرف أو أطراف أخرى لمدة زمنية غير محددة، وهو ما يهدد الأفراد مستقبلاً بظهور بياناتهم مرة أخرى على الرغم من انتهاء الغرض من معالجتها^(٢٢).

(18) Luc Crynbaum, Caroline Le Goffic, et Lydia Morlet-Haidara, Op.cit., n°1129, p.816.

(19) 32e rapport d' activité, La documentation française. Document consultable sur le site de la Cnil, dans la rubrique "Documentation".

(20) Affaire Diane Z/Google. Décision intégralement publiée sur le site: www.legalis.net.

(21) Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier, Rapport d'information n° 441 (2008- 2009) La vie privée à l'heure des memoires numériques: Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information.

(22) د. معاذ سليمان الملا، فكرة الحق في الدخول في طي النسيان الرقمي في التشريعات الجزائرية الإلكترونية الحديثة، ملحق خاص - العدد (٣) - الجزء الأول - مايو ٢٠١٨م شعبان ١٤٣٩ هـ.

ثالثاً- اتباع بعض الأساليب للمحافظة على الخصوصية⁽²³⁾:

١- استخدام متصفح ومحرك بحث يركز على الخصوصية:

تدعم معظم متصفحات الويب الحديثة (الإضافات) Extensions، لكن في الحقيقة أنه عند اختيارها وتثبيتها، فإن كل موقع يتم التفاعل معه، بما في ذلك محركات البحث، يمكن أن يحتفظ بسجل لأنشطة المستخدم على الإنترنت. لذا يمكن التقليل من تتبع أي نشاط على الإنترنت عن طريق استخدام محرك بحث يُركز على الخصوصية مثل: DuckDuckGo الذي يفتقر إلى الميزات التي تقدمها متصفحات الويب الأخرى.

٢- حماية كلمات المرور:

تحدث العديد من انتهاكات البيانات في الواقع بسبب كلمات المرور الضعيفة أو المستخدمة في أكثر من حساب، لذا لا بد من التأكد من كلمات الخاصة بالمستخدم قوية قدر الإمكان، حيث إن كلمة المرور التي يزيد طولها عن ١٢ حرفاً وتستخدم عدداً من الأحرف والرموز الخاصة تعد أمراً مهماً للغاية، ومن الأفضل أيضاً استخدام كلمات مرور مختلفة لتسجيل الدخول للحسابات الشخصية على الإنترنت.

٣- استخدام المصادقة الثنائية:

استخدام ميزة (المصادقة الثنائية) 2FA لتسجيل الدخول للحسابات الشخصية على الإنترنت حماية قوية أمام من يريد الدخول لحساباتك حتى وإن امتلك كلمة المرور الخاصة بك.

حيث يجب عليه أن يدخل الكود المرسل إلى هاتفك أولاً ليتمكن من تسجيل الدخول، وتستخدم العديد من المواقع هذه الميزة للحفاظ على الخصوصية ومنع المهاجمين من الوصول إلى بيانات مستخدميها، ومن ثم تقليل احتمالية الاحتيال أو سرقة الهوية أو فقدان البيانات.

٤- تأمين البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني أحد أهم الأشياء التي يجب حمايتها على الإنترنت؛ لأنه إذا وصل أحد المتسللين إلى رسائل البريد الإلكتروني الخاصة، فقد تتعرض حسابات المستخدم الأخرى للخطر، لذلك يجب تجنب إعطاء تفاصيل شخصية عبر البريد الإلكتروني، مثل كلمات المرور أو أرقام PIN، وعدم ربط أي تطبيقات تابعة لجهات خارجية بحساب البريد الإلكتروني.

(23) <https://www.alarabiya.net/ar/technology/2020/04/15/6>

٥-مراقبة الأجهزة المحمولة:

مع اعتماد معظمنا بشكل شبه كلي على هواتفنا الذكية، فقد زاد الاعتماد على الكثير من التطبيقات مثل: تطبيقات الخدمات المصرفية والرسائل والتسوق والعمل، ومع تشغيل جميع هذه التطبيقات في الخلفية يبقى من السهل تتبعك والتنبؤ بسلوكياتك المستقبلية.

لذا يجب التأكد من تأمين الهاتف باستخدام رقم تعريف شخصي قوي أو كلمة مرور قوية، وإجراء عمليات تدقيق منتظمة لتطبيقاتك، ومراقبة الأذونات التي تصل إليها التطبيقات، وحذف أي تطبيقات لا تستخدمها بانتظام، وإيقاف تقنيات الاتصال مثل: Bluetooth و Wi-Fi عندما لا تستخدمها.

المبحث الأول

وسائل انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي

ازداد استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في الوقت الحالي مما أدى لإجتذاب الملايين من المستخدمين منذ ظهورها، حتى اكتسبت شعبية كبيرة، والعديد منهم ألف استخدامها في حياتهم اليومية، فبرزت الكثير من الممارسات والاستخدامات وتزايدت الاهتمامات بهذا الشكل التواصلي الجديد، فوجدت إقبالا منقطع النظير من مختلف فئات المجتمع سيما الشباب منهم. وتشعبت استخداماتها وازدادت تطبيقاتها وتتنوع خدماتها بشكل ملفت للانتباه ينبأ بإستراتيجيات متبعة وسياسات مستهدفة وأهداف مرجوة على المدى القصير والبعيد؛ وذلك وفقا لأيديولوجيا هذه الشبكات، والتي تعدت حدود الاستكشاف في خبايا هذا الفضاء السيبراني^(٢٤) ونتولى إيضاح وسائل انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاختراق كوسيلة لانتهاك الخصوصية.

المطلب الثاني: انتحال الشخصية كوسيلة لانتهاك الخصوصية.

المطلب الثالث: جمع البيانات الرقمية دون رضاء أصحابها.

المطلب الأول

الاختراق كوسيلة لانتهاك الخصوصية

في ظل انتشار وسائل التكنولوجيا الحديثة، أصبح الأفراد معرضين لتهديدات الخصوصية، عن طريق التسلل إلى المعلومات الخاصة بالتسجيل في فيسبوك

(24) Gordon Hull, Heather Richter Lipford, and Celine Latulipe, Contextual gaps: privacy issues on Facebook, Ethics INF Technol (2011) 13:289–302, P.289.

وحسابات البنك وتزيد تدابير الخصوصية على مواقع الشبكات الاجتماعية في محاولة لتزويد المستخدمين بحماية المعلومات الشخصية الخاصة بهم، فعلى جميع المواقع الاجتماعية هناك مساحة لضبط الإعدادات الخاصة بالخصوصية، وعليه لا يكون من المتاح لجميع المستخدمين المسجلين القدرة على منع أشخاص معينين من رؤية الملف الشخصي الخاص، والقدرة على الحد من يمكنه الوصول إلى الصور وملفات الفيديو. ونظرًا للتعقيد الذي يتصف به نظام تشغيل الحاسب الآلي، وتبعًا للتطور الهائل الذي تشهده التقنية، فإنه لا تزال نسبة كبيرة من الاختراقات لم تكتشف بعد، فلا يخفى على أصحاب القدرات الفائقة من اختراق خصوصية المستخدمين من أجل الوصول لأغراض معينة، ونتولى بالدراسة والبحث الاختراق كوسيلة لانتهاك الخصوصية على النحو الآتي:

أولاً- مفهوم الاختراق عبر وسائل التواصل الاجتماعي:

الاختراق يأخذ معنى العدوان على الحق في الخصوصية عبر تدمير الحواسيب والأجهزة الخاصة بالاتصال أو تخزين المعلومات أو استرجاعها أو تحويل مضمونها أو تغييره بلا إذن، واختراق الأمن يعني نفاذ الأشخاص غير المصرح لهم إلى الشفرات الخاضعة للحماية أو إلى البيانات والمعلومات الخاصة بالمستخدمين، على سبيل المثال، قد تقع شبكة اجتماعية ما ضحية للقرصنة أو تتعرض لفيروس، لكن إذا لم يترتب على هذا الهجوم استغلال للمعلومات الشخصية فإن الخصوصية هنا تكون في مأمن من التعرض للانتهاك^(٢٥)، فالاختراق بشكل عام هو القدرة على الوصول لهدف معين بطريقة غير مشروعة عن طريق ثغرات في نظام الحماية الخاص بالهدف، وحينما نتكلم عن الاختراق بشكل عام فنقصد بذلك قدرة المخترق على الدخول إلى جهاز شخص ما بغض النظر عن الأضرار التي قد يحدثها، فحينما يستطيع الدخول إلى جهاز آخر فهو مخترق (Hacker).

وقد عرفت المادة (١) من القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاختراق بأنه: "الدخول غير المرخص به أو المخالف لأحكام الترخيص، أو الدخول بأي طريقة غير مشروعة إلى نظام معلوماتي أو حاسب آلي أو شبكة معلوماتية وما في حكمها".

ولعل من أخطر ما أفرزته الحروب المعلوماتية جريمة (الاختراق الإلكتروني)؛ كونها عملية تتم من أي مكان في العالم دون الحاجة إلى وجود شخص المخترق في نفس مكان الاختراق فلا أهمية فيها للبعد الجغرافي، ولا قيمة للحدود الفاصلة بين الدول.

(٢٥) د/محمد بن عيد القحطاني، حماية الخصوصية الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥م، ص ٩٣.

ولعل من أهم ما يميز جريمة الاختراق، ويشكل منها أخطارا مضاعفة هو أن المجني عليه لا يشعر بالاختراق ولا يكاد يكتشفه إلا إذا وقع له ضرر جراء حدوثه^(٢٦).

ومن أهم الاسباب لأختراق الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

١- كثرة الاعتماد على الهواتف الذكية في حفظ الصور والملفات والوثائق والاتصالات والمراسلات بجميع أنواعها، أصبح اختراق الهاتف يعني الإطلاع على كافة تفاصيل حياتنا الشخصية والمهنية والاجتماعية والعاطفية، من خلال نظم اختراق لا حصر لها تتيح السيطرة على البيانات، والتحكم في الهاتف عن بُعد، وهو ما ينتج عنه عمليات قرصنة واختراق وانتهاك خصوصية تضر الأشخاص والكيانات؛ نتيجة سرقة البيانات الشخصية والمعلومات المصرفية، التي تستخدم في الابتزاز والسرقة والاحتيال.

٢- حرص الكثير من الحكومات على مراقبة شعوبها وانتهاك خصوصيتهم لفرض سيطرتها عليهم، فيصبح التجسس أمراً ضرورياً لمراقبة المواطنين، ومعرفة توجهاتهم وأرائهم.

٣- احتواء السوشيال ميديا على معلومات خاصة عن حوالي ٣ مليارات إنسان، وهو أمر يُسهّل مهمة انتهاك الخصوصية؛ إذ إن البيانات والمنشورات تكون بموافقة أصحابها ورغبتهم، وإذا ظن مستخدم مواقع التواصل الاجتماعي أن منشوراته غير مهمة أو أن هذه المواقع ستحترم خصوصيته ولن تبيع بياناته فظنه خاطئ تماماً.

٤- علم بعض المواقع مثل؛ جوجل يعلم عن مستخدميه أكثر مما يعلموه عن نفسه، حيث يقوم بتجميع كل المعلومات والبيانات عنه من خلال المواقع التي يتصفحها، واهتماماته التسويقية، والمحتوى الذي يفضله مكتوباً ومقروءاً ومسموعاً ومصوراً، ويقوم بتسجيل كل نشاط يقوم به من خلال تطبيقات التذكير والانتقال والتعليم والموسيقى والتصوير والمكالمات التي يستخدمها في الهاتف الأندرويد، وكل هذا يساعده بالطبع في تخصيص الإعلانات الموجهة إلى المستخدم.

ثانياً- تطبيقات عملية لاختراق الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

لم تعد وسائل التواصل الاجتماعي مجرد وسيلة ترفيهية للتعارف بين البشر وتوطيد العلاقات الإنسانية والتبادل الثقافي، بعد أن ظهرت جرائم عديدة تتعلق بوسائل التواصل الاجتماعي كالاختراق لصفحات العملاء، وهذا ما ظهر ببعض الدول.

حيث فرق المشرع في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م بين اختراق المواقع أو الحسابات الخاصة^(٢٧)، وبين اختراق الأنظمة المعلوماتية الخاصة بالدولة^(٢٨).

^(٢٦) د/عبد اللطيف بن صالح، جريمة الاختراق الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٩م، ص ١.

ومن التطبيقات العملية على اختراق الخصوصية:

قضية (United States v. Kernell) والتي تلخص وقائعها في أن إحدى السيدات التي تعمل بالسياسية ومرشح الحزب الجمهوري لمنصب نائب الرئيس في الانتخابات الرئاسية لعام ٢٠٠٨م، قد تم اختراق البريد الإلكتروني الخاص بها على موقع ياهو، وذلك من قبل الطالب (David kernell) البالغ من العمر ٢٠ عام، وهو ابن النائب في مجلس النواب، (Mike Kernell) النائب عن مدينة ممفيس ولاية تينيسي، فقد استخدم المخترق David kernell بعض المعلومات التي جمعها عنها كتاريخ ميلادها، ومحل الاقامه، والكود البريدي في اختراق الأيميل إلى موقع ياهو، والضغط على خيار (help) ثم الضغط على خيار استرجاع كلمة السر بسبب نسيانها، واستخدام المعلومات التي جمعها عنها حتى وصل إلى السؤال السري (secret question) وكان "أين قابلت شريك حياتك؟" خمن David الإجابة، وبعد اخفاق مرتين، وضع الإجابة الصحيحة مما مكنه من تغيير كلمة السر الخاصة بالإيميل، وبالتالي سيطر عليه، وتم إدانته بالحبس لمدة سنة وثلاث سنوات تحت المراقبة، بتهمة الدخول غير المأذون^(٢٩).

المادة (١٨): "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أثلف أو عطل أو أبطأ أو اخترق بريداً إلكترونياً أو موقعاً أو حساباً خاصاً بأحد الناس. فإذا وقعت الجريمة على بريد إلكتروني أو موقع أو حساب خاص بأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

المادة (٢٠): "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمداً، أو بخطأ غير عمدي وبقي بدون وجه حق، أو تجاوز حدود الحق المخول له من حيث الزمان أو مستوى الدخول أو اخترق موقعاً أو بريداً إلكترونياً أو حساباً خاصاً أو نظاماً معلوماتياً يدار بمعرفه أو لحساب الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أو مملوكاً لها، أو يخصها. فإذا كان الدخول بقصد الاعتراض أو الحصول بدون وجه حق على بيانات أو معلومات حكومية، تكون العقوبة السجن، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه. وفي جميع الأحوال، إذا ترتب على أي من الأفعال السابقة إتلاف تلك البيانات أو المعلومات أو ذلك الموقع أو الحساب الخاص أو النظام المعلوماتي أو البريد الإلكتروني، أو تدميرها أو تشويهها أو تغييرها أو تغيير تصاميمها أو نسخها أو تسجيلها أو تعديل مسارها أو إعادة نشرها، أو إلغائها كلياً أو جزئياً، بأي وسيلة كانت، تكون العقوبة السجن، والغرامة التي لا تقل عن مليون جنيه ولا تجاوز خمسة ملايين جنيه".

(29) United States v. Kernell, No.10-6450(6th cir.jon.30,2012)

مشار إليه د/هيثم عيسى، المسؤولية المدنية في إطار المعاملات عبر شبكة الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة النوفية، ٢٠١٤م، ص ٦٠٢.

ونشير إلى وجود اختراق كاسح؛ حيث اكتشف موقع التواصل الاجتماعي الشهير فيسبوك في يوم ٢٥/٩/٢٠١٨م، عملية اختراق من قبل قرصنة طالت بيانات نحو ٥٠ مليون حساب على شبكته، وما زالت هوية القائمين على هذا الهجوم مجهولة، ولم تعلن الشركة فوراً عن ماهية البيانات المسروقة، ونشر نائب رئيس إدارة المنتجات^(٣٠) في فيسبوك بياناً عن اختراق ما زال تحقيقنا في مراحله الأولية، لكن من الواضح أن المهاجمين استغلوا نقطة ضعف في إحدى شفرات فيسبوك، ما أثر على خيار «العرض كما يظهر للآخرين» الذي يتيح للمستخدمين الاطلاع على الشكل الذي تبدو عليه صفحاتهم الشخصية بالنسبة إلى الآخرين، هذه الأفضلية سمحت للهاكرز بسرقة رموز الوصول لفيسبوك، واستغلوا ذلك للاستيلاء على حسابات المستخدمين، إذ تمثل تلك الرموز مفاتيح رقمية تتابع تسجيل المستخدمين بحساباتهم لكي لا يضطروا إلى تسجيل الدخول كلما استخدموا تطبيق فيسبوك^(٣١).

ومن الأمثلة الأخرى على الاختراق ما حدث بشأن اختراق تطبيق جوجل بلس (google+)؛ حيث أعلنت الشركة الأم لـ "جوجل"^(٣٢) أنها ستعلق شبكة التواصل الاجتماعي التابعة لها "جوجل بلس" في أبريل المقبل، وذلك قبل أربعة أشهر من الموعد المقرر لها، وذلك بعد العثور على خلل في البرامج للمرة الثانية هذا العام، سمح لتطبيقات الشركاء بالوصول إلى بيانات المستخدمين الخاصة، إلا أن الرقم هذه المرة كبير للغاية، إذ أثر هذا الخطأ على ٥٢.٥ مليون حساب "جوجل بلس"^(٣٣)، وقالت إن بيانات الملفات الشخصية لم يصل إلى ٥٠٠ ألف مستخدم قد تكون قد تعرضت للاختراق بسبب خطأ كان قائماً منذ أكثر من عامين، متعلق بواجهات برمجة التطبيقات المستخدمة في Google +، مما سمح بأكثر من ٤٠٠ تطبيق بالوصول إلى الأسماء وتواريخ الميلاد وعناوين البريد الإلكتروني وصور الملفات الشخصية ومعلومات أخرى حول مستخدمى الخدمة.

المطلب الثاني

انتحال الشخصية كوسيلة لانتهاك الخصوصية

يقصد بانتحال الشخصية الحصول بوسائل احتيالية على معلومات من الإنترنت تخص شخصاً معيناً، مثل الاسم، وتاريخ الميلاد، والمهنة، والجنسية دون علمه، ويقع

^(٣٠) جاي روزين وهو نائب رئيس مجلس الإدارة في منتجات فيسبوك.

^(٣١) <https://ar.wikipedia.org/wiki/٢٠١٨?fbclid=IwAR0wTghM9wwLhsBqdk7eoFPouUB13hrBHEy389BVnj3HrvtyTKTvkD3RdQY>

^(٣٢) ألقابت، وهي الشركة الأم لجوجل.

^(٣٣) https://www.youm7.com/story/2018/12/11/ghov_rj_gg.dhvi_25/12/2018

ذلك في الأغلب الأعم بهدف ارتكاب جرائم احتيال إلكتروني، أن ينتحل الجاني هوية شخص معين، ويحصل على قروض أو بطاقات ائتمان، أو يقوم بفتح حساب مصرفي. وهناك مخاطر عديدة لانتحال الصفة عبر وسائل التواصل الاجتماعي ويتضح ذلك في قضية تتلخص وقائعها في قيام أم عمرها ٤٩ عاماً، بفتح حساب على موقع التواصل الاجتماعي ماي سبيس (MySpace) باسم "Josh Evans" ببيانات ولد مراهق، وقد بدأت بمراسلة صديقة ابنتها "Megan Meier" البالغة ١٣ عاماً، وبعد أن كسبت ثققتها، أبلغتها أن الحياة ستكون أفضل دونها ما قاد الفتاة إلى الانتحار، وقد أديننت المدعى عليها لاستعمالها حساب وهمي وتسببها في الحادث، وبهذا يتبين مخاطر استعمال الأسماء الوهمية في مواقع التواصل الاجتماعي^(٣٤)، كما أن استعمال الأسماء الوهمية في النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي قريب من نظام اللاسمية في النشر الصحفي التقليدي، والذي تكون فيه الصحيفة حرة في النشر من دون تحديد الكاتب، أو يكون الصحفي حراً في أن يذكر أو يخفي اسمه وشخصيته عند نشره، أو أن يستعمل اسماً وهمياً لا وجود له في الواقع، وقد اختلف الفقه بين معارض ومؤيد لنظام اللاسمية في النشر الصحفي إلا إنه استقر في أن نظام اللاسمية بات من حقوق الصحافة الراسخة في الوقت الحالي^(٣٥).

فعندما يستخدم الشخص اسم وهمي أو استعمال اسم مستعار يكون ذلك عائناً أمام القضاء لتحديد شخص المسؤول في حالات الإساءة للغير والتعدي على حقوقه، ومطالبة المتضرر بالتعويض عما أصابه سوء أكان الضرر مادي أو معنوي، كما يصعب تحديد أي من حسابات الشخص الذي تمت فيه الإساءة في حال استخدام الشخص الواحد لأكثر من حساب في موقع التواصل الاجتماعي.

وبالمقارنة بنظام الصحافة والإعلام، فنجد أن الوضع مختلف تماماً عن مواقع التواصل الاجتماعي، حيث يجبر المسؤول عن الصحيفة بوضع اسم الكاتب أو يجبر مسؤول المؤسسة الإعلامية بوضع مؤلفها في مقدمة المادة الإعلامية، وبخلافه يتحمل

(34) Daxton R. Stewart: Social media and the law a guidebook for communication students and professionals, Routledge Taylor & Francis, New York, 2013, p. 28.

(35) د/عباس علي محمد الحسيني، المسؤولية المدنية للصحفي، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣، ص ٥١ وما بعدها. د/تحسين حمد سمايل، المسؤولية المدنية للصحفي عن تجاوز حقه في التغطية الصحفية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٧م، ص ٢٠١ وما بعدها. د/ سالمان فوزي عمر، المسؤولية المدنية للصحفي، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م، ص ٢٤٦. د/ كاظم حمدان، المسؤولية المدنية عن النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة النهدين، ٢٠١٧م، ص ٤٢.

المسؤولون عن الصحيفة أو القناة المسؤولة عن الإساءة؛ لكن نجد في مواقع التواصل الاجتماعي لا صلة بين المواقع ومستخدميها ولا يمكن أن يجبر مسؤولو المواقع مستخدميها على استعمال أسمائهم الحقيقية من جانب الواقع التقني، إذن فمسألة معرفة الأسم الحقيقية لمستخدم الاسم الوهمي تثار بعد وقوع الضرر ورفع الدعوى، ولا تثار قبلها .

ولمواجهة هذه الإشكالية -استعمال الأسماء الوهمية في النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي- فلا يمكن من جانب الواقع التقني أن تلزم المستخدمين باستعمال أسمائهم الحقيقية، ولكن تكمن الحلول في توظيف التقنية ذاتها ومعرفة الهويات الحقيقية للمستخدمين في حال اعتدائهم على حقوق الغير من خلال نشرهم، فتلجأ سلطات الدولة لمعرفة هوية المستخدم الحقيقية في مواقع التواصل الاجتماعي من خلال طرق عدة.

ومن الأسباب الرئيسية للإختراق هو وصول التكنولوجيا الحديثة إلى ذروتها، فمن المعلوم أن بعض مواقع التواصل الاجتماعي كالفيسبوك تستطيع الإختراق عن طريق جمع المعلومات عن المستخدم كمعرفة أنواع المحتوى التي يعرضها أو يتفاعل معها والإجراءات التي يتخذها والأشخاص أو الحسابات التي يتفاعل معها وكذلك أوقات الأنشطة التي يقوم بها ومعدل تكرارها والمدة الزمنية لها، وعلى سبيل المثال، يقوم بتسجيل وقت استخدام المنتجات ومتى كانت آخر مرة قام باستخدامها وما أنواع المنشورات ومقاطع الفيديو وغيرها، وكذلك تجميع المعلومات المرتبطة بالمعاملات المالية منها؛ كمعلومات الدفع الخاصة بالمستخدم مثل رقم بطاقة الائتمان أو الخصم ومعلومات البطاقة الأخرى ومعلومات المصادقة والحساب الأخرى وتفاصيل الاتصال والشحن والفاتورة.

كذلك جمع معلومات من وعن أجهزة الكمبيوتر والهواتف المحمولة وأجهزة التلفزيون المتصلة بالإنترنت والأجهزة الأخرى المتصلة بالإنترنت التي يستخدمها للوصول إلى المنتجات⁽³⁶⁾، فالبيانات والمعلومات التي تقوم بجمعها مواقع التواصل الاجتماعي عن مستخدميها وتحفظ بها كافية لتحديد هوية الشخص الحقيقية؛ فعنوان (IP) هو العنوان الخاص بكل جهاز حاسوب متصل بالشبكة يميزه عن غيره ويحدد مكانه، ويسمح بالتعرف عليه⁽³⁷⁾، ويعد عنوان عنوان (IP) من أهم الوسائل الفنية لمعرفة هوية الناشر،

⁽³⁶⁾ <https://www.facebook.com/about/privacy/>

آخر زيارة للموقع ١٦/٤/٢٠٢٠م.

⁽³⁷⁾ من أربعة أجزاء يشير كل جزء منها إلى معرف خاص بصاحب العنوان، فمثلا لو كان (IP) يتكون عنوان الخاص بالناشر هو ١٨٩.٧٢.٥.٦٣٦ فإن الرقم (١٨٩) يشير إلى بلد جهاز المستخدم والمنطقة (IP) عنوان الجغرافية، والرقم (٧٢) يشير إلى المنظمة أو الجهة المزودة للخدمة، والرقم (٥) يشير إلى مجموعة الحواسيب التي ينتمي إليها الجهاز، أما الرقم (٦٣٦) فيعين الحاسوب والمستخدم

كما يمكن معرفة أماكن تواجد الشخص وحركاته عن طريق نظام تحديد المواقع العالمي الدقيق (GPS) الذي يحتفظ به موقع التواصل الاجتماعي^(٣٨).

المطلب الثالث

جمع البيانات الرقمية دون رضا أصحابها

إذا كان ظهور وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة قد أحدث طفرة نوعية في وسائل الاتصالات التي تتم بين الأفراد إلا أنها قد خلفت ورائها آثاراً وممارسات سلبية كان لها انعكاساتها على المجتمع عموماً، وعلى الأسرة بصفة خاصة^(٣٩) ومن ضمن هذه الممارسات تجمع البيانات الرقمية دون رضا أصحابها.

ولا تختلف البيانات الشخصية التقليدية عن البيانات الشخصية الرقمية إلا في أن الأخيرة تستخدم عند التعامل مع الوسائط الإلكترونية، فكلاهما عبارة عن البيانات الشخصية لكل إنسان التي تشمل اسم ولقب الشخص ورقم هاتفه والرقم البريدي والسن والجنس وتاريخ الميلاد والجنسية وغيرها من البيانات التي يمكن من خلالها تحديد صاحبها أو يكون قابلاً للتحديد، ولا ينكر أحد أن البيانات الشخصية للأفراد حق من حقوقهم الأساسية للصيقة بالشخصية والتي تجب حمايتها مدنياً وجنائياً^(٤٠).

وفي ظل الثورة الرقمية، والصحة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، فقد اختلفت المفاهيم بشأن حرمة الحياة الخاصة، حيث ساعدت على ظهور جوانب جديدة حيال فحوى ومضمون فكرة الحياة الخاصة للأفراد، جعلت من الأهمية ضرورة إضافة البيانات والمعلومات الشخصية لنطاق خصوصية الأفراد.

ويجب أن يتم تجميع البيانات الشخصية لأغراض محددة وشرعية، وأن يكون الهدف منها تحقيق مصلحة مشروعة، ويبدأ جمع البيانات من الشخص نفسه، حيث إنه من المعلوم عبر الشبكة أن غالبية المواقع الإلكترونية تطلب بيانات كالأسم والبريد

المطلوب ذاته. د/ أشرف جابر سيد: مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت عن المضمون غير المشروع، دراسة خاصة في مسؤولية متعهدي الإيواء، دار النهضة العربية ٢٠١٠م، ص ٢٢.

(٣٨) د/ كاظم حمدان، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٣٩) د/ طارق جمعة السيد راشد، مدى حجية رسائل التواصل الاجتماعي النصية في الإثبات، مجلة العلوم القانونية، جامعة عين شمس، مجلد ٥٨، عدد ٢، ص ٣٤٠.

(٤٠) د/ طارق جمعة السيد راشد، الحماية القانونية لخصوصية البيانات الشخصية في القانون القطري والمقارن المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل - مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص ١١، ع ٢٤، ٢٠١٧م، ص ٨٠.

الإلكتروني وغيره، ثم تحفظ هذه البيانات في العقول الإلكترونية مما يجعلها عرضه لآخرين يستطيعوا جمعها وإعادة تسويقها.

وقد تجمع هذه المعلومات بشكل تلقائي عند تصفح الإنترنت، مثل عنوان الكمبيوتر (IP) الخاص بالمستخدم؛ لأن كل كمبيوتر متصل بشبكة الإنترنت يتم منحه عنوانا يتكون من ٣٢ رقما، وكذلك المعلومات الخاصة بالمتصفح المستخدم ووقت وتاريخ زيارة الموقع وغيرها، وسواء أكانت تلك المعلومات مأخوذة من قبل المستخدم أو بشكل تلقائي عند دخوله على المواقع المختلفة، فإن الاحتفاظ بها داخل السيرفرات الخاصة بالمواقع، يمثل تهديدا لخصوصية الأفراد في العالم الافتراضي^(٤١).

فالعقول الإلكترونية تستطيع أن تجمع أكبر قدر ممكن من المعلومات والبيانات الشخصية وهو ما أشار إليه أحد الفقهاء حيث ذكر: "ظهر مؤخراً مصدر جديد للخطر على الحياة الخاصة وهو العقول الإلكترونية، فتستطيع العقول الإلكترونية تجميع أكبر قدر ممكن من المعلومات التي قد يدلي بها الشخص لسبب أو لآخر، وتستطيع أن تحتفظ بها إلى ما لا نهاية بحيث تمنع عنصر الزمن من إدخالها في طي النسيان، كما أن القدرة الهائلة للعقول الإلكترونية تمكنها من مزج المعلومات وتنظيمها وترتيبها بحيث تعطي في النهاية صورة متكاملة عن الشخص تكاد تكون أقرب للحقيقة، وانطلاقاً من معلومات متفرقة تبدو لأول وهلة تافهة الأهمية"^(٤٢).

وهو الأمر الذي يستخدم في الإعلانات، حيث إن معرفة سلوك المستخدم عبر الشبكة يحدد في النهاية، ماذا يحب؟ وماذا يكره؟ وماذا يريد بالتحديد؟ وبالتالي فيكون من اليسير على المواقع الدعائية توجيه الإعلانات التي تناسبه بالتحديد، ومن الشركات الشهيرة في هذا المجال، شركة Doubleclick، هذا من ناحية أولى، ومن ناحية ثانية فإنه يمكن سرقة هذه الملفات من جهاز المستخدم، واستخدام المعلومات التي يحتويها ملف الكوكيز في التصفح بدلا منه، وبمعنى آخر فإن ذلك قد يسهل اختراق الصفحات الشخصية التي تخص المستخدم وكذلك البريد الإلكتروني الخاص به، وأخطر من ذلك لو تم الاستيلاء على الكوكيز الخاص بصاحب الموقع، فإن ذلك يعني اختراق الموقع ذاته، باستخدام المعلومات الواردة داخل ملف الكوكيز، فقد يكون الشخص مدير (admin) لصفحة ما عبر الإنترنت، على إحدى الشبكات الاجتماعية على سبيل

(٤١) د/عثمان بكر، المسؤولية عن الاعتداء على البيانات الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، بحث منشور بمؤتمر كلية الحقوق جامعة طنطا في الفترة ٢٣، ٢٢، ٢٤/٤/٢٠١٩م، ص ١٣.

(٤٢) د/حسام الأهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية بدون سنة نشر، ص ٨.

المثال، ويتم سرقة ملفات الكوكيز الخاصة به، والدخول إلى الصفحة التي يديرها، وكل ذلك يشكل تهديداً لخصوصية المستخدمين عبر الإنترنت^(٤٣).

ولهذا فإن أي معالجة بتجميع البيانات أو غير ذلك يجب ألا يتم تجميعها إلا برضاء الشخص صاحب البيانات طبقاً للمادة السابعة^(٤٤) من لائحة البيانات الأوربية (٦٧٩) الصادر في ٢٠١٦م.

فلا بد أن يكون هناك موافقة صريحة من المستخدم قبل جمع بياناته، وأيضاً قبل استخدام البيانات ويشترط أن تكون الموافقة واضحة ويتم إيصالها للمستخدم بلغة يفهمها دون أي خداع أو كلمات تحمل أكثر من معنى وتوضح سبب وجيه لمعالجة المعلومات الشخصية أو تخزينها.

لذا يمنح الأشخاص الحق في معرفة المعلومات التي يتم تخزينها عنهم، وفيما سيتم استخدامها، وكل ذلك بعد الحصول على موافقة صريحة منهم بعمل ذلك.

ولذلك فرضت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات على إثر تفتيش قامت به عامي ٢٠٠٩، ٢٠١٠ - غرامة مائة ألف يورو على شركة جوجل لجمعها بيانات محتوى الهويات - كلمات المرور، تبادل رسائل البريد الإلكتروني عبر شبكات الواي فاي من أجل خدمتها الجديدة "جوجل ستريت فيو" وقد تعهدت جوجل بالتخلص من البيانات المخزنة^(٤٥).

غير أنه يعفى من هذا الإذن في حالة المعالجات التي تقوم بها جمعية أو أي مجموعة أخرى لا تستهدف الربح وذات طابع ديني أو فلسفي أو سياسي أو نقابي أو ثقافي أو رياضي، حيث عدت محكمة النقض الفرنسية أن قيام المرافق الصحية بتخزين

(٤٣) د/هيثم عيسى، مرجع سابق ص ٣٦٧ وما بعدها، د/ عثمان بكر: مرجع سابق، ص ١٦.

(٤٤) حيث نصت على أنه: "أولاً: عندما تعتمد المعالجة على الموافقة، يجب أن يكون المراقب قادراً على إثبات أن موضوع البيانات قد وافق على معالجة بياناته الشخصية.

ثانياً: ١- إذا تم تقديم موافقة موضوع البيانات في سياق إعلان مكتوب يتعلق أيضاً بمسائل أخرى، يجب تقديم طلب الموافقة بطريقة يمكن تمييزها بوضوح عن الأمور الأخرى، في شكل واضح ويمكن الوصول إليه بسهولة، باستخدام طريقة واضحة ولغة واضحة. ٢- أي جزء من هذا الإعلان الذي يشكل انتهاكاً لهذه اللائحة لن يكون ملزماً.

ثالثاً: ١- يحق لموضوع البيانات سحب موافقته في أي وقت. ٢- لا يؤثر انسحاب الموافقة على قانونية المعالجة بناءً على الموافقة قبل انسحابها. ٣- قبل الموافقة، يجب إبلاغ موضوع البيانات بها.

٤- يجب أن يكون السحب سهلاً مثل الموافقة.

رابعاً: عند تقييم ما إذا كان الموهوبة موافقة، تتخذ أقصى درجات الاعتبار سواء، في جملة أمور، أداء العقد، بما في ذلك توفير خدمة، غير مشروطة الموافقة على معالجة البيانات الشخصية التي ليست ضرورية لأداء هذا العقد.

(45) Cass.crim, 14 mars, 2006, disponible sur: www.Legi France.gouv-Fr.

البيانات الشخصية المتعلقة بالصحة العامة أو الحياة الجنسية أمر غير محظور، حيث جاء ضمن حيثيات الحكم أن تسجيل مرشحين للتبرع بالدم في ملف بيانات شخصية في ضوء أحكام الفقرة الثانية من المادة (٨) من القانون عدد ٧٨-١٧ المؤرخ في ٦ يناير ١٩٧٨م، لا يحظر في الفقرة الأولى من المادة نفسها جمع أو معالجة البيانات الشخصية المتصلة، خاصة المتصلة بصحة الأشخاص أو حياتهم الجنسية، لأغراض الطب الوقائي والتشخيص الطبي وإدارة الرعاية أو العلاج، أو إدارة الخدمات الصحية، بشرط أن يقوم بها عضو في مهنة الصحة أو شخص آخر يخضع لسرية مهنية؛ ويترتب على ذلك أنه حتى بدون موافقة صريحة من الشخص المعني على تخزين أو تخزين البيانات المتعلقة به، لا يمكن أن يقع سلوك موظفين والمؤسسات الصحية في هذا الصدد في نطاق التجريم المنصوص عليه في المادة (٢٦٢-١٩) من القانون الجنائي، الذي يشير في حد ذاته إلى الإساءات، المنصوص عليها في القانون^(٤٦).

وتظهر صورة الاعتداء على البيانات الشخصية بتجميعها دون رضا المستخدم في قيام بعض مواقع الإنترنت بتجميع هذه البيانات ومعالجتها وإرسالها لمواقع أخرى دعائية.

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القيام بمعالجة البيانات الشخصية دون الحصول على إذن أمر يعاقب عليه جنائياً، وذلك لعدم التقييد بالإجراءات الأولية التي يتطلبها القانون الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨^(٤٧)، وأيضاً عدت محكمة النقض الفرنسية أن تجميع عناوين البريد الإلكتروني للأشخاص دون علمهم يعد تجميعه غير مشروع للبيانات الشخصية يستحق فاعله العقاب، حتى ولو لم يتم حفظ هذه العناوين^(٤٨).

ومن ثم تعد البيانات الشخصية منجم ذهب للقائمين على الدعائية عبر شبكة الإنترنت، والسيرة المهنية "بروفيل" للعميل هدف يسعى إليه المعلنين كافة. فيبيع المشغل -في إطار هذه المعاملة- بيانات المستخدمين الشخصية الذين يترددون على موقعه، إلى شركات الإعلان، ثم تقوم الشركات بالإعلانية بإعداد قواعد بيانات تصنف من خلالها تحديد احتياجات المستخدمين ورغباتهم، ويتمثل الخطر الأكبر اليوم، في جمع البيانات الشخصية للمستخدمين، عن طريق المستخدم نفسه من

(46) Cass, crim, chambre criminelle, mercredi 8 juillet 2010, N° de pourvoi: 13-89297, Bulletin criminel 2015, n° 170.

مشار إليه، د/ عمرو بدوي، التنظيم القانوني لمعالجة البيانات الشخصية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٣١، ٢٠١٤م، ص ٣٢٧.

