



مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ

PRINT ISSN 2617-7390
ONLINE ISSN 2617-7404

QUALITY IMPACT FACTOR 1.310

* مَجَلَّةٌ عِلْمِيَّةٌ أَكَادِمِيَّةٌ عَالَمِيَّةٌ مُحَكَّمَةٌ

المجلد (23) السنة العاشرة العدد (2) آذار 2020

EBSCO



2020

المركز العلمي للبحوث والدراسات الاستراتيجية
كلية القانون - أكاديمية البحوث للعلوم - الدنمارك

<http://journal-law.com/>

wondershare™

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ - المجلد (23) العدد (2) السَّنَةُ العَاشِرَةُ 2020

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ

PRINT ISSN 2617-7490

Online ISSN 2617-7404

QUALITY IMPACT VALUE 1.310

مَجَلَّةٌ عِلْمِيَّةٌ أَكَادِمِيَّةٌ عَالَمِيَّةٌ مُحَكَّمَةٌ

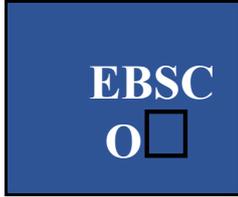
المُجلدُ (23) السَّنَةُ التَّاسِعَةُ العَدَدُ (21) إِذَا 2020

المركز العلمي للبحوث والدراسات الاستراتيجية
كلية الحقوق - أكاديمية البورك للعلوم - الدنمارك

Scientific Association for Research and Strategic Studies □
Faculty of Law - Burke Academy of Sciences – Denmark

Print ISSN 2617-7290 Online ISSN 2617-7404 **مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ**

International Journal Evaluation **التَّقْوِيمُ الْعَالَمِيُّ لِلْمَجَلَّةِ**



INTERNATIONAL
Scientific Indexing

Fresh Ideas for Growing your Citations

Certificate

This is to certify that **مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ** is indexed in International Scientific Indexing (ISI). The Journal has Impact Factor Value of **1.310** based on International Citation Report (ICR) for the year **2019-20**. The URL for journal on our server is <https://isindexing.com/isi/journaldetails.php?id=8987>


Editor ICR Team
(ISI)


International Scientific Indexing
(ISI)



wondershare™

رئيس هيئة التحرير

أ.د. سهيل حسين الفتلاوي

Editor-in-Chief Prof. Suhail Hussein Al - Fatlaw

المشرف العام

أ.د. طلال النداوي-رئيس اكااديمية البورك للعلوم-دنمارك

General Supervisor - Prof. Talal Alnadawi-President of
the Aalborg Academy of Sciences - Denmark

سكرتير التحرير

أ.د. صالح عباس الطائي-كلية الفارابي الجامعة-العراق

Secretary of Editor

Prof. Saleh al-TaiProf.Dr. Saleh Abbas Al-Taie - Al-
Farabi University College - Iraq

اعضاء هيئة التحرير

Members of the editorial board

أ.د. حسام الغرباوي-جامعة بغداد -العراق

Prof. Hossam Gharabawi -University of Baghdad - Iraq

أ.د. عادل العلي-عميد كلية الحقوق -جامعة الاسراء-الاردن

Prof. Adel Al Ali-Dean of the Faculty of Law - Isra
University- Jordan

أ.د. يوريد بيفوفار-جامعة الطيران الوطنية-- القانون الدستوري والاداري-
أوكرانيا

Prof. Yuriy Pyvovar.-Department of Constitutional and
Administrative Law-National Aviation University, Ukraine

أ.د. جميل مصعب-استاذ في جامعة بغداد -العراق

Prof. Jamil Musab-University of Baghdad - Iraq

جامعة عمان الاهلية-الاردن-أ.د. صاحب عبيد الفتلاوي

Prof. The Sahib Obeid Al - Fatawi Amman National
University - Jordan

جامعة الرشيد العراق-أ.د. مصلح حسن الحديثي

Prof. Musleh Hassan al - Hadithi-Al-Rashid University,
Iraq

أ.د. اعاد علي القيسي-استاذ في جامعة الشارقة-الامارات

Prof. Aad Ali al-Kaissi -University of Sharjah-UAE

أ.د. فاطمية عاشور - عميد كلية الحقوق الجزائر

Prof. Achour Ftima -Dean of the Faculty of Law –Algeria

Advisory Body

الهيئة الاستشارية

إ.د. نعمان الخطيب- رئيس جامعة –الأردن

Prof. Noman Al-Khatib, President of the University of Jordan

أ.د. شفيق السامرائي-رئيس جامعة-النروج

Pro. Shafiq al-Samarrai - University President-Belgium

أ.د. أحمد أبو شنب- عميد كلية الحقوق-الأردن

Prof. Ahmed Abu Shanab - Dean of the Faculty of Law - Jordan

أ.د. عماد ربيع- عميد كلية-الأردن

Prof. Emad Rabee - Dean of the Faculty of Law-Jordan

إ.د. محمد واصل- عميد كلية-سوريا

Prof. Mohammed Wsal- Dean of the Faculty of Law-Syria

أ.د. علي الحسيناوي- عميد كلية القانون –العراق

Prof. Ali Al_husenawe- Dean of the Faculty of Law-Iraq

أ.د. محمد حسام، عميد كلية القانون –سلطنة عمان

Prof. Mohamed Hossam- Dean of the Faculty of Law-Oman

أ.د. أحمد محمد حوامة- عميد كلية الحقوق-الأردن

Prof. Ahmed Hawamdeh- Dean of the Faculty of Law-Jordan

د. عبد الرحمن العرمان- عميد كلية الحقوق-الأردن

Dr. Abderrahman Alarman -Dean of the Faculty of Law-Jordan

أ.د. محمد عبد الله-أكاديمي مصر

Prof. Mohamed Aboul Ela- Academy-Egypt

أ.د. السيد أبو مصطفى أبو الخير-ليبيا

Prof. Asaid Mostafa Aboalker-Academy-Eyjpt

أ.د. خليل الياس مراد - عضو هيئة مركز ذر للدراسات والبحوث-جامعة السوربون-باريس

Prof. Khalil Elias Murad -Denmark-Member of Dhar Center for Studies and Research, Sorbonne University, Paris

أ.د. مصطفى ايشك-أكاديمي-تركيا

Prof. Dr. Mustafa Eчек- Academy-Turkey

أ.د. أحمد فدائي اوغلو اكااديمي-تركيا

Prof. Ahmed Fedaioglu Academy-Turkey

أ.د. كريم حرز الله -أكاديمي-الجزائر

Prof. Karim Harzallah- Academy- Algeria

أ.د. ايسر خليل العبيدي-العراق

Prof. Aiser Khalil Al-Obidi- Iraq

أ.د. الحسين عمروش

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة يحيى فارس بالمدينة -الجزائر

Prof. Amrouche elhoucine

**Faculty of Law and Political Science -Yahiya Fares University-
Medea –Algeria**

د. مرتضى عبد الله خيرى-اكاديمي-السودان

Dr. Murtada Abdullah Khairi- Academy-Sudan

روزي تيلن-أكاديمي-بريطانيا

Rosi Topham- Academy-UK

جامعة 8 ماي 1945 الجزائر-أ.د. أمال بن صويلح

Prof.Dr. Amal Bin Sweileh-University of 8 May 1945 Algeria

amidoc24@yahoo.fr

روزي تيلن-أكاديمي-بريطانيا

Rosi Topham- Academy-UK



شُرُوطُ النِّشْرِ فِي الْمَجَلَّةِ

- 1- أَلَا يَزِيدُ عَدَدَ صَفَحَاتِ الْبَحْثِ عَنْ (6000) ;كَلِمَةً، يَطْبَعُ عَلَى الْوَرْدِ؛
- 2- يَتَنَاوَلُ الْبَحْثُ الْقَضَايَا الْقَانُونِيَّةَ وَالسِّيَاسِيَّةَ وَالِدِينِيَّةَ (مَعَامَلَاتٍ) وَالْاِقْتِسَادِيَّةَ؛
- 3- يَعْتَمَدُ الْبَحْثُ الْمَصَادِرَ الْعِلْمِيَّةَ، أَوْ الْوَتَائِقَ وَيُشَارُ إِلَيْهَا طَبَقًا لِلقَوَاعِدِ الْعِلْمِيَّةِ الْمَتَّبَعَةِ فِي الْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ؛
- 4- يَتَضَمَّنُ الْبَحْثُ مَلْخَصًا بِاللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ وَمُتْرَجِمًا إِلَى اللُّغَةِ الْإِنْجَلِيزِيَّةِ وَالْمُلْخَصَانِ لَا يَزِيدَانِ عَلَى صَفْحَةٍ وَاحِدَةٍ، مَعَ الْكَلِمَاتِ الْاِفْتِتَاحِيَّةِ لَا تَقِلُّ عَنْ خَمْسَةِ كَلِمَاتٍ؛
- 5- تَنْشُرُ الْمَجَلَّةُ الْبَحْثَ الْمَكْتُوبَةَ بِاللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ وَيَكُونُ الْمُلْخَصُ بِاللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ وَالْإِنْجَلِيزِيَّةِ، وَيَكْتُبُ عِنْوَانَ الْبَحْثِ وَاسْمَ الْبَاحِثِ بِاللُّغَةِ الْإِنْجَلِيزِيَّةِ، وَالْكَلِمَاتِ الْاِفْتِتَاحِيَّةِ؛
- 6- تَتَضَمَّنُ الْمُقَدِّمَةُ أَهْمِيَّةَ الْبَحْثِ وَالْمَشْكَالَةَ الْمُرَادَ حَلِّهَا وَلَا تَزِيدُ الْمُقَدِّمَةُ عَلَى صَفْحَتَيْنِ؛
- 7- تَعْتَمَدُ الْمَجَلَّةُ الْبَحْثَ الْمَقْسَمَةَ إِلَى مَبْحَثَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ، وَكُلُّ مَبْحَثٍ مَقْسَمٌ إِلَى مَطْلَبَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ، وَكُلُّ مَطْلَبٍ مَقْسَمٌ إِلَى فَرْعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَنْ تَطْلُبُ كِتَابَةَ الْفُرُوعِ. وَكُلُّ مَبْحَثٍ أَوْ مَطْلَبٍ مَقْدَمَةٌ بَسِيْطَةٌ لَا تَزِيدُ عَلَى نِصْفِ صَفْحَةٍ؛
- 8- تَكْتُبُ الْمَصَادِرَ عَلَى الطَّرِيقَةِ الْحَدِيثَةِ. يَشَارُ إِلَى الْكِتَابِ: الْقَلْبُ يَقْدَمُ عَلَى الْاِسْمِ، وَالتَّارِيخُ بَيْنَ قَوْسَيْنِ، وَعِنْوَانُ الْكِتَابِ، وَدَارُ النِّشْرِ، وَالذُّوْلَةُ. أَمَّا الْإِشَارَةُ إِلَى الْمَجَلَاتِ الْعِلْمِيَّةِ فَتَمُّ بِذَاتِ الطَّرِيقَةِ الَّتِي يَشَارُ إِلَيْهَا فِي الْكِتَابِ، مَعَ عَدَدِ الْمَجَلَّةِ وَالسَّنَةِ وَالْجِهَةِ الَّتِي تَصْدُرُهَا وَالذُّوْلَةَ. وَيَالْتَسُبُّهُ لِلقَرَارَاتِ الْقَضَائِيَّةِ يَشَارُ إِلَيْهَا الْمَصْنَدُ وَلَا تَذْكَرُ اَسْمَاءُ اَطْرَافِ الدَّعْوَى. ؛
- 9- تَكْتُبُ الْمَصَادِرَ فِي أَسْفَلِ الصَّفْحَةِ مَطْبُوعَةً بِصُورَةٍ الْكُتْرُونِيَّةِ؛
- 10- الْخَاتِمَةُ فِي نِهَايَةِ الْبَحْثِ وَتَتَضَمَّنُ الْاِسْتِنْتَاجَاتِ وَالتَّوَصِيَّاتِ لَا تَزِيدُ عَلَى صَفْحَتَيْنِ.
- 11- ذَكَرَ الْمُرَاجِعُ فِي آخِرِ الْبَحْثِ مَبُوبَةً حَسَبِ الْحُرُوفِ الْهَجَائِيَّةِ.
- 12- يُنْشَرُ الْبَحْثُ بَعْدَ اِحَالَتِهِ عَلَى خَبِيرَيْنِ يُؤَيِّدَانِ صِلَاحِيَّتَهُ لِلنِّشْرِ؛

13- أن يكون البحث غير منشور سابقا.

المجلة معتمدة من المؤسسات العلمية الآتية:

Clarivate Analytics	
مُعْتَمَدَةٌ بِمُوجِبِ أَمْرِ وَرَّارَةِ التَّعْلِيمِ الْعَالِيِّ وَالبَحْثِ الْعِلْمِيِّ الْعِرَاقِيَّةِ الْمُرَقَمِ (ب/ع . 9697 في 2010/12/20)،	
مُعْتَمَدَةٌ مِنْ قِبَلِ صَنْدُوقِ دَعْمِ البَحْثِ الْعِلْمِيِّ الْأَزْدَنِيِّ بِالْعَدِيدِ الْمُرَقَمِ ص 2 / 3019، فِي 2016/12/8،	
مُعْتَمَدَةٌ فِي وَرَّارَةِ التَّعْلِيمِ الْعَالِيِّ وَالبَحْثِ الْعِلْمِيِّ الدَّنْمَارَكِيَّةِ بِمُوجِبِ كِتَابِهَا (الْمُرَقَمُ 29094748 بتاريخ 2015/10/20)	
اكاديمية البورك للعلوم-الدنمارك	
شهادة الفهرسة العلمية الدولية	
مؤسسات النشر الالكتروني العالمية	EBSCOhost DAR ALMNDUMA

مَجَلَّةُ الْعُلُومِ الْقَانُونِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ
Print ISSN 2617-7290 Online ISSN 2617-7404

اسْمُ الْمَجَلَّةِ الْمُسَجَّلِ فِي ISSN

Mağallaṭ al-‘ulūm al-qānūniyyaṭ wa-al-siyāsiyyaṭ.

المَجَلَّةُ عِلْمِيَّةٌ وَمُحَكَّمَةٌ

The Journal is published by the Scientific Center for Research and
Strategic Studies - Aalborg Academy - Denmark

<http://www.aalborgaos.dk/>

الاتِّصَالُ بِالْمَجَلَّةِ

suhelftlai@yahoo.com

Journallaw1@yahoo.com

الْبَرِيدُ الْإِلِكْتَرُونِيُّ

00962798785818

009625822907

الْهَاتِفُ

<http://journal-law.com>

محتويات المجلد (23) العدد (2) السنة العاشرة آذار 2020

- 1- أ. د. علي شطناوي: التتبع الإلكتروني للقرارات الفردية في الأردن---- ص 10.
- 2- د. محمد عبدالله الوريكات، وآخرون: لحماية الجزائية للمال المعلوماتي من السرقة دراسة مقارنة-----ص46.
- 3- د. بوقرط ربيعة ود. عبد الرحمن العرمان: دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي-----ص 121.
- 4- د. باسم الدهامشة: حماية المدنيين في الحروب الأهلية-دراسة في القانون الدولي الإنساني-----ص169
- 5- د. حسام الدين محمد مرسي مرعي: النظام القانوني لعقد البوت (B . O . T)-----ص213.
- 6- إبراهيم بديع الحاج عيد: عقد العمل الفردي وعقد العمل الجماعي في الأردن، بوخارست-----ص 263.
- 7- أ. د. عبدالله الزبيدي و أسيل محمود الرشدان كليات الحقوق - جامعة مؤتة: حكم شرط التجربة في عقد العمل المحدد المدة والآثار المترتبة عليه-دراسة مقارنة بالقانون المصري... ص 297.

(1)

التبليغ الإلكتروني للقرارات الفردية في الأردن

أ. د. علي شطناوي

ORCID 0000 - 0002 - 4237 - 7485

كلية الحقوق جامعة جرش - الأردن

ملخص البحث

يتناول هذا البحث التبليغ الإلكتروني للقرارات الإدارية الفردية، ووسائل هذا التبليغ، وشروطه القانونية، وآثاره القانونية سواء من حيث نفاذ هذه القرارات بمواجهة الأفراد اصحاب الشأن أم من حيث بدء سريان ميعاد الطعن القضائي بحقهم. كما افصح هذا البحث ان بعض القوانين المتعلقة بالقضاء الإداري كالقانون الأردني نص صراحة على التبليغ الإلكتروني حتى لو انه قيدها على الحالات التي ينص فيها القانون على جواز التبليغ الإلكتروني.

الكلمات الافتتاحية: التبليغ الإلكتروني، القرارات، الإدارة، الشروط القانونية الطعن، الوسائل.

Abstract

**Electronic communication of individual decisions in
Jordan**

Prof. . Ali Shatnawi

Using the electronic notifications in the individual administrative decisions has led to some legal issues/questions regarding the enforcement of such decisions upon the concern people from one side, and determine the starting date of appeal from another side.

This Article therefore examines the problems associated with the electronic notification including the methods of this notification; its legal conditions; and its legal results especially some Arabic laws concerning the administrative judiciary including the Jordanian law have mentioned to the legality of electronic notifications but with some limitations.

Key words: electronic reporting, decisions, administration, statutory terms of appeal, means.

المُقَدِّمَةُ

تعد القرارات الإدارية إحدى الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة العامة لتنظيمها الداخلي ، وتسيير معاملاتها المختلفة، وتقديم الخدمات المنوطة بها إلى جمهور المنتفعين، وبدأ تصدر كل إدارة من الإدارات المركزية أو اللامركزية مئات القرارات يومياً. ولكن هذه القرارات تصنف تصنيفات متعددة، فمنها ما هو فردي يوجه إلى شخص بعينه وذاته، ومنها ما هو عام يوجه إلى الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم، ومنها ما هو ملزم للأفراد ، ومنها ما هو غير ملزم لهم، بل تقتصر إلزاميتها على العاملين بالإدارة فقط ، ومنها ما هو منشئ لحقوق سواء للعاملين بالإدارة أم المتعاملين معها أم المنتفعين ومنها ما هو كاشف عن الحقوق التي تقرها القوانين والأنظمة سارية المفعول بالدولة .

ومما لا شك فيه ان السنوات الأخيرة شهدت ثورة تكنولوجية هائلة ، فقد أصبحت الإدارة التقليدية (المركزية واللامركزية) تعتمد على الوسائل الإلكترونية في تنظيمها الداخلي ، وتسيير معاملاتها الإدارية ، ومعاملاتها المختلفة سواء مع المتعاملين معها أم العاملين لديها أم المنتفعين من خدماتها ؛ وبدأ أصبحنا نطلق على الإدارة التقليدية اصطلاح الإدارة الإلكترونية ، وهو في الحقيقة اصطلاح زائف ، فالإدارة لم تتغير سواء بمفهومها الشكلي (العضوي) أو الموضوعي (الوظيفي) ، فالذي تغير هو استخدامها للوسائل الإلكترونية الحديثة ، فقد أصبحت إدارة بلا ورق ، تعتمد على البريد الإلكتروني للعاملين لديها لإعلامهم بالنعاميم والمنشورات الداخلية ، وتعتمد البريد الإلكتروني لأعضاء اللجان والمجالس لإبلاغهم بمواعيد الاجتماعات وجداول أعمالها. لهذا يمكننا القول بأن استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية أصبح حقيقة واقعة ومألوفة ونتعامل معها يومياً.

ويتفرع عن ذلك لجوء الإدارة الحديثة إلى الوسائل الإلكترونية لتبليغ الأفراد عن القرارات الإدارية الصادرة بمواجهتهم ، و اعلامهم عن فحوى هذه القرارات خاصة إذا كانت هذه القرارات تفرض التزامات بحقهم . فالوسائل الإلكترونية التي تلجأ إليها الإدارة عديدة كالبريد الإلكتروني ، والرسائل النصية عبر تطبيق الواتساب وغيره من التطبيقات الأخرى ، أو الإعلان على موقع الجهة الإدارية الإلكتروني . كما ان العديد من القواعد القانونية (سواء تلك الواردة في القوانين أم الأنظمة والتعليمات) أصبحت تشترط لقبول طلبات الأفراد ان تقدم إليها الكترونياً ، فالطلبات الورقية أصبحت نادرة وفي طريقها الى الزوال .

ولا شك ان استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية يطرح العديد من الاشكالات القانونية لعل من أهمها: مدى قانونية التبليغ الإلكتروني ، فهل تبليغ الإدارة صاحب الشأن الكترونياً عن إصدار القرار بمواجهته وفحواه تبليغاً قانونياً ومنتجاً لأثار التبليغ الورقي ، او بمعنى آخر هل يغنيها عن التبليغ الورقي ؟فتلك تساؤلات يتعين علينا من خلال هذا البحث الإجابة عنها.

أهداف البحث

يستهدف البحث في المقام الأول تحديد مدى قانونية التبليغ الإلكتروني وبيان صورته المختلفة وتحديد تكييفه القانوني، وبيان خصائصه القانونية، وتحديد شرائطه القانونية، وبيان أثاره القانونية سواء من حيث إلزاميته للأفراد المبلغين إلكترونياً أم من حيث بدء سريان ميعاد الطعن القضائي بحقهم ، خصوصاً ميعاد الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري .

حدود البحث

تقتصر حدود البحث من الناحية الموضوعية على التبليغ الفردي للقرارات الفردية ، وهي تلك القرارات التي توجه إلى الأشخاص بأسمائهم وذواتهم سواء أكانت

قرارات فردية أم قرارات جماعية، وبذا يستبعد من نطاق الدراسة القرارات العامة التي تتضمن قواعد عامة ومجردة توجه إلى الأشخاص بصفاتهم وليس بذواتهم. كما يقتصر نطاق البحث مكانياً على الأردن سواء تمثل ذلك في التشريع الأردني أم اجتهاد القضاء الإداري الأردني. ولكن ذلك لا يعني استبعاد القانون الفرنسي والمصري بالقدر الذي يخدم تحقيق أهداف البحث .

منهج إعداد البحث

سوف نعتمد المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحليل أحكام القواعد القانونية الواردة في قانون القضاء الإداري الأردني، والأحكام القضائية الصادرة في مجال تبليغ القرارات الفردية بغية استنباط حل للإشكالية الجوهرية التي يتمحور البحث حولها، وما يتفرع عنها من إشكاليات فرعية .

خطة البحث

نعتقد انه يفضل بحث هذا الموضوع في مبحثين اساسيين، يخصص الأول منها: لماهية التبليغ الإلكتروني ، و نتناول في المبحث الثاني آثار التبليغ الإلكتروني .

المبحث الأول

ماهية التبليغ الإلكتروني

تصدر الإدارة العامة مئات القرارات الإدارية يومياً، فهي إحدى أدواتها ووسائلها القانونية التي تعتمد عليها في تنظيم المرافق العامة، وتسييرها، وتقديمها للخدمات المنوطة بها. فالقرارات تستهدف أحداث آثار قانونية سواء تمثل الأثر القانوني في أحداث مركز قانوني أو تعديله أو إلغاؤه. فالقرارات تؤثر في المراكز القانونية للأشخاص، وبدا لا يمكن قبول أن ترتب هذه القرارات آثارها القانونية بحقهم إلا بعد العلم بوجودها القانوني، وبمضمونها الحقيقي. فالتبليغ يعد دون شك الشرط الأساسي والتمهيدي لنفاذ هذه القرارات بحقهم. فالتبليغ هو المقدمة الضرورية والأساسية لنفاذ القرارات بحق الأشخاص. ولكن وإن كانت الصلة بين التبليغ ونفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد المخاطبين بأحكامها قوية وأساسية باعتبار التبليغ بداية نفاذ القرارات، فإن هذه الصلة بينهما ليست مطلقة، وليست حتمية.

المطلب الأول

تعريف التبليغ وتكييفه القانوني

يُعرف التبليغ لغوياً بأنه: بَلَّغَ، بَلَّغَ الشيءَ يُبَلِّغُ بُلُوغاً وبِلاغاً: وَصَلَ وَأَنْتَهَى، وَأَبْلَغَهُ هُوَ ابْلَاغاً وَبَلَّغَهُ تَبْلِيغاً - وَتَبَلَّغَ بِالشَّيْءِ: وَصَلَ إِلَى مُرَادِهِ، وَبَلَّغَ مَبْلُغَ فُلَانٍ

وَمَبْلَغَتَهُ - الْبَلَاغُ : مَا يُتْبَعُ بِهِ وَيَتَوَصَّلُ إِلَى الشَّيْءِ الْمَطْلُوبِ - وَالْبَلَاغُ : مَا بَلَّغَكَ .¹
فَالْتَبْلِيغُ - هُوَ الْفِعْلُ الَّذِي يَتِمُّ بِمُوجِبِهِ إِصْطِلَاقُ وَاقِعَةٍ مَعِينَةٍ إِلَى عِلْمِ الْمَبْلُغِ إِلَيْهِ .

وتصدى فقه المرافعات لتعريف التبليغ، فعرّفه بأنه الوسيلة الرئيسية؛ التي رسمها نظام المرافعات لتمكين المدعى عليه من العلم بإجراء معين كي يعد دفاعه ومستنداته لمجابهة خصمه في ضوء ما ورد في التبليغ². وعرف أيضاً بأنه: (الاجراء الرسمي الذي يتم بواسطة إعلام الخصم أو أصحاب العلاقة بواقعة معينة أو بوجود الخصومة القضائية أو بمضمون أوراق المحاكمة وإجراءاتها، فهو العصب الحساس في مرفق العدالة³. ويعرف فقه القانون العام التبليغ بأنه إبلاغ القرار إلى من يعينهم الأمر شخصياً⁴.

وعرف أيضاً بأنه نقل القرار إلى علم فرد بذاته أو أفراد بذواتهم من بين عموم الأفراد⁵. وعرف أيضاً بأنه: (تبليغ الأفراد بالقرار عن طريق الإدارة)⁶. وعرف

¹ لسان العرب: ل ابن منصور، بيروت، دار صادر، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، 2014، ص 143.

² الدكتور أحمد صدقي محمود: نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، الرياض، 1437هـ/2015م، ص 239.

³ الدكتور محمد وليد المصري: شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، عمان، دار قنديل، 2003، ص 194.

⁴ الدكتور عبدالفتاح حسن: مبادئ القانون الإداري الكويتي، بيروت، دار النهضة العربية، 1969، ص 405.

⁵ الدكتور طعيمة الجرف: قضاء الالغاء، القاهرة، دار النهضة، 1977م، ص 204.

⁶ الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، 2006م، ص 619.

أيضاً إخبار شخصي إلى اصحاب الشأن.¹ فالأصل في القرارات الفردية أن يتم شهرها بإبلاغها إلى الفرد المعنى بها شخصياً. فالشهر هو إعلام الأفراد بالقرار الصادر بحقهم .

ويعرف التبليغ الإلكتروني بأنه استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية لإعلام الأفراد بالقرار ومضمونه . هكذا يتم إعلام الشخص المعنى بوجود القرار الصادر ومضمونه إلكترونياً ، فيتم نقل واقعة إصدار القرار ومضمونه إلى علم الشخص بإحدى الوسائل الإلكترونية المتاحة سواء تم ذلك عبر البريد الإلكتروني أو برسالة عبر تطبيق الواتساب أو أي تطبيق آخر . فالإعلام والإخبار الشخصي بوجود القرار ومضمونه تحقق بالفعل .

ولا شك ان التبليغ الإلكتروني يحقق العديد من المزايا والفوائد ، فهو تبليغ سريع جداً ، إذ يتم إبلاغ الشخص و إعلامه بالقرار ومضمونه بدقائق معدودة جداً . كما انه لا يكلف الإدارة نفقات مالية ، نفقات الإرسال عبر البريد خصوصاً البريد السريع الذي تتولاه الشركات الخاصة . ناهيك عما يتسم به التبليغ الإلكتروني من سرية تامة ؛ إذ لا يطلع معظم الموظفين على مضمون القرار ، خاصة إذا كان هذا القرار يتضمن عقوبة تأديبية ، أو إيقاف عن العمل ، أو أي مسألة ضارة بالشخص المعنى به . فالتبليغ يتم بين المبلغ (المرسل) والمستقبل (المرسل إليه) مباشرة دون المرور بالوحدات الإدارية .

ويرتبط بتعريف التبليغ القانوني تحديد اساسه القانوني، وهو اساس يبرر مشروعيته، ويبين مدى جواز اللجوء إليه .

أولاً-الأساس القانوني للتبليغ الإلكتروني

¹ . p.Delvolve : L'acté administrative ,Paris , sirey, 1983,N,489 .

تلجأ الإدارة العامة حالياً للوسائل الإلكترونية لإعلام موظفيها و المتعاملين معها بمضمون العديد من الإجراءات والقرارات الإدارية ، فتلجأ لتلك الوسائل لتعميم منشوراتها الداخلية ، ودعوات حضور الاجتماعات الإدارية وجداول أعمال تلك الاجتماعات . كما تلجأ للرسائل النصية لإعلام المتعاملين معها عن مراحل سير معاملاتهم المختلفة . لهذا يبرر تساؤل جوهرى حول الاساس لتلك الممارسات الإدارية، ومدى إلزاميتها القانونية . ويتمثل هذا الأساس في أساس قانوني ، وأساس عملي .

ثانيا -الأساس القانوني للتبليغ الإلكتروني

اجازت بعض التشريعات المتعلقة بالقضاء الإداري اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية لتبليغ اصحاب الشأن بالقرارات الإدارية الصادرة بمواجهتهم ، وهو أساس قانوني صريح . فتنص المادة (8) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014 م على أن (مع مراعاة ما ورد في أي قانون آخر و أحكام الفقرتين (ج) و (د) من هذه المادة ، تقام الدعوى لدى المحكمة الإدارية باستدعاء يقدم اليها خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الإداري المشكو منه للمستدعي أو نشره في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية إذا كان التشريع ينص على العمل بالقرار الإداري من ذلك التاريخ أو يقضي بتبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة)¹ .

ويستفاد من الاحكام التشريعية السابقة ان المشرع الأردني اجاز تبليغ اصحاب الشأن بالوسائل الإلكترونية بالقرار وفحواه ، واعتبر ذلك مجزياً لميعاد الطعن

¹ نشر هذا نشر هذا القانون على الصفحة 4866 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5297 الصادر بتاريخ 2014/8/17 م .

القضائي ، لكنه اشترط ان ينص القانون صراحة على جواز التبليغ لشخص بتلك الوسائل . فواصل العام هو جواز التبليغ الإلكتروني شريطة ان يوجد نص قانوني يجيز ذلك ، وبذا يمكن تضمين القوانين و الأنظمة الصادرة احكاماً صريحة على جواز التبليغ الإلكتروني .

ثالثاً-الأساس العملي للتبليغ الإلكتروني

من المسلم به أن التبليغ الفردي شرط لنفاذ القرار في مواجهة الأفراد . فلا تملك الإدارة اذن مطالبتهم بتنفيذ قرار لم يبلغوا به بصورة قانونية ، وبذا تشترط القوانين المتعلقة بالقضاء الإداري لبدء سريان ميعاد الطعن القضائي بحق اصحاب الشأن تبليغهم بالقرار وفحواه بصورة قانونية ، لكنها لم تحدد وسيلة التبليغ أو شكله أو صورته . وعليه يمكن للإدارة تبليغ قراراتها الفردية إلى الأفراد المعنيين بجميع وسائل التبليغ سواء أتم ذلك عن طريق محضر ، أم بطريق البريد برسالة مسجلة مصحوبة بعلم الوصول ، أم بالطريق الإداري (البريد الداخلي) . كما ان القضاء الإداري لم يتطلب ان يكون التبليغ مكتوباً ، فلا يهم ان يكون التبليغ مكتوباً أو شفويّاً . فقد قررت محكمة العدل العليا على ان : "ان تبليغ القرارات الإدارية قد يكون تحريراً كما يصح أن يكون شفويّاً " ¹ .

ومما لا شك فيه ان وسيلة التبليغ الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني لصاحب الشأن ، أو عبر أي وسيلة إلكترونية أخرى (رسالة نصية عبر الواتساب) ، تمثل تبليغاً خطياً يسهل اثباته من التبليغ الشفوي الذي أقر القضاء الإداري بجواز اللجوء إليه .

¹ عدل عليا: /1988/6 ، مجلة نقابة المحامين 1989 ، ص 893 .

ويضاف الى ذلك ان القضاء الإداري المقارن اقر بالعلم اليقيني لبدء سريان ميعاد الطعن بحق صاحب الشأن¹. وفي هذا الشأن تقول محكمة العدل العليا : (تبدأ مدة الطعن من تاريخ نشر القرار الإداري أو تبليغه لذي الشأن ، كما ان الاجتهاد مستقر على ان العلم اليقيني ---- وحيث ان النيابة العامة لم تثبت تبليغ القرار للمستدعين أو نشره أو علمهم به علماً يقينياً ، فإن الدعوى تكون مقدمة في فترة الميعاد)².

وتقول في حكم آخر : (يعتبر المستأجر قد علم علماً يقينياً بفحوى القرار إذا تلى عليه ابن صاحب الملك فحوى قرار الإدارة بهدم البناء ، ويقوم هذا العلم اليقيني مقام التبليغ)³.

وبناءً عليه ، فإذا كان العلم اليقيني الذي توافرت شرائطه القانونية يقوم مقام التبليغ ، فيجب ومن باب أولى القول بجواز التبليغ الإلكتروني أيا كانت الوسيلة الإلكترونية التي لجأت اليها الإدارة شريطة توافر شروط التبليغ القانوني .

وبناءً على ما سبق نعتقد بأن التبليغ الإلكتروني جائز قانوناً ، وهو التبليغ الذي ستلجأ اليه الإدارة الحديثة لتبليغ قراراتها الإدارية ، فقد اصبحت الإدارة الحالية إدارة بلا ورق تعتمد على الوسائل الإلكترونية في جميع معاملاتها وتعاملاتها مع العاملين لديها ، والمتعاملين معها ، والمنفعين من خدماتها .

التكييف القانوني للتبليغ الإلكتروني

¹ قنن المشرع الأردني هذا الاجتهاد القضائي بنص صريح . تنص المادة (8/ب) من قانون القضاء الإداري على أن

(يعتبر في حكم التبليغ علم الطاعن بالقرار علماً يقينياً).

² عدل عليا: 1985/7/13 ، مجلة نقابة المحامين ، 1985 ، م ، ص 1712 .

³ عدل عليا: 1993/10/9 ، مجلة نقابة المحامين 1994 م ، ص 52 .

إذا افصحت الإدارة العامة عن إرادتها المنفردة بصورة سليمة ، وبالشكل الذي حدده القانون ، ظهر القرار الإداري إلى عالم القانون مستكملاً مقوماته كافة ، بل وقابلاً للنفاذ في نطاق محدود¹ . فإذا أصاب القرار خطأ عند تبليغه إلكترونياً ، فمثل هذا الخطأ لا يمس القرار الأصلي ، بل هو خطأ مادي يجوز بل يجب تداركه بإعادة تبليغه مرة ثانية بصورة سليمة² . ويحدث في بعض الاحيان ان يحدد المشرع تاريخاً معيناً لتبليغ القرار لصاحب الشأن ، فإذا صدر القرار صحيحاً ، وتخلف التبليغ او تم التبليغ بعد الموعد المحدد له ، فعدم مشروعية التبليغ لا تمس سلامة القرار ، بل يبقى القرار سليماً وصحيحاً ، ولكن لا يمكن الاحتجاج به بمواجهة صاحب الشأن . وعلّة ذلك ان المشرع اذا حدد مدة معينة يتعين ان يتم التبليغ خلالها ، فإنما يستهدف من ذلك ان يتخذ صاحب الشأن اجراءً معيناً خلالها ، فهذه المدة لا تبدأ إلا من تاريخ التبليغ القانوني الصحيح .

ومما لا شك فيه ان التبليغ عملية مادية لاحقة لإصدار القرار ، فهي عملية مستقلة ومنفصلة عن القرار الإداري . فالتبليغ عملية مادية ، فهو عمل مادي بخلاف القرار الإداري الذي يُعد بمجرد استكمال مراحل إصداره عملية قانونية قائمة بذاتها³ .

وينبغي على ذلك ان القضاء الإداري المقارن استقر على ان عدم المشروعية التي تشوب التبليغ لا تؤثر على القرار ، فما يزعمه المدعي من عيب الشكل ، انما يلحق عملية النشر ، ولا يمس كيان القرار ذاته ولا صحته كتصرف قانوني ، ذلك ان

¹ الدكتور عبدالفتاح حسن/ الامرجع السابق،ص402

² الدكتور عبدالفتاح حسن/ الامرجع السابق،ص403

³ الدكتور سليمان الطماوي: المرجع السابق،ص626

القرار الإداري هو إفصاح ---- ، أما عملية النشر في ذاتها فهي إجراء لاحق لا يعدو ان يكون تسجيلاً لما تم ، فلا يرتد أثرها إلى ذات القرار ولا يمس صحته ¹.

ويتفرغ عن ذلك عدم جواز تقديم دعوى إلغاء للطعن بالتبليغ ، فهو إجراء مادي لا يحدث أي أثر قانوني بمواجهة صاحب الشأن ، وبذا استقر القضاء الإداري الأردني على رد دعوى الإلغاء شكلاً إذا كان محلها التبليغ عن القرار الإداري وليس القرار ذاته ، وفي هذا الشأن تقول محكمة العدل العليا : (حيث ان قرار لجنة مجلس النقابة الذي يتضمن شطب اسم المستدعي يحمل الرقم (9859) تاريخ 1996/12/2 ، فعليه يكون الطعن منصباً على كتاب التبليغ ، وكتاب التبليغ هذا لا يعتبر قرار إدارياً قابلاً للطعن بالإلغاء)² وتقول محكمة العدل العليا أيضاً : (وفيما يتعلق بالقرار الأول نجد أنه صادر باسم وزير التربية والتعليم المطعون ضده الأول وموقع من المطعون ضده الثالث مدير إدارة الشؤون القانونية في وزارة التربية والتعليم وهو عبارة عن تبليغ للقرار المشكو فيه الصادر عن المطعون ضده الثاني رئيس ديوان الخدمة المدنية ، وبالتالي فانه لا يعتبر من القرارات الإدارية النهائية التي تختص المحاكم الإدارية بنظرها ---- مما يقتضي رد الدعوى شكلاً عن المطعون ضدها الأول والثالث لعدم صحة الخصومة)³.

¹ حول موقف القضاء الإداري المصري، انظر الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 618

² عدل عليا: عدل عليا : 1997/10/11 ،مجلة نقابة المحامين 1998 ، ص 763 __ وعدل عليا : 1994/11/22 ، مجلة نقابة المحامين 1995 ، ص 3237 __ وعدل عليا : 1997/4/30،مجلة نقابة المحامين 1997 ، ص 4234 __ وعدل عليا 2000/2/14 / مجلة نقابة المحامين 2000 ، ص 2929 ، وعدل عليا 2000/2/15 ، مجلة نقابة المحامين 2000 / 2932 .

³ عدل عليا: 2016/5/18 ، مجلة نقابة المحامين ، 2016 ، ص 1444 .

المطلب الثاني

صور التبليغ الإلكتروني وشروطه القانونية

إذا كانت الإدارة ملزمة قانوناً بتبليغ قراراتها الفردية لذوي الشأن ، فلم يحدد لها القانون المتعلق بالقضاء الإداري وسيلة التبليغ ، وبذا يمكنها ان تبلغ قرارها لصاحب الشأن برسالة مسجلة مصحوبة بعلم الوصول ، أو بالطريق الإداري كأن تبلغه القرار الإداري وتطلب منه ان يكتب ما يفيد تبليغه القرار وتاريخ التبليغ ، أو برسالة مغلقة مرفق بها اشعار باستلامها ، يوقعه ويؤرخه صاحب الشأن ، وتحتفظ به الإدارة لإثبات واقعة التبليغ . كما يمكن ان يكون التبليغ شفوياً ، أي ان يبلغ مصدر القرار ، أو أي موظف مخول قانوناً صاحب الشأن بالقرار وفحواه شفاهة ، وهو تبليغ اجازة القضاء الإداري الأردني منذ أمد بعيد .

وقياساً على ما سبق لا تلزم الإدارة بوسيلة إلكترونية معينه لتبليغ قراراتها الفردية لذوي الشأن ، بل يمكنها اللجوء لأي وسيلة إلكترونية متاحة ، أو يمكن ان تتاح مستقبلاً في ضوء التقدم التقني المتسارع . ولكن وسائل التبليغ المتاحة حالياً للإدارة تتمثل في التبليغ من خلال البريد الإلكتروني الشخصي أو الرسائل النصية التي توفرها التطبيقات الإلكترونية .

اولاً : التبليغ من خلال البريد الإلكتروني

أصبح لمعظم العاملين بالإدارة العامة ، أو المتعاملين معها ، أو المنتفعين من خدماتها بريد إلكتروني شخصي يتضمن (كلمة مرور ورقم سري) لا يعرفه إلا صاحب

الشأن فهما حكرٌ عليه ، وبذا يمكن للإدارة طلب البريد الإلكتروني لجميع هؤلاء وتبليغهم بالقرارات الصادرة بمواجهتهم عبر هذا البريد الإلكتروني ، وهي وسيلة تمكن الإدارة من تبليغ صاحب الشأن القرار كاملاً مرفقاً به جميع الوثائق والمستندات والبيانات التي يتطلبها التبليغ القانوني .

ومن نافلة القول ان جميع الطلبات التي يتقدم بها الأفراد إلى الإدارة تتضمن خاتمة توجب الإفصاح عن البريد الإلكتروني . كما ان العديد من العاملين بالإدارة العامة لديهم بريد إلكتروني شخصي و بريد إلكتروني رسمي من خلال المؤسسة أو الدائرة التي يعملون بها ، فقد أضحى البريد الإلكتروني هو الوسيلة العامة للتواصل بين الأفراد أنفسهم ، وبينهم وبين الإدارة العامة .

ثانياً : التبليغ عبر شبكات التواصل الاجتماعي المختلفة

يمكن للإدارة العامة ان تلجأ إلى موقع صاحب الشأن في شبكات التواصل الاجتماعي لتبليغه بالقرار الصادر بمواجهته ، فهي مواقع شخصية ينشئها صاحب الشأن بإرادته الذاتية الحرة ، بل ان البعض يلجأ لإعادة نشر القرارات الايجابية الصادرة لصالحهم كقرارات التعيين والترقية لإعلام زملائه وأصدقائه بها . لهذا نرى ان تبليغ اصحاب الشأن بالقرارات الصادرة بمواجهتهم عبر شبكات التواصل الاجتماعي تبليغاً قانونياً شريطة احترام السرية ، بحيث لا يتمكن غير صاحب الشأن من الاطلاع على القرار وفحواه .

ثالثاً : التبليغ عبر الرسائل النصية

اتاح التقدم التكنولوجي للإدارة العامة ان تبلغ اصحاب الشأن بالقرارات الصادرة بمواجهتهم عبر ارسال رسالة نصية تتيحها التطبيقات التقنية الحديثة ، كتطبيق الواتساب وغيره من التطبيقات الأخرى ، فهي وسائل تمكن الإدارة من ارسال صورة

عن القرار كاملاً ، وجميع مرفقاته وبياناته إلى صاحب الشأن . كما أنها وسيلة تتوافر فيها اعتبارات السرية ، فالهاتف الجوال شخصي لا يمكن لغير صاحب الشأن استعماله أو الاطلاع على مضمون الرسائل النصية التي وردت اليه . فالأجهزة الخلوية الحديثة تتضمن برامج حماية لا يستطيع إلا صاحب الشأن من فتحها والإطلاع على ما تتضمنه من رسائل و معلومات .

وننوه اخيراً أن التبليغ الإلكتروني لا يكون صحيحاً وقانونياً إلا اذا توافرت جميع الشروط القانونية للتبليغ القانوني ، أي ان يكون كاملاً وشاملاً ، وواضحاً ومصوغ بلغة سهلة وميسرة يسهل على صاحب الشأن ادراك فحوى القرار ومضمونه، كما ان نشر القرار على الموقع الإلكتروني للجهة الإدارية لا يُعد تبليغاً قانونياً ؛ اذ لا يطلع ولا يتابع عموم الاشخاص ما ينشر على المواقع الإلكترونية للجهات الإدارية . فالتبليغ لكي يكون قانونياً يجب ان يكون شخصياً لصاحب الشأن .

شروط التبليغ الإلكتروني

يشترط حتى يكون التبليغ الإلكتروني قانونياً ان يكون وافياً ومفيداً في احاطة ذوي الشأن بالقرار وبفحواه.¹ لهذا يتعين ان تتوافر مجموعة من الشروط في التبليغ الإلكتروني حتى يكون صحيحاً وقانونياً ومنتجاً لآثاره القانونية بمواجهة صاحب الشأن .

الشرط الأول : التبليغ الكامل

يجب ان يكون التبليغ كاملاً . فالتبليغ الكامل الذي يحقق الغاية منه هو التبليغ الذي يحقق علم صاحب الشأن بالقرار وبفحواه ، أي ان يكشف التبليغ عن اصدار

¹ الدكتور عبدالفتاح حسن: المرجع السابق، ص406.

القرار ذاته ، وان يحدد فحواه بدقة بحيث يكون في وسع صاحب الشأن ان يلم به إماماً تاماً . لهذا يُعد التبليغ الناقص أو الجزئي غير قانوني ، ولا ينتج آثاره القانونية . فيعد التبليغ ناقصاً أو جزئياً إذا اشتمل تبليغ القرارات الواجبة التسبب على محلها فقط .

بل يجب ان يشمل التبليغ ليس على محلها فحسب ، بل على اسبابها ايضاً ، ومن ثم يجب ان تنتقل الإدارة إلى علم صاحب الشأن القرار بتمامه وبسائر أحكامه ، بأن يتضمن التبليغ تفاصيل القرار وأسبابه اذا كان من القرارات التي يجب تسببها¹ . وعليه يُعد التبليغ قاصراً وناقصاً اذا بلغ الموظف بنوع الجزاء الموقع عليه دون الاسباب التي بنى عليها هذا الجزاء ، لان الحكمة من وجوب تسبب القرار التأديبي هو ان يعرف الموظف المخالفات التي عوقب عنها حتى يتمكن من تنفيذها اذا استطاع ، وتذهب الحكمة من ذلك لو بُلغ بالجزاء دون اسبابه² وبناءً عليه استقر القضاء الإداري على عدم مشروعية التبليغ الناقص أو الجزئي . فتقول محكمة العدل العليا : بأن مجرد كون الاعلان قد تضمن رقم العلامة التجارية المطلوب تسجيلها وصنف البضاعة التي ستستعمل عليها ، فلا يكفي لاعتبار الاعلان قانونياً مادام الاعلان قد اغفل اسم الشركة طالبة التسجيل وذكر أن الطالب هو شركة أخرى لا علاقة لها بالطالب³ .

الشرط الثاني : وضوح التبليغ

¹ الدكتور سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص 620.

² الدكتور عبدالفتاح حسن: المرجع السابق، ص 406.

³ عدل عليا: 1980/6/17م، مجلة نقابة المحامين 1981م، ص 15.

يجب ان يكون التبليغ واضحاً وضوحاً تاماً تمكن صاحب الشأن ان يلم به الماماً تاماً . ولن يتأتى ذلك إلا اذا تضمن التبليغ جميع تفاصيل القرار ومحتوياته جميعاً . وعليه يُعدّ التبليغ غير قانوني اذا جاء بصيغه غامضة يصعب على صاحب الشأن ادراك مضمونه . فالتبليغ المجمل الذي يرد بصيغه مجملة خالية من أي بيان غير قانوني ؛ إذ لا يسمح لصاحب الشأن العلم بحقيقة تفاصيل القرار ، وإدراك وفهم محتوياته ¹.

وعليه يُعدّ تبليغاً غامضاً أو ناقصاً اذا كان ما بلغ به الشخص هو مجرد ملخص للقرار بعبارة مجملة خالية من أي بيان مما لا يتمكن بسببه صاحب الشأن من العلم بتفاصيل القرار ومحتوياته وتقدير وجه اتصاله به ومساس بمصالحه ؛ وبذا لا يكون تبليغاً قانونياً في هذه الحالة ومجدياً في انتاج القرار لآثاره القانونية ². ولكن اذا أرادت الإدارة ان تكتفي بالتبليغ بملخص عن القرار فيجب ألا يكون هناك أي شك حول مضمونه ، وألا تغفل أي حكم من احكامه الرئيسية والجوهرية ³. وفي هذا الشأن تقول محكمة العدل العليا : (ان اصولية التبليغ تقتضي ان يقف المتبلغ وقوفاً واعياً على تفاصيل ما تبلغه ، وفي هذه الحالة التي نحن بصددھا يكون مما يستلزم اعتبار التبليغ صحيحاً ان يقف المستدعي على تفاصيل ما قالت به وقررتھ اللجنة الطبية للضمان .

¹ الدكتور فؤاد العطار: القضاء الاداري، القاهرة، 1966م، ص550.

² الدكتور طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص204.

³ الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات ، المرجع السابق، ص620 يقول الدكتور العطار⊕ فإذا لخص القرار ،وجب ان يكون التلخيص

وافياً، المرجع السابق، ص550.

وهذا ما هو غير متحصل هنا ؛ إذ ان التبليغ وقع كل ما ذهبت إليه لجنة شؤون الضمان دون الاساس الفني الذي قام عليه قرارها وهو رأي اللجنة الطبية)¹.

الشرط الثالث : صدق المعلومات والبيانات الواردة في التبليغ .

يشترط حتى يكون التبليغ قانونياً ومنتجاً لآثاره القانونية ان تكون جميع المعلومات والبيانات الواردة فيه صحيحة ودقيقة ، وبذا يُعد تبليغاً غير قانوني اذا تبين عدم صحة ما تضمنته صيغة التبليغ من معلومات أو بيانات².

ومن نافلة القول ان القضاء الإداري يتمتع بصلاحيه تقديرية واسعة لتقدير مدى توافر تلك الشروط في التبليغ ، فيقدر مدى توافرها حسب ظروف وأحوال كل قضية ، فيقدر مدى كفاية ما تضمنه التبليغ من معلومات وبيانات في ضوء ظروف ومعطيات كل حالة³.

¹ عدل عليا:26/11/1994م،مجلة نقابة المحامين 1995م،ص564.

² الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق،ص550.

³ A.de laubadère : op. at.No 720

المطلب الثالث

خصائص التبليغ الإلكتروني

يتميز التبليغ الإلكتروني بعدد معين من الخصائص المستمد بعضها من التبليغ الشخصي للقرارات الفردية . وتتمثل هذه الخصائص بما يلي :

أولاً : التبليغ لاحق لإصدار القرار

إذا افصحت الإدارة عن إرادتها المنفردة وبالشكل الذي نص عليها القانون ، ظهر القرار إلى عالم القانون مستكماً لجميع مقوماته القانونية ، وقابلاً للنفذ بحقها وبحق الأفراد إذا علموا به أي كانت وسيلة العلم . فالتبليغ تالي ولاحق لقيام القرار الإداري من الناحية القانونية ، فليس هو الذي يكسب القرار وجوده القانوني ، أو يضيف عليه قوته القانونية . لهذا نرى تواريخ خطابات تبليغ القرارات تالية لتواريخ إصدارها . لهذا لا يجوز الخلط بين التبليغ باعتباره إجراء لاحق ، وبين التبليغات السابقة على إصدار القرار والتي يندرج البعض منها ضمن الإجراءات الإعدائية أو التمهيدية كالتبليغات التي ترسل للموظف بإحالاته للتحقيق أو بتبليغه بمواعيد اجتماعات المجالس التأديبية وغيرها من تبليغات سابقة على إصدار القرارات الإدارية . (29) وفي هذا الشأن تقول محكمة العدل العليا : (إذا لم يتقدم بطلب نقل اسمه إلى جدول المحامين الاساتذة ، أو إذا لم يتم شرائط التدريب بعد ، ويتوجب لصدور قرار بالشطب ان يكون المحامي المتدرب قد اخطر إلى الالتزام بما نصت عليه احكام هذه المادة بوقت مناسب . حيث أن مجلس نقابة المحامين لم يُخطر المستدعي - المطعون ضده

– بالالتزام بما نصت عليه هذه المادة فإن قراره برفض إعادة تسجيله متدرجاً مخالفاً للقانون ويتوجب إلغاؤه¹.

ثانياً: التبليغ يستهدف إعلام اصحاب الشأن .

يتميز التبليغ بالغانية ، أي انه يستهدف تحقيق غاية معينة محدودة ، فيستهدف اعلام اصحاب الشأن بالقرار وفحواه . فالأثر الذي يترتب على التبليغ هو نقل القرار إلى علم الأفراد لكي يلتزموا به ويخضعوا لأحكامه . لهذا قيل وبحق ان القرارات غير المبلغة إلى اصحاب الشأن تحتفظ بقيمتها القانونية كاملة حتى لو لم يكن لها أثر قبل الأفراد فلا يلتزمون بها . كما ان القرارات الإدارية غير المبلغ عنها ملزمة للإدارة ، وبذا يجوز للأفراد التمسك بتنفيذ هذه القرارات والتمتع بالحقوق التي تخولها لهم . وعلة ذلك ان التبليغ أيا كان شكله انما تقرر لإعلام الأفراد بالقرار ومضمونه ، ويفترض بالإدارة علمها بذلك لأنها هي التي اصدرت هذه القرارات ، فلا يحق لها اذن التملص من تنفيذها بحجة عدم تبليغها لأصحاب الشأن².

ثالثاً: إمكانية تصحيح العيب الذي يشوب التبليغ .