(47) Cass.crim, chambre criminelle, mardi 8 septembre 2015, Bulletin criminel 2015, n° 191.

(48) Cass.crim, 14 mars, 2006, disponible sur: www.Legi France. gouv-Fr.

خلال استضافته على شبكات التواصل الاجتماعي، "فيس بوك، ماي سبيس"^(٤٩) فهذه المواقع تدعو المستخدم لأن يدلي بنفسه ببياناته طواعية، من أجل الاشتراك في هذه المواقع وهي معلومات شخصية كثيرة، محددة وكاملة^(٥٠).

والواقع أن الشخص يدلي ببياناته بموافقته، دون وعي منه لما يترتب على ذلك من إعادة استعمال هذه البيانات، علاوة على ذلك، فإن هذه البيانات تفهرس وتنتشر وتستثمر دون تمكين صاحب البيانات من ممارسة حقوقه عليها.

وتكمن الخطورة في أن البيانات الشخصية أصبحت محلاً للتجار بها من قبل المواقع والشبكات، بل إن جاز القول أصبحت محط لاقتصاد جديد، وذلك لسهولة جمعها وانخفاض تكاليفها، وهو ما أدى إلى قيام الكثير من المنشآت التجارية إلى العمل في مجال جمع وبيع البيانات الشخصية.

المبحث الثاني،

المسؤولية التقصيرية عن انتهاك الخصوصية

تتحقق المسؤولية التقصيرية كلما أخل شخص بالالتزام العام الذي فرضه القانون عليه بعدم التعرض للغير، وذلك بارتكابه فعلاً ضاراً معيناً يؤدي بالنتيجة إلى الإضرار بذلك الغير.

وفي واقع الأمر، تختلف التشريعات الوطنية بموجب تقنينها المدني، في شروط الفعل الضار لقيام المسؤولية التقصيرية، فالقانون المدني الفرنسي، نص المادة (١٣٨٢) منه على أنه: "كل عمل أياً كان يسبب ضرراً للغير يلزم من حصل الضرر بخطئه أن يصلحه". في حين يشترط القانون المدني المصري أن يكون الفعل من قبيل الخطأ، إذ أن المسؤولية التقصيرية لا تقوم كقاعدة عامة إلا إذا كان الفعل خطأ، حيث نصت المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم

^(٤٩) ماي سبيس (بالإنجليزية: MySpace) هو موقع إلكتروني أحد وسائل تواصل اجتماعي يقدم خدمات الشبكات الاجتماعية على الويب تقدم شبكة تفاعلية بين الأصدقاء المسجلين في الخدمة بالإضافة إلى خدمات أخرى كالدونات ونشر الصور والموسيقى ومقاطع الفيديو والمجموعات البريدية وملفات الموصفات الشخصية للأعضاء المسجلين، أنشأت سنة ٢٠٠٣م على يد توماس أندرسون (Tom Anderson). يقع مقر الشركة في سانتا مونيكا في كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية حيث تم في ما بعد بيع الموقع لشركة "نيوز كوربوريشن"، يقع مقر الشركة الأم "نيوز كوربوريشن" في مدينة نيويورك.

طبقاً لموقع أليكسا إنترنت يعد موقع ماي سبيس هو الترتيب الـ ٢٠٤ على مستوى العالم والـ ١٤٤ على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية، كما أنه فقد الكثير من زواره منذ إنشاء وتطوير الموقع المنافس وصاحب الترتيب الأول عالمياً (Facebook).

^(٥٠) د/ عثمان بكر: مرجع سابق، ص ١٨.

من ارتكبه بالتعويض". وتتولى بالدراسة والبحث أركان المسؤولية التقصيرية لمعالجة البيانات الرقمية على النحو الآتي:

المطلب الأول: الخطأ الموجب للمسؤولية عن انتهاك الخصوصية.

المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية الناجم عن انتهاك الخصوصية.

المطلب الأول

الخطأ الموجب للمسؤولية عن انتهاك الخصوصية

يُعد الخطأ الركن الجوهري من أركان المسؤولية المدنية وعلى كل حال فيجب أن يكون هناك خطأ أو تعد من قبل منتهك الخصوصية، وهذا التعدي يجب أن يكون بشكل غير مشروع، حيث يكون التصرف الصادر منه يخالف مسلك الرجل المعتاد بالتصرفات وخارج حدود القانون، ويختلف الخطأ في المسؤولية العقدية عن التقصيرية، ففي الأولى يتمثل الخطأ في مخالفة شروط العقد، أما في الثانية فالخطأ يكون بالمخالفة لقاعدة قانونية.

كما أن الخطأ له صور متعددة كل صورة كفيلة بتحقيق ركن الخطأ، وتتولى بالدراسة والبحث بيان صور الخطأ الموجب للمسؤولية عن انتهاك الخصوصية على النحو الآتي:

الصورة الأولى- نشر أمور تتعلق بالحياة الخاصة عن طريق الصحف:

الاعتداء على الحياة الخاصة عن طريق الصحف، يتمثل في مجرد نشر وقائع الحياة الخاصة دون رضا صاحب الشأن، ومن ثم، فإن قيام الصحيفة بنشر ما يتعلق بالحياة الخاصة للشخص دون إذن ولا رضاه منه يجعل الخطأ متوفراً، وهذا الفعل لا يكلف المعتدى عليه بإثباته باعتباره هو الخطأ في حد ذاتها، ولا يستبعد هذا الخطأ لمجرد أن وقائع الحياة الخاصة محل النشر الحالي قد تم نشرها من قبل، سواء برضا صاحبها صراحةً أو ضمناً أو لمجرد تسامحه إزاء النشر السابق والذي تم بدون رضاه⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ RAVANAS (J), op.cit, note précitée (Cass. Civ. du 05/11/1996); KAYSER (P), op.cit, p 364.

راجع الأحكام الآتية:

T.G.I Nanterre, 15 fév. 1995, GAZ Pal 1995, 1, 282: Catherine ALLEGRET C / France Dimanche.

Le magazine a été condamné pour avoir publié un article sur cette actrice et qui ne faisait pourtant que reprendre des informations dévoilées par celle-ci dans son autobiographie.

الصورة الثانية- إفشاء البيانات الشخصية للمستخدمين:

المحافظة على خصوصية البيانات الشخصية مفهوم حضاري، ولذلك، تضع وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في مصر وتحت مسمى وزارة النقل والاتصالات وتقنية المعلومات في سلطنة عمان، وهي أيضاً هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات في السعودية⁽⁵²⁾ -بصفتها المنظم لقطاع الاتصالات وتقنية المعلومات وقطاع البريد- تنظيم التعامل مع البيانات الشخصية وحوكمتها كأحد أولوياتها الاستراتيجية.

ولهذا يلتزم من يتعامل مع البيانات الشخصية بتأمين حماية وسرية وأمن البيانات لمستخدميها وعملائها وزبائنها ومورديها، وكذلك احترام خصوصياتهم، وتطبيق سياسة حماية البيانات الشخصية على مجموعات البيانات وعمليات معالجتها على مواقع الويب الخاصة، وقد يتم جمع بيانات معينة، بعد موافقة مسبقة، تلقائياً نتيجة للعمليات التي تقوم بها على المواقع والتطبيقات، وذلك عن طريق ملفات تعريف الارتباط (كوكيز) أو تقنيات مشابهة مثل عنوان IP وبيانات تسجيل الدخول والتصفح ومراكز الاهتمام، والموقع الجغرافي، ويتم إرسال هذه المعلومات في كل مرة يتم التصفح فيها عبر المواقع المختلفة.

وفعل الكشف عن المعلومات والوقائع هو في الحقيقة من أخطر الأفعال التي تهدد الخصوصية في العالم الافتراضي، خصوصاً لو تم هذا الكشف ليس لشخص فقط، ولكن لجمهور الإنترنت كافة، وهو ما قد يسبب أضراراً بالغة خطوره على حياة الأشخاص الخاصة، وأساليب الكشف كثيرة ووسائله متعددة ومتطورة، وهي سمة ملازمه لجميع الأفعال التي تمارس داخل عالم الإنترنت، نافعها كانت أم ضارة⁽⁵³⁾.

فلا شك من وجود خطورة في الكشف عن المعلومه، كما هو واضح إلى الحد الذي أصبح يتسائل الفقه معه، هل المعلومه من الممكن أن تقتل؟ أو هل من الممكن

T.G.I Nanterre, 1ère ch. Civ. du 12/12/2001, L.P 189, Mars 2002 (Alain DELON Les juges déclarent que toute nouvelle publication relève du pouvoir discrétionnaire de l'intéressé et non de la publication.

⁽⁵²⁾ أنشئت هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات تحت مسمى (هيئة الاتصالات السعودية) بموجب قرار مجلس الوزراء الموقر رقم ٧٤ وتاريخ ١٤٢٢/٣/٥هـ وتم تغيير مسمى الهيئة بعد أن أنيطت بها مهام جديدة تتعلق بتقنية المعلومات ليصبح (هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات) بموجب قرار مجلس الوزراء الموقر رقم ١٣٣ وتاريخ ١٤٢٤/٥/٢١هـ.

⁽⁵³⁾ Dunne(R).Computers and the Law: An Introduction to Basic Legal Principles and Their Application in Cyberspace, Cambridge University Press, New York, 2009, p.196.

للإنترنت أن يقتل Can the interne tkill؟^(٥٤) وعلى أية حال سنتناول في هذه الجزئية قضيتين تم عرضهما أمام القضاء، ونوضح من خلالهما بعض أساليب الكشف عن الوقائع والمعلومات الشخصية عبر الإنترنت وخطورة ذلك، وهناك العديد من الأحكام بشأن انتهاك خصوصية الحياة العائلية منها، الحكم الصادر من محكمة استئناف شامبيري (Chambéry) في ١٠ من سبتمبر سنة ٢٠٠٩م أن الخوض في الأسرار العائلية بفضح تفاصيل الخلاف الدائر بين شخص وزوجته يعد انتهاكا صارخا للخصوصية بما يستوجب التعويض عن الضرر النفسي الناتج عن إنشاء هذه التفاصيل، وكانت إحدى زميلات الزوج في العمل قد كشفت عبر شبكة التواصل الاجتماعي عن اعتياده ضرب زوجته وسبها وتحطيم أغراضها وتمزيق ملابسها حينما يكون تحت تأثير إدمان الكحول، وأنها في طريقهما إلى الطلاق^(٥٥).

وكذا قضية (REMSBURG v. DOCUSEARCH INC)، والتي عرضت أمام المحكمة العليا في ولاية نيو هامشير وتتخلص وقائعها في إن docusearch هي شركة تقدم المعلومات عبر الإنترنت، قامت بتقديم معلومات الى السيد Liam youens، عن أحد عملائه وهي السيدة Amy lynnby ، نظير مبلغ معين من النقود تم دفعه عبر بطاقة الائتمان، وكان آخر المعلومات التي قدمها docusearch للسيد Youens هو عنوان العمل الخاص بالسيدة Amy ، والذي استخدمه بعد ذلك Youens في الوصول إليها، وأثناء خروجها من العمل قتلها بالرصاص ثم قتل نفسه بعد ذلك، ورغم أن القاعده العامه هي أنه ليس هناك واجب عناية يقع على أي شخص يجعله مسؤولاً عن الأفعال الإجرامية الواقعة على آخر ، طالما أن هذه الأفعال منسوبة إلى الغير ، وبالتالي فإن شركة docusearch لا تسال عن فعل السيد Youens إلا أن المحكمه انتهت إلى أن الشركه عندما كشفت عن المعلومات الشخصيه بالسيد Amy إلى أحد عملائها وهو السيد Youens لم تلتزم عناية الشخص المعتاد، فهي لم تتوقع أن الكشف عن تلك المعلومات الشخصيه ومايمثله ذلك من انتهاك للخصوصية يمثل خطراً كبيراً على حياة السيد Amy والتي كانت محل مطارده وملاحقه (stalking) من السيد youens فكيف للشركه ألا تتوقع أن فعلها وهو يعتد

(54) Sweet (M).CAN THE INTERNET KILL? HOLDING WEB INVESTIGATORS SLE FOR THEIR CRIMINAL CUSTOMERS. Duke University School of Law. <http://law.duke.edu.enderson> (H). Internet Predators. Infobase Publishing. New York.2005.p73.

(55) CA Chambéry, ch. civ., 15 sep. 2009: Contentieux Judiciaire, Inédit, LexisNexis.

تعدياً على حماية الخصوصية، يمثل خطراً على السيدة Amy، ولهذا فإن المحكمة عدت الشركة مسؤوله عن إهمالها في ذلك^(٥٦).

وكذا قضية (YATH v. FAIRVIEW CLINICS) والتي عرضت أمام محكمة استئناف ولاية مينيسوتا، وتتلخص وقائعها في أن عامل قد اطلع خلسة على السجل الطبي لأحد المرضى وهي سيدة تدعى Yath وعرف أنها كانت مريضه بأحد الأمراض الجنسية نتيجة ممارسة الجنس مع شخص غير زوجها، وقام هذ العامل بالكشف عن هذه المعلومات لعامل آخر، والذي كشف أيضاً عن هذه المعلومات إلى آخرين، كان من بينهم زوجها التي انفصلت عنه، ولكن لم يقف عند هذا الحد فقد أنشأ شخص ما على موقع my space وهو أحد الشبكات الاجتماعية الشهيرة، ونشر على صفحه المعلومات الطبيه الخاصه بالسيدة المذكور تم تداول القضية حتى وصلت إلى محكمة الاستئناف، التي قضت بأن نشر المعلومات أو الوقائع الخاصة أو السرية عبر الانترنت يعد انتهاك للخصوصية^(٥٧).

الصورة الثالثة- تجميع، أو معالجة أو تخزين البيانات الشخصية المستخدمين بدون رضاء المستخدم ولغرض غير مشروع:

جرم القانون المصري ١٧٥ لسنة ٢٠١٨م في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات تخزين البيانات أو المعالجة أو تجميعها، والقانون الفرنسي^(٥٨)، وفي تشرين الثاني عام ٢٠١١م، بعد مراجعات من قبل جمعيات الدفاع عن الحياة الخاصة، تم إبرام اتفاق بين فيسبوك وبين لجنة التجارة الفيدرالية، حيث التزم فيسبوك بالحصول على الموافقة الصريحة والإيجابية للمستهلكين قبل نشر تعديلات تلغي إعداداتهم للخصوصية، وعلى

⁽⁵⁶⁾ Remsburg v. Docusearch, Inc., A.2d (2003 WL 346260, Sup. Ct., N.H., 2003)

⁽⁵⁷⁾ Yath v. Fairview Clinics, N.P., 767 N.W.2d 34 (Minn. Ct. App. 2009) 1009.

مشار إليه د/ هيثم عيسى: مرجع سابق ص ٦٠١.

^(٥٨) وقد نصت المادة (٨) من قانون المعلوماتية الفرنسية على أنه: " يحظر جمع أو معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، والتي من شأنها أن تكشف، بشكل مباشر أو غير مباشر، عن الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو العقيدة الدينية أو الانتماء النقابي للشخص، أو تلك التي تتعلق بصحته أو بحياته الجنسية".

Il est interdit de « collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci ».

وقف الوصول إلى بيانات المستخدم بعد انقضاء ٣٠ يوم على إلغاء حسابه على فيسبوك^(٥٩).

وتطبيقاً لذلك عدت اللجنة القومية للحريات إنشاء موقع على شبكة الإنترنت يتضمن تجميعاً للبيانات الشخصية للمستخدمين له بهدف إرسال نشرات دورية لهم أمر يتطلب إخطار اللجنة القومية للحريات قبل إنشاء هذا الموقع^(٦٠).

وفي حكم آخر أيدت المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس الحكم بالعقاب الجنائي على شركة فرانس تيليكوم لعدم قيامها بالإخطار عن نظام معالجة للبيانات الشخصية يقوم على تسجيل محادثات الموظفين مع العملاء، حيث اعتبرته معالجة للبيانات الشخصية للعملاء والموظفين، يقتضي إخطار اللجنة القومية به^(٦١).

الصورة الرابعة- الدخول غير المشروع من الغير:

والدخول غير المأذون به هو معنى مرادف للاختراق hacking وقد وضحنا فما سبق، ونؤكد هنا على أن هذا الفعل هو من أكثر الصور خطورة على الخصوصية في العالم الافتراضي، ذلك أنه يجعل ببساطه كل المحتوى الخاص بالشخص والمخزن لدى جهازه الخاص أو في موقعه أو صفحته الشخصية أو بريده الإلكتروني، متاح للشخص المخترق يغير فيه أو ينشره أو يستغله بأي وجه من الوجوه^(٦٢)، وفي الحقيقة أن البيانات الشخصية الموجودة في قواعد البيانات على كمبيوتر متصل بشبكة، يكون هدفا سهلا للقراصنة الذين يقومون بالدخول إلى قواعد البيانات وسرقة هذه البيانات الشخصية واستخدامها استخداما غير مشروع أو على الأقل بيعها لجهات أخرى^(٦٣).

⁽⁵⁹⁾ Céline Castets -Renard, Droit de l'Internet: Droit français et européen, 2ème edition, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 81.

⁽⁶⁰⁾ CNIL, Délibération 99-026 du 22 avril 1999, délibération portant modification de la norme simplifiée no23 concernant les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la gestion des membres des associations a but non lucratif régies par la loi du 1er juillet 1901, et disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

⁽⁶¹⁾ T.G.I Paris, 1 ère Ch, Sec.soc, 4 avril 2006, op.cit.

⁽⁶²⁾ Morley (D) &Parker(C).Understanding Computers: Today and Tomorrow Introductory.Cengage Learning, Stamford, Connecticut. U.S. 2012.p384.

⁽⁶³⁾ Murielle-isabelle CAHEN, Intrusion dans un système de traitement automatisé de données et aspiration d'un site web: quels enjeux pour le droit, Art disponible sur: www.juriscom.net, la date de mise en ligne est:21/10/2018.

الصورة الخامسة-انتحال شخصية أحد المستخدمين لوسائل التواصل الاجتماعي:

يُقصد بانتحال الشخصية الحصول بوسائل احتيالية على معلومات من الإنترنت تخص شخصاً معيناً، مثل الأسم، وتاريخ الميلاد، والمهنة، والجنسية دون علمه، ويقع ذلك في الأغلب الأعم بهدف ارتكاب جرائم احتيال إلكتروني، أن ينتحل الجاني هوية شخص معين، ويحصل على قروض أو بطاقات ائتمان، أو يقوم بفتح حساب مصرفي^(٦٤).

ومن الأساليب الشهيرة التي يتم استخدامها لانتحال شخصية أحد المستخدمين ، انتحال الهوية الرقمية بواسطة برمجيات تستخدم لالتقاط كلمة السر أثناء تصفح المستخدم لبعض المواقع الإلكترونية الزائفة غير الموثوق فيها، وذلك عن طريق ما يتعارف على تسميته بالتصيد (Hameconnage)، بحيث يدخل المستخدم إلى أي من هذه المواقع بعد أن تظهر له رسالة إلكترونية خادعة تدعوه لزيارة هذه الموقع وتغريه بالمزايا التي يستحقها حال دخوله، وعند الدخول والتصفح للموقع تسرق كلمة السر أو عنوان بروتوكول الإنترنت الخاص بجهازه أو رقم بطاقة الائتمان الخاصة به أو غير ذلك من البيانات الشخصية أو المعلومات التي يحتفظ بها، وبالتالي يتم انتحال شخصيته وانتهاك خصوصياته.

كذلك فإن الرسائل الإعلانية والبريد الإلكتروني المتطفل (Spam) وزراعة الفيروسات بهدف الاختراقات الرقمية ونقل البيانات والمعلومات، كلها طرق تقنية تهدف إلى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والاحتيايل الرقمي المفضي إلى انتحال هوية المستخدم^(٦٥).

ولعل من أكثر الصور شيوعاً وانتشاراً في التعدي على الخصوصية عبر شبكات التواصل الاجتماعي حالات انتحال أسماء الشخصيات واستغلالها، إذ يقوم المنتحل بإنشاء حساب شخصي على موقع التواصل الاجتماعي يحمل اسم الشخصية وصورها التي يرغب في انتحالها، وهو يهدف من وراء ذلك إلى الحصول على بيانات ومعلومات يستخدمها في ارتكاب أفعال غير مشروعة، وقد يدفع هذا المظهر الخادع بعض المشتركين إلى الاعتقاد بأن الحساب منسوب إلى صاحبه الفعلي، وهو ما يمثل انتهاكاً للحق في الحياة الخاصة، ولا نقوتنا الإشارة في هذا السياق إلى أنه مما يعزز من قدرة المنتحل على انتحال الشخصيات كثرة البيانات الشخصية التي يكشف عنها الضحية بشكل اختياري عبر صفحته الخاصة وسهولة الوصول إليها، لاشك في أن انتحال

(٦٤) د/ دينا عبد العزيز، الحماية الجنائية من إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨م، ص ١٢١.

(٦٥) د/عزة محمود خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤م، ص ٢٦٢.

الشخصيات العامة عبر مواقع التواصل الاجتماعي بات يشكل في الوقت الراهن معاناة فعلية لكثير من مشاهير السياسة والإعلام والفن والرياضة على وجه الخصوص، لاسيما وأن هناك من ينجح في تقمص شخصياتهم عبر هذه المواقع، وإقناع الآخرين بأنه بالفعل هو الشخص المشهور، وغالباً ما يعقب انتحال الشخصية جرائم سرقة بيانات أو عمليات نصب واحتيال أو استيلاء على أملاك الغير أو غير ذلك من الجرائم.

وبالرغم من نجاح مواقع التواصل الاجتماعي وتطورها، فإن مجرمي الإنترنت أحياناً يستغلون الثغرات الموجودة في نظام معلوماتي معين لاخترق هذا النظام، سواء لسرقة البيانات الشخصية للمستخدمين، أو للاطلاع على المعلومات المتوفرة في النظام ونسخها واستغلالها، وبناء على ما سبق فإنه يعد قيام أحد الأشخاص بانتحال شخصية أحد المستخدمين (الضحية) من أجل إستغلال شخصية لأي غرض يعد ذلك انه ارتكب خطأ تقصيراً.

الصورة السادسة- إرسال برامج ضارة (فيروسات) من مستخدم لآخر:

فيروس الكمبيوتر هو برنامج صغير ينتشر من جهاز كمبيوتر إلى آخر ويعرقل عملية تشغيل جهاز الكمبيوتر، وقد يقوم الفيروس بإتلاف البيانات الموجودة على جهاز الكمبيوتر أو حذفها أو استخدام برنامج البريد الإلكتروني لنشر الفيروس على أجهزة كمبيوتر أخرى، بل يمكن أن يقوم بحذف كل شيء محفوظ على القرص الثابت.

ويسهل انتشار فيروسات الكمبيوتر عن طريق المرفقات برسائل البريد الإلكتروني أو عن طريق رسائل المراسلة الفورية، ولذلك يجب اتخاذ الحذر والحيطه عند فتح مرفق من مرفقات البريد الإلكتروني، فمن السهل أن تتخفى الفيروسات لتبدو وكأنها مرفقات تتضمن صوراً مرحة أو بطاقات تهنئة أو ملفات صوت وفيديو، كما يمكن أن تنتشر فيروسات الكمبيوتر عن طريق التنزيلات عبر الإنترنت، كما يمكن وجود متخفية في البرامج المقرصنة أو في ملفات أو برامج أخرى يتم تنزيلها.

ويكون الهدف من إرسال الفيروسات هو إحداث أكبر ضرر ممكن لأنظمة الحاسب بالمستخدم؛ نظراً لما لهذه الفيروسات من سرعة الانتشار والانتقال عبر الحدود من مكان لآخر.

لذا فإن القائمين على نشر الفيروسات قد لا يدخلون إلى تلك المواقع، ويكتفون بإرسال تلك الفيروسات عبر الإنترنت فقط، كما أن الدخول إلى النظام لا يترتب عليه الإلغاء أو الحذف أو التدمير أو الإنشاء أو الإتلاف أو التغيير أو النسخ أو النشر أو

إعادة النشر لأي بيانات أو معلومات فقط، وإنما قد ينجم عنه تعديل في البيانات المخزنة آلياً، أو ضعف أداء هذا النظام^(٦٦).

والفيروس له قدرة على السيطرة الكاملة على البيانات بل تجنيده لإنتاج نسخ جديدة منه، كما إن له قدره على الأخطاء لمدة طويلة، وله القدرة على الانتشار السريع، إضافه إلى أنه يصعب اكتشاف المصدر الأصلي لفيروس البيانات، ويستهدف أيضاً البيانات المخزنة في السيرفرات ويطلق عليه في هذه الحالة (فيروس التلاعب في البيانات) الذي يعرف بأنه برنامج فيروسي يتم إنشاؤه ليتحرك بصفة خاصة من ملف إلى آخر لكي يحصل على معلومات محددة أو يعدلها أو يحل محلها.

ويكون هناك خطأ من مقدم خدمة التواصل عندما يعلم بوجود بعض البرامج المفترسة على النظام ولا يقاومها، أو يستخدم ضدها بعض الطرق الفعالة لإزالتها أو إيقاف عملها أو على تحذير المستخدمين بكيفية تجنب مخاطرها.

الصورة السابعة- عدم قيام مقدم خدمة التواصل بإزالة المحتوى غير المشروع فور علمه بصفقتها غير المشروع:

ويؤسس الخطأ العقدي في هذه الصورة نتيجة ما يضعه المهنيون تحت تصرف المستهلكين جملة من الأشياء (آلات، تقنيات حديثة....) تستعمل كوسيلة لتنفيذ التزام تعاقدى مثل أن يضع مقدم خدمة التواصل بعض البرامج التي تمكن العميل من الاستخدام الأمثل للخدمة، وبشأن الخطأ الناشئ عن الإخلال بالالتزام عقدي، نلاحظ أن قانون معلومات الكمبيوتر الموحد الأمريكي (UCITA)، نص في المادة (٧٠١) منه على "أن الإخلال بتنفيذ الالتزام، يتحقق عندما يخفق المتعاقد بدون عذر في تنفيذ الالتزام في الميعاد المناسب على النحو المتفق عليه أو المنصوص عليه في القانون، أو يجحد العقد أو يتجاوز في تنفيذ الالتزام أو غير ذلك بما لا يتفق مع الالتزامات المنصوص عليها في القانون أو الاتفاق بين الطرفين.

وفي هذه الصورة يسأل مقدم خدمة التواصل عن خطأه العقدي وهو عدم إزالة المحتوى غير المشروع فور علمه بالصفة غير المشروعة للمحتوى الذي يتسبب بأضرار لبعض المستخدمين، ومن التطبيقات العملية على عدم قيام مقدم الخدمة بإزالة المحتوى غير المشروع، قيام فتاة بالانتحار حيث نشرت CNN في تشرين الثاني نوفمبر ٢٠٠٥ مقالا يتعلق بوالدين ألقيا اللوم على مجموعة إخبارية على الإنترنت بسبب انتحار إبنتهما البالغة من العمر ٣٢ عاما (Suzanne Gonzales)، حيث تبين أن الفتاة كانت عضوا في مجموعة إخبارية، يمكن للأعضاء من خلالها أن يقوموا

(٦٦) د/ دينا عبد العزيز، الحماية الجنائية من إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٨٥.

بتزويد بعضهم البعض بتقديم طرق للانتهاح^(٦٧)، وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم حديث بجلستها ٢٧/٤/٢٠١٧، حيث انتهت فيه إلى إدانة شخص قام بإنشاء صفحة على الفيس بوك، وقام باستغلالها وترويج أفكار متطرفة، كما أدانته بقيامه بنشر بيانات وأسماء ضباط ورجال شرطة والتحريض على العنف قبلهم^(٦٨).

الصورة الثامنة- نشر صورة الشخص بغير إذنه:

لا يجوز تصوير شخص دون إذنه، ويزداد المنع تأكيداً إذا اشتمل التصوير على الاستهزاء به والضحك عليه، أو فضحه بمعصية، فإن في ذلك أذية للمسلم، وقد نهينا عن ذلك. قال الله عز وجل: **وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا^(٦٩)**، وتصوير الأشخاص في مكان خاص بهم دون إذن منهم، يعد انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة، فالصورة هي التي تشير لشخصية صاحبها خلال حياته الطبيعية تعد مساساً بالخصوصية التي كفلها الدستور والقانون.

عقوبة انتهاك حرمة الحياة الخاصة هي الحبس مدة لا تزيد على سنة وسواء كان هذا الانتهاك بالنقاط صور لهم في مكان خاص، وفق المادة (٣٠٩) مكرر من قانون العقوبات، وتمتد العقوبة لتشمل كل من سهل أو أذاع أو شارك في نشر الصور، ويعاقب بالحبس أيضاً مدة لا تزيد على سنة.

ويؤكد الفقه^(٧٠)، والقضاء الصلة الوثيقة التي تربط بين الحق في الخصوصية والحق في الصورة، فالثابت أن صورة الإنسان هي انعكاس لشخصيته بحكم كونها المرآة التي تعبر عن حقيقة مشاعرهن ولذلك فإن الماس بها يشكل انتهاكاً للحق في الحياة الخاصة، ولقد أقرت التشريعات بحق كل شخص في صورته^(٧١)، وعاقبت كل من التقط أو نقل بجهاز، أيّاً كان نوعه، صورة شخص في مكان خاص^(٧٢)، ومن ثم فإن النشر غير المأذون به لصورة الشخص يمثل تعدياً على حقه، بما يخوله إقامة دعواه اعتراضاً

⁽⁶⁷⁾Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 8.

^(٦٨) محكمة النقض المصرية، الدائرة الجنائية، طعن ٢٩٩٥٣، لسنة ٨٦ قضائية. موقع محكمة النقض المصرية.

<https://www.cc.gov.eg/>

^(٦٩) سورة الأحزاب: ٥٨.

^(٧٠) د/ سعيد جبر، الحق في الصورة، مطبعة دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٦، ص ١١٥.

^(٧١) راجع المادة ١٧٨ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، وكذلك المادة (٢٩) من قانون الملكية الفكرية الكويتي رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩م، راجع المادة (٣٦٨) من قانون العقوبات المصري.

^(٧٢) ومن أشهر التطبيقات القضائية الفرنسية التي تدور وقائعها حول تصوير أشخاص بدون علمهم ونشر صورهم من دون إذن بوسائل الإعلام المختلفة، راجع:

Cass. Civ., 5 Nov. 1996 J.C.P. 1997.

على هذا النشر، فضلاً عن مطالبته للمسؤول بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب الاعتداء على خصوصيته.

وبديهي أن نشر صورة الشخص بغير إذنه عبر شبكات التواصل الاجتماعي يمثل انتهاكاً لخصوصيته، ونذكر من التطبيقات الحديثة للقضاء الفرنسي ما قضي به من أن النشر عبر شبكة (Facebook) لصور إحدى السيدات التقطت بها وهي عارية في إطار علاقة غرامية يعد نشرًا غير مشروع، بما يمثل انتهاكاً لحقها في الخصوصية، طالما أن النشر قد تم دون رضائها.

الصورة التاسعة- استخدام البيانات من قبل مقدم الخدمة في أغراض إعلانية:

من أكثر صور الانتهاك لخصوصية البيانات والصور عبر مواقع التواصل الاجتماعي أن يسمح مقدم الخدمة باستغلالها في أغراض الإعلانات.

حيث تعد بيانات المستخدم مورداً مالياً مهماً لمواقع التواصل الاجتماعي، تستغلها في الحصول على مبالغ طائلة من المعلنين مقابل تقديمها لهم^(٧٣) باعتبارها قاعدة بيانات تكشف عن ميول واهتمامات المستخدمين، ومن أهم هذه البيانات؛ سن المستخدم وجنسه وحالته العائلية ومحل إقامته وميوله الاجتماعية واهتماماته الشخصية وهواياته الخاصة، وهي جميعاً -بلا شك- بيانات ذات طابع شخصي مما يخضع جمعها لشروط معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، والتي تتمثل في الرضاء المحدد والصريح والمتبصر للمستخدم^(٧٤)، ومع حقيقة انتهاك بعض الأشخاص للخصوصية على شبكات التواصل الاجتماعي، اتضح وجود انتهاكات من قبل الشركة نفسها، وعلى سبيل المثال ما قامت به شركة الفيسبوك في عام ٢٠١٥م، بعد إعلانها على تعديل سياسة استخدام البيانات ما دعا إلى تشكيل لجنة لمراقبة مدى التزام الموقع، والتحقق من امتثال الشبكة الاجتماعية للقانون تكنولوجيا المعلومات والحريات بفرنسا، وهذه الانتهاكات عديدة لقانون حماية البيانات على وجه الخصوص، حيث تبين أن الفيسبوك انتقل إلى مجموعة ضخمة من البيانات الشخصية لمستخدمي الإنترنت لأغراض استهداف إعلانات عن آراء سياسية، أو آراء دينية، أو ميولات جنسية) والتي لا تجمع شركاتها موافقة صريحة من مستخدمي الموقع، وقد تم فرض جزاءات مالية في ٢٩ كانون الثاني/ يناير نتيجة عدم امتثال الفيس بوك لقانون حماية البيانات، حيث قرر

(73) W. J. Maxwell, T. Zeggane et S. Jacquier.CCC n° 6 de juin 2008, étude 8 « Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et aux Etats-Unis.

(٧٤) د/ أشرف جابر سيد، د/خالد بن عبد الله الشافي: حماية خصوصية مستخدمى مواقع التواصل الاجتماعي فى مواجهة انتهاك الخصوصية فى موقع فيس بوك"، دراسة مقارنة فى ضوء النظام السعودى، بحث منشور بمجلة حقوق حلوان، ٢٠١٣م، ص ١٣.

رئيس اللجنة البدء في إجراءات جزائية ضدها، ولذلك اجتمعت اللجنة وأعلنت فرض جزاءات، في ٢٣ آذار / مارس ٢٠١٧ ففرضت جزاء ١٥٠.٠٠٠ يورو ضد الفيس بوك، ويبرر مقدار هذه العقوبة والدعاية لها عدد الانتهاكات وخطورتها التي تهدد ٣٣ مليون مواطن فرنسي^(٧٥).

المطلب الثاني

الضرر وعلاقة السببية عن انتهاك الخصوصية

الضرر في القانون هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته، وهو واجب التعويض مهما كان نوعه مادياً كان أو معنوياً، مما يؤدي إلى المسؤولية القانونية للشخص الذي يرتكب الفعل الضار، وترجع أهمية الضرر باعتباره أحد أركان المسؤولية المدنية، فلا بد من توفره ليتم البحث عن الأركان الأخرى، فلا يكفي أن يقع من الفاعل فعل خاطئ لكي تنهض في مواجهته المسؤولية عن هذا الفعل طالما لم يترتب على ذلك الخطأ ضرر أثر بالمضروب وتوفرت شروطه القانونية.

كما أن لعلاقة السببية أهمية كبرى في مجال المسؤولية المدنية، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث، فهي تستقل تماماً في كيانها عن الخطأ، فإذا وقع الضرر وكان السبب في وقوعه هو خطأ المسؤول، فإن المسؤولية المدنية تنشأ في هذه الحالة، وتنولي بالدراسة والبحث الضرر وعلاقة السببية عن انتهاك الخصوصية على النحو الآتي:

أولاً- الضرر الناجم عن انتهاك الخصوصية:

لا تتحقق المسؤولية بمجرد ارتكاب الفاعل فعلاً يشكل انحرافاً في السلوك، إنما لابد لقيام هذه المسؤولية من أن يترتب ضرر يصيب الغير بسبب ذلك الفعل^(٧٦)، وبشكل عام فإن الضرر المادي يشكل تعدياً على حق من حقوق الإنسان في سلامة نفسه وممتلكاته فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يغتصبها أو يحول دون مالكها واستعمالها أو استثمارها، والضرر هو حجر الزاوية في قيام المسؤولية العقدية والنقصيرية، لذا قرر القانون المدني المصري في المادة (١٦٣-١) كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(75) Deration relative à la sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés FACEBOOK INC. et FACEBOOK IRELAND "SAN-2017-006 du 27 Avril 2017.

(٧٦) د/ هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثه، ١٩٩٢م، ص ٧٧.

١ - مفهوم الضرر الناجم عن انتهاك الخصوصية:

يعد الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية بصفة عامة سواء كانت تقصيرية أم عقدية؛ ذلك لأنه لا يمكن تصور مسؤولية دون ضرر^(٧٧)، فإذا انتفى الضرر، فلا تقبل دعوى المسؤولية؛ لأنه لا دعوى بغير مصلحة وفقاً للقواعد العامة في التقاضي، وكذلك وفقاً للقواعد الخاصة التي تحمي الحياة الخاصة، حيث إن انتفاء الضرر ينفي المسؤولية وبالتالي فلا تعويض، وهذه قاعدة لا استثناء لها^(٧٨).

ويعرف الضرر بأنه المساس بحق من حقوق المضرور أو المساس بمصلحة مشروعة له؛ سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه أو اعتباره، ونحو ذلك من الأمور^(٧٩)، وعرفه البعض بأنه: "الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو في مصلحة مشروعة، سواء انصب على حياته أو جسمه أو ماله أو عواطفه وشعوره"^(٨٠)، وفي إطار المسؤولية العقدية فإن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع فقط، أي الضرر الذي يكون في استطاعة المدين أن يتوقعه ببذل عناية الرجل المعتاد، ولا يشمل غير المتوقع إلا في حالي الغش أو الخطأ الجسيم، أما الضرر غير المباشر فلا تعويض عنه مطلقاً^(٨١).

والسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع لو كان مباشراً؛ لأن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين؛ لأنهما لم يتوقعانه^(٨٢). ومن ثم فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، وبالتالي فلا تعويض عنه إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً، وعليه إذا ارتكب أحد المزودين غشاً أو خطأً جسيماً، فإن التعويض في هذه الحالة يشمل الضرر المباشر بنوعية المتوقع وغير المتوقع.

^(٧٧) د/ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، بند ١٠٧، ص ٥٢٢.

^(٧٨) د/ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج ٢، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع إثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٩م، ص ١٤٢.

^(٧٩) د/ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م، ص ١٢٧. د/ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، مكتبة صادر، دون مكان نشر، ط ٢، ١٩٩٩م، ص ٢٥٥.

^(٨٠) د/ مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية ص ١٠٣.

^(٨١) د/ رزوق سليمان: مرجع سابق، ص ٣٣٦.

^(٨٢) د/ عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص ٦٦٤.

ويأخذ الفعل الضار الإلكتروني أشكالاً مختلفة وصوراً متعددة، وهي تزداد عدداً كلما ازداد التطور التكنولوجي في مجال الحاسبات الإلكترونية، وكلما ازداد عدد الناشطين من ذوي القدرات الخاصة الإلكترونية^(٨٣)، والضرر الناشئ عن انتهاك الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي مثله مثل الضرر بوجه عام.

ويلاحظ أن المحاكم تحكم للمعتدي على حقه في الحياة الخاصة بالتعويض في بعض الحالات، رغم عدم توفر الضرر سواء كان الاعتداء عن طريق التقاط الصورة دون علم ولا رضا صاحبها، أو كان عن طريق نشر وقائع تمس بالحياة الخاصة لصاحبها^(٨٤) غير أن هذا الرأي ليس صحيحاً لأنه صادر عن معارضين احترام الحق في الحياة الخاصة للأشخاص الشهيرة لا أكثر^(٨٥).

ومن وجهة نظرنا أن المحاكم قد استجابت لطلب المعتدي عليهم في التعويض فلأنها رأت أن هناك فعلاً اعتداء على الحياة الخاصة لهؤلاء، سواء بالنسبة إلى القضايا التي نظرت فيها قبل صدور المادة (٩) من التقنين المدني الفرنسي أو بالنسبة إلى تلك التي حدثت ونظرت فيها بعد صدور هذه المادة، ومما كان يدعم القضاء في موقفه وقراراته، أولاً سوء نية المعتدي في الحالات التي وقع بها الاعتداء على صورة الضحايا التي التقطت لهم هذه الصور بألة تصوير عن بعد.

والمضروب هو الذي يتحمل عبء إثبات الضرر، وله في سبيل ذلك استعمال جميع طرق الإثبات، لأننا بصدد إقامة الدليل على واقعة مادية، ثم إنَّ التثبت من وقوع الضرر أمر يستقل بتقريره قاضي الموضوع.

٢- أنواع الضرر الناجم عن انتهاك الخصوصية: النوع الأول- الضرر المادي:

هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو مصلحة) سواء كان الحق مالياً (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) ويكون ضرراً مادياً إذا نجم عن هذا

^(٨٣) د/ نائل علي المساعد: أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، بحث منشور بالجامعة الأردنية، مجلد ٣٢، عدد ١، ٢٠٠٥م، ص ٥٩.

^(٨٤) راجع قضية الرسام الإسباني Pablo PICASSO المشار إليها سابقاً حول نشر كتاب يتضمن وقائع من حياته الخاصة حيث يعاتب الرسام دار النشر CALMANN- LEVY.

على نشر كتاب في شكل سيرة ذاتية اشتركت زوجته السابقة Françoise GILOT في كتابته مع Carlton LAKE وكان يتضمن وقائع تمس بحياته الخاصة حيث تم النشر نون علمه ولا رضاعه. CA. Paris, 1^{ère} ch Civ. arrêt du 06/07/1965, G.P. 1966, 1.J39: PICASSO C/Ed. CALMANN-LEVY

^(٨٥) د/ حسام الأهواني، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

المساس إنتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من تلك الحقوق أو غير مالي؛ كالمساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان؛ كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر للعمل يترتب عليه ضرر مادي أيضاً، وعرف الضرر المادي بأنه: "إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً، ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع^(٨٦)." فالضرر المادي إذن شرطان (١) أن يكون هنالك إخلال بمصلحة مالية للمضرور (٢) أن يكون محققاً^(٨٧).

(١) الإخلال بمصلحة مالية للمضرور:

من المقرر -في قضاء محكمة النقض- أنه يشترط للحكم بالتعويض المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع فعلاً أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً والعبارة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر هي ثبوت أن المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته، ويقضى بالتعويض على هذا الأساس^(٨٨). ويظهر الضرر المادي بصفة أساسية في مجال الاعتداء على الحياة الخاصة بواسطة الصورة، فإذا قبلت إحدى الشخصيات من ذوي الشهرة (مهما كان ميدان شهرتها كما سبق بيانه سالفاً)، نشر صورتها مجاناً من أجل الدعاية لها، فلا يجوز استعمال هذه الصورة لأغراض أخرى وتحويلها إلى أهداف أخرى تحقق مصلحة المصور التجارية، وإذا حدث ذلك فعلاً؛ فإنه ينشأ لهذه الشخصية الضحية الحق في التعويض عما يكون قد لحقها من ضرر مادي يتمثل في الخسارة اللاحقة بها، والكسب الذي فاتها لو علمت بأن صورتها مستغلة تجارياً، ولم يكن لها نصيب في مدخول هذه العملية باهظة الأرباح المصور^(٨٩).

ويطبق الحكم نفسه في حالة التركيب في الصورة على الشكل الذي تم بيانه عند التعرض للمسؤولية الجنائية على هذا النوع من الأفعال المجرمة، وبفعل التركيب هذا تم

(٨٦) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، ج ١، دار الشروق، ص ٧٧١.

(٨٧) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ص ٧٧٢.

(٨٨) الطعن رقم ١٦٠٥٠ لسنة ٨٢ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٤/٥/٦. موقع محكمة النقض المصرية

<https://www.cc.gov.eg/>

(٨٩) راجع وراجع كذلك: د/ حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ٤٤٤؛ وفي الفقه الفرنسي راجع كذلك هذا الحكم:

T. G.I. Nanterre, 1^o ch. Civ. du 19 / 06 / 2001, L. P.188 , Jan.

استغلال صورة الشخص بشكل جلب لمن قام به أو لعميله أموالا باهظة دون علم ولا رضاء صاحب الصورة^(٩٠).

كما أن عملية تقليد صوت الشخص وهو معروف في الوسط الفني، واستعمال ذلك الصوت المقلد في إعلان تليفزيوني أو إذاعي، فإن الفنان المعتدى عليه بهذا الأسلوب يستحق تعويضا ماديا باهظا، لأنه لو اشترك هو شخصيا في الإشهار بصوته الحقيقي لحصل هو على المبلغ، وليس من قلده دون علمه ولا رضاء^(٩١).

كما يمكن أن ينشأ ضرر مادي خارج نطاق نشر الصورة أو تقليد الصوت، وذلك بسبب نشر ما يخص جوانب أخرى من الحياة الخاصة؛ كقيام جريدة بنشر مقتطفات من الحياة الخاصة لشخصية شهيرة، دون إذنها يرتب لها ضرراً مادياً يتمثل في تقويت فرصة القيام بنشر مذكراتها بنفسها، مما فوت عليها فرصة الكسب المالي أو على الأقل تهوينها^(٩٢)، كذلك الضرر المادي الذي ينشأ عن النشر في مواقع التواصل الاجتماعي قد يصيب المضرور بخسارة، أو أن يفوت عليه الكسب المتوقع لو أن المنشور لم ينشر في موقع التواصل الاجتماعي^(٩٣)، ففي حالة نشر خبر في إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي يتضمن أن أحد التجار المشهورين قد أفلس، فيكون الضرر الذي أصاب التاجر المضرور ضرراً مادياً يتمثل بالخسارة التي لحقت المضرور جراء التوقف عن إجراء المعاملات معه، إضافة للكسب الفائت الذي قد يكون للتاجر من صفقات مستقبلية، أو يكون الضرر المادي بنشر مجموعة من الصور لأحد أطباء الأسنان المشهورين بجانب معجون الأسنان عبر إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي، فيكون الضرر أصاب الطبيب بكسب متوقع لو أنه تعاقد مع تلك الشركة وروج للمنتج من خلال إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي^(٩٤)، والضرر

(٩٠) راجع هذه الأحكام سابق الإشارة إليها:

-T.G.I Marseille, 1^{ere} ch. Civ. du 19 Fev. 2007.

-T.G.I Marseille, 1^{ere} ch. Civ. du 23 Fev. 2007.

- T.GI Paris, 1^{ere} ch. Civ. du 14/11/2002, L.P 199, Mars 2003.

(٩١) T.G.I Paris, 1^{ere} ch Civ. on 16 / 02 / 2001, L. P 185 , Octobre 2001.

(٩٢) د/ صفية بشاتن، مرجع سابق ص ٤٤٠.

(٩٣) د/ تحسين حمد سمايل، المسؤولية المدنية للصحفي عن تجاوز حقه في في التغطية الصحفية، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٧م، ص٤٧٥. ألكاظم حمدان صدخان البيزوني: المسؤولية المدنية عن النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٧م، ص٨٩.

(٩٤) Frank J. Cavico, Bahaudin G. Muiataba, Stephen C. Muffler, Marissa Samuel. Social Media and Employment-At-Will: Tort Law and Practical Considerations for Employees, Managers and Organizations, New Media and

المادي في إطار المسؤولية عبر الإنترنت هو المساس بحق أو بمصلحة مالية للفرد جراء خطأ تم ارتكابه عبر شبكة المعلومات الدولية، وصور ذلك في العالم الافتراضي متعددة ومن ذلك إصابة الشخص في ذمته المالية جراء الاستيلاء على أسرار الحياة الخاصة.

وفي هذا الشأن قضت محكمة المقاطعة الجنوبية بنيويورك لصالح المدعي بتعويض قدره (٢٣٦ ألف دولار) استيلاء المدعى عليه على قوائم العملاء الخاصة بالمدعي وعرضها للمزاد عبر شبكة المعلومات الدولية، ولقد راعت المحكمة في تقديرها التعويض ما أصاب المدعي من ضرر يتمثل في المبالغ التي أنفقها في إعداد القوائم، حيث إن قائمة العملاء تحتوي على ٩٤٤ ألف إسم وكل إسم تكلف تجميع المعلومات حولة مبلغ ٢٥ سنتا، فكان مبلغ التعويض عن الأضرار الفعلية هو حاصل ضرب تكلفة تجميع معلومات الإسم الواحد في عدد أسماء قائمة العملاء التي تم الاستيلاء عليها من جانب المدعى عليه^(٩٥)، كما يكون الضرر في المساس بالمصلحة المشروعة كما في حالة نشر معلومات في موقع التواصل الاجتماعي تتضمن معلومات خاطئة عن نشاط إحدى الشركات مما يلحق بها ضرر بعزوف عملائها عن التعامل معها، ما يلحق بها أذى بالمساس بمصلحتها المشروعة^(٩٦)، وقد يكون الضرر المادي متمثلاً بالإخلال بالتزام الناشر بالنشر عبر صفحته في موقع التواصل، كما لو تعاقد صاحب مطعم مع إحدى الصفحات لغرض الترويج لمطعمه؛ فإن قيام الناشر بنشر المنشور ودون أن يضيف معه قائمة خدمات المطعم وأطعمته، وكانت هذه القائمة لها أهميتها بالنسبة إلى المطعم، فإن إخلال الناشر بالتزامه بسبب ضرر مادية لصاحب المطعم بعزوف الزبائن عنه^(٩٧).

وقد حصلت جوجل (google) على تغريم قدره ١.٢٢ مليون دولار من قِبَل لجنة الرقابة لحماية البيانات في إسبانيا؛ لجمعها واستخدامها البيانات الشخصية للمستخدمين فيما يُعدّ ذلك طريقة غير قانونية، وكان التحقيق حول ما قامت به جوجل (google) من ثلاثة انتهاكات خطيرة لقوانين خصوصية البيانات الإسبانية، بعد أن جمعت بيانات شخصية لأكثر من ١٠٠ منتج وخدمة هناك، ومن الواضح أن عملاقة البحث

Mass Communication www.iiste.org, ISSN 2224-3275 (Online) Vol.11, 2013, p.35.

^(٩٥) د/ سعيد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٧١٣.

^(٩٦) حكم محكمة قضايا النشر والإعلام القسم المدني في رئاسة استئناف بغداد الرصافة رقم ٣٢ في ٢٩/٥/٢٠١٢م.

^(٩٧) د/ أحمد كمال أحمد صبري، المسؤولية المدنية للمورد على شبكات المعلومات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٢٨٥.

(google) لم تحصل على موافقة صريحة لاستخدام بيانات المستخدمين، لكن لم يتم الكشف عن تفاصيل نوع البيانات التي تم جمعها بالضبط وما الذي استخدمته جوجل للقيام بذلك، وكانت الغرامة ٤٠٤٨٩٦ دولار على كل انتهاك من الثلاثة المذكورين، وأيضاً يتعين على جوجل (google) أن تتخذ على الفور بإجراء التدابير اللازمة للامتثال إلى أي مَطْلَب قانوني، مع العلم أن إسبانيا ليست الدولة الوحيدة التي تواجه جوجل (google) مشاكل معها، فقط أعرب الاتحاد الأوروبي عن قلقه إزاء طبيعة ونوع البيانات التي تجمعها عملاقة البحث، ومن جانبها، قالت جوجل (google) أنها ستعمل على شرح سياسة الخصوصية الخاصة بها إلى السُلطات الإسبانية، لكن طبيعة الحال، جوجل (google) لا تكثر كثيراً إن أصغوا أولئك لها أم لا، طالما ترى أنها على صواب^(٩٨)، كما يكون الضرر المادي في حال الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية في النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، فنشر المصنفات من دون إذن مؤلفها يشكل ضرراً مادية، فنشر كتاب بصورة مشوهة في إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي، ما يؤدي إلى عزوف الناس عن شراء الكتاب بنسخته الأصلية، وبالتالي يصاب المؤلف بضرر مادي، إضافة إلى الضرر المعنوي في حال تغيير بعض الفقرات في المصنف بغية الترويج لفكرة معينة من خلال نسبتها إلى المؤلف^(٩٩)، كما أن نشر فيلم من خلال موقع التواصل الاجتماعي يوتيوب مثلاً بدون إذن أصحاب الحقوق على هذا الفيلم يشكل ضرراً مادياً يتمثل بخسارة مالية لأصحاب الحقوق، بانتشار فلمهم في الشبكة من دون شرائه من الأسواق.

ولعل أهم ما يميز الأضرار الإلكترونية أنها تكون فادحة في كثير من الأحيان ويمكن التدايل على صحة ذلك بأخذ الأمثلة الواقعة التي قامت بنشرها صحيفة التايمز الأمريكية والتي تتلخص وقائعها في قيام أحد المبرمجين بإطلاق فيروس من حاسب استهدف شبكة أربانايث التي تربط عددًا كبيراً من حاسبات مؤسسات على درجة كبيرة من الأهمية مثل الجيش والجامعة وإدارة البحث العلمي وغيرها في الولايات المتحدة، وهذا الفيروس قام بنسخ نفسه عدة مرات في هذه الشبكة مما ألقى حملاً زائداً على ما يقدر بستة آلاف حاسب خلال يومين، تسبب في حدوث إقفال في الشبكة نجم عنه

(98) <https://www.theverge.com/2013/12/19/5229142/google-fined-900000-euros-by-spain-for-privacy-law-breaches>

(99) د/ سهيل حسين الفتلاوي: حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٨م، ص ٣٠٤، د/ حسن محمد محمد بودي: حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر من منظور الفقه الاسلامي وقانون الملكية الفكرية، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص ٦٤.

أضرار مادية قدرها البعض بـ ٩٦ مليون دولار أمريكي^(١٠٠)، والواقع أن الخسائر التي يوقعها الفيروس بالحاسب تكون نتيجة لما يسببه من أعطال مختلفة قد تصل في بعض الأحيان إلى توقفه عن العمل، وقد لا يصل الأمر في أحيان أخرى إلا إلى إعاقة الجهاز عن أداء عمله مما يقلل من سرعته في إنجاز مهامه وقد يحدث ضيقاً في سعته التخزينية وقد يكون الضرر مجرد حدوث تشويش على برامج الحاسب وبياناته أو إدخال بيانات غير صحيحة إلى ذاكرته^(١٠١).

(٢) أن يكون محققاً:

يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً في المستقبل، كما لو مات المضرور أو يصاب في جسيمة أو ماله^(١٠٢).

(أ) الضرر الحال: وهو الضرر الذي وقع فعلاً، مثل وقوع الخلل واللبس لدى الجمهور حول منتج اعتادوا أن يشتروه من شخص محدد، وذلك لإستخدام شخص آخر نفس العلامة التجارية الخاصه بالأول في المواقع الإلكترونية، أو الإساءة للسمعة التجارية لشركة ما نتيجة نشر بيانات كاذبة عنها تقيده بأن رئيس مجلس إدارتها قد اتهم بجريمة غسيل أموال أو أن الشركة تم إشهار إفلاسها بالفعل، وقد يتمثل الضرر في إصابة الشخص بالأذى النفسي نتيجة نشر فيديو عبر الإنترنت يظهره أمام الجمهور في وضع مذل للأدب والأمثلة في هذا الشأن كثيرة والضرر الحال بطبيعة الحال يلزم المسؤول بدفع التعويض عنه للمضرور^(١٠٣).

(ب) الضرر المستقبل: وهو الضرر الذي سيقع حتماً في المستقبل فهو وإن كان لم يقع بالفعل أي لم يكن ضرراً حالياً؛ فإنه سيقع في المستقبل حتماً، فعرض فيديو يحمل إساءة لإحدى الديانات السماوية في موقع يوتيوب، وعلى الرغم من إزالته بأمر من المحكمة بعد عرضه بعدة أيام، إلا أنه حتماً سيعاد نشره في موقع آخر أو على الموقع نفسه من قبل أشخاص مجهولة أو معلومه، أو أشخاص تقيم في الدوله نفسها أو في دول أخرى، فالفيديو وإن كان قد خلف ضرراً حالياً يمكن تقديره بحسب عدد الأيام التي كان فيها هذا الفيديو على الموقع معرضاً للمشاهده قبل الحذف، وكذلك عدد من

(١٠٠) د/ نائل علي المساعد: أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، بحث منشور بالجامعة الأردنية، مجلد ٣٢، عدد ١، ٢٠٠٥م، ص ٥٨.

(١٠١) د/ نائل علي المساعد: المرجع سابق ص ٥٨، نقلاً د/ عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، منشورات الحلبي، ٢٠٠٧م، ص ١٩٨.

(١٠٢) المستشار/ عزالدين الدناصيري، د/ عبد الحميد الشواربي: مرجع سابق، ص ١٥٨.

(١٠٣) نقض مدني، الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٦٢ ق، جلسة ١/٩/ ٢٠٠٥م، موقع محكمة النقض المصرية:

شاهده، بالإضافة إلى عوامل أخرى تتعلق بالمادة المعروضة ذاتها، إلا أن الضرر المستقبل هنا، يتمثل في حتمية إعادة عرضه من جديد عبر الإنترنت، فليس هناك واقعة واحدة فقط من خلال تأملنا لواقع الإنترنت، قد نشر فيها محتوى عبر الإنترنت ليضعة أيام ثم ازيل، ثم لا يعاد نشره من جديد من خلال أشخاص آخرين وعبر مواقع أخرى أو نفس الموقع، فالمحتوى المعروض للجمهور عبر الشبكة مع وجود إمكانية تحميله أو نسخه على ذاكرة الأجهزة الخاصة للمستخدمين، يستحيل التحكم فيه والقول بأنه لن يعاد نشره عبر الإنترنت من جديد هو من ضروب الخيال في شبكة تربط العالم كله وتنتقل المعلومة فيها في مدة لا تذكر ثانية أو أقل^(١٠٤).

النوع الثاني- الضرر المعنوي:

الضرر المعنوي هو ما يصيب الإنسان في شعوره، وذلك نتيجة المساس بأحد المعاني التي يحرص عليها، مثل كرامته أو شرفه أو اعتباره أو عاطفته، أو غير ذلك، وبالتالي فالمحل الذي ينصب عليه الضرر له طبيعة معنوية وهو الشعور، والأمر لا يختلف أيضاً عما يحدث من أضرار معنوية خارج عالم الإنترنت. وكان الرأي السائد هو عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي واستند في رفضه إلى اعتبارات عدة أهمها:

- عدم إمكانية تقرير هذا الضرر وتقويمه بالمال.
 - اختلاف هذا الضرر من شخص لآخر رغم وحدة الفعل الضار أي وحدة مصدره.
 - تعارض تعويض هذا الضرر مع القيم الأخلاقية^(١٠٥).
- وقد كان القضاء الذي لم يتأثر بهذا الاتجاه الراض للتعويض عن الضرر المعنوي سابقاً إلى الحكم بالتعويض عنه، رغم غياب النصوص القانونية الصريحة التي تسمح بذلك.

فالضرر الذي ينشأ في حالة نشر شخص عبر صفحته في مواقع التواصل الاجتماعي منشورات تنتهك حقوق الأفراد كنشر معلومات حول علاقة عاطفية لشخص ما يشكل اعتداء على حقه في الحياة الخاصة، أو نشره صورة الشخص في موقع التواصل الاجتماعي انستجرام ما يشكل اعتداء على حق الشخص في الصورة، أو نشر مقطع فيديو على موقع التواصل الاجتماعي يوتيوب يحتوي على إساءة لشخص^(١٠٦)، فالنشر من خلال صفحة التواصل الاجتماعي فيسبوك بما يتضمن سباً وتشهيراً

(١٠٤) د/ هيثم عيسى: مرجع سابق، ص ٧٥٩، ٧٦٠.

(١٠٥) د/ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص ٢٥١ وهامش رقم ١.

(106) Daxton R. Stewart: Social media and the law a guidebook for communication students and professionals, Routledge Taylor & Francis, New York, 2013. p. 44.

وتشويها لسمعة شخص يعد ضرراً، لاعتداء الناشر على حق من حقوق الشخص، وهو حقه في السمعة، ويستحق المدعي التعويض عنه، وقد تستخدم وسائل التواصل الاجتماعي في انتهاك خصوصية الأفراد؛ وذلك بنشر بياناتهم الشخصية، أو نشر صورهم الشخصية، أو نشر معلومات تتعلق بحياتهم الخاصة^(١٠٧).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة مقاطعة تارانت بولاية تكساس في قضية (Leshler V. Does) بتعويض قدره ١٣.٧٨ مليون دولار لصالح المدعين في الدعوى وهما زوجين Coupls قد وجهت اليهم الإساءات من خلال ١٧٠٠ منشور على موقع (www.topix.com) وتتضمن هذه الإساءات أن هذين الزوجين منحرفين جنسياً، ويتاجرون في المخدرات، وغير ذلك من الإتهامات البشعة التي نشرت عبر هذا الموقع المذكور، الأمر الذي جعل هؤلاء يقيما الدعوى التي نحن بصدها، على أساس ما أصابهم من أضرار معنوية تمثلت في الأذى النفسي الذي أصابهما جراء نشر مثل هذه الوقائع عبر الإنترنت، ومشاهدة جمهور المستخدمين لها، كما ادعى أيضاً الزوجين وجود الضرر المادي المتمثل في أن لهما أعمال ونشاط متصل بالجمهور، وهذه الإهانات والإساءات تؤثر بلا شك على مركزهما في نظر الجمهور، وهو ما يترتب عليه حتما خسائر مالية كبيرة^(١٠٨).

وفي قضية Applause Store Productions في المملكة المتحدة النواة الأولى لتأسيس المسؤولية التصيرية -Tort- عن أفعال التشهير التي تتم عبر شبكات التواصل الاجتماعي، وترجع وقائع تلك القضية إلى عام ٢٠٠٨م عندما قام المدعي عليه بإنشاء إحدى الصفحات على موقع الفيس بوك الاجتماعي، وضمن تلك الصفحة العديد من المعلومات الخاطئة عن المدعي والتي تعد من قبيل التشهير ومنها أن الشركة المملوكة للمدعي قد تحصلت على مبالغ مالية كبيرة بسبل غير مشروعة، وهو ما اعده المدعي تشهيراً، الأمر الذي حدا به إلى تقديم طلب إلى إدارة الفيس بوك وذلك لغلق تلك الصفحة المتضمنة تشهيرة به وبشركته، فقامت إدارة الموقع بغلق الصفحة لما تتضمنه من بيانات ومعلومات تعد تشهيرة في حق المدعي^(١٠٩).

^(١٠٧) د/ سامح عبد الواحد التهامي، ضمان الضرر الناشئ عن إساءة استخدام وسائل التواصل الاجتماعي، دراسة في القانون الإماراتي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٩، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠١٦م، ص ٢٦١.

^(١٠٨) Leshler v. Does.N 348-235791-09.CV.348 th District Court, Tarrant County, Texas August 2012.

مشار إليه: د/ هيثم عيسى: مرجع سابق، ص ٧٥٦.
^(١٠٩) مشار إليه: د/ سمير حسني المصري: المسؤولية التصيرية الناشئة عن استخدام الإنترنت، ٢٠١٧م، ص ٣٧٣.

فالضرر هو المحور الذي تدور معه المسؤولية المدنية وجوداً وهدماً، وبدونه لا يمكن الحديث عن المسؤولية، فوظيفة المسؤولية المدنية هي ضمان الضرر، وليس مجرد عقاب مرتكب فعل الإضرار^(١١٠)، وعلى كل حال فيجب على المدعي أن يثبت إصابته بضرر من استخدام أحد الأشخاص لوسيلة التواصل الاجتماعي سواء أكان هذا الضرر مادياً أم أدبياً.

ثانياً- علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك خطأ قد صدر من المسؤول عن انتهاك الخصوصية وسبب الضرر للغير، إذ لا بد أن يكون هذا الخطأ هو سبب الضرر، وهذا ما يعبر عنه بعلاقة السببية.

ولا شك أن رابطة السببية ركن مستقل في المسئوليتين التقصيرية والعقدية وانتفاء هذه الرابطة يؤدي إلى انعدام المسؤولية، وتخضع علاقة السببية في مجال المسؤولية عن انتهاك الخصوصية للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

ولا يكفي لقيام المسؤولية تحقق الخطأ والضرر، ولكن يلزم أن يكون الخطأ هو السبب الحقيقي لوقوع الضرر، وكذلك الأمر لا يكفي مجرد وقوع الضرر.

المبحث الثالث

التعويض الناشئ عن انتهاك الخصوصية

التعويض هو جزاء المسؤولية المدنية بنوعها العقدية والتقصيرية، ويهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمضرور، ويتميز التعويض بهذا المعنى عن العقوبة، إذ إن الغاية من العقوبة هي مجازاة المجرم على جرمه وبالتالي ردعه، وكذلك ردع غيره، ويترتب على ذلك أن التعويض يقدر بقدر الضرر، أما العقوبة فتقدر بقدر درجة خطورة الفاعل على المجتمع، وجسامة خطئه.

كما أن المشرع المصري لم يضع تعريفاً للتعويض، واكتفى المشرع بمعالجة الأحكام الخاصة به بأن حدد صور التعويض طرق تقديره. لذا نتولى بالدراسة والبحث إيضاح صور التعويض على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعويض العيني عن انتهاك الخصوصية.

المطلب الثاني: التعويض النقدي عن انتهاك الخصوصية.

(١١٠) د/ محمد محيي الدين إبراهيم سليم: نطاق الضرر المترد، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧م،

المطلب الأول

التعويض العيني عن انتهاك الخصوصية

التعويض العيني: وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، والتعويض العيني يؤدي إلى وفاء الالتزام عيناً، والوفاء العيني بالالتزام هو الأصل في الالتزامات العقدية. ويمكن أن يقع الوفاء العيني بالالتزام في إطار الالتزامات غير العقدية أيضاً. كما لو أخل المدين بالتزامه بعدم الإضرار بالغير^(١١١)، ويجوز للقاضي أن يلجأ إلى التعويض العيني عن المساس بحقوق الشخصية تبعاً للظروف وبناءً على طلب المعتدى على حقوق شخصيته^(١١٢) فلا مانع قانوني يحول دون ذلك رغم أن حالات تصوره في الواقع محدودة جداً، كما في مجال الأعضاء الصناعية والأطراف غير الطبيعية، حيث يلتزم المسؤول باستبدال المتضرر منها لتصبح كما كانت قبل المساس بها^(١١٣)، والتعويض العيني يظل طريقاً من طرق التعويض وفضلاً عن أن التعويض العيني يتفق مع قواعد الفقه الاسلامي في مجال الضمان فإن محكمة النقض المصرية قد أكدت على أهمية ذلك منذ زمن بعيد، حيث أكدت أن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الاصل وأنه لا يسار إلى عوضه (التعويض النقدي) إلا إذا استحالة الأصل وهو التعويض العيني^(١١٤)، وقد أكد القضاء الفرنسي أن التعويض العيني هو أحد طرق التعويض^(١١٥)، كما جاء في قضاء محكمة النقض المصرية أن التعويض العيني يمكن أن يكون في حالة إصلاح الضرر، وذلك بإزالة آثاره وإعادة الحال إلى ما كان عليه^(١١٦).

^(١١١) كأن يقوم شخص ببناء حائط من أجل حجب النور والهواء عن جاره بشكل تعسفي، يمكن أن يحكم عليه بالتعويض العيني، أي إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وذلك بإزالة الجدار وهدمه على حساب من بناه. وإذا طالب المضرور بالتعويض العيني -وكان ممكناً- فيجب على القاضي أن يحكم به. ولكن لا يجوز للقاضي أن يجبر المدين على قبول التعويض العيني، ولا يلزم المضرور بطلب التعويض العيني؛ ولا سيما إذا لم يتقدم به المسؤول.

^(١١٢) نصت الفقرة الثانية المادة (١٧١) مدني مصري.

^(١١٣) باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م، ص ١٦٣ وما بعدها.

^(١١٤) د/ مصطفى أحمد أبو عمر: التعويض عن أضرار التجارب النووية، المرجع السابق، ص ٥٥.

^(١١٥) ينظر إلى حكم محكمة النقض الفرنسية ١٩٨١/٧/٩م مشار إليه في دالوز القانون المدني

الفرنسي بالعربي، جامعة القديس يوسف في بيروت، دالوز للطبعة العربية، ٢٠١٢م، ص ١٣٦٩.

^(١١٦) ينظر: حكم محكمة النقض المصرية رقم (٤٨٨) لسنة ١٩٦٢م، الدوائر المدنية، متاحة

على موقع البوابة لمحكمة النقض على الرابط:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_CourtAssation_Court_All_Cases.aspx

أما بالنسبة إلى اعتداء الواقع على كل من الحق في الخصوصية والشرف، وكذلك الحق في الصورة فهو غالباً ما يكون عن طريق المطبوعات ويتم وقفه باتباع العديد من الإجراءات^(١١٧)، سنتعرض لأبرزها في الفقرات الآتية:

١- حذف أجزاء من المطبوعات أو التعديل فيها:

يتم اللجوء إلى هذا الإجراء في حالة احتواء المطبوعات على عبارات تنطوي على مساس لا يمكن التسامح فيه بحقوق الشخصية، ولكن فاعلية هذا الإجراء لا تكتمل إلا إذا أدخل على النسخ جميعها، وتكمن الصعوبة في حالة تداول المطبوعات المطلوب حذف عباراتها في السوق وانتشرت بصورة يصعب معها وضع اليد على جميع تلك النسخ^(١١٨)، ويثار التساؤل حول سلطة قاضي الاستعجال في الأمر بحذف ما يمس حقوق الشخصية أو تعديله بصورة لا تمس تلك الحقوق؟

ففي ذلك مساس بأصل الحق، وهذا يتعارض مع طبيعة القضاء المستعجل؛ لأن الحذف أو التعديل لن يترك شيئاً لقاضي الموضوع لأنه نقطة الخلاف، وبالتالي هو فصل في موضوع النزاع، وتبرز المسألة بشكل أكبر عندما يأمر القاضي بإدخال العديد من التعديلات التي تشمل غالبية المطبوع، ويرد على هذا التساؤل بأن تخويل قاضي الاستعجال الأمر بحظر نشر المطبوعات أو إيقاف تداولها يعطيه من باب أولى حذف جزء من المطبوع؛ لأن من يملك الكل يملك الجزء^(١١٩)، كما لا ينكر فقه المرافعات^(١٢٠) إمكانية حسم النزاع بالقرار المستعجل إذا ترتب على صدوره جعل الخصوم في وضع يكون فيه الاستمرار في الخصومة أمام القضاء العادي غير منتج، وينطبق هذا الأمر على مسألة الحذف أو التعديل^(١٢١).

٢- الحق في الرد والتصحيح:

^(١١٧) لمزيد من التفاصيل، ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٣٨٤ وما بعدها، ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص ٤٣٧ وما بعدها.

^(١١٨) د/ ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص ٤٤١.

^(١١٩) د/ حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٤١٨-٤١٩.

^(١٢٠) د/ أحمد أبو الوفاء، المصدر السابق، ص ٣٤٣، عمار سعدون المشهاني، المصدر السابق، ص ١٠-١١.

^(١٢١) بيرك فارس حسين الجبوري، حقوق الشخصية وحمايتها المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الموصل، ٢٠٠٤م، ص ١٥١.

لقد أصبح تصويب المعلومات حقاً من حقوق الفرد والمجتمع في أن واحد في الوقوف على الحقائق بل دعامة تقوى وتكمل الحرية الفردية وضماناً لحرية الصحافة ذاتها التي لا تقوى إلا باحترام حريات الآخرين.

ويقع في كثير من الحالات أن تنشر بالصحف بقصد أو بدونه، بعض الأنباء غير الصحيحة حول تصرفات أحد رجال السلطة مثلاً أو تصرفات شخص عادي، ويكتسي هذا النشر صفة جنحة حالة تضمنه قذفاً، وأذاك تطبق عليه المقضيات المترتبة على الجنح المرتكبة بواسطة الصحافة، ولكن هذا النبا الكاذب قد لا يكتسي صفة الجنحة، ومن ثم لا يكون من المعقول أن يبقى هذا الخطأ عالقا بأذهان القراء.

ويعد هذا الحق من الحقوق الأساسية للشخصية بمقتضاه يتمكن الشخص المضرور دون سواه في إعلام الجمهور بالحقيقة التي لم يظهرها النشر، فكل شخص يختصم في جريدة أو دورية من حقه المساواة أمام قراء هذه الجريدة أو الدورية بإعطائه الحق في عرض حججه ووجهة نظره، وحق الرد يؤكد الوظيفة الإعلامية للصحافة من خلال تدارك الخلل فيما تم نشره من نقص أو تشويه، لكي يتمكن الرأي العام من تحديد موقفه من مجريات الأحداث وهو على علم بحقائق الأمور، كما يدفع الصحفي إلى تحري الدقة في كل ما ينشره.

كما يعد هذا الحق أحد الإجراءات الوقائية فيعطي للشخص الحق في أن يرد على ما ينسب إليه أو يعد مساساً بحقوق شخصيته أو أن يصحح المعلومات التي تكون لها هذه الصبغة^(١٢٢) فبالنسبة إلى الحق في الخصوصية تبرز أهمية هذا الإجراء إذا كان ما نسب إلى الشخص غير صحيح، فمن شأن الرد أو التصحيح توضيح حقيقة الأمر وتحديد موقف الشخص.

وكما عبر عن حق الرد والتصحيح أنه يعد صورة من صور التعويض العيني عن الضرر الناشئ عن النشر سواء أكان ضرراً أدبياً أم مادياً^(١٢٣).

وذلك لأنه من جنس الضرر فكلاهما يكونان عبر النشر وفي ذات الصفحة التي نشرت فيها الإساءة، ويعرف حق الرد والتصحيح على أنه: (حق عام مقرر للأفراد في تقديم إيضاحات أو تعليقات على كل ما قد ينشر بشأنهم في وسائل الإعلام المختلفة،

(١٢٢) د/ ممدوح خليل بحر حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة

جامعة القاهرة مطبعة دار النهضة العربية ١٩٨٢م، ص ٤٤٣.

(١٢٣) د/ عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م،

ص ٤٦٥.

متى كان هذا النشر ضارة بمصالحهم، ويستوي أن تكون تلك المصلحة مادية أو أدبية، كما يستوي أن يكون التعرض صريحاً أو ضمنياً^(١٢٤).

ويعرف أيضاً حق الرد بأنه " حق كل شخص في توضيح أو مواجهة ما قد ينشر في وسائل الإعلام ويكون ماساً به، سواء كان هذا المساس صريحاً أم ضمنياً^(١٢٥) ، أما حق التصحيح فيقصد به تصحيح الأخطاء فقط^(١٢٦) ، وبذلك يكون حق الرد أوسع من حق التصحيح؛ لأن حق الرد يشمل إبداء الرأي أو الإيضاحات بالنسبة إلى المادة الإعلامية المنشورة إضافةً إلى تصحيح الأخطاء.

وقد بين المشرع الفرنسي حق الرد والتصحيح في نطاق الصحافة من خلال المادة (١٣) من قانون حرية الصحافة وتعديلاته الصادر عام ١٨٨١م فجاء فيها (يلتزم مدير النشر وبشكل مجاني بوضع التصحيحات التي يرسلها إليه المسؤول عن السلطة العامة على رأس العدد التالي من الجريدة أو الدورية المكتوبة التي تم نشرها بشكل غير صحيح فيها)^(١٢٧).

ولم يكتف المشرع الفرنسي على نص حق الرد في نطاق النشر المكتوب، بل أكد في نطاق النشر عبر شبكة الإنترنت فجاء في المادة (٦) من قانون (٥٧٥-٢٠٠٤) الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي على أنه: (لكل شخص معين أو محدد في نشر في نطاق خدمات شبكة الإنترنت الحق في الرد، دون المساس بطلبات تصحيح أو حذف المنشور برسالة ترسل إلى مزود الخدمة)^(١٢٨)، وهذا المادة تعد سناً قانونياً لمباشرة حق الرد في نطاق النشر عبر الوسائل المختلفة.

^(١٢٤) د/ أيمن محمد أبو حمزة: حق الرد في نطاق الاتصال الجماهيري عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ١٦.

^(١٢٥) د/ أشرف رمضان عبد الحميد، حرية الصحافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ٣١٣.
^(١٢٦) لاد/ كمال سعدي مصطفى، حق الرد والتصحيح في المطبوعات الدورية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، المجلد ١١، العدد ١، ٢٠١٣، ص ٢٥١.

^(١٢٧) Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Article 12: " Le directeur de la publication sera tenu d'insérer gratuitement, en tête du prochain numéro du journal ou écrit périodique, toutes les rectifications qui lui seront adressées par un dépositaire de l'autorité publique, au sujet des actes de sa fonction qui auront été inexactement rapportés par ledit journal ou écrit périodique."

^(١٢٨) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Article 6, " IV.-Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresse service."

ويلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي لم يضع مدة زمنية يحظر بعدها ممارسة حق التصحيح ولكن الفقه الفرنسي يتجه إلى قصر ممارسة حق الرد والتصحيح عي مدة ثلاثين عام تالية للنشر المستوجب لرد أو التصحيح وفقاً لقواعد التقادم المعتادة الواردة في المادة (٢٢٦٢) مدني فرنسي، ولا شك أن مثل هذه المدة الطويلة التي استقر عليها الفقه الفرنسي لا تتفق مع الطبيعة الخاصة للمعلومات والنشر؛ وذلك لأن التصحيح أو الرد يفقد كل قيمة عملية كوسيلة للتعويض إذا تم نشره بعد عدة سنوات.

وبالنسبة إلى القانون المصري فنشير إلى القانون الخاص بتنظيم الصحافة والإعلام رقم ١٨٠ لسنة ٢٠١٨م؛ حيث نصت المادة (٢٢) منه على أنه: "يجب على رئيس التحرير أو المدير المسؤول عن الصحيفة أو الوسيلة الإعلامية أو الموقع الإلكتروني أن ينشر أو يبث، بناء على طلب ذوي الشأن ودون مقابل، تصحيح ما تم نشره أو بثه خلال ثلاثة أيام من ورود طلب التصحيح، أو في أول عدد يظهر من الصحيفة بجميع طبعتها، أو في أولى بث متصل بالموضوع من الوسيلة الإعلامية، أيهما أسبق، وبما يتفق مع مواعيد الطبع أو البث المقررة، كما نص المشرع المصري في القانون المدني على التعويض العيني إذ بين أنه يمكن بإعادة الحال إلى ما كان عليه، وقد أشار إلى حق الرد والتصحيح في قانون تنظيم الصحافة عن طريق إلزام رئيس التحرير أو المحرر المسؤول بناء على طلب ذوي الشأن بنشر تصحيح ما ورد ذكره من الوقائع أو ما سبق نشره من تصريحات في صفح خلال ثلاثة أيام من استلام التصحيح، ودون مقابل، وفي العدد التالي للصحيفة التي نشر من خلالها الخبر الأول وبمساحة النشر الأول ذاتها^(١٢٩).

أما إذا كان ما تم نشره صحيحاً وليس فيه ما يسيء إلى الشخص، فلن تكون هناك فائدة من هذا الإجراء؛ لأن المساس بالحق في الخصوصية قد تحقق بمجرد الكشف عنه، وبالتالي فلن يكون هناك موضوع للرد، ولكن فاعلية هذا الإجراء تكون عندما يتضمن المطبوع ما يمس شرف الشخص وصورته التي ليس فيها ما يعد خصوصياً، أي أن ينسب إليه ما هو سيء أو ما يثير حوله الشبهة والافتهام، أما في الحق في الخصوصية فليس الأمر هو الإساءة وإثارة الشبهات وإنما نشر ما لا يجوز نشره، فإذا نشر المطبوع المتضمن ما هو ماس بحقوق الشخصية كان لصاحب الشأن الحق في اتخاذ إجراءات الرد والتصحيح دون اللجوء إلى القضاء، وهذا اللجوء لا يكون إلا لاحقاً لطلب نشر الرد أو التصحيح الذي تم رفضه أو كان هناك خلاف حول توفر الشروط القانونية لحق الرد والتصحيح، وهذا الحق من غير المتصور إعماله طبقاً لأحكام قوانين المطبوعات والصحافة إلا عندما يكون المطبوع دورياً وذلك لكي يتسنى نشر الرد في

^(١٢٩) ينظر إلى المادة (٢٤) من قانون الصحافة المصري رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦م.

الأعداد اللاحقة من المطبوع، أما المطبوع غير الدوري؛ فنظراً لكونه يصدر مرة واحدة فلن يكون هناك مكان ينشر الرد فيه؛ لأن المطبوع قد اكتمل بصورة نهائية، ولكن للقاضي أن يأمر بنشر رد من جانب المعتدى عليه ويلزم الناشر بإضافته إلى المطبوع غير الدوري سواء في بدايته أو نهايته، وللقاضي سلطة تحديد حجم ومضمون الرد^(١٣٠).

وبخصوص الضرر الناشئ عن النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، كما في حالة الاعتداء على حق الشخص في الحياة الخاصة أو حقه في السمعة، فإنه يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فالمساس بالسمعة يؤدي إلى شعور الشخص بالألم النفسي وتحرجه في محيطه الاجتماعي، ومن ثم يصعب جبره بإعادة نشر منشور على الصفحة ذاتها، يكذب ما قاله أول مرة، فيصعب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فالتعويض العيني عن الضرر الأدبي مع أنه صعب إلا أنه ليس مستحيلاً^(١٣١).

٣- إهدار الأدلة غير المشروعة:

ومن الوسائل الأخرى التي يمكن أن تساهم إلى حد ما في توفير الحماية لحقوق الشخصية، قيام القاضي بإهدار الأدلة المستحصل عليها نتيجة المساس بهذه الحقوق وعدم الاعتداد بها في الدعاوى المرفوعة إليه، فغالباً ما يتم المساس بحقوق الشخصية لغرض الحصول على دليل يساعد على دعم موقف أحد الخصوم، وما ذكر وإن كان لا يستقيم مع الإثبات المدني، والذي يستلزم إعداد الدليل مسبقاً وإحاطة أطرافه علماً بما يراد إثباته عن طريق هذا الدليل مع اتجاه إرادتهم لتثبيت ذلك، وهذا ما دعا إلى اشتراط الإثبات بأدلة معينة حددها المشرع مسبقاً لكي يعتد بها^(١٣٢)، ولكن له دور كبير في ميدان الإثبات الجنائي والذي يقوم على الإثبات الحر الذي لا يتطلب أدلة معينة في الإثبات كما لا يشترط إعداد الدليل مسبقاً وبمعرفة ذوي الشأن، فإذا ما أطلق العنان للأفراد في اللجوء إلى مختلف وسائل الإثبات والاعتداد بها من قبل القضاء كان ذلك مدعاة إلى تزايد حالات المساس بحقوق الشخصية في سبيل الحصول على دليل لتقديمه إلى القضاء، أما إذا تم إهدار الأدلة المستمدة من المساس بحقوق الشخصية غير المشروع؛ فإن ذلك سيؤدي إلى عدم السعي للحصول على هذه الأدلة لعدم وجود

(١٣٠) د. حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٤٢٦ وما بعدها.

(١٣١) د. سامان فوزي عمر، المسؤولية المدنية للصحفي، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٧م، ص ٢٠٠.

(١٣٢) د. نجلاء توفيق فليح و د. ضحى محمد سعيد، المصدر السابق، ص ٧١ وما بعدها.

جدوى تبرر القيام بذلك، مما يسهم في حماية حقوق الشخصية ويؤيده غالبية الفقه^(١٣٣).

ومن الجدير بالذكر أن البعض^(١٣٤) يميز بين التنفيذ العيني وبين التعويض العيني على أساس أن التنفيذ العيني هو قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عيناً، أما التعويض العيني فهو إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وذلك بإزالته إذا كان ذلك ممكناً، فالتنفيذ العيني لا يعدو كونه طريقاً أصلياً لتنفيذ الالتزام وخاصةً العقدي، أما التعويض العيني فهو جزء يترتب على تحقق المسؤولية وطريقة من طرق التعويض^(١٣٥).

ثانياً- وقف الاعتداء كإجراء وقائي:

تنص المادة (٥٠) من القانون المدني على أنه: "كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"^(١٣٦).

د. حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٣٤٣، د. نجلاء توفيق نجيب، د. ضحى محمد سعيد، المصدر السابق، ص ٧١. ويمكن القول بان إهدار الدليل غير المشروع يجد له أساس في الشريعة الإسلامية، فقد روي أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كان يعمل في المدينة فسمع صوت رجل وامرأة في بيت متسور الحائط فإذا عندهما زق خمر فقال: "ياعدو الله أكنت ترى أن الله يسترك وأنت على معصية؟ فقال الرجل: يا أمير المؤمنين أنا عصيت الله في واحدة وأنت في ثلاث، فالله يقول: "وَلَا تَجَسَّسُوا" وأنت تجسست علينا، والله يقول: "وَأَنْتَوُا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا" وأنت صعدت من الجدار ونزلت منه، والله يقول: "لَا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا" وأنت لم تفعل. فقال عمر: هل عندك من خير إن عفوت عنك؟ قال: نعم والله لا أعود، فقال: اذهب فقد عفوت عنك"، عباس محمود العقاد، عبقرية عمر، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٦٩م، ص ١٣٨. وهذا يعني أن عمراً رضي الله عنه قد عطل حداً من حدود الله وهو حد الشرب لأنه استدل على وقوع الجريمة بطريق مخالفته للنهي عن دخول المنزل بغير إذن صاحبه، وهذا الأمر يجد صداه حديثاً بما يسمى بـ "قاعدة الاستبعاد في الإجراءات الجنائية والتي تقضي باستبعاد الدليل المستحصل عليه بطريق غير مشروع، لمزيد من التفاصيل، ينظر: عبد اللطيف هميم، جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة وعقوبتها في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٨١م، ص ٢٣٥.

د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المصدر السابق، ص ٣٧٢،^(١٣٤) عماد محمد ثابت الملا حويش، المصدر السابق، ص ٢٠٣.

بيريك فارس حسين الجبوري، مرجع سابق، ص ١٦٥.^(١٣٥)

وعلى ذلك فإن الاعتداء على حق من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان يتيح للمعتدى عليه اللجوء إلى القضاء لطلب وقف الاعتداء، كما أن هذا الإجراء لا يحول دون حصوله على تعويض لما يصيبه من أضرار، ويعتبر وقف الاعتداء تنفيذاً عينياً للالتزام الكافة باحترام الحقوق للصيقة بالشخصية كأن يأمر القاضي بسد المطلات والمناور طبقاً للمادة ٨١٩ من القانون المدني المصري

وبالتالي فإن هذا الإجراء يعد من الإجراءات الوقائية في القانون المصري التي يجب على المجني عليه أن يبدأ بها لوقف الاعتداء على حقه، ثم بعد ذلك الاتجاه للتعويض، فوقف الاعتداء لا يمنع الشخص من الحصول على التعويض عما يصيبه من أضرار. وبالتالي يستطيع ضحايا الجريمة أن يطلبوا وقف الاعتداء على حقهم في عدم رؤية صور معاناتهم معروضة في وسائل الإعلام مع الاحتفاظ بحقهم في التعويض عما يصيبهم من أضرار من جراء عرض هذه الصور إعلامياً^(١٣٧).

ولقد كانت المادة (٩٣) من المشروع التمهيدي للقانون المدني والخاصة بحماية الاسم تعطي الشخص الحق في طلب وقف التعرض للضرر، ولقد ألغيت هذه العبارة واستبدلت بعبارة "وقف الاعتداء" وذلك التعديل يرجع إلى رغبة المشرع في حماية الحقوق الملازمة لصفة الإنسان حتى ولو لم يؤد الاعتداء إلى ضرر معين، فمجرد الاعتداء على هذه الحقوق يكون اعتداء على ذاتية الإنسان، وذلك يعد في حد ذاته كافياً لتدخل القضاء لتوفير الحماية اللازمة للإنسان^(١٣٨).

ووقف الاعتداء فهو بمنزلة التنفيذ العيني للالتزام الكافة باحترام حقوق الشخصية، ويجب أن لا يفهم من عبارة "وقف الاعتداء" أن القانون يسمح بوقف الاعتداء ولا يسمح بمنعه ابتداءً، وبعبارة أخرى، ليس من الضروري أن يكون الاعتداء قد بدأ لكي يُسمح بايقافه؛ لأن اتقاء حدوث الضرر أفضل من علاجه بعد ما يقع في جميع الأحوال، فعبارة "وقف الاعتداء" من العمومية بحيث يمكن أن تشمل وقف الاعتداء قبل أن يبدأ أي منع وقوعه أساساً^(١٣٩).

ويبدو لنا عبارة "وقف الاعتداء" ينصرف مفهومها إلى منع وقوع الاعتداء أكثر من وقفه باعتبار أن وقف الاعتداء هو إجراء وقائي، والوقاية تتطلب التحرز من وقوع الاعتداء وتلافي ذلك وعدم الانتظار لحين البدء بتحقيق الاعتداء لكي يشرع بالإجراءات الكفيلة لوقفه، ولهذا السبب فإن القوانين التي نصت على حماية حقوق الشخصية، لم تتطلب وقوع الضرر لإمكانية رفع دعوى وقف الاعتداء فوجود الضرر هو شرط للحكم بالتعويض وليس لوقف الاعتداء.

ويتضح مما سبق أن بالإمكان طلب وقف الاعتداء لحماية حقوق الشخصية حتى لو لم يكن هناك ضرر فعلي قد وقع، فيكفي أن يكون هناك ضرر محقق أي وشيك الوقوع لتبرير طلب حماية هذه الحقوق منه.

د/سعد رمضان، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام السرية، مرجع سابق، ص ٣٨١.

^(١٣٧) د/ عابد فايد عبدالفتاح، نشر صور ضحايا الجريمة، مرجع سابق، ص ٧٨.

^(١٣٨) د/ حسام كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، مرجع سابق ص ٤١٢.

^(١٣٩) د/ حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٤١٢

ويذهب الفقه^(١٤٠) إلى إمكانية اللجوء إلى القضاء المستعجل لوقف الاعتداء على حقوق الشخصية، ويبدو أن أصل هذه الفكرة يعود إلى نص المادة (٩) من القانون المدني الفرنسي والتي جاءت تلبية لنداء القضاء والفقه في فرنسا^(١٤١) وبموجبها أصبح للقاضي الاستعجال الحق في اللجوء إلى الإجراءات الوقائية عند توفر شروط الاستعجال.

وقد أشار المشرع الفرنسي في القانون المدني ضمناً إلى التعويض العيني في حالة الاعتداء على الحياة الخاصة فبينت المادة (٩) منه على أنه: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة. يجوز للقضاة دون المساس بالتعويض عن الضرر اللاحق، أن يفرضوا كل التدابير، كالحراسة أو الحجز أو سوى ذلك، الرامية إلى منع أو إزالة أي مساس بخصوصية الحياة الفردية، ويمكن أن تتخذ هذه التدابير في حالة العجلة، من قبل قاضي الأمور المستعجلة"^(١٤٢)، فيفهم من عبارة (أو سوى ذلك إلى أنه يمكن للقاضي أن يحكم بأي إجراء من شأنه الاعتداء، أو إعادة الحال إلى ما كان عليه، ولكن هذه المادة مقيدة في حال الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في مواقع التواصل الاجتماعي، ولا يمكن تطبيقها على بقية صور الخطأ.

ويتمتع القضاء (العادي أو المستعجل)^(١٤٣) بحرية في تقدير مدى ضرورة الإجراءات الوقائية، وحرية القاضي هنا تشمل حريته في اختيار الإجراء، وكذلك حريته في أن يجمع بين أكثر من إجراء، فهي تعني أولاً أن للقاضي حرية اختيار الإجراء المناسب وهذا واضح من النصوص القانونية، فالمادة (٢/٩) مدني تقرر أن: "القضاة يمكنهم اتخاذ كافة الإجراءات"، وتعطي كأمثلة على ذلك الحجز والمصادرة تاركة للقاضي حرية اتخاذ إجراءات أخرى لم يتناولها النص المذكور.

^(١٤٠) د/ حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٣٨٧ وما بعدها. د. ممدوح خليل بحر، المصدر السابق، ص ٤٣٧ وما بعدها.

^(١٤١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، المصدر السابق، ص ٣٩٤ وما بعدها.

^(١٣٦) Code civil, Article 9: "Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé".

^(١٤٣) يعرف القضاء المستعجل بأنه: "فرع من القضاء المدني يختص بالفصل في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق، غايته إبعاد الخطر الحقيقي المحيط بالحق المطلوب حمايته ريثما يتم الفصل بأصل الحق من قبل القضاء الموضوعي أنظر د/عدنان البلداوي، القضاء المستعجل والولائي في التشريع العراقي، بحث مسحوب بالرونو مقدم إلى المعهد القضائي، بغداد، ١٩٨٨م، ص ١١. (غير منشور).

كذلك نصت المادة (٨٠٩) من قانون المرافعات الفرنسي، ففي حين تعطي الفقرة الأولى منها للقاضي حرية اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع أو وقف الاعتداء فإن الفقرة الثانية لا تمنحه إلا خيار واحد وهو الأمر بتعويض مؤقت. وتتضاعف حرية القاضي فيما يتعلق باختيار الإجراءات الوقائية بالحرية في أن يجمع بين أكثر من إجراء في وقت واحد فله أن يأمر بإجراء أساسي (كالحجز أو المصادرة) مصحوباً بإجراء ثانوي أو تابع كالنشر لقرار الإدانة، كما أن للقاضي أن يأمر بإجراء من إجراءات التعويض مصحوباً بإجراء وقائي من شأنه منع أو وقف أو الحد من الاعتداء، كأن يأمر بالتعويض المؤقت وينشر قرار الإدانة^(١٤٤).

المطلب الثاني

التعويض النقدي عن انتهاك الخصوصية

لا شك في أن التعويض العيني هو أكثر طرق التعويض تناسباً مع حقوق الشخصية، ورغم ذلك فإن تطبيقه على واقع الحال يتسم بالصعوبة، فمن العسير محو آثار المساس بهذه الحقوق وإعادة الحال إلى سابق عهده^(١٤٥)، فلا يبقى إلا اللجوء إلى التعويض بمقابل.

أولاً- مفهوم التعويض النقدي:

التعويض النقدي هو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوي المسؤولية التصيرية فإن كل ضرر -حتى الضرر الأدبي- يمكن تقويمه بالنقد، ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي يحكم بتعويض نقدي، ومن ثم أصبح التعويض النقدي هو الأصل.

ويعرف التعويض النقدي بأنه مبلغ من النقود يلزم مرتكب الفعل الضار بدفعه للمضرور، وهو الطريق الطبيعي لجبر الضرر وإصلاحه؛ لأن النقود بالإضافة إلى كونها وسيلة للتبادل فهي تعد أيضاً وسيلة لتقويم الأضرار أياً كان نوعها^(١٤٦) فعند تعذر التعويض العيني وليس هناك سبيل إلى تعويض غير نقدي، يتعين على القاضي أن يحكم بالتعويض النقدي^(١٤٧) والذي يكون الأصل بالنسبة إلى الطرق التعويض ويمكن للقاضي تحديد طريقة الدفع وفقاً لما يراه، فقد يقضي بدفعه جملة واحدة وعلى

^(١٤٤) د/عابد فايد عبد الفتاح، نشر صور ضحايا الجريمة، مرجع سابق، ص ٧٤.

^(١٤٦) د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ١٥٣.

^(١٤٧) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٠٩٤.

شكل أقساط دورية محددة مددها معين عددها، كما يمكن أن يكون التعويض ايراداً مرتباً مدى الحياة أو لفترة معينة حسب ظروف الحال ووفقاً لطلبات المدعي^(١٤٨).

ومما لا شك فيه ان التعويض النقدي لايتعارض مع طبيعة حقوق الشخصية كونها حقوقاً غير مالية لايمكن تقويمها بالنقود، فلتحديد كون الحق مالياً أو غير مالي يجب النظر إلى الميزات التي يخولها لصاحبه، وهي في مجال حقوق الشخصية ميزات غير مالية تتمثل بالانتفاع بهذه الحقوق بصفة شخصية وعدم جواز التنازل عنها أو التصرف بها للغير، أما التعويض المالي فانه ليس ميزة تمتاز بها حقوق الشخصية إنما هو أثر لقيام المسؤولية المدنية عن المساس بتلك الحقوق^(١٤٩).

ثانياً- مقدار التعويض:

القاضي يقوم بتحديد مقدار التعويض في حال سكوت العقد والقانون، وكذلك فعل المشرع المصري عندما أعطى القاضي سلطة تحديد مقدار التعويض الواجب دفعه للدائن نتيجة لإخلال المدين بأي من التزاماته العقدية، حيث نصت المادة (٢٢١) فقرة (١) على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب".

والأصل أن القاعدة في التعويض النقدي القضائي عن الضرر المادي، أن يكون كاملاً يشمل الضرر المباشر، وما لحق المعتدى عليه من خسارة وما فاتته من كسب، وكذا الضرر المعنوي مع وجوب الاعتداد بالظروف الملائمة، وهذا عرض موجز عن هاتين القاعتين في تعويض الضرر المادي، نقداً:

القاعدة الأولى: التعويض الكامل عن الضرر الناتج عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

في حالة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وثبوت حق المعتدى عليه في التعويض بعد التحقق من الإضرار المادية الناتجة عن هذا الاعتداء، يلتزم القاضي بمنح المضرور تعويضاً كاملاً^(١٥٠)، مهما كانت درجة جسامه الخطأ، وفي هذا الموضوع، لا يختلف الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة عن الأنواع الأخرى من الاعتداء الموجبة للتعويض الكامله، فالقاعدة إذا في التعويض القضائي هي التعويض الكامل الذي يشمل

(١٤٨) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٠٩٤.

(١٤٩) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(١٥٠) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ص ٣٠.

عنصريه الجوهريين وهما الخسارة اللاحقة والكسب الفائق وإنه لا يجوز تعويض المضرور بأكثر من الضرر الذي أصابه ولا بأقل من مقدار ما أصابه من ضرر^(١٥١). والقاضي في سبيل تقدير التعويض قد يلجأ إلى تحديد مبلغ شامل لكل الأضرار التي أصابت المضرور سواء أكانت مادية أم أدبية، دون تخصيص مبلغ معين لكل ضرر، كما لو قام مزود الخدمة بسرقة البرنامج ونسبه لنفسه، ومن ثم قام بعرضه للبيع على الشبكة، ففي هذا المثال يكون مزود الخدمة قد ارتكب ضرراً مادياً يتمثل بالاعتداء على حق الاستغلال المالي للمؤلف بحرمانه منه، كما ارتكب ضرراً معنوياً بذات الوقت يتمثل في الاعتداء على المصنف ونسبته لنفسه، ففي هذا المثال يتم تقدير قيمة التعويض جملة واحدة، دون تحديد المبلغ الذي يعد تعويض عن الضرر المادي، والمبلغ الذي يعد تعويض عن الضرر الأدبي، إلا أن تحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، لذا يجب على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها عناصر الضرر الذي قضت من أجله بالتعويض، وأن تناقش كل عنصر وتبين وجه أحقية طالب التعويض عنه أو عدم أحقيته، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور المبطل^(١٥٢).

ويراعى القاضي عدد المواقع التي تم العرض فيها، وغير ذلك من العوامل التي تؤخذ في الاعتبار عند تفسير التعويض بحسب ظروف كل حالة على حدى، وعماً إذا كان يخلف ضرراً مستقبلاً يتمثل في إعادة النشر مرة أخرى أو مرت بعد ذلك.

ويتمتع قاضي الموضوع في تقدير التعويض بسلطة تقديرية واسعة؛ من حيث فهم الوقائع المادية وتكييفها تكييفاً قانونياً سليماً، وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحديد مقدار التعويض عنه بغير معقب عليه من محكمة النقض، وإنما لهذه الأخيرة الرقابة على ما يقوم به قاضي الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، فليس للقاضي أن يختار منها ما يريد اختياره، ويغفل ما يريد إغفاله من بين هذه العناصر.

ويلجأ القضاة إلى هذه الطريقة من أجل أن يتجنبوا كل نقد، ويتلاشون صعوبات التقدير، هذا ولا يوجد في القانون نص معين يلزم باتباع معايير معينة لتقدير التعويض، لذلك فإن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقديره بشرط أن يكون هذا التقدير قائماً على أسس سائغة لها ما يبررها في الأوراق.

ومثال ذلك: إن تلزم المحكمة منتج برامج الحاسوب بإزالة الفيروس من البرنامج وتحمله تكاليف إدخال البيانات التي تم مسحها منه، بالإضافة إلى إلزامه بالتعويض

(151) T.G.I Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., du 9 nov. 2004, J.C.P 2005, I, 114, N°1 et s. obs. GROSSER .

(١٥٢) د/ محمد عبدالظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ١٣٦.

عن ما أصاب المشتري من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة إصابته بالفيروس، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك الظروف الملايسه للمضرور كمهنته وموارده ومدى تأثير الأصابة عليه وطبقاً لمصادر دخله وامكانياته الاقتصادية وتبدو أهمية ذلك في مجال التعويض عن الضرر المادي والاجتماعي للمضرور، كما في حالة اختراق الجهاز المعلوماتي للبنك والتلاعب بحساباته والتاثير البالغ الذي على مركزه المالي وسمعته وثقت العملاء فيه^(١٥٣).

كما يجوز لمن تم المساس بحقوق شخصيته أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بالضرر المستجد، والذي لم يكن متوقفاً وقت صدور الحكم بالتعويض، ولا يتعارض ذلك مع حجية الشيء المقضي فيه؛ لأن ما استجد من ضرر لم يقض فيه من قبل، وبالنسبة إلى المسؤول فلا يجوز له المطالبة بإعادة النظر في التعويض وذلك بإنقاصه عندما يقل مقدار الضرر بصورة لم يكن بالإمكان توقعها عند التقدير؛ وذلك لأن هذا التقدير قد حاز حجية الشيء المقضي فيه^(١٥٤).

القاعدة الثانية- وجوب الاعتداد بالظروف الملايسه في تقدير التعويض:

١- الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور:

نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١ ، ٢٢٢) مراعيًا في ذلك الظروف الملايسه، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

فالظروف الملايسه هي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية والمالية والعائلية، والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه وتبعاً لذلك، يكون تقدير التعويض المناسب تقديراً صحيحاً قدر الإمكان^(١٥٥).

وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد، فننظر إلى المضرور نظرة شخصية؛ لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية والصحية،

^(١٥٣) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، ٢٠٠٩م، ص ٣٤٤.

^(١٥٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١١٠٢، الفقرة الثالثة من المادة (٢١٧) مدني مصري، لمزيد من التفاصيل، ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١١٠٧. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

^(١٥٥) د/صفية بشاتن، مرجع سابق ص ٤٧٠.

فالانزعاج الذي يصيبه من حادث يكون ضرره أشد مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب^(١٥٦).

وعلى سبيل المثال: إذا كان المعتدي قد أشاع أخباراً مسيئة بالحياة الخاصة لامرأة بأن تصرفاتها مخلة بالأداب، وأنها تخذع زوجها مما أدى إلى توتر العلاقات الزوجية بينها وبين شريك حياتها، وانعكس ذلك سلباً على العلاقات الأسرية الضيقة والواسعة. فالتعويض يكون مختلفاً بحسب ما إذا كان الزوج لم يصدق الإشاعات، واستطاع تطويق الضرر أو على العكس أدت تلك الإشاعات إلى أضرار واسعة على المستوى العائلي (كحصول الطلاق)، أو خسارتها لوظيفتها أو نفور المقربين منها من أفراد العائلة والجيران والأصدقاء، مما أدى إلى إلحاقها بأضرار معنوية ونفسية بالغة الخطورة، كما قد تؤثر بعض الأخبار على السمعة التجارية، كما لو شاع في حق احد التجار أنه يتاجر في البضاعة المقلدة، فيؤدي ذلك إلى تفويت عليه فرصة التربح من بيع بضاعته.

كما يجب أخذ الحالة الصحية السابقة للمضرور بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض فقد تكون طبيعة جسم المضرور مهياة للإصابة بمرض ما، فيؤثر النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي والأخبار الكاذبة في حقة إلى أصابته بحالة من الاكتئاب فتأدي بدورها إلى التأثير على حالة الصحيه , خاصة لو كان المريض يعاني من القلب أو السكري، ومن أجل تحديد مدى التعويض، يسمح المشرع القاضي بأن يحتفظ للمضرور بالحق في المطالبة خلال مدة معينة، بالنظر من جديد في التقدير، ذلك أن القاضي يدخل في الحساب والحسبان كل الظروف التي تكون في صالح المضرور حتى يتمكن من إنصافه^(١٥٧)، كما يراعي القاضي أيضاً الظروف الشخصية للمسؤول ولا سيما ظروفه المالية، إلا أن الظروف الشخصية للمضرور أولى بالرعاية، بالرغم من أنه يجب ألا يثري على حساب المعتدي، ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية والمالية، فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، ولكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنياً، يقضى له بتعويض أقل مما لو كان فقيراً، إذ إن العبرة بجبر الضرر، وهذا الضرر يتحدد باختلاف الكسب، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد^(١٥٨).

٢ - صعوبة التعويض عن الضرر المعنوي:

(١٥٦) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، . المرجع السابق. الجزء الأول، ص ٩٧١.

(١٥٧) د/ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(١٥٨) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ٩٧٢.

كما سبق القول إن الضرر المادي هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بحق من حقوقه المعنوية؛ كالشرف والكرامة، متمثلاً في الألام النفسية التي يشعر بها المضرور نتيجة الاعتداء على الحياة الخاصة.

هذا وغالباً ما يترتب على الاعتداء على الحياة الخاصة ضررين مادي ومعنوي يختلطان معاً، يجب التعويض عن كل منهما بصفة مستقلة حيث إن تعويض أحدهما لا يعني تعويض الآخر، وقد تم التعرض سالفاً لقواعد تقدير التعويض عن الضرر المادي المترتب عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، ومن أهم الصعوبات الاعتراض على فكرة تعويض الضرر المعنوية، كذلك عدم قابلية الضرر الأدبي للإصلاح، وترجع إلى أن أي مبلغ يحكم به القاضي لا يكفي لجبر الضرر الناتج عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة فالضرر قد وقع فعلاً ولا سبيل لإصلاحه^(١٥٩)، بالإضافة إلى أن ضوابط تحديد الضرر مرنة ومطاطة إلى حد كبيرة، ويظهر ذلك من اختلاف المحاكم في تقدير مبلغ التعويض، إذ إن التفاوت يبدو كبيراً في بعض الأحيان بين المبلغ الذي تقدره محكمة أول درجة، والمبلغ الذي تقدره جهة الاستئناف أي أن تقدير الضرر نفسه يتفاوت إلى حد كبير من محكمة إلى أخرى^(١٦٠).

٣- تتابع الأضرار ومدى تأثيره على زيادة التعويض:

نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري على أن: "يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١، ٢٢٢) مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدي التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

ومن غير المستبعد أن يتغير الضرر عما هو عليه وقت صدور الحكم، إذ قد يزداد الضرر بعد صدور الحكم، وسبق القول إننا أوضحنا سرعة انتشار الأخبار عبر مواقع

(159) VINEY (G), Traité de droit civil, la responsabilité civile, Effets, L.G.D.J, 2ème éd. 1993, N°3 Mme Geneviève VINEY pense qu' « en effet, le dommage matériel peut être réparé parce qu'il atteint le patrimoine; et que la diminution de celui ci a pour contre partie le versement de dommages-intérêts. Si le patrimoine n'est pas reconstitué dans sa consistance matérielle; il l'est du moins en valeur. Les dommages- intérêts accordés en contrepartie d'un dommage morale, ne peuvent exercer cette fonction réparatrice, parce qu'ils prennent place dans le patrimoine d'une victime qui a subi le dommage en dehors de son patrimoine : la nature de l'indemnisation n'est pas adaptée à celle du dommage.

(١٦٠) د/ صفية بشتان، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

التواصل الاجتماعي، الأمر الذي من الممكن أن يؤدي إلى زيادة الأضرار الناجمة عن انتهاك الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي. ويجوز للمحكمة إعادة النظر في حكم التعويض إذا لم تكن المحكمة قد أخذت بالتغيرات التي يمكن أن تحدث في المستقبل^(١٦١).

النتائج والتوصيات

أولاً- النتائج:

- ١- مواقع التواصل الاجتماعي تعد فضاء خصب للاعتداء على حقوق الأشخاص، نظراً لما يتمتع به الناشر عبرها من متسع من الحرية، وفائض في التعبير، ومساحة من الجراءة، وسرعة في الوصول، فأضحت هذه المواقع أداة للكشف عن خصوصيات الآخرين، أو التشهير بهم، والطعن في سمعتهم.
- ٢- الحق في الخصوصية يعد من الحقوق الأساسية الملازمة للشخص الطبيعي، لذلك حظيت الحياة الخاصة للأفراد بحماية دستورية وقانونية كبيرة في دول العالم قاطبة، وشهدت السنوات الأخيرة استجابة تشريعية على مستويات مختلفة لدواعي هذه الحماية.
- ٣- حماية الخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، تختلف عن حماية الخصوصية بوجه عام، فالخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي تنحصر في حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات التي تخصه، وهو يعد من أهم المفاهيم التي تستدعيها كافة النظم والقوانين الهادفة إلى حماية الخصوصية المعلوماتية، وعليه يمكن القول، إن حماية الخصوصية المعلوماتية هي حماية البيانات الخاصة بالأفراد الذين يستخدمون تلك المواقع عبر الشبكة.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نوصي الدولة بإنشاء لجنة رقابية على مواقع التواصل الاجتماعي يكون هدفها منع انتهاك الخصوصية، كما أنها تقوم بدور تحريك الدعوى ضد منتهاك الخصوصية، ومساندة المضرور في إثبات حقه.
- ٢- نوصي المشرع المصري بإجراء تعديل في نصوص القانون المدني يسمح بالحصول على التعويض دون وجود خطأ، نظراً لصعوبة اثبات الخطأ، ويطلب من المضرور أن يثبت الضرر الذي أصابه، وهو ما يعويضه القاضي عنه حسب مقداره.

(١٦١) د/ محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١م، ص ١٣٣.

٣- نوصي المشرع المصري بإنشاء محاكم متخصصة، هدفها الفصل في الدعوى المتعلقة بمواقع التواصل الاجتماعي على أن يتولى رئاستها قضاة متخصصين بهذا الأمر.

المراجع

أولاً- المراجع القانونية العامة:

- ١) د/ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م.
- ٢) د/ عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، منشورات الحلبي، ٢٠٠٧م.
- ٣) د/ مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية.

ثانياً- المراجع القانونية المتخصصة:

- ١) د/ أيمن محمد أبو حمزة، حق الرد في نطاق الاتصال الجماهيري عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م.
- ٢) د/ أشرف رمضان عبد الحميد، حرية الصحافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- ٣) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠م.
- ٤) د/تحسين حمد سمايل، المسؤولية المدنية للصحفي عن تجاوز حقه في التغطية الصحفية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٧م.
- ٥) د/حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية بدون سنة نشر.
- ٦) د/ حسن محمد محمد بودي، حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر من منظور الفقه الإسلامي وقانون الملكية الفكرية، جار الكتب القانونية، ٢٠١١م.
- ٧) د/ دينا عبد العزيز، الحماية الجنائية من إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨م.
- ٨) د/ سعيد عبد السلام، الإلزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- ٩) د/ سعيد جبر، الحق في الصورة، مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.
- ١٠) د/ سامح عبدالواحد النهامي، ضمان الضرر الناشئ عن إساءة استخدام وسائل التواصل الاجتماعي، دراسة في القانون الإماراتي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٩، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠١٦م.
- ١١) د/ صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معمرى الجزائر، ٢٠١٢م.
- ١٢) د/ طارق جمعة السيد راشد، الحماية القانونية لخصوصية البيانات الشخصية في القانون القطري والمقارن المجلة القانونية والقضائية وزارة العدل -مركز الدراسات القانونية والقضائية س ١١، ٢٤، ٢٠١٧م.

- ١٣) د/ عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
- ١٤) د/عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي - الخطأ والضرر، مكتبة صادر، دون مكان نشر، ط٢، ١٩٩٩م.
- ١٥) د/ عمرو بدوي، التنظيم القانوني لمعالجة البيانات الشخصية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٣١، ٢٠١٤م.
- ١٦) د/عثمان بكر، المسؤولية عن الاعتداء على البيانات الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، بحث منشور بمؤتمر كلية الحقوق جامعة طنطا في الفترة ٢٣، ٢٢، ٢٠١٩م/٤/٢٢.
- ١٧) د/ كمال سعدي مصطفى، حق الرد والتصحيح في المطبوعات الدورية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، المجلد ١١، العدد ١، ٢٠١٣م.
- ١٨) د/ محمد عبدالظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
- ١٩) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، ٢٠٠٩م.
- ٢٠) د/ مصطفى أحمد أبو عمرو، الإلتزام بالاعلام في عقود الإستهلاك، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م.
- ٢١) د/ محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧م.
- ٢٢) د/ نائل علي المساعد، أركان الفعل الضار الالكتروني في القانون الأردني، بحث منشور بالجامعة الاردنية، مجلد ٣٢، عدد ١، ٢٠٠٥م.
- ٢٣) د/ هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثه، ١٩٩٢م.

ثالثاً- رسائل الماجستير:

- ١) بريك فارس حسين الجبوري، حقوق الشخصية وحمائتها المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الموصل، ٢٠٠٤م.
- ٢) عبد اللطيف بن صالح، جريمة الاختراق الالكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٩م.
- ٣) كاظم حمدان، المسؤولية المدنية عن النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة النهدين، ٢٠١٧م.
- ٤) د/ محمد بن عيد القحطاني، حماية الخصوصية الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥م.

رابعاً- رسائل الدكتوراه:

- ١) د/ أحمد كمال أحمد صبري، المسؤولية المدنية للمورد على شبكات المعلومات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ٢) د/عباس علي محمد الحسيني، المسؤولية المدنية للصحفي، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣م.
- ٣) د/عزة محمود خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه، نوقشت في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤م.
- ٤) د/ ممدوح خليل بحر حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة القاهرة مطبعة دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.
- ٥) د/هيثم عيسى، المسؤولية المدنية في إطار المعاملات عبر شبكة الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة النوفية، ٢٠١٤م.

خامساً- المراجع الأجنبية:

- 1) Gordon Hull, Heather Richter Lipford, and Celine Latulipe, Contextual gaps: privacy issues on Facebook, Ethics INF Technol (2011) 13:289–302, p.289.
- 2) Dunne(R).Computers and the Law: An Introduction to Basic Legal Principles and Their Application in Cyberspace. Cambridge University Press, New York.2009.p.196.
- 3) Sweet (M).CAN THE INTERNET KILL? HOLDING WEB INVESTIGATORS SLE FOR THEIR CRIMINAL CUSTOMERS.Duke University School of
- 4) Morley (D) & Parker(C). Understanding Computers: Today and Tomorrow Introductory.Cengage Learning, Stamford, Connecticut. U.S. 2012. p.384.
- 5) Murielle-isabelle CAHEN, Intrusion dans un système de traitement automatisé de données et aspiration d'un site web: quels enjeux pour le droit, Art disponible sur: www.juriscom.net, la date de mise en ligne est:21/10/2019.
- 6) Marion Barbezieux, Le droit à l'oubli numérique: bilan et perspectives, Éditions Universitaires Europeennes-2016, Deutschland /Allemagne, P.1213.
- 7) Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier, Rapport d'information n° 441 (2008- 2009) La vie privée à l'heure des memoires numériques: Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information.