يجب ان يتم التبليغ بصورة معينة ، وان تتوافر مجموعة من الشروط القانونية ، فان تخلف أي شرط من شروط التبليغ عُد التبليغ باطلاً ولا يعتد به ، ولكن بطلان التبليغ لا يؤدي إلى بطلان القرار ، ولا يمس كيانه القانوني ، ولا صحته كتصرف

¹ عدل عليا:2016/3/23م،مجلة نقابة المحامين 2016،ص1077.

² الادكتور عبدالفتاح حسن:المرجع السابق،ص404.

قانوني . لهذا تملك الإدارة بل يجب عليها تدارك هذا الخطأ المادي الذي شاب التبليغ بإعادة تبليغه لصاحب الشأن بصورة سليمة . ولكن جميع آثار القرار القانونية تبدأ في سريان بحق ذوي الشأن من تاريخ التبليغ الثاني باعتباره التبليغ القانوني .

رابعاً :خلو التبليغ من إحداث أثر قانوني

يُعد التبليغ عملية مادية تخلو من أي أثر تنفيذي ،فلا تحدث أي أثر قانوني لصاحب الشأن ،فلا تنشئ مركز قانوني أو تعدله أو تلغيه ،فهو إجراء لاحق لاتعدو ان تكون تسجيلاً لما تم . فالتبليغ عمل مادي بخلاف القرار الذي يعد بمجرد استكمال مراحل إصداره عملية قانونية قائمة بحد ذاتها .فالاستقلال بين القرار وتبليغ صاحب الشأن عن وجوده وفحواه واضحة .فالعيب الذي يشوب التبليغ لا يرتد أثره إلى ذات القرار ولا يمس صحته .

خامساً :عدم امكانية الطعن بالتبليغ بدعوى الإلغاء

لا يجوز الطعن بالتبليغ غير القانوني بدعوى الإلغاء لكونه لا يرتب أثراً قانونياً يؤثر في المراكز القانونية ،رغم ما ينطوي عليه من أهمية كبيرة لتحديد بدء سريان ميعاد الطعن القضائي ونفاذ القرار بحق الأفراد .فلا يعتبر وفق قضاء محكمة العدل العليا كتاب مدير عام مؤسسة الضمان الاجتماعي المرسل للمستدعية لتبليغها قرار لجنة تسوية الحقوق قراراً إدارياً تنفيذياً قابلاً للطعن¹ . وقضت في حكم آخر : (وحيث ان قرار لجنة مجلس النقابة الذي يتضمن شطب اسم المستدعي يحمل الرقم 9859

1 عدل عليا:26/2/1991، مجلة المحامين 1992،ص40 و عدل عليا:29/2/2000،مجلة نقابة نقابة المحامين 2001،ص25.

تاريخ 1996/12/2 فعليه يكون الطعن منصبا على كتاب التبليغ ، وكتاب التبليغ هذا لا يعتبر قراراً إدارياً قابلاً للطعن بالإلغاء)¹.

المبحث الثاني

آثار التبليغ الإلكتروني

من المسلم به ان التبليغ الإلكتروني السليم يرتب العديد من الآثار القانونية فالإدارة تصدر قراراتها بهدف احداث أثر قانوني معين ، وبذا لا يبدأ الأثر القانوني إلا بعد تبليغ اصحاب الشأن بإصداره وفحواه. كما ان ميعاد الطعن القضائي لا يبدأ بالسريان بحقهم إلا بعد تبليغهم إياه .

المطلب الأول

نفاذ القرارات الإدارية بمواجهة الأفراد

من المسلم به ان القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة العامة لا يمكن الاحتجاج بها بمواجهة الأفراد إلا اذا علموا بها باحدى الطرق المقررة قانوناً . فالأصل ان التبليغ الفردي هو الوسيلة العامة لإعلام الأفراد المعنيين بالقرارات الفردية بحيث لا يمكن

¹ عدل عليا :1997/10/11،مجلة نقابة المحامين1998،ص763 و عدل عليا :1994/11/22،مجلة نقابة المحامين،1995،3237،و عدل

عليا:1997/4/30،مجلة نقابة المحامين 1997،ص4234 و عدل عليا:2000/2/14،مجلة نقابة المحامين2000،ص2929 و عدل

عليا:2000/2/15،مجلة نقابة المحامين،2000،ص2932.

الاحتجاج بها في مواجعتهم إلا بعد تبليغهم فردياً. فالتبليغ الفردي هو الأصل لتبليغ القرارات الفردية، ولكن هناك بعض القرارات التي لا يمكن الاحتجاج بها بمواجهة الغير إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية .

ويندرج ضمن هذه الطائفة من القرارات الفردية قرارات تفويض التوقيع، وقرارات تعيين كبار الموظفين في الدولة¹، أو تكليف البعض منهم بمهام وظيفية بصفة مؤقتة. وعلة ذلك ان الأفراد المعنيين بهذه القرارات لا يعلمون بها اذا اقتصر الأمر على تبليغها فردياً. ويندرج ضمن هذه الطائفة من القرارات في الأردن قرارات الإستملاك (نزع الملكية الفردية للمنفعة العامة)²، وقرارات إعلان الشركات التجارية وتصفياتها³.

وفي المقابل يتعين التمييز بين تاريخ نفاذ القرارات الإدارية، وتاريخ انتاج الآثار القانونية الناجمة عنها والمتولدة منها. وآية ذلك انه يحدث في بعض الأحيان ان نخلط بين التاريخين السابقين، فلا يُعد تاريخ نفاذ القرارات الإدارية هو تاريخ انتاج الآثار

¹ p . Delvolve' :op . it . No 490.

² تنص المادة(4/٤) من قانون الاستملاك رقم(12) لسنة1987 وتعديلاته على انⓈ ينشر قرار مجلس الوزراء في الجريدة الرسمية ويعتبر نشره بينه

قاطعة على ان المشروع الذي يراد استملاك العقار من اجله مشروع للنفع العام)

³ تنص المادة (59/ب) من قانون الشركات الاردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته على انⓈ اذا وافق المراقب على تسجيل الشركة او تمت هذه

الموافقة بقرار من الوزير وفقاً لأحكام الفقرة(ا) من هذه المادة وبعد ان يقدم الشركاء الوثائق---

ويستوفي المراقب رسوم التسجيل ويصدر شهادة

بتسجيلها وتنشر في الجريدة الرسمية---الخ)

القانونية ؛وبذا يتحقق عدم التطابق بين تاريخ نفاذ القرارات وتاريخ انتاج آثارها القانونية اذا حددت الإدارة تاريخ انتاج الآثار القانونية سابقاً أو لاحقاً لتاريخ نفاذها. فتاريخ انتاج الآثار القانونية قد يبتعد ويتباين عن تاريخ نفاذ القرارات الإدارية ،فقد تحدد الإدارة بدء انتاج القرار الإداري لآثاره القانونية بتاريخ سابق أو لاحق لتاريخ نفاذه ،فقد تعطيها أثراً رجعياً ، أو قد تؤخر تاريخ انتاج القرار لآثاره القانونية بالمقارنة مع تاريخ نفاذه ¹ .

وبناءً عليه يُعرف تاريخ نفاذ القرار الإداري بأنه الوقت الذي بعد تحققه يستحيل على مصدره قانونياً تعديله أو سحبه أو إلغاؤه دون اتباع الأحكام التي حددها القضاء الإداري وفرضها على الإدارة .هكذا يُعد تاريخ نفاذ القرار الإداري بأنه التاريخ الذي بعد تحققه و وقوعه يحتج بالقرار في مواجهة الأفراد المعنيين به ² . كما انه التاريخ الذي بعد تحققه يستطيع الأفراد الطعن بالقرار قضائياً بدعوى تجاوز حدود السلطة امام القضاء الإداري .

فالأصل ان تاريخ نفاذ القرارات الإدارية هو تاريخ عام يطبق على جميع القرارات الإدارية سواء أكانت قرارات فردية أم قرارات عامة ،ويرتبط هذا التاريخ بالعلم بالقرار نفسه ،أي انه يرتبط بالنشر أو التبليغ الفردي .هكذا تهيم فكرة العلم بالقرار على تاريخ نفاذه ،فلا يمكن الاحتجاج بالقرارات الإدارية في مواجهة الأفراد إلا منذ علمهم

¹ حول قاعدة عدم رجعية القرارات الادارية والاستثناءات الواردة عليها انظر: الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات، المرجع السابق

ص558 وما بعدها، والدكتور علي خطار شطناوي: دراسات في القرارات الادارية، عمان، منشورات الجامعة الاردنية،1998،ص 333 وما بعدها.

² J . Auby :'incompétence 'ratione temporis' recherches sur l'application dans le temps , R.D.P,1954,PS

بها ، والذي يتحقق بالنشر أو التبليغ الشخصي .ولكن هذه القاعدة تحتاج إلى بعض التفصيل والتحديد ، ويتعين التفريق بين فرضيتين مختلفتين¹ قوامها مضمون القرار الفردي .

الفرضية الأولى : القرار الفردي الذي يقرر حقوق للشخص

يحدث في بعض الاحيان ان يتضمن القرار الإداري الصادر عن الإدارة تقرير حق لصاحب الشأن أو ينطوي على ترخيص مزاولة نشاط معين أو على أي شيء ايجابي لصاحب الشأن ؛وبذا يستمد صاحب الشأن هذا الحق من تاريخ استكمال إصدار القرار وتوقيعه من صاحب الاختصاص .وعلة ذلك ان الغاية من التبليغ الفردي هي إعلام الشخص بالقرار ومضمونه للاحتجاج به بمواجهته فقط .فالإدارة تعلم بالقرار يقينياً ،فهي التي اصدرته وهي التي حددت مضمونه ،فلن يقبل منها التعذر بعدم العلم به فعلمها حقيقي ومؤكد .فالتزام الإدارة بالقرار الإداري يتحقق بمجرد استكمال مراحل إصداره ،فإن تحقق افصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة ،وبالشكل الذي نص عليه القانون ،ظهر القرار إلى عالم القانون مستكماً كافة مقوماته ،بل وقابلاً للنفذ في نطاق محدود .وعليه يرتب التزام الإدارة بالقرار الذي اصدرته أنها لا تستطيع العدول عنه إلا في حالات معينة حددها القضاء الإداري بدقه² . وعلة ذلك ان القرار الإداري غير المبلغ إلى صاحب الشأن هو قرار سليم ،ونافذ في حق الإدارة سواء تلك التي اصدرته أم الإدارات الأخرى .فالتبليغ ليس هو الذي يكسب القرار وجوده القانوني ،

¹ حول هذا الموضوع انظر p . Delvolve' : op . cit . No 466

² في هذا الشأن انظر الدكتور عبدالفتاح حسن ،المرجع السابق ،ص402.

أو يضيفي عليه قوته، وكل أثره ينحصر في نقل القرار إلى علم الأفراد لكي يلتزموا به ويخضعوا لأحكامه¹.

الفرضية الثانية: القرار الإداري الذي يفرض التزامات معينه على ذوي الشأن . يحدث في بعض الأحيان ان يفرض القرار الإداري الفردي التزامات ما على صاحب الشأن، وبذا لا يمكن الزام الأفراد بالوفاء بتلك الالتزامات إلا من تاريخ ابلاغهم بها، فتكون تلك القرارات غير قابلة للنفاذ بحق الأفراد إلا بعد تبليغهم بها وبفحواها بالوسيلة والشكليات التي نص عليها القانون صراحة. هكذا يبدو ان التبليغ الفردي لهذه الطائفة من القرارات الفردية شرطاً لنفاذها بمواجهة اصحاب الشأن، وهو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي². فالتبليغ الفردي شرط لنفاذ القرار في مواجهة الأفراد، فلا تملك الإدارة اذن مطالبتهم بتنفيذ قرار لم يبلغوا به بصورة قانونية، فالزامية القرار تجاههم تبدأ من تاريخ تبليغهم به .

وأخيراً نرى ضرورة التمييز بين تاريخ القرار الفردي وتاريخ نفاذه بحق الإدارة والأفراد. فالعبرة في تقرير مشروعية القرار من الناحيتين الشكلية والموضوعية هي تاريخ اصداره وليس تاريخ نفاذه فيتم ذلك دوماً على هدى القواعد القانونية التي كانت نافذة عند الاصدار مع صرف النظر عن أي تعديل يطراً عليها في تاريخ لاحق³

¹ في هذا الشأن انظر الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 621 وما بعدها

² P . Delvolve : op. it.No 467 و اشار سيادته لبعض الاحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي.

³ الدكتور عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص 403.

المطلب الثاني

بدء سريان ميعاد الطعن القضائي

يتعين لقبول دعوى الإلغاء شكلاً ان تقدم الدعوى خلال اجل معين. فيعرف الميعاد بصورة عامة، بأنه الأجل أو المهلة الزمنية التي يحددها القانون لإجراء عمل معين، بحيث اذا انقضى هذا الأجل امتنع إجراء العمل¹. وعليه يقصد بميعاد تقديم دعوى الإلغاء، الفترة الزمنية التي يحق للشخص خلالها تقديم الدعوى للطعن بالقرار الإداري. وهكذا يتمثل الميعاد القانوني في الفترة الزمنية التي يحددها المشرع للشخص ليقدم دعواه فيها وتكون دعواه مقبولة شكلاً.

وتحدد القوانين المتعلقة بالقضاء الإداري فترة قصيرة نسبياً لتقديم دعوى الإلغاء، بحيث يؤدي إلى انقضاؤها دون تقديم الدعوى فيها إلى سقوط حق الشخص في تقديمها لاحقاً لفوات الميعاد القانوني. ويتميز ميعاد دعوى الإلغاء بالقصر النسبي، فهو قصير نسبياً بالمقارنة مع مدد الطعون القضائية الأخرى. فتتضمن المادة (8) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014 على ان: (مع مراعاة ما ورد في أي قانون آخر وأحكام الفقرتين (ج) و(د) من هذه المادة تقام الدعوى لدى المحكمة الإدارية باستدعاء يقدم إليها خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الإداري المشكوك منه للمستدعي ---).

وتتمثل الحكمة التشريعية من تحديد موعد قصير نسبياً لهذه الدعوى القضائية في حث صاحب الشأن على التفكير بسرعة وتقدير جدوى تقديم الطعن إلى القضاء الإداري. فلا يعقل ان تبقى المراكز القانونية مهددة بالإلغاء القضائي إلى مالا نهاية

¹ الدكتور فؤاد العهطار: المرجع السابق، ص645.

كما ان من مصلحة الأفراد المستفيدين من القرار الصادر أن يطمئنوا إلى استقرار مراكزهم القانونية التي تولدت عن القرار إذا انقضت المهلة القانونية التي يحددها المشرع للطعن بالقرار الإداري¹. فلا يعقل ترك تحقيق الاعتبارات السابقة تحت رحمة صاحب الشأن، فمن غير المقبول ان يكون مصير المراكز القانونية ومدى ثباتها واستقرارها رهين ارادة صاحب الشأن ليقرر تقديم دعوى إلغاء أو عدم تقديمها، وتقديمها في أي وقت يشاء. كما ان الأحكام القضائية الصادرة بالإلغاء تنطوي على خطورة كبيرة؛ إذ انها تحوز حجية عامة ومطلقة في مواجهة كافة، بحيث يتمسك بها كل ذي مصلحة². كما أنها تؤدي إلى اعتبار القرارات الملغاة كأن لم تكن وبأثر رجعي، وبذا تزول جميع الآثار القانونية التي رتبته.

ومن المسلم به ان فوات ميعاد الطعن القضائي دون تقديم الدعوى يؤدي إلى تحصن القرار ضد الطعن القضائي، وبذا يتوجب معاملته معاملة القرارات السليمة. وعليه لا يملك الشخص قانوناً تقديم دعوى إلغاء ضد القرار، وإن قدمت يقرر القضاء الإداري ردها شكلاً لفوات الميعاد. فقد قضت محكمة العدل العليا: (وبما انه من الثابت ان المستدعي تبلغ القرار المشكو منه بتاريخ 1994/5/18، وتقدم بهذه الدعوى

¹ يقول الدكتور يقول الدكتور محمود حافظ: (والحكمة من جعل هذا الميعاد قصير هي حرص المشرع على ان لا تبقى أعمال الإدارة عرضة للطعن

أمدأ طويلاً، كما تقضى المصلحة بتوفير الثبات والاستقرار لمراكزهم القانونية المترتبة على تلك الأعمال). القضاء الإداري في القانون المصري

والمقارن، القاهرة، دار النهضة العربية 1993، ص 581.

للطعن بهذا القرار بتاريخ 1994/7/16، فإن الدعوى تكون مقدمة بعد فوات المدة المنصوص عليها في القانون)¹.

فإذا كان يترتب على فوات الميعاد القضائي سقوط حق الشخص في الطعن بالقرار الإداري، واكتسابه لحصانة قانونية ضد الرقابة القضائية، فتلك هي القاعدة العامة، ولكن يرد عليها العديد من الاستثناءات حيث يمكن الطعن بالقرار دون التقيد بميعاد معين، كالقرارات المنعقدة، والقرارات المستمرة².

ويبدأ التبليغ في انتاج آثاره القانونية، وخصوصاً بدء سريان ميعاد الطعن القضائي من تاريخ التبليغ الفعلي، وليس من تاريخ ارسال التبليغ أياً كانت وسيلته. فقد قضت محكمة العدل العليا: (وبما ان سريان ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ الإعلان الفعلي --- وحيث ان المستدعي اقام دعواه بتاريخ 1954/4/3، أي بعد اربعة وثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه الفعلي، فلا يكون في مثل هذه الحالة قد تباطأ في اللجوء إلى هذه المحكمة)³.

ومن المسلم به ان القضاء الإداري المقارن استقر على ان ميعاد الطعن بالإلغاء ميعاد كامل، وبدا يوم التبليغ لا يحسب ضمن مدة الستين يوماً المتاحة للمستدعي

¹ عدل عليا:1994/10/3، مجلة نقابة المحامين 1995، ص126، وعدل عليا:1994/3/2، مجلة المحامين، ص1167 وعدل عليا: 1999/9/25، مجلة نقابة المحامين، 2000، ص846.

² حول هذه الاستثناءات انظر الدكتور علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الاداري الاردني، عمان، دار الثقافة، الجزء الاول، 2008، ص446 وما بعدها .

³ عدل عليا:1954/3/28، مجلة نقابة المحامين 1954، ص299.

للطعن ، بل يحسب من اليوم التالي . كما ان ميعاد الطعن يسحب إلى أول يوم عمل اذا صادف يوم السنين وهو آخر يوم عطلة رسمية . ولقد قنن المشرع الأردني هذا الاجتهاد القضائي ، تنص المادة (8/أ)----تقام الدعوى لدى المحكمة الإدارية باستدعاء يقدم اليها خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الإداري المشكو منه للمستدعي أو نشره في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية ----).

وفي ضوء الآثار القانونية الناجمة عن تبليغ القرارات إلى ذوي الشأن ، فيتعين اثبات واقعة التبليغ الإلكتروني باعتبارها نقطة بدء سريان ميعاد القضائي ، فتسري هذه المدة بحق صاحب الشأن من اليوم التالي للتبليغ . لهذا يتعين بيان كيفية اثبات واقعة التبليغ الإلكتروني . فيتعين على الإدارة دوماً اثبات واقعة التبليغ الإلكتروني ، فهي الطرف الذي يدفع في الغالب الأعم بعدم قبول دعوى الإلغاء شكلاً لفوات الميعاد ، فعليها استناداً للقاعدة الأصولية في الاثبات (البينة على من ادعى)¹ اثبات حدوث واقعة التبليغ الفردي .

وبناءً على ذلك لا يكفي لغايات اثبات واقعة التبليغ ان تثبت الإدارة واقعة ارسال التبليغ إلى صاحب الشأن ، بل يتوجب عليها ايضاً اثبات واقعة استلامها بالفعل ، وهو أمر قرره القضاء الأردني منذ امد بعيد بخصوص التبليغ الورقي ، فلا يعتبر الكتاب المرسل بالبريد من مدير عام مؤسسة الضمان الاجتماعي المتضمن ابلاغ المستفيد بقرار لجنة تسوية الحقوق التابعة لمؤسسة الضمان الاجتماعي مجرياً لمدة الطعن ما لم يثبت استلام المرسل اليه للكتاب وتاريخ استلامه له² .

¹ المادة (77) من القانون المدني.

² عدل عليا: 1992/10/15 ، مجلة نقابة المحامين 1993 ، ص 4 --وعدل عليا : 1991/11/6 ، مجلة نقابة المحامين 1993 ، ص 74 .

ومما لاشك فيه انه يسهل على الإدارة اثبات واقعة ارسال التبليغ إلى صاحب الشأن، واستلامه اياه اذا تم عبر البريد الإلكتروني الشخصي، أو عبر تطبيق الواتساب أو غير ذلك من التطبيقات الإلكترونية الأخرى. وعلة ذلك ان تلك الأجهزة الإلكترونية، والتطبيقات المختلفة تتضمن اشارات مختلفة ومتميزة ومتعارف عليها تبين تاريخ الارسال، وتاريخ الاستقبال والاستلام، وتاريخ فتح رسالة التبليغ والإطلاع عليها .

وينبني على ذلك ان استلام المرسل اليه التبليغ والإطلاع على مضمونه واقعة مادية يمكن للإدارة اثباتها بجميع طرق الاثبات، حتى وان كانت البيانات الكتابية هي الغالبة؛ إذ يتم سحب التبليغات الإلكترونية، وتواريخ استلامها، والإطلاع عليها ورقياً، وتقديمها للقضاء لإثبات واقعة الارسال والاستقبال .

الخاتمة

يتبين من دراستنا السابقة ان تبليغ القرارات الفردية عملية ضرورية و اساسية لإلزام الأفراد بتنفيذ هذه القرارات ، والتقيد بمضمونها . فالتبليغ هو الوسيلة الاساسية لتبليغ القرارات الفردية ، وبعض القرارات ذات الأهمية الخاصة كقرارات تعيين كبار الموظفين بالدولة . ولكن التبليغ الفردي وان كان هدفه نقل القرار ومضمونه إلى علم صاحب الشأن ، فيجب ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط القانونية المهمة ، فيجب ان يكون كافياً وشاملاً لجميع عناصر القرار ، وأسبابه اذا كان من بين القرارات التي يوجب القانون تسببها . لهذا لا يعتد بالتبليغ الناقص او غير الكامل ، وبذا يمكن للإدارة تصحيح التبليغ المعيب بإعادة تبليغه مرة أخرى .

ويضاف إلى ذلك ان التبليغ ليس هدفاً بحد ذاته ، بل ان غايته اخبار الأفراد وإعلامهم بالقرارات الصادرة بمواجهتهم ، لذا اجاز القضاء الإداري العلم اليقيني لبدء نفاذ هذه القرارات بحقهم ، وبدء سريان الطعن القضائي فيها . فالغاية من التبليغ الورقي قد تحققت بالفعل ، فقد علم صاحب الشأن بالقرار علماً يقينياً بالقرار ومضمونه ، فلن يقبل منه بعد ذلك التعتذر بعدم قيام الإدارة بتبليغه شخصياً .

النتائج :

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية :

اولاً : يُعد التبليغ الفردي الوسيلة الاساسية لتبليغ القرارات الفردية .

ثانياً : لم يحدد المشرع وسيلة معينة يجب ان تلجأ اليها الإدارة لتبليغ القرارات الفردية .

ثالثاً : يجب ان تتوافر مجموعة من الشروط القانونية في التبليغ الفردي حتى يكون قانونياً .

رابعاً : يرتب التبليغ القانوني آثار قانونية مهمة بمواجهة الأفراد ،فمنذ تاريخ التبليغ الفعلي يبدأ نفاذ القرارات بمواجهتهم . كما يبدأ ميعاد الطعن القضائي بحقهم .
خامساً :يستهدف التبليغ اعلام الأفراد بالقرار ومضمونه ،وبذا تُلزم الإدارة بالقرار الذي اصدرته بعد إصداره وقبل تبليغه إلى صاحب الشأن ،فلن يقبل منها الاحتجاج بعدم العلم بالقرار الذي اصدرته .

التوصيات

بعد هذه الدراسة نقدم التوصيات الآتية :

- اولاً : نتمنى على المشرع الأردني حذف العبارة الواردة في عجز المادة (8) من قانون القضاء الإداري الأردني التي تفيد : (اذا كان التشريع ينص على العمل بالقرار الإداري من ذلك التاريخ أو يقضي بتبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة) ،حتى يصبح التبليغ الإلكتروني وسيلة عامة لتبليغ القرارات الفردية .
- ثانياً : نتمنى على المشرع الأردني ان يحدد الوسائل الإلكترونية التي يمكن للإدارة ان تلجأ اليها لتبليغ القرارات الفردية .
- ثالثاً : نتمنى على المشرع الأردني ان يحدد الشروط القانونية الواجب توافرها في التبليغ الإلكتروني ،وان يحدد صداقة حجية اثبات واقعة التبليغ الإلكتروني ووسائل اثباته .

المراجع

- ابن منظور: لسان العرب، (2014)، بيروت، دار صادر .
- الدكتور محمود، احمد صدقي، (2015): نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، الرياض .
- الدكتور الطماوي، سليمان (2006): النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي .
- الدكتور الجرف، طعيمة (1977): قضاء الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية .
- الدكتور حسن، عبد الفتاح (1969): مبادئ القانون الإداري الكويتي، بيروت، دار النهضة العربية .
- شطناوي، علي خطار (2008) موسوعة القضاء الإداري الأردني، عمان، دار الثقافة .
- الدكتور شطناوي، علي خطار (1998) : دراسات في القرارات الإدارية، عمان، منشورات الجامعة الأردنية .
- الدكتور العطار، فؤاد (1966) : القضاء الإداري، القاهرة .
- الدكتور المصري، محمد وليد، (2003) : شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، عمان، دار قنديل .
- الدكتور حافظ، محمود، (1993) : القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، القاهرة، دار النهضة العربية.
- Andre' de L'aubadera :traite' de droit administratif, Paris, L.G.D.J, 1984 , Tome, 1 ,No 722.

- J. Auby :l'incompétence "ratione temporis" •
recherches sur l'application dans le temps , R .D .P ,1954.
- P . Delvolve :L'acte' administrative ,paris ,sirey,1983 . •



(2)

الْحِمَايَةُ الْجَزَائِيَّةُ لِلْمَالِ الْمَعْلُومَاتِي مِنَ السَّرْقَةِ

دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ

د. محمد عبدالله الوريكات

<https://orcid.org/0000-0001-5875-0849>

استاذ القانون الجزائري المشارك
جامعة عمان الأهلية/ كلية الحقوق

د. صالح احمد حجازي

[ORCID//0000-0003-4913-2912](https://orcid.org/0000-0003-4913-2912)

استاذ القانون الجزائري المشارك جامعة عمان الاهلية / كلية الحقوق

د. رامي عمر ابو ركية

<https://orcid.org/0000-0003-3478-1047>

استاذ القانون الجزائري المشارك
جامعة عمان الاهلية/ كلية الحقوق

الملخص

تعد جريمة السرقة من أكثر جرائم الاعتداء على الأموال شيوعاً، وقد نصّت التشريعات قديمها وحديثها على تجريم هذا النوع من الاجرام المالي، إلا ان التقدم

الذي شهده العالم في مجال تقنية المعلومات في العصر الحالي أدى إلى ظهور صناعة جديدة في مضمار البيانات والمعلومات، وضحى لهما قيمة مالية باعتبارهما من القيم الاقتصادية المستحدثة، شكلت بمجموعها بالإضافة الى جهاز الحاسوب الذي يحويهما ما يُعرف بالمال المعلوماتي.

وفي ظل التطور التكنولوجي الهائل الذي تشهده مختلف الدول أصبح المال المعلوماتي محلاً لاعتداءات عديدة، ومن بينها الحصول غير المشروع على ماديات ومكونات الحاسوب المعنوية، ولكي يمكن القول بأهمية شمولها بالحماية الجزائية باعتبارها محلاً للاعتداء، كان من الأهمية بمكان تحليل الاطار القانوني لها، وصولاً إلى إمكانية اسباغ وصف المال عليها، ومن ثم بيان مدى انطباق وصف السرقة التقليدية على الاعتداء الذي يقع عليها بالاختلاس.

- الكلمات المفتاحية: الحماية الجزائية، الجريمة المعلوماتية، السرقة المعلوماتية، المال المعلوماتي.

Legal Protection for E-Cash from Theft/ Comparative Study"

Dr.. Muhammad Abdullah Al-Wreikat and others

Abstract

Theft is considered one of the most common crimes against money. Old and new laws have provided for criminalizing this type of money crimes, but the progress the world has witnessed in information technology during the current era has caused the appearance of a new industry in the data and information's area. It gained a financial value being one of the used economic values in addition to the computer that contains it; these collectively have formed what is known as E-Cash.

Amid the enormous technological development that different countries are witnessing, E-Cash has become a means of several attacks including illegal gain of computer's hardware and software. In order to be included in the legal protection being a means of attack, it was important to analyze its legal framework towards the possibility of attributing the description of money to it, then the applicability of traditional theft description on the attack which occurs on it through embezzlement.

Keywords: Legal Protection, Cybercrime, E-Theft, E-Cash.

المقدمة

1- تمهيد: عرف الانسان جريمة السرقة بوصفها التقليدي منذ زمن موغل في القدم، غير ان مرتكبها الآن غدا أكثر تنظيماً لاستخدامه التقنيات الحديثة بعدما شهدت البشرية في العصر الحالي مرحلة غير مسبوقة من مراحل التطور التكنولوجي الهائل؛ الذي لم يقتصر أثره على ما ينطوي عليه من صور ايجابية انعكست على كثير من مناحي الحياة، وانما على ما ينطوي من جوانب سلبية عديدة تمثل تهديداً خطيراً لأمن المجتمع واستقراره، وفي مقدمتها الازدياد الملحوظ في معدلات الاجرام، وما صاحبه من تطور ملموس من حيث الطبيعة والاسلوب، فأفرز انماطاً عديدة من الجرائم المستحدثة يتصدرها من حيث الأهمية جريمة السرقة المعلوماتية.

ان هذه الجريمة بوصفها صورة من صور الجرائم المستحدثة التي أفرزتها ثورة تقنية المعلومات منذ ثمانينيات القرن المنصرم، تعد من الجرائم التي زاد خطرها وامتد ليلحق الاضرار الجمة بأموال الأشخاص والجماعات، ونشاطاتهم ذات الصبغة المالية، وذلك بسبب النمو المتسارع للأنشطة المالية وما صاحبها من تطور هائل

في الشبكة الدولية للمعلومات، والتي تشكل مجالاً خصباً لارتكاب هذه الجريمة بمعدلات متزايدة، وغداً من الضرورة بمكان التصدي لها للحدّ من آثارها الضارة التي تنال الافراد والجماعات على حد سواء .

2- مشكلة الدراسة: اذا كانت التشريعات الجزائية تحمي الاموال بمقتضى النصوص التقليدية الخاصة بجريمة السرقة، فإن التساؤل الذي يبرز في هذا المقام ينحصر في مدى إمكانية انطباق هذه النصوص على الحصول غير المشروع على المال المعلوماتي؟ وثمة تساؤلات اخرى تتفرّع عنه تتمحور في مدى قدرة هذه النصوص على توفير الحماية الجزائية لهذا المال بنوعيه المادي المتمثل في جهاز الحاسوب وملحقاته، والمعنوي بما يتضمّنه من معلومات وبيانات؟ وما مدى صلاحية هذه المعلومات لأن تكون محلاً لجريمة سرقة؟ سواء ما تم تخزينه منها في جهاز الحاسوب أم ما تم تسجيله منها على دعامة مادية؟ وهل من الممكن اعتبارها مالياً مادياً يندرج في إطار الأموال التي عنها المشرع في قانون العقوبات؟ كما ان السرقة التقليدية تستلزم اخراج المال من حيازة مالكه وادخاله في حيازة الجاني، فهل هذا يتحقق في حالة الاعتداء على المال المعلوماتي؟ وهل بالإمكان تطبيق النصوص التقليدية في قانون العقوبات لمواجهة هذه الاشكاليات القانونية؟

أم ان الأمر يستوجب تدخلاً تشريعياً لمواجهة ذلك؟

كل ما تقدم من تساؤلات وغيرها مما قد يثيره موضوع الدراسة سنحاول الاجابة عنها من خلال ما توفر من المراجع الفقهية، والدراسات المتخصصة ذات الصلة بموضوعها، مع الاستناد الى النصوص التشريعية في هذا الاطار.

3- أهمية الدراسة: تكمن أهمية هذه الدراسة بأنها تناولت نمطاً مستحدثاً من الاجرام التقني؛ الذي تترتب عليه آثار عديدة من الاشكاليات القانونية والواقعية التي تتصل بكيفية مواجهة هذا النوع من الجرائم الذي لم تعد أخطاره الجسيمة قاصرة على الأفراد فحسب، وانما امتدت لتهدد الدول، فكان التصدي له موضع اهتمامها، وذلك بسن القوانين الحديثة لمواجهة هذا النمط الإجرامي، أو بالاستناد إلى النصوص التقليدية في قانون العقوبات لتطويعها في سبيل ذلك، فجاءت هذه الدراسة لتبحث في الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي لما له من أهمية في العصر الراهن، ومناقشة الجدل الفقهي الدائر حول مدى إمكانية اسباغ وصف المال على مكونات جهاز الحاسوب المتمثلة في البيانات والمعلومات، ومدى إمكانية اسباغ الحماية القانونية عليها وفق النصوص التقليدية الخاصة بجريمة السرقة.

وبالرغم من أن هذه الدراسة لم تكن الاولى في هذا المضمار، فقد حظي موضوعها بقسط غير ضئيل من الدراسة والتحليل، إلا انها قد تساهم مع ما سبقها من دراسات في ازالة الغموض الذي ما زال يكتنف بعض المسائل القانونية المرتبطة

بالسرقة المعلوماتية، وصولاً إلى ايجاد أنجع الوسائل لحماية المال المعلوماتي؛ وفق نماذج قانونية واضحة ومحددة يُستأنس بها لتحقيق الردع لمرتكبي هذا النوع من الجرائم؛ بالإضافة إلى أن موضوع هذه الدراسة بحاجة إلى التعمق والتحليل بصفة مستمرة لمواكبة التطور التكنولوجي الذي ينعكس بدوره على تطور الجريمة المعلوماتية.

4- المنهج العلمي المستخدم في الدراسة: تستلزم هذه الدراسة الاستعانة بالمنهج التحليلي الوصفي المقارن سواء في الفقه أو التشريع وصولاً إلى أوجه القصور التشريعي التي ينبغي تلافيتها، بالاستناد إلى الاتجاهات الفقهية المختلفة بهدف الاحاطة بموضوعها ما أمكن ذلك.

5- تقسيم الدراسة: نظراً لحدائث مفهوم الجريمة المعلوماتية، وتعدد جرائم الاموال التي تقع بواسطة الجهاز المعلوماتي وقد تخيرنا من بينها جريمة السرقة المعلوماتية، فان طبيعة الدراسة تقتضي التقسيم الثنائي لها وكالاتي:

المبحث الأول: ماهية الجريمة المعلوماتية.

المبحث الثاني: سرقة المال المعلوماتي.

ثم نعقبها بخاتمة تتضمن أبرز ما توصلت اليه الدراسة من نتائج وتوصيات،

ونسأل الله التوفيق والسداد.

المبحث الأول

ماهية الجريمة المعلوماتية

6- تمهيد وتقسيم: تعد الجريمة المعلوماتية من الجرائم المستحدثة في الوسط القانوني، مهدت لظهورها ثورة الاتصالات والمعلومات في العصر الحالي، فأصبحت معظم الجرائم تقع في صورة معلوماتية يترتب عليها خسائر فادحة ليس على مستوى الافراد فحسب؛ وإنما على مستوى بلدان العالم أيضاً، تفوق تلك الاضرار التي تخلفها الجرائم التقليدية؛ وتقتضي دراسة ماهية هذه الجريمة المعلوماتية التعريف بها (المطلب الأول)؛ ومن ثم بيان خصائصها وسمات المجرم الذي يرتكبها (المطلب الثاني) وأخيراً بيان محل الحماية الجزائية فيها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التعريف بالجريمة المعلوماتية

7- تقسيم: يستلزم التعريف بهذه الجريمة تحديد مفهومها في التشريع المقارن (الفرع الأول)، وبيان مدلولها في الفقه الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف التشريعي للجريمة المعلوماتية

8- تعدّد مصطلحات الدلالة على الجريمة المعلوماتية: لم تتفق التشريعات المقارنة على مصطلح واحد للدلالة على الجريمة محل البحث، فذهب اتجاه منها إلى الربط بين الجريمة والحاسوب لما له من دور في ارتكابها فاستخدمت مصطلح " جرائم الحاسوب أو جرائم الإنترنت"، ومن قبلها: قانون اساءة استخدام الحاسوب الانجليزي لسنة 1991، وقانون جرائم الحاسوب الماليزي لسنة 1997، واستخدم مصطلح "جرائم الانترنت" القانون الاسترالي لسنة 2003، ويذهب اتجاه آخر من التشريعات إلى استخدام مصطلح "المعلومات أو المعلوماتية" للدلالة على هذه الجريمة، ومنها: قانون تكنولوجيا المعلومات الهندي لسنة 2000، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي لسنة 2006، وقانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري لسنة 2012، في حين يذهب اتجاه تشريعي آخر إلى تفضيل مصطلح " الجريمة الالكترونية" ومن هذا القبيل: قانون مكافحة الجرائم الالكترونية القطري لسنة 2014، وقانون الجرائم الالكترونية الاردني لسنة 2015.

9- الخطة التشريعية في تعريف الجريمة المعلوماتية: لم تسلك التشريعات المعاصرة ذات الخطة فيما يتعلق بتعريف هذه الجريمة، فحرصت طائفة منها على ايراد تعريفها في صلب قوانينها كالتشريع القطري الذي عرّفها بأنها: " أي فعل ينطوي على استخدام وسيلة تقنية المعلومات، أو نظام معلوماتي، أو الشبكة المعلوماتية بطريقة غير مشروعة بما يخالف أحكام القانون"⁽¹⁾، والتشريع السعودي الذي عرّفها بأنها: " أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام نظام مكافحة جرائم المعلوماتية"⁽²⁾، وعرّفها التشريع الكويتي بأنها " كل فعل يرتكب خلال استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية أو غير ذلك من وسائل تقنية المعلومات بالمخالفة لأحكام هذا القانون"⁽³⁾، كما تصدى لتعريف هذه الجريمة التشريع المصري ونص على أنها كل فعل مؤثم يتم ارتكابه عبر أي وسيط الكتروني.⁽⁴⁾

(1) المادة "1" من قانون مكافحة الجرائم الالكترونية القطري رقم 14 لسنة 2014.

(2) المادة " 8/1" من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي لسنة 1428هـ.

(3) المادة "1" من قانون جرائم تقنية المعلومات الكويتي.

(4) المادة "1" من القانون النموذجي الموحد في شأن مكافحة سوء استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المصري.

وثمة تشريعات اخرى أغفلت تعريف الجريمة المعلوماتية، وغالبية التشريعات المعاصرة تسلك هذا المسلك، ومنها التشريع الأردني الذي لم يورد تعريفاً لها في قانون الجرائم الالكترونية، وإنما اكتفى بتجريم بعض الأفعال التي تقع على الانظمة المعلوماتية والمواقع والشبكات الالكترونية، وكذلك استخدام الوسائل الالكترونية في ارتكاب بعض الجرائم⁽¹⁾، وهذا الاغفال لا يعد قصوراً من المشرع لأن وضع التعاريف من مهمة الفقه والقضاء هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فإن المشرع لا يرغب في وضع الجريمة بإطار محدد سلفاً خشية أن يؤدي ذلك إلى حصرها مما لا ينسجم مع التطور المطرد الذي تشهده المعلوماتية.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للجريمة المعلوماتية

10- الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الجريمة المعلوماتية: لقد حظيت هذه الجريمة بوصفها ظاهرة إجرامية مستحدثة، فضلاً عن تطور الأساليب التي تُنفذ بها باهتمام فقهي كبير، إلا ان كلمتهم لم تكن موضع إجماع على مصطلح الدلالة على

(1) "المواد" 3-12 من قانون الجرائم الإلكترونية الاردني رقم 27 لسنة 2015.

هذه الجريمة كما هو شأن التشريعات في هذا المجال كما تقدّم، وإن كان مصطلحي "الجريمة الالكترونية" و"الجريمة المعلوماتية" هما الأكثر شيوعاً وتداولاً في التشريعات المعاصرة، والأوساط الفقهية، ويميل الباحثون الى استخدام المصطلح الأخير كونه الاقرب للتعبير عن مضمونه، والأكثر إتساقاً مع مفردات اللغة العربية، فهو من اشتقاقات الفعل "عَلِمَ" و"عَلِمَ بالشيء عَلِمًا أي عرفه، ويقصد بكلمة "علم" ادراك الشيء بحقيقته. (1)

ولفظة المعلوماتية هي "Informatique" وتشير إلى إختصار اللفظتين الفرنسيتين "Information" وتعني معلومات، و "Automatique" وتعني ذاتياً، ويعود هذا المصطلح الى الفقيه "فيليب داريفوس" وقصد به العلم الذي يرتبط بعلم الحاسوب "Computer Science" والمعلومات "Information" والاتصالات "Telecommunication" (2)

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1982، ص452.

(2) د. آزر ناجي الحساني، المعلوماتية والبيروقراطية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة النهرين، العراق، 2006، ص3

لا ينكر الفقه صعوبة إيراد تعريف مانع للجريمة المعلوماتية يتلاءم مع طبيعتها بالرغم من الجهود التي تبذل بهذا الشأن، حتى قيل انها تقاوم التعريف⁽¹⁾، فاختلف الفقه في تعريفها، وذهب بصدد ذلك مذاهب شتى نظراً لتباين المعايير التي يُستند اليها كأساس لما قيل بشأنها من تعاريف، والتي يمكن ايجاز الحديث عنها بالآتي:

11- مكرر(اولا)- معيار الوسيلة التي يتم استخدامها في الجريمة: يذهب اتجاه فقهي إلى تعريف الجريمة المعلوماتية انطلاقاً من وسيلة ارتكابها، حيث يشترط وجوب ارتكابها بواسطة الحاسوب، فيعرفها الفقيه "Merwe" بأنها الفعل غير المشروع الذي يتورط بارتكابه الحاسب الآلي⁽²⁾، وعرفها آخرون بأنها " كل الأفعال غير المشروعة التي يستخدم الحاسوب في ارتكابها"⁽³⁾ أو هي " جريمة

(1) د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، ط1، مكتبة الآلات الحديثة، اسبوط، 1992، ص29.

(2) Merwe (V.): Computer crimes and other crimes against information
Africa R I D P: technology in south

(3) الاستاذة أمال قارة، الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2002، ص18.

يستخدم الحاسب الآلي كوسيلة أو كأداة لارتكابها أو يمثل اغراءً بذلك، أو جريمة يكون الكمبيوتر نفسه ضحيتها⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه أغفل كثيراً من جرائم التقنية التي تكون مفردات الحاسب الآلي ذاته لا سيما المعنوية منها محلاً لهذه الجرائم⁽²⁾. كما أنه وسّع من نطاق هذه الجريمة لتشمل الاعتداء الذي يقع على المكونات المادية للحاسب الآلي، وهذا الاعتداء يخرج من نطاق الجريمة المعلوماتية، ويبقى في دائرة الجريمة التقليدية، وتعالجه النصوص القانونية التقليدية الخاصة به.

12- (ثانياً) المعيار الشخصي الذي يستند إلى المعرفة التقنية لدى مرتكب الجريمة: يرى اتجاه فقهي آخر بوجوب الاستناد إلى هذا المعيار في تعريف الجريمة المعلوماتية، إذ انها تستلزم الدراية الكافية لفاعل الجريمة بتقنية المعلومات، ومن هذا الاتجاه الفقيه "David Thompson" الذي عرّف هذه الجريمة بأنها: "

(1) د. محمد نصر محمد، الوسيط في الجرائم المعلوماتية، ط1، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص33.

(2) القاضي أسامة احمد المناعسة والقاضي جلال محمد الزعبي، جرائم تقنية نظم المعلومات الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص69.

أية جريمة يكون متطلباً لارتكابها أن تتوافر لدى فاعلها معرفة بتقنية الحاسوب"،⁽¹⁾
وعُرفت أيضاً بأنها: " كل فعل غير مشروع يكون العلم بتكنولوجيا الحاسبات الآلية
بقدر كبير لازماً لارتكابه من ناحية، ولملاحقته وتحقيقه من ناحية أخرى"⁽²⁾.

وطبقاً لهذا المعيار فإن ارتكاب الجريمة المعلوماتية يتطلب مهارة بمعرفة
تقنيات الحاسوب، وإذا كان الباحثون لا يعترضون على أن المعرفة الفنية في علم
الحاسوب من سمات المجرم المعلوماتي، إلا أنهم يؤيدون بعض الفقه⁽³⁾ بأنها لا تعد
شرطاً لازماً للجريمة المعلوماتية كما في حالة الاشتراك الجرمي التي يتشاطر الأدوار
فيها الفاعل والشريك والمتدخل والمحرّض، فقد تتوفر التقنية العالية لدى بعضهم
دون البعض الآخر، وحالة إتلاف البيانات المخزنة في نظام الحاسب الآلي لا تستلزم

computer ، Current trends in computer crime،David Thompson (1)
Vol; 9; no; 1991. p.2.،control quarterly

vell. P. 516.، C. L. J. 1979، Taber (J.K.): on computer crime (2)

(3) د. عبد الاله النوايسة، جرائم تكنولوجيا المعلومات، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2017،
ص44.

قدراً عالياً من المعرفة التقنية أيضاً⁽¹⁾، مما يمكن معه القول بعدم الركون الى هذا المعيار لعدم استناده الى أساس علمي سليم.

13- (ثالثاً) المعيار الموضوعي الذي يستند إلى محل الجريمة: استند اتجاه

فقهي الى هذا المعيار بصدد تعريفه للجريمة المعلوماتية، ويرى وجوب أن يكون الحاسب أو نظامه محل هذه الجريمة، ومنهم الفقيه "Rosenblat" الذي عرّف هذه الجريمة بأنها " نشاط غير مشروع موجه لنسخ أو تغيير أو حذف أو الوصول الى المعلومات المخزنة داخل الحاسب أو تغييرها أو حذفها أو التي تحول عن طريقه"⁽²⁾ كما عرفت أيضاً بأنها " كل سلوك إجرامي يتم في محيط الحاسبات الآلية"⁽³⁾.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، إذ يؤخذ عليه أنه وسّع من نطاق هذه الجريمة، إذ عدّ النشاط غير مشروع كلما كان الحاسب الآلي متصلاً فيه بوصفه

(1) د. عادل يحيى، السياسة الجنائية، في مواجهة الجريمة المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص47.

(2) د. يونس عرب، دليل أمن المعلومات والخصوصية، ج1، جرائم الكمبيوتر والانترنت. منشورات اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2002، ص213.

(3) C. I. J. Roden (A) computer crime and the law (3) vol. 15، 1991، p. 339.

محلاً للجريمة، دون أن يتم تحديد اوجه النشاط تلك بصورة دقيقة⁽¹⁾، الأمر الذي يؤدي الى اعتبار بعض صور النشاط جرائم حاسوب، مع انها في واقع الحال ليست كذلك، كسرقة جهاز الحاسب نفسه او بعض مكوناته المادية التي لا يمكن اعتبارها جريمة معلوماتية.

وازاء الانتقادات التي أُشير بها إلى تعاريف الجريمة المعلوماتية، ولتفادي أوجه القصور فيها ما أمكن، اذ أن التعاريف التي تقدّم ذكرها وتستند الى معيار واحد، يشوبها القصور عن الاحاطة بجميع صور هذه الجريمة، فيمكن تعريف الجريمة المعلوماتية بأنها كل فعل غير مشروع سواء كان ايجابياً أم سلبياً يمكن ارتكابه بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية، أو على مكوناته المعنوية.

المطلب الثاني

خصائص الجريمة المعلوماتية وسمات مرتكبها

14- تقسيم: ينقسم هذا المطلب إلى فرعين: خصائص الجريمة المعلوماتية)

الفرع الأول)، وسمات المجرم المعلوماتي (الفرع الثاني).

(1) د. عبد الاله النوايسة، المرجع السابق، ص 43

الفرع الاول

خصائص الجريمة المعلوماتية.

15- الخصائص التي تنفرد بها الجريمة المعلوماتية: تنفرد الجريمة المعلوماتية عن غيرها من الجرائم التقليدية بعدة خصائص تتجلى في عدة نواحٍ: فمن ناحية ترتبط هذه الجريمة في وجودها بوجود نظام الحاسب الآلي، إذ من غير المتصور ارتكابها بمعزل عنه⁽¹⁾، إلا ان هذا الارتباط ليس لازمة ضرورية دائماً كما لو اتخذ محل السرقة جهاز الحاسب الآلي نفسه أو أحد مكوناته المادية، حيث يتم توصيفها بأنها جريمة تقليدية على الرغم من ارتباط نظام الحاسب الآلي بها؛ وهي من ناحية أخرى تعد من الجرائم العالمية أي ذات طبيعة متعدية الحدود، إذ لا تعترف بالحدود الجغرافية الدولية،⁽²⁾ مما يعني ان أماكن متعددة في العالم تتأثر بها في

(1) E. Schlanitz: La cooperation policiere international. 'H. feraud (1) p.477.، 1974، R.I.D.P

(2) د. محمد عبدالله العوا، جرائم الاموال عبر الانترنت، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الإسكندرية، دار الفتاح، الاسكندرية، 2013، ص24.

آن واحد⁽¹⁾، وهي بهذه الخاصية تلتقي مع جرائم تقليدية عابرة للدول كالمخدرات والاتجار بالبشر، إلا ان ما يميزها عن هذه الجرائم ان مرتكبها لا يبرح مكانه أمام شاشة الحاسوب، أما تلك فهي تستلزم النشاط والحركة.⁽²⁾

وطابع العالمية لهذه الجريمة يثير بعض الاشكاليات القانونية كتحديد القانون الواجب التطبيق، وانعقاد الاختصاص القضائي، ومدى قدرة التشريعات الوطنية في مختلف الدول على مواجهة الجريمة المعلوماتية لا سيما الدول التي لم تسن بعد تشريعات خاصة لمكافحة هذا النوع المستحدث من الجرائم، بالإضافة لما يتعلق بصعوبة جمع وقبول الأدلة المستخلصة من نظام الحاسب الآلي.⁽³⁾

والى جانب ذلك؛ فان الجريمة المعلوماتية تتميز بخاصية اسلوب ارتكابها؛ أذ أنها من الجرائم الناعمة التي لا تحتاج إلى استخدام العنف او الى مجهود عضلي، او الاصطدام مع قوات الأمن، فهي ترتكب عن بعد وفي الخفاء، وخلال فترة

(1) د. عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص49.

(2) د. عادل يحيى، المرجع السابق، ص57.

(3) د. حسين محمد الغول جرائم شبكة الانترنت، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، لبنان، 2017، ص70.

زمنية وجيزة⁽¹⁾، مما يشكل عامل إغراء للكثيرين من الجناة لارتكابها باستخدام وسائل التقنية المعلوماتية لا سيما الجرائم الواقعة على الأموال، مما يسفر عن خسائر مادية في كثير من الأحيان، فالقطاع المالي هو الأكثر استهدافاً لها وعلى وجه التحديد البنوك وشركات التأمين.

ومن ناحية اخرى فان الجريمة المعلوماتية يصعب اكتشافها في كثير من الحالات، نظراً لطابعها التقني، ولسهولة تنفيذها وتدمير دليل الادانة بكل يسر⁽²⁾، فهي تتم في بيئة الحاسوب والانترنت حيث تكون البيانات والمعلومات عبارة عن نبضات الكترونية غير مرئية تناسب عبر النظام المعلوماتي، مما يسهل طمس الدليل ومحوه كلياً في أقل من الثانية الواحدة⁽³⁾، مما يؤدي إلى صعوبة اثباتها فيصعب الوصول إلى الجاني، فضلاً عن اعتماد الخداع في ارتكابها⁽⁴⁾، وحاجة

cyber Law (what ، Charles morgan، sunny handa، David Johnston(1)
، 1997،you need to know doing business on line) stoddart publishin co
p.13.

Australian ، Cybercrime Inquiry، David Ronfeldt،John Arquilla(2)
p16، 2007،Bankers Associa-ion Submisson

(3) د. محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2004،
ص166.

(4) د. عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص54.

اثباتها إلى خبرة فنية قد يتعذر على الشرطة وجهات الادعاء العام والقضاء التعامل معها، وقد أكدت دراسة ميدانية حول المعوقات الادارية في التعامل الأمني مع جرائم الحاسب الآلي، بلغت عينتها 302 من العاملين بجهاز الأمن العام في الرياض، أن أهم تلك المعوقات نقص المعرفة بالحاسب الآلي، إذ بلغ المتوسط 4،61 %، ونقص مهارات التعامل مع الانترنت بنسبة 4،39%⁽¹⁾، مما يستدعي تدريب وتأهيل القائمين على تنفيذ القانون من شرطة ونيابة وقضاء، وهذا ما أوصى به المؤتمر الدولي للتحقيق الجنائي الذي عقد في أمستردام سنة 1999.

الفرع الثاني

سمات المجرم المعلوماتي

16- السمات الخاصة بالمجرم المعلوماتي: ان ارتباط الجريمة المعلوماتية بنظام الحاسب الآلي كان له أثر في تميّز مرتكبها عن غيره من المجرمين التقليديين بسمات خاصة، فهو من جهة وكقاعدة عامة يتمتع بقدر عال من المهارة الفنية لتنفيذ جريمته؛ وهذا ما ذهب اليه القضاء الأمريكي في وصفه لأحد المجرمين

(1) د. تركي بن عبد الرحمن المويشير، بناء نموذج أمني لمكافحة الجرائم المعلوماتية وقياس فاعليته، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2012، ص32.