إشكالات تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

جهاد محمود عبد المبدي عمر*

المخلص:

تتناول هذه الدراسة المُوجزة أهم الإشكالات المُرتبطة بتحديد زمان ومكان انعقاد العقود المُبرمة عبر شبكة الإنترنت، وهي إشكالات تتَّصِف بصعوبة ومشقَّة كبيرة؛ حيث إنَّ تحديد الوقت الذي يحدث فيه التعاقد الإلكتروني، يحيطه جدل مُوسَّع ومُستفاض، وكذلك تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني؛ بالنظر إلى أن ذلك يحدث في فضاءٍ خارجي يصعب تحديده؛ وبالنظر لما يترتب على تحديد زمان ومكان انعقاد العقود المُبرمة عبر الإنترنت من نتائج وآثار قانونية مُتعدِّدة ومتشعِّبة؛ فقد تطرَّق الباحث إلى هذه الإشكالات، وما أنتجه الفقه القانوني من حلول ووسائل لتجاوزها، وكذلك ما أفرزته أيضًا التشريعات والقوانين والاتِّفاقات الدوليَّة من حلولٍ أخرى، كما هو الحال بالنسبة إلى قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، واتفاقية الأمم المُتَّحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، وغير ذلك.

الكلمات المفتاحية: زمان انعقاد العقد الإلكتروني - مكان انعقاد العقد الإلكتروني - النظريات الفقهية - قانون الأونيسترال النموذجي - الرسائل الإلكترونية.

*باحث دكتوراه بكلية الحقوق - جامعة عين شمس.



Problems Determining the Time and Place Of the Electronic Contract

Gehad Mahmoud Abd-Elmobdy Omar*

Abstract:

This brief study addresses the most important problems associated with determining the time and place of contracting contracts via the Internet, which are characterized by great difficulty and hardship, especially with regard to the issue of determining the time of the contract, as determining the time at which electronic contracting occurs; It is surrounded by extensive and extensive controversy, and to address this problem, as well as the problem of determining the location of the electronic contract, with which it is difficult to determine the place from which the electronic messages are sent; Also, where to receive it - because this takes place in an outer space that is difficult to determine - is not an easy matter, given the multiple and complex legal consequences and implications. This requires addressing these problems, and the solutions and means produced by legal jurisprudence to overcome them, as well as other solutions produced by legislation, laws and international agreements, as is the case for the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and so on.

Keywords: Time of the Electronic Contract – Venue of the Electronic Contract – Jurisprudential Theories – UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce – Electronic Messages.

*PhD researcher at the Faculty of Law, Ain Shams University.

المقدمة

أحدثت الثورة المعلوماتية والتقنية التي اجتاحت العالم في العقود المنصرمة وقعاً مدوياً، اتصف بتصدُّر العالم الافتراضي على الساحتين الدولية والمحلية، الذي أدى الخضوع للتضحيات التي فرضها الوجود المادي للأشياء، وألغى الحدود الجغرافية بين الدول، وجعل العالم كله يبدو وكأنه قرية متناهية الصغر، يقع التواصل فيها بين سائر ساكنيها بسهولة ويسرٍ وسرعةٍ لم يسبق لها مثيل، وكان لهذا التطور الكبير والمتسارع في شبكات الاتصال الرقمية ووسائل الاتصال الحديثة دوراً مهماً في ظهور وانتشار التجارة عبر شبكة الإنترنت، وإبرام العقود الإلكترونية، حيث تم الاستفادة من هذه الوسائل المُستحدثة والمُستجدة واستخدامها كأداةٍ للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود، وتنفيذ الالتزامات العقدية وفق ما يقتضيه هذا النمط الحديث من أنماط التعاقد.

وهذه الوسائل المُستحدثة كما تحمل في طياتها إيجابياتٍ ومنافع لا سبيل لحصرها، فهي لا تخلو من انطوائها على إشكالاتٍ عدّة؛ تتطلب الوقوف عليها، ومحاولة إيجاد الحلول الملائمة لها؛ لضمان سير واستقرار المعاملات التجارية.

يأتي من بين الإشكالات التي أثارها إبرام العقد الإلكتروني، مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وهي مشكلةٌ قديمةٌ حديثة، ارتبطت بالعقود التقليدية وبالعقود الإلكترونية، غير أن الأخيرة تتّصف بخصوصيةٍ وصعوباتٍ أكبر وأعظم من العقود التقليدية، منشأها البيئة والمناخ الإلكتروني الذي نمت وترعرعت فيه تلك النوعية من العقود.

لذلك، سوف أتناول في هذه الدراسة الإشكالات المتعلقة بمسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، في مبحثين. المبحث الأول: يتناول الإشكالات المتعلقة بتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، والحلول القانونية التي تم الاستناد عليها في معالجة هذه المسألة بصدد العقود التقليدية، وتطويرها بما يلاءم العقود المُبرمة عبر شبكة الإنترنت، وذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف أتطرق فيه إلى الحلول الأخرى التي أفرزها التطور التقني والمعلوماتي ومقتضيات التجارة، وهي حلول وردت بين دفتي قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، وأوردتها بعض الاتفاقات الدولية والأوروبية، كاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وغيرها.

أما المبحث الثاني: فسوف أتطرق فيه إلى إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، في مطلبين. المطلب الأول: أتناول فيه الحلول الفقهية التي أوجدها الفقه القانوني لتجاوز هذه الإشكالية، أما المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه بعض الحلول الواردة في قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، وبعض الاتفاقات الدولية، وغيرها. ثم أختتم البحث بخاتمةٍ شاملةٍ على بعض النتائج.

مشكلة الدراسة:

تتمثل المشكلة الرئيسة لموضوع البحث، ومحلّه، في أنّ التعاقد بات الآن يتمّ في بيئةٍ إلكترونية، استجابةً للتطوّرات المتلاحقة التي أنتجتها الثورة المعلوماتية والتكنولوجية، فأصبح بإمكان أيّ شخص إبرام العقود عن بُعد، عن طريق تبادل التعبير عن الإرادة بالطرق والوسائل الإلكترونية، دون أن يتطلب ذلك تواجد أطراف العقد مادياً. وتحديد مسألتي زمان ومكان انعقاد العقد في فضاءٍ إلكتروني، ووضع الحلول القانونية لها، وإن كانت مشكلةً قديمة أثيرت في خضمّ العقود المبرمة بين غائبين؛ إلا أنّ هذه الإشكالية ازدادت تعقيداً وغموضاً في ظلّ إجراء التعاقدات بوسائلٍ إلكترونيةٍ مُستحدثة، تجاهلت مفاهيم ومضامين الزمان والمكان، وأصبح من الضروري التعرّف على مدى مواءمة الحلول التي قدّر لها أن ترى النور في ضوء العقود التقليدية المبرمة بين غائبين، والحلول الأخرى التي خرجت من رحم التطور العلمي والتّقني؛ لمواجهة الإشكالية ذاتها.

أهمية موضوع البحث وأهدافه:

تكمن أهمية موضوع البحث في تناوله لواحدة من المسائل المهمة التي أفرزها التعاقد بالوسائل الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة، وهي إشكالية تحديد مسألتي زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، التي تتطلب التعرف عليها، والوقف على بعض أبعادها وجوانبها. وتستهدف هذه الدراسة إيضاح وبيان الحلول الناجعة لما يواجه هذه المسألة من إشكالات.

منهج البحث:

سوف أعتد في هذا البحث على المنهجين التاليين:

المنهج المُقارن: حيث يتم الاستناد إليه في عرض وتحليل ومناقشة بعض التشريعات والقوانين والاتفاقات والتوجيهات الصادرة بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك فيما يتعلق بموضوع البحث والدراسة.

المنهج الوصفي التحليلي: يستند البحث كذلك إلى هذا المنهج لوصف الظاهرة محلّ البحث وصفاً موضوعياً؛ للوصول إلى أسباب نشأتها، وجمع الحقائق والمعلومات، وتحديد أبعادها وخصائصها، ومقارنتها وتحليلها وتفسيرها؛ من أجل الوصول إلى تعميمات مقبولة.

فرضيات البحث:

يُثير موضوع البحث والدراسة بعض التساؤلات التي تتطلب إجابةً عليها؛ وأهمها:

- ما هي الأهمية أو القيمة القانونية لتحديد مسألتني زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني؟
- ما هي النظرية الفقهية المثلّي التي يُمكن إقرارها والأخذ بها في معالجة إشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني؟
- كيف تعامل قانون الأونيسترال النموذجي وغيره من الاتفاقات الدولية والأوروبية مع إشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني؟
- هل نجحت الحلول الفقهية أو النظريات التقليدية في معالجة إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني؟
- كيف تعامل قانون الأونيسترال النموذجي وغيره من الاتفاقات الدولية والأوروبية مع إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني؟
- ما هي أنجع الحلول لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني؟

خطة البحث:

- سوف يتم تناول موضوع البحث والدراسة؛ وفقاً للتقسيم الآتي:
- المقدمة.
 - المبحث الأول: إشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.
 - المطلب الأول: الحلّول الفقهية لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

- **المطلب الثاني:** الحلول الواردة في قانون الأونيسترال النموذجي وفي الاتفاقات الدولية والأوروبية لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.
- **المبحث الثاني:** إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.
- **المطلب الأول:** الحلول الفقهية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.
- **المطلب الثاني:** الحلول الواردة في قانون الأونيسترال النموذجي وفي الاتفاقات الدولية والأوروبية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.
- **الخاتمة.**

المبحث الأول

إشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

يحدث في كثيرٍ من الأحيان إبرامٌ للعقد بدون الحضور المادّي المتعاصر للمتعاقدين، فيما يُعرف بالتعاقد بين غائبين، أي يتم التعاقد بين شخصين لا يوجدان في مكانٍ واحد، ويكون ذلك عن طريق البريد، أو بواسطة رسول، ونحو ذلك، ويخلق هذا النوع من التعاقد إشكالية وصعوبة بصدد تحديد زمان انعقاد العقد، هل هو وقت صدور القبول، أم وقت علم الموجب به؟ أم غير ذلك؟ وقد تمخّضت هذه الصعوبة من رحم الواقع، بسبب وجود فاصلٍ زمني بين صدور القبول، وعلم الموجب به في معظم الأحيان، وإذا كانت هذه الصعوبة وتلك الإشكالية قد نشأت في بيئة العقود التقليدية، إلا أنها ظلت مستمرةً وملازمةً للمناخ الذي آزر العقود الإلكترونية حتى استغلّظت واستوت على سوقها.

تُعزى صعوبة تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني للصعوبة التي ينطوي عليها تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى المتعاقدين الأخر، فعندما يتم تبادل التعبير عن الإرادة بوسيلةٍ إلكترونيةٍ عن طريق الضغط على زر لوحة مفاتيح جهاز الكمبيوتر، تنتقل هذه الإرادة الإلكترونية بواسطة ترددات كهربية؛ تُشفّر إلى ومضات إلكترونية تصل إلى جهاز كمبيوتر المرسل إليه، وفي مثل هذه الحالات يصعب عادةً تحديد تاريخ وصول الومضات الإلكترونية إلى الطرف الآخر⁽¹⁾.

(1) ينظر خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

أهمية تحديد زمان انعقاد العقد:

قبل التطرق لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وحلولها القانونية؛ أطرّق أولاً في عجلة سريعة إلى أهمية تحديد زمان أو وقت انعقاد العقد، إذ لهذا التحديد أهمية كبيرة من جوانب عدّة، منها ما يلي:

إنّ العقد لا يبدأ في ترتيب آثاره القانونية عادةً إلا فور انعقاده؛ فيصبح من الضروري تحديد وقت انعقاده، حتى يتسنى تحديد الوقت الذي تنتج فيه آثاره^(٢)، وذلك بالنسبة إلى طرفيه، وأعني بذلك حقوقهما والتزاماتهما في مواجهة بعضهما البعض.

وَبِمقتضى ذلك؛ فلو كان العقد بيعاً لِمَقْضُولٍ مُعَيَّن بالذات، لانقلت إلى المُشْتَرِي مِلْكِيَّتِهِ من لحظة إتمام العقد، وانتقلت إليه كذلك النّمار وتبعية الهلاك، أي أنّها تنتقل من وقت العلم بالقبول، وذلك في حال الأخذ بنظريّة العلم بالقبول، أو من وقت إعلان القبول لو أخذنا بنظريّة إعلان القبول، وسوف أبين ذلك لاحقاً بشيءٍ من التفصيل عند الحديث عن النظريّتين المذكورتين، وغيرهما، ويكاد لا يخفى على الكثيرين أنّ إشكاليّة انتقال تبعيّة الهلاك تُعد من بين أبرز المُشكلات التي تجد لها صدّاً في الواقع والحياة العمليّة، خاصة في إطار العقود الإلكترونيّة؛ نظراً لوجود مُدّة زمنية بين انعقاد العقد واستلام المُشْتَرِي للمبيع، وبناءً على ذلك، فإنّ تحديد زمان انعقاد العقد يؤدي دوراً كبيراً في تحديد من يتحمل تبعيّة الهلاك^(٣).

يُضاف لذلك أنّ انقضاء أجل المُوجِب في المدة الزمنية بين إعلان القبول، أو العلم به، له آثاره القانونية، وفقاً لما إذا كان وقت انعقاد العقد هو إعلان القبول، أو العلم به.

(٢) ينظر محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٧٦-١٩٧٧م، ص: ١٢١. عادل علي المقدادي: إبرام العقد الإلكتروني وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية العماني، دراسة مقارنة. بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين. المجلد (٩). العدد (١٨). سنة ٢٠١٢م. ص: ٢٢٤.

(٣) ينظر ذلك لدى عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، تنقيح أحمد مدحت المرآغي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، طبعة ٢٠١٠م، ص: ٢٠٦. عباس العبودي: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، طبعة ١٩٩٧م، ص: ١٧٤. محمود السيد عبد المعطي خيال: التعاقد عن طريق التلفزيون، مكتبة النسر الذهبي، القاهرة، طبعة ٢٠٠٠م، ص: ٧٧، ٧٨. محمد نجيب المغربي: أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص: ٥٤.

ففي الأولى، وفقاً لنظرية إعلان القبول، فإن موت المُوجب أو فقدانه لأهليته، بعد إعلان القبول، ليس له تأثيرٌ على إبرام العقد، إذ يُصبح العقد مُنعقدًا من لحظة إعلان القبول، أما لو كان وقت انعقاد العقد هو وقت العلم بالقبول، فإن موت الموجب، أو فقدانه لأهليته قبل أن يعلم بالقبول يحول دون انعقاد العقد^(٤).

كما أنّ تحديد نطاق تطبيق القوانين الجديدة على العقود يتوقف أثره على تاريخ انعقادها، وتبعاً لذلك، يرتبط تحديد وقت انعقاد العقد بتحديد ما إذا كان يخضع للقانون الجديد من عدمه، ومن المُسلّمات التي لا تحتاج إلى بيان أنّ أحكام القانون الجديد لا تنطبق إلا على العقود المُبرمة في وقتٍ لاحقٍ للعمل به، أما العقود المُبرمة قبل العمل بالقانون الجديد، فلا ينطبق عليها، وذلك فيما يتعلّق بأركان انعقادها، أو بشرائط صِحّتها، أو بآثارها المُتعلّقة بالنظام العام^(٥)، وعطفاً على ما وُرد، فلو صدر قانونٌ جديدٌ يُعدّل من شروط انعقاد العقود المُبرمة في ظلّ القانون المُلغى، فلا تسري أحكام القانون الجديد على العقود المُبرمة قبل العمل بهذا القانون الجديد، ومن هنا يختلف الحُكم وفقاً لإقرار نظرية إعلان القبول، أو وفقاً لنظرية العلم بالقبول، عند تحديد وقت انعقاد العقد، وما إذا كان قد تم قبل صدور القانون الجديد، أم بعد صدوره. تبرز كذلك أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في ظلّ وجود مواعيد يبدأ سريانها من لحظة إتمام العقد، كمواعيد التقادم فيما يتعلّق بالالتزامات المُنجزة الناشئة عن العقد، فبيدأ سريان هذه المواعيد بمقتضى نظرية العلم من وقت العلم بالقبول، وبمقتضى نظرية الإعلان، يبدأ سريانها من وقت إعلان القبول^(٦).

ومن بين الآثار الأخرى المترتبة على تحديد وقت أو زمان انعقاد العقد، تحديد أهلية المتعاقدين، فلو ثبت أنّ الموجب كان من القُصّر عند قيامه بتوجيه الإيجاب، ثم أصبح بالغاً رشيداً لحظة علمه بقبول القابل، انعقد العقد صحيحاً؛ لأنّ ما يعول عليه هنا؛ هو تحقُّق أهلية المتعاقدين وقت إبرام العقد^(٧)، وأخيراً وليس آخراً، تتباين آثار استحالة

(٤) ينظر محمود السيد عبد المعطي خيال: مرجع سابق، ص: ٧٨، ٧٩.

(٥) ينظر محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص: ١٢٢. أحمد السعيد الزقرد: الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، بدون ذكر سنة نشر، ص: ٩٤، ٩٥.

(٦) عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص: ٢٠٦.

(٧) محمود السيد عبد المعطي خيال: مرجع سابق، ص: ٧٧.

تنفيذ الالتزامات العقدية بالنظر إلى وقت الاستحالة، وهل هذه الاستحالة نشأت قبل أن ينعقد العقد، أم نشأت بعد انعقاده.

وقد ظهرت بعض النظريات الفقهية في محاولة لوضع بعض الحلول لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد، وظهرت أيضاً بعض الحلول الأخرى في قانون الأونيسترال النموذجي وفي بعض الاتفاقات الدولية وفي تشريعات وقوانين بعض الدول، كما سبق الإشارة إليه، وأتناول بعضاً منها؛ وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: الحلول الفقهية لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.
المطلب الثاني: الحلول الواردة في قانون الأونيسترال النموذجي وفي الاتفاقات الدولية والأوروبية لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

الحلول الفقهية لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

ظهرت بعض الحلول الفقهية لمعالجة إشكالية تحديد زمان انعقاد العقد، في ضوء العقود التقليدية، ويمكن تعميمها وتطبيقها في مجال العقود الإلكترونية، مع مراعاة خصوصية هذا النوع من التعاقد؛ نظراً لاختلاف شبكة الإنترنت بجوانبها وخصائصها التقنية عن وسائل الاتصال العادية في التعاقد بين غائبين^(٨)، وذلك كما

(٨) تجدر الإشارة فيما نحن بصدده إلى أن قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م، وكذلك القوانين والتشريعات المعنية بتنظيم التعاقد الإلكتروني، اتجهت نحو إجازة إبرام العقود بوسائل إلكترونية، ومن ذلك على سبيل المثال المادة (١/١١) من قانون الأونيسترال النموذجي، المتعلقة بتكوين العقود وصحتها، إذ نصت على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز استخدام (رسالة البيانات) للتعبير عن الإيجاب وقبول هذا الإيجاب، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات إلكترونية لهذا الغرض".

"In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose". =

سبق ذكره، لذا سوف أتطرق إلى هذه الحلول، لمعرفة مدى ملائمتها أو قُصورها في معالجة تلك الإشكالية، وذلك على التفصيل الآتي:

١. نظرية إعلان القبول:

يرى أصحاب هذه النظرية أنّ العقد ينعقد فور أن يُعلن القابل قبُوله، وقبل وصول هذا القبول إلى علم المُوجب، فلحظة الإعلان هذه تعني اقتران الإيجاب بالقبول، وهي كل ما يلزم لانعقاد العقد. وذلك يتفق مع السرعة التي تتطلبها المعاملات والتجارة بصفة خاصة^(٩)، فالعقد يتم إذاً متى توافقت إرادة الطرفين بصدور قبول مُطابق

=

كما نصت أيضًا المادة (١/١٢) على أنه: "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات".

"As between the originator and the addressee of a data message, a declaration of will or other statement shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message".

وقد سار المشرع العماني على النهج ذاته في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م، حين أجاز التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الإلكترونية، إذ تضمنت المادة (١٢) النص على أنه: "١/ لأغراض التعاقد، يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل إلكترونية، ويُعتبر ذلك التعبير ملزماً لجميع الأطراف، متى تم وفقاً لأحكام هذا القانون. ٢/ لا يفقد العقد صحته، أو قابليته للتنفيذ، لمجرد أنه أبرم بواسطة رسالة إلكترونية واحدة، أو أكثر".

اعترف كذلك القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني بمشروعية وجواز إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية المستحدثة، إذ أعطى الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية ذاتها المقررة للمحررات المكتوبة المعدة للإثبات.

وإجازة التعبير عن الإرادة، إيجاباً وقبولاً، بوسائل إلكترونية، ورد كذلك في قوانين بعض الدول الأخرى، ومن ذلك على سبيل المثال، المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، والمادة (١٠) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ، والمادة (١) من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠م، والمادة (١٨) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م، والمادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣) لسنة ٢٠١٤م.

^(٩) سميّر تناغو: مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، طبعة ٢٠٠٩م، ص: ٤٣، ٤٤. وينظر نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٤م، ص: ١٢٦. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص:

٩٧.

للإيجاب، بصرف النظر عن علم المُوجب بهذا القبول من عدمه؛ لأنَّ القبول هو تعبير إرادي غير واجب الاتصال، يكفي مجرد إعلانه من قِبَل صاحبه، دون الحاجة لوصوله إلى المُوجب^(١٠).

وتطبيقاً لذلك في مجال التعاقد الإلكتروني، فإنَّ لحظة إعلان القبول -بوصفها لحظة انعقاد العقد- هي التي يُحرَّر فيها القابل رسالةً إلكترونيَّةً مُتضمَّنةً لقبوله، أو هي اللحظة التي يقوم فيها بالضغط على الأيقونة المُخصَّصة للقبول.

وبالتالي، لو قام العميل أو المُشتري أثناء تصفُّحه للمواقع التجارية -عبر شبكة الإنترنت- التي تضع عُروضها إيجاباً للسَّلَع المعلنة، وضغط على الأيقونة المُعدَّة للقبول، ففي هذه اللحظة يتحقَّق وجود العقد الإلكتروني لاقتران الإيجاب بالقبول وتطابقهما^(١١).

ويُتَّضح مما سبق أنَّ لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تتحقَّق في اللحظة التي يُعلن فيه القابل قبوله للإيجاب المعروض عليه من قِبَل المُوجب، أي أنَّ العقد يتكوَّن عندما يُبدي الطرفُ المعروض عليه ما يكشف عن نيَّته في قبول العرض، حتى وإن لم يكن ذلك معلوماً بعد لمُقدِّم العرض، فإنَّ كان الإيجاب مُوجَّهاً للقابل بواسطة البريد الإلكتروني، فإنَّ لحظة قراءته للرسالة الإلكترونية المُشتملة على الإيجاب وتحريره رسالةً إلكترونية تحمل في طياتها مُوافقته على هذا الإيجاب - تعد هي لحظة انعقاد العقد، حتى قبل الضغط على زر إرسال رسالة القبول.

لكن يُؤخذ على هذه النظرية إغفالها للقواعد العامة، إذ إنَّ التعبير عن الإرادة لا يُحدث أثره إلا في الوقت الذي يتَّصل فيه بعلم مَنْ وُجَّه إليه، والقبول باعتباره تعبيراً عن

(١٠) ينظر بلقاسم حامدي: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، سنة ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص: ١٠٠. عمر فارس الشطناوي: مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، سنة ٢٠١٠م، ص: ٣٨.

(١١) ينظر عمرو عبد الفتاح يونس: جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، ص: ٣٤٣، ٣٤٤. وينظر في معنى مقارب:

Morad Shnikat and other: The legal framework of electronic contract in the Jordanian legislation. Published on Global Journal of Politics and Law Research. Vol (5). Issue (5) September 2017. P: 51.

الإرادة لا يُحدث أثره إلا في وقت اتصاله بعلم مَنْ وُجّه إليه، لا من وقت إعلانه^(١٢)، وهي بذلك تتجاهل إرادة المُوجِب الذي يمتلك الحق في العدول عن إيجابه إن لم يكن مُحدّد المُدة ولم يرتبط به قبولٌ حتى وإن كان المُتعاقد الآخر قد أعلن قبوله^(١٣).

ومن ثم، فإنّ الأخذ بهذه النظرية يترتّب على إثره من الناحية العملية؛ توسيع فجوة المشكلات المتعلّقة بإثبات التعاقد الإلكتروني، والتي تُعد من أبرز الإشكالات الناجمة عن استخدام الشبكة العنكبوتية في إبرام العقود. إذ في الغالب سيُتّجه القابل صوب إنكار القبول الصادر عنه، فيصير المُوجب تحت سَطوة وسلطان القابل، إن شاء تمسّك بهذا القبول، وإن شاء أنكره؛ نظرًا لأنّ القبول ليس له وجودٌ إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، لذلك يتعدّر على المُوجب أن يُثبت أن القابل قد حرّر رسالةً بقبوله ولم يقدّم بإرسالها.

ليس هذا فحسب، بل إنّ المُوجب (مُنشئ رسالة البيانات) قد يُوجّه رسالته إلى الجمهور دون أن يتمكّن من الإحاطة بعدد الأشخاص الذين أبدوا قبولهم وموافقهم على الرسالة الإلكترونية المعروضة عليهم، طالما أنّ قبولهم هذا لم يصل إليه^(١٤)، فيجد نفسه مُحاطاً بالكثير من الدعاوى المرفوعة ضده من أشخاص أعلنوا قبولهم دون علمه بذلك، ويصير مطالباً بتنفيذ عقودٍ يغيبُ عن علمه أنه قد بات طرفاً فيها.

٢. نظرية تصدير أو إرسال القبول:

يرى أصحاب هذه النظرية أن القبول يصير نهائيّاً، وينعقد به العقد؛ لحظة خروجه من حوزة صاحبه بتصديره، أي بوضعه في صندوق البريد، أو تسليم البرقيّة إلى مكتب

(١٢) ينظر سمير تناغو: مرجع سابق، ص: ٤٤. نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، ص: ١٢٦. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص: ٩٧.

(١٣) حمودي محمد ناصر: العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، طبعة ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص: ٢٤٥.

(١٤) ينظر عائض بن سلطان البقمي: التجارة الإلكترونية في النظام السعودي، دراسة مقارنة، دار الإجابة، الرياض، الطبعة الأولى، طبعة ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م، ص: ١٣٩. علاء الدين محمد عبابنة: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، بحث منشور بالمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد (٤)، العدد (٤)، سنة ٢٠١٢م، ص: ٢٩.

البرق، أو انطلاق الرسول به^(١٥)، أي لا بد من حدوث واقعة مادية تتمثل في إعلان وتصدير القبول؛ لكي يكون نهائياً لا يمكن الرجوع فيه لخروجه من يد القابل^(١٦).

بمقتضى ذلك -وفي نطاق التعاقد الإلكتروني- يُعد العقد مُبرماً منذ لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول، ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني مُقدّم خدمة الإنترنت، ولا يُستَرتَب وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الإنترنت^(١٧)، فالعقد الإلكتروني ينعقد في هذا الحال في لحظة إرسال رسالة البيانات المُتضمّنة القبول إلى نظام معلومات يخرج عن سيطرة القابل؛ على النحو الذي لا يمكن معه قيامه باستعادتها أو استرجاعها، كالنقر على خانة القبول، أو الفأرة في حال البريد الإلكتروني^(١٨).

لكن مما يُؤخَذ على هذه النظرية؛ أن رسالة القبول تظل ملكاً لصاحبها، ويكون بمقدوره استعادتها في حال لم تصل إلى علم المرسل إليه، ولن يُفيد تصدير القبول في شيء^(١٩)، ومن الممكن إرسال رسالة إلكترونية تحتوي على قبول القابل، ويتعدّر على الموجب استلامها، نظراً لفقدانها، أو لأي سببٍ فتيّ آخر^(٢٠)، فقد يحدث عطل أو خلل في الأجهزة الإلكترونية في اللحظة التي تُرسل فيها الرسالة الإلكترونية، فتبقى لفترة ما في الخادم الخارجي (External Server)، وفي بعض الأحيان قد لا تصل الرسالة

(١٥) ينظر سعيد سعد عبد السلام: مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، طبعة ٢٠٠٣/٢٠٠٢، ص: ٨٤. نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، ص: ١٢٧. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص: ٩٧، ٩٨.

(١٦) حمودي محمد ناصر: مرجع سابق، ص: ٢٤٥. وفي نفس المعنى عدنان عبد الحميد مطر: التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩م، ص: ٢٨٤.

(١٧) ينظر خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: ٣٧٧. عائض بن سلطان البقمي: مرجع سابق، ص: ١٤٠.

(١٨) ينظر حمودي محمد ناصر: مرجع سابق، ص: ٢٤٥. عدنان بن صالح العمر: أصول قانون التجارة الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية لسنة ١٤٤٠هـ ونظام التعاملات الإلكترونية لسنة ١٤٣٨هـ، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، طبعة ٢٠١٩م، ص: ٩٧.

(١٩) ينظر سعيد سعد عبد السلام: مرجع سابق، ص: ٨٤. نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، ص: ١٢٧. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص: ٩٨.

(٢٠) تامر محمد الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م، ص: ٨٩.

الإلكترونية إلى وجهتها^(٢١)، ومن بين المثالب الأخرى للنظرية المذكورة، عدم تمكُّن الموجب من فتح صندوق بريده الإلكتروني لمدة زمنية قد تطول أو تقصر، وبالتالي فلن يتوفر لديه العلم بالقبول الوارد إليه من القابل، وذلك حتى يُهيئ نفسه لتنفيذ الالتزامات التي يتضمنها العقد.

ويُزاد على ما تقدم؛ أن هناك بعض البرمجيات الحديثة التي يمكن الاستعانة بها من أجل استرداد رسالة القبول، إن لم تكن قد وصلت إلى الموجب، أو في حال لم يستطع المُرسَل إليه الاطلاع عليها، وذلك كما هو الحال بالنسبة لبرنامج الانستغرام والواتس أب و Outlook وغيره من البرامج والتقنيات الأخرى^(٢٢)، كما أن الأمر لا يسلم في بعض الأحيان من اختراق الرسالة الإلكترونية من قبل الهكر، وإجراء تعديلات على مضمونها؛ فيختلف ما استلمه الموجب عما أرسله القابل.

٣. نظرية استلام أو وصول القبول:

يتجه أنصار هذه النظرية نحو القول: إنَّ العقد ينعقد فور وصول القبول إلى الموجب بصرف النظر عن علمه بالقبول^(٢٣)، أي أنَّها تشترط وصول موافقة القابل إلى الموجب، فلا يكفي تصديرها من القابل، بل يلزم لذلك أن تقع في أيدي الموجب، فالقبول بوصوله إلى الموجب يصبح نهائياً لا يقدر القابل على استعادته، ومن ثم يُعد العقد مُنعقدًا سواءً علم الموجب فعلياً بالقبول، أم لم يعلم به^(٢٤)، مما يعني أن القبول يصير نافذاً عندما يصل إلى مُقدِّم العرض.

وأخذاً بذلك في نطاق العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، ينعقد العقد لحظة وصول الرسالة الإلكترونية، أو دخولها إلى صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب، حتى وإن لم يكن الأخير قد فتح صندوق بريده الإلكتروني، أو إن غاب عن علمه ما تضمَّنته هذه الرسالة، إذ العبارة بتسلم القبول لا العلم به. وعندما يتم

(٢١) عائض بن سلطان البقمي: مرجع سابق، ص: ١٤٠.

(٢٢) عدنان بن صالح العمر: مرجع سابق، ص: ٩٨.

(٢٣) ينظر سمير تتاغو: مرجع سابق، ص: ٤٤. نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، ص: ١٢٧. وينظر:

Meryem Edderouassi: Le contrat électronique International. These de doctorat, universite Grenoble Alpes, France, 2017. P: 209.

(٢٤) ينظر محمد عبد الظاهر حسين: مصادر الالتزام، المصادر الارادية وغير الارادية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص: ٦٨. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص: ٩٨.

تبادل الرضا على موقع الويب بالنقر على أيقونة القبول، فإن العقد ينعقد لحظة استلام هذه المعلومات أو الرسالة على الحاسوب الخادم الخاص بالموقع أو على الحاسوب الخادم الذي يستضيف موقع الويب الموجه له القبول^(٢٥).

ويشير البعض إلى أنّ التقنية المُستحدثة نجحت في تيسير التأكد أو التحقق من وصول القبول إلى الموجب، عن طريق بعض الإشارات أو العبارات الدالة على ذلك، كإشارة (√/√) التي تظهر لدى المرسل والمرسل إليه في برامج التواصل، كالواتس أب، والسكايب، والإنستغرام، أو عبارة أن المرسل إليه قد تسلم الرسالة الإلكترونية، وغيرها من العبارات والإشارات الأخرى^(٢٦).

ولم تسلم هذه النظرية -كغيرها من النظريات السابقة- من النقد، حيث انتقدت انطلاقاً من أنّ انعقاد العقد فور وصول رسالة القبول الإلكترونية إلى صندوق بريد الموجب، لا يُتيح للقبائل العدول عن قبوله بواسطة الاتصال الهاتفي، أو بأية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال الفوري، لأن العقد بات منعقداً ومرتباً لآثاره القانونية بين طرفيه.

كما أنّ وصول القبول لا يُعد قرينة على العلم بما تضمنته الرسالة الإلكترونية، فأعطاء تقرير استلام الرسالة الإلكترونية يكون تأكيداً على وصول البيانات، وليس قراءتها، فليس بالضرورة أن تصل كافة الرسائل إلى المرسل إليه بالهيئة التي تم إرسالها بها^(٢٧).

والأمر لا يتوقف عند هذا الحد، إذ إنّ وصول القبول يشبه تصديره، ولا يُضيف إلى إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية؛ لأنّ وصول القبول ما هو إلا واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية، فتسلم القبول في حد ذاته لا يقطع بعلم الموجب به^(٢٨)، وإلى جانب

(٢٥) ينظر تامر محمد المياطي: مرجع سابق، ص: ٩٠. حمودي محمد ناصر: مرجع سابق، ص: ٢٤٦، ٢٤٧. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٢م، ص: ٩٤. وينظر:

Charbonnier Marine: la formation et l'exécution du contrat électronique, these de doctorat, universite pantheon- Assas, Paris II, 2003. P: 90.

(٢٦) عدنان بن صالح العمر: مرجع سابق، ص: ٩٨.

(٢٧) علاء الدين محمد عابنة: مرجع سابق، ص: ٣٥.

(٢٨) ينظر نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، ص: ١٢٧. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص: ٩٨.

ما سبق، لا تتضمن هذه النظرية حلولاً حاسمة للغش أو التقصير الصادر عن الموجب، بغية الحيلولة دون استلام القبول^(٢٩).

٤. نظرية العلم بالقبول:

يرى أصحاب هذه النظرية أنّ العقد ينعقد فور علم الموجب بالقبول، أي أنّ وصول القبول إلى علم الموجب يُعد قرينةً على العلم به، لكنّها قرينة تقبل إثبات العكس^(٣٠)، وقد حمل القانون المدني المصري لواء الدعوة إلى هذه النظرية، وأقرّ بها، إذ أوّرد المشرع النصّ على أنّه: "يُنْتَج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتّصل فيه بعلم من وجّه إليه، ويُعد وصول التعبير قرينةً على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"^(٣١). وورد النصّ أيضاً على أنّه: "١/ يُعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢/ يُفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول"^(٣٢).

وبتطبيق ذلك على التعاقد الإلكتروني، يتّضح أنّ لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول الوارد إليه من القابل، ويتحقق ذلك عند اطلاع الموجب على رسالة البيانات المحتوية على قبول القابل، فهي قرينة على علمه بقبول القابل للإيجاب الموجه إليه، بيد أنّها قرينة قابلة لإثبات العكس، إذ بمقدور الموجب أن يُثبت عدم علمه بالقبول رغم استلامه إيّاه.

وبناءً على ذلك، لو كان الإيجاب موجّهاً بواسطة البريد الإلكتروني انعقد العقد في هذه الحال لحظة فتح الموجب لبريده الإلكتروني، واطلعه على رسالة البيانات الواردة إليه من القابل. فهذا يعني تحقّقه من قبول الموجب له للإيجاب المعروض عليه، أما لو

(٢٩) تامر محمد الدمياطي: مرجع سابق، ص: ٩٠.

(٣٠) ينظر سعيد سعد عبد السلام: مرجع سابق، ص: ٨٥. أحمد السعيد الزقرد: مرجع سابق، ص: ٩٨. وينظر:

Meryem Edderouassi: Op. Cit. P: 209.

(٣١) المادة (٩١) من القانون المدني المصري.

(٣٢) المادة (٩٧) من القانون المدني المصري. وقضت كذلك محكمة النقض المصرية، بأن العبرة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، في التعاقد بين غائبين، هو اتفاق الطرفين، وفي حالة عدم وجود اتفاق يؤخذ بزمان ومكان علم الموجب بالقبول، عملاً بنظرية العلم بالقبول. نقض مدني ١٩٧٢/١/١٩ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٣ ق. ص: ٦٧، رقم ١٢.

كان الإيجاب معروضاً بواسطة مواقع الويب؛ انعقد العقد فور علم الموجب اليقيني بالقبول الصادر على الموقع من قبل القابل (٣٣).

وكما هو الحال بالنسبة إلى الانتقادات الموجهة إلى النظريات السابقة، فلقد انتقدت هذه النظرية أيضاً من ناحية أن إقرارها وتطبيقها مطلقاً يجعل القابل تحت رحمة الموجب؛ لأن علم الأخير بالقبول أمرٌ شخصي يصعب على القابل إثباته، لذلك كان وصول القبول قرينة على العلم به، إلا أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس فيما إذا أنكره الموجب (٣٤)، يُضاف لذلك أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، أي فور علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد، ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر (٣٥)، وليس من المستبعد العبث بتاريخ علم الموجب بالقبول الإلكتروني، بتحريفه أو تزويره من الموجب صاحب جهاز الكمبيوتر، بتقديم التاريخ على سقوط الإيجاب، إذا كان العقد يحقق مصلحة الموجب بهذا التقديم، أو بتأخير استلام القبول عن وقت سقوط الإيجاب، إذا كان على العكس من مصلحته كموجب؛ فيتخلص من الالتزامات العقدية (٣٦).