المتهمين بجريمة معلوماتية بأنه يمتلك مهارة غير عادية في كيفية عمل الحاسبات الآلية، وكيفية تخزين البيانات والتحكم في النظام الأمني لهذه الحاسبات⁽¹⁾، ويرى بعض الفقه⁽²⁾ ان هذه المهارة ليست على مستوى واحد لدى كافة الجرائم المعلوماتية، فثمة حالات لا تستلزم مهارة عالية في مجال تكنولوجيا المعلومات لتنفيذ الجريمة، كالحالة التي يكون فيها نظام الحاسب شائع الاستخدام لدى كافة واستخدامه لا يتطلب مثل هذه المهارة، وكما في حالة الاشتراك الجرمي في الجريمة المعلوماتية.

ويتسم المجرم المعلوماتي بذكاء غير عادي، وذلك لما تتطلبه الجريمة المعلوماتية من مقدرة عقلية عالية لكيفية الدخول الى نظام الحاسب الآلي والقدرة على تعديل وتغيير البرامج بغية ارتكاب الجريمة، كما تتجلى أهمية ذكائه في عدم استخدامه العنف، ولذلك فهو يحقق أهدافه بهدوء، فالإجرام المعلوماتي هو اجرام

(1) 98f.3f502 (9th. Cir.v. petersen، USA (1996).

(2) د. عادل يحيى، المرجع السابق، ص59؛ د. عبد الاله النوايسة، المرجع السابق، ص85، د. نانلة عادل قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، دراسة نظرية وتطبيقية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص52،

الانكفاء مقارنة بالإجرام التقليدي الذي يميل الى القوة والعنف ويحتاج لمجهود عضلي.(1)

كما يتسم المجرم المعلوماتي بقدرته على التكيف في وسطه الاجتماعي؛ فلا يضع نفسه في موقف المواجهة مع أفراد مجتمعه، وينأى بنفسه عن مواطن الشبهات خشية اكتشاف جريمته، وافتضاح أمره، بالرغم من ان هذه الخشية تلازم كافة الجناة على اختلافهم، إلا إنها تميز المجرم المعلوماتي عن غيره لما قد يترتب على ذلك من ارتباك مالي، لا سيّما وأنه قد يكون من العاملين في المؤسسات الاقتصادية والمالية، فيكون شديد الحرص على عدم الافصاح عن هويته أو مكان تواجده، للتقليل ما أمكن من اكتشاف جريمته، وإذا ما تم اكتشافها فإنها تصطدم بعقبات تزيد من صعوبة اثباتها.(2)

ويضاف لما سبق ان الدافع لدى المجرم المعلوماتي على ارتكاب جريمته وان كان في الغالب يتمثل في تحقيق مكاسب مالية غير مشروعة، إلا انه وفي كثير

(1) د. سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص34

(2) د. محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص23.

من الحالات يتخذ صورة الرغبة في قهر النظام المعلوماتي، وتجاوز الحماية المفروضة عليه لإظهار البراعة التقنية⁽¹⁾، كما قد يتخذ الدافع لديه صورة الانتقام من رب العمل لسبب أو لآخر، وفي مثل هذه الحالات لا ينظر المجرم المعلوماتي الى سلوكه على انه يتصف بعدم الاخلاقية أو المشروعية، وإنما يبزر مشروعية ما يقوم به، وهو بهذا يقترب من اجرام ذوي الياقات البيضاء، إلا ان هذا لا ينفي وجود مجرمين يرتكبون الجرائم المعلوماتية عن علم وادراك بعدم مشروعية واخلاقية أفعالهم وخطورتها⁽²⁾.

والمجرم المعلوماتي قد يكون شخصاً طبيعياً، كما قد يكون شخصاً معنوياً كما في حالة قيام شركة أو مؤسسة بسرقة بيانات معلوماتية، مع ان التشريعات الجزائية اختلفت في مدى اقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وحسم بعضها ذلك بنصوص صريحة كالتشريع الاردني⁽³⁾.

(1) Cyber stalking: the regulation of ، (Y.) L.Ellison، Akdeniz (1)

144، P، 1998،harassment on the Jistive and In- ternet

(2) د. تركي بن عبدالرحمن المويشير، المرجع السابق، ص39.

(3) المادة " 2/74 " من قانون العقوبات الاردني.

المطلب الثالث

محل الحماية الجزائية في الجريمة المعلوماتية

17- تمهيد وتقسيم: ان محل الحماية الجزائية في الجريمة المعلوماتية يتمثل في المعلومات التي اكتسبت أهمية كبيرة تفوق ما كانت عليه من قبل، لا سيما بظهور تكنولوجيا الحاسبات والانترنت، فأضحت ركيزة أساسية في تقدم المجتمع وتطوره في شتى المجالات، ولذلك سوف نعرض لمفهومها (الفرع الأول)، ومن ثم نبحث في الشروط التي ينبغي توفرها في المعلومة حتى تتمتع بالحماية الجزائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم المعلومات

18- التعريف التشريعي للمعلومات: عمدت بعض التشريعات المقارنة إلى ايراد تعريف للمعلومات في صلب قوانينها، ومن هذا القبيل التشريع السوداني اذ عرفها في قانون جرائم المعلوماتية لسنة 2007 بقوله: "البيانات او المعلومات، يقصد بها الأرقام والحروف والرموز وكل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده وانتاجه ونقله

بالحاسوب أو أي وسائط إلكترونية أخرى⁽¹⁾، وعرفها التشريع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية لسنة 2012 بالقول: "المعلومات، البيانات والنصوص والصور والأشكال والاصوات والرموز وما شابه ذلك التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تعالج أو ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية"⁽²⁾، كما عرفها التشريع السعودي في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية لسنة 2007 في معرض تعريفه للبيانات بأنها: "المعلومات أو الأوامر أو الرسائل أو الاصوات أو الصور التي تعد أو التي سبق اعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي أو شبكات الحاسب الآلي وتقوم بأداء الوظيفة المطلوبة"⁽³⁾، أما التشريع الأردني فقد عرفها في قانون الجرائم الإلكترونية لسنة 2015 بأنها: البيانات التي تمت معالجتها وأصبح لها دلالة"⁽⁴⁾.

ويلاحظ من منطوق النصوص القانونية المتقدمة استخدامها لمصطلحي "البيانات" و "المعلومات" كمترادفين دون تفرقة بينهما، وانها اعتبرت المعلومة ذات

(1) انظر المادة "3" من القانون المشار إليه.

(2) انظر المادة "3/1" من القانون المشار إليه.

(3) انظر المادة "4/1" من القانون المشار إليه أعلاه.

(4) انظر المادة "2" من القانون أعلاه.

أهمية وتأثير لكافة مجالات الحياة في العصر الحالي، وأن ارتباطها بالتكنولوجيا
أضاف إليها بعداً جديداً في الأهمية⁽¹⁾.

19- الموقف الفقهي من تعريف المعلومات: بذل الفقه محاولات عديدة لإيراد
تعريف جامع مانع للمعلومة؛ فعرّفها اتجاه منهم⁽²⁾ بأنها: مجموعة من الأفكار تمثل
تعبيراً يأخذ شكل رسالة يمكن للغير أن يدركها على صورة من الصور سواء عن
طريق نقلها أم حفظها أم معالجتها؛ وعرّفها اتجاه آخر⁽³⁾ بأنها: رسالة يعبر عنها
في شكل يجعلها قابلة للنقل أو الإبلاغ للغير؛ أي أنها بيانات عولجت بطريقة
حسابية صحيحة ليتم تحويلها بواسطة الحاسب الآلي إلى معلومات يكون لها تأثير
في مصالح الافراد والجماعات⁽⁴⁾، ولذلك تختلف المعلومات عن البيانات في أن
الأخيرة عبارة عن مجموعة من الحقائق والمعطيات المعبر عنها بالأرقام والحروف

Informatique Et Droit: Vers Une , Etienne Montero, Axel Lefebvre (1)
faculties universitaires Notre – Dame, Subversion De L'ordre Juridique
p9, 1999, Bruy Lant Bruxelles, de La paix de Namur

(2) د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، ط1، الدار الجامعية،
بيروت، 1995، ص83.

D. E bauche d'une théorie juridique de La information, (p.), Catala (3)
p. 97, 1984

(4) د. محمود أحمد القرعان، الجرائم الالكترونية، ط1، دار وائل، عمان، 2017، ص19.

التي تعبر عن فكرة أو موضوع معين يتم تحويلها بواسطة الحاسوب لغرض استخراج المعلومات لتتم معالجتها مرة أخرى للحصول على المعلومة الاضافية؛ أما المعلومة فهي المعنى المستخلص من البيانات التي تمت معالجتها آلياً وتنظيمها بشكل يمكن فهمها وقراءتها والاستفادة منها⁽¹⁾، ولذلك فإن تاريخ ميلاد الشخص او حالته الاجتماعية مثلاً تعد بيانات، ولكن حين يتم تدوينها في استمارة فقد أصبحت معلومات؛ لأنها تنبئ عن حالة الشخص، وتأسيساً على ذلك فالبيانات هي المدخلات او المعطيات الأولية التي تتعلق بقطاع او نشاط معين، أما المعلومات فإنها ناتج تشغيل البيانات وقد تم تنظيمها ومعالجتها بطريقة تسمح باستخلاص النتائج⁽²⁾، ولهذا يقال عن أنظمة الحاسب الآلي أنها نظم معلومات وليست نظم بيانات.

ويذهب اتجاه فقهي⁽³⁾ إلى ان التفرقة بين المعلومات والبيانات أمر يخلو من الفائدة من الناحية القانونية؛ فالقانون يسبغ الحماية الجزائية وفق قواعده

(1) د. حسين محمد الغول، المرجع السابق، ص125.

(2) د. هشام محمد فريد رستم، المرجع السابق، ص27.

(3) د. شوان عمر خضر، الحماية الجزائية للمال المعلوماتي/ دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص32.

القانونية على البيانات المدخلة إلى الحاسب الآلي أو تلك التي تمت معالجتها "المعلومات" دون تفرقة متى وقع الاعتداء عليها، ويؤيد الباحثون هذا الرأي الأخير بعدم التفرقة بين المعلومات والبيانات، فكلاهما موضع عناية المشرع بالحماية بصرف النظر عن التسمية.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توفرها في المعلومة محل الحماية الجزائية

20- تحديدها: بما أن العديد من الفقهاء يطلق على المعلومة وصف المال لما لها من قيمة اقتصادية على نحو ما سنرى لاحقاً، وغدت محلاً للاعتداء عليها، مما يتعين توفير الحماية الجزائية لها، ولكي تتمتع المعلومة بهذه الحماية يجب ان يتوفر فيها الشروط الآتية:

21- مكرر- الشرط الأول- يجب ان يتوفر في المعلومة السرية والخصوصية:

يقصد بسرية المعلومة حصر حركة الرسالة التي تحمل المعلومة بمجموعة محددة من الأشخاص، فهي صفة لازمة للمعلومة محل الحماية الجزائية، وهي تكتسب هذا

الوصف لصعوبة الوصول إليها بسهولة، بالنظر إلى طبيعتها، أو بالنظر إلى ارادة الشخص، فهي تتسم بطابع شخصي اذ من غير المرغوب فيه إطلاع الغير عليها كأن تتعلق بطبيعة العمل أو الدخل أو الحالة الاجتماعية، أو بالنظر إلى الأمرين معاً كما في حالة الرقم السري "pass word"⁽¹⁾.

فالطابع السري للمعلومة له أهميته بحصر حركة الرسالة في دائرة ضيقة ومحددة، اذ لولا هذا الحصر لا يمكن تصور قيام الجرائم المتعلقة بالسرقة واساءة الائتمان والاحتيال، لأن المعلومة غير السرية لا تعدو ان تكون معلومة عامة قابلة للتداول وبمناى عن أي حيازة ومن ثم لا تحظى بالحماية الجزائية كالمعلومة المتعلقة بحالة الجو في وقت معين، او تلك التي تتعلق بالفيضانات والزلازل والكوارث الطبيعية⁽²⁾، فهي قابلة للتداول بين الأشخاص بحرية وسهولة مما لا

(1) د. عبد العال الديربي والاستاذ محمد صادق اسماعيل، الجرائم الالكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص45.

(2) د. عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص85.

يكسبها وصف السريّة، ومن ثم لا يمكن اعتبارها من قبيل المعلومات بمعناها الحقيقي لأنه من غير المتصور ان يقع عليها اعتداء⁽¹⁾.

22- الشرط الثاني- ينبغي أن يتوفر في المعلومة التحديد والابتكار: ويراد بتحديد المعلومة حصرها في إطار معيّن، بوصفها رسالة مخصّصة للتبليغ، ولكي تكون كذلك فيجب أن تكون محدّدة تحديداً دقيقاً لا سيّما في مجال الاعتداء على الأموال، اذ يتعيّن ان يكون محل الاعتداء محدداً، فالمعلومة التي تفتقر إلى صفة التحديد لا يمكن اعتبارها معلومة حقيقية⁽²⁾، وقد أشار لهذا المعنى الفقيه "Catala" بقوله كما تقدّم بصدد تعريفه للمعلومة بأنها: تعبير وصياغة محدّدة تجعل رسالة قابلة للتبليغ والتبادل عن طريق علامات أو إشارات مختارة⁽³⁾.

وفيما يتعلق بالابتكار فينبغي ان تكون المعلومة غير شائعة، وان تنصب هذه الصفة على الرسالة التي تحملها المعلومة، مما يجعل الوصول إليها صعباً من

(1) د. رشدي محمد عيد، الحماية الجنائية الموضوعية للمعلومات عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص27.

(2) د. عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص84.

(3) op. cit. p. 267. (p.) catala

قبل الغير، فمعلومة غير مبتكرة هي شائعة ومتاحة للجميع ولا يمكن نسبتها إلى شخص معين، وبالتالي لا تتمتع بأي حماية قانونية⁽¹⁾.

23- الشرط الثالث - تكاملية وسلامة محتوى المعلومة: يجب أن تكون المعلومة محل الحماية الجزائية صحيحة وموجودة وذات قيمة، إذ ان قيمة المعلومة غير المفصح عنها ترتبط بسريتها، وتدور وجوداً وعدمياً من حيث الارتفاع والانخفاض بزيادة او قلة عدد من يعرفونها، ومع سهولة أو صعوبة الوصول إليها، فكلما كان من الصعوبة حصول الغير على المعلومة بطرقه المشروعة كلما زادت قيمتها⁽²⁾.

ويرى بعض الفقه⁽³⁾ ان المعلومة بحد ذاتها قد لا تعتبر مالاّ إلا بإضافة معلومة اخرى إليها لتكونا معاً معلومة جديدة تختلف في قيمتها وفي مدى الحماية المقررة لها عما كانت عليه قبل الدمج أو الاضافة، فمثلاً رقم حساب العميل في البنك يعد معلومة هامة، إلا انها تحتاج إلى معلومة أخرى لتدمج معها كاسم البنك

(1) Internet et protection des ، Marie – pierre fenol-Gerard Hass

p.6، 2000، Litec،Donnees personnelles

(2) د. حسين محمد الغول، المرجع السابق، ص132.

(3) د. محمد عبدالله العوا، المرجع السابق، ص73.

واسم العميل ومقدار الرصيد، وفي هذه الحالة فإن أهمية هذه المعلومة الجديدة بعد الدمج في محتواها تتضاعف وتستلزم قدرأ أكبر من الحماية القانونية.

المبحث الثاني

سرقة المال المعلوماتي

24- تمهيد وتقسيم: ان الاعتداء على المال المعلوماتي يثير إشكاليات قانونية، فيما اذا كان لا يشكل جريمة اصلاً، أم انه يشكل جريمة سرقة وبالتالي يحظى هذا المال بالحماية الجزائية وفق نصوص التجريم التقليدية الخاصة بجريمة السرقة، أم أنه يحتاج إلى نصوص جزائية خاصة لحمايته، وبيان ذلك يستلزم وبما تسمح به حدود هذه الدراسة الاحاطة بماهية المال المعلوماتي (المطلب الأول)، ومن ثم البحث في مدى إمكانية تطبيق نصوص التجريم التقليدية الخاصة بالسرقة على الاعتداء الذي يقع على هذا المال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية المال المعلوماتي

25- تقسيم: تقتضي دراسة ماهية المال المعلوماتي أن نلقي نظرة عجلية على

مفهومه (الفرع الأول)، ثم نعقب ذلك ببيان طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم المال المعلوماتي

26- مدلول المال: درجت التشريعات الجزائية على عدم إيرادها تعريفاً للمال،

واكتفى بعضها بالإشارة إليه بالمال المنقول⁽¹⁾، في حين أشار إليه بعضها الآخر⁽²⁾

بوصفه شيء، وبالرجوع للقانون المدني للاستئناس بأحكامه حول مدلول المال

نجده قد عرّفه بأنه: "كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل"⁽³⁾، و "كل شيء

(1) من قبيل هذه التشريعات: الأردني "م/399" عقوبات، المصري "م/311" عقوبات، العراقي "م/439" عقوبات، السوري "م/621" عقوبات.

(2) وهذا مسلك التشريع الفرنسي "م/379" عقوبات المعدلة بالمادة "2+1/311" من قانون العقوبات.

(3) انظر المادة "53" من القانون المدني الأردني.

يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية⁽¹⁾، أما قانون العقوبات فإنه يوسع من إطار الحماية للمال، ويسبغ على الأشياء وصف المال متى أمكن تملكها وكانت ذات قيمة بصرف النظر عن حيازتها فيما إذا كانت مشروعة أم لا؛ لأن ملكية هذا المال ولو كانت غير مشروعة لا تزول عن حائزها إلا بقرار من المحكمة الجزائية ذات الاختصاص.

والمال صفة يسبغها القانون على كل شيء يصلح أن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية؛ وإذا خُلع على الشيء هذه الصفة أصبح مقوماً؛ أي ذا قيمة قابلة لأن تقدر بمبلغ من النقود؛ كما أن المال في نظر القانون ليس نقوداً أو شيئاً له قيمة مالية فحسب، وإنما يشمل كل ما يشبع حاجة الفرد أو جماعة ولو كانت معنوية⁽²⁾، وبهذا يتضح أن فكرة المال المنقول المعنوي "المال المعلوماتي" قد وجدت سبيلاً لها في القانونين المدني والجزائي، مما يمكن معه القول ان ذلك مهّد الطريق لاعتبار الكيانات المعنوية كالبيانات والمعلومات مالاً يستحق الحماية الجزائية.

(1) انظر المادة "54" من القانون نفسه.

(2) د. محمد عبدالله العوا، المرجع السابق، ص 64.

27- تعريف المال المعلوماتي: يُعرّف المال المعلوماتي بأنه: الحاسوب⁽¹⁾ أو الكمبيوتر بما يحويه من مكونات مادية، كأجهزته المختلفة والتي تشمل جهاز الادخال والاخراج ووحدات التشغيل المركزية، وبما يحويه أيضاً من مكونات معنوية التي تضم برامجه المختلفة، والمعلومات المعالجة أو المطلوب معالجتها⁽²⁾، كما عُرف الحاسوب بأنه: عبارة عن جهاز الكتروني يتكون من مجموعة أجهزة أو وحدات تعمل مع بعضها بصورة متكاملة بهدف تشغيل مجموعة البيانات الداخلة وفقاً لبرنامج محدد تم وضعه مسبقاً لغاية الحصول على نتائج معينة⁽³⁾.

(1) يشار إلى أن تسمية هذا الجهاز الالكتروني بالحاسوب هي الشائعة في المؤلفات ذات العلاقة، كما انها التسمية التي اعتمدها مجمع اللغة العربية الأردني لدى تعريفه كلمة "computer" إلى الحاسوب، وكذلك استخدمت هذه التسمية المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس في اشارتها إلى النظام الآلي بوصفها التسمية المقبولة، للمزيد انظر: د. محمد حماد الهيبي، الجريمة المعلوماتية، نماذج من تطبيقاتها / دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2014، ص 24 وما بعدها.

(2) د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونياً، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، الذي عقد في كلية الشريعة والقانون/ جامعة الامارات العربية المتحدة، في الفترة ما بين 1-3 مايو، 2000، المجلد 2، ط3، 2004، ص 559.

(3) د. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 6.

ويتضح مما تقدم أن المال المعلوماتي يقصد به الحاسوب بما يحويه من العناصر المادية المرئية والملموسة والتي ترد إلى ثلاث وحدات رئيسية هي: وحدات الإدخال، المعالجة، والإخراج، بالإضافة لما يحويه الحاسوب من العناصر المعنوية غير الملموسة وإن كان في الواقع يمكن رؤيتها لدى ظهورها على شاشة الجهاز، وهي تتضمن البيانات والمعلومات والبرامج.

28- خصائص المال المعلوماتي: مما سلف بيانه يتضح أن المال المعلوماتي ينقسم إلى قسمين: أولهما المال المعلوماتي المادي المتمثل بالجانب المادي للحاسوب، وثانيهما المال المعلوماتي المعنوي الذي يتمثل بجانبه المعنوي، ولكل منهما جملة من الخصائص تميزه بها، فالقسم الأول باعتباره يتضمن الكيان المادي للحاسوب والذي يتألف من مجموعة الأجهزة والوحدات المادية التي يمكن رؤيتها ولمسها يتميز بذات الخصائص التي يتميز بها المال المادي المنقول، مما يسبغ عليه وصف هذا المال، ويدخل في طائفتها، إذ أنه بحكم قابليته للانتقال ونقله من مكان لآخر دون تلف يُعدّ من الاموال المادية المنقولة، هذا إلى جانب قابليته للتملك والاستئثار لإمكانية حيازته، باعتباره ذا قيمة مادية يمكن تقويمها بالمال، ومن ثم إمكانية مباشرة جميع سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف عليه ممن يملكه.

أما الخصائص التي تميز المال المعلوماتي المعنوي فيتجلى أولها في أنه ذو كيان معنوي غير ملموس، فالبيانات والمعلومات التي يتكون منها المال المعلوماتي عبارة عن نبضات الكترونية داخل جهاز الحاسوب، وإن كان بالإمكان رؤيتها على شاشة الجهاز، إلا أنه يتعذر لمسها كما هو الحال في المال المادي المنقول؛ ويتمثل ثانيها في أن المال المعلوماتي المعنوي بما يشمله من برامج ومعلومات يعد من القيم الاقتصادية المستحدثة التي تفوق قيمتها في كثير من الأحيان قيمة المال المادي المنقول وفق الاتجاه الغالب في الفقه، وإن كان هناك خلافاً فقهيّاً لم تنته فصوله بعد حول قابلية هذا المال المعنوي للحيازة والتملك وسنأتي على تفصيل ذلك لاحقاً بعون الله تعالى.

أما ثالث هذه الخصائص فيتمثل في قابلية المعلومات والبرامج التي يتألف منها المال المعلوماتي إلى النسخ بأعداد غير محدودة، وبأقل التكاليف لغايات البيع أو الاستخدامات أخرى، دون أن يفقد قيمته أو صلاحيته للاستعمال مهما طال الزمن على حفظه في الحاسوب أو وسائط مادية أخرى كالأسطوانات والدعامات التي تحرر

بها، ولذلك أصبحت المعلومات تجارة رائجة اذ تمثل "8%" من قيمة التجارة الدولية العالمية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي

29- تمهيد: ان الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي تثير اشكاليات أساسية فيما يتعلق بتحديد الجريمة الواقعة عليه، لا سيما وان الاعتداء على المال المعلوماتي من أكثر الجرائم انتشاراً في إطار الجريمة المعلوماتية⁽²⁾؛ وذلك لأن

(1) د. اسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الانترنت بين الشريعة والقانون، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت الذي عقد في كلية الشريعة والقانون/ جامعة الامارات العربية المتحدة، في الفترة ما بين 1-3 مايو، 2000، مجلد 3، ط3، 2004، ص971.

(2) تشير الاحصاءات الخاصة بالجريمة المعلوماتية في الولايات المتحدة ان حجم الخسائر المادية الناجمة عنها بلغ "500" مليون دولار امريكي، وان متوسط الخسارة الناجمة عن الجريمة المعلوماتية بلغ "500000" دولار امريكي في حين بلغ متوسط الخسارة في السرقة العادية حوالي "2500" أي ان متوسط الخسارة في الجريمة المعلوماتية أكثر بـ "150" مرة عنه في جرائم السرقة العادية، كما أشارت الاحصاءات إلى ان الخسائر المادية التي لحقت بالمؤسسات الاقتصادية في بريطانيا سنة 1990 الناجمة عن الجريمة المعلوماتية تقدر بنحو "400" مليون جنيه استرليني، وكشفت احدى الدراسات أنه في بريطانيا لوحدها تقع جريمة معلوماتية كل عشر ثوانٍ. أشار إليها: د. عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص45.

مكونات هذا المال من المعلومات والبيانات تشكل محور ارتكازها؛ ويات البحث في طبيعته القانونية بإسباغ الوصف القانوني على هذا المال ضرورة ملحة، وتحديد مدى إمكانية حمايته من مخاطر الاعتداء عليه وفق النصوص القانونية المقررة لذلك، وسوف نبحث في الطبيعة القانونية لنوعي هذا المال المادي والمعنوي على النحو الآتي:

30- الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي المادي: تقدم ان المال المعلوماتي بشقه المادي يتألف من جهاز الحاسوب ومرفقاته المادية سواء أكانت وسائل ادخال أم معالجة أم اخراج، وهذه ذات طبيعة مادية، وتنتمي إلى عالم المحسوسات بما تتقبله من سلطات مادية تنطوي عليها الملكية والحيازة، اذ تعتبر مالا قابلاً للانتقال والتملك، وهذا ينطبق على الأشياء المعنوية كالأفكار والآراء والمخترعات اذا تم تجسيدها في دعائم مادية، حيث تصبح عندئذ مالا⁽¹⁾ وبالتالي فإن التكيف القانوني

، Droit penal، Traité de droit criminal، Roger Merle et Andér vertu (1)
p.1801، 1982، paris، Tome zédition cujas،special

لفعل السرقة الذي يقع على هذا المال لا يثير مشكلة في إخضاعه للنصوص التقليدية لقانون العقوبات الخاصة بالسرقة، وعلى هذا يجمع الفقه الجزائري⁽¹⁾.

31- الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي المعنوي: يثور الخلاف الفقهي بصدد المكونات المعنوية للحاسوب بما تمثله من برامج تشتمل على حزمة من البيانات والمعلومات، فيما اذا كان يصدق عليها وصف المال؛ ومن ثم صلاحيتها لأن تكون محلاً لجريمة السرقة، والاجابة على ذلك تتنازعها وجهتا نظر احدهما تقليدية والاخرى حديثة.

وطبقاً لوجهة النظر الاولى التي يمثلها الاتجاه التقليدي فإن المكونات المعنوية للحاسوب لا تعد مالا بالمعنى المتبادل للمال⁽²⁾، لافتقارها إلى الطبيعة

(1) د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجزائية لبرامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص9؛ د. هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص75؛ د. نانلة عادل قورة، المرجع السابق، ص123، الاستاذة حنان ربحان المضحكي، الجرائم المعلوماتية/ دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص152.

(2) من هذا الاتجاه: د. عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي وابعادها الدولية، ط2، 1995، ص93، د. عبد الاله النوايسة، المرجع السابق، ص92،

وفي الفقه الاجنبي:

، puf، Léré edition، Le droit de Le L'informatique،Lucas (A.)

p.537.،1987

المادية المحسوسة، إذ ان غياب هذا الكيان المادي عنها لا يجعلها محلاً لحق مالي؛ لذلك يلزم استبعادها من طائفة الاموال ذات الطبيعة المادية التي يمكن ادراكها بالحواس والتملك وتكون قابلة للاستثمار بها، وهذا ما لا يتوفر للبيانات والمعلومات إلا عن طريق حق الملكية الادبية، او الذهنية أو الصناعية، وتحريزها في دعامة مادية، أما اذا تجردت من ذلك فلا تندرج حتماً في مجموعة القيم المحميّة.

أما وجهة النظر الاخرى والتي يمثلها الاتجاه الحديث⁽¹⁾ فينادي أنصارها بضرورة إسباغ صفة المال على مكونات الحاسوب المعنوية من بيانات ومعلومات منظوراً إليها بمعزل عن الدعامة المادية التي تتحرز بها كالأسطوانات والاقراص المادية وعدّها من القيم المادية المحميّة، ليس على أساس الطبيعة المادية لها،

(1) من أنصار هذا الاتجاه: د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص5؛ د. ايمن عبدالله فكري، جرائم نظم المعلومات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص535، د. محمد حسين الحمداني، جريمة سرقة المعلومات المعالجة آلياً، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد، 12، العدد، 47، السنة 2011، ص101، د. تركي بن عبد الرحمن المويشير، المرجع السابق، ص131.

وفي الفقه الاجنبي:

، j. c.p. 1984، a propos des biens informationnels، (M.)،vivant

p.267.، Op.cit، catala. (p.)،p313

وانما على أساس قيمتها الاقتصادية، اذ من المقبول ان يكون موضوع المال شيئاً معنوياً اذا كان له قيمة اقتصادية، وبالإضافة إلى ذلك فإن ما يدل على ان المعلومة تعتبر مالاً ان التشريعات الحديثة أقرت لصاحب المعلومة بالملكية الفكرية أو الذهنية لها وفق شروط محددة، ولو لم تكن المعلومات كذلك لما أقرت التشريعات بهذا الحق لصاحبها، هذا إلى جانب ما أوردته بعض التشريعات في النصوص القانونية المتعلقة بجريمة السرقة بأنها تقع على "شيء" كالمادة "379" من قانون العقوبات الفرنسي، اذ جاءت فيها لفظة "شيء" مطلقة لم تفرق بين الأشياء المادية وغير المادية، مما يمكن معه القول بوقوع السرقة على الأشياء المعنوية باعتبارها مالاً، وبالإضافة إلى ذلك فإن حيازة المعلومات ممكنة قياساً على امكانية حيازة حق الارتفاق والانتفاع بالرغم من كونهما من الأشياء غير المادية.

ويميل الباحثون إلى تأييد الرأي الفقهي الحديث الذي يضيف صفة المال على البيانات والمعلومات ذات الطبيعة المعنوية، نظراً لقيمتها الاقتصادية التي بلغت شأناً عظيماً في الوقت المعاصر، وتعاظمت الاعتداءات عليها في مختلف الدول، والقول بغير ذلك يجعلها بمعزل عن الحماية الجزائية مما يعرضها لمزيد من الاعتداءات، ويصيب التشريع بالجمود والقصور عن مواكبة التطور العلمي والتكنولوجيا الحديثة، وتأسيساً على ذلك يمكن القول ان البيانات والمعلومات التي

تمثل الجانب المعنوي للحاسب الآلي هي مال وان وصفت بأنها شيء غير مادي، مما يستلزم تجريم الاعتداء عليها بنصوص قانونية ذات فاعلية مؤكدة في تحقيق الردع الخاص والعام لحماية المال محل الاعتداء .

المطلب الثاني

مدى انطباق وصف جريمة السرقة على المال المعلوماتي

32- تمهيد وتقسيم: أدت الثورة التكنولوجية في العصر الحديث إلى ظهور المال المعلوماتي وتعاظمت أهميته مما جعله محلاً للاعتداء عليه بالسرقة، الأمر الذي يستلزم حمايته منها، فهل يتم ذلك وفق النصوص التقليدية الجزائية لاستيعابها هذا النوع المستحدث من الاموال، أم أن الأمر يستوجب تدخلاً تشريعياً لإسباغ الحماية الجزائية لها، وللوقوف على حقيقة ذلك لا بد من البحث في أركان جريمة السرقة وتطبيقها على المال المعلوماتي، والمتمثلة في موضوع السرقة (الفرع الأول)، وركنها المادي (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى ركنها المعنوي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موضوع جريمة السرقة وتطبيقه على المال المعلوماتي

- 33- تمهيد: عرّف المشرع الأردني السرقة في المادة "1/399" من قانون العقوبات بقوله: السرقة هي أخذ مال الغير المنقول دون رضاه، ولا تخرج التشريعات الجزائية في تعريفها للسرقة عن هذا الاطار اذ تستلزم في موضوعها أن يكون مالا منقولاً مملوكاً للغير.
- 34- كون محل السرقة مالا: سبق وأن تطرقنا لمدلول المال الذي يصلح لأن يكون محلاً لجريمة السرقة التقليدية، واسلفنا أن هذا المال يجب أن يكون من طبيعة مادية ويصلح أن يكون محلاً للملك قانوناً؛ وبصرف النظر عن ضآلة قيمته، وعلى هذا استقر القضاء في الأردن⁽¹⁾ ومصر⁽²⁾، مع مراعاة أن تدني قيمة المال تكون عذراً قانونياً مخففاً سندا لنص المادة "427" من قانون العقوبات الأردني⁽³⁾.

(1) جزاء تمييز 78/48 مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص749.

(2) نقض مصري 1944/2/28، مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم310، ص415.

(3) نصت المادة المشار إليها أعلاه على أنه: تخفض إلى النصف العقوبات الجنحية المعينة في المواد التي تؤلف الفصل الأول والثاني والثالث اذا كان الضرر الناتج عنها او النفع الذي قصد الفاعل

واستناداً إلى المدلول المتقدم للمال لم يسبغ الاتجاه الفقهي التقليدي صفة المال على المكونات المعنوية لجهاز الحاسوب المعلوماتي لافتقاره إلى الطبيعة المادية الملموسة، إلا أن الاتجاه الحديث أضفى صفة المال على هذه المكونات على أساس قيمتها الاقتصادية، وانتهى الباحثون إلى تأييد هذا الاتجاه الأخير الذي يعتبر مكونات الحاسوب من بيانات ومعلومات بأنها مالا.

35- كون موضوع السرقة منقولاً: تتطلب التشريعات في المال محل جريمة السرقة أن يكون منقولاً⁽¹⁾؛ ولم تورد في قوانينها تعريفاً للمنقول، ولم يضع المشرع المدني تعريفاً مباشراً له كما هو شأنه في العقار الذي عرّفه بنص المادة "58" من القانون المدني الأردني بأنه "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"؛ واستخلص الفقه من ذلك ان المنقول في القانون المدني يقصد به كل شيء لا يمكن نقله من مكان

اجتلابه منها تافهين..."; وجرائم السرقة منصوص عليها في الفصل الأول من الجرائم التي تقع على الأموال.

(1) من قبيل هذه التشريعات: السوري "م/621" عقوبات، الاماراتي "م/382" عقوبات، القطري "م/334" عقوبات، الأردني "م/399" عقوبات.

لآخر دون تلف⁽¹⁾؛ وعرفه اتجاه فقهي⁽²⁾ بأنه كل مادة كونية غير بشرية يمكن نقله من مكان لآخر سواء أكانت صلبة أم سائلة أم غازية، مما يعني أن المال موضوع جريمة السرقة ينبغي أن يكون ذا طبيعة مادية وقابل للنقل من مكان لآخر.

وتتطلب بعض التشريعات أن يكون محل السرقة مادياً، ومن قبيلها التشريع السويسري "م/139" عقوبات، والاسباني "م/234" عقوبات، والمصري "م/311" عقوبات، وسار بذات الاتجاه التشريع الأردني الذي أشار بنص المادة "2/399" عقوبات بصدد تعريفه لعبارة "أخذ المال" بأنها تعني إزالة تصرف المالك فيه برفعة من مكانه ونقله، وهذا لا يتحقق إلا في المال المادي، وطبقاً لنصوص هذه التشريعات فإن الحصول على البيانات والمعلومات بمعزل عن دعامتها المادية لا ينطبق عليه الوصف التقليدي الخاص بجريمة السرقة الذي يستلزم تحريك المال ونقله من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني، ولذلك فرض المشرع الجزائي حماية أكبر على المنقول نظراً لسهولة نقله واخفائه وسلب حيازته.

(1) د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات/ القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص622؛ د. فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والاموال، دار المطبوعات، الاسكندرية، 2010، ص380.

(2) د. رشدي محمد عيد، المرجع السابق، ص209.

وهذا التحديد للمنقول على النحو المتقدم أثار خلافاً فقهيّاً حول الطاقة الكهربائية فيما إذا كانت تعد شيئاً منقولاً يصلح موضوعاً للسرقة، أم أنها مجرد قوة طبيعية وبالتالي لا تصلح محلاً لهذه الجريمة.

36- مدى صلاحية الطاقة الكهربائية لأن تكون منقولاً تقع عليه جريمة السرقة: ثار جدل في الفقه حول مدى صلاحية الطاقة الكهربائية موضوعاً للسرقة، وكان مرد هذا الجدل إلى النزاع حول طبيعتها فيما إذا كانت مجرد طاقة، أي شيء معنوي يمر عبر الاسلاك، أم أنها جسيمات ذات كيان مادي منقول يصدق عليها وصف الشيء المنقول، فذهب الاتجاه الغالب في الفقه⁽¹⁾ إلى أنها تعد شيئاً مادياً يخضع للتملك والحياسة والنقل كغيرها من الأشياء المادية المنقولة الأخرى، إذ أنها تقبل التعبئة والنقل والقياس، كما أنها تقبل السيطرة والتحكم، وهي على هذا النحو تعد مالاً مادياً منقولاً يصلح لأن يكون موضوعاً لجريمة السرقة، كما أن بعض التشريعات نصت صراحة على اعتبار الطاقة الكهربائية مال منقول، وتقع عليه جريمة السرقة، وهذا نهج التشريع الفرنسي "م/2/311" عقوبات، والعراقي "م/439"

(1) د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات / القسم الخاص، مرجع سابق، ص666؛ د. عوض محمد، جرائم الأشخاص والاموال، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص254؛ د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات / القسم الخاص، ج2، دار الثقافة، عمان، 2014، ص73.

عقوبات، واللبناني "م/635/2" عقوبات والليبي "م/444" عقوبات، وسلك مسلكها التشريع الأردني الذي نصّ في المادة "3/399" عقوبات على أن لفظة مال تشمل القوى المحرزة، والطاقة الكهربائية هي من هذه القوى المحرزة، كما أن أحكام محكمة النقض المصرية استقرت على اعتبار الطاقة الكهربائية مما يصلح محلاً للسرقة استناداً إلى أن وصف المال المنقول يتناول كل شيء مقوم قابل للملك والحيازة والنقل عن مكان إلى آخر، والتيار الكهربائي مما تتوافر فيه هذه الخصائص⁽¹⁾.

وتأسيساً على ما تقدم فقد ذهب اتجاه فقهي⁽²⁾ إلى اعتبار المال المعلوماتي منقولاً وتقع عليه جريمة السرقة قياساً على توصيف الطاقة الكهربائية، إذ أن المكونات المعنوية لجهاز الحاسوب طاقة ذهنية ذات قيمة اقتصادية، وتعد أساساً ذبذبات كهربائية تمت معالجتها بصورة مفهومة للبشر، وعلى هذا النحو تعد طاقة

(1) نقض مصري 1931/4/16، مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 244، ص298؛ نقض مصري 1945/12/17، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 39، ص31؛ نقض مصري 1973/4/5، مجموعة القواعد القانونية، ج4، رقم 69، ص63.

(2) د. محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، المرجع السابق، ص201، د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص50.

يمكن احرازها ونقلها من حيز إلى آخر⁽¹⁾، إلا ان جانباً فقهيّاً آخر - وهو الذي يميل الباحثون لتأييده - انتقد ذلك بمسوّغ ان القياس محظور في إطار قانون العقوبات، لكونه سيؤدي إلى خلق جرائم جديدة، وهذا خرق لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، هذا إلى جانب أن الكهرياء تخضع للسيطرة والنقل والقياس، ومن ثم فهي تخرج من حيازة مالكها وتدخل في حيازة أخرى جديدة بما يتحقق معه فعل الأخذ والاختلاس، وهو ما يختلف تماماً عن المعلومات⁽²⁾.

37- كون المال موضوع السرقة مملوكاً للغير: تستلزم جريمة السرقة ان يكون محلها مالاً منقولاً مملوكاً لغير الجاني، ولا يؤثر في قيامها عدم معرفة صاحب المال المسروق⁽³⁾، حيث قضي بأنه لا يؤثر في قيام الجريمة عدم الاهتداء إلى معرفة شخص المالك للمسروقات، ويتعيّن بالإضافة إلى ذلك أن يكون المال مما يمكن تملكه، فإذا كان غير ذلك، أو غير مملوك لأحد فلا تنهض جريمة السرقة في حالة أخذه والاستحواذ عليه من قبل آحاد الناس.

(1) الاستاذة حنان ربحان المضحكي، المرجع السابق، ص159.

(2) د. عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص114، د. محمد حسين الغول، المرجع السابق، ص431.

(3) د. محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص77.

وما تقدّم ينطبق على المال المعلوماتي؛ فقد أسلفنا أن المعلومات التي يجب أن تحظى بالحماية الجزائية ينبغي أن تخصّ أحد الأشخاص أو أشخاص معينين، بحيث يكون له حق الاستثناء بها⁽¹⁾، أما المعلومات العامة المتاحة للجميع ولا ترتبط بشخص معين، ويسهل الوصول إليها من قبل الكافة، فإنها لا تقبل التملك او الاستثناء، وبالتالي فإن تداولها والانتفاع بها من حق الجميع، مما يعني أنها لا تكون محلاً لموضوع السرقة، ولا تتطلب الحماية فيما إذا تمّ استخدامها من قبل الغير.

الفرع الثاني

مدى تحقّق الركن المادي لجريمة السرقة على المال المعلوماتي

38- مفهوم فعل الأخذ او الاختلاس: يتمثل السلوك الجرمي في جريمة السرقة في فعل "أخذ" المال أو "اختلاسه"، ولا تسير التشريعات على وتيرة واحدة في استخدام اللفظ الذي يعبر عن هذا السلوك، فمنها ما يستخدم لفظ الأخذ كالتشريع

(1) نقض مصري 1959/1/12، مجموعة أحكام النقض، س10، رقم 5، ص18.

السوري "م/621" عقوبات، والأردني "م/399" عقوبات، ومنها ما يستخدم لفظ الاختلاس كالتشريع المصري "م/311" عقوبات، والكويتي "م/217" من قانون الجزاء، ولا يعدو الأمر ان يكون اختلافاً ظاهرياً بين اللفظين مع اتفاقهما في المعنى والمضمون، فكلاهما يعبر عن اخراج المال من حيازة المجني عليه دون علمه ورضاه وادخاله في حيازة الجاني، ويجمع الفقه في تعريفه للسرقة بما لا يخرج عن معنى أخذ المال او انتزاعه أو نقله واخراجه من حيازة مالكه دون رضاه⁽¹⁾، وعرف التشريع الأردني الأخذ في المادة "2/399" بقوله: "وتعني عبارة أخذ المال ازالة تصرف المالك فيه برفعة من مكانه، ونقله وإذا كان متصلاً بغير منقول فبفصله عنه فصلاً تاماً ونقله"، وهذا يعني ان فعل الأخذ أو الاختلاس يعد المكوّن لنشاط الجاني الذي يخرج به المال من حيازة المجني عليه ومن ثم ادخاله في حيازة جديدة.

39- عناصر فعل الأخذ أو الاختلاس: لا ينهض هذا الفعل إلا اذا سلب الجاني حيازة المال من خلال سلوك يصدر عنه دون رضا مالكه أو حائزه، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها: "ان السرقة تتم بنقل حيازة المال من يد حائزه بدون

(1) د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الجرائم الواقعة على الاموال، دار الثقافة، عمان، 2008، ص25.

رضاه إلى يد السارق"⁽¹⁾، مما يعني أن لفعل الأخذ أو الاختلاس عنصرين هما:
الاستيلاء على الحيازة، وعدم رضا المجني عليه من سلب الحيازة سواء أكانت
لصاحب المال أم حائزه.

والحيازة ما هي إلا وضع مادي يسيطر بموجبه الشخص على شيء سيطرة
فعلية، فيمارس عليه بعض الأعمال المادية بما تخوله إمكانية سلطته عليه
والاستيلاء عليها⁽²⁾، أو كما عبّر عنها بعض الفقه بمصطلح "تبديل الحيازة" والتي
يقصد بها اخراج المال من حيازة مالكه أو
حائزة السابق وادخاله في حيازة أخرى⁽³⁾، والضابط في اخراج المال من حيازة
المجني عليه يتمثل في انتهاء سلطاته المادية على هذا المال، كما يتمثل أيضاً في
ادخال المال في حيازة جديدة تمكّن الحائز الجديد وحدة مباشرة السلطات المادية
التي تنطوي عليها الحيازة، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه الجزائري.

(1) تمييز جزاء 78/48، مجلة نقابة المحامين لسنة 78، عدد 6، ص 749.

(2) Tome 3. 19eme edition ، Les biens، Jean car bonnier. Droit Civil (2)
p.202.، presses universitaires de france. Paris 2000

(3) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/ القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،
2012، ص 951؛ د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات/ القسم الخاص، دار النهضة العربية،
القاهرة، 2012، ص 694.

وإذا كان فعل الأخذ أو الاختلاس لا يستلزم تحريك المال موضوع السرقة فحسب، وإنما يتطلب أيضاً إخراج المال من حيازة المجني عليه وادخاله في حيازة الجاني، وإذا كان هذا ينطبق على المال المادي؛ فإن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المقام يتمحور في مدى إنطباق ذلك على المال المعلوماتي المتمثل في البيانات والمعلومات المعنوية المخزنة في جهاز الحاسوب حيث أنها هدف الجاني المعلوماتي، وغاية نشاطه الإجرامي.

40- السرقة المعلوماتية واشكالية الحيازة: لا تواجه الفقه مشكلة في اعتبار سلوك الجاني إختلاساً إذا كان محله جهاز الحاسوب أو أحد ملحقاته المادية، وتكييف هذه الواقعة على أنها سرقة⁽¹⁾، وتحكمها النصوص التقليدية النازمة لها، ولا يمكن عدّها جريمة معلوماتية.

إلا أن اشكالية اختلاس المال المعلوماتي تتجلى في أن الحيازة وفق المعنى التقليدي المتقدم تستلزم انتزاع المال من حيازة المجني عليه، ومن ثم ادخاله في حيازة الجاني، فإلى أي مدى يتحقق ذلك في المال المعلوماتي؟

(1) د. عادل يحيى، المرجع السابق، ص45.

لم يتفق الفقه إلى قول واحد بصدد ذلك، فذهب اتجاه منهم إلى قبول التكييف المتقدم للحيازة "المعلوماتية"، وهذا يجد تبريره لديهم في أن القول بعدم قابلية المال المعلوماتي للاستحواذ، وعدم إمكانية اعتباره موضوعاً للسرقة سيؤدي إلى تجريده من الحماية الجزائية مما يفتح المجال واسعاً أمام هذا النوع المستحدث من الجرائم، ولا شك أن تجريم سرقة المال المعلوماتي المعنوي يعد الوسيلة المثلى لحمايته لما يحققه من الردع بنوعيه الخاص والعام على السواء⁽¹⁾، ويضيف البعض أن حيازة المعلومة تتضمن حيازة السلع أو الحصول على الخدمات المطلوبة والتي يمكن تقويمها بالمال بما يتحقق معه فعل الاختلاس في السرقة المعلوماتية، هذا إلى جانب تحقق الاخذ أو الاختلاس في حالة الالتقاط الذهني للبيانات اثر مطالعتها بالمشاهدة على شاشة الحاسوب أو بالاستماع إليها اذا تمثلت في صورة صوتية صادرة عنه؛ أو في حالة النسخ غير المشروع لبيانات ومعلومات الحاسوب المخزنة إلكترونياً⁽²⁾؛ كما ذهب اتجاه في الفقه الفرنسي⁽³⁾ لتأييد ذلك بالقول ان المعلومات

(1) د. محمد عبدالله العوا، المرجع السابق، ص102.

(2) د. هشام محمد فريد رستم، المرجع السابق، ص232 وما بعدها.

(3) Merle (R.) et A. vitu Traite de droit criminal Droit penel spenal (3)
p. 1801. ، 1982، Cujas،special par A. vitu paris

يمكن أن يرد عليها السرقة لإمكانية حيازتها في وعاء وبالتالي قابليتها لسلب الحيازة، لا سيما وان قانون العقوبات الفرنسي وصف محل السرقة بأنه شيء، وهذا التوصيف يشمل الأشياء المادية والمعنوية مما يحقق جريمة سرقة المعلومات؛ كما ساير القضاء في بعض أحكامه هذا الاتجاه، ومنها حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "Bourquin" حيث أوردت في حيثياته إمكانية أن تكون المعلومات وحدها منفصلة عن دعائها المادية موضوعاً لجريمة السرقة⁽¹⁾.

وذهب اتجاه فقهي آخر⁽²⁾ - وهو الذي يميل إليه الباحثون - إلى رفض تكييف سرقة المال المعلوماتي المعنوي على أنها جريمة سرقة تحكمها النصوص التقليدية الخاصة بها، على سند من القول أن السرقة تستلزم حرمان المجني عليه من حيازة الشيء موضوع الجريمة، وهذا ما لا يتوفر ولا يتحقق معه فعل الأخذ في حالة حصول الجاني على نسخة من معطيات الحاسوب المعنوية مع بقاء النسخة الأصلية لمالكها، فالمعلومات لا ترد عليها الحيازة، ولا تبرح مكانها بالنسخ ولا تخرج

(1) مشار إليه لدى د. رشدي محمد عيد، المرجع السابق، ص 227.

(2) د. السيد عتيق، جرائم الانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 97؛ د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ص 41؛ د. عبد الاله النوايسة، المرجع السابق، ص 92.

من حيازة صاحبها، هذا بالإضافة إلى ان المعلومات شيء غير مادي مما يتعدّر معه القول بإمكانية اختلاسها، كما قيل بهذا الشأن أيضاً أن فكرة تبديل الحيازة بمعناها المعروف لا تتحقّق إلا اذا وقع الاختلاس على الوسيط المادي المسجلة عليه البيانات، ولا يمكن لذلك ان يتحقّق اذا تمّ الحصول على هذه البيانات او المعلومات بمعزل عن هذا الوسيط المادي، وهذا ما تطلّبتّه بعض التشريعات صراحة كقانون العقوبات المصري في أن يكون محل السرقة مادياً، والمعلومات منفصلة عن دعامتها المادية تخرج من إطار السرقة في حال الاعتداء عليها، بالإضافة إلى ان جريمة السرقة لا تقع على المنافع ولا الافكار، مما يتعيّن استبعاد المعلومات من أن تكون محلاً لها كونها غير مجسّمة، وليس بالإمكان انتزاع حيازتها بخلاف الوسيط المادي الذي يحوي تلك المنافع، وقد ذهب القضاء في العديد من أحكامه بهذا الاتجاه، ففي فرنسا رفضت محكمة استئناف باريس لسنة 1992 تطبيق نصّ المادة "379" عقوبات الخاصة بجريمة السرقة على واقعة الحصول على المعلومات بطريقة غير مشروعة، وقضت بأن نقل المعلومات الذي ينجم عن أفعال مثل التصوير والطباعة لا يؤدي إلى نقل حيازتها، لأن هذه المعلومات تبقى في حيازة صاحبها⁽¹⁾؛

، 'Juisprudence' 3، 1993، pal، GAZ، 25 Novomber 1992، CA de paris(1)
p. 474.

كما انتهت محكمة النقض الفرنسية سنة 1995 إلى حكم مفاده ان استعارة المستند الاصيلي لنسخه ثم اعادته مرة أخرى لا يمكن ان تتحقق به العناصر المكونة لجريمة السرقة⁽¹⁾، وقد خلصت احدى المحاكم الانجليزية في أحد أحكامها إلى ان المعلومات ليست من قبيل الأموال التي تحميها النصوص التقليدية لجريمة السرقة⁽²⁾، وفي كندا ذهبت المحكمة العليا بإجماع هيئتها إلى نقض أحد الأحكام القاضي بتطبيق النص القانوني الخاص بجريمة السرقة على الحصول غير المشروع على المعلومات، وقالت في تبرير ذلك انه لا يترتب على الاطلاع على المعلومات او نقلها فقدان صاحبها لحيازتها⁽³⁾.

مشار إليه لدى د. رشدي محمد عيد، المرجع السابق، ص 227.

(1) الموضوع السابق نفسه.

(2) المرجع السابق، ص 228.

(3) مشار إليه لدى د. عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 131.

الفرع الثالث

الركن المعنوي في جريمة السرقة وإسقاطه على المعلومات

- 41- تمهيد: تعد جريمة السرقة من الجرائم القصدية، ويتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي العام الذي ينهض على عنصري العلم والارادة، إلا أن هذا القصد العام وحده لا يكفي لقيام الركن المعنوي لهذه الجريمة، إذ لا بد من توفر قصد خاص يتمثل في نية الجاني لتملك المال موضوع الجريمة.
- 42- مدلول القصد الجنائي: عمدت بعض التشريعات إلى إيراد تعريف للقصد الجنائي يبين عناصره وأحكامه، ومن قبيلها التشريع الكويتي "م/41" من قانون الجزاء، واللبناني "م/188" عقوبات، وحذا حذوهما التشريع الأردني الذي عبّر عن القصد الجرمي بالنية، وعرفها في المادة "63" من قانون العقوبات بأنها "إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرّفها القانون"، وذهب اتجاه فقهي⁽¹⁾ إلى تعريف القصد الجنائي بأنه علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو قبولها.

(1) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص43.

ويتبنّ مما سبق أن قوام القصد الجنائي عنصران هما: العلم والإرادة، وإن كانت الأخيرة تُقدّم على العلم من حيث الأهمية لأنها جوهره، وما العلم إلا مرحلة في تكوين الإرادة وشرطاً لتصورها، وينبغي أن يشتمل العلم الذي يعد أحد عناصر القصد العام في جريمة السرقة على مجموعة من العناصر الواقعية الجوهرية كعلم الجاني بأن المال موضوع السرقة مملوك للغير وفي حيازته، وإن من شأن فعله أن يشكل اعتداءً على ملكية الغير وحيازته لهذا المال، وأنه غير راضٍ عن الاستيلاء على المال محل السرقة، بالإضافة إلى علم الجاني بالظروف التي من شأنها تغيير وصف الجريمة وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الأردنية⁽¹⁾.

ويتعيّن أن تنصب إرادة الجاني بارتكاب الفعل الجرمي على السلوك المكوّن للجريمة، باعتبار أن هذه الإرادة تعبّر عن النشاط النفسي الذي اتجه إلى تحقيق نتيجة معينة عن طريق هذا السلوك، وتطبيقاً لذلك ينبغي اثبات إرادة الجاني بالاستيلاء على مال الغير المملوك له دون رضاه بهدف تملكه، كما ينبغي أن يرتكب الجاني فعله بحرية واختيار أيضاً، وإذا لم يتوفر ذلك فلا يقوم القصد الجرمي.

(1) تمييز جزاء 86/144، مجموعة الاحكام الجزائية، ج2، السنة 1988، ص744؛ و تمييز جزاء 98/123 السنة 1998، المجلة القضائية، مجلد 2، عدد 3، ص842.

43- مدلول القصد الخاص في السرقة: يعني هذا القصد توفر نية تملك المال أو الشيء موضوع السرقة، وهذه النية تتمثل في إرادة مباشرة السلطات التي ينطوي عليها حق الملكية، أي إرادة الظهور على المال بمظهر المالك، وقد اشترطت بعض التشريعات الجزائية توفر هذه النية في جريمة السرقة، وهذا استلزمه الاتجاه الغالب في الفقه، وذلك منعاً لما يتوقع حصوله من جدل فيما لو تُرك فعل الأخذ دون قيد، كأخذ المال للاستعمال المؤقت أو بنية اعادته⁽¹⁾.

44- مدى تطبيق الركن المعنوي للسرقة على المكونات المعنوية للحاسوب: تأسيساً على ما تقدم فإنه يتوجب لتوافر العلم كأحد عنصري القصد الجنائي ان يحيط الجاني علماً عند ممارسته نشاطه التقني غير المشروع بأن ما يقوم به نشاط يشكل جريمة بحكم القانون، ومع هذا يقوم عن وعي وتبصر بما لديه من مهارة تكنولوجية ومستخدماً ما يلزم من الادوات والبرامج، وتوجيه ارادته للاعتداء على مال معلوماتي مملوك لغيره بنية حيازته، وتوافر العلم والارادة لديه يتوافر القصد الجرمي لدى الجاني في اعتدائه على معلومات وبيانات الكترونية ذات قيمة مالية

(1) د. محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 92.

مملوكة للغير، بنية تملكها⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك قُضي بتوفر نية التملك في حق متهم نسخ بصورة غير مشروعة نسخاً احتياطية من برامج معلوماتية بنية حيازتها والاحتفاظ بها بسوء نية، واستعمالها بشكل شخصي، كما قضي أيضاً ان قصد السرقة يتوفر باستخدام المتهم البرامج التي اختلسها من خلال نسخها بصورة غير مشروعة واتجاره فيها لحساب شركة مساهمة⁽²⁾.

الخاتمة

45- خلاصة: تناولت هذه الدراسة الحماية الجزائية للمال المعلوماتي من السرقة/ دراسة مقارنة، وذلك من خلال عرض لماهية الجريمة المعلوماتية من حيث التعريف بها؛ وبيان خصائصها؛ وسمات المجرم المعلوماتي؛ ومن ثم التعريف بالمعلومات والبيانات كمحل للحماية الجزائية؛ وعرض لما ينبغي ان يتوفر فيها من شروط لكي تحظى بهذه الحماية؛ وبعدها تم التطرق إلى المال المعلوماتي من حيث المفهوم والخصائص والطبيعة القانونية، لمعرفة فيما اذا كانت تشمله

(1) د. ربيع محمد الصغير، القصد الجنائي في الجرائم المتعلقة بالإنترنت والمعلوماتية / دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2017، ص318 وما بعدها.

(2) مشار إليه لدى: د. رشدي محمد عيد، المرجع السابق، ص222.

بالحماية النصوص التقليدية لجريمة السرقة من خلال عرض الاتجاهات الفقهية في هذا الشأن، ومحاولة تطبيق أركان السرقة التقليدية على الحصول غير المشروع على المال المعلوماتي، وخلصت الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

46 - (أولاً) - النتائج: ويمكن إبراز أهمها بالآتي:

(الأولى) - كشفت الدراسة أن التشريعات المعاصرة لم تتفق على استعمال مصطلح بعينه للدلالة على الجريمة المعلوماتية، مما عكس ذلك على الفقه الجزائي الذي تعددت تعريفاته لها، وفق عدة معايير أبرزها: معيار الوسيلة التي يتم استخدامها في الجريمة، والمعيار الشخصي الذي يستند إلى المعرفة التقنية للجاني المعلوماتي، إلى جانب المعيار الموضوعي الذي يركز إلى محل الجريمة، مما أوجد خلافاً فقهيًا لم تنته فصوله بعد حول إيراد تعريف مانع جامع لهذه الجريمة حتى وصفت بأنها تقاوم التعريف.

(الثانية) - بينت الدراسة أن الجريمة المعلوماتية تتسم بخصائص معينة تميزها عن الجريمة التقليدية؛ أبرزها أنها ذات طابع عالمي مما يثير بصددتها بعض الإشكاليات القانونية؛ كما أن مرتكبها يتفرد بسمات خاصة تميزه عن المجرم التقليدي كالذكاء والدراية والمعرفة باستخدام الحاسوب الآلي.

(الثالثة) - اتضح من خلال الدراسة أن بعض التشريعات تستخدم مصطلحي "البيانات" و "المعلومات" كمترادفين دون تفرقة بينهما، وهو ما أخذ به اتجاه فقهي لا يخلو من الصحة؛ لأن كلاً منهما سواء تمّ استخدامهما كمترادفين أم مستقلين، موضع عناية المشرع دون الالتفات إلى التفرقة في تسمية كل منهما استقلالاً إذا توافرت شروط حمايتهما كالسرية والابتكار وسلامة المحتوى، إذ يتكون المال المعلوماتي المعنوي منهما، أما المال المعلوماتي المادي فينطبق على الجهاز الذي يحوي هذا المال.

(الرابعة) - تباينت الاتجاهات التشريعية والقضائية والفقهية بصدد جريمة السرقة المعلوماتية، فإذا كان الاجماع منعقداً على ان الحصول غير المشروع على مكونات المال المعنوي المادية على انه سرقة وتحكمها النصوص التقليدية لهذه الجريمة؛ إلا ان الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بالمال المعلوماتي المعنوي منظوراً إليه بمعزل عن دعامة المادية، واختلف الفقه في ذلك إلى اتجاهين وسايره القضاء في ذلك، اتجاه تقليدي ينفي عن هذا المال الصفة المادية، وآخر يسبغ عليه هذه الصفة استناداً إلى قيمته الاقتصادية، إلا أن اشكالية حيازة هذا المال هي العقبة الأساسية في تطبيق نصوص جريمة السرقة التقليدية فيما اذا تمّ الحصول غير المشروع على المال المعنوي.

47- (ثانياً) - التوصيات: خلصت الدراسة إلى أهم التوصيات المتمثلة بالآتي:

(الاولى)- ضرورة الاقرار بصلاحيه المال المعلوماتي لأن يكون محلاً للحماية الجزائية لما له من قيمة اقتصادية تماثل قيمة المال المادي؛ وهذا يستلزم سد الفراغ التشريعي في مواجهة ما يقع على هذا المال من سرقة، دون تطويع قواعد القانون التقليدي لحمايته، وإنما بسن قواعد قانونية صريحة تضيي الحماية القانونية للمال المعلوماتي كما هو الحال تماماً في المال المادي المحمي بمقتضى نصوص السرقة التقليدية، وإن تكون تلك القواعد من التحديد والحدثة ما يقطع دابر الخلاف الفقهي والقضائي بشأنها؛ والذي قد يؤدي إلى إفلات جناة الجرائم المعلوماتية من العقاب.

(الثانية)- ضرورة تشديد العقوبة على المجرم المعلوماتي في حالة التكرار، وألا يقتصر التشديد على جريمة السرقة المعلوماتية فحسب، وإنما يتسع نطاقه ليشمل ما يقع على المال المعلوماتي بصفة عامة من جرائم كالإتلاف والاحتتيال وغسل الاموال، نظراً لأهمية المال المعلوماتي الذي يعتبر قوام التجارة الالكترونية في العصر الحالي.

(الثالثة)- أهمية تعزيز التعاون الدولي في إطار مكافحة الاجرام المعلوماتي بشكل عام والسرقة المعلوماتية بشكل خاص، وذلك لإيجاد إجماع عالمي حول وضع

قواعد قانونية واضحة في هذا الشأن، واعمال مبدأ العالمية المنصوص عليه في قوانين العقوبات، وهذا من شأنه أن يساهم في ايجاد حلول لبعض الاشكاليات القانونية التي يثيرها طابع العالمية للجريمة المعلوماتية كتحديد القانون الواجب التطبيق على المجرم المعلوماتي، والقضاء المختص بمحاكمته، اذ ان ذلك يعزز قدرة الدول على مواجهة هذا النوع المستحدث من الجرائم.

(الرابعة) - من الاهمية بمكان إنشاء وحدات متخصصة لمكافحة الجرائم المعلوماتية عموماً والسرققة الالكترونية على وجه الخصوص في مديريات الشرطة، وتوفير القضاة والمدعين العامين من ذوي الاختصاص في هذا المجال، واخضاعهم للدورات اللازمة لتأهيلهم، وتمكينهم من ملاحقة ركب التطور في ملاحقة مجرمي هذا النوع من الجرائم بمهنية عالية.

(الخامسة) - ضرورة طرح مقررات ضمن مناهج الدراسة الجامعية في كليات الحقوق تعنى بدراسة هذا العلم المستجد على الساحة القانونية؛ بالإضافة إلى أهمية إقامة المؤتمرات والندوات العلمية وورش عمل متخصصة وحملات توعوية لأفراد المجتمع المحلي لنشر الوعي المعلوماتي والثقافة التكنولوجية عن هذا الاجرام الذي بات ضرره لا يقتصر على الأموال فحسب، وانما يطل الأشخاص أيضاً.

المراجع

أولاً- باللغة العربية:

أ- المراجع العامة

1. د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات/ القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
2. د. عوض محمد، جرائم الاشخاص والاموال، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985.
3. د. فتوح الشاذلي، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار المطبوعات، الاسكندرية، 2010.
4. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات / القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
5. د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات/ الجرائم الواقعة على الاموال، دار الثقافة، عمان، 2008.

6. د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات/ القسم الخاص، ج2، دار الثقافة، عمان، 2014.
7. د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
8. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات / القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
9. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1982.
- ب- المراجع المتخصصة:
1. الأستاذة حنان ربحان المضحكي، الجرائم المعلوماتية / دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
2. د. أيمن عبدالله فكري، جرائم نظم المعلومات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
3. د. حسين محمد الغول، جرائم شبكة الانترنت، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا - لبنان، 2017.
4. د. ربيع محمد الصغير، القصد الجنائي في الجرائم المتعلقة بالإنترنت والمعلوماتية / دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2017.

5. د. رشدي محمد عيد، الحماية الجنائية الموضوعية للمعلومات عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
6. د. سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
7. د. شوان عمر خضر، الحماية الجنائية للمال المعلوماتي/ دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
8. د. عادل يحيى، السياسة الجنائية في مواجهة الجريمة المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
9. د. عبد الاله النوايسة، جرائم تكنولوجيا المعلومات، دار وائل للنشر، عمان، 2017.
10. د. عبد العال الديري، والاستاذ محمد صادق اسماعيل، الجرائم الالكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.
11. د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، ط1، الدار الجامعية، بيروت، 1995.
12. د. عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017.

13. د. عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي وابعادها الدولية، ط2 بلا مكان نشر، 1995.
14. د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013.
15. د. محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
16. د. محمد حماد الهيبي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2004.
17. د. محمد حماد الهيبي، الجريمة المعلوماتية/ نماذج من تطبيقاتها، دار الكتب القانونية، 2014.
18. د. محمد نصر محمد، الوسيط في الجرائم المعلوماتية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015.
19. د. محمود أحمد القرعان، الجرائم الالكترونية، ط1، دار وائل، عمان، 2017.
20. د. نائلة عادل قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية / دراسة نظرية وتطبيقية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

21. د. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
22. د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، ط1، مكتبة الآلات الحديثة، اسيوط، 1992.
23. د. يونس عرب، دليل أمن المعلومات والخصوصية، ج1، جرائم الكمبيوتر والانترنت، منشورات اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2002.
24. السيد عتيق، جرائم الانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
25. القاضي اسامة أحمد المناعسة، القاضي جلال محمد الزعبي، جرائم تقنية المعلومات الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2010.
- ج- الرسائل والابحاث العلمية:
- 1- الاستاذة آمال قارة، الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2002.
- 2- د. آزر ناجي الحساني، المعلوماتية والبيروقراطية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة النهرين، العراق، 2006.

- 3- د. اسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الانترنت بين
الشريعة والقانون، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة
والقانون/ جامعة الامارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000، مجلد 3، ط3، 2004.
- 4- د. تركي بن عبد الرحمن المويشسير، بناء نموذج أمني لمكافحة
الجرائم المعلوماتية وقياس فاعليته، رسالة دكتوراه، منشورة، جامعة نايف العربية
للعلوم الأمنية، الرياض، 2012.
- 5- د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة
إلكترونياً، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون/
جامعة الامارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000، مجلد 2، ط3، 2004.
- 6- د. محمد حسين الحمداني، جريمة سرقة المعلومات المعالجة آلياً،
مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 47، السنة 2011.
- 7- د. محمد عبدالله العوا، جرائم الاموال عبر الانترنت، رسالة دكتوراه
منشورة، جامعة الاسكندرية، دار الفتح، الاسكندرية، 2013.

- 1- Akdeniz, (Y.) L.Ellison, Cyber stalking: the regulation of harassment on the Jistive and In- ternet, 1998.
- 2- Axel Lefebvre, Etienne Montero, Informatique Et Droit: Vers Une Subversion De L'ordre Juridique, faculties universitaires Notre – Dame de La paix de Namur, Bruy Lant Bruxelles, 1999.
- 3- Catala, (p.), E bauche d'une theorie juridique de La information, D. 1984.
- 4- David Johnston, sunny handa, Charles morgan, cyber Law (what you need to know doing business on line) stoddart publishin co, 1997.
- 5- David Thompson, Current trends in computer crime, computer control quarterly, Vol; 9; no; 1991.
- 6- H. feraud, E. Schlanilz: La cooperatation policiere

international. R.I.D.P, 1974.

7- Jean car bonnier. Droit Civil, Les biens, Tome 3. 19eme edition presses universitaires de france. Paris 2000.

8- John Arquilla, David Ronfeldt. Cybercrime Inquiry, Australian Bankers Association Submission, 2007.

9- Lucas (A.). Le droit de l'informatique, L'édition, puf, 1987.

10- Marie-pierre fenol-Gerard Hass, Internet et protection des Données personnelles, Litec, 2000.

11- Merle (R.) et A. vitu Traite de droit criminal Droit penal special par A. vitu paris, Cujas, 1982.

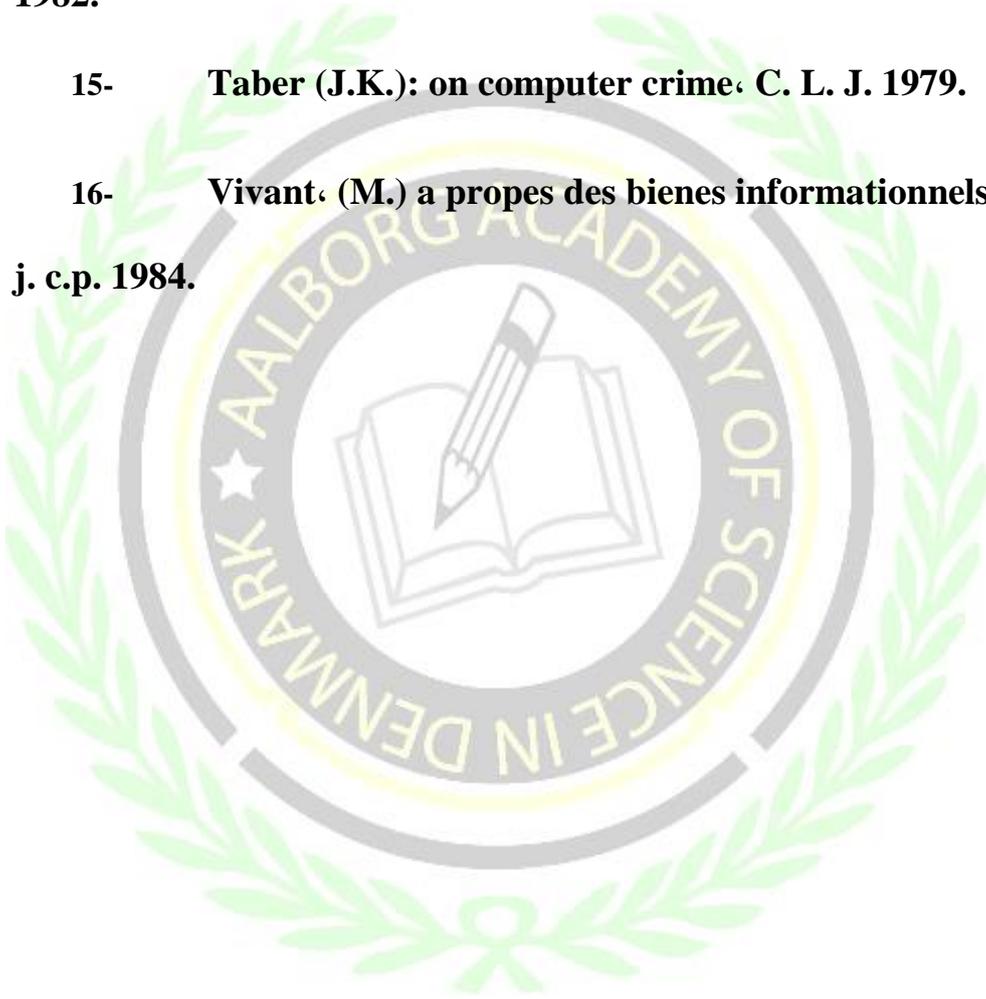
12- Merwe (V.): Computer crimes and other crimes against information technology in south Africa "R. I. D. P, 1993.

13- Roden (A) computer crime and the law, C. I. J., 1991.

14- Roger Merle et André Vautier, *Traité de droit
criminal. Droit penal, special, Tome zédition cujas, paris,
1982.*

15- Taber (J.K.): *on computer crime, C. L. J. 1979.*

16- Vivant, (M.) *a propos des bienes informationnels,
j. c.p. 1984.*



(3)

دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار
الأجنبي

الدكتورة بوقرط ربيعة

ORCID iD : 0000-0002-9643-7949

استاذ محاضر (أ) بكلية الحقوق جامعة الشلف - الجزائر

الدكتور عبد الرحمن العرمان

أستاذ مشارك بكلية الحقوق جامعة جرش - الاردن

<https://orcid.org/0000-0001-6327-1500>

الملخص

تنصب هذه الدراسة حول دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي، إذ مع تطور العلاقات الاقتصادية الدولية وفي سعي من الدول النامية في تحقيق التنمية الاقتصادية وجذب المستثمرين الاجانب لدولها، كان لزاما عليها وضع و سن القوانين التي تعطي حوافز للمستثمرين الأجانب ، ومن أهم هذه

الحوافز و الضمانات المشجعة لهم ،التحكيم التجاري الدولي للمنازعات التي قد تثور بشأن عقود الاستثمار الأجنبي، وذلك للمزايا المتعددة التي يتمتع بها التحكيم من حيث سرعة التحكيم ،و مرونة إجراءاته ،و سريته و،كذا إطمئنان المستثمر الأجنبي له من حيث حياده وعدم تغليب مصلحة الدولة المضيفة على حساب مصلحة المستثمر الاجنبي .

الكلمات الدالة : التحكيم التجاري الدولي ،الاستثمار الأجنبي ، الدولة المضيفة

– Abstract:

**The role of arbitration in settling disputes of foreign –
investment contracts**

rabea boukortt

Dr. Abed Alrahman Al-Irman

– This study focuses on the role of arbitration in settling disputes of foreign investment contracts, and with the development of international economic relations and in the pursuit of developing countries in achieving economic development and attracting foreign investors to their countries, they had to develop and enact laws that give incentives to foreign investors. Encouraging them, the international commercial arbitration of disputes that may arise on foreign investment contracts,

because of the multiple advantages enjoyed by arbitration in terms of the speed of arbitration, and the flexibility of its proceedings, confidentiality, as well as reassure the foreign investor in terms of impartiality and non-interest The host country on the foreign investor's interest expense.

-Key words : International Commercial Arbitration, Foreign Investment, Host Country.

المقدمة :

أدى إزدهار العلاقات الاقتصادية عبر الحدود إلى ظهور التحكيم التجاري الدولي كقضاء خاص بمجتمع التجار و رجال الاعمال عبر الحدود، بل أصبح التحكيم ينافس قضاء الدولة في شأن الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الاجنبي ، ويعود ذلك إلى المزايا العديدة التي يتسم بها و التي تتناسب مع عقود الاستثمار الاجنبي ،ذلك أنه يقلل من مخاوف المستثمر الاجنبي من قضاء الدولة المضيفة ، وكذلك ما يتميز به التحكيم من حياد في اتخاذ الأحكام الفاصلة في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الاجنبي ، وعدم إنحيازه لمصلحة الدولة المضيفة على حساب مصلحة المستثمر الاجنبي ، بالإضافة إلى مميزات أخرى يتمتع بها التحكيم التجاري الدولي .

كما تسعى الدول النامية تماشيا وتطور الإقتصاد الدولي و العولمة الاقتصادية إلى جذب المستثمرين الأجانب للاستثمار عن طريق سن التشريعات و القوانين الداخلية في مجال الاستثمار و في مختلف القوانين، و من بينها تنظيم التحكيم الذي يعتبر ضمانة قضائية أساسية للمستثمرين الأجانب ، كما سعت أيضا للانضمام للاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية لتشجيع الاستثمار الاجنبي من بينها معاهدة واشنطن لعام 1965 و التي أنشأ بموجبها مركزا دوليا متخصصا لفض منازعات الاستثمار بين الدول و المستثمرين الاجانب ، بالإضافة إلى مراكز و اتفاقيات تحكيم أخرى وهي عديدة ، إلا أننا سنركز في بحثنا هذا على اتفاقية واشنطن .

وتكمن أهمية موضوع دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي ، في أنه وسيلة جد مهمة في تحقيق التنمية في الدول النامية ، وكذا اتساع مجاله من حيث تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، إذ لا تكاد تخلو أي اتفاقية استثمار ثنائية كانت أو جماعية من إدراج إتفاق التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بها .

ومن هنا تتور الإشكالية التالية : ما مدى فعالية التحكيم في تسوية منازعات

الاستثمار الأجنبي ؟

و للإجابة على هذه الاشكالية تم تقسيم هذه الدراسة كالاتي :

المبحث الأول : مفاهيم عامة عن التحكيم و الاستثمار الاجنبي

المبحث الثاني : فعالية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي وفق اتفاقية

واشنطن

المبحث الأول

مفاهيم عامة عن التحكيم والاستثمار الأجنبي.

يعتبر التحكيم في الوقت الراهن أحد أهم وسائل تسوية المنازعات حيث يلجأ اليه الخصوم لحل النزاع بينهم دون المحكمة المختصة ، ومع تطور العلاقات الاقتصادية الدولية زادت أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات خصوصا بالنسبة لعقود الاستثمار الاجنبي ، و لما كنا بصدد دراسة دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، فإنه يكون من صالح الدراسة التعرض بدايتا للمفاهيم العامة للتحكيم في المطلب الأول ، و إلى بحث المفاهيم عامة عن الاستثمار الاجنبي في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فنخصصه لدراسة شروط خضوع منازعات عقود الاستثمار للتحكيم وفق اتفاقية واشنطن 1965.

المطلب الأول

مفاهيم عامة عن التحكيم.

نعرض في هذا المطلب إلى مفاهيم العامة للتحكيم وذلك ببيان تعريف التحكيم في الفرع الأول ، و نبث في الفرع الثاني أنواع التحكيم ، أما الفرع الثالث فنخصه لتحديد صور إتفاق التحكيم .

الفرع الأول

تعريف التحكيم.

أولاً: التعريف اللغوي.

التحكيم: مصدر حكم - بتشديد الكاف مع الفتح - يقال حكمت فلان في

مالي تحكيماً، أي فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم على ذلك، واستحكم فلان في مال

فلان إذا أجاز فيه حكمه¹.

1- الأزهري ، لابن منصور محمد بن أحمد ، تحقيق الغرابوي ، عبد الكريم ، مراجعة النجار ، د محمد علي (2001) ، تهذيب اللغة، ج 4 ، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص 113.

فاستحكم معناه لغة: التفويض في الحكم، ويقال: حكموه بينهم أي أمرهم

أن يحكم بينهم¹.

والمحكم: هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة والحكمة هي العدل، ورجل

عدل حكيم، وأحكم الأمر أتقنه.

وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية، من فعل حكم Arbitrage

وهي من الأصل اللاتيني عن كلمة Arbitrage وتعني التدخل والحكم بصفته حكم،

والتحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه.

ويعني أيضا في اللغة الفرنسية تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من

شخص أو أكثر أو الذين قرر الأطراف² - باتفاق مشترك بينهم- أن يخضعوا أو

ينصاغوا أو يتقبلوه.

ثانيا: التعريف الفقهي.

1 - ابن منظور جمال الدين المصري (1999)، معجم لسان العرب ، ج 15، المؤسسة المصرية

العامة للتأليف والنشر، ، ص 31، وما بعدها.

2 - مناني ، د فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات(2010)، ط 1، دار الهدى، عين مليلة،

الجزائر، ، ص 15.

عرف الفقيه جو روبر **Jean Robert** التحكيم بأنه عبارة عن إقامة أو تكوين فضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتحل أو لتحسم ويتم الفصل فيها بواسطة أفراد يمنحون في هذه الحالة مهمة الفصل والقضاء فيها¹.

التحكيم هو آلية أو وسيلة لفض المنازعات بطريقة بديلة عن القضاء، بحيث يتفق أطراف العلاقة التجارية على تسوية ما يثار بينهما من منازعات، أو سوف يثور فيما بعد، على تعيين أشخاص يحكمون فيما بينهم ويفصلون في النزاع بحكم يلزم ل كليهما، و يعتبر بهذا المعنى وسيلة بديلة لحل المنازعات في علاقات تعاقدية داخلية أو دولية تجارية ومدنية.²

¹ - On entend par l'arbitrage l'institution d'une justice privé grâce a laque elles les litiges sont sou straits aux juridiction commun pour être résolus par individus revêtus pour la circonstance de la mission de les juges, Robert Dalloz, Paris 6 eme Edition, 1993, p 03.

² - سامي ، د فوزي محمد (1992)، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ص 10.

كما يعرف على أنه عبارة عن مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون¹.

ثالث: التعريف القضائي .

عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم على أنه اتفاق على عرض معين على محكمين وعدم التزود على حكمهم ولا تتضمن تكليفا للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم، وبمقتضى التحكيم تنصرف إرادة الأفراد عن عدم الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليلزموا فيه بحكم ملزم للأطراف². كذلك عرفه مجلس الدولة الفرنسي على أنه يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم³.

1- حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 94/1774، مجلة نقابة المحامين الأردنية، سنة 42، عام 1995، أعداد 7/8، ص 1985.

2- الحمال، د مصطفى محمد، عكاشة، د محمد عبد العال (1997)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، ط 1، دار الفكر العربي، ص 23.

3- عيسى، د عبد الله (2009)، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 102.

كما عرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه طريق استثنائي لفض النزاعات، ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاصة للتحكيم¹.

رابعاً: التعريف التشريعي.

عرف المشرع الفرنسي التحكيم في المادة الأولى من القانون رقم 42 لسنة 1993 المتعلق بالتحكيم على أنه : إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم².

وقد عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 1/10 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه: اتفاق الطرفين

¹- مناني فراح، مرجع سابق، ص 19.

²- Loi N 93-42 DU 26 AVRIL 1996- port promulgation du code de l'arbitrage, revue de l'arbitrage 1993, document p 721.

على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية¹.

كما نصت المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي حسب الصياغة المعتمدة من اللجنة المذكورة في 21 يونيو 1981 على أنه يقصد باتفاق التحكيم: " هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت والتي قد تنشأ فيما بينها بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية كالفعل الضار والإثراء بلا سبب ويجوز أن يكون شرط التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل².

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في القانون 08-09 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية و الادارية في مادته 1039 التي تنص على ما يلي: " يعد التحكيم دوليا

1 - عباس، د وليد محمد (2010)، التحكيم في المنازعات، الإدارية ذات طبيعة تعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 21.

2 - عمر، د محمدي علي (1997)، التحكيم في عقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص

بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل¹.

فالتحكيم إذا هو إتفاق الأطراف إلى الالتجاء إلى هيئة تحكيمية من أجل تسوية المنازعات المنشأت بينهم أو التي قد تنشأ بينهم بمناسبة علاقة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية .

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

أولا: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسس

أ- التحكيم الخاص: وفي هذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم، ويعتبر التحكيم خاصا ولو تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية، طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة².

1- سلامي، د ميلود، بوستة، د جمال (2017)، التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 5، ص 115.

2- مناني فراح، المرجع السابق، ص 50.

ب- التحكيم المؤسسي: وهو الذي يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم وتقتصر مهمتها على وضع قوائم بأسماء المحكمين، لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة وتوجد حالياً عدة مؤسسات وهيئات تحكيم كمركز تحكيم غرفة التجارة باريس، ومركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي¹.

ثانياً: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

أ- التحكيم الوطني: هو ذلك الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقاً لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني².

ب- التحكيم الدولي: وذلك إذا تعلق التحكيم برابطة قانونية محل النزاع بالتجارة الدولية وقد أخذت بهذا المعيار ومصالح التجارة الدولية، وذلك من خلال الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم الدولي لعام 1961 في المادة الأولى منها واتفاقية

1 - الحداد ، د حفيظة السيد (2004) ، الموجز في نظرية لتحكيم التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 90.

2 - المواجدة ، د مراد محمود (2010) ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الاردن، ص 36.

واشنطن العام 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات ذات طابع دولي¹.

ثالثا: التحكيم العادي أو التحكيم المطلق

أ- التحكيم العادي: وهو مدى تقيد المحكم بالقواعد القانونية فعندما يكون المحكم ملزما بحسم النزاع وفقا لقواعد القانون، فإن التحكيم يكون عاديا ويعرف التحكيم بالقانون أيضا².

ب- التحكيم المطلق: عندما يتفق الأطراف على إعفاء المحكم من تطبيق هذه القواعد ويحكم بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، والأصل هو التحكيم العادي أما التحكيم المطلق فهو استثناء³.

الفرع الثالث : صور إتفاق التحكيم

1 - أباريان ، د علاء (2008) ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 28 .

2 - بسكري، د رفيقة (2016)، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار لدولية، العدد 9، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ص 147.

3 - الجداد ، د حفيظة السيد (2004)، الموجز في نظرية التحكيم التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 92.

أولاً : شرط التحكيم.

يعرف شرط التحكيم على أنه اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد يتعاهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن العقد، يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بين الأطراف في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه¹ ويرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كبنود من بنوده².

ثانياً : مشاركة التحكيم.

يقصد بمشاركة التحكيم أنه اتفاق يبرمه الأطراف استقلالا عن العقد الأصلي بعد نشؤ نزاع فعلي بينهما بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض هذا النزاع³.

1- التحيوي، د محمد السيد عمر (2007) ، أركان الاتفاق على التحكيم شروطه وصحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 65.

2 - نفس المرجع، ص 67 وما بعدها.

3 - ناصف ، د حسام الدين فتحي (1999) ، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 14.

فهي تكون في حالة مجيء العقد المبرم بين الأطراف خاليا عند نشؤ النزاع من شرط تحكيم، فيتم إبرام مشاركة تحكيم من أجل عرض هذا النزاع على التحكيم لحله، ولهذا فهي اتفاق بينهم بمناسبة نزاع قائم فعلا¹.

ومن مميزات المشاركة أنها تتضمن الكثير من التفاصيل أم شرط التحكيم فهو يأتي بشكل مجمل في الغالب، ولا يعدو أن يكون إلا بندا من بنود العقد².

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، والفرض في هذه الصورة أن العقد الاصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم، وكان ذلك العقد النمطي من بين بنوده بندا أو شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم الأطراف

1 - سامي ، د فوزي محمد ، مرجع سابق ، ص 18.

2 - المواجهة ، د مراد محمود ، مرجع سابق ، ص 29.

به، بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الذي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم¹.

ويعد إخضاع النزاعات المتعلقة بالاستثمار إلى التحكيم التجاري الدولي من الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي²، ولذلك تجدهم حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم مع الدولة المضييفة ولو على حساب عدم إتمام العقد، وذلك لعدم ثقته بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضييفة لاستثماره.

المطلب الثاني : مفاهيم عامة عن الاستثمار الاجنبي

نتناول في هذا المطلب المفاهيم العامة عن الاستثمار الاجنبي و ذلك ببيان تعريف الاستثمار الاجنبي في الفرع الاول ، أما الفرع الثاني فنعرض فيه إلى دراسة أنواع الاستثمار الأجنبي .

الفرع الأول : تعريف الاستثمار الاجنبي

¹ - لزهري، د بن سعيد (2012) ، التحكيم التجاري الدولي ، دار هومة لنشر و التوزيع ، (الجزائر) ، ص 55 وما بعدها.

² - Hocine farida, l'influence de l'accueil de la sentence arbitrage par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercia, these doctorat, faculté de droit, université de TIZI OUZOU, 2012, p 13.

يعرف الاستثمار الاجنبي من الناحية الاقتصادية بأنه إضافة جديدة إلى الاصول الانتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية¹، أو أنه مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية إلى الثروة القومية أي مجموع المنتجات التي لا تستخدم ولا تستهلك خلال فترة حساب الناتج القومي ، بل تضاف إلى الثروة القومية أو إلى رصيد المجتمع من رأس المال².

يعرف الاستثمار الأجنبي من الناحية قانونية على أنه: كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكها بلد من البلدان، أو أنه الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تهدف إلى إنشاء أو التوسع في مشروع قائم³. أو أنه توجيه جانب من أموال المشروع أو خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية⁴.

1- أبو علي ، دمحم (1979)، مبادئ الاقتصاد التجميعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 76 وما بعدها .

2- الغزالي ، د عبد الحميد (1985)، مقدمة في الاقتصاديات الكلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 91 .

3- عبد الحفيظ ، د صفوت أحمد (2006)، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 21.

4 - شفيق ، د. محسن (1977) ، المشروع دور القوميات المتعددة من الناحية القانونية، العديدين، 1، 2، مجلة القانون والاقتصاد ، ص 238.

وعلى ذلك فإن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يمكن أن يعرف بأنه: "إتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر ، على سحب إختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تنشأ عن عقد استثمار بينهما ومنح هذا الاختصاص لجهة (الهيئة) للفصل في هذا النزاع و التي تسمى هيئة التحكيم ، على أن يكون أحد الاطراف دولة و الطرف الاخر مستثمر أجنبي¹".

الفرع الثاني

أنواع الاستثمار الأجنبي

أولاً - الاستثمار الاجنبي غير المباشر : هو أن المستثمر يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة لتقوم بهذا الاستثمار دون ان يكون للمستثمر أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم إدارة المشروع الاستثماري².

ثانياً - الاستثمار الأجنبي المباشر:

1- بسكري ، د رفيقة ، مرجع سابق ، ص 177.

2- عبد الحفيظ ، د صفوت أحمد ، مرجع سابق، ص 46.

يقصد به الاستثمار الذي يتم للحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم

بعمليات في إطار اقتصادي، ويتفرع هذا النوع إلى عدة أشكال إقتصادية كالآتي :

1- الشركات المتعددة الجنسيات:

وتعني وجود شركة ذات إمكانيات مالية وإدارية كبيرة تحاول مد نشاطها إلى

خارج إقليم الدولة التي توجد فيه (الدولة الأم) فتقوم بإنشاء (شركات تابعة) في

دولة أخرى، ويكون لهذه الأخيرة استقلال قانوني عن الشركة الأم المنشئة لها.

2- المشروع المشترك:

هو الذي يتشارك فيه طرفان (شخصيتان معنويتان) أو أكثر من دولتين مختلفتين

بصفة دائمة، والمشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في رأس المال ، بل تمتد أيضا

إلى الإدارة والخبرة وبراءات الاختراع والعلامات التجارية، ... إلخ¹.

3- مشروعات أو عمليات التجميع :

هذه المشروعات تأخذ شكل إتفاقية بين الاجنبي و الوطني سواء كان عام أو

خاص ، يتم بموجبها قيام الطرف الاول بتزويد الطرف الثاني بمكونات منتج معين

¹ - نفس المرجع ، ص 46.

لتجميعها لتصبح منتجا نهائيا ،مشروعات التجميع هذه قد تأخذ شكل الاستثمار المشترك أو التملك الكامل لمشروع الاستثمار للطرف الأجنبي¹.

المطلب الثالث :شروط خضوع منازعات عقود الاستثمار للتحكيم وفق اتفاقية واشنطن 1965:

جاءت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى (08 مارس 1965)، والتي بواسطتها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات بواشنطن "I.C.S.I.D" كمؤسسة مستقلة تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير، تستهدف تقديم خدمات التوفيق والتحكيم، مساهمة من البنك في تحسين مناخ الاستثمار، على نحو يحول دون قيام مواجهة بين الدولة المضيفة والدول التي يتبعها المستثمرون الأجانب، مما يؤدي إلى تشجيع انسياب الاستثمارات الاجنبية عبر الحدود للأغراض الإنتاجية².

1- كورتل ، د فريد ، بن عراب ، د عبد الكريم ، أشكال و محددات الاستثمار الاجنبي المباشر ، تم الاطلاع عليه بالموقع الالكتروني :www.iefpedia.com:بتاريخ 2019\10\02 ، ص 4.

2 - عبد الحفيظ ، د صفوت أحمد ، مرجع سابق، ص 464.

تستوجب هذه الاتفاقية شروط معينة حتى تخضع منازعات الاستثمارات الأجنبية

لتحكيمها وهي كالآتي :

- بالنسبة لأطراف عقود الاستثمار هما:
- الدولة كطرف في عقد الاستثمار.
- مستثمر تابع لدولة أخرى سواء كان شخص طبيعي أو معنوي.
- كما لا بد أن يوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز، كما لا يجوز الرجوع عن الموافقة بعد إعطائها أي أن يتجسد رضا الطرفين كتابيا حتى ينقصد الاختصاص للمركز من أجل التحكيم.
- كما تنص المادة 42 من اتفاقية واشنطن على أن تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها) ، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي، أي أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المتفق عليه من الأطراف وإن لم يتفقوا فإنه يطبق قانون الدولة المضيفة وإلا يتم تطبيق قواعد القانون الدولي العام .

- أما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيم هو قانون وأحكام الاتفاقية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا حسب المادة 44 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني

فعالية التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي

تهدف الدراسة في هذا المبحث بيان فعالية التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي لذلك ارتئينا بحث مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فخصصناه لتحليل آثار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لاتفاقية واشنطن .

المطلب الأول

مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي .

نتناول في هذا المطلب بيان مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي ، فتعرض في الفرع الأول إلى المبررات المتعلقة بحكم التحكيم ، وفي الفرع الثاني إلى المبررات المتعلقة بالمستثمر الأجنبي ، أما الفرع الثالث فنبحث فيه مبدأياً

إستقلال إتفاق التحكيم والاختصاص بالاختصاص كأحد مميزات شرط التحكيم ومن المبررات الدافعة إلى اللجوء إليه كوسيلة لتسوية المنازعات الاستثمار الاجنبي .

الفرع الأول

مبررات متعلقة بحكم التحكيم

1- السرعة في الإجراءات.

يتميز التحكيم بسرعة الإجراءات اللازمة للفصل في النزاع في أقل وقت إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت¹، تلك السرعة كي لا تتوافر عادة في النظم القانونية التقليدية والتي تعيق الفصل السريع في النزاع، فالأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة، والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم ترجع إلى عاملين.

الأول: يتعلق بإلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروض عليه في زمن معين

يحدده الأطراف، أما الثاني، فيتعلق بكون التحكيم نظاماً للتقاضي من درجة واحدة².

1 - الأسعد ، د بشار محمد (2009)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 19.

2 - سلامي ميلود، بوستة جمال، مرجع سابق، ص 117.

2- السرية:

أول ما يذكر في هذا الصدد هو ما يحققه التحكيم للخصوم من سرية، فالعلانية التي تحيط القضاء العادي من ضمانات للعدالة تنقلب وبالا على التجار إذا كان من شأنها إضاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوما¹. هذه السرية التي صارت من معالم التحكيم التجاري الدولي، هي التي تفسر قلة الإحصاءات المتعلقة به وندرة ما ينشر من قرارات المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم، غير أن هذه الاعتبارات النظرية لا تعادل في نظر التجار ما قد يترتب على التخلي عن السرية من أضرار عميقة وبالغة، إذ لا شك في أن التحكيم التجاري الدولي يفقد كثيرا من أنصاره إذا تجرد من طابعه السري².

3- بساطة إجراءات التحكيم:

تكمن بساطة إجراءات التحكيم في كون أنها تحدد من قبل الأطراف المتنازعة بهدف الوقت، ويكون ذلك عن طريق اختصار للإجراءات المعروفة أمام الجهات القضائية التي تتميز بطول مدتها وطول آجال الفصل في النزاع إلى الحد الذي يضر

1 - شفيق ، د محسن (1997)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 28 وما بعدها.

2 - نفس المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

بمصالح الشريك الخاص ، هذا من جهة ومن جهة أخرى اختصارات لدرجات التقاضي، حيث تصدر هيئة التحكيم حكم بات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار حكم التحكيم¹.

4- حفاظ التحكيم على العلاقة بين الطرفين:

يعتبر التحكيم طريقاً لتسوية النزاع عن طريق التفاهم بين الطرفين وليس طريقاً نزاعياً فظاً وعنيفاً مثل القضاء الوطني و بعد تسوية النزاع غالباً ما تستمر العلاقة بين الطرفين المتخاصمين، أما القضاء الوطني غالباً ما ينهي العلاقة بين الطرفين وعدم استمرارهما في التعاون مع بعضهما، ذلك لأن كل منهما يسعى إلى استعمال أساليب الكيد للطرف الآخر حتى يضمن صدور الحكم لصالحه، كما أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكبر من الحرية التي يتمتع بها القاضي في المحكمة، فالتحكيم يتيح للشريكين فرصة واسعة لتقديم وشرح وجهات نظرهم ومناقشتها مع المحكم ومع الطرف الآخر، كما أن للمحكم الوقت الكافي للنظر في النزاع عكس القاضي الذي لا

1 - خليفة ، د عبد العزيز عبد المنعم ، التحكيم، في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص 21.

يملك الوقت الكافي للاستماع إلى جميع وجهات نظر الأطراف حججهم، وذلك بسبب كثرة القضايا المعروضة أمامه¹.

5- كفاءة وخبرة المحكمين:

قد يكون القاضي بارعا في مجال اختصاصه، ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة في شؤون التجارة الدولية، الأمر الذي قد يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في كشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع، ما يؤدي لإضاعة الوقت وتحمل نفقات إضافية، لذلك يكون الأجد اللجوء إلى الخبير مباشرة، واختياره محكما، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف اختيار ما يشاءون من خبراء متخصصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، حيث أن تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة المختصة في الفصل في النزاع، الأمر الذي يؤدي للفصل في النزاع على نحو أفضل².

1 - علي، د رمضان ، دسوقي ، د عبد الكريم (2011) ، الحماية القانونية للاستثمارات الأدبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 479.

2- خالد ، د هشام (2008)، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 30.

ولا يلزم أن يكون المحكم رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار محكما مؤهلا لفهم طبيعة النزاع دون أن يضطر للاستعانة بخبراء، فيمكن اختيار مهندسا أو محاميا، أو طبيبا أو حرفيا، أو تاجر ... إلخ، ليصدر حكما يفصل في النزاع بحكم يحوز ثقة الأطراف وينهي الخصومة¹.

الفرع الثاني

مبررات متعلقة بالمستثمر الأجنبي

1- تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم:

نظرا لأن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يلقى الرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليها ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النوع.

¹- نزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 38.

لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار خوفا من استغلال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة¹.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون هي طرف فيها أمام القضاء الوطني لدولة أخرى وعلى الرغم من ميل الاتجاه الحديث إلى أعمال الدولة السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام إذ يظل الأصل هو التمتع بها تظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، مما يؤدي إلى إهدار حقوق المستثمر الأجنبي لذلك نجد المستثمر الأجنبي يحرص على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته في نزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة ولعدم ضمانه أن يكون موقفها حياديا بشكل كامل نحو النزاع، فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأيضا كانت المزايا التي تمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها فإنه في الأخير يبقى قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي

1 - بوختالة ، منى (2014)، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال للاستثمار، رسالة ماجستير، قانون عام كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ص 82.

تكون الدولة طرف فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية، ولعل في عقد " دزني وورلد" الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا أفضل مثال على ذلك، فلقد اشترط المستثمر الأجنبي الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم، غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس الدولة الفرنسي وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها نزولا في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تتخلى عن مجلس الدولة الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا والعالم وتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي وأخيرا قبلت فرنسا الشرط التحكيمي¹.

2- التحكيم يعتبر كضمانة للتشجيع على الاستثمار:

1- الأحذب ، د عبد الحميد (2012)، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية الذي أعده مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى 15 2012//02 منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمان الاستثمارات العربية الأوروبية، ط 1، ص 03.

سعى محترفو التجارة الدولية إلى إدراج شرط التحكيم في عقودهم، في الوقت الذي لم يعد فيه قضاء الدولة هو الوحيد المعني بالفصل في منازعات العقود الدولية، إذ أصبح منافسا لهذا القضاء، فضلا على رغبة ورأي المتعاملين في مجال التجارة الدولية يطرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة، خاصة لأن ذلك يشعرهم بالأمان والطمأنينة¹.

إذ أنه من المعروف لكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص، إذ يحتاج رأس المال إلى الأمن ذلك أن المستثمر يكون قلق وخائف على رأسماله ويحتاج في ذلك إلى الطمأنينة، فتشجيع الاستثمارات في هذه الحالة يستلزم وجوده ضمانات تبعث الراحة في المستثمر فتتزع القلق عن نفسه².

ومن أهم هذه الضمانات توفر القضائية منها لحماية استثماراته، فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال،

1 - عكاشة، د خالد كمال (2014)، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 170.

2- قاسم، أمال (2016)، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، ماستر، قانون الأعمال، كلية حقوق، جامعة أم البواقي، ص 15.

خصوصا وأن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بخصوص خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة الذي غالبا ما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب، ومن هنا يبدو التفاعل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر الغير تجارية، بحيث يعتبر التحكيم كوسيلة لفض المنازعات العادلة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات¹.

يعتبر التحكيم التجاري الدولي ذاته ثمرة لازدهار العلاقات الاقتصادية عبر الحدود، حيث وجد فيه التجار ورجال الأعمال ضالتهم، بوصفه قضاء متخصص يقوم بمهمة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقودهم الدولية، لما يتميز به من بسطة وسرعة الإجراءات، وهنا نركز على الطبيعة القضائية للتحكيم، إذ أن مهمة المحكم أشبه ما تكون بمهمة القاضي، ألا وهي الفصل في نزاع قائم بين متخاصمين بحكم جاسم مرتبا لآثار قانونية بالنسبة لكل طرف من أطراف النزاع².

3- أسباب القوة القاهرة:

1- الأسعد ، د بشار محمد ، مرجع سابق ، ص 23 وما بعدها.

2 - عبد الحفيظ ، د صفوت أحمد ، مرجع سابق، ص 533 وما بعدها.

تعرف القوة القاهرة بأنها مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة والتي تؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية ولا يعد ارتكابها لهذا الفعل المخالف لالتزاماتها موجبا للمسؤولية¹.

وبما أن القوة القاهرة تعد سببا من أسباب نشوء منازعات الاستثمار فإن هذه الأخيرة عندما تثور بشأنها القوة القاهرة فإنه يغلب عليها يحتاج هذه الحالة الطابع الفني، وعليه فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية أو وسيلة خاصة تتوافر لدى القائمين الخبرة والدراية العلمية الكافية، وهنا يظهر أهمية التحكيم كوسيلة مثلى وناجعة لفض مثل هذه المنازعات وتعود هذه الأهمية لعدم رغبة الأطراف في غالب الأحيان في إنهاء علاقتهم التعاقدية بسبب ظرف طارئ ومفاجئ أوجد حالة من القوة القاهرة ، بل أنهم قد يجدون من الأنسب لهم أن يعيدوا النظر في هذه العلاقة لتصبح أكثر توافقا وتناسب مع الظروف الجديدة².

1 - قاسم ، د طه أحمد علي (2008) ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، ط1 ، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ص 109 وما بعدها.

2 - منى بوختالة، مرجع سابق ، ص 85 وما بعدها.

ذلك ما يجعل من الاطراف غالبا ما يضعون ما يسمى بشرط القوة القاهرة ضمن العقد و يعددون من الحالات ما يعتبر قوة القاهرة أو يحيلون إلى قانون معين من أجل تحديد ما يعتبر قوة القاهرة .

فإذا لم يذكرها يدرجوا شرط القوة القاهرة في العقد فإنه يرجع تحديدها إلى الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم لاعادة التوازن المالي للعقد .
4- اجراءات الدولة المضيفة الانفرادية :

قد تقدم الدولة الطرف في اتفاقات الاستثمار على تأميم أو نزع الملكية المشروع محل هذا الاتفاق بهدف تحقيق الصالح العام ،إن التوجه العام يقضي بأنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتعرض لشرعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة ،و إنما يتعين أن ينحصر إختصاصها في حدود النظر في التعويضات الملائمة .
وهنا تظهر جدوى و فاعلية شرط التحكيم ، ذلك أن هذه الاجراءات الاستثنائية حتى لو غلب عليها الطابع السياسي فإن المنازعات التي تدور حولها هي ذات طابع قانوني يتعلق بمدى الضرر الذي لحق بالمستثمر حيال نقض الدولة لالتزاماتها و تعهداتها وهي من المسائل التي تدخل في الاختصاص الاصيل لهيئة التحكيم¹ .

كما يحمي التحكيم المستثمر الاجنبي من أي تعديلات تشريعية تقوم بها الدولة تمنعها من اللجوء إلى التحكيم و ذلك تكريسا لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم .

كما يجب الاشارة أنه تسعى الدول في الوقت الراهن إلى إضافة شرط المراقبة أو إعادة التفاوض خصوصا في العقود طويلة الاجل ، بينما يسعى المستثمر إلى إضافة شرط الثبات و الاستقرار خوفا من أي تعديلات تشريعية قد تقوم به الدولة المضيفة .

5- الأسباب الناتجة عن خرق المستثمر الاجنبي :

لا يمكن اسناد قيام منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الاجنبي إلى قيام الدولة بانتهاك حقوق ذلك المستثمر الاجنبي أو خرق الالتزامات الملقاة على عاتقها تجاهه ، بل تعود أسباب تلك المنازعات إلى المستثمر الاجنبي نفسه عن طريق خرقه للالتزامات التي يجب عليه القيام بها¹.

1 - الجازي ، د عمر مشهور حديثة (2002) ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 9-10 ، الاردن ، ص 11.

1- منى بوختالة ، مرجع سابق ، ص 92 .

الفرع الثالث

مبدأي إستقلال إتفاق التحكيم والاختصاص بالاختصاص

1- مبدأ استقلال اتفاق التحكيم:

ويقصد بهذا المبدأ أن لا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي . ويستند استقلالية الاتفاق التحكيمي إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الآخر ، ويعتبر آخر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي أو الأصلي ، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعا خاصا به يختلف عن الآخر، ويترتب على مبدأ استقلال التحكيم عن العقد الأصلي استمرار اتفاق التحكيم صحيحا رغم البطلان المحتمل للعقد الذي أدمج فيه¹.

2- مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

1- قادري ، دعبد العزيز (2004)، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر، ص 266.

يعد مبدأ الاختصاص من أهم آثار اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية، حيث أنه ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشأ أطراف اتفاق التحكيم¹.

ويترتب على هذا المبدأ ثرين هامين²، أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

- الأثر الإيجابي:

ويتمثل في كونه فسح المجال في مرحلة أولى للمحكمن لتجاوز الحجة القائلة بأنه ليس للمحكمن الحق بالنظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة قضاء الدولة هذا الاختصاص.