المطلب الثاني

الحلول الواردة في قانون الأونيسترال النموذجي وفي الاتفاقات الدولية والأوروبية لإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

رغم ما سبق ذكره وبيانه بخصوص النظريات التقليدية، والتي تم تطبيقها على العقود الإلكترونية، بما يتماشى مع وسائل الاتصال والتقنية الحديثة، وذلك بشأن تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني - إلا أنه قد ظهرت بعض الحلول الأخرى لمواجهة هذه الإشكالية، وأسوق بعضاً منها على النحو الآتي:

١. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦م:

(٣٣) تامر محمد الدمياطي: مرجع سابق، ص: ٩١.

(٣٤) ميكائيل رشيد الزبياري: العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة، الجامعة العراقية، سنة ١٤٣٣ هـ / ٢٠١٢م، ص: ٢٣٩. عائض بن سلطان البقمي: مرجع سابق، ص: ١٤٢.

(٣٥) عائض بن سلطان البقمي: مرجع سابق، ص: ١٤١، ١٤٢.

(٣٦) بلقاسم حامدي: مرجع سابق، ص: ١١٦.

لم يُنصَّ قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بصورة مباشرة على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، بل نصَّ على وقت إرسال رسائل البيانات، مما يُفهم معه أنَّه اتجه صوب تحديد لحظة استلام رسائل البيانات، ولعل السبب الجوهرية الذي دفع هذا القانون نحو عدم وضع نص صريح ومباشر لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني - هو إظهار قدرٍ كبيرٍ من الاحترام لسيادة وخصوصية القوانين الوطنية، حتى لا يحدث تعارض أو تضارب بينه وبين ما تنص عليه القوانين المحلية للدول من أحكام، بحيث يكون للدول مطلق الحرية في تضمين قوانينها للنصوص الملائمة لها بشأن هذه المسألة (تحديد زمان انعقاد العقد)، أو فيما يتعلق بغيرها من المسائل الأخرى.

وقد ورد النص في القانون الذي بين أيدينا على أنه:

١. "ما لم يتفق المُنشىء والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشىء، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشىء.

٢. ما لم يتفق المنشىء والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو الآتي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو
 - وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أُرسِلت رسالة البيانات إلى نظام معلوماتٍ تابعٍ للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.
- ب- إذا لم يُعيّن المرسل إليه نظام معلوماتٍ، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلوماتٍ تابعًا للمرسل إليه^(٣٧).

^(٣٧) المادة (١٥) من قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ونص هذه المادة باللغة الإنجليزية هو:

"Time and place of dispatch and receipt of data messages

- (1) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator.

ويُفهم من المادة المذكورة آنفاً أن قانون الأونستيرال النموذجي، أورد فرضين لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، وذلك إن لم يتفق طرفي العقد على مثل هذا التحديد، وأتاولهما بشيء من التوضيح على النحو التالي:

الفرض الأول: يدور في نطاق تعيين أو تحديد المرسل إليه نظام معلومات يستلم بواسطته رسائل البيانات (الرسائل الإلكترونية) المرسلة إليه. كما لو عين أو حدّد بريده الإلكتروني لاستلام رسائل البيانات، أو أن يُحدّد ويُعيّن على شبكة الإنترنت إحدى المواقع التي يمتلكها، فلو قام الموجب بعرض وتقديم إيجابه لبعض السلع والمنتجات، أو تقديم خدمات معينة، بواسطة بريده الإلكتروني، أو عن طريق الموقع الإلكتروني، ثم قام القابل بإرسال رسالة بيانات متضمنة لقبوله على النظام المعلوماتي المتفق عليه، فإن لحظة انعقاد العقد تكون هي اللحظة التي يستلم فيها الموجب رسالة البيانات المرسلة إليه من القابل، دون إقامة أي وزن أو قيمة لاطلاع الموجب من عدمه على القبول الوارد إليه عبر موقع الويب المحدد، أو على البريد الإلكتروني.

تضمن هذا الفرض كذلك، حالة استلام الموجب للقبول المرسل إليه من القابل بواسطة رسالة بيانات تدخل نظام معلومات تابعاً له، غير أنه ليس هو النظام المحدد أو المتفق عليه لتسلم القبول، كأن يكون هناك وسيط بين الطرفين (الموجب والقابل) مُسنداً إليه مهمة استلام رسائل البيانات المرسلة إلى الموجب، ثم إعادة تحويلها بعد ذلك إلى المرسل إليه (الموجب). ففي مثل هذه الحال فإن العقد الإلكتروني ينعقد منذ اللحظة التي يستخرج فيها الموجب أو يستعيد رسالة البيانات المرسلة إليه من

=

(2) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the time of receipt of a data message is determined as follows:

- A. If the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages, receipt occurs:
- At the time when the data message enters the designated information system; or
 - If the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, at the time when the data message is retrieved by the addressee;
- B. If the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data message enters an information system of the addressee".

القابل^(٣٨)، سواءً استرجعها من على بريده الإلكتروني، أو من على موقع الويب، فكلاهما سيان في الحكم.

ويسوق البعض مثالاً توضيحياً للحالة المذكورة آنفاً، حيث يشير إلى أنّ الموجب لو قام بتحديد عنوان بريد إلكتروني معين لاستلام رسالة البيانات المتضمنة قبول القابل، وفي الوقت نفسه كان لديه بريد إلكتروني غير المتفق عليه أو المعين، فأرسل القابل قبوله إلى البريد الإلكتروني غير المعين، انعقد العقد من لحظة استعادة أو استرجاع رسالة البيانات من قبل المرسل إليه (الموجب) على بريده الإلكتروني المعين أو المتفق عليه، فبالرغم من أنّ رسالة البيانات قد وردت إلى بريد إلكتروني يمتلكه الموجب، إلّا أنّ العبرة بالبريد الإلكتروني المحدد سلفاً، لأنه هو النظام المعلوماتي الذي حدده الطرفان واتفقا عليه^(٣٩).

الفرض الثاني: يدور في إطار عدم تعيين الموجب نظام معلومات لاستلام رسالة البيانات المرسله إليه من قبل من وجّه إليه الإيجاب، فهنا لو أرسل القابل قبوله إلى نظام لم يتفق عليه الطرفان، لكنه كان تابعاً للمرسل إليه ويخضع لسيطرته ترتّب على إثر ذلك انعقاد العقد فور دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات التابع للموجب. ولمزيد من التوضيح، فلو عرض الموجب إجابته عن طريق بريده الإلكتروني، وكان إجابته هذا عبارة عن عرض لمجموعة من المنتجات أو السلع أو الخدمات، وقام القابل بالموافقة على هذا الإيجاب، وأرسل قبوله هذا إلى البريد الإلكتروني للموجب، انعقد العقد من لحظة استلام الموجب لرسالة البيانات المرسله إليه عبر بريده الإلكتروني، بصرف النظر عن علمه، أو عدم علمه بدخول هذه الرسالة إلى بريده الإلكتروني.

(٣٨) وهنا يتساءل البعض عن المقصود باستخراج الرسالة، هل يقصد بذلك المعنى التقليدي، أي إخراجها من جهاز الحاسوب وطباعتها على الورق، أم أنّ المقصود بها هو المعنى غير التقليدي، أي إظهارها على جهاز الحاسوب بشكل يمكن معه قراءتها؟ ويرجح أن يكون المقصود هو المعنى الثاني دون الأول. ينظر علي هادي العبيدي: زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، في الفترة ما بين ١٩-٢٠/٥/٢٠٠٩م، بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ص: ٣٨٩.

(٣٩) ينظر طارق كاظم عجيل: طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، في الفترة ما بين ١٩-٢٠/٥/٢٠٠٩م، بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ص: ٣٤٠.

ويتضح مما سبق أنّ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية يسير على الخطى ذاتها التي سارت عليها نظرية استلام القبول، إذ إنّ أحكامه بشأن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني لا تخرج عن نطاق مضمون نظرية استلام القبول التي سبق التطرق إليها.

٢. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية:

تناولت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي اعتمدها الجمعية العامة في ٢٣ نوفمبر سنة ٢٠٠٥م وقت إرسال الخطابات الإلكترونية، حيث ورد في نص المادة (١٠) أنّ: "١/ وقت إرسال الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يغادر فيه ذلك الخطاب نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابةً عن المنشئ، أو وقت تلقّي الخطاب الإلكتروني إذا لم يكن قد غادر نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابةً عن المنشئ. ٢/ وقت تلقي الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان إلكتروني يُعيّنه المرسل إليه، ووقت تلقي الخطاب الإلكتروني على عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان، ويصبح المرسل إليه على علم بأنّ الخطاب الإلكتروني قد أُرسِل إلى ذلك العنوان، ويُفترض أن يكون الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه"^(٤٠).

(٤٠) ونص هذه المادة باللغة الإنجليزية هو:

1. "The time of dispatch of an electronic communication is the time when it leaves an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator or, if the electronic communication has not left an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator, the time when the electronic communication is received.

2. The time of receipt of an electronic communication is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee. The time of receipt of an electronic communication at another electronic address of the addressee is the time

إدًا، وكما هو الحال بالنسبة إلى المادة الخامسة عشرة من قانون الأونسيترال النموذجي التي سبق التطرُّق إليها، نجد أنَّ اتفاقية الخطابات الإلكترونية تتضمَّن مجموعةً من القواعد الخاصة بوقت إرسال رسائل البيانات وتلقِّيها، وهي قواعد تستهدف تعزيز القواعد الوطنية المتعلقة بإرسال الخطابات واستلامها بنقلها إلى بيئةٍ إلكترونية. وبمقتضى هذه الاتفاقية يتَّضح أنَّ واقعة الإرسال تتم وتحدث في الوقت الذي يغادر فيه الخطاب الإلكتروني نظام معلوماتٍ يخضع لسيطرة المُنشيء، في حين أنَّ واقعة التلقِّي تحدث متى أصبح الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه، وهو ما يُفترض أن يتم عندما يصل الخطاب الإلكتروني إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه، وتفرِّق هذه الاتفاقية بين إرسال الخطابات إلى عناوين إلكترونية معينة ومحدَّدة سلفاً، وإرسالها إلى عناوين بريدٍ إلكتروني غير محدَّدة أو معينة. ففي الحالة الأولى: فإنَّ تلقي الخطاب يتم بوصوله إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه. أما في الحالة الثانية: فإن استلام الخطاب لا يقع إلا في حال كان الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من قبل المرسل إليه، وذلك بوصوله إلى عنوانٍ إلكتروني تابع للمرسل إليه. أو في حال بات المرسل إليه على علمٍ بأن الخطاب قد أُرسِل إلى العنوان المُحدَّد. ويتَّضح مما سبق أن الاتفاقية المذكورة تسيّر أيضاً في الاتجاه ذاته الذي سار عليه قانون الأونسيترال النموذجي بشأن تحديد وقت زمان انعقاد العقد.

٣. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع:

نصَّت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المُبرمة في ١١ أبريل ١٩٨٠م، في المادة (٢/١٨) على أنه: "يُحدِّث القبولُ أثره في اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يُفيد الموافقة، ولا يُحدِّث القبولُ أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المُدَّة التي اشترطها، أو من خلال مُدَّةٍ معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، على أن يُؤخَّذ في الاعتبار ظروف الصفقة وسرعة وسائل الاتصال التي استخدمها

=

when it becomes capable of being retrieved by the addressee at that address and the addressee becomes aware that the electronic communication has been sent to that address. An electronic communication is presumed to be capable of being retrieved by the addressee when it reaches the addressee's electronic address".

الموجب، ويلزَم قبول الإيجاب الشفوي في الحال ما لم يتبيّن من الظروف خلاف ذلك»^(٤١).

وبناءً على ذلك، إذا أبرم عقد بيع دولي عبر شبكة الإنترنت بين دولتين مُنضمّتين إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، أو أبرم بين أفراد تلك الدول بواسطة البريد الإلكتروني، فإن لحظة انعقاد العقد، هي اللحظة التي تصل فيها الرسالة الإلكترونية إلى صندوق بريد الموجب متضمّنة قبول القابل، ولا يُلتفت في مثل هذه الحال إلى فتح الموجب لهذه الرسالة واطلاعه على ما ورد فيها أو عدم فتحه لها، غاية ما في الأمر أن تكون هذه الرسالة جاهزةً للمعالجة، أي يُمكن قراءتها من دون الحاجة لفتحها ومعرفة مضمونها، ويكون ذلك من خلال عنوان الرسالة الذي يظهر عليها من دون فتحها^(٤٢).

ويظهر من ذلك أنّ هذه الاتفاقية تتّجه نحو الإقرار والأخذ بنظرية وصول أو استلام القبول، بل هي من أوائل من أقرّ بها وبادر نحو تطبيقها، وتبعها في ذلك قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي صدر بعدها، وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وذلك على النحو السابق ذكره. وبناءً على ذلك، ووفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، تُعدّ عقود البيوع الدولية منعقدة فور وصول القبول إلى الموجب، دون إقامة أي وزنٍ لعلمه بالقبول من عدمه.

^(٤١) ونص هذه المادة باللغة الإنجليزية هو:

"An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise".

^(٤٢) لما عبد الله سهل: مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس بفلسطين، سنة ٢٠٠٨م، ص: ١٣٨. وينظر:

Kamel Mehdaoui: La formation du contrat électronique international, le foermalisme au regard de la convention CNUDCI2005.Thèse Master, universite du Quebec a Montreal, france, Mars 2010. P: 23.

ويرى البعض أنّ هذه الاتفاقية تُعدُّ من الناحية العملية أكثر ملاءمةً في التطبيق؛ لأنّ تطبيقها يساعد في التخفيف من صعوبة الإثبات، فلم الموجب بالقبول ليس بالضرورة أمرًا حاسمًا لإبرام العقد، بل يكفي أن توضع الرسالة المُحتوية على القبول في صندوق البريد الخاص به^(٤٣).

٤. مبادئ العقود التجارية (اليونيدرو):

كما هو الحال بالنسبة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المذكورة آنفًا - وغيرها مما سبق ذكره - فلقد حملت مبادئ العقود التجارية (اليونيدرو) Unidrot الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص لواء الدعوة إلى نظرية وصول القبول وأخذت بها، حيث ورد النص في المادة (٢/٦) منها على أنّه: "ينتج القبول أثره لدى وصول ما يفيد القبول إلى الموجب"^(٤٤).

٥. الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات:

وبالنظرية المذكورة آنفًا (نظرية وصول القبول) أخذ الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، إذ ورد النص على أنّه: "يُعدُّ العقد الذي يتم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مُبرمًا في الوقت والمكان اللذين تصل فيهما الرسالة التي تُشكّل قبولًا لعرضٍ بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوترٍ مقدم العرض"^(٤٥).

٦. التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٠/٣١):

نصّ التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٠/٣١) - الصادر بتاريخ ١٧/٧/٢٠٠٠م - في المادة الخامسة منه على أنّه: "يُعدُّ العقد قد أُبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارًا إلكترونيًا مُؤكّدًا من القابل بقبوله". ويُفهم من ذلك أنّ هذا التوجيه قد حدّد وقت إبرام العقد باستلام تأكيدٍ من مُقدّم خدمة الإنترنت مُرسلًا من

(٤٣) بلقاسم حامدي: مرجع سابق. ص: ١١١.

(٤٤) المادة (٢/٦) من مبادئ العقود التجارية (اليونيدرو) لعام ١٩٩٤م.

(٤٥) نقلًا عن حمودي محمد ناصر: مرجع سابق، ص: ٢٥١. خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: ٣٨٠.

القابل بصحة القبول^(٤٦)، وبذلك فلم يكتف هذا التوجيه بانعقاد العقد عند استلام القبول من القابل، وإنما باستلام تأكيد من مزود الخدمة بصيغة القبول^(٤٧).

٧. قانون المعاملات الإلكترونية العماني:

بعد الانتهاء من الحديث عن موقف قانون الأونيسترال النموذجي، وعن بعض الاتفاقات الدولية، وغير ذلك، فيما يتعلّق بإشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، أتطرقُ إلى موقف القانون العماني - وموقف قوانين بعض الدول الأخرى - من المسألة ذاتها، حيث تناول المشرع العماني مسألتَي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ونص على تحديد وقت استلام رسالة البيانات (الرسالة الإلكترونية) الصادرة عن المُنشي إلى المُرسَل إليه، وفي هذا الشأن نص قانون المعاملات الإلكترونية العماني على الآتي^(٤٨):

"ما لم يتفق المُنشي والمُرسَل إليه على خلاف ذلك:

أ- تعد الرسالة الإلكترونية قد أُرسِلت عندما تدخل نظامًا للمعلومات خارج سيطرة المُنشي، أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابةً عنه.

ب- يتحدد وقت تسلّم الرسالة الإلكترونية على النحو الآتي:

١. إذا عيّن المُرسَل إليه نظامًا للمعلومات لغرض تسلّم رسالة إلكترونية، يتم التسلّم في الوقت الذي تدخل فيه الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المُعين، وإذا أُرسِلت الرسالة الإلكترونية إلى نظام معلومات تابع للمُرسَل إليه، بخلاف نظام المعلومات المُعين لتسلّم الرسالة الإلكترونية - يتحدد وقت التسلّم في الوقت الذي يتم فيه استخراج الرسالة الإلكترونية بواسطة المُرسَل إليه.

٢. إذا لم يُعيّن المُرسَل إليه نظام معلومات، يتم تسلّم الرسالة الإلكترونية عندما تدخل نظام معلومات تابع للمُرسَل إليه".

ويمكن أن أستخلص من المادة المذكورة أنفًا مسألتين. الأولى: أنّ المشرع العماني قد سار على هَدْيِ وَخُطَى قانون الأونيسترال النموذجي، الذي سبق التطرق إليه، وأخذ

(٤٦) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: ٣٨٣، ٣٨٤. عمرو عبد الفتاح يونس: مرجع سابق، ص: ٣٥٢.

(٤٧) عائض بن سلطان البقمي: مرجع سابق، ص: ١٤٤.

(٤٨) المادة (١٧) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م.

عنه الأحكام ذاتها. والثانية: أنه تَبَيَّنَ نظرية تسلّم أو وصول القبول، بشأن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

والمطالعة موقف قوانين بعض الدول العربية من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، سيتضح أنّ الكثير منها سار على منوال قانون الأونيسترال النموذجي، واسترشد بأحكامه، ومن ذلك على سبيل المثال، المادة (٨) من قانون المعاملات الإلكترونية السورية رقم (٣) لسنة ٢٠١٤م، والمادة (٢٠) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م، والمادة (٥) و (٦) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، والمادة (١٨) من القانون اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م، بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، والمادة (١٥) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٢م، والمادة (١٧) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي. ولا أجد داعياً لذكر نصوص المواد المشار إليها؛ منعاً للتكرار والإطالة.

وإذا كانت القوانين المذكورة أعلاه؛ تضمنت النص على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، فهناك قوانين أخرى خلت من النص على ذلك، ومنها على سبيل المثال، القانون الجزائري رقم (١٨-٥) المؤرخ في ٢٤ شعبان ١٤٣٩هـ الموافق ١٠ مايو ٢٠١٨م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠م.

رأي الباحث:

بعد عرض مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني بشيءٍ من التفصيل، أرى من جانبي - إن جاز لي ذلك - الأخذ بنظرية العلم بالقبول، سيراً على خطى المشرع المصري، إذ إنّ الأصل في التعبير عن الإرادة أنه غير مُنتج لآثاره القانونية إلا بعد وصوله إلى علم من وُجّه إليه، ولكي ينعقد العقد صحيحاً، يلزم تطابق القبول مع الإيجاب، ويحدث ذلك من وقت علم الموجب بالقبول.

فبمقتضى هذه النظرية لن يستطيع الموجب الاتكاء على أنه لم يكن قادراً على الدخول لجهاز الكمبيوتر، أو يدّعي تعذّر اطلاعه على بريده الإلكتروني؛ لأنّه في الغالب يضع بريده الإلكتروني على الشبكة العنكبوتية لكي يتمكنّ القابل من الاتصال به وإشعاره بقبوله للإيجاب المعروض عليه ما دامت لديه الرغبة في التعاقد.

ولو افترضنا -في أسوء الظروف والأحوال- أنَّ الموجب لم يستطع الولوج إلى بريده الإلكتروني ليطلع على ما ورد إليه فيعلم بقبول من وجَّه إليه الإيجاب، فإنَّه من غير المنطقي وغير العادل تحميل القابل نتيجة إهمال ورعونة الموجب، بل إنَّ الأخير هو من ينبغي عليه أن يتحمَّل تبعه إهماله. إضافةً إلى المزايا الأخرى التي تحملها هذه النظرية في طبيعتها، في حال مقارنتها بنظرائها من النظريات الأخرى التي سبق التطرُّق إليها.

المبحث الثاني

إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني ليست من المسائل اليسيرة؛ إذ إنَّ نشأة تلك العقود تتمُّ في بيئة افتراضية، وفق ما سبق ذكره^(٤٩)، وهذه البيئة تخلق صعوبةً في تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية التي يتبادل بها طرفا العقد التعبير عن إرادتهما، ولتجاوز الإشكالات التي انطوت عليها مسألة تحديد مكان انعقاد الإلكتروني؛ ظهرت بعض الحلول الفقهية، وحلَّوْ أُخرى أوجدها قانون الأونستيرال النموذجي، وأوجدتها بعض الاتفاقات الدولية، وقوانين وتشريعات بعض الدول، وأتناول ذلك وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: الحلول الفقهية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: الحلول الواردة في قانون الأونستيرال النموذجي وفي الاتفاقات الدولية والأوروبية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني:

قبل التطرُّق للحلول الفقهية على النحو السابق الإشارة إليه، أنطرق أولاً لأهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني على عجاله، إذ يُشير البعض إلى أنَّه بالرغم من أنَّ تحديد وقت إبرام العقد يُعتبر أكثر أهميَّة من مسألة تحديد المكان؛ باعتبار الأولى تُثار حتى بالنسبة إلى العقود الوطنية، بينما الثانية تُخصُّ العقود الدولية فقط، غير أنَّ

^(٤٩) في هذا الصدد يشير البعض إلى أنَّ صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني تُعزى إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة، لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني Cyber-Space، وبالتالي يثور التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب. خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: ٣٩٠.

أهمية مكان انعقاد العقد تتمتع بأهمية كبيرة أيضاً، لأنّ عدم وجود المتعاقدين في مكان واحد يعني بالضرورة وجودهما في مكانين مختلفين، في حين أنّ العقد لا يمكن أن يتحمّل إلا مكاناً واحداً، وتظهر أهمية تحديد المكان في تبيان معيار الارتباط الموضوعي للعقد وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه^(٥٠).

مما يعني أنّ إشكالية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، ينجم عنها إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق، وهي إشكالية تختفي عادةً إن كان طرفي العقد ينتميان إلى بلد واحد؛ لأنّ القانون الواجب التطبيق على أية منازعات يمكن أن تحدث بينهما سيكون قانون بلدهما. بيد أنّ الإشكالية الحقيقية قدّر لها أن ترى النور في زخم المعاملات والتجارة الإلكترونية التي تتّصف بطابعها الدولي، وتحتوي على طرفٍ -أو أكثر- ذي صفةٍ أجنبية، فنجد أنفسنا في مثل هذه الحال أمام إشكالية تستوجب تحديد القانون المراد تطبيقه على النزاع القائم بين أطرافه من بين القوانين التي تتنازع حكم ذلك العقد، وبجوار الإشكالية المذكورة آنفاً، نجد إشكاليةً أخرى، ألا وهي تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع بشأن العقد وتسويته، سواء كان دولياً أم محلياً^(٥١).

إذ قد تظهر بعد إبرام العقد الإلكتروني نزاعات بين أطرافه، تتعلق بتنفيذ الالتزامات التي تترتب عليهم جراء هذا العقد، أو قد تنشأ نزاعات تتعلق بشروط العقد، أو بمواصفات السلع محل العقد، فيتطلب الأمر في مثل هذه الحالات؛ تحديد المحكمة المختصة بالنظر في تلك النزاعات^(٥٢)، وهنا تبدو أهمية تحديد مكان انعقاد العقد.

(٥٠) حمودي محمد ناصر: مرجع سابق، ص: ٢٥٦.

(٥١) لمزيد من التفصيل بشأن القانون المطبق على العقود الإلكترونية، والاختصاص القضائي بالنسبة لمسائل العقود الإلكترونية يُنظر:

Mbokolo Elima, et d'autres: Les problèmes liés au contrat électronique en droit congolais. Publié in International Journal of Innovation and Scientific Research. Volume (48). Issue (2). May 2020. p: 212, 213.

(٥٢) عادل علي المقدادي: مرجع سابق. ص: ٢٢٦، ٢٢٧.

المطلب الأول

الحلول الفقهية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

تتاول الفقه القانوني إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وحاول جاهداً إيجاد بعض الحلول لها، فظهرت نظريتان، أتناولهما فيما يلي:

١. نظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني:

لا تخرج هذه النظرية عن نطاق النظريات الأربعة التي تناولها الفقه التقليدي، والتي سبق لي التطرق إليها بشيء من التفصيل في المطلب الأول من المبحث الأول، فبمقتضى هذه النظرية فإنَّ مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو ذاته زمان إبرامه أو انعقاده، أي أنَّ هناك تلازماً بين عُصْرِي الزمان والمكان. فمتى أمكن تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، أصبح من اليسير تحديد مكانه؛ نظراً لتلازمهما.

ويترتب على ذلك، أنَّ مكان انعقاد العقد يختلف من دولةٍ إلى أخرى بحسب النظرية التي تأخذ بها وتطبِّقها كلُّ دولةٍ على حدة، فإن كانت إحدى الدول تأخذ بنظرية العلم بالقبول، فإنَّ مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو الذي يوجد فيه الموجب لحظة اطلاعه على الرسالة الإلكترونية الواردة إليه من القابل، على النحو السابق بيانه، والأمر ذاته بالنسبة إلى النظريات الثلاث الأخرى التي تطرقت إليها، إذ إنَّ مكان انعقاد العقد الإلكتروني يختلف باختلاف كل نظرية منها.

ومن الناحية الواقعية يتضح أنَّ تطبيق وإعمال النظرية المذكورة آنفاً في نطاق المعاملات الإلكترونية -يستوجب التفرقة بين حالاتٍ ثلاث، نبينها على النحو التالي:

الأولى: إذا تم إبرام العقد عن طريق عُرفِ المحادثة المباشرة: إذ إنَّ هناك برامجٌ تتيح للأشخاص تبادل وتجاذب أطراف الحديث صوتياً بشكلٍ مباشر^(٥٣)، ويُشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان -إن كانت المحادثة بين طرفين- متصلين

(٥٣) عبد الله بن إبراهيم الناصر: العقود الإلكترونية، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الخامس، (ضمن مجموعة بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون)، في الفترة بين ٩ - ١١ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق ١٠ - ١٢ مايو ٢٠٠٣م، ص: ٢١٢٣. وينظر محمد جمال طاهر: التعاقد بين حاضرين وخصوصيته في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة. بحث منشور بمجلة الراافدين للحقوق، جامعة الموصل. المجلد (١٢)، العدد (٥٤). سنة ٢٠١٢م. ص: ٦١.

بأحد أجهزة خدمة (IRC). وتعد وسيلةً ناجعةً لعقد المؤتمرات بين العديد من الأشخاص في أكثر من دولة، وفي وقتٍ واحد^(٥٤).

وما على الذي يريد الاستفادة بما تفرزه هذه البرامج من خصائص سوى القيام بفتح موقع البرنامج على شبكة الإنترنت، إذ توجد علامة تكشف عما إذا كان الطرف الآخر الراغب في التواصل معه في حالة استعمال لجهازه من عدمه، فيبدأ في المحادثة صوتاً وكتابةً وصورةً في الوقت نفسه، ومن الممكن أن يتفق الطرفان على تحديد موعدٍ بينهما من أجل التواصل عبر هذه الوسيلة^(٥٥)، ففي مثل تلك الحالات، يمكن للطرفين المتصلين على شبكة الإنترنت أن يتجادباً أطراف الحديث بواسطة كاميرا خاصة موصلة بجهاز الكمبيوتر لديهما، فيبدو جهاز الكمبيوتر وكأنه هاتفٌ أو تلفزيونٌ مرئي. ومن الوارد أن يصدر هنا إيجاب عن الموجب وقبول عن القابل، فينعقد العقد بين الطرفين؛ فنكون أمام مجلسٍ عقدٍ افتراضي يُشبه كثيراً مجلس العقد الحقيقي. ويتم تحديد المدة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني بواسطة هذه الوسيلة من لحظة صدور الإيجاب ويستمر لحين الانتهاء من المحادثة، ونصبح أمام مجلسٍ عقدٍ يتم فيه تبادل الإيجاب والقبول بواسطة المحادثة والمشاهدة المباشرة، فيتم تطبيق أحكام التعاقد بين الحاضرين زماناً، والغائبين مكاناً.

أما بالنسبة إلى مكان انعقاد العقد الإلكتروني في هذه الحال، فإنه ينعقد في المكان الذي يوجد فيه الموجب أثناء صدور القبول من القابل؛ لأن علم الموجب بقبول القابل يتم في وقتٍ واحد، وهي لحظة توجيه الإيجاب من الموجب، ورد القابل بالموافقة على هذا الإيجاب، باعتبار أن التعاقد عبر عُرف المحادثة هو تعاقدٌ بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان^(٥٦).

الثانية: إذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني: إذ إن الإيجاب الموجّه عبر البريد الإلكتروني قد يكون لشخصٍ، أو عادةً لأشخاص محددين^(٥٧)، إذ ربما يرى الموجب إمكانية اهتمامهم بالخدمات والمنتجات التي يقدمها أو يعرضها أكثر من العامة، وتبدأ

(٥٤) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق. ص: ١٧١.

(٥٥) محمد نجيب المغربي: مرجع سابق. ص: ٢٣١.

(٥٦) ينظر وداد طورش: مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، سنة ٢٠١٨م. ص: ٦٢.

(٥٧) عادل علي المقدادي: مرجع سابق. ص: ٢١٠.

الفعاليّة للإيجاب فور علم الموجّه إليه هذا الإيجاب، وذلك بعد فتح بريده الإلكتروني، فإما أن يرفض، أو يقبل، ولهذا يلزم أن يتّصف هذا الإيجاب بالدقّة والوضوح اللازمين^(٥٨).

بمعنى أنّ الشخص الراغب في التعاقد، ينبغي له اللوج إلى بريده الإلكتروني، وإرسال رسالة بيانات إلى الموجب له على عنوان بريده الإلكتروني، بحيث تتضمّن هذه الرسالة (الإيجاب) بنود التعاقد، وجميع البيانات الجوهرية ذات الصلة بالعقد المراد إبرامه، وبعد استلام الموجّه إليه الإيجاب لهذه الرسالة واطلاعه عليها، يمكنه الرد عليها بالموافقة أو الرفض.

أي أنّ البريد الإلكتروني يقوم في هذه الحالة بحثّ المستخدم على التعاقد، ودوره في ذلك يكون إيجابياً، حيث يرسل المورد رسالة إلكترونية بالمنتجات التي لديه، أو التي يعرضها على المستخدم، وتتضمّن المحادثات التمهيدية أو المفاوضات السابقة على الاتفاق إيجاباً ببيع منتج أو تقديم خدمة، وباطلاع الموجّه إليه الإيجاب على بريده الإلكتروني، يصير الإيجاب متصلاً بعلمه، فإن وافق على ذلك، فعليه أن يرسل قبوله إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب حتى ينعقد العقد^(٥٩).

ويرى البعض أنّ التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني يُعدّ تعاقدًا بين غائبين لعدم وجود تعاصرٍ مكاني وزماني بين المتعاقدين؛ نظرًا لأنّ الموجب يقوم بإرسال رسالة إلكترونية بالإيجاب للزبائن المحتملين، وينتظر منهم الرد على هذه الرسالة في وقتٍ لاحق. ويمكن أن يُعدّ هذا الأمر من التعاقد بين حاضرين في مجلس عقدٍ حكّمي. لذا فإنّ وقت انعقاد العقد عن طريق هذه الوسيلة يتحدّد باللحظة التي يستلم فيها الموجب القبول^(٦٠)، ولا يكون مثل هذا التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان إلا في فرضٍ

(٥٨) يحيى يوسف فلاح: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية

الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين. طبعة ٢٠٠٧م. ص: ٥٠.

(٥٩) ينظر حسين بن محمد المهدي: القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية. بحث منشور بمجلة البحوث

القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا بالجمهورية اليمنية. العدد السابع. يونيو ٢٠٠٧م. ص: ٢٧.

(٦٠) ينظر محمد جمال طاهر: مرجع سابق. ص: ٧٨. عدنان عبد الرحيم مطر: مرجع سابق. ص:

٢٢١. طارق كاظم عجيل: مرجع سابق. ص: ٣١٧.

واحد، يتمثل في وجود الموجّه إليه الإيجاب حاضرًا ومشغلاً لجهازه لحظة ورود الرسالة الإلكترونية إليه، فيردُّ بدوره على هذا الإيجاب بقبول إلكتروني مطابق^(٦١).

أما بخصوص تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني في هذه الحالة، فإنّه ينعقد في المكان الذي يتحقّق فيه وجود الموجب، عند دخوله إلى بريده الإلكتروني وفتحه، والإطّلاع على مضمون رسالة البيانات المُرسلة إليه من القابل والتي تحمل في طيّاتها ما يكشف عن قبوله للإيجاب المقدم أو المعروض من الموجب.

الثالثة: عند التعاقد عبر مواقع الويب: حيث يتم عرض الإيجاب -بذكر أوصافه الجوهرية- على الموقع الخاص بالموجب، ويقوم الأخير بعرض إيجابه بطريقة واضحة وصادقة ومُعبّرة بشكلٍ حقيقي عن المنتج أو الخدمة، لأنّها تمثل جزءًا لا يتجزأ من الإيجاب، فالمتعاقد الآخر سيعتمد عليها في اتخاذ قراره بقبول الإيجاب أو بتجاهله^(٦٢).

ويُعني ذلك أنّه عند توجيه الإيجاب الإلكتروني من خلال المواقع الإلكترونية -أو حتى عن طريق البريد الإلكتروني- يجب أن يكون الإيجاب باتًا ومحددًا، حيث يقع على الموجب تحديد جميع العناصر المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، فعلى سبيل المثال؛ لو كان العقد يُنصب على بيع سلعة مُعيّنة، فعلى الموجب أن يُحدّد عند عرضه للإيجاب الموجه للموجب إليه، السلع المعروضة للبيع، ووصفها بدقة، وذكر ثمنها، مع بيان طريقة دفع الثمن، ومدى حق المشتري في الرجوع عن الشراء، وبيان إجراءات ذلك^(٦٣).

وقد نصّت بعض قوانين المعاملات الإلكترونية على وجوب تضمين العروض المُقدمة من البائعين إلى المستهلكين أو المشتريين على المعلومات التي يلزم بيانها وتوضيحها، قبل إبرام العقد، ومن ذلك على سبيل المثال، القانون الجزائري رقم (١٨) -

(٦١) ينظر عدنان عبد الرحيم مطر: مرجع سابق. ص: ٢٢١. طارق كاظم عجيل: مرجع سابق. ص: ٣١٧.

(٦٢) ينظر في ذلك:

Meryem Edderouassi: Op. Cit. P: 55, 56.

Kamel Mehdaoui: Op. Cit. P: 12.

(٦٣) عادل علي المقدادي: مرجع سابق. ص: ٢١٠، ٢١١.

٥) المؤرخ في ٢٤ شعبان ١٤٣٩هـ الموافق ١٠ مايو ٢٠١٨م المتعلق بالتجارة الإلكترونية^(٦٤).

أما بالنسبة إلى القانون المعاملات الإلكترونية العماني، فلم يرد فيه أي نص يُلزم المُوجِب بأن يَدَّكُر أو يُبَيِّن في إجابته؛ البيانات والمعلومات الجوهرية اللازمة، وهذا الأمر دعا البعض إلى حثّ المشرع العماني لتعديل قانون المعاملات الإلكترونية، وإدخال نص يتضمّن إلزام المُوجِب بالإدلاء بكافة المعلومات الجوهرية التي يَتطلبها إبرام العقد، وذلك حتى يستطيع القابل تكوين رضاء حر مستتير، وتقرير الإقدام على التعاقد، أو النأي عنه^(٦٥).

^(٦٤) تنص المادة (١١) من هذا القانون على أنه: "يجب أن يُقدّم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة. ويجب أن يتضمّن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني.
 - رقم السجل التجاري، أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.
 - طبيعة، وخصائص وأسعار السلع، أو الخدمات المُقترحة باحتساب كل الرسوم.
 - حالة توفر السلعة أو الخدمة.
 - كميّات ومصاريّف وأجال التسليم.
 - الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.
 - شروط الضمان التجاري، وخدمة ما بعد البيع.
 - طريقة حساب السعر، عندما لا يُمكن تحديده مسبقاً.
 - كميّات وإجراءات الدفع.
 - شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.
 - وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية.
 - مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء.
 - شروط وأجال العدول، عند الاقتضاء،
 - طريقة تأكيد الطلبية.
 - موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة، وكميّات إلغاء الطلبية المسبقة، عند الاقتضاء.
 - طريقة إرجاع المنتج، أو إستبداله، أو تعويضه.
 - تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية، عندما تُحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.
- ^(٦٥) ينظر في ذلك عادل علي المقدادي: مرجع سابق. ص: ٢١٢.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الإيجاب بواسطة مواقع شبكة الإنترنت، لا يختلف كثيراً عن ذلك الذي يصدر عبر الصحف أو التلفاز، مما يجعله إيجاباً مستمراً على مدار الساعة، لأنه في العادة لا يكون مقيّداً بزمن معين، بل مقيّداً بنفاذ الكمية^(٦٦). ولا يُوجّه عادةً الإيجاب المُقدّم أو المعروض على صفحات الويب إلى شخص أو أشخاص محدّدين بذواتهم، بل إنّه يقوم على عدم التحديد، فيكون باستطاعة أي شخص موجود على الشبكة العنكبوتية أن يتعاقد مع الموجب بواسطة صفحة الويب، وفق آليات معينة.