- الأثر السلبي: ويتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البث في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولاً وقبل أي جهة أخرى، حيث يمتنع على قضاء الدولة، الفصل في اتفاق التحكيم أو النظر في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبث فيها.

1- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 84.

2 - مني بوختالة، مرجع سابق، ص 121.

وقد أخذت بهذا المبدأ اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 41 منها حيث جاء فيها، هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها.

المطلب الثاني

أثار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

لاتفاقية واشنطن

يتميز نظام التحكيم اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمارات بأنه على درجة كبيرة من الفعالية، وهذا راجع إلى عدة عوامل ومن بين أهم هذه العوامل نذكر:

1- الطبيعة الإلزامية للأحكام الصادرة:

تعد الأحكام الصادرة من قبل هيئات تحكيم المركز ملزمة ونهائية، بحيث لا يمكن الطعن فيها بالاستئناف أو بأي طريق آخر من طرق الطعن إلا في حدود ما ورد في هذه الاتفاقية، إذ يجب على كل دولة أن تحترم التحكيم وتقوم بتنفيذه، وإلا اعتبر ذلك

انتهاك للاتفاقية، كما يؤدي إلى انتعاش حق الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة التي يتبعها المستثمر بجنسيته¹.

2- تنفيذ الأحكام:

إن اتفاقية واشنطن تضمن كل ما يصدر عن هيئات تحكيم المركز من أحكام، كما تلزم جميع الدول الأعضاء في اتفاقية بالاعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في نطاق لاتفاقية على اعتبار أنها أحكام ملزمة، وتضمن داخل أراضيها القيام بتنفيذ الآثار المالية التي يترتبها الحكم.

كما هو الحال بالنسبة لأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية للدولة، ولا تتمتع المحاكم الوطنية بسلطة مراجعة الأحكام أثناء تنفيذها، إلا أنه في حالة إصدار حكم ملزم ضد الدولة الطرف فإن القواعد المعروفة والخاصة بالحصانة ضد التنفيذ لن تسري على الأصول المرتبطة بتأدية الدولة لمهامها العامة².

3- التأثير الوقائي:

1- أمال قاسمي، مرجع سابق، ص 29.

2- الأسعد، د بشار محمد، مرجع سابق ص ص 158 - 160.

يتمتع نظام تسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية إنشاء المركز بتأثير فعال حتى وإن لم يتم استخدامه إلا أنه بمجرد وجود مثل هذا النظام من شأنه أن يؤثر على سلوك الأطراف فيما يتعلق باحتمال ظهور نزاعات لذلك، فإن كلا الطرفين سيحاول تجنب القيام بأي أعمال قد تدفعه في نهاية الأمر إلى الدخول في تحكيم قد لا يكون في صالحه فضلا عن أن إمكانية التقاضي تزيد من رغبة الأطراف في التسوية الودية¹.
إلا أن أهم أثر تحقيق في مجال الاختصاص القضائي الدولي بفعل الاستثمار الأجنبي هو تحول حصانة الدولة السياسة من الاختلاف إلى النسبية، سواء أكانت هذه الحصانة القضائية أثر للحكم أو ضد إجراءات التنفيذ، حيث أصبحت الحصانة نسبية أو المقيدة هي السائدة في العصر الحديث، وذلك بشأن ما تمارسه الدولة من نشاط اقتصادي أو تجاري، مما يمارسه الأفراد العاديون إذ يناسب هذا التحول الدور الجديد الذي أصبحت تقوم به الدولة في الوقت الراهن، حيث تخلت عن دورها التقليدي كدولة حارسة وأصبحت بمثابة الدولة التاجرة والدولة ربة العمل.

¹ - منى بوختالة، مرجع سابق، ص 149.

الخاتمة :

يعتبر التحكيم وسيلة جد فعالة و مهمة لفض النزاعات التي قد تحدث بين طرفي عقد الاستثمار الاجنبي ، خاصة بالنسبة إلى المستثمر الاجنبي الذي غالبا ما يشترط عرض النزاعات على هيئة التحكيم ، وذلك نظرا لما يمتاز به التحكيم من حيادية ، وسرية و سرعة في فض النزاعات ، وتخصص المحكمين وخبراتهم في مسائل الاستثمار الاجنبي ، كما أن التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي أمام مركز التحكيم الدولي لاتفاقية واشنطن أصبح واقعا ملموسا يفرض نفسه على الدول النامية ، و إنضمام و تصديق العديد من هذه الدول على هذه الاتفاقية ، وما تضمنته هذه الاتفاقية من قوة و حجية لحكم التحكيم أمام الدولة المضيفة والزامية تنفيذها لأحكام التحكيم الصادرة عن المركز هو ما يزيد من فعالية التحكيم و ضرورة اعتماده كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي ، كما نأمل تطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي بحيث لا يعدو ضمانه اجرائية للمستثمر الاجنبي فقط بل يجب أيضا أن يضمن حقوق الدول النامية خصوصا في العقود طويلة الأمد التي غالبا ما تبرمها الدول النامية حديثة العهد بالاستقلال و التي تكون مجبر على الموافقة على شروط المستثمرين التي تكون مجحفة في حقها لبناء البنى التحتية للدول و تكون

بذلك تبرم عقودا أشبه ما يكون بعقود الاذعان ، فيجب تطوير قواعد التحكيم بما
يضمن تحقيق التنمية المستدامة و ضمان حقوق الاجيال المستقبلية بالموارد
الطبيعية لبلادهم .

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية :

1- القواميس و المعاجم :

- الأزهري ، ابن منصور محمد بن أحمد ، تحقيق الغرباوي، عبد الكريم ،

مراجعة النجار ، محمد علي (2001)، تهذيب اللغة ، ج 4 ، الدار المصرية
للتأليف والترجمة.

- ابن منظور جمال الدين المصري (1999)، معجم لسان العرب ج 15،

المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر.

2- الكتب :

- الأسعد ، د بشار محمد (2009)، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات

عقود الاستثمارات الدولية، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- الحداد ، د حفيظة السيد (2004) ، الموجز في نظرية لتحكيم التجاري الدولي ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ناصف ، د حسام الدين فتحي (1999) ، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- أبو علي ، د حمد (1979)، مبادئ الاقتصاد التجميعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- عكاشة ، د خالد كمال (2014)، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- علي ، د رمضان ، دسوقي ، د عبد الكريم (2011)، الحماية القانونية للاستثمارات الأدبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، القاهرة.
- عبد الحفيظ ، د صفوت أحمد (2006) ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- عيسى ، د عبد الله (2009)، حكم التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- أبا ريان ، د علاء (2008) ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية.

- خليفة ، د عبد العزيز عبد المنعم (2006) ، التحكيم، في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، القاهرة.

- الغزالي ، د عبد الحميد (1985)، مقدمة في الاقتصاديات الكلية ، ط 1، دار النهضة العربية ، القاهرة .

سا

- مي ، د فوزي محمد (1992) ، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان.

- عبد العزيز ، د قادري (2004) ، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر.

- بن سعيد ، د لزهرا (2012) ، التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر.

- مناني، د فراح (2010)، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، ط 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.

- الحمال ، د مصطفى محمد ، عكاشة ، د محمد عبد العال (1997)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، ط 1، دار الفكر العربي.
- محمدي ، د علي عمر (1997)، التحكيم في عقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- المواجد ، د مراد محمود (2010)، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن.
- التحيوي ، د محمد السيد عمر (2007) ، أركان الاتفاق على التحكيم شروطه وصحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- شفيق ، د محسن (1997)، التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة.
- قاسم ، د طه أحمد علي (2008)، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية.
- عباس ، د وليد محمد (2010)، التحكيم في المنازعات، الإدارية ذات طبيعة تعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

- خالد ، د هشام (2008)، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة

الدولية، المجلد 1، منشأة المعارف، الإسكندرية.

4- مذكرات ورسائل :

- بوختالة، منى (2014) ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال

للاستثمار، رسالة ماجستير، قانون عام كلية الحقوق، جامعة قسنطينة.

- قاسم، أمال (2016)، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات

الاستثمار الأجنبي في الجزائر، ماستر، قانون الأعمال، كلية حقوق، جامعة أم

البواقي.

5- ابحاث ومقالات :

- الأحذب ، د عبد الحميد (2012)، آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات

الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات

العربية الأوروبية الذي أعده مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى

15 \02 \2012 منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمان الاستثمارات العربية

الأوروبية، ط 1.

- سلامي ، د ميلود، بوسته ، د جمال (مارس 2017)، التحكيم التجاري
كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار، العدد 5 ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات
القانونية والسياسية.

- بسكري ، د رفيقة (جوان 2016)، التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات
الاستثمار لدولية، العدد 9 ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية.

- الجازي ، د عمر مشهور حديثة (أيلول و تشرين الاول 2002) ، التحكيم
في منازعات عقود الاستثمار ، العدد 9-10 ،مجلة نقابة المحامين ، الاردن .

- شفيق ، د محسن (1977) ، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية
القانونية ، العدد 1-2،مجلة القانون و الاقتصاد .

- مجلة نقابة المحامين الأردنية، سنة 42، عام 1995، أعداد 7/8.

6- مواقع الكترونية :

- كورتل ، د فريد ، بن عراب ، د عبد الكريم ، أشكال و محددات الاستثمار

الاجنبي المباشر ، تم الاطلاع عليه بالموقع الالكتروني

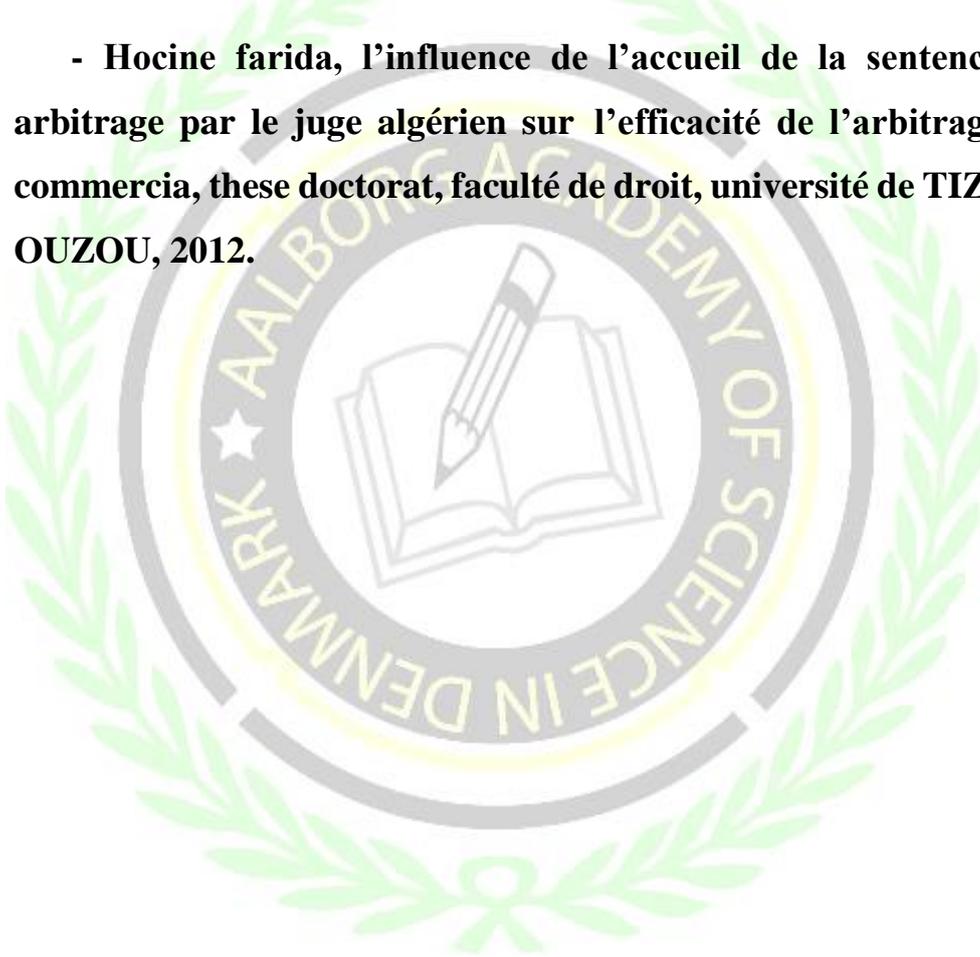
www.iefpedia.com: بتاريخ 2019\10\02.

ثانيا - مراجع باللغة الأجنبية :

- Robert, revêtus pour la circonstance de la mission de les juges, Dalloz, Paris 6 eme Edition, 1993.

- Loi N 93-42 DU 26 AVRIL 1996- port promulgation du code de l'arbitrage, revue de l'arbitrage 1993.

- Hocine farida, l'influence de l'accueil de la sentence arbitrage par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercia, these doctorat, faculté de droit, université de TIZI OUZOU, 2012.



(4)

حماية المدنيين في الحروب الأهلية

دراسة في القانون الدولي الإنساني

الدكتور باسم الدهامشة

المخلص

أدت ظاهرة الحروب الأهلية في العديد من الدول وبشكل خاص في الدول العربية إلى قتل وجرح وعاقة وتشريد الملايين من المدنيين مما سبب كارثة إنسانية كبيرة لحقت بالعديد من الشعوب. وعلى الرغم من شمول الحروب الأهلية بقواعد القانون الدولي الإنساني الخاصة بالحروب الدولية، وعقد العديد من المعاهدات الدولية، إلا أن تعرض المدنيين للخطر لا يزال قائماً بسبب عدم التزام الدول والمنظمات المسلحة الخارجة على القانون بقواعد القانون الدولي الإنساني.

ومن أهم أسباب الحروب الأهلية هو الصراعات الدولية بين الدول الكبرى التي عملت على الحرب بالوكالة وتجهيز الدول والمنظمات المسلحة بالأسلحة المتطورة لغرض إدامة القتال.

وقد توزعت الدراسة على مبحثين تناول الأول منها مفهوم المدنيين والحرب الأهلية وفي الثاني الجهود الدولية لحماية المدنيين . وقد انتهت الدراسة بخاتمة تضمنت أهم الاستنتاجات والتوصيات :

الكلمات الافتتاحية : حرب أهلية، مدنيين، عسكريين، دولي إنساني، قتل، تشريد .

PROTECT CIVILIANS IN CIVIL WARS
STUDY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW
★ DR. BASSEM AL-DAHAMISHA

Abstract

The phenomenon of civil wars in many countries, especially Arab countries, has led to the killing, wounding, hindrance and displacement of millions of civilians, which caused a great humanitarian catastrophe for many peoples. Although civil wars include the rules of international humanitarian law and the conclusion of many international treaties, the vulnerability of civilians remains in place because of the failure of states and armed outlaw organizations to comply with the rules of international humanitarian law.

Among the most important causes of civil wars is international conflicts between the major powers that worked on proxy war and supplying states and organizations armed with advanced weapons for the purpose of perpetuating the fighting.

The study was divided into two subjects, the first of which dealt with the concept of civilians and civil war, and in the second, international efforts to protect civilians. The study ended with a conclusion that included the most important conclusions and recommendations:

Keywords: civil war, civilians, military, international humanitarian, killing, displacement

المقدمة .

المدنيون هم سكان الدولة من الوطنيين والأجانب الذين لا يقاتلون أو يشاركون في العمليات المسلحة . أما الأهداف المدنية فهي كل ما يتعلق بحياة الإنسان المدنية وإن ضربها لا يحقق ميزة عسكرية . وكان ضرب المدنيين والأهداف المدنية من الوسائل المهمة التي كان ينبغي ضربها لما لها من تأثير على تدمير البنية الاقتصادية والاجتماعية والتي تؤثر على الموقف العسكري لأطراف النزاع. ذلك أن ضربها وإتلافها يؤثر على معنويات المدنيين والمقاتلين على السواء. ولكل مقاتل في جبهات القتال عائلة مدنية، وأن ضرب المدنيين والمواقع المدنية يعني استهداف عوائل العسكريين مما يؤثر سلبا على معنويات المقاتلين في القتال. وبعد

تطور القيم الإنسانية وبشكل خاص بعد الحرب العالمية الثانية اتجه المجتمع الدولي إلى منع ضرب المدنيين .

أهمية الدراسة : الحروب الأهلية تشكل ظاهرة مؤلمة وكان ضحايا الحرب العالمية الأولى يقدر بـ (60) مليون والحرب العالمية الثانية بـ (50) مليون أغلبهم من المدنيين . وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ظهرت مشكلة جديدة في الدول النامية وهي الحروب الأهلية التي احتدمت بشكل كبير . وكانت حصة الوطن العربي هي الأكثر من بين هذه الحروب . ويقدر ضحايا الحروب الأهلية في الدول العربية أكثر من (50) مليون بين قتيل وجريح ومشرد في لبنان والسودان وسوريا وليبيا واليمن والعراق، وتدمير البنية الأساسية في هذه الدول. ولا تزال العديد من تلك الحروب قائمة حتى كتابة هذه الدراسة. ولا يعرف متى توقف هذه الحروب .

مشكلة الدراسة : إن البحث في الماسي التي يتعرض لها الوطن العربي بسبب الحروب الأهلية تشكل كارثة إنسانية في العصر الراهن ، فالدول العربية دول فقيرة غير قادرة على النهوض بسبب الحروب الأهلية التي استنزفت الطاقات البشرية والمالية وتراجع الاقتصاد والتعليم والصحة والعمران ، وانه لا سبيل لهذه الأمة بالنهوض إلا بإحلال السلام والوئام بين أبناء الشعب العربي وأن دور الأمم المتحدة والمنظمات الإنسانية انحصر في تقديم المساعدات للدول العربية دون حل مشكلة هذه الحروب وإيقافها من أجل البدء بمرحلة البناء. لهذا يتوجب على الدراسات الإنسانية إن تتجه إلى حل المشكل وليس معالجة جزء من آثارها. كما يتطلب الأمر وقف الدعم الخارجي للحروب الأهلية في الدول العربية وتمويلها بالسلاح والمال. فإذا كانت العديد من الدول العربية لم تشهد حروبا أهلية فأن الغالبية منها مشتركة في ادامة الحروب الأهلية في الدول التي تشهد هذه الحروب، امام صمت جامعة الدول العربية. وإذا كان الأردن لم يشهد حربا أهلية ولم

يشترك في الحروب القائمة، إلا إن ذلك اثر بشكل كبير على الاقتصاد الأردني وحد من فعاليته. فالاردن تأثر من اثار هذه الحروب وإن لم يكن طرفا فيها. لهذا فأن الضرورة تقضي بوقف الحروب الأهلية وتلك مشكلة يمكن حلها. ولا بد من إشاعة احترام حقوق الإنسان ومبدأ قبول الآخر، والتداول السلمي للسلطة، كوسيلة لوقف أي حرب أهلية .

منهجية الدراسة : اعتمدت الدراسة على الاتفاقيات الدولية للقانون الدولي الإنساني التي حرمت ضرب المواقع المدنية، ومن ثم ممارسات الدول والمنظمات المسلحة. وبناء على ذلك فأن هذه الدراسة تعد دراسة وصفية تحليلية تطبيقية.

خطة الدراسة : تنحصر هذه الدراسة بحماية المدنيين في الحروب الأهلية ولا تتضمن الحروب الدولية ولا تتضمن ضرب المواقع المدنية،. لهذا فأن ما تناوله الدراسة هو مفهوم المدني، الذي يتمتع بالحماية، ووسائل حماية المدنيين في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول - مفهوم المدنيين والحرب الأهلية في القانون الدولي الإنساني .

المبحث الثاني - الوسائل الدولية والوطنية في حماية المدنيين في الحروب الأهلية .

المبحث الأول

مفهوم المدنيين والحرب الأهلية في القانون الدولي الإنساني

إن البحث في حماية المدنيين في الحروب الأهلية، يتطلب قبل كل شيء معرفة من هو المدني الذي يتطلب حمايته، كما يتطلب معرفة مفهوم الحروب الأهلية. وبناء على ذلك يتطلب هذا المبحث بحث مفهوم المدنيين والحرب الأهلية في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول - مفهوم المدنيين في القانون الدولي الإنساني .

المطلب الثاني - مفهوم الحرب الأهلية في القانون الدولي الإنساني .

المطلب الأول

مفهوم المدنيين في القانون الدولي الإنساني

يتمتع المدنيون بالحماية في المنازعات الدولية والحروب الأهلية. وقد أوجب القانون الدولي الإنساني إن توجه العمليات العسكرية نحو المقاتلين وعدم استهداف المدنيين. وستناول تعريف المدنيين في القانون الدولي الإنساني وتمييزهم عن العسكريين في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول - تعريف المدنيين في القانون الدولي الإنساني .

الفرع الثاني - التمييز بين المدنيين والعسكريين في القانون الدولي الإنساني .

الفرع الأول

تعريف المدنيين في القانون الدولي الإنساني

المدني civilian هو "الشخص الذي لا ينتمي إلى الشرطة أو الأمن أو القوات المسلحة أو المؤسسات العسكرية التابعة للدولة"¹. ويتم التمييز بين العسكريين وغيرهم ليس من الملابس التي يرتدونها وإنما على طبيعة عملهم وواجباتهم على المخاطرة بحياتهم لحماية عامة الناس من المواقف الخطرة مثل : حماية سيادة الدولة ومقاومة الإرهاب وأعمال الشغب والحرائق والحروب وكل من يحمل السلاح لتحقيق أغراض الدفاع عن الدولة والمجتمع . وليس كل من يحمل السلاح يعد عسكرياً، فلا يعد عسكرياً من المجرمين الذين يحملون السلاح، أو العاملين في المنظمات العسكرية الخاصة لمكافحة الجرائم، والمسלحون الخارجون عن القانون². والمدني ليس مقاتلاً ومن أفراد القوات المسلحة بمختلف أصنافها . والعسكري الذي يجوز قتاله هو الذي ينتمي إلى الجيش ومهمته هي القتال ، وهذا يعني إن ليس كل من ينتمي إلى الجيش هو مقاتل، وإنما يعد مدنياً وإن كان من أفراد القوات المسلحة ، ومن ذلك رجال الدين العسكريين

¹ Civilian". Merriam-Webster. Archived from the original on 2018-01-20. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/civilian>

² Adam Plantinga (October 1, 2014). 400 Things Cops Know: Street-Smart Lessons from a Veteran Patrolman. Quill Driver Books. p. 104–

والأطباء العاملين في المستشفيات العسكرية ، فهؤلاء يعدون من المدنيين¹. كما يشمل الأشخاص الذين يعملون في القوات المسلحة كالمقاولين والمراسلين الصحفيين وإن كانوا يعملون في اطار القوات المسلحة الرسمية ويرتدون الملابس العسكرية ، فطبيعة العمل هي التي تميز بين المدني والعسكري .

وقد حدد البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف المدني بأنه كل شخص لا ينتمي إلى القوات المسلحة القتالية الحكومية².

وتتسع حماية المدنيين لتشمل الأفراد الذين يحاولون مساعدتهم لا سيما أفراد الوحدات الطبية والمنظمات الإنسانية أو هيئات الإغاثة التي توفر اللوازم الأساسية مثل الغذاء والملبس والإمدادات الطبية وإن كانوا تابعين إلى القوات المسلحة الرسمية طالما إن مهمتهم هي مهمة إنسانية غير قتالية . ويُطلب من الأطراف المتحاربة السماح للمنظمات الإنسانية بالوصول إلى الضحايا

"Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ¹ and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. DEFINITION OF CIVILIANS AND CIVILIAN POPULATION". International Committee of the Red Cross.

² نصت المادة (50) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف على ما يأتي: " 1. المدني هو أي شخص لا ينتمي إلى إحدى فئات الأشخاص المشار إليهم في المادة A4 (1) و (2) و (3) و (6) من الاتفاقية الثالثة وفي المادة 43 من هذا البروتوكول. في حالة الشك فيما إذا كان الشخص مدنيًا ، يعتبر ذلك الشخص مدنيًا.

2. يتألف السكان المدنيون من جميع الأشخاص المدنيين.

3 - لا يحرم وجود الأفراد الذين لا يدخلون ضمن تعريف المدنيين داخل السكان المدنيين من طابعها المدني."

وتقديم المساعدات الإنسانية لهم من الخدمات الطبية والغذاء والدواء ، وتلزم اتفاقية جنيف الرابعة والبروتوكول لعام 1949 الإضافي الأول لعام 1977 بالتحديد الأطراف المتنازعة بتسهيل عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر¹.

ولم يكن مصطلح المدنيين مستعملاً في كتب الفقه الإسلامي القديمة ، ذلك أنه مصطلح حديث نسبياً، بحيث شاع استخدامه بعد ظهور القانون الدولي الإنساني ، ولكن ذلك لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يتناول أحكام المدنيين ، فالشريعة الإسلامية فرقت دائماً بين المقاتلين وغير المقاتلين في الحروب، وأن الذين يستهدفون بالعمليات العسكرية هم المقاتلون فقط ، وحرمت المساس بغير المقاتلين إلا في مساحات ضيقة جداً هي حالات الضرورة القصوى. ومفهوم المدنيين في الإسلام يشمل كل حربي لا يتأتى منه القتال صورة أو معنى، وذلك لاعتبارات بدنية أو عرفية كالنساء والصبيان والرسول وغيرهم من الناس الذين لا صلة لهم بالنشاطات العسكرية والحربية على اختلاف صورها، كما ويمكن تعريفهم أيضاً بأنهم غير المقاتلين من رعايا الدول التي بينها وبين الدولة الإسلامية حالة حرب، سواء الموجودين منهم في البلاد التي فتحها الإسلام عنوة أو الموجودين في بلدانهم، ولكنهم يدخلون الدولة الإسلامية بعقد أمان وإن كان بين الدولة الإسلامية وبلدانهم حالة حرب².

¹ يراجع تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان حماية المدنيين بموجب القانون الدولي الإنساني، المؤرخ في 2010/4/14.

² حسني الخطيب، مفهوم المدنيين وحقوقهم في الفقه الإسلامي، دراسة منشورة على موقع ساس SAS بتاريخ 2017/9/4، على الرابط: <https://www.sasapost.com/opinion/the-concept-of-civilians>

ومن الناحية العملية يصعب التمييز بين المدني وغيره بسبب طبيعة العمل التي يقوم به الشخص الذي يخدم في القوات المسلحة ، فالمقاولون يقومون ببناء المواقع العسكرية فهل يعد هؤلاء عسكريون طالما انهم يعملون لصالح القوات المسلحة .

الفرع الثاني

التمييز بين المدنيين والعسكريين

منع القانون الدولي الإنساني ضرب المدنيين، بصفتهم هذه، ، أو إن يكونوا محلاً للهجوم . كذلك تشتمل الصيغة المعدلة للبروتوكول الثاني من الاتفاقية بشأن أسلحة تقليدية معينة حظراً على توجيه الهجمات ضد المدنيين¹ ، ويرد مبدأ التمييز أيضاً في البروتوكول الثالث من الاتفاقية ذاتها والتي أصبحت تنطبق في النزاعات المسلحة غير الدولية وهي الحروب الأهلية . وتبعاً لتعديل في المادة الأولى منها تم اعتماده بالإجماع في العام 2001² ، كما جاء في اتفاقية أوتاوا لحظر الألغام الأرضية المضادة للأفراد أنّ الاتفاقية تستند من جملة أمور أخرى إلى "المبدأ الذي يوجب التمييز بين المدنيين والمقاتلين" فلا يجوز ضرب المدنيين ، أو توجيه العمليات الحربية ضدهم³.

1 المادة (3) من البروتوكول الثاني بشأن أسلحة تقليدية.

2 المادة 2 من البروتوكول الثالث من الاتفاقية بشأن أسلحة تقليدية

3 المادة 13 من البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف لعام 1977.

وبمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن " تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين، بصفقتهم هذه، أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية" يشكل جريمة حرب في النزاعات المسلحة غير الدولية¹.

وقد حددت المادة (13) من اتفاقيات جنيف لعام 1949، صفات الأشخاص الذين يعدون مقاتلين عسكريين تنطبق عليهم اتفاقيات جنيف وغيرهم يعد من المدنيين. والأشخاص الذين يعدون مقاتلين هم:

1- أفراد القوات المسلحة التابعين لأحد أطراف النزاع، وكذلك أفراد الميليشيات والوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة؛
2- أفراد الميليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع و يعملون داخل أو خارج الإقليم الذي ينتمون إليه، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً، على أن تتوفر الشروط التالية في هذه الميليشيات أو الوحدات المتطوعة، بما فيها حركات المقاومة المنظمة المشار إليها :

أ- أن يقودها شخص مسؤول عن قيادتهم؛

ب- أن تكون لها شارة مميزة محددة يمكن تمييزها من بعد؛

ج- أن تحمل الأسلحة جهاً؛

د- أن تلتزم في عملياتها بقوانين الحرب وعاداتها؛

3- أفراد القوات المسلحة النظامية الذين يعلنون ولائهم لحكومة أو لسلطة لا

تعترف بها الدولة الحاجزة؛

¹ المادة (8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.

- 4- الأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة دون أن يكونوا في الواقع جزءاً منها، كالأشخاص المدنيين الموجودين ضمن أطقم الطائرات الحربية، والمراسلين الحربيين، ومتعهدي التموين، وأفراد وحدات العمال أو الخدمات المختصة بالترفيه عن العسكريين، شريطة أن يكون لديهم تصريح من القوات المسلحة التي يرافقونها؛
- 5- أفراد الأطقم الملاحية، بمن فيهم القادة والملاحون ومساعدوهم في السفن التجارية وأطقم الطائرات المدنية التابعة لأطراف النزاع، الذين لا ينتفعون لمعاملة أفضل بمقتضى أي أحكام أخرى من القانون الدولي؛
- 6- سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو، لمقاومة القوات الغازية، دون أن يتوفر لهم الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية، شريطة أن يحملوا السلاح جهاً وأن يراعوا قوانين الحرب وعاداتها¹؛
- 7- المراسل الحربي الذي يرافق القوات المسلحة وإن كان يرتدي الملابس العسكرية².
- فهؤلاء وحدهم يعدون من المقاتلين الذين يعدون من العسكريين، وغيرهم يعد من المدنيين ولا يتمتع بالحماية التي يتمتع بها هؤلاء. وهذا لا يعني إن المدني الذي يحمل السلاح لا يتمتع بحماية. إذ تبقى العوامل الإنسانية قائمة، ويعد المدني الذي يحمل السلاح خارجاً عن القانون ويخضع للمحاكمة العادلة.

¹ المادة (32) المشتركة في اتفاقيات جنيف لعام 1949.

² يراجع عن المراسل الحربي:

Nussbaum, Louis Frédéric et al. (2005). "Hyōbusho" in Japan Encyclopedia, p. 692., p. 692

ويفقد المدني الصفة المدنية إذا حمل السلاح ووقف إلى جانب القوات المسلحة. وقد أوضحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بان هؤلاء يعتبرون مقاتلين أو محاربين غير شرعيين unlawful ومحرومين من الامتيازات التي تمنح للعسكريين والدولة مسؤولة عن انخراط هؤلاء بالقوات المسلحة¹، لكون وجودهم يعد خطرا بسبب عدم معرفتهم فنون القتال وقواعد الاشتباكات المسلحة .

والمقاتلون في الحروب الأهلية على صنفين :

الأول افراد القوات المسلحة بمختلف أصنافها الذين يقاتلون للدفاع عن الدولة، والقوات المتطوعة التي تنطبق عليهم شروط المادة (13) المشتركة في اتفاقيات جنيف لعام 1949، بان يخضعون لتسلسل المسؤولية ويحملون السلاح علنا، ويطبقون قواعد القتال المسلح، ويرتدون ملابس موحدة وخاصة تحمل إشارات تدل عليهم. وهؤلاء يعدون مقاتلين يتمتعون بالحماية التي قررها لهم القانون الدولي الإنساني .

أما الصنف الثاني فهم الأشخاص الذين يقاتلون الحكومة أو يقاتلون تنظيمات مسلحة أخرى ضمن تنظيمات عسكرية خاصة بهم. فهؤلاء أيضا يتمتعون بحماية دولية إذا ما طبقوا قواعد القانون الدولي الإنساني وقواعد قانون الحرب. وكل ما تفعله الدولة ضدهم في حالة القبض عليهم هو إحالتهم إلى المحاكم العادية في الدولة إذا ما خالفوا قوانين الدولة وارتكبوا جرائم، مع احترام شخصهم وكرامتهم طبقا لقواعد القانون الدولي الإنساني .

¹ Chisholm, Hugh, ed. (1911). "Belligerency". Encyclopædia Britannica. 3 (11th ed.). Cambridge University Press. https://en.wikisource.org/wiki/1911_Encyclop%C3%A6dia_Britannica

وفي حالة انتصار الفصائل المسلحة في الحرب الأهلية فإن عليهم إن يعاملوا أفراد القوات المسلحة معاملة إنسانية طبقا لقواعد القانون الدولي الإنساني، ومحاكمتهم عن الجرائم التي ارتكبت من قبلهم .

المطلب الثاني

الحروب الأهلية في القانون الدولي الإنساني

يتعرض المدنيون في الوقت الحاضر إلى العمليات المسلحة من قبل الدول والمنظمات المقاتلة ضدها. وقد أدى ذلك إلى قتل وجرح الملايين من المدنيين بسبب الحروب الأهلية، وسنتناول في هذا المطلب مفهوم الحروب الأهلية وتعرض المدنيين لآثار العمليات الحربية في الحروب الأهلية في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول - مفهوم الحروب الأهلية .

الفرع الثاني - تعرض المدنيين لآثار العمليات المسلحة في الحروب الأهلية .

الفرع الأول

مفهوم الحروب الأهلية

الحرب الأهلية *civil war*، من الحروب القديمة في التاريخ البشري والمعروفة أيضاً باسم الحرب الشديدة *intrastate war* في الصراعات المسلحة¹، وهي حرب بين مجموعات منظمة داخل الدولة. وقد يكون الهدف من جانب واحد هو السيطرة على البلد أو المنطقة، لتحقيق الاستقلال للمنطقة أو تغيير السياسات الحكومية².

وتعد الحرب الأهلية صراعات شديدة، وغالباً ما تشمل القوات المسلحة النظامية وتكون مستدامة ومنظمة وواسعة النطاق. قد تؤدي الحروب الأهلية إلى سقوط أعداد كبيرة من الضحايا واستهلاك موارد كبيرة³. تنطوي معظم الحروب الأهلية الحديثة على تدخل القوى الخارجية. وفقاً لباتريك ريغان في كتابه "الحروب الأهلية والقوى الأجنبية (2000)"، فإن حوالي ثلثي الـ 138 حرباً أهلية بين نهاية

Jackson, Richard (28 March 2014). "Towards an Understanding of ¹ Contemporary Intrastate War". *Government and Opposition*. 42 (1): 121–128.

Civil War" Archived 2007-03-17 at the Wayback Machine in Foreign ² Affairs, March/April 2007. For further discussion on civil war classification, see the section "Formal classification".

Ann Hironaka, *Neverending Wars: The International Community, ³ Weak States, and the Perpetuation of Civil War*, Harvard University Press: Cambridge, Mass., 2005, p. 3,

الحرب العالمية الثانية شهدوا تدخلًا دوليًا ، مع تدخل الولايات المتحدة في 35 من هذه الصراعات¹.

أن معدل ظهور حروب أهلية جديدة كان ثابتًا نسبيًا منذ منتصف القرن التاسع عشر ، فقد أدى طول هذه الحروب المتزايد إلى تزايد أعداد الحروب المستمرة في أي وقت. على سبيل المثال لم تحدث أكثر من خمس حروب أهلية في وقت واحد في النصف الأول من القرن العشرين ، بينما كانت هناك أكثر من 20 حربًا أهلية متزامنة بالقرب من نهاية الحرب الباردة. ومنذ عام 1945 أسفرت الحروب الأهلية عن مقتل أكثر من 25 مليون شخص ، فضلاً عن النزوح القسري لملايين آخرين . وأدت الحروب الأهلية إلى انهيار اقتصادي ، وتعد كل من الصومال وبورما (ميانمار) وأوغندا وأنغولا أمثلة على دول كانت تعتبر مستقبلاً واعدًا قبل أن تغمرها الحروب الأهلية².

يعرّف جيمس فيرون James Fearon ، وهو باحث في الحروب الأهلية بجامعة ستانفورد ، الحرب الأهلية بأنها " نزاع عنيف داخل بلد تقاتله جماعات منظمة تهدف إلى الاستيلاء على السلطة في المركز أو في المنطقة ، أو لتغيير سياسات الحكومة³ . ويعرّف بعض علماء السياسة الحرب الأهلية بأنها تضم أكثر

¹ Civil Wars and Foreign Powers: Outside Intervention in Intrastate Conflict". Foreign Affairs (July/August 2000). 2009-01-28. <https://www.foreignaffairs.com>

² Hironaka (2005), op. cit, pp., 4-5

³ Jackson, Richard (28 March 2014). "Towards an Understanding of Contemporary Intrastate War". Government and Opposition. 42

من 1000 ضحية في السنة¹ ، بينما يحدد آخرون أن 100 على الأقل من كل جانب².

وتعرف الحرب الأهلية أيضا : "بأنها صراع مسلح بين مجاميع منظمة داخل البلد الواحد، أو بين دولتين كانتا في السابق دولة واحدة، وهو صراع قد يكون بدافع رغبة إحدى المجموعات في الانفصال لتكوين دولتها الخاصة بها، أو لتغيير سياسة بلادها أو الاستئثار بالحكم، وغالبا ما يكون أحد أطراف الصراع جيشا نظاميا"³.

وفقا لدراسة مراجعة لأبحاث الحرب الأهلية لعام 2017 ، هناك ثلاثة تفسيرات بارزة للحرب الأهلية : تفسيرات قائمة على الجشع تركز على رغبة الأفراد في زيادة أرباحهم ، وتفسيرات قائمة على التظلمات grievance-based تركز على النزاع كرد فعل على النزاع الاجتماعي الاقتصادي ، أو الظلم السياسي والتفسيرات القائمة على الفرص والتي تركز على العوامل التي تجعل من السهل الانخراط في التعبئة العنيفة violent mobilization . ووفقا للدراسة ، فإن التفسير الأكثر تأثيرا لبداية الحرب الأهلية هو التفسير القائم على الفرص explanation من قبل جيمس فيرون وديفيد لايتين في مقالتهما في مجلة العلوم

¹ Edward Wong, "A Matter of Definition: What Makes a Civil War, and Who Declares It So?" New York Times. November 26, 2006

² Edward Wong, "A Matter of Definition: What Makes a Civil War, and Who Declares It So?" New York Times. November 26, 2006

³ جمال د. محمد عاكف، حول مفهوم الحرب الأهلية، دراسة منشورة على موقع جريدة البيان بتاريخ 2014/3/7 / على الرابط: <https://www.albayan.ae/opinions/articles/2014>

السياسية الأمريكية عام 2003 وهو الوصول إلى السلطة¹. ومن الناحية الواقعية فإن أغلب الحروب الأهلية تعود إلى صراعات سياسية ، أو اقتصادية ، أو دينية ، أو قومية ، أو اثنية ، أو ما يلحق من ظلم لفئة معينة من المجتمع. كما تلعب المصالح الدولية دورا كبيرا في الحروب الأهلية².

واطراف الحرب الأهلية :

- 1- انقسام بين صفوف القوات المسلحة كالعصيان والتمرد والقتال بين تلك القوات .
 - 2- الحرب بين القوات المسلحة الرسمية ومجموعات مسلحة خارجة عن القانون كما هو الحال في محاربة داعش في العراق .
 - 3- القتال بين القوات المسلحة ومجموعات منظمة تهدف السيطرة على السلطة بالقوة، كما هو الحال في سوريا؛
 - 4- القتال بين المنظمات المسلحة ذاتها وبشكل خاص في حالة انهيار الدولة كما هو الحال في لبنان والسودان وليبيا؛
- والمعيار الذي يعتمد عليه في الحروب الأهلية هو إن تكون الحرب الأهلية لأسباب سياسية ، أو دينية ، أو عرقية ، أو اثنية. اما إذا كانت عصابات مسلحة لغرض السرقة والقتل فانها لا تعد حربا مسلحة بل حرب عصابات.

¹ Cederman, Lars-Erik; Vogt, Manuel (2017-07-26). "Dynamics and Logics of Civil War" (PDF). *Journal of Conflict Resolution*. 61

² Collier, Paul, Anke Hoeffler and Nicholas Sambanis, "The Collier-Hoeffler Model of Civil War Onset and the Case Study Project Research Design," in Collier & Sambanis, Vol 1, p. 13

ومن الحروب الأهلية المفجعة في الوطن العربي الحرب الأهلية في لبنان التي بدأت من تاريخ 1975/3/13 والتي أدت إلى قتل الآلاف من المواطنين المدنيين واستمرت خمسة عشر عاما¹، والحرب الأهلية في السودان وهي الحرب الأهلية الثانية 1983 – 2005 تعد استكمالاً للأولى تسببت في مقتل حوالي 1.9 سوداني وتشريد 4 ملايين آخرين²، والحرب الأهلية في سوريا منذ عام 2011 والتي ذهب ضحيتها الملايين بين قتيل وجريح ومشرّد³، والحرب الأهلية في ليبيا منذ عام 2014 والحرب الأهلية في اليمن منذ عام 2015، وإن هذه الحروب لا تزال قائمة حتى كتابة هذه السطور⁴.

ومن الناحية العملية فإن الحروب الأهلية التي يشهدها الوطن العربي، هي حروب بالوكالة عن المصالح الدولية وبشكل خاص مصالح الدول الكبرى.

¹ ناديا الخلاق، بعد 44 عاما - الحرب الأهلية اللبنانية، دراسة منشورة على موقع ICC بتاريخ 2019/4/13، على الرابط: <https://www.aa.com.tr/ar>

² ندى غانم واحمد زكي واحمد أبو بكر، الحروب الأهلية العربية قراءة استشرافية، صحيفة الوطن تاريخ النشر 2012/8/28، على الرابط: <https://www.elwatannews.com/news/details/42497>

³ Assad Authorizes Iraq to Attack ISIS in Syria , Haaretz, Dec 30, 2018.

⁴ Mohamed, Esam; Michael, Maggie (20 May 2014). "2 Ranking Libyan Officials Side With Rogue General". ABC News. Archived from the original on 26 May 2014. Retrieved 21 May 2014.

الفرع الثاني

أسباب ضرب المدنيين في الحروب الأهلية

يصعب في الوقت الحاضر التمييز بين المدنيين والعسكريين في اغلب الحروب الأهلية في العديد من الدول مثل ليبيا وسوريا واليمن والعراق وغيرها من الدول ولا يزال الوضع الفعلي للمدنيين في الحرب الحديثة يمثل مشكلة¹ من حيث :

1- أن العديد من الحروب الحديثة هي في الأساس حروب أهلية *civil wars*، يكون فيها تطبيق قوانين الحرب غالبًا صعبًا ، والتي يصعب فيها التمييز بين المقاتلين والمدنيين .

2- حرب العصابات *warfare* والإرهاب *terrorism*، وكلاهما يميل إلى إشراك المقاتلين الذين يتولون ظهور المدنيين . وهذه الجهات وإن كانت ليست حربا أهلية الا انها تأخذ ذات المسار في عملية القتال .

3- نمو مذاهب "الحرب القائمة على الآثار" *effects-based war*، والتي بموجبها يكون التركيز على مهاجمة المقاتلين الأعداء أقل من التركيز على تقويض مصادر قوة نظام العدو ، والتي قد تشمل على ما يبدو أشياء مدنية مثل استهداف محطات الطاقة الكهربائية ؛

¹ Hugo Slim, *Killing Civilians: Method, Madness and Morality in War*, 1
Hurst, London, 2008.p. 6ss

4- استخدام "القانون الداخلي" ، والإعلام مصطلحا إلى محاولات تشويه سمعة الطرف الآخر بأنه ينتهك قوانين الحرب من أجل تدميره والقضاء عليه على سبيل المثال مهاجمة المدنيين الذين استخدموا عمداً كدروع بشرية ؛

5- يصبح هدف المدنيين غامضاً في المجتمعات التي تستخدم التجنيد الإجباري على نطاق واسع ، أو "المجتمعات العسكرية" التي يتلقى فيها معظم البالغين تدريبات عسكرية. فالأشخاص الذين يقاتلون في الجيش لم يقاتلوا برغبتهم ولكنهم مجبرون على القتال فهل يجوز جعل هؤلاء هدفاً عسكرياً مناسباً ، أو أنهم من المدنيين؟¹؛

6- بدءاً من الثمانينات ، غالباً ما نجد العديد من المزارع بأن 90 في المائة من ضحايا الحروب الحديثة كانوا مدنيين. وأغلب هؤلاء كانوا يحملون الأسلحة ضد جهات معينة . على الرغم من أنهم لا يرتدون ملابس عسكرية ولكنهم يعملون في منظمات عسكرية، فهل يعد هؤلاء مدنيين؟².

7- منذ بداية القرن الحادي والعشرين بدأت موجة جديدة في قتال المدنيين بان كل من يتصدى للقوات الأجنبية الغازية يعد إرهابياً عسكرياً يجب مقاتله واعتباره

1 Neate, Rupert (4 June 2014). "Desmond Tutu tells G4S to stop supplying to Israel prisons". The Guardian. 0261-3077. Retrieved 19 September 2019 – via www.theguardian.com.

2 (Jean Pictet (1997) Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1958) Archived 2007-07-12 at the Wayback Machine, p. 51.

إرهابيا. ومن الصعوبة التمييز في وقت القتال بين من حمل السلاح ومن لا يحمل السلاح¹.

8- إن الحروب الأهلية تقع في الغالب في المدن. ولما كان جميع سكان المدن هم من المدنيين فإنهم يتعرضون لأثار الحرب الأهلية بشكل كبير، وبشكل من النساء والأطفال.

وقد حددت منظمة الأمم المتحدة الكوارث التي يتعرض لها المدنيين في العديد من دول العالم، وأوضحت بانه على الرغم من القواعد القانونية العديدة التي تحرم ضرب المدنيين فإن التطورات المثيرة للقلق العميق في العصر الراهن هددت بتوسيع الفجوة بين الالتزام الذي أعرب عنه رؤساء الدول والحكومات والواقع اليومي الذي يواجهه السكان المدنيون في جميع أنحاء العالم. وهناك مجموعة من الأوضاع اليوم حيث يتعرض السكان فيها لخطر جرائم المسؤولية عن الحماية، أو حيث يتواصل ارتكاب تلك الجرائم. وتقع هذه الأزمات على خلفية تراجع المسؤولية الدولية، وانحسار احترام القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، والانقسام السياسي في هيئات صنع القرار الرئيسية مثل مجلس الأمن الدولي، وتوفر مستوى من الانهزامية بشأن تعزيز جداول أعمال طموحة مثل الحماية . وهناك تجاهلاً مزعجاً للمبادئ الأساسية للقانون الدولي ، ففي العديد من الصراعات المسلحة التي أشعلت في السنوات الأخيرة ، فإن أطراف النزاع تقوم بانتهاك القانون الدولي الإنساني عمداً؛ حيث إننا نشهد هجمات واسعة النطاق وصارخة على المواقع المدنية

¹ Adam Roberts and Timothy Garton Ash (eds.), *Civil Resistance and Power Politics: The Experience of Non-violent Action from Gandhi to the Present*, Oxford University Press, 2009 [1], pp. 179-96

المحمية، مثل المستشفيات والمدارس، فضلاً عن الأشخاص المحميين، بما في ذلك العاملين في المجال الإنساني والعاملين في مجال الرعاية الصحية¹.

ومن الآثار المؤلمة في الوطن العربي التي لحقت بالمدنيين التي تناولها تقرير الأمم المتحدة هو محاصرة المجتمعات المدنية في سوريا، وحرمانها من الإغاثة الإنسانية، تثير القلق بشكل خاص، لأنها تسبب معاناة لا يمكن تصورها. ويواجه المدنيون في مناطق الصراع خطر المجاعة أو الموت بسبب الحاجة إلى المساعدة الطبية الأساسية. كما يستمر استهداف الصحفيين والمدافعين عن حقوق الإنسان بأعداد مقلقة. ومن الحقائق المثيرة للقلق أنه على الرغم من ظهور الجماعات المسلحة الوحشية غير الحكومية، فإن أخطر الانتهاكات للقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان، التي يمكن أن ترقى إلى مستوى الجرائم الفظيعة، فلا تزال تقوم بارتكابها القوات المسلحة التابعة للدول والمليشيات المساعدة لها. وبالمثل، فإن الحكومات تفشل في محاسبة مرتكبي الجرائم الفظيعة على ما اقترفوه من أفعال. وعلى الصعيد الدولي، هناك بعض الدول الأطراف في نظام روما الأساسي، الذي أنشئت بموجبه المحكمة الجنائية الدولية، التي لا تتعاون مع المحكمة فحسب، بل أيضاً لا تتخذ خطوات للانسحاب من النظام الأساسي لتفادي التحقيق في الجرائم الفظيعة ومقاضاة مرتكبيها. ويعارض مجلس الأمن بصورة متزايدة إحالة الحالات إلى المحكمة، ومن الواضح أن بعض الزعماء السياسيين يسعون بوضوح إلى الحصول على الحصانة من المساءلة القانونية².

¹ نبذة عن الكاتب إيفان سيمونوفيتش، المستشار الخاص للأمين العام المعني بالمسؤولية عن الحماية، بعنوان المسؤولية الدولية، منشور على موقع الأمم المتحدة وثيقة الأمم المتحدة رقم

A/HRC/RES/33/19

² تقرير الأمم المتحدة في الوثيقة المرقمة A/70/741-S/2016/71

يتأثر المدنيون بشكل كبير في الحرب الأهلية أكثر مما يتأثرون به في الحروب الدولية، ذلك إن الحرب الأهلية غالباً تقع داخل المدن. لهذا يتعرض المدنيون في المدن أما إلى القتل ، أو الجرح ، أو التهجير داخل ، أو خارج بلدهم. وتعد هذه الحالة من أكثر المسائل المفجعة في العصر الراهن، إذ نجد الملايين من المهجرين في العديد من الدول العربية وإن العديد منهم هاجر إلى دولاً أخرى.



المبحث الثاني

وسائل حماية المدنيين في الحروب الأهلية

في القانون الدولي الإنساني

على الرغم من الأثار الكبيرة التي خلفتها الحربين العالميتين الأولى والثانية، إلا أن الحروب الأهلية أدت هي الأخرى إلى كوارث إنسانية تسببت في قتل وتهجير الملايين من البشر. لهذا فقد تنبه المجتمع الدولي واضفى على الحروب الأهلية ما يطبق على الحروب الدولية.

ومن الواضح أن الحكومات لا تصدر قوانين لحماية المقاتلين في الحروب الأهلية لكونها هي الطرف الرئيس في هذه الحروب، لذا فإن هذه المهمة يضطلع بها القانون الدولي. وبناء على ذلك فقد عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية وأنشئت العدد من المحاكم الدولية لحماية المدنيين في الحروب الأهلية وحماية المقاتلين.

وبناء على ذلك سنتناول الإجراءات التي اتخذها القانون الدولي الإنساني في حماية المدنيين في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول - الوسائل الدولية في حماية المدنيين .

المطلب الثاني - دور المحاكم الدولية والجهود الداخلية بحماية المدنيين .

المطلب الأول

الوسائل الدولية في حماية المدنيين

بسبب الاثار التي سببتها الحروب الدولية فقد اهتم المجتمع الدولي في إيجاد الوسائل الكفيلة في حماية المدنيين فعقدت العديد من الاتفاقيات الدولية وبشكل خاص بعد الحرب العالمية الثانية، كما أن للمحاكم الدور الكبير في محاكمة الأشخاص الذين لا ينتهكون قواعد القانون الدولي الإنساني. وبناء على ذلك يتضمن هذا المطلب الفرعين الآتيين :

الفرع الاول - القواعد القانونية الخاصة بحماية المدنيين .

الفرع الثاني - دور المحاكم الدولية المختصة في حماية المدنيين .

الفرع الأول

القواعد القانونية الخاصة بحماية المدنيين

أوجب القانون الدولي الإنساني على أن المدنيين يجب أن يعاملوا معاملة إنسانية في الحروب الدولية والأهلية وفي جميع الظروف ودون أي تمييز ضار ويجب حمايتهم ضد كل أشكال العنف والمعاملة المهينة بما فيها القتل والتعذيب ويحق لهم أيضا في حال محاكمتهم الخضوع لمحاكمة عادلة توفر لهم جميع الضمانات القضائية الأساسية. وبينما يشمل القانون الدولي الإنساني جميع المدنيين بالحماية دون أي تمييز، فإنه يخص بالذكر جماعات معينة، إذ يعتبر أن النساء والأطفال والأشخاص المسنين والمرضى يشكلون فئات شديدة الضعف أثناء النزاعات المسلحة، وكذلك الأشخاص الذين يفرون من بيوتهم فيصبحون نازحين

داخل بلدانهم أو لاجئين. ويحظر القانون الدولي الإنساني الترحيل القسري عن طريق ممارسة التخويف أو العنف أو التجويع. وكثيراً ما تؤدي النزاعات المسلحة إلى تشرد العائلات. وعلى الدول أن تأخذ جميع التدابير المناسبة لتفادي وقوع ذلك وأن تبادر بإعادة الاتصالات العائلية من خلال إتاحة المعلومات وتيسير أنشطة البحث عن المفقودين¹.

ولا يجوز استخدام السكان المدنيين أو الأفراد المدنيين أو تنقلهم لجعل بعض المواقع أو المناطق في مأمن من العمليات العسكرية، ولا سيما في محاولة لحماية الأهداف العسكرية من الهجمات، أو حماية العمليات العسكرية أو إدارتها أو إعاقتها. ولا يجوز لأطراف النزاع أن توجه عملية تنقل السكان المدنيين من أجل محاولة حماية الأهداف العسكرية من الهجمات أو حماية العمليات العسكرية. إلا أن البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف لعام 1949، قد يبين أنه حتى لو لجأ أحد أطراف النزاع إلى الاحتماء بالمدنيين، وهو انتهاك للقانون الدولي، فإن ذلك لا يعفي أطراف النزاع من التزاماتها القانونية فيما يتعلق بحماية السكان المدنيين والأفراد المدنيين².

وقد الزم القانون الدولي الإنساني، الدول إنشاء مناطق صحية ومواقع آمنة لحماية الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال دون سن الخامسة عشرة والحوامل، كذلك يمكن إنشاء مناطق محيطة لحماية الجرحى والمرضى من المقاتلين وغير المقاتلين، وكذلك المدنيين الذين لا يشتركون في العمليات العدائية. وأكدت على منع مهاجمة المستشفيات المدنية المعدة لتقديم الرعاية الصحية

¹ يراجع تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان حماية المدنيين بموجب القانون الدولي الإنساني، المؤرخ في 2010/4/14.

² المادة 51/17 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف.

كما يجب احترام وحماية الموظفين العاملين في إدارة وتشغيل المستشفيات، بمن فيهم طواقم الإسعاف والممرضين والمسعفين الذين يقومون بنقل وإخلاء الجرحى من أماكن العمليات ذات الطابع العسكري¹.

والحماية التي تمنحها اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافيان للمدنيين حماية شاملة، أما التطبيق فكان هو المشكلة التي طبعت السنوات الخمسين الماضية. فلم تحترم الدول ولا الجماعات المسلحة من غير الدول التزاماتها على نحو مناسب. وظل المدنيون يعانون معاناة فائقة في كل النزاعات المسلحة تقريباً. وقد استُهدف المدنيون بوجه خاص في بعض النزاعات وتعرضوا لأعمال وحشية فظيعة لم تقم وزناً لا للأسس المطلقة لاتفاقيات جنيف ولا لاحترام الإنسان، وبشكل خاص في العديد من الدول العربية التي شهدت حروباً أهلية مثل سوريا وليبيا واليمن والعراق والتي راح ضحيتها الملايين من البشر بين الإبادة والتعويق والتشرد والجوع الداخلي والخارجي. كما يعاني الفلسطينيون في فلسطين المحتلة القتل والتشريد والإهانة.

وشهدت الحروب الأهلية في العديد من الدول العربية والأفريقية حالات تجنيد الأطفال في الحروب مما عرض سلامتهم الشخصية والعقلية للخطر.

¹ المواد (14 وحتى المادة 23) من الاتفاقية الرابعة الأطراف لعام 1949.

الفرع الثاني

دور الأمم المتحدة في حماية المدنيين في الحروب الأهلية

يوجب القانون الدولي الإنساني (IHL) المعاهدات بحماية المدنيين أثناء المنازعات المسلحة في الحروب الأهلية والخارجية ، ويطبق على حد سواء في هذه المنازعات¹. بالإضافة إلى ذلك ، يلتزم القانون الدولي الإنساني بمبادئ التمييز distinction والتناسب proportionality والضرورة necessity. التي تنطبق على حماية المدنيين في النزاعات المسلحة²، أي التمييز بين أصناف المدنيين وتقرير الحماية لكل منهم بحسب العمر والجنس والصفة.

وعلى الرغم من نشر الأمم المتحدة عسكريين ومدنيين لحماية المدنيين في العديد من الدول التي تشهد حروباً أهلية وهي ما يطلق عليها بقوات حفظ السلام ، إلا أنها تفتقر إلى سياسات رسمية أو أدلة عسكرية تتناول هذه الجهود بالضبط³. ذلك

¹ Adam Roberts and Timothy Garton Ash (eds.), *Civil Resistance and Power Politics: The Experience of Non-violent Action from Gandhi to the Present*, Oxford University Press, 2009 [1], pp. 179-96 and 213-30.

² "IHL Primer #1 - What is IHL?" (PDF). International Humanitarian Law Research Initiative. July 2009. Archived (PDF) from the original on 2017-12-11. Retrieved November 11, 2017.

³ Holt, Victoria K.; Berkman, Tobias C. (2006). *The Impossible Mandate? Military Preparedness, the Responsibility to Protect and Modern Peace Operations*. The Henry L. Stimson Center. p. 9.

أن اتفاقيات جنيف الأربع لم تنص على كيفية عمل هذه القوات.

وقد اصدر مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة تقريراً حول حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الذي يعد دليلاً إضافياً على الحاجة إلى حماية المدنيين بسبب عدم وجود نظام خاص لهذه القوات وكيفية التعامل مع الأحداث. وإذ تدرك أن انعدام الأمن المدني على نطاق واسع يهدد السلام والاستقرار الدوليين ، فإن الأمم المتحدة تهدف إلى إنشاء وسائل لحماية المدنيين وبالتالي العمل على ضمان الاستقرار الإقليمي. ومن خلال تقرير مجلس الأمن هذا ، الذي نُشر لأول مرة في عام 2008 ، تعد الأمم المتحدة طرفاً لدعم الحماية المدنية في كل من الصراع الداخلي والدولي بهدف تشجيع دول المنطقة على مراقبة نزاعاتها والمنظمات الإقليمية. وبالمثل ، ذكّر الأمين العام للأمم المتحدة الأسبق كوفي عنان بان الدول الأعضاء في الأمم المتحدة لها مصالح مشتركة في حماية المدنيين من خلال "التزامات مشتركة للأمن الإنساني، ومبرر عدم قابلية السلام والأمن للتجزئة indivisibility"¹. وقد أصدر مجلس الأمن العديد من القرارات في هذا الصدد في حماية المدنيين في الحروب الأهلية والدولية².

ومن خلال مشاركة قوات الأمم المتحدة في قوات حفظ السلام فإن للمجلس محاسبة الأطراف على انتهاكات القانون الإنساني الدولي من خلال فرض تدابير محددة الهدف أو إنشاء لجان تحقيق أو تفويض

¹ Bergholm, Linnea (May 2010). "The African Union, the United Nations and Civilian Protection Challenges in Darfur" (PDF). Refugee Studies Centre Working Paper Series. Paper No. 63: 14. Archived (PDF) from the original on 2018-05-02.

² تراجع قرارات مجلس الأمن المراقبة 1265 و 1296 و 1502 و 1674 و 1738

المحاكم الخاصة أو إحالة الحالات إلى المحكمة الجنائية الدولية¹.

ويأتي جنود قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة من مختلف مشارب الحياة ومن خلفيات ثقافية متنوعة ومن عدد متزايد من الدول الأعضاء، ويجمع بينهم الالتزام بالحفاظ على السلام والأمن الدوليين أو استعادتهما عندما يخدمون تحت راية الأمم المتحدة، فهم يتشарكون هدف حماية الأكثر ضعفاً وتوفير الدعم للدول التي تمر بمرحلة انتقالية من النزاع إلى السلام². وقد أسهمت القوات المسلحة الأردنية في العديد من قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة.

ثانياً - دور مجلس الأمن في حماية المدنيين في الحروب الأهلية .

أن العقبة الرئيسية لا تزال تتمثل في المصالح السياسية القوية من جانب الدول الكبرى التي تعمل على مكافحة العمل المبكر لمعالجة الحالات التي يتعرض فيها السكان للخطر . وكان هذا هو الحال بشكل واضح مع الأزمة التي اندلعت في سوريا خلال صيف عام 2011، واستمرت تلك الدول في عرقلة اتخاذ إجراءات حاسمة حيث أن الحرب الأهلية أظهرت حالات أكثر تكراراً ووحشية من الجرائم الفظيعة. لقد رأينا أنها تعمل في الآونة الأخيرة في حالات أخرى، بما في ذلك اليمن. والعالم بحاجة إلى إيجاد سبل لتوسيع القاعدة السياسية داخل مجلس الأمن من أجل اتخاذ إجراءات جماعية " حسنة التوقيت وحاسمة ". ومن بين المواضيع التي ينبغي البدء فيها، السعي إلى التزام أعضاء المجلس بأنهم لن يمنعوا أي إجراء

¹ UN Security Council Report No 4: Protection of Civilians in Armed Conflict". Retrieved November 12, 2017.

² قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة، تقرير منشور على موقع الأمم المتحدة الرسمي، بدون تاريخ، على الرابط: <https://peacekeeping.un.org/ar/our-peacekeepers>

يرمي إلى التصدي لخطر الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية. وهناك مبادرات محددة قائمة في الوقت الراهن تسعى إلى الحصول على هذا الالتزام، وعلى الجميع أن يعرف كيفية منع الفظائع في حالة غياب الوحدة في المجلس. وفي بعض الأحيان يفتح الانسداد على المستوى السياسي العالمي فرصاً أمام جهات فاعلة أخرى، ولا سيما على الصعيد الوطني ودون الإقليمي والإقليمي للأخذ بزمام المبادرة .

إن المصالح الدولية المتعارضة بين الدول الكبرى المتمثلة في مجلس الأمن أدت إلى الانتهاكات التي لحقت بالمدنيين . فهذه الدول كانت وراء اثاره الحروب الأهلية في العديد من دول العالم وبشكل خاص في الدول العربية. وأن بعض هذه الدول ترفض إحالة الأشخاص والمنظمات التي تقوم بانتهاك المدنيين في الدول التي تشهد حروباً دولية، وترفض إحالة المسببين على المحكمة الجنائية الدولية . وهذا ما شجع القائلون بهذه الحروب بالاستمرار على ادامة الحروب الأهلية وما تسببه للمدنيين من مجاز وتشريد .

المطلب الثاني

دور المحاكم الدولية والجهود الداخلية بحماية المدنيين

تضطلع المحاكم الدولية بحماية المدنيين في الحروب الأهلية، وبشكل خاص تلك المحاكم التي شكلها مجلس الأمن لمحاكمة المجرمين في العديد من الدول. كما أن الدول تضطلع بدور كبير في حماية المدنيين، وبناء على ذلك يتناول هذا المطلب الفرعين الآتيين :

الفرع الأول - دور المحاكم الدولية المختصة في حماية المدنيين .

المطلب الثاني - الجهود الداخلية في حماية المدنيين في الحروب الأهلية .

الفرع الأول

دور المحاكم الدولية المختصة في حماية المدنيين

من اجل حماية المدنيين فقد أنشئت العديد من المحاكم الدولية منذ نشأة النظام الدولي لحماية المدنيين ، غير أن عقد محاكمات نورمبرغ وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية هو الذي أفضى بشكل رئيسي إلى إنشاء محاكم خاصة تنظر في القضايا الجنائية المرفوعة ضد الأفراد فيما يتعلق بالجرائم الدولية الأساسية، أي الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية. وفي العصر الحديث فقد أنشئت العديد من المحاكم الدولية الخاصة بحماية المدنيين في الحروب الأهلية ، ومن هذه المحاكم محكمة يوغسلافيا والمحاكم المختلطة في كوسوفو والبوسنة والهرسك وتيمور الشرقية وكمبوديا ولبنان ،

ويعتقد العاملون مع اللجنة الدولية أن محاكم كتلك التي أنشئت تدل على التقدم خطوة مهمة في تنفيذ القانون الدولي الإنساني في حماية المدنيين ، فهذه المحاكم قد أسهمت في تطور القانون الدولي الإنساني من خلال تأكيد الطابع العرفي لبعض المبادئ، وتقليص الفجوة القائمة في القواعد المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية والأهلية، ومواءمة المزيد من الأحكام التقليدية في القانون الدولي الإنساني مع الواقع المعاصر من خلال تفسيرها بشكل أكثر مرونة¹. وكان آخر هذه المحاكم هو إنشاء المحكمة الجنائية الدولية التي تختص بمحاكمة الأشخاص الذين ينتهكون قواعد القانون الدولي الإنساني².

وتختص المحكمة الجنائية الدولية بخمسة أنواع من الجرائم، وهي جريمة الإبادة الجماعية Genocide ، والجرائم ضد الإنسانية Crimes against humanity ، وجرائم الحرب War crimes وجرائم العدوان³ Crimes of aggression والجرائم ضد إقامة العدل⁴ offences against the administration of justice .

¹ يراجع تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان المحاكم الخاصة، بتاريخ 2010/4/15، على الرابط: <https://www.icrc.org/ar/doc/war-and-law>

² أنشئت المحكمة الجنائية الدولية بموجب نظام روما الأساسي للمحكمة عام 1998.

³ International Criminal Court is sometimes abbreviated as ICCT to distinguish it from several other organisations abbreviated as ICC. However, the more common abbreviation ICC is used in this article.

⁴ المادة (70) من نظام روما الأساس الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية عام 1998.

المطلب الثاني

الجهود الداخلية في حماية المدنيين في الحروب الأهلية

أوضحت الأمم المتحدة بأنه لا يمكن لأية دولة أو منطقة أن تعتبر نفسها محصنة ضد خطر الجرائم الفظيعة ، فلا بد من التعاون الدولي وأن تبدأ جميع الدول بالتركيز على مسؤولياتها المبينة في الاتفاقيات الدولية ، ويجب أن يبدأ منع الجرائم الفظيعة من الداخل . ويتطلب التنفيذ المستدام أن تعمل مختلف فروع الحكومة جنباً إلى جنب مع المجتمع المدني والجهات الفاعلة في القطاع الخاص لوضع سياسات محددة وثقافة قوية للوقاية . وعلى الصعيد الداخلي يجب على كل مجتمع النظر في عوامل الخطر الخاصة به ومصادر القدرة على الصمود ، والاستجابة بالطرق المصممة خصيصاً لتناسب مع كل سياق . ويمكن استخدام العمليات القائمة مثل الاستعراض الدوري الشامل لمجلس حقوق الإنسان لتشجيع الدول على تقييم المخاطر الفظيعة الأطول أجلاً وتحديد التدابير الكفيلة بتخفيفها ، ويتطلب ذلك بطبيعة الحال نقل المسؤولية عن الحماية إلى ما وراء الدوائر الدبلوماسية في نيويورك وجنيف والمراكز الإقليمية نحو آليات صنع السياسات الوطنية . وستواصل الأمم المتحدة دعم جميع الجهود الرامية إلى تعزيز القدرة على الصمود في وجه الجرائم الفظيعة عن طريق اتخاذ إجراءات وقائية . لقد أعلن الأمين العام الجديد التزاماً واضحاً بوضع الوقاية في صميم جدول أعماله¹.

¹ تقرير منشور على موقع الأمم المتحدة بعنوان المسؤولية عن الحماية بدون تاريخ: على الرابط:

<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20075>

ونرى أن المشكلة الأساسية في عدم حماية المدنيين تقوم على ما يأتي:

- 1- انتهاك السيادة الوطنية : أن ما يشهده النظام العالمي في الوقت الحاضر هو التدخل العسكري المباشر في إدامة الحروب الأهلية في العديد من الدول. وبشكل خاص تدخل الدول الكبرى التي نقلت صراعاتها إلى الدول الأخرى بعد إزالة أنظمتها مثل سوريا والعراق واليمن وليبيا. وأن هذا التدخل عمل على تسليح العديد من الميليشيات ودفع الأموال لها من أجل الانتقام من الطرف الآخر .
- 2- وقف الحروب الأهلية : أن حماية المدنيين لا يمكن أن يتحقق في ظل إدامة الحروب الأهلية. فالمشكلة الأساسية في ضرب المدنيين وتعرضهم للخطر هو وجود هذه الحروب واستمرارها. فليس من المنطق أن تغذى الحروب الأهلية ونطالب بحماية المدنيين. فحماية المدنيين هو وقف الحروب الأهلية، وهذا لا يمكن تحقيقه إلا بوقف المسبب لهذه الانتهاكات وذلك بوقف الحروب الأهلية .
- 3- التداول السلمي للسلطة : أن تحقيق الأهداف الوطنية لاية جهة مقاتلة في الحروب الأهلية لا يمكن أن يأتي من خلال استعمال السلاح، فلا بد من العمل على تحقيق وصيانة الوحدة الوطنية من خلال المشاركة السياسية لجميع الفئات في المجتمع دون تهميش ، أو عزل ، أو اجتثاث اية فئة. وهذا يتطلب الايمان بانه لا يمكن القضاء على الصراعات الداخلية إلا من خلال المشاركة السياسية والتداول السلمي للسلطة، من خلال إقامة أنظمة ديمقراطية تؤمن بان التعاون بين فئات المجتمع هو الأساس في بناء النظم السياسية .
- 4- قبول الآخر : لم تكن للعديد من شعوب العالم المعرفة التامة بهذه الحقوق، فلا بد من اذكاء مبادئ حقوق الإنسان والعمل على قبول الاخر وإشاعة حق التعبير عن الراي بدون قيود وحواجز .

الخاتمة .

أولاً - الاستنتاجات :

- 1- تعرض المدنيون إلى القتل والتدمير وبشكل خاص بعد الحرب العالمية الثانية، فقد راح ضحية الحروب الأهلية الملايين من البشر بين قتيل وجريح ومشرّد في مختلف دول العالم .
- 2- كانت حصة الوطن العربي الأكثر بين شعوب العالم في قتل وجرح وتشريد المدنيين في العديد من الدول العربية، كالحرب الأهلية في لبنان والسودان وليبيا وسوريا واليمن والعراق والعديد من الدول الأخرى، ولا تزال هذه الحروب مستمرة حتى كتابة هذه الدراسة .
- 3- على الرغم من أن القانون الدولي اعتمد الحروب الأهلية كالحروب الدولية واخضاعها لقواعد القانون الدولي وصدور العديد من الاتفاقيات الدولية إلا أن ذلك لم يحد أو يقلل من استمرار الحروب الأهلية .
- 4- تقليل فعالية الأمم المتحدة في إنشاء محاكم دولية خاصة لمحاكمة الأشخاص الذين ينتهكون قواعد القانون الدولي الإنساني في الحروب الأهلية بسبب الصراعات بين أعضاء مجلس الأمن وعدم تمكنهم من تفعيل المحكمة الجنائية الدولية .
- 5- لم يكن لجامعة الدول العربية أي دور في العمل الإنساني أو التقليل من الحروب الأهلية في الدول العربية .
- 6- حاول المجتمع الدولي بالتخفيف من الآثار المدمرة التي يتعرض لها المدنيون في العديد من الدول التي تشهد الحروب الأهلية بتقديم المساعدات الإنسانية دون أن يقدم حلولاً لمنع الحروب الأهلية التي تغذيها الدول الكبرى المتصارعة على النفوذ .

ثانياً - التوصيات :

يتطلب من المجتمع الدولي اتخاذ ما يأتي:

- 1- العمل على منع الحروب الأهلية في الدول التي تشهدها واتخاذ الإجراءات الكفيلة في القضاء على ظاهرة هذه الحروب .
- 2- تسوية الصراعات التي أدت إلى الحروب الأهلية .
- 3- العمل على التداول السلمي للسلطة واحترام الآخر ومنح حرية التعبير، واحترام قواعد حقوق الإنسان والحريات العامة .
- 4- منع الدول التي تشهد حروب أهلية من استيراد الأسلحة .
- 5- منع تجهيز المنظمات المسلحة بالأسلحة والأموال وفرض حصار عسكري على الدول التي تشهد الحروب الأهلية .
- 6- العمل على منع الدول من مساعدة الجهات المتحاربة في الحروب الأهلية .
- 7- العمل على منع وسائل الإعلام التي تعمل على إذكاء الحروب الأهلية .
- 8- منع الدول من التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى .

المصادر .

أولاً - المصادر العربية :

1. جمال د. محمد عاكف، حول مفهوم الحرب الأهلية، دراسة منشورة على موقع جريدة البيان بتاريخ 2014/3/7/ على الرابط : <https://www.albayan.ae/opinions/articles/2014>
2. حسني الخطيب، مفهوم المدنيين وحقوقهم في الفقه الإسلامي، دراسة منشورة على موقع ساس SAS بتاريخ 2017/9/4، على الرابط : <https://www.sasapost.com/opinion/the-concept-of-civilians>
3. ناديا الخلاق، بعد 44 عاما - الحرب الأهلية اللبنانية، دراسة منشورة على موقع ICC بتاريخ 2019/4/13، على الرابط <https://www.aa.com.tr/ar> :
4. نبذة عن الكاتب إيفان سيمونوفيتش، المستشار الخاص للأمين العام المعني بالمسؤولية عن الحماية، بعنوان المسؤولية الدولية، منشور على موقع الأمم المتحدة ووثيقة الأمم المتحدة رقم A/HRC/RES/33/19
5. ندى غانم واحمد زكي واحمد أبو بكر، الحروب الأهلية العربية قراءة استشرافية، صحيفة الوطن تاريخ النشر 2012/8/28، على الرابط : <https://www.elwatannews.com/news/details/42497>
6. تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان المحاكم الخاصة، بتاريخ 2010/4/15، على الرابط <https://www.icrc.org/ar/doc/war-and-law/> :
7. تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان حماية المدنيين بموجب القانون الدولي الإنساني، المؤرخ في 2010/4/14.
8. تقرير اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعنوان حماية المدنيين بموجب القانون الدولي الإنساني، المؤرخ في 2010/4/14.
9. قرارات مجلس الأمن المراقبة 1265 و 1296 و 1502 و 1674 و 1738

10. تقرير الأمم المتحدة في الوثيقة المرقمة A/70/741-S/2016/71
11. تقرير منشور على موقع الأمم المتحدة بعنوان المسؤولية عن الحماية بدون تاريخ: على الرابط:
<https://www.un.org/ar/chronicle/article/20075>
12. قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة، تقرير منشور على موقع الأمم المتحدة الرسمي، بدون تاريخ، على الرابط:
<https://peacekeeping.un.org/ar/our-peacekeepers>
13. اتفاقية جنيف الأولى عام 1949؛
14. اتفاقية جنيف الرابعة عام 1949
15. نظام روما الأساس الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية عام 1998.
16. البروتوكول الثالث من الاتفاقية بشأن أسلحة تقليدية .

ثانياً - المصادر الأجنبية :

17. IHL Primer #1 - What is IHL?" (PDF). International Humanitarian Law Research Initiative. July 2009. Archived (PDF) from the original on 2017-12-11. Retrieved November 11, 2017.
18. Adam Roberts and Timothy Garton Ash (eds.), Civil Resistance and Power Politics: The Experience of Non-violent Action from Gandhi to the Present, Oxford University Press, 2009.

19. **Ann Hironaka, Neverending Wars: The International Community, Weak States, and the Perpetuation of Civil War, Harvard University Press: Cambridge, Mass., 2005.**

20. **Chisholm, Hugh, ed. (1911). "Belligerency" . Encyclopædia Britannica. 3 (11th ed.). Cambridge University Press.**

https://en.wikisource.org/wiki/1911_Encyclop%C3%A6dia_Britannica

21. **Civil Wars and Foreign Powers: Outside Intervention in Intrastate Conflict". Foreign Affairs (July/August 2000). 2009-01-28. <https://www.foreignaffairs.com>**

22. **Collier, Paul, Anke Hoeffler and Nicholas Sambanis, "The Collier-Hoeffler Model of Civil War Onset and the Case Study Project Research Design," in Collier & Sambanis, Vol 1, p. 13**

23. **Edward Wong, "A Matter of Definition: What Makes a Civil War, and Who Declares It So?" New York Times. November 26, 2006**

24. **Holt, Victoria K.; Berkman, Tobias C. (2006). The Impossible Mandate? Military Preparedness, the**

Responsibility to Protect and Modern Peace Operations. The Henry L. Stimson Center.

25. Hugo Slim, Killing Civilians: Method, Madness and Morality in War, Hurst, London, 2008.

26. International Criminal Court is sometimes abbreviated as ICCT to distinguish it from several other organisations abbreviated as ICC. However, the more common abbreviation ICC is used in this article.

27. Jean Pictet (1997.) – Commentary on Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1958) Archived 2007-07-12 at the Wayback Machine. Mohamed, Esam; Michael, Maggie (20 May 2014). "2 Ranking Libyan Officials Side With Rogue General". ABC News. Archived from the original on 26 May 2014. Retrieved 21 May 2014.

28. UN Security Council Report No 4: Protection of Civilians in Armed Conflict". Retrieved November 12, 2017.

29. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. DEFINITION OF CIVILIANS AND CIVILIAN POPULATION". International Committee of the Red Cross.

30. **Civil War"** Archived 2007-03-17 at the Wayback Machine in Foreign Affairs, March/April 2007. For further discussion on civil war classification, see the section "Formal classification".

31. **Bergholm, Linnea (May 2010). "The African Union, the United Nations and Civilian Protection Challenges in Darfur"** (PDF). Refugee Studies Centre Working Paper Series. Paper No. 63: 14. Archived (PDF) from the original on 2018-05-02.

32. **Jackson, Richard (28 March 2014). "Towards an Understanding of Contemporary Intrastate War". Government and Opposition. 42.**

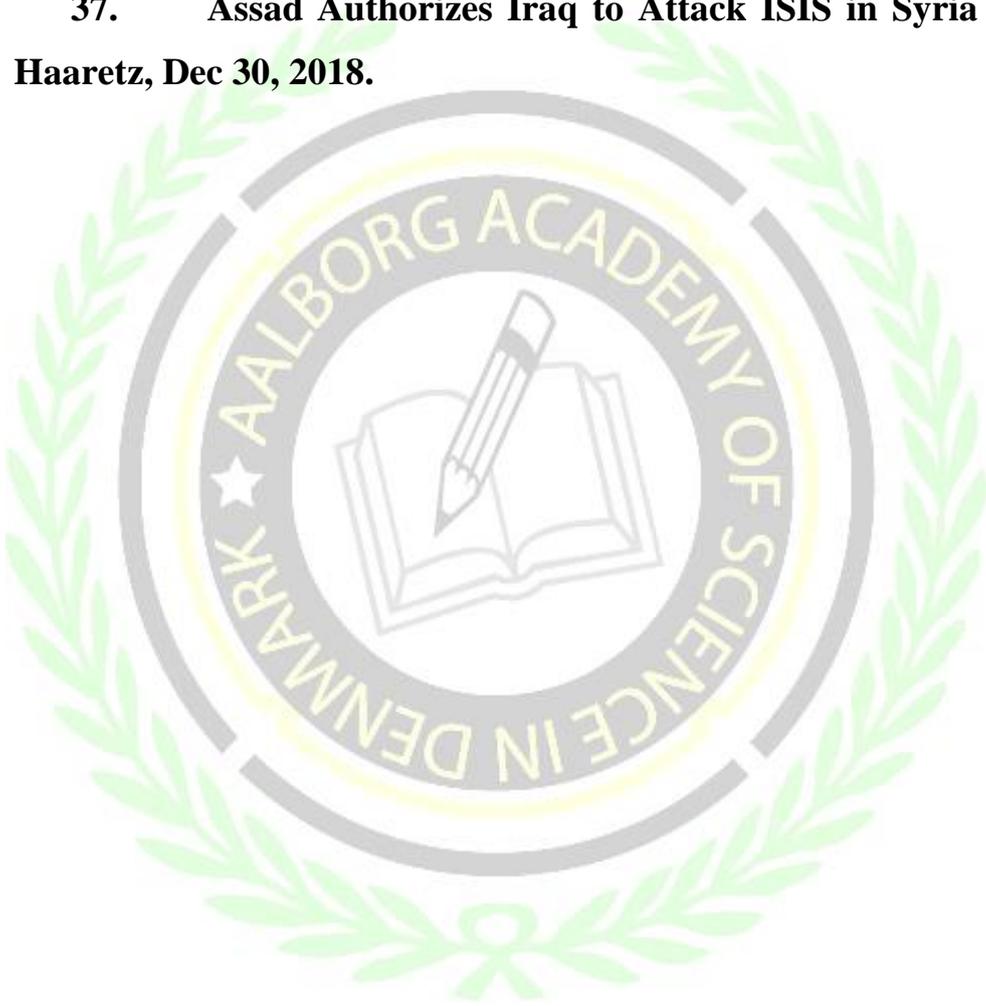
33. **Neate, Rupert (4 June 2014). "Desmond Tutu tells G4S to stop supplying to Israel prisons". The Guardian. 0261-3077. Retrieved 19 September 2019 – via www.theguardian.com.**

34. **Adam Plantinga (October 1, 2014). 400 Things Cops Know: Street-Smart Lessons from a Veteran Patrolman. Quill Driver Books.**

35. **Cederman, Lars-Erik; Vogt, Manuel (2017-07-26). "Dynamics and Logics of Civil War" (PDF). Journal of Conflict Resolution. =**

36. **Civilian"**. Merriam-Webster. Archived from the original on 2018-01-20. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/>

37. **Assad Authorizes Iraq to Attack ISIS in Syria** , Haaretz, Dec 30, 2018.



(5)

النظام القانوني لعقد البوت (B . O . T)

د. حسام الدين محمد مرسي مرعي

ORCID://0000-0002-6399-7501

أستاذ مساعد - رئيس قسم القانون

كليات الخليج للعلوم الإدارية والانسانية - المملكة العربية السعودية

المخلص

تلجأ الدول بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة إلى إشراك القطاع الخاص في انشاء وتشغيل المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز ومنها ما يعرف بعقود الـ B.O.T نظراً لأن هذا النظام يساهم في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية وتحسين وتطوير المرافق العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية. ولا يكلف الدولة نفقات الانشاء أو التشغيل حيث يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل فيها ولذلك تخفف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما

يعني إدخال استثمارات أجنبية وتحسين ميزان المدفوعات وتخفيف العجز في الموازنة العامة. كما يساعد على ضخ أموال جديدة إلى السوق الوطني بإقامة مشاريع ومرافق جديدة، وزيادة الدخل القومي والتغلب على مشكلة البطالة بتوفير فرص عمل جديدة للأيدي العاملة الوطنية. كذلك يتم الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة، لما تتمتع به الإدارة الخاصة من كفاءة وفعالية أكثر من الإدارة العامة، مما يحسن من أداء هذه الخدمات. وموضوع عقود الـ B.O.T يعد من الموضوعات ذات الطبيعة الهامة والحيوية ذلك لأن أغلب البلاد العربية تسلك هذا النوع من العقود في تأسيس البنية الأساسية للدولة. ومن جهة أخرى يعتبر هذا النوع من أهم أنواع العقود الإدارية التي تبرمها حكومات الدول. ونظمها المشرع المصري بالقانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

الكلمات الافتتاحية: العقود، القطاع العام، القطاع الخاص، الدولة، المستثمر.

The -the State-private sector-Public sector-Contracts
investor

Dr.. Hussamaldein Muhammad Morsi Mar'i

Abstract

Countries, in general, and developing countries, in particular, resort to involving the private sector in establishing and operating public facilities through concession contracts, including what are known as B.O.T contracts. This system contributes to attracting local and foreign investments, improving and developing public utilities and achieving

economic development. It does not cost the state construction or operating expenses where the private sector bears the financing of establishing and operating these facilities and carries the risks of financing in them. Therefore this system reduces the burden on the limited government resources. The importance of these contracts increases if the project company is a foreign investor which means the introduction of foreign investments and improving the balance of payments and reducing the public budget deficit. It also helps to inject new money into the national market by establishing new projects and facilities, increasing national income and overcoming the problem of unemployment by providing new job opportunities for the national workforce. In addition, countries benefit from the experiences of the private sector in providing the public service because the private administration enjoys more efficiency and effectiveness than the public administration improving the performance of these services.

The topic of the B.O.T contracts is one of the issues of an important and vital nature, because most Arab countries use this type of contract in establishing the country's basic infrastructure. On the other hand, this type is considered one of the most important types of administrative contracts concluded by state governments. Hence, this system was

organized by the Egyptian legislator in Law No. 67 of 2010 regulating private sector participation in infrastructure projects, services and public facilities.

المقدمة :

لا تجد الدول النامية أمامها مناص لتوفير البنية الأساسية إلا استخدام أسلوباً جديداً في إدارة مشاريعها الضخمة لا سيما المشاريع المرتبطة بتلبية حاجات الأفراد في المجتمع مثل إنشاء المطارات والموانئ البحرية وشبكات الطرق والكهرباء وغيرها إلا أسلوب عقد إبرام العقود الادارية مع أشخاص أو شركات من القطاع الخاص لإنشاء وتشغيل هذه المشاريع وتمويلها من قبلهم بأسلوب حديث التطبيق يعرف بنظام البوت (B.O.T) البناء والتشغيل والتحويل (نقل الملكية)، وهو من أهم أنواع العقود الادارية.

تقوم الإدارة بنوعين من الأعمال الأول أعمال السلطة العامة وهي الأعمال التي تمارسها الإدارة بما لها من امتيازات خاصة لإجبار وإلزام الغير على تنفيذ لالتزاماتها ويختص القضاء الإداري بنظر منازعات هذه العقود، والثاني أعمال الإدارة العادية وهي تلك التي تمارسها الإدارة دون إتباع وسائل السلطة العامة (تتعامل مثل الأفراد الطبيعيين) ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الخاصة بهذه العقود واستثناء من ذلك يختص القضاء الإداري ببعض العقود بصرف النظر عن طبيعتها لذا أطلق الفقه الفرنسي عليها اسم العقود الإدارية وهي عقود الإشعال وعقود بيع أملاك الدولة وعقود القروض العامة وعقود شغل الدومين العام⁽¹⁾.

(1) مرسى، د. حسام ، (طبعة 2012)، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص

ويعرف العقد الإداري هو العقد المبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽¹⁾.

ومن خلال ما استقر عليه مجلس الدولة قضاءً وإفتاءً يمكن تعريف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽²⁾.

والعقد الإداري كما انتهت إلى تعريفه المحكمة الإدارية العليا في مصر هو ذلك العقد الذي يكون موضوعه متعلقاً بمرفق عام وتكون الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً فيه ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص كحق الإدارة منفردة في توقيع جزاء على المتعاقد معها وحق الإدارة في مراقبة العقد الإداري وحق الإدارة في تعديل العقد الإداري وقتما تشاء وبحسب الصالح العام ومن أهم العقود الإدارية عقد التزام (امتياز) المرفق العام وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة"⁽³⁾.

(1) عيد، د. إدوارد، (1973)، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ص 56، 59.

(2) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا " في القضية رقم 576 لسنة 11 ق.ع جلسة 1967/12/30 وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 779 لسنة 10 ق جلسة 1957/2/24، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 647 في 1956/10/23

(3) جرجس، د. جرجس، (1996م) معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العلمية للكتاب، الطبعة الأولى بيروت، ص 241.

بناءً على ذلك إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام أو لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيمياً أو تسييراً أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

أما المحكمة الدستورية العليا – باعتبارها محكمة الفصل في التنازع الإيجابي والسلبى بين جهتي القضاء – فقد تعرضت لمعيار العقد الإداري في كثير من أحكامها، ولم تخرج هي الأخرى عن محددات تعريف العقد الإداري، التي تضمنتها أحكام وفتاوى مجلس الدولة، إذ ذهبت في حكمها الصادر في القضية رقم 7 لسنة 1980/1/19 ق بجلسة 1980/1/19 إلى الآتي: " يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون احد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروطاً استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص". ويبدو أن الرأي الغالب سواء في مصر قد أستقر على أن العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي : (أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً، أن يتصل هذا العقد بمرفق عام، أن تختار الإدارة وسائل القانون العام).

ويختص مجلس الدولة المصري وحده بالعقود الإدارية وبكل العقود الإدارية بغير استثناء، بينما ظل القضاء العادي وحده بالعقود المدنية سواء أبرمتها الإدارة أو كان

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2054 لسنة 48 ق.ع بجلسة 24 / 3 / 2007م المجموعة الصادرة من المكتب الفني لمجلس الدولة، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى الجزء الأول من (أول أكتوبر 2006 إلى إبريل 2007م) البند رقم 79 ص 505 .

طرفاها من الأفراد. وإزاء ذلك حق لنا أن نتساءل عن ماهية العقود الإدارية وعن فيصل التفرقة بينهما وبين العقود المدنية⁽¹⁾.

أهمية البحث:

تلجأ الدول بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة إلى إشراك القطاع الخاص في انشاء وتشغيل المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز ومنها ما يعرف بعقود الـ B.O.T نظراً لأن هذا النظام يساهم في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية وتحسين وتطوير المرافق العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية. ولا يكلف الدولة نفقات الانشاء أو التشغيل حيث يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل فيها ولذلك تخفف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعني إدخال استثمارات أجنبية وتحسين ميزان المدفوعات وتخفيف العجز في الموازنة العامة. وموضوع عقود الـ B.O.T يعد من الموضوعات ذات الطبيعة الهامة والحيوية ذلك لأن أغلب البلاد العربية تسلك هذا النوع من العقود في تأسيس البنية الأساسية للدولة.

سوف نتناول البحث في مبحثين رئيسيين:

المبحث الأول: ماهية عقود البوت (BOT)

المبحث الثاني: الآثار القانونية لعقد البوت

(1) أبو زيد، د. مصطفى، (عام 2005م)، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، ص 216.

المبحث الاول

ماهية عقود البوت (BOT)

يُعد أول وأشهر مشروعات B.O.T هو مشروع قناة السويس الذي تم افتتاحه في 1869/01/17 بموجبه عقد أبرم عام 1854 بين الحكومة المصرية من جهة، والشركة العالمية لقناة السويس البحرية التي كان يرأسها الفرنسي «فرديناند ديليبس» من جهة أخرى، وكانت مدة الامتياز 99 عاماً، إلا أنه تم إنهاء امتياز شركة قناة السويس في عام 1956 وهو ما أطلق عليه بتأميم قناة السويس.

وهناك أمثلة كثيرة في مصر، فقد طبق هذا النظام على نطاق واسع في تنفيذ مشاريع الكهرباء، والطاقة الكهربائية، وكذا مختلف قطاعات الدولة الصناعية والعمرائية ومحطات التوليد، وإنشاء الطرق العامة، واستغلال المطارات، والموانئ المتخصصة.

وتعني حروف الـ BOT اختصاراً لثلاث كلمات إنجليزية هي Build ، Operate ، Transfer ، البناء، والتشغيل، والنقل أو تحويل الملكية، وهي تشكل المراحل الثلاث التنفيذية لنظام الـ BOT، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- مرحلة تصميم المشروع وإنشاؤه: تكون على نفقة الطرف المتعاقد مع الدولة سواء شركة قطاع عام أو خاص وتشمل الدراسات والتشييد والتجهيز.
- مرحلة تشغيل المشروع: للشركة المستثمرة تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً خلال فترة التعاقد المتفق عليها، ليتمكن من استرداد تكاليف ما تم إنفاقه على المرحلة الأولى، مع تحقيق معدل ربحي ملائم.
- مرحلة نقل الملكية: تنقل ملكية أصول المشروع الثابتة والمنقولة للجهة الإدارية المتعاقدة، عند نهاية فترة التعاقد وذلك سواء بمقابل متفق عليه أم بغير مقابل.

المطلب الاول

تعريف عقود البوت وخصائصه وأهميته

لم يكن اصطلاح الـ BOT اصطلاحاً قانونياً، ولم يكن له تعريفاً قانونياً محدداً في التشريعات السابقة⁽¹⁾ إلا أن المشرع المصري أفرد له تعريف في القانون رقم 67 لسنة 2010 بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، حيث نصت المادة الأولى منه على أن "الجهات الإدارية: الوزارات والهيئات العامة، الخدمية والاقتصادية، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر بتحديداتها قرار من رئيس مجلس الوزراء. السلطة المختصة: الوزير المختص، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة أو الممثل القانوني للشخص الاعتباري العام. القطاع الخاص: الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي. المستثمر: القطاع الخاص الذي يشارك في المنافسة على الفوز بأحد عقود المشاركة طبقاً لأحكام هذا القانون. شركة المشروع: الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة.

(1) جمال الدين، د. صلاح الدين ، (1995-1996)، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة.

عقد المشاركة: عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون.

التشغيل: إدارة المشروع محل عقد المشاركة بمعرفة شركة المشروع، وذلك من جميع النواحي المالية والفنية والإدارية وتوريد المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع للجهة الإدارية نظير المقابل المتفق عليه في عقد المشاركة أو طبقاً للأسس والقواعد التي يحددها العقد.

الاستغلال: إدارة المشروع محل عقد المشاركة بمعرفة شركة المشروع وذلك من جميع النواحي المالية والإدارية والفنية، وبيع المنتج أو تقديم الخدمة التي يقوم عليها المشروع إلى من تحدده الجهة الإدارية، وبالشروط والأحكام التي تعتمدها اللجنة العليا لشئون المشاركة وذلك وفقاً للأسس والقواعد المتفق عليها في عقد المشاركة.

كما نصت المادة الثانية على أن "للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد.

ولا يجوز أن تقل مدة العقد عن خمس سنوات ولا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه.

ومع ذلك يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة العليا لشئون المشاركة المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون، الموافقة على إبرام عقد المشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.

ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضى أية مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقاً لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات، أو الخدمات المتاحة.

وقد ورد في تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تعريف لمشاريع BOT بأنها عبارة عن: "أشكال لتمويل مشاريع تمنحها حكومة ما إلى مجموعة من المستثمرين أو إلى أحد الكيانات الخاصة يشار إليها بعبارة (الاتحاد المالي للمشروع). وذلك في شكل امتياز لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين، تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع. وفي نهاية المدة المتفق عليها، تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون تكلفة. أو مقابل تكلفة مناسب، يكون قد تم الاتفاق عليه مسبقاً"⁽¹⁾.

كما عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية بأنه: اتفاق تعاقدي يتولى بمقتضاه أحد الأشخاص من القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التقييم والتمويل والتشغيل والصيانة لهذا المرفق. حيث يقوم هذا الشخص الخاص بإدارة المرفق العام واستغلاله لمدة معينة. ويسمح له خلال هذه المدة بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق. شريطة ألا يزيد عما هو مقترح في العطاء، وعما هو منصوص عليه في صلب العقد أو في اتفاق المشروع. وذلك لتمكين الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل

(1) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تهت عنوان: الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية. الدورة 29. نيويورك. من 28 ماي إلى 14 جوان 1996. (موقع [cnudci](http://cnudci.org) على إنترنت).

والصيانة، بالإضافة إلى عائد الاستثمار. وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة(1).

كما اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصري أن عقد BOT ما هو إلا امتداداً لعقد الامتياز. فصرحت بأن: "التزام المرافق العامة ليس إلا عقد إداري يتعهد أحد أفراد أو الشركات بمقتضاه على نفقته وتحت مسؤوليته بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلانه على الأرباح."(2).

خصائص عقود البوت (B.O.T) (3).

- 1- تعدد أطراف العقد
 - الجهة الإدارية المتعاقدة: حيث تبرم الجهة الإدارية أو أحد أجهزتها عقداً مع المستثمر أو الشركة، ويتقرر بموجبه إدارة المشروع.
 - الشركة المتعاقدة: وتتكون شركة المشروع من مستثمرين سواءً أكانوا مواطنين أم أجنب.

(1) لحمود، د. وضاح، (2010) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT- حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماته. دار الثقافة للنشر والتوزيع..ص32 و33.

(2) الحبشي، د. مصطفى، (2008) الوجيز في عقود البوت B.O.T. دار الكتب القانونية. مصر.

(3) المطيري، أ. متعب، (عام 2009) رسالة الحصول على الماجستير في القانون العام بعنوان تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات الإدارية لعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية)، كلية الحقوق جامعة طنطا، ، ص 22.

• الممولون: سواءً مؤسسات تمويل أم بنوك تقوم بتمويل المشروع، حيث يتم إبرام عقد قرض بين شركة المشروع وتلك الجهات.

• المقاول: يتم إبرام تعاقد بين شركة المشروع وبين مقاول يتولى تنفيذ المشروع وقد يكون شريكاً فيها أو من الغير، وقد تفضل شركة المشروع بالاستعانة بشركة مقاولات متخصصة ويعتبر المقاول هنا مقاول من الباطن⁽¹⁾.

• المشغل: وهو الملزم بتشغيل المشروع بعد الانتهاء من تجهيزه، وقد يتم التعاقد بين شركة المشروع وبين مشغل ليس من بين الشركاء في شركة المشروع.

• الخبراء: وهم الإستشاريين والمتخصصين القانونيين لإعداد دراسات جدوى اقتصادية وقانونية وخلافه.

تنص المادة (12) من القانون رقم 67 لسنة 2010 على أن "على شركة المشروع أن تعرض على الجهة الإدارية اتفاقات المساهمين في شركة المشروع، ومشروعات العقود التي تزمع إبرامها مع الغير بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة، وذلك وفقاً للإجراءات وفي المواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

2. الغاية منه إنشاء مرفق عام وتقديم خدمة عامة للجمهور.

يهدف عقد البوت (B.O.T) إلى إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات المجتمع وتقديم خدمات نفعية، والدولة تلجأ إلى عقد البوت لتحقيق أهداف معينة تبتغي منها خدمة ومصالح رعاياها من توفير خدمات وتحسين البنية التحتية للدولة وغيرها من

(1) المطيري، د. محمد، الحقوق والالتزامات التبادلية لأطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (دراسة مقارنة في النظامين المصري والكويتي) كلية الحقوق جامعة طنطا ص 60.

المشاريع الهامة، التي لها الدور الأساسي والهام في توفير الخدمات العامة وتحقيق النفع العام، حيث تشترط الدولة عند إبرامها عقد البوت على الطرف الآخر تحقيق الغاية التي تسعى إليها الدولة المتعاقدة.

3. التمويل الخاص بالمشروع في هذا النظام.

يُعد عنصر التمويل هو الدافع الأساسي في لجوء الدولة إلى التعاقد بهذا النظام الذي يقوم أساساً على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء مشروعات البنية الأساسية أو المشروعات الكبرى، وبذلك يحقق هذا النظام ميزة كبرى تتمثل في عدم تحمل الموازنة العامة للدولة لثمة تكاليف لتمويل المشروع.

كما يتميز هذا النظام في ارتكاز هذه العملية على المردود الناتج عن تشغيل واستثمار المشروع من أجل استرداد الديون والحصول على الربح المتوقع، وعلى ذلك يعتمد هذا النظام على التمويل بضمان السداد من عائد المشروع، وذلك مرتبط بحسن أداء المشروع من النواحي الفنية والاقتصادية.

تمويل هذا النوع من المشروعات يستلزم اثبات القدرة الائتمانية لشركة المشروع لإتمام عملية التمويل بالإضافة إلى استقطاب رؤوس الأموال.

العلاقة التمويلية ثلاثية الأطراف وهي (مؤسسات التمويل، وشركة المشروع، والسلطة المتعاقدة) العلاقة الأولى بين المقرضين وشركة المشروع والملاحظ أن المقرضين يلجأون إلى تقليل فرصة تعرضهم للمخاطر بتقرير عدد من الضمانات، يلتزم مؤسسو المشروع بتقديمها وهو ما يسمى (التمويل بحق رجوع محدود)⁽¹⁾.

(1) دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، (طبعة 2010)، ص 18.

4. للإدارة المتعاقدة حق ثابت في الرقابة والإشراف طيلة مدة العقد.

تعد مهمة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد من قبل الدولة من الحقوق الأساسية التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية، إذ تضمن من خلالها حسن سير المرفق العام وتحقيق الغاية التي تسعى إليها الإدارة من إبرامها للعقد، وحق الإشراف والرقابة يعني التحقق من إن المتعاقد قام بتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد سواء من الجوانب الفنية أو الإدارية أو المالية، ونظراً لأهمية عقود البوت (B.O.T) وطول مدتها يستدعي أن تكون للدولة حق الإشراف والرقابة والتحقق من أن المتعاقد نفذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد وبما يضمن سلامة المرفق وحسن سيره وانتظامه وتحقيق الغاية منه.

5. ملكية المشروع تبقى لجهة الإدارة المتعاقدة خلال جميع مراحل العقد .

من المؤكد أن ملكية المرفق العام موضوع العقد تبقى ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة خلال جميع مراحل العقد، ومن المتعارف عليه في هذا النظام أنه عند تحديد أطراف العقد في مقدمته يذكر اسم الجهة الإدارية المتعاقدة وتدون عبارة (ويعبر عنها فيما بعد بالمالك) وذلك تصريحاً بالملكية للجهة الإدارية للمشروع. ومعنى ذلك أن المشروع يبني لحسابها وإن كان تمويله يتم من القطاع الخاص، وأن ما يتم نقله في نهاية مدة العقد هو حيازة المشروع لا الملكية.

ومن هنا يرى الباحث أن ما ذهب إليه بعض رجال القانون إلى أن ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة (البناء والتشغيل ونقل الملكية) تحمل التزاماً قانونياً لا وجود له في العلاقة القائمة بين جهة الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع.

لذلك فإن عقد (B.O.T) يشكل أحد بدائل الخصخصة حيث تنتقل إدارة المرفق العام فقط إلى القطاع الخاص وتبقى ملكيته بيد الجهة الإدارية المتعاقدة.

أما تعاقّد الجهة الإدارية مع شركة المشروع التي تمتلك المشروع خلال مراحل العقد فإنها صورة عقدية للعقود **Build- Ownership- Operate- Transfer** والمرموز لها (B.O.O.T) والتي يجمع الفقه على ترجمتها بعبارة (عقود البناء والتمكّن والتشغيل ونقل الملكية) فملكية الأصول خلال مدة المشروع تكون خالصة للقطاع الخاص.

أهمية نظام البوت (B.O.T)

أولاً: يساهم في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية وتحسين وتطوير المرافق العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية.

ثانياً: يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل فيها ولذلك تخفف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعني إدخال استثمارات أجنبية وتحسين ميزان المدفوعات وتخفيف العجز في الموازنة العامة⁽¹⁾.

ثالثاً: ضخ أموال جديدة إلى السوق الوطني بإقامة مشاريع ومرافق جديدة، وزيادة الدخل القومي والتغلب على مشكلة البطالة بتوفير فرص عمل جديدة للأيدي العاملة الوطنية⁽²⁾.

(1) المطيري، د. متعب، تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات الإدارية لعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة الحصول على الماجستير في القانون العام، مرجع سابق، ص 10.

(2) أبو نصير، د. مالك، (2016) بحث بعنوان "عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأثره على الاقتصاد الوطني" منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد (12) العدد الثقافي السنة السادسة ص 50.

رابعاً: توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية من خلال نقل الأساليب التكنولوجية الحديثة والوسائل التقنية إلى الدولة خاصة عندما تكون من الدول النامية.
خامساً: الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة، لما تتمتع به الإدارة الخاصة من كفاءة وفعالية أكثر من الإدارة العامة، مما يحسن من أداء هذه الخدمات.

سادساً: للمستثمر أن يحقق أرباحاً كبيرة في نظام البوت بالمقارنة بالمشروعات الأخرى من خلال الدخول في مجالات استثمارية مرتفعة العائد.

سابعاً: فتح الأبواب أمام المستثمرين الصغار عن طريق شراء أسهم وسندات المشروع.

ثامناً: فتح الأبواب أمام مؤسسات التمويل عن طريق تحريك أموالهم الرائدة بتقديم قروض وتسهيلات ائتمانية إلى المستثمر المتعاقد وفقاً لعقود B.O.T.

المطلب الثاني

صور عقود البوت

صارت الاتفاقات الاقتصادية والتجارية تأخذ اليوم تسميات مختلفة. بحيث أنها تكون منصبة، سواء على مشاريع استثمارية جديدة يتم إحداثها من العدم، أو على مشاريع قائمة من قبل، لذلك تتخذ عقود البوت B.O.T صور متعددة وتباين فتختلف هذه العقود المشتقة عن العقود الام (البوت B.O.T) في كل او بعض عناصرها ، وعلى النحو الآتي:

1- الصور التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة

يمكن أن نذكر من هذه العقود المشتقة من عقد BOT الصور التالية، على سبيل المثال، لا غير.

• عقد البناء والتشغيل والتملك ثم التحويل Operate , Owen (B.O.O.T)

Build, and Tranfer

يقصد بهذا العقد: الاتفاق المتضمن إقامة المشروع واستغلاله وتملكه مؤقتا لمدة محددة أي خلال فترة العقد. ثم تحويله في نهاية تلك المدة إلى الدولة المتعاقدة⁽¹⁾.

• عقد البناء والتملك ثم التحويل Build, Owen and Operate (O.O.B)

هو عقد يتضمن شروط بناء المشروع وتملكه واستغلاله، وذلك طيلة مدة انتهاء عمره الافتراضي.

• عقد البناء والاستغلال والتجديد operate and Renewal (R.O.B)

Build,

يبرم هذا العقد من أجل إنجاز مشروع وتشغيله طيلة فترة متفق عليها مسبقا، تم القيام بتجديده لفترة أخرى.

• عقد التصميم والبناء والتمويل والاستغلال Desing, Build, (O.F.B.D)

Finance and Operate

(1) شرباش، د. مي ، (2010) النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية.. ص.15

يتميز هذا العقد في الاتفاق على عمل مسبق يتمثل في تصميم المشروع ثم إنجازه عن طريق توفير التمويلات اللازمة لتشغيله طيلة مدة محدودة، وتحويل المشروع إثر الدولة إثر انتهاء تلك المدة المتفق عليها.

• عقد البناء والتأجير والتحويل (T.L.B) Build, Lease and Transfer

وهو اتفاق يتم بمقتضاه بناء المشروع وتملكه مؤقتاً من أجل تأجيره، سواء للمالك الأصلي أو للغير. ثم تحويله في نهاية المدة المتفق عليها في العقد إلى الحكومة.