وهنا يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريد الحصول عليها، وبعد اطلاعه على البيانات الجوهرية المتعلقة بها، يتّجه نحو النقر على زر الموافقة، فيظهر العقد المتعلق بالشراء والمُعَدُّ سلفاً من الموجب، والذي يتضمّن آلية الدفع وشروط التعاقد ومكانه وكيفية التسليم، والقانون الذي يحكم العقد، وغيره من الشروط الأخرى التي تختلف من عقدٍ إلى آخر^(٦٧).

وينعقد العقد الإلكتروني في هذه الحال في المكان الذي يوجد فيه الموجب، وذلك عند دخوله إلى الموقع الإلكتروني الذي يتم التعاقد بواسطته، ويطلّع على رسالة البيانات التي وردت إليه من القابل، والمتضمّنة قبوله للإيجاب المعروض على الموقع الإلكتروني.

وتتبعي الإشارة فيما نحن بصدهه إلى أنّ الحالات الثلاث المذكورة آنفاً - كما هو واضح من هذا الطرح - تستند إلى نظرية العلم بالقبول في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، على النحو الذي يمكن القول معه: إنّ مكان انعقاد العقد الإلكتروني يتغير تبعاً للنظرية التي يتم إقرارها والتعويل عليها في هذا الشأن، سواء كانت نظرية إعلان القبول، أو العلم به، أو النظريتان الأخريين اللتان تطرقت إليهما.

(٦٦) عتيق حنان: مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة للمركز الجامعي للعقيد أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر. سنة ٢٠١٢م. ص: ٤٩. عدنان عبد الرحيم مطر: مرجع سابق. ص: ٢٢٤.

(٦٧) عبد الله بن إبراهيم الناصر: مرجع سابق. ص: ٢١٢٣. وينظر في معنى مقارب:

Donnie L. Kidd Jr. and William H. Daughtrey Jr: Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions. Rutgers Computer and Technology Law Journal. Volume (26). (2000), P: 224.

ولم تسلم هذه النظرية من الانتقادات، حيث وُجّهت إليها سهام النقد، انطلاقاً من المميزات التي أوجدها الفضاء الإلكتروني، إذ إن أحد المتعاقدين يمكنه الولوج إلى الموقع الإلكتروني الخاص به من أي دولة، وبالتالي فلو أخذنا بهذه النظرية، فإن ذلك يؤدي إلى حدوث تداخل بين القوانين، وخضوع أطراف العلاقة التعاقدية إلى قانون غير قانون دولتهم التي ينتمون إليها^(٦٨)، وهذا الأمر يثير بلا شك الكثير من المشاكل القانونية، كتحديد الاختصاص القضائي والقانوني للعقد محل النزاع.

٢. نظرية الازدواجية:

ظهرت نظرية أخرى بغية تقديم حلّ لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وهي تتأسس على عدم وجود تلازم بين زمان ومكان انعقاد العقود الإلكترونية، وهذه النظرية حمل لواء الدعوة إليها الأستاذان مالوري وشيفاليه، وأتاؤلها بشيء من التوضيح على النحو التالي:

أ- نظرية مالوري:

اعتمد الأستاذ مالوري في نظريته على أحكام القضاء الفرنسي، الذي استند في معالجته لأحكام التعاقد بين الغائبين على الفصل بين مسألتين زمان ومكان انعقاد العقد، وتقديم حلّ لكل مسألة يختلف عن حلّ المسألة الأخرى. ففيما يتعلق بمسألة مكان انعقاد العقد انتهى الأستاذ مالوري إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول، وهي النظرية ذاتها التي أخذ بها القضاء الفرنسي، وأسّس رأيه هذا على حجة مضمونها عدم مشروعية إكراه أو إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الإيجاب (القابل) على التناضى بعيداً عن محل إقامته، بل إن الذي يجب أن يخضع للتناضى خارج محلّ إقامته هو الذي تصدر عنه المبادرة التعاقدية (الموجب)^(٦٩).

وتطبيقاً لذلك في مجال التعاقد الإلكتروني، فإنّ مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو المكان الذي يصدر فيه القبول عن القابل، أي أنه لو أصدر القابل رسالة إلكترونية تتضمن قبوله بواسطة البريد الإلكتروني، عدّ هذا المكان هو مكان انعقاد العقد

(٦٨) مرزوق نور الهدى: التراضي في العقود الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر. سنة ٢٠١٢م. ص: ١٨٨.

(٦٩) ينظر عباس العبودي: مرجع سابق. ص: ١٦٥. هبة ثامر محمود: عقود التجارة الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق. سنة ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦. ص: ١١٨. لما عبد الله سهلب: مرجع سابق. ص: ١٣٢، ١٣٣.

الإلكتروني، أما لو قام القابل بالضغط على أيقونة أو زر الموافقة عبر مواقع الويب، أعد هذا المكان هو مكان انعقاد الإلكتروني.

لكن لم تتجو هذه النظرية من سهام النقد، فالبرغم من منطقيّة عدم جواز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الإيجاب إلى التقاضي خارج محل إقامته، فإنّ ذلك غير مُتصوّر في حال صدور قبولٍ من أشخاصٍ لا حصر لهم، ينتمون لأكثر من دولة؛ لإيجابٍ موجّه إليهم عن طريق المواقع الإلكترونية، أو حتى بواسطة البريد الإلكتروني، وذلك في حال عزموا على مقاضاة الموجب، لأي سببٍ من الأسباب، ففي مثل هذه الحالات لن يكون بمقدور الموجب أن يتوجه نحو دولٍ عدّة من أجل مباشرة إجراءات التقاضي^(٧٠)، وعلى النقيض من ذلك، يكون من السهل على القابل التوجّه نحو دولة الموجب، خاصةً إذا علمنا أنّه اختار بمحض إرادته أن يكون طرفاً في التعاقد^(٧١).

وذلك مردودٌ عليه بأنّ القابل قد يدفعه تبني هذا الرأي نحو التقاضي عن حقوقه أو تركها، بسبب عدم قدرته على السفر إلى دولة الموجب لإقامة الدعوى ضدّه لإلزامه بالوفاء بالحقوق التي ربّتها العقد. علاوةً على أنّ القوانين تتجه دائماً نحو تقرير الحماية للطرف الضعيف في العقد، وليس للطرف الأقوى، وتلك النوعية من العقود في الأعمّ الغالب يكون القابل فيها هو الطرف الضعيف المستحق للحماية المقرّرة لصالحه (المستهلك)، في مواجهة خصمه (الطرف القوي) الذي يكون عادةً شركةً تجاريةً كبرى، يُضاف إلى ذلك أنّ هذا التوجّه يحرم القابل من الحماية القانونية التي تقرّها له قوانينه الوطنية.

ب- نظرية شيفاليه:

بمقتضى هذه النظرية؛ تمّ الفصل بين زمان انعقاد العقد ومكانه، حيث تخلص إلى عدم ربط اقتران الإرادتين بمكانٍ معين، فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين. فتطابق إرادتي الموجب والقابل يتحقق في وقتٍ معين، غير أنّه لا يتحقّق في مكانٍ معين، فالإيجاب والقبول لا يمكن أن يكونان في مكانٍ وزمانٍ مُعيّنين^(٧٢).

وبالنسبة إلى مكان انعقاد العقد، فيرى شيفاليه أنّ مكان انعقاد العقد هو المكان المرسل منه القبول على الإيجاب (مكان القابل)، وما إن كانت هناك دوافع وأسباب

(٧٠) ينظر لما عبد الله سهل: مرجع سابق. ص: ١٣٥. وداد طورش: مرجع سابق. ص: ٦٤.

(٧١) ينظر لما عبد الله سهل: مرجع سابق. ص: ١٣٥. وداد طورش: مرجع سابق. ص: ٦٤.

(٧٢) عباس العبودي: مرجع سابق. ص: ١٦٥. هبة ثامر محمود: مرجع سابق. ص: ١١٨.

لمعرفة القواعد المُراد تطبيقها على صِحَّة التعاقد أو تفسيره. فعند سكوت الطرفين يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية، لأنَّ الإيجاب الذي يصدر من شخصٍ إلى أشخاصٍ عدَّة، يكون له المعنى نفسه، إذا اختلف الذين وُجَّه إليهم هذا الإيجاب^(٧٣).

وتعدُّ هذه النظرية من أفضل النظريات التي يمكن إعمالها وتطبيقها في مجال التعاقد الإلكتروني عند تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، حيثُ إنَّها تواكب المُعاملات التجارية في نطاق العقود المُبرمة في هذا الخصوص؛ نظرًا لأنَّها تستهدف فصل واستقلال كلِّ من زمان انعقاد العقد الإلكتروني عن مكان انعقاده.

المطلب الثاني

الحلول الواردة في قانون الأونسيترال النموذجي وفي الاتفاقات الدولية والأوروبية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

١. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية:

تحرص عادةً بروتوكولات واتفاقات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة على تسجيل اللحظة التي انتقلت فيها الرسالة الإلكترونية من نظام معلوماتٍ إلى آخر، أو اللحظة التي يتمُّ فيها تسليمها، أو قراءتها من قبل المُرسَل إليه. لكن هذه الاتفاقات لا توضح عادةً المكان الجغرافي لشبكات الاتصال، وهو ما يُعرقِل سير التجارة الإلكترونية ونُمُوها وازدهارها^(٧٤).

ولو تعرّضتُ إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية؛ من أجل الاسترشاد به في تحديد مكان انعقاد العقود الإلكترونية، سأجده قد نص على أن:

٣. "تتطبق الفقرة (٢) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفًا عن المكان الذي يُعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (٤).

٤. ما لم يتفق المُنشئ والمُرسل إليه على غير ذلك، تعد رسالة البيانات أُرسلت من المكان الذي يقع فيه مقرُّ عمل المُنشئ، ويُعدُّ أنَّها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقرُّ عمل المُرسَل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

^(٧٣) عباس العبودي: مرجع سابق. ص: ١٦٥. هبة ثامر محمود: مرجع سابق. ص: ١١٨.

^(٧٤) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق. ص: ٣٩٠.

أ- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيس، إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يُشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد^(٧٥).

ويتبين مما تقدّم أنّ المادة المذكورة آنفاً؛ تناولت مسألة تحديد مكان إرسال رسالة البيانات، ويُمكن الاستئناس والسير على هديها في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، حيث أوردت فروضاً ثلاثة، يمكن بمقتضاها تحديد مكان استلام رسائل البيانات، وأتناولهم على النحو التالي:

الفرض الأول: يتناول حالة ما إذا كان للمرسل إليه مقر عمل واحد، ففي هذه الحالة، يُعد مكان إرسال رسالة البيانات (الرسالة الإلكترونية)، هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموجب (منشئ رسالة البيانات أو الرسالة الإلكترونية)، ويكون مكان وصول واستلام رسالة البيانات هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك في حال لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

فإذا كان العقد لا يُمكن إبرامه إلا بالتقاء القبول بالإيجاب واقترانهما، فإنّ العقد الإلكتروني يكون منعقدًا في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل الموجب (منشئ رسالة

^(٧٥) المادة (١٥) من قانون الأونستيرال النموذجي، ونص هذه المادة باللغة الإنجليزية هو:

3. "Paragraph (2) applies notwithstanding that the place where the information system is located may be different from the place where the data message is deemed to be received under paragraph (4).

4. Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph:

A. if the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business;

B. if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence".

البيانات)، إذا كان القبول الذي صدر عن المرسل إليه (القابل) قد تلاقى بإيجاب المنشئ في هذا المكان واقترن به.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد ورد في وثيقة الأونستيرال المعنية بمشروع القانون النموذجي للعقد الإلكتروني أنّ مكان وجود المُعدّات والتكنولوجيا الداعمة لنظام معلومات مكان وجود مقدّم خدمة الإنترنت لا يعدّ مقرّ عمل، فعلى سبيل المثال في عقود البيع المبرّمة عبر شبكة الإنترنت، يكون بمقدور مقدّم خدمة الإنترنت الذي يستضيف موقع البائع على شبكة الويب أن يبرّم العقد نيابةً عنه مع المشتري^(٧٦).

الفرض الثاني: ويتناول الحالة التي يكون فيها للموجب أكثر من مقرّ عمل، كأن يكون له مقرّ عمل رئيسي وآخر فرعي، ففي هذه الحال حدّد قانون الأونستيرال النموذجي مكان استلام رسالة البيانات، وبالتالي مكان انعقاد العقد الإلكتروني بمقرّ من اثنين، أذكرهما فيما يلي:

١. الاعتماد بمقر العمل الأوثق علاقةً بالمعاملة الإلكترونية ذات الصلة بالرسالة الإلكترونية المُرسلة من قبل مَنْ وُجّه إليه الإيجاب.
٢. الاعتماد بمقر العمل الرئيس، في حالة عدم وجود معاملة إلكترونية مُحدّدة بين الطرفين.

وتحسن الإشارة إلى أنّ وثيقة الأونستيرال قد أوضحت أنّ مُجرّد استخدام الموجب (وهو التاجر في معظم الأحيان) اسم النطاق Domain-name، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلدٍ مُعيّن، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلدٍ معيّن، لا يُنشئ قرينةً على أنّ مكان عمله يُوجد في هذا البلد، فعلى سبيل المثال في حالة العناوين المرتبطة بأسماء نطاقٍ ترتبط ببلدانٍ مُعيّنة، مثل العنوان المنتهي بـ EG إشارةً إلى مصر، و UK إشارةً إلى المملكة المتحدة... الخ، فهي ليست قرينةً على أنّ مقرّ العمل في هذا البلد، لأن اسم الدومين، أو عنوان البريد الإلكتروني، لا يُمكن اعتبارهما النّظير الوظيفي للمكان المادّي بمقر عمل أحد طرفي التعاقد^(٧٧)؛ فقد يحدث وأن تقوم بعض الشركات الدولية مُعتدّة الجنسيّات بعرض بعض المنتجات والخدمات عبر مواقع

^(٧٦) ينظر خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق. ص: ٣٩١. طارق كاظم عجيل: مرجع سابق. ص: ٣٤٤.

^(٧٧) ينظر خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: ٣٩١، ٣٩٢. طارق كاظم عجيل: مرجع سابق، ص: ٣٤٤.

إقليمية مختلفة على شبكة الإنترنت، تحمل أسماء نطاقٍ ترتبط ببلدٍ لا يوجد فيها مقرُّ عملٍ بالمعنى المُتعارف عليه. كما أنه يمكن الاحتفاظ بسلعة ما بغرض التوزيع لمنطقةٍ معينة يمكن أن تكون واقعةً في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق^(٧٨).

الفرض الثالث: ويتطرق إلى حالة عدم وجود مقرِّ عملٍ للمُنشئ أو المرسل إليه، على غرار الفرضين السابقين، ففي هذه الحال يُعدُّ بمحل الإقامة المُعتاد للموجب، باعتباره مكاناً لتحديد مكان العقد الإلكتروني، بديلاً عن مقر العمل.

٢. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية:

تناولت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية بعض الحلول لإشكالية تحديد مكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية، حيث ورد النص في المادة السادسة منها على أنه:

"١/ لأغراض هذه الاتفاقية، يُفترض أن يكون مقرُّ عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يُثبت طرفٌ آخر أن الطرف الذي عيّن ذلك المكان ليس له مقرُّ عملٍ فيه.

٢/ إذا لم يُعيّن الطرف مقرُّ عمل، وكان له أكثر من مقرِّ عملٍ واحد، كان مقرُّ العمل، لأغراض هذه الاتفاقية هو المقرُّ الأوثق صلةً بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبارٍ للظروف التي كانت الأطراف على علمٍ بها، أو تتوقعها في أي وقتٍ قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

٣/ إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقرُّ عمل، أخذ بمحلِّ إقامته المُعتاد.

٤/ لا يكون المكان مقرُّ عملٍ لمجرد أنه: (أ) توجد فيه المُعدّات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستهدفه الطرف في سياق تكوين العقد، أو (ب) يُمكن فيه لأطرافٍ أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

٥/ إنَّ مجرد استلام نطاق أو عنوان بريدٍ الكتروني ذا صلةٍ ببلدٍ معيّن لا يُنشئ قرينةً على أنَّ مقر عمله يوجد في ذلك البلد"^(٧٩).

(٧٨) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص: ٣٩١، ٣٩٢.

(٧٩) ونص هذه المادة باللغة الإنجليزية هو:

1. For the purposes of this Convention, a party's place of business is presumed to be the location indicated by that party, unless another party

ورود أيضًا النص في المادة (٣/١٠) من هذه الاتفاقية على أنه: "يُعد الخطاب الإلكتروني قد أُرسِل من المكان الذي يوجد فيه مقرُّ عمل المُنثَبِ، ويُعد قد تُلقي العنوان الذي يوجد فيه مقرُّ عمل المرسل إليه حسبما تقرُّهما المادة (٦)"^(٨٠).

ويُتَّضح مما سبق أنَّ الغرض من المادة السادسة هو عرضُ عناصر تتيح للأطراف التأكُّد من المكان الذي توجد فيه مقرُّ عمل نُظرائها، مما يُيسر في جملة عناصرٍ أخرى تحديدَ الطابع الدولي أو الداخلي للمعاملة ولمقر تكوين العقد.

فهذه المادة تُنشأ فحسب افتراضًا لصالح مقرِّ العمل الذي يُعيَّنه الطرف، مشفوعًا بشروطٍ يمكن بمقتضاها دحض ذلك التعيين وبأحكامٍ تسري إذا لم يتم تعيين مقر العمل، ولا يُقصد من المادة السماح للأطراف باختلاق مقرِّ عملٍ خياليَّة، إذ إنَّ هذه

demonstrates that the party making the indication does not have a place of business at that location.

2. If a party has not indicated a place of business and has more than one place of business, then the place of business for the purposes of this Convention is that which has the closest relationship to the relevant contract, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

3. If a natural person does not have a place of business, reference is to be made to the person's habitual residence.

4. A location is not a place of business merely because that is: (a) where equipment and technology supporting an information system used by a party in connection with the formation of a contract are located; or (b) where the information system may be accessed by other parties.

5. The sole fact that a party makes use of a domain name or electronic mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in that country.

^(٨٠) نص هذه المادة باللغة الانجليزية هو:

3. An electronic communication is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business, as determined in accordance with article 6.

الاتفاقية لا تدعم تعيين طرفٍ لمقرِّ عمله إذا كان ذلك التعيين غيرَ دقيقٍ أو كاذبًا بصورةٍ متعمدة.

أما بالنسبة إلى الفقرة الثانية من المادة السادسة، فإنها تنطبق في حال عدم وجود تعيينٍ صحيحٍ لمقرِّ العمل، وذلك عند تعدُّد مقرِّ العمل، بحيث يكون مقرُّ العمل في هذه الحال هو المقرُّ الأوثق صلةً بالعقد المعني.

أما الفقرة الثالثة من المادة المذكورة، فإنها تشير إلى مقرِّ عمل الأشخاص الطبيعيين؛ لأنَّ من المعلوم أنَّ الأشخاص الطبيعيين هم وحدهم الذين يُمكن أن يكون لهم محلُّ إقامةٍ معتاد، وبذلك فلا تشير هذه الفقرة -أو غيرها- إلى تحديد مقرِّ عمل الأشخاص الاعتبارية التي لا يوجد لها مقر، كما هو الحال بالنسبة إلى الشركات التي تُنشئ مواقعًا على الشبكة العنكبوتية وتمارس أنشطتها بواسطتها وتبتعد عن اتخاذ مقرِّ عملٍ لها في أي دولة.

ويستبين من هذه الاتفاقية أنَّها تتبنَّى في الفقرة الرابعة منها نهجًا يتَّصف بالحذر فيما يخصُّ المعلومات الملحقة والمُتصلة بالرسائل الإلكترونية، كعناوين بروتوكول الإنترنت أو أسماء النطاقات أو الموقع الجغرافي لنظم المعلومات، التي ليس لها -رغم موضوعيتها الواضحة- إلا قيمة حاسمة ضئيلة -إن كان لها قيمة- في تحديد المكان المادي للطرفين. غير أنَّه لا يوجد في هذه الاتفاقية ما يمنع المحكمة أو المحكم من أخذ إسناد اسم نطاقٍ ما في الحُساب كعنصرٍ محتملٍ ضمن عناصر أخرى؛ لتحديد مكان الطرف، إن اقتضى الأمر ذلك.

وتوضح الفقرة الخامسة من المادة ذاتها حقيقة أنَّ النظام الحالي لإسناد أسماء النطاقات لم يُصمَّم على أساسٍ جغرافي. ومن ثمَّ فإنَّ الارتباط الظاهري بين اسم نطاقٍ ما وبلدٍ ما غير كافٍ لاستنتاج وجود صلةٍ حقيقيةٍ ودائمةٍ بين مستخدم اسم النطاق والبلد المعني. كما أنَّ الاختلافات في المعايير والإجراءات الوطنية لإسناد أسماء النطاقات تجعلها غير مناسبةٍ لإنشاء قرينةٍ للافتراض.

أما بالنسبة للمادة (٣/١٠) من هذه الاتفاقية، فنجد أنَّ النص الذي تضمَّنته يُماثل الفقرة الثانية من المادة الخامسة عشرة من قانون الأونيسترال النموذجي التي سبق التطرُّق إليها.

٣. اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:

جاءت اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية منتمئةً في المادة الثالثة مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الحاكم للعقد، وأشارت إلى أنه في حال سكوت الأطراف يكون قانون الدولة التي يتصل بها العقد بروابط أكثر وثوقاً، وجاءت المادة الرابعة موضحةً ومبينةً للمقصود بالقانون الأوثق صلةً بالروابط العقدية، حيث ورد النصُّ على أنه: "يُفترضُ أنه للعقد الروابط الأكثر وثوقاً مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد، محل الإقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز"^(٨١).

٤. التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية:

أشار التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية في المادة (٩١) إلى أنَّ مكان الشركة التي تؤدي خدمات الإنترنت، هو المكان الذي تمارس فيه نشاطها، وليس المكان الذي توجد به وحدة الخدمة، إذًا العبارة هي بمكان وجود الموجب وليس مكان وجود الخدمة؛ لأنَّ ذلك يكفل الاستقرار القانوني للمعاملات الإلكترونية، كما يضمن احترام توقُّعات المتعاقدين، فالموجب له يعلم مكان الموجب، غير أنَّه قد لا يعلم مكان وجود وحدة الخدمة التي يعمل عليها أو من خلالها موقعه أو بريده الإلكتروني. فضلاً عن ذلك، فإنَّ موقع نظم المعلومات قد يتغير دون أن يعلم الطرفان بذلك، ولعل ذلك كله يبرزُّ الاعتداد بمكان وجود الموجب وليس مكان وجود وحدة الخدمة^(٨٢).

٥. قانون المعاملات الإلكترونية العماني:

سبق لي التطرق إلى موقف المشرع العماني من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، وأوضحْتُ أنَّه تأثر بما ورد في قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وأخذ الأحكام ذاتها، أما بالنسبة إلى مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، فالوضع لم يختلف، وبقي على حاله، حيث أخذ المشرع العماني بالأحكام الواردة في قانون الأونستيرال النموذجي، وفي هذا الصدد نصَّ قانون المعاملات الإلكترونية العماني على ما يلي^(٨٣):

(٨١) حمودي محمد ناصر: مرجع سابق، ص: ٢٥٨.

(٨٢) بلقاسم حامدي: مرجع سابق، ص: ١٢٤.

(٨٣) المادة (١٧) من قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م.

ج- تعد الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المُنشيء، وأنها تسلّمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المُرسِل إليه، حتى وإن كان المكان الذي وُضِع فيه نظام المعلومات يَختلف عن المكان الذي يُفترض أن تكون الرسالة الإلكترونية قد سلّمت فيه.

د- إذا كان للمُنشيء أو المُرسِل إليه أكثر من مقر عمل، فإنّه يُعتد بالمقر الأوثق علاقة بالمُعاملة المعنوية، أو مقر العمل الرئيس، إذا لم تكن هناك مُعاملة مُعينة، وإذا لم يكن للمُنشيء أو المُرسِل إليه مقر عمل، فإنّه يُعتد بمقر الإقامة."

وكما سار قانون قانون المعاملات الإلكترونية العماني على نهج قانون الأونستيرال النموذجي، بشأن مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، سارت أيضاً الكثير من قوانين الدول العربية على النهج نفسه، ومن ذلك على سبيل المثال، المادة (٩) من قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣) لسنة ٢٠١٤م، والمادة (٢١) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م، والمادة (١٩) من القانون اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م، بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، والمادة (١٥) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٢م، والمادة (١٧) من قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي. وحسبي في ذلك ما أشرتُ إليه، دون التطرق لنصوص المواد المذكورة، منعاً للتكرار المخل، والإطالة بدون أي داعٍ.

ولا يفوتني الإشارة إلى خلو بعض القوانين من النص على مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، ومن ذلك على سبيل المثال، القانون الجزائري رقم (١٨-٥) المؤرخ في ٢٤ شعبان ١٤٣٩هـ الموافق ١٠ مايو ٢٠١٨م المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠م. وقد سبق لي الإشارة إلى خلوهما من تحديد مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

رأي الباحث:

بعد الانتهاء من تناول مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، أُؤيّد من جانبي -إن جاز لي ذلك- الأخذ بنظرية محل إقامة القابل، وذلك في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين، لكونها تتفق مع مُتطلّبات التجارة الإلكترونية من جهة، ومن جهةٍ أخرى، فهي تُوفّر حمايةً كبيرةً واستثنائيةً للطرف الضعيف في العقد (القابل) والذي يكون عادةً هو المستهلك، في مواجهة الطرف القوي (الموجب)، والذي يكون في غالب الأحيان كياناً اقتصادي أو تجاري أو أحد التجار، حيث إنّ تطبيق وإعمال النظرية المذكورة يُتيح للقابل ميزة التوجّه أمام المحكمة المُختصة في موطنه، من أجل إقامة دعوى ضدّ الموجب. علاوةً على تطبيق القوانين الوطنية للقابل على العقد الإلكتروني محل النزاع؛ نظراً لأنّ مكان انعقاد العقد في مثل هذه الأحوال يكون محلّ إقامة القابل، ومن ثمّ فإنّه يخضع للقانون الوطني، ولا شكّ في أنّ هذا التوجّه يُحقّق العدالة العقدية للطرف الضعيف في العقد، وبمكّنه من المطالبة بحقوقه والرجوع قضائياً على المتعاقد الآخر بسهولةٍ وبُسر.

الخاتمة

انتهيتُ بفضل الله وتوفيقه من هذه الدراسة الموجزة؛ التي أسأل الله أن تُثمر عن علمٍ يَنفَع به الناس، إذ تناولتُ في المبحث الأول: مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني، حيث سردتُ بدايةً بعض الجوانب التي تُبيّن أهميّة تحديد زمان انعقاد العقد، ثم تطرقتُ إلى إشكالية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، وإلى النظريّات الفقهية التي أوجدها الفقه القانوني في سبيل معالجة هذه الإشكالية، ووضحت كيف تطوّرت تلك النظريّات لكي تُواكب البيئة الإلكترونية التي تُبرم فيها تلك العقود. انتقلتُ بعد ذلك إلى الحديث عن الحلول الأخرى التي تضمّنها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية -والذي سار على هديه ونهجه الكثير من تشريعات وقوانين الدول فيما بعد- وتضمّنتها الاتفاقات الدولية والأوروبية، والتي ظهرت لكي تسيّر جنباً إلى جنبٍ مع ما استحدثته الشبكة العنكبوتية ووسائل الاتصال من تطوراتٍ متسارعة.

انتقلتُ بعد ذلك إلى المبحث الثاني، وتناولتُ فيه الشقَّ الثاني من هذه الدراسة، أيّ مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، حيث تطرقتُ في بدايته إلى أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، تبعها تناول أهمّ الحلول الفقهية لإشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وذلك بشرح وبيان النظريات التي أوردتها الفقه القانوني في هذا الخصوص، وكما هو الحال بالنسبة إلى تناول الحلول الأخرى بشأن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، فقد اتبعتُ النهج ذاته بالنسبة إلى مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

ويعد الانتهاء من هذه الدراسة أبصرتُ بعض النتائج، أوردتها على النحو الآتي:

أولاً: لتحديد زمان ومكان انعقاد العقود الإلكترونية أهمية كبيرة من الناحية العملية، إذ يبنى عليها تحديد مسائل قانونية متعدّدة تتعلق بإبرام العقد وتنفيذ الالتزامات العقدية بين أطرافه.

ثانياً: الحلول القانونية التي أوردتها الفقه القانوني لمواجهة الإشكالات المتعلقة بالعقود التقليدية بشأن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد، هي ذاتها التي استند إليها الفقه المعاصر في مواجهة الإشكالات نفسها في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، مع إدخال بعض المستجدات عليها التي تتناسب وتتماشى مع وسائل الاتصال الحديثة والتقنية العلمية؛ حتى تكون مسايرةً للخصوصية التي تتمتع بها العقود الإلكترونية.

ثالثاً: تباينت الحلول وتعدّدت بشأن تحديد مسألتي زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني، سواءً كانت حلولاً فقهية، أم حلولاً انطوت عليها التشريعات والقوانين والاتفاقات الدولية والأوروبية، وكان لكلّ توجّه أسانيدُه وحججُه الوجيهة المؤيِّدة والمعزّزة لموقفه ورأيه من هاتين المسألتين، وهي في مجملها تستهدف ضمان سير وثبات التعاملات التجارية المبرمة عبر شبكة الإنترنت.

رابعاً: تُعدُّ النظرية المثلى في تحديد مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني، هي نظرية العلم بالقبول، إذ إنّ العقد ينعقد لحظة علم الموجب بالقبول الوارد إليه من القابل، بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي يستخدمها الطرفان في سعيهما نحو إبرام العقد.

خامساً: بالنسبة لتحديد مكان انعقاد العقود الإلكترونية، فقد خُلصتْ غالبية التشريعات والقوانين المقارنة، وكذلك قانون الأونيسترال النموذجي، ومعظم الشُّراح، إلى الأخذ بمعيار المكان الذي اتفق عليه طرفا العقد، فإن لم يتَّفقا على مكانٍ معين، يتم الاستناد إلى معيار مقرِّ المُوجِب، وعند تعدُّد مقار العمل للموجب، يُؤخذ في هذه الحال بمقرِّ عمله الرئيس، أو بمقرِّ العمل الأوثق صلةً بالمعاملة الإلكترونية. أما إن لم يكن له مقرُّ عملٍ، فإنَّ مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو محل إقامته المعتاد مع تمسُّك الباحث بأفضليَّة الأخذ بنظريَّة محلِّ إقامة القابل لما أورده من أسباب.

سادساً: حذت معظم قوانين الدول العربية الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، حذو قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر سنة ١٩٩٦م، ليس فقط في مسألتي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ولكن في الكثير من المسائل والأحكام الأخرى التي انطوى عليها هذا القانون، ونظم أحكامها.

المراجع

أولاً-المراجع القانونية:

- (١) د. أحمد السعيد الزقرد: الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام. المكتبة العصرية، المنصورة، بدون ذكر سنة نشر.
- (٢) د. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت. دار النهضة العربية، القاهرة. طبعة ٢٠٠٠م.
- (٣) د. حمودي محمد ناصر: العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع. دار الثقافة، عمان، الأردن. الطبعة الأولى. طبعة ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.
- (٤) د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. الطبعة الثانية. طبعة ٢٠١١م.
- (٥) د. سعيد سعد عبد السلام: مصادر الالتزام المدني. دار النهضة العربية، القاهرة. الطبعة الأولى. طبعة ٢٠٠٢/٢٠٠٣م.

- ٦) د. سمير تتاغو: مصادر الالتزام. مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية. الطبعة الأولى. طبعة ٢٠٠٩م.
- ٧) د. عائض بن سلطان البقمي: التجارة الإلكترونية في النظام السعودي، دراسة مقارنة. دار الإجابة، الرياض. الطبعة الأولى. طبعة ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م.
- ٨) د. عباس العبودي: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني. مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن. طبعة ١٩٩٧م.
- ٩) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول، مصادر الالتزام. تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي. دار الشروق، القاهرة. الطبعة الأولى. طبعة ٢٠١٠م.
- ١٠) د. عدنان بن صالح العمر: أصول قانون التجارة الإلكترونية وفقاً لنظام التجارة الإلكترونية لسنة ١٤٤٠هـ ونظام التعاملات الإلكترونية لسنة ١٤٣٨هـ. بدون ذكر دار نشر. الطبعة الأولى. طبعة ٢٠١٩م.
- ١١) د. محمد عبد الظاهر حسين: مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية. دار النهضة العربية، القاهرة. بدون ذكر سنة النشر.
- ١٢) د. محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام. دار النهضة العربية، القاهرة. طبعة ١٩٧٦-١٩٧٧م.
- ١٣) د. محمد نجيب المغربي: أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني). دار النهضة العربية، القاهرة. بدون سنة نشر.
- ١٤) د. محمود السيد عبد المعطي خيال: التعاقد عن طريق التلفزيون. مكتبة النسر الذهبي، القاهرة. طبعة ٢٠٠٠م.
- ١٥) د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية. طبعة ٢٠٠٤م.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- ١) د. بلقاسم حامدي: إبرام العقد الإلكتروني. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر. سنة ٢٠١٤-٢٠١٥م.

- (٢) د. تامر محمد الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس. سنة ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.
- (٣) أ. عتيق حنان: مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة للمركز الجامعي للعقيد أكلي محند أولحاج البويرة. الجزائر. سنة ٢٠١٢م.
- (٤) د. عدنان عبد الحميد مطر: التراضي في العقد الإلكتروني. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس. سنة ٢٠٠٩م.
- (٥) أ. عمر فارس الشطناوي: مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن. سنة ٢٠١٠م.
- (٦) د. عمرو عبد الفتاح يونس: جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس. سنة ٢٠٠٩م.
- (٧) أ. لما عبد الله سهل: مجلس العقد الإلكتروني. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس بفلسطين. سنة ٢٠٠٨م.
- (٨) أ. مرزوق نور الهدى: التراضي في العقود الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر. سنة ٢٠١٠م.
- (٩) د. ميكائيل رشيد الزيباري: العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة، الجامعة العراقية. سنة ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- (١٠) أ. هبة ثامر محمود: عقود التجارة الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق. سنة ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م.
- (١١) أ. وداد طورش: مجلس العقد الإلكتروني: رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر. سنة ٢٠١٨م.
- (١٢) أ. يحيى يوسف فلاح: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية. رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين. طبعة ٢٠٠٧م.

ثالثاً- الأبحاث المنشورة:

- ١) د. حسين بن محمد المهدي: القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية. بحث منشور بمجلة البحوث القضائية، الصادرة عن المحكمة العليا بالجمهورية اليمنية. العدد السابع. يونيو ٢٠٠٧م.
- ٢) د. طارق كاظم عجيل: طبيعة مجلس العقد الإلكتروني. بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السابع عشر. المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، في الفترة ما بين ١٩-٢٠/٥/٢٠٠٩م. بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي.
- ٣) د. عادل علي المققادي: إبرام العقد الإلكتروني وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية العماني، دراسة مقارنة. بحث منشور بمجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين. المجلد (٩). العدد (١٨). سنة ٢٠١٢م.
- ٤) د. عبد الله بن إبراهيم الناصر: العقود الإلكترونية. بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة. المجلد الخامس. (ضمن مجموعة بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون)، في الفترة بين ٩ - ١١ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق ١٠ - ١٢ مايو ٢٠٠٣م.
- ٥) د. علي هادي العبيدي: زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي. بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي السابع عشر. المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، في الفترة ما بين ١٩-٢٠/٥/٢٠٠٩م. بمركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي.
- ٦) د. علاء الدين محمد عبابنة: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني. بحث منشور بالمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة. المجلد (٤). العدد (٤). سنة ٢٠١٢م.
- ٧) د. محمد جمال طاهر: التعاقد بين حاضرين وخصوصيته في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة. بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل. المجلد (١٢). العدد (٥٤). سنة ٢٠١٢م.



رابعاً-القوانين والتشريعات والاتفاقات الدولية:

أ/ القوانين والتشريعات:

- (١) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
- (٢) القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠م.
- (٣) قانون المعاملات الإلكترونية البحريني الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢م.
- (٤) القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.
- (٥) القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني.
- (٦) القانون اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م، بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية.
- (٧) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م.
- (٨) نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ.
- (٩) قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم (٦٩) لسنة ٢٠٠٨م.
- (١٠) قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م.
- (١١) قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (٣) لسنة ٢٠١٤م.
- (١٢) القانون الجزائري رقم (١٨-٥) المؤرخ في ٢٤ شعبان ١٤٣٩هـ الموافق ١٠ مايو ٢٠١٨م المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ب/ الاتفاقات الدولية:

- (١) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المبرمة في ١١ أبريل ١٩٨٠م.
- (٢) اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في ١٩/٦/١٩٨٠م.
- (٣) مبادئ العقود التجارية (اليونيدرو) Unidrot الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص لعام ١٩٩٤م.

- ٤) قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م.
٥) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية؛
التي اعتمدها الجمعية العامة في ٢٣ نوفمبر سنة ٢٠٠٥م.

خامسا-المراجع الأجنبية:

أ/ المراجع باللغة الفرنسية:

- 1) Charbonnier Marine: la formation et l'execution du contrat electronique, these de doctorat, universite pantheon- Assas, Paris II, 2003.
- 2) Kamel Mehdaoui: La formation du contrat electronique international, le foemalisme au regard de la convention CNUDCI2005.Thèse Master, universite du Quebec a Montreal, france, Mars 2010.
- 3) Mbokolo Elima, et d'autres: Les problèmes liés au contrat électronique en droit congolais. publié in International Journal of Innovation and Scientific Research. Volume (48). Issue (2). May 2020.
- 4) Meryem Edderouassi: Le contrat électronique International. these de doctorat , universite Grenoble Alpes, france, 2017.

ب/ المراجع باللغة الانجليزية:

- 1) Donnie L. Kidd Jr. and William H. Daughtrey Jr: Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions. Rutgers Computer and Technology Law Journal. Volume (26). 2000.
- 2) Morad Shnikat and other: The legal framework of electronic contract in the Jordanian legislation. Published on Global Journal of Politics and Law Research. Vol (5). Issue (5) September 2017.



- Rafael Leal-Arcas, *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional, and Bilateral Governance* (Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2010).
- Stirnimann, *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer Law & Business, 2013) 273.
- Surya P Subedi, 'International Investment Law' in Malcom D. Evans, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- Thomas Sebastian and Anthony Sinclair, 'Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration : Contrasts and Lessons' in Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti and Franz X.
- Yasuhei Taniguchi and Tamoko Ishikawa, 'Balancing Investment Protection and Other Public Policy Goals: Lessons from WTO Jurisprudence' in Julien Chaisse and Tsai-yu Lin, *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita* (Oxford: OUP 2016).

- Christopher Gibson, ‘Latent Grounds in Investor-State Arbitration : Do International Investment agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights ?’ in Karl P. Sauvant, Yearbook on international investment law & policy 2009-2010 (Oxford : Oxford University Press, 2010).
- Christopher Gibson, ‘A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation’ (2010) 25 American University International Law Review, 358.
- Dan Sarooshi, ‘Investment Treaty Arbitration and the World Trade Organization: What Role for Systemic Values in the Resolution of International Economic Disputes?’ (2014) 49 Texas International Law Journal, 14.
- Daniel T. Shedd, Brandon J. Murill and Jane M. Smith, ‘Dispute Settlement in the World Trade Organization (WTO): An Overview’ (2012) Congressional Research Service Report RS20088, 1.
- Joost Pauwelyn, ‘The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus’ (2015) Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID), 8.
- Martín Molinuevo, ‘Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement?’ (2006) NCCR Trade Regulation Working Paper No 2006/17.
- Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis and Michael Hahn, The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Nathalie Bernasconi-Osterwalder, ‘Democratizing international dispute settlement: The case of trade and investment disputes’ (Center For International Environmental Law conference, Doha, 29th October – 1st November 2006) 2.



anywhere the violating State possibly holds its assets – outside the application of a rule related to sovereign immunity.

On the other hand, by the means of WTO law, the foreign investor's home State could⁽⁹⁷⁾:

- pressurize the violating State to remove its inconsistent measures or make them compliant with its WTO obligations, or
- suspend its trade obligations or concessions.

Therefore, each forum's remedial approaches and available remedies as well as enforcement mechanisms may present convenience for the foreign investor.

References List:

- Anastasiia Filipiuk, 'Enforcement of ICSID Arbitration Awards and Sovereign Immunity' (LLM short thesis, Central European University, April 2016).
- Andrew Mitchell in 'International Trade Law and International Investment Law: Complexity and Coherence (Proceedings of the Annual Meeting)' (2014) 108 American Society of International Law, 251.
- Antonio R. Parra, 'The Enforcement of ICSID Arbitral Award' (24th Joint Colloquium on International Arbitration Paris, November 2007).
- Bernd Ehle and Martin Dawidowicz, 'Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO' in Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti and Franz X. Stirnimann, WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration (Wolters Kluwer Law & Business, 2013).

⁽⁹⁷⁾ Ibid

Therefore, this paper recommends the WTO DSB remedies for the foreign investor who wants to keep its activities within the territory of the host State “in fair competition with the domestic services suppliers” than the potential economic benefits of ICSID⁽⁹⁴⁾.

Furthermore, this paper recommends⁽⁹⁵⁾ ICSID’s remedies (especially, the monetary compensation) for the foreign investor in case:

- when they cover all aspects of the investment and not just IP rights (it is relevant to note that WTO law only ensures compliance with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS); and,
- When the measure of the host State has critically harmed the position of the foreign investor (in this case, it is noteworthy that the maintenance of the activities of the foreign investor in the host State will become unlikely).

This paper showed that there are possible advantages for the foreign investor for each enforcement mechanisms. Indeed, as this paper explained that the foreign investor – as a private actor – have no standing to enforce the WTO recommendations and rulings – only its home State can do so; therefore, this paper recommends Article 54 of the ICSID Convention for the foreign investor.

Under this provision, every Members are obliged to “recognize awards as binding” and enforce monetary obligations within their jurisdictions, with no likelihood of challenge or appeal⁽⁹⁶⁾. This will permit the foreign investor to enforce an ICSID award

⁽⁹⁴⁾ Ibid.

⁽⁹⁵⁾ See Gibson (note 22) 473.

⁽⁹⁶⁾ Ibid.



Conclusion

Despite the fact that ICSID and the WTO DSB both use legal means to enforce the international obligations of States in order to prevent them to take measure that affect negatively the foreign economic actor's interests, one may say that the emergence of a global regime for investor protection is still not complete. These two forums have very different remedial regimes and enforcement mechanisms that have practical implications on the foreign investor's rights. This paper showed that there are potential advantages for the foreign investor in each forum's remedial approaches and available remedies.

Indeed, this paper explained that there is no remedy of compensation for damages under WTO law; because, as a response to detrimental measures of the host State that affects an "intellectual property-based investment", the possible remedies under the WTO State-to-State mechanisms only aim at their withdrawal⁽⁹⁰⁾, or at their compliance with the standards of the WTO covered agreements – hence, the reestablishment of the IP rights⁽⁹¹⁾. On the other hand, this paper also explained that ICSID "cannot force the host State to withdraw the inconsistent measure that caused the loss of the investor"⁽⁹²⁾; because the ICSID's remedies aim at awarding reparation by restitution or compensation for damages where the detrimental measures of the host State breach the BIT⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ In order to better understand this aim, see Articles 3.7 and 19 of the DSU (note 25) 354-355 and 365-366.

⁽⁹¹⁾ See Ewing-Chow (note 60) 555.

⁽⁹²⁾ Ibid.

⁽⁹³⁾ See Molinuevo (note 61) 20-22.

recommendations and rulings. Only its home State can do so. Hence, for Gibson, Article 54 of the ICSID Convention remains a good option for the foreign investor: Under this provision, every Members are obliged to “recognize awards as binding” and enforce monetary obligations within their jurisdictions, with no likelihood of challenge or appeal⁽⁸⁷⁾. This will permit the foreign investor to enforce an ICSID award anywhere the violating State possibly holds its assets – outside the application of a rule related to sovereign immunity.

On the other hand, by the means of WTO law, the foreign investor’s home State could (1) pressurize the violating State to remove its inconsistent measures or make them compliant with its WTO obligations, or (2) suspend its trade obligations or concessions⁽⁸⁸⁾.

Notwithstanding, as Molinuevo noted, the home State’s capacity to have recourse to the suspension of trade concessions represents the advantage, for the foreign investor implicated in the dispute, of keeping the issue at the international level; thus, the private actor does not need to “turn to other fora to seek enforcement of the international rulings”⁽⁸⁹⁾. Therefore, for each enforcement mechanisms, there are possible advantages for the foreign investor.

(87) Ibid.

(88) Ibid.

(89) Molinuevo (note 61) 25.



by the EC with the requirement of “equivalence” provided by the DSU⁽⁸³⁾.

In addition, according to the DSU, the concessions or obligations suspended have to be generally in a similar “agreement and sector” as the “agreement and sector” in which the fundamental breach occurred⁽⁸⁴⁾. Therefore, each forum has its own and very specific legal framework and means of enforcement. As a result, these specificities may have practical implications on the foreign investor’s rights.

2.2.

Practical implications for the foreign investor rights

With respect to the investor rights, it is noteworthy that in the event of an ICSID award or a recommendation (or ruling) from the WTO DSB related to an “intellectual property–based investment” that was affected by a detrimental measure of the host State, the foreign investor will have to consider the possible enforcement mechanisms provided by the DSU or by the ICSID Convention.⁽⁸⁵⁾

Indeed, each forum support, within their respective legal framework, systems of enforcement against a State that violates its international obligations (WTO Agreements or BITs)⁽⁸⁶⁾.

However, it is important to note that the foreign investor – as a private actor – has no standing to enforce the WTO

⁽⁸³⁾ United States — Anti-Dumping Act of 1916, WTO Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU – Original Complaints by the EC (24 February 2004) WT/DS136/ARB, 30 para 7.1.

⁽⁸⁴⁾ Article 22.3 of the DSU (note 25) 368-369.

⁽⁸⁵⁾ Gibson (note 22) 417.

⁽⁸⁶⁾ Gibson (note 64) 473.

in the event of a continued non-compliance by the breaching Member State (after the “expiry of the reasonable period of time”⁽⁷⁶⁾), the DSU provides the possibility of “suspension of concessions or other obligations under WTO covered agreements” from the complaining State towards the Contracting State that breached its obligations with respect to WTO law⁽⁷⁷⁾.

This constitutes a specific kind of measure known as “retaliation”⁽⁷⁸⁾. By way of example, in the case European Communities (EC) — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas⁽⁷⁹⁾, Ecuador requested the WTO DSB for an authorisation of suspension of concession under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)⁽⁸⁰⁾ as well as the General Agreement on Trade in Services (GATS)⁽⁸¹⁾ as a response to the non-compliance of the EC.

In addition, the DSU provides that “the level of the suspension of concessions or other obligations has to be equivalent to the level of the impairment or nullification”⁽⁸²⁾. Indeed, in the case United States — Anti-Dumping Act of 1916, the arbitrators expressed the necessity to determine the compatibility of the suspension applied

⁽⁷⁶⁾ Determined pursuant Article 21 (3) of the DSU (note 25) 366.

⁽⁷⁷⁾ Articles 22.1 and 22.3 of the DSU (note 25) 367-369.

⁽⁷⁸⁾ Sebastian and Sinclair (note 21) 278.

⁽⁷⁹⁾ See European Communities (EC) — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WTO Recourse by Ecuador to Article 22.2 of the DSU (9 November 1999) WT/DS27/52, 1.

⁽⁸⁰⁾ It is noteworthy that this Multilateral Agreement is part of the WTO law (covered under the WTO Agreement).

⁽⁸¹⁾ It is noteworthy that this Multilateral Agreement is part of the WTO law (covered under the WTO Agreement).

⁽⁸²⁾ Article 22.4 of the DSU (note 25) 369.



The second means is related to the possibility of an action of a legal nature by the investor's home State via the mechanism of diplomatic protection as provided by Article 27 of the Convention.

The third means is related to the possibility of an action of a legal nature by the investor's home State on the ground of a litigation before the International Court of Justice as provided by Article 64 of the Convention.

Nevertheless, the Convention makes clear that its Article 54 does not provide a derogation to the applicable rule on sovereign immunity under the jurisdiction in which execution is pursued⁽⁷²⁾.

In fact, only commercial assets of the State permit the execution of the award.⁽⁷³⁾ As a way of example, in the case *AIG and CJSC v. Kazakhstan*, the courts of the United Kingdom refused to execute an ICSID award over the Central bank of Kazakhstan's property on the ground that "this property shall not be regarded as in use or intended for use for commercial purposes"⁽⁷⁴⁾. Therefore, the mechanisms of the Convention provide the enforcement of an ICSID award; however, it is noteworthy that it may be limited by the application of the principle of State immunity⁽⁷⁵⁾.

Moreover, with respect to the WTO DSB, it is relevant to mention that the enforcement mechanisms are framed by the DSU. Indeed,

⁽⁷²⁾ See Article 54(2) of the ICSID Convention (note 24) 28.

⁽⁷³⁾ Indeed, acts *jure gestionis* are not covered by immunity; see Anastasiia Filipiuk, 'Enforcement of ICSID Arbitration Awards and Sovereign Immunity' (LLM short thesis, Central European University, April 2016) 10.

⁽⁷⁴⁾ *AIG Capital Partners Inc and CJSC Tema Real Estate Company Limited v The Republic of Kazakhstan* [2005] EWHC 2239 (Comm), para 57(2).

⁽⁷⁵⁾ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award (8 August 1980) 1 ICSID Reports 330, it is noteworthy that on December 23rd 1980, the Paris Tribunal de Grande Instance refused the execution and enforcement of this award because of the principle of sovereign immunity.

courts that have to enforce the terms of the award cannot review them for procedural or substantive errors⁽⁶⁷⁾. By way of illustration, in the *Goetz v Burundi* case, the Republic of Burundi enforced an award implying the reimbursement of customs duties as well as taxes and a creation of a new free zone in favour of the claimant⁽⁶⁸⁾.

Furthermore, the Convention provides also legal means concerning the non-compliance of a Contracting party with the terms of an award. Most precisely, three different legal means are provided by ICSID.

The first means is related to recognition and enforcement as provided by Article 54 of the Convention. Indeed, another explicit obligation is provided to every Members to recognize and enforce the “pecuniary obligations imposed by that award within their territories as if it were a final judgment of a court”⁽⁶⁹⁾.

The award’s recognition and enforcement may be acquired from a Member’s competent court on simple presentation of the award’s certified copy by the ICSID’s Secretary-General⁽⁷⁰⁾.

In other words, the Convention makes possible for the party aiming at the enforcement and recognition of the terms of an award to go after every asset of the respondent State in all the jurisdictions where they might be located⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Sebastian and Sinclair (note 21) 287.

⁽⁶⁸⁾ *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award-in French (9 February 1999) 516-517 para 135.

⁽⁶⁹⁾ For the entire and exact provision of the Convention, see Article 54(1) of the ICSID Convention (note 24) 27.

⁽⁷⁰⁾ See Article 54(2) of the ICSID Convention (note 24) 28; Antonio R. Parra, ‘The Enforcement of ICSID Arbitral Award’ (24th Joint Colloquium on International Arbitration Paris, November 2007) 3.

⁽⁷¹⁾ Sebastian and Sinclair (note 21) 286-287.



addition, ICSID's remedies can also be especially appealing in the circumstances when the measure of the host State has critically harmed the position of the foreign investor (in this case, it is noteworthy that the maintenance of the activities of the foreign investor in the host State will become unlikely)⁽⁶⁵⁾. Therefore, there are potential advantages for the foreign investor in each forum's remedial approaches and available remedies.

2.

The contrasting enforcement mechanisms of ICSID and WTO DSB

ICSID awards and WTO recommendations as well as rulings are enforced very differently. Indeed, the foreign investor cannot enforce the WTO recommendations – or rulings. Most precisely, only its home State (as a Member State of the WTO) can do it. Nevertheless, the foreign investor can enforce an ICSID award against the host State without the assistance of its home State.

Thus, trying to understand in details the different enforcement mechanisms of the two forum implies to study their diverging framework (3.1) and practical implications for the investor rights (3.2).

2.1.

Diverging framework of enforcement for each forum

With respect to ICSID, it is noteworthy that its enforcement mechanisms are framed by the Washington Convention. Indeed, Article 53(1) provides an explicit obligation to every Members “to comply with and abide by the award's terms”⁽⁶⁶⁾. Also, domestic

⁽⁶⁵⁾ Ibid.

⁽⁶⁶⁾ For the exact provisions of the Convention, see Article 53(1) of the ICSID Convention (note 24) 27.

WTO covered agreements – hence, the reestablishment of the IP rights⁽⁶⁰⁾. There is no remedy of compensation for damages under WTO law.

On the other hand, ICSID’s remedies aim at awarding reparation by restitution or compensation for damage where the detrimental measures of the host State breach the BIT⁽⁶¹⁾. Thus, ICSID cannot force the host State to withdraw the inconsistent measure that caused the loss of the investor⁽⁶²⁾.

For Molinuevo, the WTO DSB remedies may be more appropriate for the foreign investor who wants to keep its activities within the territory of the host State “in fair competition with the domestic services suppliers” than the potential economic benefits of ICSID⁽⁶³⁾.

Nevertheless, according to Gibson, ICSID’s remedies (especially, the monetary compensation) may be more advantageous for the foreign investor in the event that they cover all aspects of the investment and not just IP rights (it is relevant to note that WTO law only ensures compliance with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS)⁽⁶⁴⁾. In

⁽⁶⁰⁾ Michael Ewing-Chow, ‘Thesis, Antithesis and Synthesis: Investor Protection in BITs, the WTO and FTAs’ (2007) 30 University of New South Wales Law Journal, 555.

⁽⁶¹⁾ Martín Molinuevo, ‘Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement?’ (2006) NCCR Trade Regulation Working Paper No 2006/17, 20-22.

⁽⁶²⁾ Ewing-Chow (note 60) 555.

⁽⁶³⁾ Molinuevo (note 61) 22.

⁽⁶⁴⁾ Christopher Gibson, ‘Latent Grounds in Investor-State Arbitration : Do International Investment agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights ?’ in Karl P. Sauvant, Yearbook on international investment law & policy 2009-2010 (Oxford : Oxford University Press, 2010) 473.



However, scholars noted⁽⁵⁴⁾ that these “recommendations” turn into “rulings” (pursuant WTO law⁽⁵⁵⁾) upon being adopted⁽⁵⁶⁾.

In addition, the WTO remedies must follow a very specific reasoning, in order to be applied. Indeed, in the case United States - Import Measures on Certain Products from the European Communities⁽⁵⁷⁾, because a “recommendation” to remedy a violating measure that has ceased to exist would not be logical, it was underlined that the DSB shall follow a specific order in its reasoning; hence, first, it has to (1) find of a breach of WTO law by a government measure, then (2) request that the violating State bring the measure in conformity with WTO law, and finally (3) provide “recommendations” on how to implement it.⁽⁵⁸⁾

1.1.

Practical implications on the foreign investor rights

With respect to the investor rights, it is noteworthy that, as a response to detrimental measures of the host State that affects an “intellectual property-based investment”, the possible remedies under the WTO State-to-State mechanisms only aim at their withdrawal⁽⁵⁹⁾, or at their compliance with the standards of the

⁽⁵⁴⁾ Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis and Michael Hahn, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2015) 114.

⁽⁵⁵⁾ Indeed, both Articles 21.3 and 21.5 of the WTO DSU combine the notions of “recommendations” and “rulings”; see DSU (note 25) 366-367.

⁽⁵⁶⁾ In accordance to Articles 16.4 and 17.14 of the DSU (note 25) 363,365.

⁽⁵⁷⁾ United States - Import Measures on Certain Products from the European Communities, WTO Report of the Appellate Body (11 December 2000) WT/DS165/AB/R.

⁽⁵⁸⁾ Ibid 23-24 para 81.

⁽⁵⁹⁾ In order to better understand this aim, see Articles 3.7 and 19 of the DSU (note 25) 354-355 and 365-366.

Based on this reasoning, ICSID refused to award compensation for moral damage in the *Technicas Medioambientales v Mexico*⁽⁴⁸⁾ case and awarded reparation for moral damages in the *Funnekotter v Zimbabwe*⁽⁴⁹⁾ case. Therefore, the various remedies available under ICSID are mainly based on reparation by compensation and restitution.

Furthermore, with respect to the WTO DSB, scholars interpreted its available remedies as *lex specialis*, hence distinct from remedies deriving from the “principles of law of reparation under general international law” such as compensation or restitution⁽⁵⁰⁾. Indeed, according to WTO law, in the circumstances where there is a breach of any covered agreement, “the action is considered to constitute a case of nullification or impairment”⁽⁵¹⁾. Thus, for the academia, these two notions of “nullification or impairment” are very specific to WTO law and do not fit within the concept of breach under general international law⁽⁵²⁾.

Most precisely, the remedy will be a “recommendation” from the WTO DSB (after having concluded that a government measure is breaching the obligations contained within a WTO agreement) to the breaching Member State to “bring the measure in conformity with these obligations”⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁸⁾ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29 May 2003) 79-80 para 198.

⁽⁴⁹⁾ *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Award (22 April 2009) 47 para 147.

⁽⁵⁰⁾ Ehle and Dawidowicz (note 45) 317.

⁽⁵¹⁾ Most precisely, see Article 3.8 of the DSU (note 25) 355, and Article XXIII:1 of the General Agreement on Tariffs and Trade, 39-40.

⁽⁵²⁾ Ehle and Dawidowicz (note 45) 317.

⁽⁵³⁾ For the exact wording of the provision, see Article 19.1 of the DSU (note 25) 365.



destruction or irreversible deterioration of the dispute's subject matter⁽⁴¹⁾.

Furthermore, ICSID may also award moral damages in specific situations. Indeed, in the *DLP v Yemen*⁽⁴²⁾ case, the arbitrators stated that it is only “in specific circumstances” that “moral damages – covering, for example, “loss of reputation” – may be granted to a legal person”⁽⁴³⁾. The tribunal also emphasized the fact that moral damages – even though difficult to be estimated or measured by monetary standards – are “very real” within “exceptional circumstances”⁽⁴⁴⁾.

Notwithstanding, in order to award moral damages, ICSID must establish a “causal link between the violation of the BIT and the claimant's loss”⁽⁴⁵⁾. Indeed, in the *Biwater v Tanzania*⁽⁴⁶⁾ case, the tribunal stated that reparation for any BIT breach, in the event of a violation of an international standard or an unlawful expropriation, will be awarded only if there is an adequate “causal link between the investment treaty's actual violation and the loss sustained by the claimant”⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴¹⁾ Sebastian and Sinclair (note 21) 280.

⁽⁴²⁾ *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award (6 February 2008).

⁽⁴³⁾ *Ibid* 65 para 289.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid*.

⁽⁴⁵⁾ Bernd Ehle and Martin Dawidowicz, ‘Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO’ in Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti and Franz X. Stirnimann, *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer Law & Business, 2013) 305.

⁽⁴⁶⁾ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008).

⁽⁴⁷⁾ *Ibid* 230-231 paras 779-780.

remedies are alien to the long established WTO practice where remedies have traditionally been prospective”⁽³⁶⁾.

Thus, each forum use distinct approaches of remedies: ICSID recognizes the right to (1) demand restitution as a primary remedy and (2) obtain compensation as well as moral damages (in exceptional circumstances); and, the DSU does not allow the WTO adjudicative bodies to award monetary compensation⁽³⁷⁾. This dissimilarity associated with available remedies will be further discussed in the next section.

1.1

Distinct available remedies under each forum :

It is worth noting that according to the Charzow Factory case (mentioned above), reparation may take the form of “restitution in kind” or “payment of a sum of its equivalent in value (i.e. monetary compensation)”⁽³⁸⁾.

With respect to ICSID’s procedures, monetary compensation and damages are the dominant remedies awarded. Nevertheless, the Centre also recognizes to claimants the right to request restitution as a primary remedy. Hence, in the case in *Micula v Romania*⁽³⁹⁾, the claimant demanded “the restitution of the legal framework as in force at the time of the approval of the project” and, “alternatively adequate compensation for the losses suffered”⁽⁴⁰⁾. However, scholars noted that, in practice, restitution in kind remains hardly awarded – especially, in case of a material

⁽³⁶⁾ Ibid 43-44 para 6.106.

⁽³⁷⁾ Sebastian and Sinclair (note 21) 276.

⁽³⁸⁾ See Charzow Factory Case (note 27) 47.

⁽³⁹⁾ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility (24 September 2004).

⁽⁴⁰⁾ Ibid 8 para 14.



This standard of compensation – known as a “retrospective approach” – is generally applied by ICSID arbitrators. By way of example, in the *MTD Equity v Chile*⁽²⁹⁾ case, the Tribunal applied the compensation’s standard proposed by the claimants exactly as stated, in the *Charzow Factory* case, by the PCIJ⁽³⁰⁾. The same reasoning was applied in the *CMS v Argentina*⁽³¹⁾ case.

However, the WTO DSB does not act in accordance with the same standard because it has a “prospective approach”. Most precisely, according to DSU’s provisions⁽³²⁾, the Organisation’s dispute settlement system will generally apply a remedy that takes the form of an order to a State that is in violation with WTO Agreements to remove its breaching measure⁽³³⁾.

Hence, on the opposite of ICSID, the WTO DSB does not set an “obligation of reparation” but an “obligation of cessation”. In other words, even though the DSU provides suspension of concessions as well as compensation to Contracting parties, they stand only as “temporary measures available in the event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time”⁽³⁴⁾. By way of example, in the case *United States – Import measures on certain products from the European Communities*⁽³⁵⁾, the panel stated that “retroactive

⁽²⁹⁾ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004).

⁽³⁰⁾ *Ibid* 87-88, para 238.

⁽³¹⁾ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005) 115 paras 400-401.

⁽³²⁾ Most precisely, Articles 19.1 and 21.3 of the DSU (note 25) 365,366.

⁽³³⁾ *Sarooshi* (note 26) 15.

⁽³⁴⁾ For the exact wording of WTO law related to “compensation”, see Article 22.1 of the DSU (note 25) 367.

⁽³⁵⁾ *United States – Import measures on certain products from the European Communities*, WTO Report of the Panel (17 July 2000) WT/DS165/R.

investors cannot enforce the WTO Agreements – because it is only WTO Member States that can initiate a case before the WTO DSB⁽²⁵⁾. Thus, although they both may cover a particular activity (as an “IP-based investment”), these forums have distinct approaches (2.1) of available remedies (2.2) that have implications on the investor rights (2.3).

1.1

Distinct approaches to remedies from the two forums

One major difference between ICSID and WTO DSB lies in the fact that they do not act in accordance with the same standard approach to remedies. Indeed, according to Sarooshi⁽²⁶⁾, with respect to ICSID, it is noteworthy that tribunals usually act in accordance with the principle laid down, by the Permanent Court of International Justice (PCIJ), in 1928, in the important Charzow Factory⁽²⁷⁾ case. This principle stated that all the illegal act’s consequences must be “wiped out” by “reparation” in order to “re-establish the situation which would have existed in case of the non-commission of the illegal act”⁽²⁸⁾.

Centre; see World Bank, ICSID Convention, Regulations and Rules (Washington: ICSID 2006) 18.

⁽²⁵⁾ Most precisely, according to Article 1.1 of the Annex 2 of the WTO DSU, only Members States of the WTO fall within the jurisdiction *ratione personae* of the WTO DSB; see the WTO Annex 2 – Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (hereinafter DSU), 353.

⁽²⁶⁾ Dan Sarooshi, ‘Investment Treaty Arbitration and the World Trade Organization: What Role for Systemic Values in the Resolution of International Economic Disputes?’ (2014) 49 Texas International Law Journal, 14.

⁽²⁷⁾ Case concerning the Factory at Charzow, PCIJ Case No. 13, Claims for indemnity – Merits (13 September 1928).

⁽²⁸⁾ Ibid 47.



are guaranteed and protected. Hence, the scope of the paper will only cover these two specific areas within ICSID and WTO DSB as well as their practical implications on the rights of the foreign investor. In other words, the question of competing legal regimes (related to the applicable law issues) and overlapping mandates (related to jurisdictional issues) of the two forums will not be analysed in this paper.

Thus, this paper will be organised in two main Sections: Taking into account the practical implications on the foreign investor rights of both ICSID and WTO DSB, Section 2 will analyse their contrasting remedial regimes and Section 3 will analyse their enforcement mechanisms. This will then be followed by concluding remarks.

1.1

The contrasting remedial regimes of the ICSID and WTO DSB:

Legal instruments covering international investment and international trade are enforced in very different ways. Indeed, the terms of a Bilateral Investment Treaties⁽²³⁾ (BIT) can be enforced by private foreign investors – without the interference of their home State – before ICSID⁽²⁴⁾. Notwithstanding, private foreign

⁽²³⁾ They are understood as international legal instruments setting “the conditions and terms for private investment by nationals (natural or legal persons) of one State in another State”; see <<https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral-investment-treaty>> accessed 23 January 2022.

⁽²⁴⁾ Most precisely, according to Article 25 of ICSID Convention, any juridical or natural person who held a “different Member State’s nationality” from “the State party to the dispute – deriving directly from an investment – on the date on which both parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration” fall within the jurisdiction *ratione personae* of the

activity is both covered by ICSID Convention and WTO Agreements (such as an “Intellectual Property (IP)–based investment”⁽²²⁾).

However, in that particular case, the contrasting remedial regimes and enforcement mechanisms of each forum may have practical implications on the foreign investor’s rights. It is noteworthy that Sovereign Wealth Funds (“SWF”) – such as the Oman Investment Authority or the Abu Dhabi Investment Authority – may be regarded as distinct entities from the foreign government possessing them, therefore having a position of “foreign investors” in international investment law. Indeed, as long as State-controlled entities act in a commercial instead of a governmental capacity, they are not automatically excluded from the system of protection instituted by international investment law.

With this in mind, this paper seeks to compare and contrast the functions of the ICSID and WTO DSB with reference to their remedial regimes and enforcement mechanisms. Indeed, because the regimes related to remedies and enforcement – for a particular forum – generally involve the means with which a person’s rights

Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration (Wolters Kluwer Law & Business, 2013) 273.

⁽²²⁾ In fact, intellectual property rights are recognized as a form of “investment” holding right to protection under BITs with respect to Article 25 of the ICSID Convention and are also protected by the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) which is covered by WTO law. However, the host State of the investment must be a Member State of the WTO Agreement and, at the same time, a Contracting party of a BIT with the home State of the foreign investor. For further details, see Christopher Gibson, ‘A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation’ (2010) 25 American University International Law Review, 358.



multilateral trade agreements that focus at “disciplining” an intensely broad series of measures such as restrictions on import as well as export, or national measures which affect trade (for example health or environmental measures)⁽¹⁶⁾.

In addition, it has a binding dispute settlement mechanism in charge of enforcing these obligations⁽¹⁷⁾. Hence, the rules that apply to every disputes arising out from the WTO Agreements are provided by the “WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes⁽¹⁸⁾ (DSU)”⁽¹⁹⁾. Since 1995, 611 disputes have been brought to the WTO and over 350 rulings have been issued⁽²⁰⁾. Thus the WTO DSB is also an important forum.

Furthermore, these two forums appear to be similar. Indeed, they both enforce States’ international obligations in order to hold them back from taking measures that affect negatively the foreign economic actors’ interests⁽²¹⁾ – especially, when an economic

<https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr00_e.htm>
accessed 23 January 2022.

⁽¹⁶⁾ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, ‘democratizing international dispute settlement: The case of trade and investment disputes’ (Center for International Environmental Law conference, Doha, 29th October – 1st November 2006) 2.

⁽¹⁷⁾ Ibid.

⁽¹⁸⁾ It is in effect since January 1995.

⁽¹⁹⁾ Daniel T. Shedd, Brandon J. Murill and Jane M. Smith, ‘Dispute Settlement in the World Trade Organization (WTO): An Overview’ (2012) Congressional Research Service Report RS20088, 1.

⁽²⁰⁾ See <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm>
accessed 29 March 2022.

⁽²¹⁾ Thomas Sebastian and Anthony Sinclair, ‘Remedies in WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration : Contrasts and Lessons’ in Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti and Franz X. Stirnimann, WTO

In addition, various benefits are provided by ICSID to both the host State and the foreign investor: The latter acquires direct access, in case of a dispute, to an effective international forum and the host State makes its investment climate better by providing access to international arbitration – hence, this climate will probably attract additional international investments⁽¹⁰⁾. It is relevant to note that the access to ICSID arbitration and conciliation remains voluntary; however, from the moment when arbitration is consented, it becomes binding for the parties⁽¹¹⁾.

Thus, ICSID is an important forum. Indeed, for the Royal Institute of International Affairs, it is one of the principal mechanisms for the “the settlement of investment disputes under four recent multilateral trade and investment treaties”⁽¹²⁾. It is noteworthy that all ICSID Contracting States must enforce as well as recognise arbitral awards⁽¹³⁾. Statistically, 838 cases were registered by ICSID, as of June 2021, under its Convention and Additional Facility Rules⁽¹⁴⁾.

On the other hand, as a consequence of the Uruguay Round, the World Trade Organisation (hereinafter WTO) was instituted on January 1st 1995 under the “Marrakesh Agreement establishing the WTO” (WTO Agreement) in order to regulate the international circulation of trade⁽¹⁵⁾. In fact, the Organisation covers various

⁽¹⁰⁾ Ibid, 2 para 8.

⁽¹¹⁾ The Royal Institute of International Affairs (RIIA), International Environmental Disputes: International forums for non-compliance and dispute settlement in environment-related cases (2001) 9.

⁽¹²⁾ Ibid.

⁽¹³⁾ Ibid.

⁽¹⁴⁾ International Centre for Settlement of Investment Disputes World Bank Group, the ICSID Caseload-Statistics (Issue 2021-2) 7.

⁽¹⁵⁾ Indeed, WTO guarantees that trade circulates as “freely, predictably and smoothly as possible”, see



activities are more and more “bundled together”, and (2) from a legalistic point of view, with respect to substantive discipline, investment and trade obligations (such as national treatment or protection of intellectual property rights) tend to overlap⁽⁶⁾. In addition, these specific international law’s areas provide more effective dispute settlement mechanisms than any other field: the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter ICSID) in respect of international investment and the World Trade Organisation Dispute Settlement Body (hereinafter WTO DSB) that administers disputes between the World Trade Organisation’s Member States⁽⁷⁾.

On one hand, ICSID was instituted by the “1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID Convention also known as Washington Convention)” that came into force on the 14th of October 1966⁽⁸⁾. This Convention aims at stimulating economic development by the means of private international investment’s promotion⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Joost Pauwelyn, ‘The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus’ (2015) Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID), 8.

⁽⁷⁾ Yasuhei Taniguchi and Tamoko Ishikawa, ‘Balancing Investment Protection and Other Public Policy Goals: Lessons from WTO Jurisprudence’ in Julien Chaisse and Tsai-yu Lin, International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita (Oxford: OUP 2016) 68.

⁽⁸⁾ See <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>> accessed 23 January 2022.

⁽⁹⁾ Christoph Schreuer, ‘International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)’, 1 para 3.



Introduction

It is noted that “International investment law⁽¹⁾ and international trade law⁽²⁾ share similar aims”⁽³⁾. It is true. In fact, foreign economic actors are aware that foreign direct investment⁽⁴⁾ (FDI) and trade are two forms (occasionally alternative, but increasingly complementary) of servicing foreign markets⁽⁵⁾.

Pauwelyn noted that world trade and investment regimes converge because: (1) from a business point of view, investment and trade

(1) “International investment law” may be understood as the body of rules that covers relationships between foreign investors (private and State owned businesses) and investor-receiving States (host States); see Surya P Subedi, ‘International Investment Law’ in Malcom D. Evans, International law (Oxford: Oxford University Press, 2014) 727.

(2) “International trade law” may be understood as a body of rules that governs the international exchange of services and goods and covers relations between States for administering, regulating and organising their domestic markets with respect to international trade; see <<https://definitions.uslegal.com/i/international-trade-law/>> accessed 23 January 2022.

(3) See the introductory remarks by Andrew Mitchell in ‘International Trade Law and International Investment Law: Complexity and Coherence (Proceedings of the Annual Meeting)’ (2014) 108 American Society of International Law, 251.

(4) The United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) defines FDIs as “long-term investments which indicate a lasting control and interest by a person resident within one economy (parent enterprise or foreign direct investor) in a business resident within an economy different of that of the foreign direct investor (foreign affiliate, affiliate enterprise or FDI enterprise); see <http://unctad.org/en/Docs/wir2007p4_en.pdf> accessed 23 January 2022.

(5) Rafael Leal-Arcas, International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional, and Bilateral Governance (Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2010) 3.



أنظمة حل المنازعات في كل من منظمة التجارة العالمية والمركز الدولي لتسوية المنازعات وأثرها على حقوق المستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة)

وضاح بن طالب بن يحيى الهنائي*

الدكتور/ صالح بن حمد بن محمد البراشدي**

المخلص:

ظهرت عدة آليات دولية لنظر مختلف منازعات الاستثمار، كآلية تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إلا أنه وبالنظر لوظائف آلية تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يظهر بأن هناك اختلافاً من الناحية العملية ومن حيث الآثار وكلاهما يؤثر على حقوق المستثمر، تسعى هذه الورقة العلمية إلى تقييم آلية تسوية المنازعات في إطار هذين النظامين.

الكلمات المفتاحية: تسوية منازعات الاستثمار - منظمة التجارة العالمية - الاستثمار - حقوق المستثمر.

* باحث قانوني بدائرة الشؤون القانونية - جامعة السلطان قابوس.

** أستاذ مشارك بكلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.



The Implications of ICSID and WTO Dispute Settlement Body On the Foreign Investor's Rights (A Comparative Study)

Wadhah Talib Yahya ALHINAI *
Dr. Saleh Hamed Mohammed ALBARASHDI**

Abstract:

As a result of supra-national dispute resolution, a global regime for investor protection is emerging. However, the study of the functions of the WTO Dispute Resolution mechanism and ICSID shows that they have both practical and different implications on the foreign investor's rights. With the contrasting remedial regimes as well as enforcement mechanisms of ICSID and WTO Dispute Settlement Body, this paper provides a certain assessment of the distinct available remedies under each forums and the diverging framework of enforcement for both ICSID and the WTO within the range of international investment law and the protection of the foreign investor's rights.

Keywords: ICSID Convention – WTO Agreement – Investment – Investor's Rights.

* Legal Researcher at Legal Affair Department, Sultan Qaboos University.

** Associate Professor at Law College, Sultan Qaboos University.







المعهد القضائي
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **Appeal by Objection and Review Cases Of Juvenile Delinquent According to the Omani Law**
Judge Dr. Badar Khamis Said Alyazidi
- **The Phenomenon of Insurance Evasion Between Reality and Law**
Dr. Saif Ahmed Mohammed Al-Rawahi - Hanadi Ahmed Abdullah Alkharusi - Safa nasser salim Alkharusui
- **Environmental Crimes before the International Criminal Court Crime of Nuclear Waste Disposal (Criminalisation and Punishment)**
Dr. Dalia Kadry Ahmed Abdelaziz
- **The Legislative Reference for the State's Protection of Public Health An Applied Study on the Preventive Procedures Of Covid-19 in Sudan 2020**
Dr. Mohammed Hassan Jammaa Temsah Dr. Abbakar Adam Mohammed Adam
- **The Legal Effects of the new corona virus (Covid 19) On Debt and Commercial Contracts**
Dr. Ibrahim Ahmed El-sayid El-Bastawisi
- **Protect Privacy Across Social Networking Sites**
Dr. Bassem Mohamed Fadel Madbouly
- **Problems Determining the Time and Place Of the Electronic Contract**
Gehad Mahmoud Abd-Elmobdy Omar
- **The Implications of ICSID and WTO Dispute Settlement Body on the Foreign Investor's Rights (A Comparative Study)**
Wadhah Talib Yahya Alhinai - Dr. Saleh Hamed Mohammed Albarashdi