• عقد البناء والاستئجار والتحويل (T.R.B) Build, Rent and

Transfer

يتعهد الطرف المتعاقد مع الحكومة في هذا الاتفاق ببناء مشروع معين، على أن يقوم باستجاره منها لمدة معينة بعد تشغيله. ثم يقوم بتحويله في نهاية العقد المتفق عليه إلى المالك الأصلي (الدولة)، أو إلى جهة محددة في العقد.

• عقد البناء والتحويل والتشغيل (O.T.B) Build, Transfer and

Operate

يتم بموجب هذا العقد بناء المشروع من قبل المتعامل، ثم يتخلى عنه عن طريق تحويله إلى الحكومة المالكة له. وذلك شريطة أن تتولى هذه الأخيرة إبرام عقد آخر مع ذلك المتعامل، كي يشغل المشروع المنجز ويستغله لفترة امتياز محددة مقابل حصوله على إيرادات يتلقاها. ففي هذه الصورة من التعامل تكون الدولة مالكة للمشروع منذ نشأته، وبعد ذلك تبرم عقد امتياز جديد مع المتعامل، كي يستغل المشروع لفترة يتم الاتفاق عليها.

• عقد التأجير والتدريب والتحويل (T.T.L) Lease, Training and

Transfer

يتعهد المستثمر التابع للقطاع الخاص في هذا العقد بتمويل المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة. ثم يتولى تأجير المشروع لها فيما بعد، كي تقوم بتشغيله خلال فترة محددة على أن يعود في نهاية تلك الفترة إلى ذلك المالك الخاص.

2- الصور التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة

هذه التعاقدات تلجأ إليها الدولة في حالة حاجتها إلى تجديد مشروع موجود واستخدامه. ونورد فيما يأتي صوراً من هذه التعاقدات على سبيل المثال فحسب.

● عقد التحديث والتملك والتشغيل والتحويل (T.O.O.M)

Modernize, Operate, Owen and Transfer

يتعهد المتعامل مع الحكومة في هذا العقد على تحديث مشروع قائم من قبل، وذلك بتطويره تكنولوجياً وفقاً للمقاييس العالمية مقابل تشغيله وتملكه لفترة متفق عليها. ثم تتم إعادته في نهاية تلك الفترة إلى المالك الأصلي دون مقابل.

● عقد الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل (T.O.R.L)

Lease, Renewal, Operate and Transfer

يتولى المتعاقد مع الحكومة في هذه الصورة باستئجار مشروع قائم ويقوم بتجديده وتشغيله خلال مدة إيجار متفق عليها. وفي النهاية يعيد المشروع إلى الجهة المالكة له دون قيد مقابل عن هذا التحويل⁽¹⁾.

(1) هاجر، د. شماشمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيقاته في الجزائر.

المطلب الثالث

إجراءات إبرام العقد

يُعتبر عقد البوت (B.O.T) من أهم صور العقود الإدارية ويتبع فيه إجراءات تعاقد سائر العقود الإدارية، إلا أن هناك ما يميزه عن سائر العقود كما أشرنا إليه سلفاً. يُعد عقد البوت عقداً إدارياً ذا طابع دولي يبرمه شخص معنوي بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني واحد بالرغم من اتصال عناصره بأكثر من دولة، حيث يخضع لقانون الدولة التي يتبعه الشخص المعنوي العام المتعاقد مع ما يتضمنه من تحديد ما هو المقصود بهذا العقد⁽¹⁾. ومعيار التفرقة بين العقد الإداري الوطني والعقد الإداري ذا الطابع الدولي هو الذي يقوم على تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، ويترتب على العقد انتقالاً للأموال والخدمات عبر الحدود وهو ما يسميه الفقه بالمعيار الاقتصادي⁽²⁾.

يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة، وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في القانون رقم 67 لسنة 2010 ولائحته التنفيذية. ويتم النشر والإعلان والتحضير لمنافسات المشاركة بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة. والمشكلة برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وعضوية

(1) صادق، د. هشام، (1995) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 10 .

(2) فهمي، المستشار. محمود، (2001)، بحث في عقود ال-B.O.T وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة، يناير- ابريل، العدد 462461، السنة 2، ص 8 .

الوزراء المختصين بالشئون المالية، والاستثمار، والتنمية الاقتصادية، والشئون القانونية، والإسكان والمرافق، والنقل، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة.

ويتولى الوزير المختص بالشئون المالية رئاسة اللجنة في حالة غياب رئيس مجلس الوزراء. ولرئيس مجلس الوزراء ضم من يراه من الوزراء المعنيين إلى عضوية هذه اللجنة.

وينضم لعضوية اللجنة الوزير المختص بمشروع المشاركة المطلوب تنفيذه عند النظر في المشروع واعتماده. ويصدر بتشكيل اللجنة وبنظام العمل فيها قرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على اقتراح الوزير المختص بالشئون المالية. ونجمل الاجراءات التي تقوم بها الجهة الادارية في الآتي:

1. للجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة، أن تدعو إلى عقد لقاءات واجتماعات تمهيدية خاصة مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع وشروطه التمهيدية، على أن تتاح كافة الاستفسارات والإجابات عليها لجميع المستثمرين المؤهلين

2. للمستثمر المؤهل أن يشترط على السلطة المختصة بالجهة الإدارية الالتزام بعدم إفشاء سرية أي من البيانات الخاصة بتحفظاته أو توقعاته الاقتصادية أو المالية، ويكون التعامل مع المستثمرين المؤهلين بما يضمن تكافؤ الفرص والمساواة بينهم.

3. للسلطة المختصة بالجهة الإدارية أن تقرر إعادة دراسة مواصفات المشروع وشروطه التمهيدية بناء على ما تم في اللقاءات والاجتماعات المشار إليها، بما لا يؤثر على معايير التأهيل وذلك قبل إصدار دعوة تقديم العطاءات(1).

(1) المادة (21) من القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

4. للسلطة المختصة بالجهة الإدارية بموافقة مسبقة من الوحدة المركزية للمشاركة، أن تقرر أن يكون تقديم العطاءات الفنية والمالية على مرحلتين يتم في الأولى تقديم عرض غير ملزم يحتوى على الخطوط العريضة للعطاء الفني والمالي، يليه حوار تنافسي، وفقا لحكم المادة (23) من هذا القانون، ويتم في المرحلة الثانية تقديم العطاءات النهائية التي يتم على أساسها التقييم النهائي. وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون أحكام وإجراءات الطرح على مرحلتين(1).

5. للجهة الإدارية أن تجرى حواراً تنافسياً مع المستثمرين المؤهلين الذين تقدموا بعروضهم غير الملزمة، وذلك بالاشتراك مع الوحدة المركزية للمشاركة، بناء على موافقة مسبقة وتحت رقابة اللجنة العليا لشئون المشاركة بهدف الحصول على إيضاحات بشأن عناصر العطاء الفني والمالي، وتكون هذه الحوارات مع كل صاحب عطاء على حدة. ويجب أن تتم تلك الحوارات في إطار من المساواة بين المستثمرين المؤهلين، ولا يجوز إفشاء سرية ما يدور خلالها من مناقشات أو يبدى من معلومات(2).

6. تعد الجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالمشروع، ويجب أن تتضمن الكراسة، على وجه الخصوص، ما يأتي:

- المعلومات العامة المتعلقة بالمشروع والتي تلزم لإعداد العطاءات وتقديمها.
- مواصفات المشروع والشروط الفنية والمالية الواجب توافرها في العطاء.

(1) المادة (22) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (23) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

- مواصفات المنتج النهائي ومواصفات ومستوى الخدمة ومؤشرات الأداء والمتطلبات الرئيسية للجهة الإدارية ولجهات التنظيم والرقابة للمرافق والخدمات محل التعاقد فيما يتعلق بمعايير السلامة والأمن وحماية البيئة وغيرها.
- الشروط الرئيسية لعقد المشاركة، وغيره من الاتفاقات التكميلية، مع بيان ما يعتبر منها شروطاً غير قابلة للتفاوض.
- تحديد طريقة وأسس المفاضلة بين العطاءات، وفي حالة اختيار نظام التقييم بالنقاط يجب بيان معايير تقييم العطاءات وأسس المقارنة بينها فنياً ومالياً والدرجة التي تمنح لكل معيار منها، والطريقة التي تطبق بها تلك المعايير في تقييم العطاءات.
- المستندات والنماذج والمواعيد الواجب مراعاتها واستيفائها في العطاء.
- قيمة التأمين المؤقت وطريقة حساب التأمين النهائي(1).
- 7. تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة من عناصر فنية ومالية تتولى وضع التكاليف الأساسية للمشروع في حالة تنفيذه بواسطة الجهة الإدارية ويطلق عليها "القيمة التقديرية" وعلى اللجنة إعداد تقرير عن أعمالها، يتضمن بيان الأسس التي اتبعتها لوضع تلك التكاليف وتحديد هذه القيمة، يوضع في مظروف مغلق موقع عليه من جميع أعضاء اللجنة.
- 8. تتولى الوحدة المركزية للمشاركة مراجعة التكاليف الأساسية للمشروع وتضيف إليها تكلفة التمويل وحساب المخاطر والأعباء التي يتحملها القطاع الخاص لتنفيذ المشروع، وترفع بتقديرها الجديد تقريراً يتم اعتماده من اللجنة العليا لشئون المشاركة يطلق عليه "المقارن الحكومي" يوضع في مظروف مغلق موقع عليه من رئيس الوحدة المركزية للمشاركة ولا يفتح إلا بعد فتح المظاريف المالية للعطاءات

(1) المادة (24) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

المقبولة فنياً وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الأسس التي يتعين اتباعها عند وضع كل من القيمة التقديرية والمقارن الحكومي (1).

9. تتولى الجهة الإدارية بعد اعتماد السلطة المختصة لمذكرة الطرح النهائية وكراسة الشروط والمواصفات، توجيه الدعوة إلى المستثمرين المؤهلين لسحب كراسة الشروط وأداء الثمن المحدد لها وذلك طبقاً للأسس والقواعد التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون (2).

10. تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، ويجب أن يتضمن المظروف الفني المواصفات التفصيلية اللازمة لتحقيق مستوى الخدمة أو مستوى المنتج النهائي للمشروع، طبقاً للتحديد الوارد بكراسة الشروط والمواصفات ويقتصر فتح المظاريف المالية على العطاءات المقبولة فنياً، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد والإجراءات الخاصة بتقديم العطاءات وفتح المظاريف والمستندات والبيانات التي يتعين أن يتضمنها كل مظروف (3).

11. يجوز أن يتقدم بالعطاء تحالف مكون من أكثر من مستثمر مؤهل، ويقدم العطاء باسم هذا التحالف، وذلك ما لم تنص كراسة الشروط والمواصفات على وجوب تقدم المستثمرين المؤهلين بعطاءاتهم منفردين. وفي حالة تقديم العطاء من تحالف، فإنه لا يجوز لأي من المستثمرين أعضاء هذا التحالف تقديم عطاء آخر بطريق مباشر أو غير مباشر منفرداً أو من خلال تحالف آخر أو من خلال إحدى الشركات التي يملك أغلبية أسماؤها أو تكون له السيطرة على إدارتها أو تكون ملكيته أو إدارته

(1) المادة (25) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (26) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(3) المادة (27) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

خاضعة لسيطرة إحدى هذه الشركات، وذلك ما لم تنص شروط الطرح على خلاف ذلك، ويقع باطلاً أي عطاء يقدم على خلاف أحكام هذه الفقرة(1).

12. تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية لجنة لتلقى العطاءات ودراستها فنياً ومالياً من عناصر فنية ومالية وقانونية مناسبة وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون اختصاص اللجنة ونظام عملها وترتيب العطاءات المقبولة فنياً وتحديد العطاءات المستبعدة، ويجب أن تضم اللجنة في عضويتها ممثلاً عن كل من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، ووزارة المالية، والوحدة المركزية للمشاركة، واللجنة أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها أو ممن ترى اللجنة الاستعانة بهم من ذوي الخبرة لدراسة النواحي الفنية والمالية والقانونية للعطاءات المقدمة، ومدى مطابقتها للشروط والمواصفات المعلنة وتقييم المطابق منها، وتقديم اللجان الفرعية تقارير بنتائج أعمالها وتوصياتها إلى لجنة تلقي العطاءات لدراستها وتقييم المطابق منها وفقاً لمعايير التقييم التي تحددها كراسة الشروط والمواصفات وبما يحقق أفضل جدوى اقتصادية للدولة، ويمنح كل عطاء درجة للتقييم وفقاً للأسس وبالطريقة المبينة بطلب تقديم العطاء النهائي وكراسة الشروط والمواصفات، ويتم بناء على هذه الدرجة ترتيب العطاءات المقبولة فنياً(2).

13. يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات، ويدعى مقدمو العطاءات المقبولة فنياً لحضور جلسة فتح المظاريف المالية، ويتم إرساء المشروع على صاحب العطاء الأجدى اقتصادياً من بين العطاءات المقبولة فنياً وذلك بعد أعمال الوزن النسبي لعناصر العطاء المالية والفنية الوارد بيانه في كراسة

(1) المادة (28) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (29) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

الشروط والمواصفات، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد تقييم العطاءات من الناحيتين الفنية والمالية (1).

14. يجوز أن تجرى مفاوضات مع صاحب العطاء الفائز في شأن بعض الإيضاحات والتفصيلات الخاصة بالاشتراطات الفنية والمالية، ولا يجوز أن تتناول هذه المفاوضات أية شروط تعاقدية اعتبرتها دعوة تقديم العطاءات شروطاً غير قابلة للتفاوض، أو لم يبد صاحب العطاء أية تحفظات عليها في العطاء المقدم منه، كما لا يجوز إجراء أي تعديل في الشروط الفنية والمالية بما يقل عن الشروط التي تضمنها العطاء وتم تقييمه على أساسها (2).

15. تلغى إجراءات الطرح إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما يجوز إلغاؤها في أي من الحالات الآتية:

- إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء وحيد.
- إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط والمواصفات المطروحة أو يتعذر تقييمها مالياً.
- إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد زيادة غير مبررة على المقارن الحكومي المعتمد من اللجنة العليا لشئون المشاركة.

ويكون الإلغاء بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية بناء على توصية لجنة تلقي العطاءات ودراستها وبناءً على موافقة مسبقة من اللجنة العليا لشئون المشاركة، ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التي بنى عليها، ولا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأي تعويض عن قرار الإلغاء بخلاف نسبة من المصروفات التي

(1) المادة (30) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (31) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

ينكبتها أصحاب العطاءات المقبولة فنياً في سبيل الاشتراك في المنافسة للفوز بأحد مشروعات المشاركة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ويجوز في الحالات والحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون قبول العطاء الوحيد أو العطاء الذي تزيد قيمته على المقارن الحكومي(1).
16. على صاحب العطاء الفائز تأسيس شركة، تسمى "شركة المشروع" غرضها الوحيد تنفيذ المشروع المعلن عنه، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط الواجب توافرها في شركة المشروع، وحالات السماح لذات الشركة بتنفيذ عقود مشاركة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة، كما تحدد الحالات التي يلزم فيها تقديم تأمين نهائي وأسس تقديره وطريقة أدائه(2).

المبحث الثاني الآثار القانونية لعقد البوت

يعرف البعض من الفقه عقد BOT بأنه: "عقد إداري حديث، يستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلتزم تلك الشركة بنقل ملكية المشروع إلى الدولة، أو إلى الهيئة العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليه".

إن العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون العام (الإدارة المركزية أو المحلية) مع أحد أشخاص القانون الخاص (شخص طبيعي أو معنوي) ترتب التزامات متبادلة

(1) المادة (32) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (33) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

بين الطرفين. غير أن هذه الالتزامات تختلف في عقد BOT عن الالتزامات الواردة في عقود أخرى مشابهة له.

ويترتب على العقد عدة آثار تتمثل في حقوق الدولة والمستثمر والتزامات كل منهما:

المطلب الأول

حقوق الدولة والتزاماتها في عقد البوت

أ. حقوق الدولة : تتمتع الدولة بمجموعة من الحقوق لضمان سير المرفق العام وكما يأتي :

1- الرقابة على تنفيذ العقد

للإدارة حق رقابة ومتابعة المتعاقد في تنفيذ العقد في جميع مراحلها لكون هذه المرافق جزء من تشكيلاتها يتحتم عليها مراقبة نشاطها. وليس معنى ان الدولة قد عهدت للقطاع الخاص ادارة المرافق العامة انها ستتخلى عن هذه المرافق(1)..

وقد نصت المادة (5) من القانون رقم 67 لسنة 2010 على أن "تتولى الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، متابعة شركة المشروع عند إنشائه وتجهيزه وإتاحة المنتجات والخدمات محل عقد المشاركة والتأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً، ولها في سبيل ذلك

(1) العدساني، د. طارق ، (2016) رسالة دكتوراه بعنوان "النظام القانوني لعقد B.O.T وفقاً للتشريع الكويتي بالمقارنة بالقانون المصري والقانون المقارن"، جامعة الاسكندرية كلية الحقوق ، مصر، ص 114 .

تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ، وذلك طبقاً للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد، وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً.

وإذا تضمن عقد المشاركة إسناد التشغيل أو الاستغلال لشركة المشروع، فعلى الجهة الإدارية بالاتفاق مع الشركة وتحت إشراف الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد، تشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقديم تقارير دورية، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام عمل اللجنة وما تقدمه من تقارير.

وعلى شركة المشروع، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، أن تقدم إلى اللجنة كل ما تطلبه من الأوراق أو المعلومات أو البيانات اللازمة للقيام بمهامها، وأن تسمح له بزيارة المواقع التي تطلب زيارتها والتفتيش عليها في أي وقت، وذلك كله على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

يتضح من نص المادة السابقة أن للدولة حق الرقابة المتمثلة في الآتي:

- متابعة شركة المشروع في إنشائه وتجهيزه وكذلك التأكد من تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً.
- تعيين مندوبين لها لمراقبة التنفيذ، وذلك طبقاً للشروط والأحكام المنصوص عليها في العقد، وبمراعاة معايير وقواعد الرقابة المقررة قانوناً.
- تشكيل لجنة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وتقديم تقارير دورية. وعلى شركة المشروع أن تقدم إلى اللجنة كل ما تطلبه من الأوراق أو المعلومات أو البيانات اللازمة للقيام بمهامها، وأن تسمح له بزيارة المواقع التي تطلب زيارتها والتفتيش عليها في أي وقت.

- على شركة المشروع التي يتضمن عقد المشاركة إسناد استغلال المشروع إليها، الالتزام بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين بالمنتجات أو الخدمات التي يتيحها المشروع، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة.

نطاق هذه الرقابة والياتها يختلف من عقد الى اخر حسب طبيعة المشروع موضوع العقد، وغالبا ما تتولى هذه الرقابة هيئات خاصة في الدولة على انه يلاحظ ان سلطة الادارة في الرقابة والتوجيه ليست مطلقة وانما تتقيد بأن يكون الباعث منها تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام وان لا تستخدم هذه السلطة لعرقلة عمل شركة المشروع بما يضر بها وبالمصلحة العامة.

2- تعديل العقد

تضمنت المادة (7) من القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة أن للجهة الإدارية تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد المشاركة، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال، طبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد. وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسرى هذا التعديل إلا بأثر مباشر.

كما نصت المادة (8) من القانون المشار إليه على أنه "يجوز الاتفاق على تعديل عقد المشاركة طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد وذلك إذا طرأت

ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد المشاركة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام العقد".

كما نصت المادة (37) منه على أن "مع عدم الإخلال بحكم المادتين (7) و(8) من هذا القانون، لا يجوز تعديل أي من بنود عقد المشاركة وغيره من الاتفاقات الملحقة به إلا بموافقة أطرافه. وإذا كانت التزامات الجهة الإدارية المتعاقدة مرتبطة بالتزامات مالية تقع على عاتق إحدى الجهات الإدارية الأخرى، فلا يكون هذا التعديل نافذا دون موافقة كتابية مسبقة من هذه الجهة.

ولا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق التي يربتها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك".

مما سبق يتضح أن للإدارة الحق في مواجهة المتعاقد معها في تعديل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد اما بالزيادة او الإنقاص، وهذه السلطة او الحق للدولة يجد ما يبرره في متطلبات سير المرفق العام ومسايرة ما يتطلبه من تطور وفق الظروف المستجدة. ولكن سلطة الدولة في تعديل بنود العقد ليست مطلقة بل مقيدة بان يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وان لا يتجاوز حدا يقلبه الى عقد جديد، ومقابل ذلك يجوز للشركة حق المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي سببها هذا التعديل او المطالبة بفسخ العقد.

3- إيقاع الجزاءات

عند اخلال المتعاقد بأحد التزاماته في تنفيذ العقد، يكون للدولة حق توقيع جزاءات مالية أو ضاغطة، يكون الهدف منها الضغط على شركة المشروع للتنفيذ استناداً إلى امتيازات جهة الإدارة التي منحها القانون إياها لضمان تنفيذ الالتزامات الضرورية لسير المرفق العام.

وقد تكون تلك الجزاءات مالية يدفعها المتعاقد لجهة الإدارة ويكون منصوص عليها في العقد المبرم بينهما، وقد تكون تلك الجزاءات ضاغطة مثل أن تحل جهة الإدارة محل شركة المشروع في التنفيذ ويكون ذلك على نفقة شركة المشروع، حيث نصت المادة (9) من القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة على أن "للجهة الإدارية أن تباشر بنفسها أو عن طريق من تختاره لذلك، إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله إذا أخلت شركة المشروع إخلالاً جوهرياً بالتزاماتها في تشغيل المشروع، أو في تحقيق مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في عقد المشاركة، ولم تقم بإصلاح الخلل ولم تتدخل جهة التمويل لإصلاحه خلال المدة المنصوص عليها في عقد المشاركة من تاريخ إخطارها بذلك، دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة الإدارية عن الأضرار الناجمة عن هذا الإخلال".

وقد يبلغ هذا الإخلال حداً جسيماً فتستخدم الدولة حقها في فسخ العقد، وكل ذلك يخضع لرقابة القضاء الإداري إذا شابه تعسف من جانب جهة الإدارة.

ب: التزامات الدولة

يترتب على عقد البوت مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الدولة من أهمها

:

1- تيسير وتسهيل الإجراءات الإدارية أمام شركة المشروع ومنها تسليم الموقع الذي سيقام عليه المشروع للشركة، ونقل حيازته إليها مع الإبقاء على ملكية الدولة له. كذلك تسهيل اجراءات تخصيص الأراضي لازمة لإقامة المشروع.

2- العمل على اقامة مناطق استثمارية آمنة، وتسهيل إجراءات تسجيل الشركات الاستثمارية وتسهيل إجراءات استكمال وانهاء طلبات المستثمرين بعد الحصول على الموافقات اللازمة للمستثمر او الشركة وتوفير المعلومات والبيانات الخاصة بهم وإصدار النشرات الخاصة بذلك.

3- يقع على عاتق الدولة الالتزام بتنفيذ بنود العقد المتعلقة بها واحترام جميع الشروط المذكورة في العقد، وتنفيذه بحسن نية، ولا يقتصر التنفيذ على هذه الشروط فقط بل يشمل ايضاً ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وبحسب طبيعة الالتزام.

4- المشاريع المقامة وفقاً لنظام البوت في الغالب تقوم على رأسمال مصدره القطاع الخاص لتمويل هذه المشروعات الضخمة وبالتالي من حق الدولة سن التشريعات الخاصة بالاستثمار لتشجيعه ودعم التنمية الاقتصادية، إذ ان هذه المشروعات تتطلب أموال كبيرة لتمويلها، وتطبيقاً لذلك تضمنت المادة (38) من القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة "للجهة الإدارية المتعاقدة إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل وشركة المشروع تنظم طريقة أداء الالتزامات المالية لجهة الإدارة لصالح شركة المشروع وجهات التمويل. ويجوز أن تتضمن الاتفاقات المشار إليها حكماً بأن تضمن وزارة المالية الجهة الإدارية في أداء التزاماتها المالية محل التعاقد، وما يتعلق بتنظيم حق جهة التمويل في الحل محل شركة المشروع في تنفيذ أحكام العقد أو في تعيين مستثمر جديد بعد موافقة السلطة المختصة، وذلك في حالة

إخلال شركة المشروع بالتزاماتها الجوهرية، أو مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في العقد، على نحو يخول السلطة المختصة إنهاء العقد".

المطلب الثاني

حقوق والتزامات المستثمر او الشركة

يترتب على عقد البوت حقوقاً للمستثمر او الشركة، كما يترتب عليه بعض الالتزامات وهي كما يأتي:

أ. حقوق المستثمر أو الشركة(1):

يتمتع المستثمر او الشركة بمجموعة من الامتيازات والضمانات وهي:

1. طلب التمليك: قد يحتاج اقامة المرفق العام الى امتلاك مجموعة من العقارات التي تعود ملكيها الى الافراد أو الحصول على حق ارتفاق مقرر على أرض الغير، لذا لا بد من أن تعطى الشركة الحق في طلب امتلاك العقارات اللازمة لإقامة المشروع وتشغيله.

2. ضمان عدم تعرض المشروع للمصادرة والتأميم: للمستثمر أو الشركة العديد من الحقوق والضمانات ويُعد من أهم الضمانات التي تُمنح للمستثمر او الشركة الحق في الحصول على ضمانات عدم مصادرة المشروع وتأميمه، وذلك لتشجيع المستثمرين وطمأنتهم بعدم تعرض مشاريعهم للتأميم.

(1) العجمي، د. فدغوش، (2011) رسالة دكتوراه بعنوان "عقود B.O.T النفطية دراسة مقارنة"، جامعة القاهرة كلية الحقوق، ص 176 .

3. تملك العقارات دون التقيد بتملك الأجانب: تعطي بعض الدول حق تملك العقارات للأجانب دون التقيد بتملك الأجانب، وذلك لتشجيع الاستثمار والمساهمة في عملية التنمية والتطوير.

4. الحق في الإقامة في الدولة مانحة الامتياز: للمستثمرين الأجانب حق الإقامة في الدولة التي يقام فيها المشروع ولهم الحق في تسهيل مهمة دخولهم وخروجهم للبلاد دون قيود.

5. الإعفاء من الضرائب والرسوم: للمستثمر أو شركة المشروع الحق في طلب الإعفاء من الضرائب والرسوم وللدولة في سبيل تشجيع الشركات الخاصة الأجنبية على الاستثمار داخل الدولة أن تعفي نشاط هذه الشركات المتعلق بإقامة وتشغيل المرفق العام من الضرائب .

6. حرية الاستيراد: تحمي الدولة مانحة الامتياز الإنتاج الوطني وذلك بفرض قيود على استيراد السلع والتجهيزات الا ان عقد البوت يتطلب رفع هذه القيود لاستيراد السلع والتجهيزات اللازمة للمشروع وتشغيله.

7. تحصيل الرسوم من المنتفعين من المرفق: تتحمل شركة المشروع في عقود البوت تكاليف انشاء المشروع وتشغيله ولتغطية هذه التكاليف والحصول على قدر من الربح ويحق لشركة المشروع ان تحصل على الرسم مقابل الخدمات التي تقدمها إلى المنتفعين بوصفه المقابل النقدي في هذه العقود، على ان هذا الرسم يعد من الشروط التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والدولة ومن ثم يحق للدولة التدخل في حاله ما اذا كان سعر الخدمة لا يتناسب مع مقدرة المنتفعين(1).

(1) نايف، د. عبد اللطيف ، نائب رئيس مجلس شورى الدولة، بحث بعنوان "دراسة في عقود التزام المرافق العامة البوت (B.O.T) البناء والتشغيل والتحويل (نقل الملكية)"، جمهورية العراق.

وفي هذا الشأن تضمنت المادة (3) من القانون رقم 67 لسنة 2010 أنه "يجوز أن يتضمن عقد المشاركة بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في المادة (2) قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين.

كما تضمنت المادة (6) من القانون نفسه أنه "على شركة المشروع التي يتضمن عقد المشاركة إسناد استغلال المشروع إليها، والالتزام بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين بالمنتجات أو الخدمات التي يتيحها المشروع، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة. وللشركة بعد موافقة السلطة المختصة، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين الذين تتساوى مراكزهم القانونية، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً، وبشرط المساواة بين أشخاص كل فئة.

ب. التزامات المستثمر او الشركة

يترتب على عقد البوت بعض الالتزامات تكون على عاتق شركة المشروع نجمل أهمها في الآتي:

1. التنفيذ الشخصي للعقد: يتم بموجب عقد البوت اختيار شركة المشروع على أساس اعتبارات شخصية وبالتالي لا يجوز للملتزم النزول عن التزامه للغير وإلا كان لمانح الالتزام إنهاء العقد.

وقد تضمنت المادة 12 من القانون سالف الذكر أنه على شركة المشروع أن تعرض على الجهة الإدارية اتفاقات المساهمين في شركة المشروع، ومشروعات

العقود التي تزعم إبرامها مع الغير بقصد تنفيذ الأعمال والخدمات محل عقد المشاركة(1).

2. تنفيذ العقد ضمن المهل المحددة: نظرا لأهمية عقود البوت وارتباطها بالمصلحة العامة تذهب اغلب التشريعات إلى إلزام شركة المشروع بالتقيد بالمدد الزمنية لتنفيذ العقد ، ذلك ان عدم مراعاة تلك المدد يؤدي إلى الإخلال بحسن سير المرافق العامة والإضرار بالصالح العام .

3. إدارة المرفق العام: يعتبر هذا الالتزام التزاما ضروريا وجوهريا لان الهدف من إقامة المشروع هو تشغيله وتقديم الخدمة العامة للجمهور وإدارته وفق ما يحقق هذا الهدف.

وقد تضمنت المادة 13 من القانون رقم 67 لسنة 2010 على شركة المشروع أن تقدم إلى الجهة الإدارية المتعاقدة تقارير دورية عن أعمال البناء والتجهيز والتطوير والصيانة والتشغيل والاستغلال التي تقوم بها تنفيذاً لعقد المشاركة، بحسب الأحوال، كما أن على الشركة ضمان توافر الاشتراطات البيئية، وشروط الصحة والسلامة للعاملين بالمشروع والمنفعين به(2).

4. القيام بالإنشاءات اللازمة للمشروع وتسيير المرفق: هذا الالتزام ظاهر من تركيب اسم العقد وهو التزام أصيل يقع على عاتق الملتزم .

(1) المادة (12) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (13) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

5. تسليم ونقل ملكية المشروع للجهة مانحة الامتياز: بعد انتهاء المدة المحددة في العقد وحتى تتحرر شركة المشروع من التزاماتها العقدية فإنها تلتزم بتسليم ونقل ملكية المشروع الى الجهة مانحة الامتياز وفقا لبنود العقد والشروط الواردة فيه.

6. تدريب الأيدي العاملة: اتجهت اغلب التشريعات الى فرض التزام على عاتق المستثمر بتدريب الأيدي العاملة الوطنية وتأهيلها وزيادة كفاءتها ورفع مهاراتها وقدراتها وهو ما لزم به قانون الاستثمار العراقي المستثمرين.

المطلب الثالث

الأحكام الموضوعية في التعاقد

جاء بالقانون رقم 67 لسنة 2010 والخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة أنه:

- 1- يجب أن يتضمن عقد المشاركة بصفة خاصة ما يأتي:
 - طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداؤها وشروط تنفيذها.
 - ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.
 - مسؤولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.
 - الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.
 - سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدهما، وأسس وقواعد تعديلها بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم، وما يرتبط بتغيير أسعار الفائدة، إن كان لذلك مقتضى.

- وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانتته.
- تنظيم حق الجهة الإدارية في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل.
- أنواع ومبالغ التأمين على المشروع، ومخاطر تشغيله أو استغلاله، و ضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة الإدارية، وأحكام وإجراءات استردادها.
- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة أو باكتشاف الآثار والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.
- مدة العقد، وحالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة.
- الحالات التي يحق فيها للجهة الإدارية الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المترتبة على استخدام هذا الحق.
- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي(1).
- 2- يخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك. ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة(2).
- 3- لا يجوز حل شركة المشروع أو تغيير الشكل القانوني لها أو تخفيض رأسمالها إلا بعد موافقة السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة.

(1) المادة (34) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (35) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

ويجب أن يتضمن النظام الأساسي لشركة المشروع حظراً على تداول أسهمها قبل تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو التطوير وعلى تداول الأسهم المملوكة للأغلبية الحائزة لرأسمالها بعد هذا التاريخ، إلا إذا تم الحصول على موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية.

وفي جميع الأحوال لا يجوز رهن أسهم شركة المشروع لغير غرض تمويل أو إعادة تمويل مشروع المشاركة. ويقع باطلاً كل إجراء أو تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة (1).

4- مع عدم الإخلال بحكم المادتين (7) و(8) من هذا القانون، لا يجوز تعديل أي من بنود عقد المشاركة وغيره من الاتفاقات الملحقة به إلا بموافقة أطرافه. وإذا كانت التزامات الجهة الإدارية المتعاقدة مرتبطة بالتزامات مالية تقع على عاتق إحدى الجهات الإدارية الأخرى، فلا يكون هذا التعديل نافذاً دون موافقة كتابية مسبقة من هذه الجهة.

ولا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق التي يترتبها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك (2).

5- للجهة الإدارية المتعاقدة إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل وشركة المشروع تنظم طريقة أداء الالتزامات المالية لجهة الإدارة لصالح شركة المشروع وجهات التمويل. ويجوز أن تتضمن الاتفاقات المشار إليها حكماً بأن تضمن وزارة المالية الجهة الإدارية في أداء التزاماتها المالية محل التعاقد، وما يتعلق بتنظيم

(1) المادة (36) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (37) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

حق جهة التمويل في الحلول محل شركة المشروع في تنفيذ أحكام العقد أو في تعيين مستثمر جديد بعد موافقة السلطة المختصة، وذلك في حالة إخلال شركة المشروع بالتزاماتها الجوهرية، أو مستويات الجودة المقررة قانوناً أو في العقد، على نحو يخول السلطة المختصة إنهاء العقد(1).

6- تشكل لجنة للتظلمات برئاسة الوزير المختص بالشئون المالية وعضوية اثنين من نواب رئيس مجلس الدولة يختارهما رئيس المجلس، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة، وأحد ذوى الخبرة من غير العاملين بالدولة يختاره رئيس اللجنة. وتختص اللجنة بنظر تظلمات المستثمرين وما يتعلق أو يرتبط بها خلال عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة. وإذا كان محل التظلم قراراً إدارياً يكون ميعاد التظلم منه ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار أو العلم به، ولا تقبل الدعوى بإلغاء هذا القرار قبل التظلم منه(2).

وتضمنت اللائحة التنفيذية لهذا القانون إجراءات نظر التظلم والبت فيه، ويكون قرار اللجنة بالبت في التظلم نهائياً ونافاً. وتكون الإجراءات كالتالي:

1. يكون نظر تظلمات المستثمرين وما يتعلق أو يرتبط بها خلال عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة بمعرفة لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة (39) من القانون، وإذا كان محل التظلم قراراً إدارياً فيكون التظلم منه أمام اللجنة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن به، أو علمه بالقرار، ولا تقبل دعوى إلغاء هذا القرار قبل التظلم منه (3).

(1) المادة (38) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (39) من القانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(3) المادة (89) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

2. تعقد لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة (39) من القانون جلساتها لنظر التظلمات المقدمة لها، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بدعوة من رئيسها. وتدون أعمال اللجنة في محضر، يثبت فيه الأعمال التي قامت بها، والقرارات التي اتخذتها، والأسباب التي بنيت عليها(1).

3. ينشأ بالوحدة مكتب يتولى تلقي التظلمات المنصوص عليها في المادة (89) من هذه اللائحة وقيدتها في السجل المعد لذلك في يوم ورودها، كما يقوم بمهام الأمانة الفنية للجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة (95) من هذه اللائحة.

4. ويجب أن يكون التظلم مكتوباً باللغة العربية وموقعاً عليه من صاحب الشأن أو من يمثله قانوناً من أصل وست صور، وأن يشتمل على البيانات وترفق به المستندات الآتية:

- اسم المتظلم ولقبه ومهنته وعنوانه.
 - تاريخ الإخطار بالإجراء أو الفعل أو القرار المتظلم منه أو تاريخ العلم به، بحسب الأحوال.
 - موضوع التظلم، والأسباب التي يبني عليها.
 - المستندات المؤيدة للتظلم.
- وعلى المكتب إعطاء مقدم التظلم ما يفيد استلامه على أن يثبت فيه اسمه وصفته، وساعة وتاريخ تظلمه، واسم المشروع المتعلق به التظلم(2).

(1) المادة (90) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (91) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

5. على مكتب التظلمات عرض التظلم فور وروده على رئيس لجنة التظلمات لتحديد جلسة لنظره يخطر بها المتظلم بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، وبالبريد الإلكتروني (1).
6. تنظر لجنة التظلمات التظلم المقدم إليها، ويكون لها الاتصال بذوي الشأن لطلب الإيضاحات والاستفسارات التي تراها لازمة منهم، كما يكون لها طلب الإيضاحات والاستفسارات من الوحدة أو من الجهات الإدارية المختصة. وللجنة عند الاقتضاء أن تكلف الأمانة الفنية بإعداد تقرير وافٍ لموضوع التظلم وحكم القانون فيه، ويكون رأي الأمانة الفنية في هذه الحالة استشارياً (2).
7. تفصل لجنة التظلمات في التظلمات المقدمة إليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم التظلم إليها على الأكثر، ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً وناقداً، وتلتزم به الجهة الإدارية، وعلى مكتب التظلمات إخطار كل من الجهة الإدارية والمتظلم بهذا القرار بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (3).
8. يكون للجنة التظلمات أمانة فنية، يصدر بتحديد أعضائها قرار من الوزير المختص بالشئون المالية بناء على اقتراح رئيس الوحدة، تتولى إعداد ملفات التظلمات المقدمة إلى اللجنة وما أرفق بها من مذكرات ومستندات، وتدوين محاضر جلساتها، ومتابعة تنفيذ القرارات الصادرة عنها، وغيرها من الأعمال التي تكلفها بها اللجنة. وتحمل الوحدة بأتعاب لجنة التظلمات وأمانتها الفنية بواقع خمسة آلاف جنيه تصرف لكل عضو عن كل تظلم (4).

(1) المادة (92) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(2) المادة (93) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(3) المادة (94) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

(4) المادة (95) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 67 لسنة 2010 المشار إليه.

الخاتمة

هناك أمثلة كثيرة في مصر، حيث طبق هذا النظام على نطاق واسع في تنفيذ مشاريع الكهرباء، والطاقة الكهربائية، وكذا مختلف قطاعات الدولة الصناعية والعمرائية ومحطات التوليد، وإنشاء الطرق العامة، واستغلال المطارات، والموانئ المتخصصة.

وتعني حروف هذا النوع من العقود (البناء، والتشغيل، والنقل أو تحويل الملكية) وهي تشكل المراحل الثلاث التنفيذية لنظام الـ BOT، والتي يمكن إيجازها فيما في مرحلة تصميم المشروع وإنشائه، ومرحلة تشغيل المشروع، ومرحلة نقل الملكية. حيث تنقل ملكية أصول المشروع الثابتة والمنقولة للجهة الإدارية المتعاقدة، عند نهاية فترة التعاقد وذلك سواء بمقابل متفق عليه أم بغير مقابل.

ولقد صارت الاتفاقات الاقتصادية والتجارية تأخذ اليوم تسميات مختلفة. بحيث أنها تكون منصبية، سواء على مشاريع استثمارية جديدة يتم إحداثها من العدم، أو على مشاريع قائمة من قبل، لذلك تتخذ عقود البوت B.O.T صور متعددة وتناول البحث إجراءات التعاقد وفقاً لما هو منصوص عليه في القانون رقم 67 لسنة 2010 حيث يتبع فيه إجراءات تعاقد سائر العقود الإدارية، إلا أن هناك ما يميزه عن سائر العقود.

ويُعد عقد البوت عقداً إدارياً ذا طابع دولي يبرمه شخص معنوي بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني واحد بالرغم من اتصال عناصره بأكثر من دولة، حيث يخضع لقانون الدولة التي يتبعه الشخص

المعنوي العام المتعاقد مع ما يتضمنه من تحديد ما هو المقصود بهذا العقد. ومعيار التفرقة بين العقد الإداري الوطني والعقد الإداري ذا الطابع الدولي هو الذي يقوم على تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، ويترتب على العقد انتقالاً للأموال والخدمات عبر الحدود وهو ما يسميه الفقه بالمعيار الاقتصادي.

ويخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة، وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في القانون رقم 67 لسنة 2010 ولائحته التنفيذية. ويتم النشر والإعلان والتحضير لمنافسات المشاركة بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة. والمشكلة برئاسة رئيس مجلس الوزراء، وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية، والاستثمار، والتنمية الاقتصادية، والشئون القانونية، والإسكان والمرافق، والنقل، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة. كما تناول البحث عدة أحكام موضوعية يجب أن يتناولها عقد البوت وذلك طبقاً لما ورد في القانون رقم 67 لسنة 2010 ولائحته التنفيذية.

التوصيات:

يوصى الباحث تعديل ترجمة الحروف الأولى من العقد محل البحث حيث أن ما ذهب إليه بعض رجال القانون إلى أن ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة (البناء والتشغيل ونقل الملكية) تحمل التزاماً قانونياً لا وجود له في العلاقة القائمة بين جهة الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع.

لذلك فإن عقد (B.O.T) يشكل أحد بدائل الخصخصة حيث تنتقل إدارة المرفق العام فقط إلى القطاع الخاص وتبقى ملكيته بيد الجهة الإدارية المتعاقدة.

أما تعاقد الجهة الإدارية مع شركة المشروع التي تمتلك المشروع خلال مراحل العقد فإنها صورة عقدية للعقود Build- Ownership- Operate- Transfer

والرموز لها (B.O.O.T) والتي يجمع الفقه على ترجمتها بعبارة (عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية) فملكية الأصول خلال مدة المشروع تكون خالصة للقطاع الخاص.

قائمة المراجع

1. أبوزيد، د. مصطفى، (2005م) القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر.
2. أبو نصير، د. مالك، (2016) بحث بعنوان " عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأثره على الاقتصاد الوطني" منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد (12) العدد الثقافي السنة السادسة.
3. الحبشي، د. مصطفى ، (2008) الوجيز في عقود البوت. B.O.T دار الكتب القانونية. مصر.
4. العجمي، د. فدغوش ، (2011) رسالة دكتوراه بعنوان " عقود B.O.T النفطية دراسة مقارنة"، جامعة القاهرة كلية الحقوق ، مصر.
5. العدساني، د. طارق ، (2016) رسالة دكتوراه بعنوان "النظام القانوني لعقد B.O.T وفقاً للتشريع الكويتي بالمقارنة بالقانون المصري والقانون المقارن"، جامعة الاسكندرية كلية الحقوق، مصر.
6. المطيري، أ.متعب ، (عام 2009) تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات الإدارية لعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة الحصول على الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر.
7. المطيري، د. مطر ، الحقوق والالتزامات التبادلية لأطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (دراسة مقارنة في النظامين المصري والكويتي) كلية الحقوق جامعة طنطا.

8. جرجس، د. جرجس، (1996) معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الطبعة الأولى، الشركة العلمية للكتاب، بيروت.
9. جمال الدين، د. صلاح الدين، (1996-1995)، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، القاهرة، دار النهضة العربية.
10. شرياش، د. مي ، (2010) النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية، مصر.
11. صادق، د. هشام ، (1995) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.
12. عيد، د. إدوارد، (1973) رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، بيروت دار المنشورات الحقوقية.
13. فهمي، د. محمود ، (2001) بحث في عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة، يناير- ابريل، العدد 462461 ، السنة 2 .
14. لحمود، د. وضاح، (2010) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT-حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماته. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
15. مرسي، د. حسام ، (2012) أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر.
16. نايف، د. عبد اللطيف ، بحث بعنوان "دراسة في عقود التزام المرافق العامة البوت (B.O.T) البناء والتشغيل والتحويل (نقل الملكية)"، نائب رئيس مجلس شورى الدولة، جمهورية العراق.
17. هاجر، د. شماشمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT وتطبيقاته في الجزائر. <https://carjj.org> > sites > default > files > events > wrq_ml_lrq_-_qd_bot

18. المجموعة الصادرة من المكتب الفني لمجلس الدولة، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى الجزء الأول من أول أكتوبر 2006 إلى إبريل 2007 م .
19. مجموعة القوانين والمبادئ القانونية التي اقترتها المحكمة الإدارية العليا (2005م - 2007م) .
20. دليل اليونسيف التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، طبعة 2010.
21. القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.
22. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها حكم المحكمة الإدارية العليا.
23. تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تهت عنوان: الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية. الدورة 29. نيويورك. من 28 ماي إلى 14 جوان 1996. (موقع [cnudci](http://cnudci.org) على إنترنت).

نبذة عن الباحث

- ❖ خريج كلية الشرطة عام 1988
- ❖ دبلوم شريعة إسلامية كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام 2005
- ❖ دبلوم القانون العام كلية الحقوق جامعة طنطا عام 2006
- ❖ دكتوراه في القانون العام عام 2009 بعنوان "السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي".
- ✓ تدريس مقررات القانون العام بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية لطلاب التعليم المفتوح اعتباراً من عام 2009 حتى 2016.

✓ تدريس مقررات القانون العام لطلاب برنامج التعليم الدولي من عام 2010 حتى عام 2016.

✓ تدريس مقرر الدراسات القانونية لطلاب كلية التجارة جامعة الاسكندرية

✓ تدريس مقرر الدراسات القانونية لطلاب كلية التجارة جامعة دمنهور

✓ تدريس مقرر التشريعات السياحية بمعهد ايجوث للسياحة

✓ وحالياً: رئيس قسم القانون بكليات الخليج للعلوم الإدارية والانسانية بالمملكة العربية السعودية.

المؤلفات:

- سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري دراسة مقارنة
- التنظيم القانوني للضبط الإداري
- نظام الحسبة في الاسلام
- أصول القانون الإداري
- القانون الدستوري (المقومات الأساسية تطبيقاً على الدستور المعاصر)
- المدخل إلى العلوم السياسية
- التنظيم القانوني للتشريعات السياحية

الأبحاث العلمية

- مبدأ المساواة كأساس للعداة الاجتماعية
- نظام الحسبة في الاسلام
- ضوابط القرار الإداري

(6)

عقد العمل الفردي وعقد العمل الجماعي في الأردن

إبراهيم بديع الحاج عيد

<https://orcid.org/0000-0001-7895-9658>

بحث مقدم لإستكمال متطلبات درجة الدكتوراه في كلية القانون في جامعة
بوخارست للدراسات الاقتصادية

i.bb@hotmail.fr

الملخص

في هذا البحث سأحدث عن عقود العمل الفردية والجماعية والنقابات في الأردن، وكيف حماهم الدستور والقانون الأردني ونظمهم وكفل حق العمل، وعن المفاوضات التي تتم بين أصحاب العمل أو نقاباتهم وما بين العمال أو نقاباتهم، وعن عقود العمل الجماعية التي تم إبرامها خلال آخر 3 سنوات، وعن كيفية تطور أعداد اتفاقيات العمل الجماعية، والمنافع التي حققتها هذه العقود الجماعية، وكيف أدت هذه العقود إلى ميزات استفاد منها العامل والتي أدت إلى تحسين شروط العمل، والتأمين، والراتب، والإجازات، وغيرها من الأمور، بالإضافة إلى كيفية إبرام العقود

الجماعية، ومن هي الجهة المسؤولة عن ذلك بالإضافة إلى النقابات، وكيفية انتهاء عقود العمل الجماعية، وعند الانتهاء هل يتم تجديدها أم يتم اللجوء إلى أحد وسائل المنازعات الجماعية وهي الإضراب، أو التوفيق، أو مجلس التوفيق، أو اللجوء إلى القضاء.

الكلمات الافتتاحية: النقابات، عقد العمل الفردي، عقد العمل الجماعي، العمال، أصحاب العمل.

Individual work contract and collective contract in Jordan

Ibrahim Badei Al-Haj-Eid

Completed to obtain a PhD in private law

Bucharest University of Economic Studies

Abstract

In this paper, there will be talk about individual and collective work contracts and unions in Jordan. Thereupon how the Jordanian constitution and law protected them and guaranteed work, the negotiations between employers or their unions and between workers or their unions, the collective

work contracts concluded in the last 3 years, how The development of the preparation of collective labor agreements, the benefits that these collective contracts achieved, and how these contracts have led to advantages that the worker has benefited from, which have improved the conditions of work, insurance, salary, vacations, and other matters. Furthermore, how to conclude collective contracts and who is responsible for this in addition to unions, how collective labor contracts expire, and upon their expiry, are they renewed, or are resorting to one of the means of collective disputes which are strike, mediation, arbitration, or recourse to the judiciary.

Key words: - trade unions, individual work contracts, collective agreement contracts, workers , employer .

ينظم الدستور الأردني¹ العمال ويحميهم ويكفل العمل لهم ضمن حدود إمكانياتهم، كما ينص على حق تأسيس نقابات العمال حيث أن القواعد العامة في التساوي في العمل وهو حق لكل مواطن، ويجب على الدولة توفير فرص العمل لجميع المواطنين من خلال توجيه الاقتصاد الوطني والنهوض به، مما يؤدي إلى زيادة فرص العمل الفرص وزيادة الأجور، وحماية الدولة للعمال وسن التشريعات المناسبة للعاملين من خلال إيجاد أجر يتناسب مع كمية ونوعية العمل، وهذه القوانين التي تنظم العمل تحتاج إلى تطوير وتعديل في كل فترة زمنية لتواكب التطورات، وتحديد ساعات العمل في الأسبوع، والإجازات السنوية، والمرضية، والحوافز، وغيرها من الأمور التي تم الحديث عنها من خلال منظمة العمل الدولية وقانون العمل الأردني.

نجد أن الحياة العملية تختلف عن النظرية، وذلك بسبب الأوضاع الاقتصادية، والأزمات، والحروب في دول الجوار، مما أدى إلى تقليل فرص العمل، وكذلك طول المدة الزمنية لإجراءات التقاضي في المحاكم، وما يتبعها من خسائر مادية وزمنية، مما أدى إلى خوف العامل من الدخول في نزاع مع صاحب العمل والمطالبة بحقوقه التي نص القانون عليها، وجاءت الاتفاقيات الجماعية التي تحمي العمال وتعطيهم حقوق أفضل، حيث تم ذلك بالعديد من الاتفاقيات الجماعية التي توفر بيئة عمل أفضل للعمال، إلا أن العقود الفردية هي الطابع العام في الأردن.

المادة 16 من الدستور الأردني كانت أكثر تفصيلاً في عملية التأسيس من خلال الإشارة إلى حق الأردنيين في إنشاء جمعيات وأحزاب سياسية التي اشترط أن تكون

غايته مشروعاً ووسائلها سلمية وذات نظام لا يخالف أحكام الدستور، ولا تتعارض لوائحها الداخلية مع أحكام الدستور، ودُكر في المادة نفسها أن القانون هو الذي ينظم إنشاء الجمعيات والأحزاب السياسية ويراقب مواردها من خلال سن تشريع خاص لعملية التأسيس، وكذلك مراقبة موارد المؤسسة حتى بعد التأسيس من قبل الدولة.

ولكن نجد ان الطابع العام في تطبيق القانون هو الطابع السياسي، ومثال ذلك نقابة المعلمين حيث تأسست في مطلع الخمسينات، إلا أنها ما لبثت أن اجتاحتها قرار الحل في عام 1956م، وأصبح شأنها شأن بقية النقابات المهنية، في الوقت الذي جرى فيه حل الأحزاب السياسية وحظر أنشطتها، وقد أفتى المجلس الأعلى لتفسير الدستور بواقع خمسة مقابل أربعة أعضاء بأن المعلم موظف رسمي، ولا يحق لمن في السلطة التنفيذية تشكيل أي إطار نقابي، حسب المادة 120 من الدستور، وفي 2011/3/24 اجتمع المجلس الأعلى لتفسير الدستور وأجاز إصدار قانون لإقامة نقابة المعلمين، مستنداً إلى المادة 16 من الدستور، حيث أجازت النقابة دستورياً بعد أن حظرت دستورياً ومن خلال مواد الدستور نفسه، ولأهمية تطبيق قانون العمل وإنشاء النقابات العمالية لتغطي شرائح أكثر من العمال من أجل تحسين شروط العمل والأجرة، وكذلك لتحقيق ضمان استقرار علاقات العمل مما يعود بالفائدة على العامل وصاحب العمل تم دراسة عقود العمل الفردية والجماعية وإبراز الميزات وطرق تحسينها في هذا البحث.

مشكلة البحث :- شهدت القوانين الأردنية تطوراً ملحوظاً وخاصة قانون العمل الأردني، وجاءت هذه القوانين لحماية العامل الذي يعتبر الطرف الأضعف في العقد، وتكمن مشكلة الدراسة في تفعيل دور النقابات لإعطاء العامل حقوقه وحمايته في ظل الأوضاع الاقتصادية الصعبة التي يعيشها البلد، وتقييم هذا الدور، وأبعاده من الناحية الاقتصادية للعامل وصاحب العمل ، وكذلك من ناحية الحماية القانونية للعامل ، من أجل إيجاد بيئة عمل آمنة توفر له جميع الحقوق التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية

وقانون العمل الأردني، ومدى فعالية هذه الحماية القانونية التي يتم توفيرها ، وإيجاد أبرز المعوقات التي واجهت العمال للحصول على حقوقه ، ودور الحكومة في عملية التفاوض ومدى فاعليتها .

أهمية البحث:- تكمن الأهمية العلمية لهذا البحث في التعرف على دور النقابات وعقود العمل الجماعية في تحقيق التنمية الاقتصادية، ووصول العامل الى بيئة عمل متوازنة تضمن له كافة حقوقه، ومدى تأثيرها في خلق علاقة متوازنة بين العمال وصاحب العمل، حيث ساهمت النقابات العمالية الى توفير عقود عمل جماعية التي توفر ميزات أفضل من العقود العمل الفردية، ونشر الوعي القانوني للعمال، بحيث تسهيل عملية الحصول على حقوقهم من خلال التفاوض أو من خلال الجهات القضائية، وأثر هذه القوانين للعامل، من أجل الخروج بتوصيات تساعد بتحسين الأداء لدى النقابات والقوانين التي تنظم عقود العمل .

المنهجية :- تمت الدراسة من خلال المنهج المقارن التحليلي ، من خلال المقارنة بين عقد العمل الفردي والجماعي ، والميزات والسلبيات لكل منهما ، من أجل إجلاء الغموض عن قانون العمل والنقابات ، والوصول الى النتائج التي توفر للعامل (الطرف الأضعف) الحماية القانونية له .

المبحث الأول

عقد العمل الفردي وعقد العمل الجماعي

عرّف القانون الأردني عقد العمل بأنه اتفاق شفهي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته مقابل أجر ويكون عقد العمل لمدة محددة، أو غير محددة، أو لعمل معين، أو غير معين.

وعرّف عقد العمل الجماعي بأنه اتفاق خطي تنظم بمقتضاه شروط العمل بين صاحب العمل أو نقابة أصحاب العمل من جهة ومجموعة عمال أو النقابة من جهة أخرى.

نجد أن المشرع الأردني في التعريف السابق أعطى الحق للعمال للتفاوض مباشرة أو من خلالهم نقابتهم، وذلك في عدم وجود نقابة عمالية لهم، وهذه ميزة أعطاه المشرع للعمال في التعريف، ولكن من جهة أخرى هذا يعتبر تقليل من دور النقابة، حيث يستطيع العمال تجاوز النقابة والتفاوض مباشرة بدون علمها أو من خلالها.

وكما ذكرنا سابقاً أن الدستور الأردني جاء منسجماً مع الموقف الدولي بخصوص العمل وحمايته وتنظيم النقابات؛ فنصت المادة (23) منه على :

1. العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة ان توفره للأردنيين بتوجيه الاقتصاد الوطني

والنهوض به.

2. تحمي الدولة العمل وتضع له تشريعاً يقوم على المبادئ الآتية :

أ - إعطاء العامل أجراً يتناسب مع كمية عمله وكيفيته.

ب - تحديد ساعات العمل الأسبوعية ومنح العمال راحة أسبوعية.

ت - تقرير تعويض خاص للعمال المعيلين وفي أحوال التسريح والمرض والعجز

والطوارئ الناشئة عن العمل.

ث - تعيين الشروط الخاصة بعمل النساء والأحداث.

ج - خضوع العامل للقواعد الصحية.

ح - تنظيم نقابي حر ضمن حدود القانون.¹

المطلب الأول

- نطاق تطبيق عقود العمل

يتم تطبيق عقد العمل الفردي على جميع العمال باستثناء :-

أ . الموظفين العاميين وموظفي البلديات.

ب. أفراد عائلة صاحب العمل الذين يعملون في مشاريعه دون أجر.

ج. خدم المنازل وبستانييها وطهااتها ومن في حكمهم.

حماده أبو نجم، تطوير قانون العمل الأردني، 2008، بحث منشور على الموقع¹

د. عمال الزراعة عدا الذين يتم إخضاعهم لأي من أحكام هذا القانون وتحدد فئاتهم والأحكام المتعلقة بهم بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية .

ونجد أن هذه المادة قد حرمت الكثير من قطاعات العمل من مزايا وحقوق قانون العمل، والحماية التي يعطيها عقد العمل الفردي أو الجماعي.

ونجد أن مسمى الموظف يطلق على موظفي الدولة أما مسمى العامل فيطلق على جميع موظفي القطاع الخاص، حيث كما ذكرنا سابقاً تم اعتبار المعلم موظف حكومي ومن ثم بعد الضغوط التي فرضها المعلمون وكذلك المنظمات الدولية تم إنشاء نقابة خاصة لهم .

وعند وجود قانون آخر أو اتفاقية جماعية يتم تطبيق القانون أو الاتفاقية أو العقد الذي يعطي للعمال مزايا وحقوقاً أفضل لهم .

وكذلك يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه قانون العمل الأردني.

وعند إبرام عقد عمل لمدة محددة فإنه ينتهي بانتهاء المدة المحددة له، وإذا استثمر العامل وصاحب العمل في تنفيذه بعد انتهاء مدته اعتبر ذلك تجديد ضمني لمدة غير محددة.

وكان قانون العمل والقضاء قد أعطى العامل حق إثبات حقوقه بكافه طرق الإثبات القانونية، ومن ذلك شهادة الشهود وتوجيه اليمين.

ويطبق قانون العمل على العامل بدوام جزئي بنفس القواعد والقوانين المطبقة على العامل بدوام كامل، حيث القانون الأردني لم يميز بينهم، وعند انتهاء عقد العمل محدد

المدة فإنه يستحق العامل الأجر المحدد والمتفق عليه، وفي حالة كانت عقد العمل غير محدد المدة فإنه لا يحصل التعويض عن الفصل التعسفي وبدل الإشعار على خلاف إذا كان العقد محدد المدة الذي يستحق التعويض.

• لصاحب العمل فصل العامل دون إشعار وذلك في أي من الحالات التالية:

1. إذا انتحل العامل شخصية أو هوية غيره أو قدم شهادات أو وثائق مزورة بقصد جلب المنفعة لنفسه أو الإضرار بغيره.
2. إذا لم يقم العامل بالوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد العمل.
3. إذا ارتكب العامل خطأ نشأ عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهة أو الجهات المختصة بالحادث خلال خمسة أيام من وقت علمه بوقوعه.
4. إذا خالف العامل النظام الداخلي للمؤسسة بما في ذلك شروط سلامة العمل والعمال رغم إنذاره كتابة مرتين.
5. إذا تغيب العامل دون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً مقطعة خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متتالية على أن يسبق الفصل إنذار كتابي يرسل بالبريد المسجل على عنوانه وينشر في إحدى الصحف اليومية المحلية مرة واحدة.
6. إذا أفشى العامل الأسرار الخاصة بالعمل.
7. إذا أدين العامل بحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية بجناية أو بجنحة ماسه بالشرف والأخلاق العامة.

8. إذا وجد أثناء العمل في حالة سُكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أو مؤثر عقلي أو ارتكب عملاً مخالفاً بالآداب العامة في مكان العمل.

9. إذا اعتدى العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول أو أحد رؤسائه أو أي عامل أو على أي شخص آخر أثناء العمل أو بسببه وذلك بالضرب أو التحقير.

• يستحق العامل بدل فصل تعسفي وبدل إنذار في حال لم تتوافر أي حالة من الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

وهذه الحقوق اعطاء المشرع لصاحب العمل من أجل سير العمل ومصالحه العمل في حال قيام العامل بأحد هذه الأمور وعلى الوجه الذي يقرره صاحب العمل، وللعامل من خلال القضاء إثبات عكس ذلك من خلال شهادة الشهود أو توجيه اليمين لصاحب العمل.

ولكن عند مطالبته العامل بأحد حقوقه مثل المطالبة ببدل إجازته السنوية عن آخر سنتي عمل وفق أحكام المادة (61/ج) من قانون العمل¹ فإنه لا يستطيع صاحب العمل فصل العامل بسبب حرمانه من إجازته السنوية أو بدل العمل الإضافي أو إجباره على العمل الإضافي ويستطيع العامل إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات القانونية .

وهذا ما نجد خلافه في الحياة العملية، حيث الوضع الاقتصادي السيء ووجود القليل من الوظائف فيضطر العامل إلى الانصياع إلى أوامر صاحب العمل حتى لو أدى ذلك إلى حرمانه من حقوقه، مثل: الإجازات السنوية من أجل عدم فصل العامل من عمله واللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حقوقه، حيث يؤدي هذا ضياع عمله

¹ يستحق العامل (21) يوم إجازة سنوية إذا زادت خبرته لدى ذات رب العمل عن خمسة سنوات وفقاً لأحكام المادة (61/أ) من قانون العمل رقم 1996/8 وتعديلاته .

وعدم توفر فرص عمل أخرى وكذلك بذل الجهد المادي والوقتي من خلال اللجوء إلى القضاء وحضور الجلسات والمدة الزمنية التي تحتاجها من أجل الفصل وإذا قام بتعيين محامي والنفقات وغيرها من الأمور التي تنعكس سلباً على العامل، مما أدى إلى اللجوء إلى النقابات الجماعية والاتفاقيات الجماعية في حال وجودها التي توفر الحماية والميزات الأفضل للعامل .

ويعاني سوق العمل من عدد من التشوهات من أهمها عدم تلاؤم فرص العمل المتوفرة مع مخرجات التعليم ومخرجات التدريب المهني، ففي حين يشكل الجامعيون 31% من مجموع المتعطلين (وترتفع هذه النسبة بين الإناث بشكل كبير لتصل إلى 53,8% من الإناث المتعطلات)، فإن 32% من الفرص المستحدثة لعام 2009م مثلاً كانت في المهن الأولية، لكما يشهد سوق العمل تراجعاً حاداً في فرص العمل المستحدثة في الحرف على الرغم من المساعي الحثيثة لزيادة وتشجيع المشاريع الصغيرة والأسرية التي تقوم في الغالب على مهارات حرفية خاصة¹.

وهذا يجب على العامل خلال سنتين إقامة دعوى للمطالبة بحقوقه ولا تسمع أي دعوى للمطالبة بالحقوق العمالية بعد مرور سنتين على نشوء المطالبة بتلك الحقوق ويكون تاريخ نشوء المطالبة هو تاريخ نشوء الحق المطالب به، ولا تسري هذه المدة على المطالبة بمكافأة نهاية الخدمة والفصل التعسفي وذلك وفقاً لنص المادة (138/ب) من قانون العمل.

¹ حماده ابو نجمة، (2011)، انتهاء الاستخدام بمبادرة من صاحب العمل، الناشر: المؤلف،

المطلب الثاني

تطور أعداد عقود العمل الجماعية

الاتفاقيات الجماعية تهدف الى تحسين شروط العمل، والتخفيف من حدة نزاعات العمل الجماعية، من أجل الوصول الى تعزيز الإنتاجية، مما يعود بالفائدة على العامل وصاحب العمل، وتأتي هذه المفاوضات بين العامل وصاحب العمل مما يؤدي عند التوافق الى الاتفاق على توقيع عقد العمل الجماعي، وتناول القانون الاردني اتفاقيات العمل الجماعية في الفصل السادس من قانون العمل، وعرف هذا القانون اتفاقية العمل الجماعية التي ذكرها بمسمى عقد العمل الجماعي:- بأنها اتفاق خطي تنظم بمقتضاه شروط العمل بين صاحب العمل أو نقابة أصحاب العمل من جهة، ومجموعة عمال أو النقابة من جهة أخرى.¹

حيث مرت النقابات بالمراحل الآتية:-

1- في المرحلة الأولى وندعوها مرحلة اثبات الوجود، كان على النقابات النضال في سبيل البقاء والوجود، إذ كان أصحاب العمل -أحياناً بالتواطؤ مع الدولة- يحاولون عرقلة تكوين النقابة والضغط مادياً ومعنوياً على أعضائها كي لا تتكون، وهذه الطريقة الإكراهية لا تزال سارياً الاستعمال ليوماً هذا .

2- في المرحلة الثانية، بعد أن أمنت النقابة وجودها، وربحت معركة الوجود To be or not to be انصرفت إلى تعاطي نشاطها في خدمة الأعضاء وإلى تنظيم عقود جماعية، وإلى تحسين شروط العمل.

¹ قانون العمل الاردني رقم (8) لسنة 1996 وتعديلاته ، المادة 2 .

3- في المرحلة الثالثة وقد بدأت بعد سنة 1945م، وصلت النقابات إلى مركز قوة بالنظر لأهمية الدور الذي عليها أن تلعبه في الحقول التالية:-

أ- الديمقراطية الاقتصادية. ب- علاقات العمل. ج- المشاركة¹.

وعند التدقيق بتعريف عقد العمل الجماعي في قانون العمل الأردني نجد أنه قد حرم العمال الذين لا توجد لديهم نقابة من المفاوضات، حيث هذا التعريف في قانون العمل الأردني يُخالف للمعايير العمل الدولية، حيث لم يتم شمول العمال في التعريف.

حيث تعتبر النقابات المهنية في التشريع العربي هيئات إجبارية يرغم أفرادها على الانضمام إليها لكي يتمكنوا من ممارسة مهنتهم وإلا تعرضوا لعقوبة جنائية، ثم قننت قوانين إنشائها في الوطن العربي من خلال وجود تنظيم نقابي لكل مهنة حددت القوانين اختصاصها وأهدافها².

في هذا المطلب سيتم استعراض لمجمل العقود الجماعية التي تم توقيعها في الأردن خلال آخر ثلاث سنوات 2016-2018م، والتي بلغ عددها 186 اتفاقية، التي تم توقيعها من قبل النقابات العمالية وممثلو العاملين وأصحاب عمل في العديد من القطاعات الاقتصادية.

1 عفيف الزيناتي، النقابات العمالية (تنظيمها ونشاطها في العالم وفي لبنان)، منشورات مؤسسة فريدريش ايبرت، لبنان، 1973، ص 17، 18 .

2 عمر خربوش حمائل، النقابات المهنية الأردنية خصائصها المؤسسية ودورها السياسي، دار سندباد للنشر ، الاردن، 2000، ص 44.

وبسبب التقلبات الاقتصادية والسياسية والأوضاع في الدول المجاورة للأردن، نرى أن الاتفاقيات الجماعية قد تزداد في بعض السنين، وقد تقل في السنين الأخرى حسب هذه الظروف، نجد في العام 2016م أنه تم توقيع 71 اتفاقية، بينما في العام 2017م بلغت 81 اتفاقية، ويرجع سبب هذا الازدياد إلى الاحتجاجات العمالية انعكاساً لتنامي المطالبات الاجتماعية بتحسين ظروف الحياة والعمل، حيث تكثرت هذه المطالبات بالنجاح مما أدى إلى المزيد من المطالبات والمزيد من عقود العمل الجماعية الناجحة، بينما تراجعت هذه الاتفاقيات في العام 2018م إلى 34 اتفاقية، ويرجع ذلك إلى سوء الأوضاع الاقتصادية وتفشي البطالة، وذلك كما ذكرنا سابقاً بسبب الأوضاع في الدول المجاورة للأردن، والتي أدت إلى تدفق الملايين من اللاجئين إلى الأردن، وقد أدى ذلك زيادة الطلب على فرص العمل، وعدم وجود أي فرص للعمل.¹

المبحث الثاني

منافع الاتفاقيات الجماعية وآليات الوصول إليها

قامت الاتفاقيات الجماعية بتحسين ظروف العمل، وإعطاء العمال حقوقهم دون أن يعترضهم أي خوف من صاحب العمل - كما ذكرنا سابقاً بالنسبة لعقد العمل الفردي - حيث بإمكانهم اللجوء إلى نقاباتهم والمطالبة بحقوقهم أو تحسين أية من ظروف العمل، وفي حال تعنت صاحب العمل يؤدي ذلك إلى تصعيد من قبل نقابة العمال من أجل المحافظة على حقوقهم، من خلال المحافظة على آليات سنقوم بدراستها لاحقاً للوصول إلى اتفاقيات العمل، والمحافظة عليه، وكذلك في حال انتهاء عقد العمل.

¹ عنوان الويب :- <http://www.mol.gov.jo/>

المطلب الأول

المنافع التي حققتها الاتفاقيات الجماعية

هناك العديد من الميزات الأساسية للمفاوضة الجماعية، وكلها لا يمكن أن تنعكس في تعريف واحد أو وصف للعملية:

1- المفاوضة الجماعية هي طريقة تستخدمها النقابات لتحسين بيئة العمل (السلامة العامة، المرتبات، الإجازات، إلخ) ، للأعضاء أو غير الأعضاء عندما تنطبق الاتفاقية عليهم.

2- الاتفاقيات الجماعية تختلف عن المفاوضات الجماعية؛ لأن المفاوضة الجماعية هي العملية أو الوسيلة، والاتفاقيات الجماعية التي تؤدي إلى النتيجة المحتملة للمفاوضة الجماعية قد لا تكون دائماً.

3. تجري المفاوضات من أجل جعل جميع الأطراف متساوية.

4- تختلف المفاوضة الجماعية من بلد إلى آخر وفقاً للقوانين من بداية المفاوضات والوقت اللازم لإنهائها، والإخطارات، وغيرها.¹

نجد أن غالبية اتفاقيات العمل الجماعية التي تم توقيعها في الأردن عام 2017م بلغت 81 اتفاق. بينما بلغت عدد النزاعات العمالية التي تم النظر فيها ومراحل حلها (61) نزاع تم حلها وفقاً للمراحل التالية:

¹ مجدي شرارة ، التفاوض: نماذج عملية للتفاوض الجماعي ، الناشر: المؤلف ، مصر.

المفاوضات المباشرة:- تم حل (51) نزاع

مندوب التوفيق:- تم حل (7) نزاع

مجلس التوفيق: تم حل (2) نزاع

المحكمة العمالية تم حل (3) نزاع

وقد نتج عن إنهاء هذه النزاعات وتسويتها مجموعة من الاتفاقيات التي منحت العمال العديد من المكتسبات والامتيازات حيث بلغ عدد هذه الاتفاقيات المودعة لدى الوزاره (60) اتفاقية عمل جماعية وقد استفاد من هذه الاتفاقية (247.349) بتكلفة (58.743.652) دينار أردني من مختلف القطاعات الاقتصادية ومن مختلف المواقع.¹ حيث تم الاستفادة من هذه الاتفاقيات من خلال زيادة الاجور والعلاوات بمختلف أنواعها، مثل: زيادة الراتب الاساسي والرواتب الاضافية، مثل: رواتب الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر والسادس عشر، والحصول على تأمين صحي ومنح جامعية وسكن للموظفين، وتأمين العاملين بالمواصلات، وتحسين وجبات الطعام في العمل، وعقد العديد من الدورات التدريبية وإشراكهم بها.

¹ تقرير العمالة والبطالة لعام 2017، دائرة الاحصاءات العامة، عمان ، الاردن.

المطلب الثاني

آليات الوصول إلى توقيع اتفاقيات العمل الجماعي

تُجرى المفاوضات في الأردن بناءً على طلب يجوز إجراء تفاوض جماعي بين أصحاب العمل والعمال ونقابة أي منهما بشأن أي أمور متعلقة بتحسين شروط وظروف العمل وإنتاجية العمال وعلى أن يتم هذا التفاوض بناءً على طلب صاحب العمل أو النقابة خلال مدة لا تزيد على (21) يوماً من تاريخ تبليغ الإشعار الخطي الذي يوجهه الطرف الذي يرغب في إجراء التفاوض إلى الطرف الآخر على أن يتضمن الإشعار موضوع التفاوض وأسبابه، وعلى أن يتم إرسال نسحو منه إلى الوزير خلال مدة لا تزيد على 48 ساعو من تاريخ صدوره.¹

نجد أن هنالك ثلاث حالات لبدء مفاوضات جماعية: -

- 1- بناء على طلب صاحب العمل أو النقابة، وهنا لا يستطيع أي عامل بمفرده أو مجموعة عمال بالمطالبة ببدء المفاوضات الجماعية، ويجب من خلال نقابته.
- 2- أية أمور متعلقة بتحسين ظروف العمل وإنتاجية العمل.
- 3- في حالة وجود نزاع بين الطرفين.

في الأردن، لم يتم ذكر أي مهلة زمنية لبدء المفاوضات، لكن في حالة نزاعات العمل الجماعية يتم إحالتها إلى وزير العمل لتعيين ممثل للوساطة في التسوية أو أكثر من موظفي الوزارة لتسوية هذا النزاع .

¹ قانون العمل الاردني لسنة 1996 وتعديلاته .

ويعود تدخل الحكومة في النزاعات العمالية إلى ضعف أحكام قانون العمل الأردني في مجال التفاوض الجماعي وعدم رغبة الحكومة في حدوث الإضراب الذي يمكن أن ينعكس على أمور سياسية تتجاوز النزاعات العمالية، واتجاهات أصحاب العمل نحو النقابات العمالية؛ فهم يرفضون بشكل عام التعامل مع النقابات العمالية ويفضلون التعامل مع الحكومة.¹

وعند النظر إلى الجدول التالي² لعقود العمل الجماعية التي تم توقيعها في العام 2018 :-

الشركة	النقابة	الكلفة	عدد المستفيدين	المرحلة	تاريخ الايداع
شركة مصانع الخميرة المساهمة المحدودة	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	118000	92	مفاوضات مباشرة	2018/1/2
شركة حي لصناعة الملابس	النقابة العامة للعاملين في	72000	300	مفاوضات مباشرة	2018/1/11

¹ زهير الصباغ، حسين طلافحة، رفعت الفاعوري، مسح حقوق احتياجات العمال في الأردن، أبحاث مركز الدراسات الأردنية، منشورات جامعة اليرموك، بدعم من الاتحاد العام لنقابات العمال في الأردن، 1997، ص 23 .

² عنوان الويب:- <http://www.mol.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=297>

				الغزل والنسيج	
2018/1/22	مفاوضات مباشرة	750	100000	النقابة العامة للعاملين في الغزل والنسيج	شركة البعد الثلاثي للالبسة
2018/1/22	مفاوضات مباشرة	1200	200000	النقابة العامة للعاملين في الغزل والنسيج	شركة الملابس الناعمة للالبسة
2018/1/24	مفاوضات مباشرة	1300	800000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة الثلج والصودا الاردنية بيبسي
2018/1/28	مفاوضات مباشرة	360	95000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة الابان الدنماركية بلدنا

2018/1/29	مفاوضات مباشرة	4200	-	النقابة العامة للعاملين في النقل الجوي والسياحة	شركة عالية الخطوط الجوية الملكية
2018/2/15	مفاوضات مباشرة	100	-	النقابة العامة للعاملين في النقل البري	مجموعة الخياط للسيارات
2018/2/21	مفاوضات مباشرة	1700	-	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة مياه اليرموك
2018/2/25	مفاوضات مباشرة	900	180000	النقابة العامة للعاملين في الغزل والنسيج	الشركة الاردنية الهندية للملابس
2018/2/27	مجلس توفيق	100	-	النقابة العامة للعاملين في الخدمات العامة والمهن الحرة	فندق القدس الدولي
2018/3/4	مفاوضات مباشرة	-	-	النقابة العامة للعاملين في الخدمات العامة والمهن الحرة	شركة الشام لادارة الفنادق

					<u>والمنشآت</u> <u>السياحية</u>
2018/3/5	مندوب توفيق	480		النقابة العامة للعمالين في الخدمات العامة والمهن الحرة	<u>شركة القصر</u> <u>للاستثمارات</u> <u>السياحية اتيكو</u>
2018/3/22	مفاوضات مباشرة	900	170000	النقابة العامة للعمالين في الخدمات العامة والمهن الحرة	<u>فندق لو جراند</u> <u>عمان</u>
2018/3/22	مفاوضات مباشرة	1800	760000	النقابة العامة للعمالين في الصناعات الغذائية	<u>شركة مياه</u> <u>اليرموك</u>
2018/3/22	مفاوضات مباشرة	1600	900000	النقابة العامة للعمالين في الصناعات الغذائية	<u>شركة مياها</u>
	مفاوضات مباشرة	300	2400000	النقابة العامة للعمالين في البناء	<u>شركة لافارج</u> <u>باطون الاردن</u>

مفاوضات مباشرة	370	178000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة صناعات الاغذية العربية نون
مفاوضات مباشرة	270	180000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة الالبان الاردنية
مفاوضات مباشرة	50	165000	النقابة العامة للعاملين في الكهرباء	شركة ايه اي اس ليفانت هولدينجز
مفاوضات مباشرة	1600	27000000	النقابة العامة للعاملين في الكهرباء	شركة الكهرباء الوطنية
مفاوضات مباشرة	75	50000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة مطاحن الزرقاء الكبرى
مفاوضات مباشرة	75	50000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	شركة المصانع الحديثة للاعلاف

مفاوضات مباشرة	113	78000	النقابة العامة للعاملين في الصناعات الغذائية	الشركة العالمية الحديثة للزيوت النباتية
مفاوضات مباشرة	50	80000	النقابة العامة للعاملين في الكهرباء	شركة كوريا سوثرن بور كوليمتد
مفاوضات مباشرة	200		النقابة العامة للعاملين في الخدمات العامة والمهن الحرة	فندق بريستول
مفاوضات مباشرة	1100	200000	النقابة العامة للعاملين في الطباعة	شركة فاين لصناعة الورق الصحي
التفاوض المباشر	115	مليون دينار	النقابة العامة للعاملين في التصوير والورق	الشركة المتميزة للطباعة
التفاوض المباشر	111	سبع مائة الف ودينار	النقابة العامة للعاملين في الطباعة	شركة مصانع مواد التعبئة والتغليف

				التصوير والورق	
	التفاوض المباشر	360	في مئة وتسعون الف دينار	النقابة العامة للعمالين الصناعات الغذائية	شركة المطاحن ومعامل المعكرونه الحديثة
	مندوب توفيق	1100	—	النقابة العامة في الخدمات العامة والمهن الحرة	شركة البريد الاردني
	مندوب توفيق	1000	—	النقابة العامة للعمالين بالنقل الجوي والسياحة	الشركة الاردنية لصيانة الطائرات/ جورامكو
	التفاوض المباشر	45	في خمسون الف العمامة دينار	النقابة العامة للعمالين الخدمات العامة والمهن الحرة	فندق دانا بلازا
	مندوب التوفيق	750	في نصف مليون دينار	النقابة العامة للعمالين الخدمات الصحية	شركة دار الدواء للتنمية والاستثمار

				والصناعات الدوائية	
--	--	--	--	-----------------------	--

نجد أن أغلب عقود العمل الجماعية التي تم توقيعها كانت بواسطة المفاوضات المباشرة بين أصحاب العمل من جهة والعمالين ونقاباتهم من جهة أخرى، والطريقة التي تليها وكانت بنسبة أقل هي عن طريق مندوب التوفيق الذي عينه وزير العمل الأردني وفق نصوص قانون العمل التي تنظم ذلك، والذي يليها عن طريق مجلس التوفيق حيث تم توقيع عقد عمل جماعي واحد من خلاله.

المطلب الثالث

انتهاء عقد العمل الجماعي

عقد العمل الجماعي محدد أو غير محدد، حيث تختلف المدة من بلد إلى آخر، في الأردن، إذا تم إبرام عقد العمل الجماعي لفترة محددة، فلا يجوز أن يتجاوز عامين وإذا عقد لمدة غير محددة ومضى على تنفيذه سنتان على الأقل فيكون لأي من طرفي العقد الحق إنهاء العقد بموجب إشعار يُبلِّغ إلى الطرف الآخر قبل شهر على الأقل من التاريخ المحدد للإنتهاء، وكذلك طلب تعديل العقد كلياً أو جزئياً بموجب إشعار يبلغ إلى الطرف الآخر وعلى أن يتم هذا التعديل خلال شهر من تاريخ تبليغ الإشعار (وهنا كما ذكرنا سابقاً يكون الحق لصاحب العمل أو نقابة العمال وليس من خلال العمال أنفسهم)، وهناك فترة ستة أشهر مُنحت للتفاوض بعد انتهاء عقد التجديد. إذا لم يتم تجديده خلال هذه الفترة، يتم إنهاء العقد. خلال فترة التفاوض يكون العقد سارياً ولا يمكن المساس بحقوق العمال التي تم اكتسابها ويبقى العقد سارياً.

*في حالة فشل المفاوضات الجماعية وبدء نزاع جماعي، تتفاوض الأطراف من أجل عدة أشياء تخص العمل، مثل: تحسين شروط وأحكام العمل، أو إنهاء عقد عمل جماعي، أو فصل مجموعة من الموظفين، أو التقاعد، وقد تؤدي هذه المفاوضات إلى إبرام عقد العمل الجماعي وفقاً للشروط المتفق عليها، أو عند فشل هذه المفاوضات يؤدي ذلك إلى استخدام حق الإضراب، أو الطرق المنصوص عليها في القانون للتفاوض.

فإن الخطوة الأولى لحل هذا النزاع هي من خلال مندوب التوفيق، إذا لم يتم التوصل إلى حل، يتم اللجوء إلى مجلس التوفيق، بعد مجلس التوفيق يتم اللجوء إلى القضاء. لم ينص الدستور الأردني على الحق في الإضراب.

ولكن يمكن أن نرى في المادة (1/128) التي تنص على أن "القوانين الصادرة بموجب هذا الدستور لا تؤثر على تنظيم الحقوق والحريات على جوهر هذه الحقوق أو تمس أساسياتها"، وحرية التجمع والتعبير عن الرأي (مظاهرة سلمية) الإضراب هو من حقوق العمال، ولا يتم حظر هذا الحق بموجب الدستور، تم تعريف الإضراب في نظام شروط وإجراءات الإضراب والإغلاق رقم 8 لسنة 1998: (توقف مجموعة من العمال عن العمل بسبب نزاع عمالي) من خلال الاتفاقية الجماعية، إذن قانون العمل الأردني أعطى الحق بالإضراب للعمال، شريطة أن يتم تقديم إشعار إلى صاحب العمل خلال مدة لا تقل عن أربعة عشر يوماً من تاريخ الإضراب، وهذه المدة تصبح 28 يوماً إذا كان العمل يتعلق بالقطاع العام (مثل الأطباء والدفاع المدني) .

في الأردن التوفيق هي الطريقة الإلزامية التي تكون من أجل الوصول إلى حل مرضٍ للطرفين، حيث يكون قرارها غير ملزم.

يبدأ التشريع الأردني بالتوفيق، ويعين الوزير مندوب التوفيق أو أكثر من موظفي وزارة العمل للقيام بمهمة الوساطة في تسوية المنازعات العمالية الجماعية. عندما يبدأ الموفق في إجراءات الوساطة بين الطرفين لتسوية النزاع حتى يتم الوصول إلى النتيجة، يحتفظ الموفق بنسخة مصدق عليها من الطرفين.

إذا كانت المفاوضات بين الطرفين، وكانت لأي سبب من الأسباب مستحيلة أو إذا تبين أن استمرارها لن يؤدي إلى تسوية النزاع، يجب على ممثل التوفيق تقديم تقرير إلى الوزير يتضمن أسباب النزاع، والمفاوضات التي أجريت بين الطرفين، والنتيجة التي توصل إليها خلال مدة أقصاها واحد وعشرين يوماً من تاريخ إحالة النزاع إليه، ثم يتم تحويل هذا النزاع إلى وزير العمل لمعالجته وفقاً للمعلومات التي لديه من موفق، إذا كان الوزير بدوره غير قادر على تسوية النزاع، فعليه إحالته إلى مجلس التوفيق الذي يشكله بالطريقة التالية:-

- 1- رئيس يعينه الوزير على أن لا يكون من ذوي علاقته بالنزاع أو بنقابات العمال أو نقابات أصحاب العمل.
- 2- عضوان أو أكثر يمثلون كلاً من أصحاب العمل والعمال بأعداد متساوية يسمى كل من الطرفين ممثليه في المجلس.

يجب على هذا المجلس في جميع الحالات، وضع اللمسات الأخيرة على إجراءات التوفيق، وتقديم تقريره بالنتائج التي توصل إليها في غضون فترة أقصاها واحد وعشرين يوماً من تاريخ إحالة النزاع إليه، وينبغي له بذل الجهود للتوصل إلى تسوية بالطريقة التي يراها مناسبة، (هنا يمكنه مقابلة كل شخص على حدة، أو جلسات أو أي طريقة يراها مناسبة، وفقاً للصلاحيات المخولة له بموجب القانون لحل النزاع)، إذا وصل المجلس إلى تسوية جزئية، يجب أن يقدم تقريراً بذلك إلى الوزير مرفقاً به

التسوية الموقعة من الطرفين، إذا لم يتوصل مجلس التوفيق إلى تسوية للنزاع، فيجب أن يقدم تقريراً إلى الوزير يتضمن أسباب النزاع، التدابير التي اتخذتها لتسويتها، والأسباب التي أدت إلى عدم الإنتهاء منها والتوصيات التي تراها مناسبة في هذا الصدد، لا يجوز لأي من الطرفين في النزاع العمالي تعيين المحامون القانونيون أمام ممثل التوفيق أو مجلس التوفيق.

ولأن التحكيم هو أحد الطرق الاختيارية لحل النزاع سلمياً، ولكن قراره إلزامي أكثر من الوساطة، فإن القانون الأردني لم يستخدم التحكيم في حل النزاعات الجماعية.

إذا لم يتمكن مجلس التوفيق من إنهاء النزاع العمالي الجماعي فيترتب على الوزير إحالته إلى محكمة عمالية يتم تشكيلها من ثلاثة قضاة نظاميين ينتدبهم المجلس القضائي لهذه الغاية بناء على طلب الوزير ويرأسها أعلامهم في الدرجة ويجوز انعقادها بحضور اثنين من أعضائها وفي حالة اختلافهما في الرأي يدعى القاضي الثالث للاشتراك فيها، ونظر القضية وإصدار القرار فيها. ويجوز لها أن تعقد بحضور اثنين فقط من أعضائها. وفي حال اختلفت آرائهم، يُدعى القاضي الثالث إلى المشاركة في مراجعة الدعوى وإصدار قرار بشأنها، يعطى النزاع العمالي الذي يحال الى المحكمة العمالية صفة الاستعجال بحيث تباشر النظر فيه خلال مدة لا تزيد على سبعة أيام من تاريخ الإحالة على أن تصدر المحكمة قرارها في النزاع وتبلغه إلى الوزير خلال ثلاثين يوماً من ذلك التاريخ ويكون هذا القرار قطعياً، غير قابل للطعن أمام أي جهة قضائية أو إدارية، وتنتظر المحكمة العمالية في النزاع العمالي المعروض عليها وتفصل فيه وفقاً للإجراءات التي تراها مناسبة لتحقيق العدالة بين الطرفين على أن تراعي في ذلك أي إجراءات خاصة منصوص عليها في هذا القانون ويجوز لكل من الطرفين توكيل محام أو أكثر أمام المحكمة، لكن لا يجوز لأي من الطرفين في النزاع العمالي تعيين محامين أمام ممثل التوفيق أو مجلس التوفيق.

يلاحظ على إجراءات نظر النزاع المشار إليها أعلاه ما يلي:-

1- أن أسلوب حل النزاع الجماعي هذا هو الوحيد المتاح أمام طرفي النزاع، حيث يعتبر اللجوء إليه إلزامياً للطرفين.

2- لم يترك المشرع للأطراف حرية الاتفاق في أي مرحلة من مراحل النزاع على السير بأي إجراءات توفيقية أخرى سواء من خلال وسيط آخر أو بالتفاوض المباشر أو التحكيم.

3- المرحلة الثانية من مراحل نظر النزاع المتمثلة في دور الوزير بالسعي لتسوية النزاع، لم تحدد بمدة معينة، أي أن الوزير باستطاعته تجميد النزاع وإطالة أمده دون البت فيه كون القانون لم يقيد بمدة محددة لإنهاء مهمته.¹

يكون للمحكمة العمالية ولمجلس التوفيق عند النظر في نزاع عمالي الصلاحيات التالية:

أ . سماع أقوال أي شخص أو الاستعانة بخبرته في النزاع بعد القسم.

ب. تكليف أي طرف من أطراف النزاع بإبراز المستندات والبيانات التي لديه وتراها المحكمة أو المجلس ضرورية للنظر أو الفصل في النزاع.

للمحكمة العمالية تفسير أي قرار أصدرته وذلك بناء على طلب الوزير أو طلب أحد أطراف النزاع لإزالة أي غموض فيه، وذلك بما لا يخرج القرار عن النتائج التي توصل إليها، كما وأن لها في كل وقت أن تصح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الوزير

¹ بحث منشور على الانترنت ، حماده أبو نجمه ، قانون العمل الأردني ومعايير العمل

الدولية،وزارة العمل، 2008

أو أحد الخصوم الأغلط أو الأخطاء الكتابية أو الحسابية التي تقع في الأحكام والقرارات عن طريق السهو العرضي، كون التسوية التي تم التوصل إليها بنتيجة إجراءات التوفيق بمقتضى أحكام هذا القانون أو قرار المحكمة العمالية ملزمين للفئات التالية:

أ. لأطراف النزاع العمالي.

ب. لخلف صاحب العمل بمن في ذلك ورثته الذين انتقلت اليهم المؤسسة التي يتعلق بها النزاع.

ج. لجميع الأشخاص الذين كانوا يعملون في المؤسسة التي يتعلق بها النزاع في تاريخ حدوثه أو في قسم منها حسب مقتضى الحال ولجميع الأشخاص الذين يستخدمون فيما بعد في تلك المؤسسة أو في أي قسم منها إذا ورد في تقرير التسوية أو قرار المحكمة العمالية بما يقضي بذلك ولم يكن في هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه ما يحول دون ذلك.

الخاتمة

عقد العمل الفردي والجماعي هي عقود لتنظيم العمل بين العامل وصاحب العمل، إلا أن العقود الجماعية تتم غالباً من قبل النقابات العمالية، وتكون لإعطاء مزايا وحقوق أكثر للعامل، بشرط أن لا تؤثر على حقوقه السابقة إن كانت أفضل، فيتم تطبيق الشروط الأفضل في عقد العمل بالنسبة للعامل، حيث تكون النقابة العمالية بالإضافة إلى وزارة العمل والمحاكم النظامية أحد الجهات التي يلجأ إليها العامل في حال تم التعدي على حقوقه وحرمانه منها .

ولكن نجد العديد من العوامل التي أسهمت في ضعف الدور النقابي مما يضعف عقد العمل الجماعي، وعقود العمل بشكل عام وهي:-

1- اشترطت القوانين المتعلقة بتأسيس النقابات والأنظمة العديد من الشروط من أجل تأسيس نقابة أو الانضمام إليها بعد التأسيس، حيث أدى ذلك إلى تقييد الحريات النقابية.

2- حرمان بعض الفئات من العاملين وموظفي القطاع العام من تأسيس نقابته والانضمام إليها، وهذا يخالف منظمة العمل الدولية.

3- نجد أن أغلب الدول التي تعاني من مشاكل اقتصادية تكون نسبة المفاوضات الجماعية قليلة، بالنسبة إلى عقود العمل الفردية، مما يؤدي إلى زيادة هذه المشاكل الاقتصادية، وحرمان العاملين من الحقوق العمالية التي يستحقونها.

التوصيات:-

1- إيجاد العدالة والتوازن في الحقوق والواجبات بين العامل وصاحب العامل، وكذلك الأمر لدى النقابات، الأمر الذي يعود بالفائدة على جميع الأطراف.

2- زيادة كمية الحريات في القوانين المتعلقة بالنقابات من حيث التأسيس والعمل، والتقليل من العوائق التي تمنع العديد من الفئات من تأسيس نقاباتهم و/ أو الإنضمام إليها.

3- يجب على الدولة التدخل من أجل حل مشكلة البطالة، وتوفير فرص العمل، مما يؤدي إلى الباحثين من إيجاد فرص العمل المناسبة إليهم، وليس أي عمل في حال وجود البطالة.

4- مواكبة التطورات في التشريعات الدولية، وخاصة منظمة العمل العالمية.

5- يجب العمل على زيادة الحماية القانونية للعمال، من توفير أجهزة مختصة أخرى، مثل: مفتشي العمل، لها صلاحيات أكثر، وذلك في وزارة العمل والنقابات العمالية.

المراجع:-

- تقرير العمالة والبطالة لعام 2017م، دائرة الإحصاء، عمان، الأردن.
- حماده ابو نجمة، (2011)، إنهاء الاستخدام بمبادرة من صاحب العمل، الناشر: المؤلف، عمان الأردن .

- حماده أبو نجمة، (2008)، تطوير قانون العمل الأردني، بحث منشور على الموقع www.labour.weebly.com.
- دستور الأردن لعام 1952 مع التعديلات.
- زهير الصباغ، حسين طلافحة، رفعت الفاعوري، مسح حقوق احتياجات العمال في الأردن، أبحاث مركز الدراسات الأردنية، منشورات جامعة اليرموك، بدعم من الاتحاد العام لنقابات العمال في الأردن، 1997.
- عفيف الزيناتي، النقابات العمالية (تنظيمها ونشاطها في العالم وفي لبنان)، منشورات مؤسسة فريدريش ايبرت، لبنان، 1973.
- عمر خربوش حمائل، النقابات المهنية الأردنية خصائصها المؤسسية ودورها السياسي، دار سندباد للنشر، الأردن، 2000.
- عنوان الويب، وزارة العمل، <http://www.mol.gov.jo>.
- قانون العمل الأردني رقم 1996/8 وتعديلاته.
- مجدي شرارة، التفاوض: نماذج عملية للتفاوض الجماعي، الناشر: المؤلف، مصر. عام 1999.
- نظام شروط وإجراءات الإضراب والإغلاق رقم 8 لسنة 1998 الصادر بمقتضى المادتين (135) و (140) من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996.

(7)

حكم شرط التجربة في عقد العمل المحدد المدة والإثارة المترتبة عليه - دراسة مقارنة بالقانون

أ. د. عبد الله الزبيدي

كلية الحقوق - جامعة مؤتة

أسيل محمود الرشدان

[OCID org/0000-0001-8126-3541](https://www.ocid.org/0000-0001-8126-3541)

باحثه في برنامج الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة مؤتة

الملخص

يلقي هذا البحث الضوء على إمكانية تشغيل العامل بشرط التجربة في عقد العمل المحدد المدة، ذلك أنه يستنتج من قانون العمل الأردني أن شرط التجربة يلزم عقود العمل غير محددة المدة، وبالتالي فإن إبرام عقد العمل محدد المدة بشرط التجربة قد يخلق تناقضاً بين مسألتين: الأولى: تتعلق بطبيعة عقد العمل المحدد المدة والذي لا يجوز انقضاءه قبل إنتهاء مدته أو في الأحوال التي نص عليها القانون بشكل حصري، أما الثانية: فإن شرط التجربة يجعل من حق صاحب العمل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة دون أن يترتب عليه أية مسؤولية، وقبل إنتهاء مدته. ونظراً لعدم معالجة

المشرع الأردني هذه الجوانب في قانون العمل الأردني، فقد تناقضت أحكام القضاء الأردني بين إجازة شرط التجربة في عقود العمل محدد المدة وبين عدم إجازة ذلك في أحكام أخرى.

وقد توصلنا إلى أن إبرام عقد العمل محدد المدة بشرط التجربة يقتضي بقاء العقد متحفظاً بطبيعته إذا إنتهت مدة التجربة دون أن يستعمل صاحب العمل خياره بإنهاء العقد أثناء فترة التجربة، أما إذا إستعمل خياره بإنهاء العقد خلال فترة التجربة فينبغي عليه تعويض العامل وإعطائه كل حقوقه المحددة بموجب القانون وبما يتفق مع طبيعة العقود محددة المدة، شريطة أن لا يتعسف في إستعمال سلطاته. الكلمات الافتتاحية: شرط التجربة، عقد العمل، صاحب العمل، محدد المدة، إنهاء، تعويض.

Abstract

Ruling on the condition of the experiment during the fixed-term work contract and its effects-A study comparing Egyptian law

Prof. Abdullah Al-Zubaidi

Aseel Mahmoud Al-Rashdan

This research sheds light on the possibility of employing an employee on the experience condition in a fixed-term work contract. As it concluded from Jordanian labor law, that the experience condition is appropriate for unlimited-term employment contracts. Therefore, signing a fixed-term work contract on the condition of the experience may create a contradiction between two issues. First, it relates to the

nature of the employment contract that cannot be terminated before the expiration of its term or in the cases stipulated exclusively by the law. Second, the experience condition gives the right to the employer to terminate the contract of employment by his own without any liability, and before the end of its term. Given that, the Jordanian legislator did not address these aspects at the Jordanian labor law. The provisions of the Jordanian judiciary contradicted between authorizing the experience condition in the fixed-term employment contracts and not authorizing this in other provisions.

We have concluded that signing a fixed-term employment contract on the experience condition requires retaining the contract as is even if the trial period ends without the employer using his option to terminate the contract during that. If the employer uses his option to terminate the contract during the trial period, he must compensate the employees by giving them their specific rights under the law regarding to the nature of limited duration contracts, but he should not abuse his power.

Keywords: the condition of the experiment, work contract employer, fixed term, termination, compensation.

يجيز قانون العمل لصاحب العمل استخدام العامل فترة محددة تحت التجربة للتأكد من كفاءته وقدرته على القيام بالعمل الموكول إليه، وقد بين المشرع الأردني الأحكام المتعلقة بفترة التجربة من خلال شروطها وآثارها، وقد يستنتج ضمناً من سياق النصوص أن فترة التجربة لا تكون إلا في عقد العمل غير محددة المدة، مما قد يعني استبعادها في عقود العمل محددة المدة، الأمر الذي دعاني إلى بيان مدى إمكانية استخدام العامل تحت التجربة في عقد العمل محدد المدة، وبناءً عليه اخترت موضوع الدراسة في: "حكم شرط التجربة في عقد العمل المحدد المدة والآثار المترتبة عليه".

ويشير هذا الموضوع العديد من التساؤلات تشكل بمجملها مشكلة الدراسة ومنها على سبيل المثال، هل ينتقص استخدام العامل تحت التجربة في عقد العمل محدد المدة من حقوق العامل سناً لأحكام المادة (4/ب) من قانون العمل الأردني؟ هل خرج المشرع الأردني بشأن إنهاء العقد المحدد المدة بشرط التجربة عن أحكام المادة (241) من القانون المدني الأردني والتي تقضي بعدم جواز فسخ العقد متى انعقد صحيحاً لازماً؟ وما هو موقف المشرع المصري من التساؤلات المثارة باعتباره جزءاً من المقارنة في هذه الدراسة؟ وهل نهج، نهج المشرع الأردني؟ أم كان موقفة مغايراً. هذه التساؤلات وغيرها مما قد يثار في هذه الدراسة ستكون محوراً لدراستنا مستقبلاً علنا نجد إجابات شافية لها تفيد المهتمين في هذا الجانب.

سنركز في دراستنا على موضوع شرط التجربة في عقد العمل المحدد المدة والآثار المترتبة عليه، دون التطرق إلى أحكام شرط التجربة في عقد العمل بوجه عام وآثاره إلا بالقدر الضروري والعارض الذي تقتضيه هذه الدراسة.

وسنتبع في دراستنا المنهج التحليلي المقارن حيث نتناول النصوص ذات العلاقة في القانون الأردني والقانون المصري بالتحليل والتفريغ للوقوف على مضامينها ومراميها، وكذا الأمر بالنسبة لأحكام القضائية كما سنعمد إلى تحليل مضمون آراء الشراح ونقدها، وكل ذلك في إطار مقارنة النصوص الأردنية بما يقابلها في التشريع المصري.

تأسيساً على ما تقدم سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين نخصص المبحث الأول لبيان مدى قانونية شرط التجربة في عقد العمل محدد المدة وموقف محكمة التمييز منه.

أما المبحث الثاني سنتناول فيه الآثار المترتبة على إنهاء عقد العمل المحدد المدة بشرط التجربة.

المبحث الأول

مدى قانونية شرط التجربة في عقد

العمل محدد المدة وموقف محكمة التمييز منه

قبل البدء في موضوع هذا المبحث لابد من الإشارة إلى أن شرط التجربة في عقد العمل هو شرط اتفاقي مألوف، وما هو إلا رخصة منحها المشرع لصاحب العمل يجيز له بموجبها إنهاء استخدام العامل بعد التحقق من عدم كفاءته وقدرته على القيام بالعمل الموكول إليه، ذلك لأن صاحب العمل هو الأقدر على تقدير مصلحة العمل ومصلحة الإنتاج¹.

¹ أحمد خليف الضمور، الوجيز في شرح التشريعات العمالية والاجتماعية، عمان، (2005)، ص36.

وعلى الرغم من اختلاف آراء الفقهاء والشراح حول الطبيعة القانونية لشرط التجربة في عقد العمل، إلا أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري إعتبر أن شرط التجربة في عقد العمل شرطاً فاسخاً¹، يتمثل في عدم الرضا عن نتيجة التجربة²، ومنح المشرع الحق بالفسخ لصاحب العمل دون العامل، في حين ليس هناك ما يمنع أن يكون شرط التجربة مقرر لمصلحة الطرفين، العامل وصاحب العمل لأن العامل له مصلحة أحياناً في معرفة طبيعة العمل ومدى ملاءمته له من الناحية الجسدية والمالية.

وعوداً على بدء يتبين لنا أن شرط التجربة في عقد العمل يتمتع بطبيعة قانونية خاصة فرضت بعض الأحكام الخاصة على عقد العمل خلال فترة التجربة تختلف بطبيعتها عن أحكام وقواعد عقد العمل محدد المدة، وبالرجوع إلى نص المادة (35/أ) من قانون العمل الأردني³، وتعديلاته نجد نصها كالتالي: -

"لصاحب العمل استخدام أي عامل قيد التجربة وذلك للتحقق من كفاءته وإمكاناته للقيام بالعمل المطلوب منه ويشترط في ذلك أن لا تزيد مدة التجربة في أي حالة من الحالات على ثلاثة أشهر وأن لا يقل أجر العامل قيد التجربة عن الحد الأدنى المقرر للأجور".

1 الشرط الفاسخ: هو الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام، انظر عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ط 1، دار الكتب القانونية، القاهرة ص 247.

2 علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، (1996)، ص 297.

3 قانون العمل رقم (8) لسنة (1996)، المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم (4113)، ص 1173، بتاريخ (1996/4/15) وبدا العمل به بتاريخ (1996/6/14) وقد طرأت عليه تعديلات كثيرة حتى عام (2019).

نلاحظ من النص السابق أن المشرع الأردني أجاز صراحة لصاحب العمل استخدام أي عامل تحت التجربة ولمدة ثلاثة شهور حتى يتحقق من كفاءته، وأعطى المشرع صاحب العمل الحق في إنهاء استخدام العامل وبارادته المنفردة خلال فترة التجربة.

ونرى أن ذلك يشكل خروجاً على أحكام المادة (21) من قانون العمل الأردني والتي نصت في الفقرة ب: "ينتهي عقد العمل محدد المدة في أي من الحالات التالية، إذا انتهت مدة عقد العمل أو انتهى العمل نفسه"¹.

وبالتالي فإن إنهاء استخدام العامل في عقد العمل محدد المدة من جانب صاحب العمل وبارادته المنفردة لا ينسجم وأحكام عقد العمل محدد المدة والواضحة الدلالة بنص القانون حيث أن صاحب العمل لا يملك إنهاء استخدام العامل إلا في حالات محددة حصراً بنص القانون ولم ترد فترة التجربة من ضمن هذه الحالات².

فعقد العمل محدد المدة لا يجوز أنهاؤه من حيث المبدأ، وورود شرط التجربة فيه لا ينسجم وطبيعة هذا العقد³.

وبما أن عقد العمل من العقود الملزمة للجانبين حيث أنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة الطرفين فيعتبر كل منهما دائن ومدين في نفس الوقت وبالتالي فهو يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها العقد الملزم للجانبين⁴، وبناءً عليه فإن ورود

¹ انظر المادة (21) من قانون العمل الأردني.

² انظر المادة (28) من قانون العمل الأردني.

³ شواخ الأحمد، قانون العمل، جامعة حلب، (2006)، ص303.

⁴ جعفر المغربي، شرح أحكام قانون العمل، ط2، دار الثقافة، عمان، (2018)، ص81-80.

شروط التجربة في عقد العمل يخالف أحكام المادة (241) من قانون المدني¹ ويجعل العقد عقداً غير لازماً بالنسبة لصاحب العمل خلال فترة التجربة يجوز له إنهائه بإرادته المنفردة بينما يكون لازماً للعامل منذ صدوره لا يجوز له فسخه أو إنهاؤه².

وبناءً على ما سبق فإن ورود شرط التجربة في عقد العمل محدد المدة يشكل خروجاً على القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين حيث أن ورود شرط التجربة في هذه العقود يخالف الأصل في العقود، فالأصل اللزوم في العقود وعدم الرجوع فيها إلا إذا ورد نص صريح بخلاف الأصل³، وإن ذلك يؤدي إلى عدم استقرار العلاقة العقدية بالنسبة للعامل ويخالف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وفي اعتقادنا أن اعتبار العقد خلال فترة التجربة غير لازم لصاحب العمل ولازم للعامل يشكل انتقاصاً من الحماية المقررة للعامل بموجب أحكام القانون، ويشكل مخالفة صريحة لأحكام (المادة 4/ب) من قانون العمل⁴.

¹ نصت المادة (241) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون.

² انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2014/3124) الصادر بتاريخ 2015/6/4، برنامج قرارك نقابة المحامين الأردنيين.

³ شواخ الأحمد، قانون العمل، مرجع سابق ص 309.

⁴ نصت المادة (4/ب) من قانون العمل "يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل فيه العامل عن أي حق من حقوقه التي منحها إياه هذا القانون".

ويقع هذا الشرط باطلاً في عقد العمل محدد المدة كونه يشكل تنازلاً للعامل عن حقه في فسخ العقد أو إنهائه إذا تبين له عدم ملائمة العقد لحالته الجسدية والصحية وإن فعل فهو ملزم بتعويض صاحب العمل¹.

ومن الجدير بالذكر أن نص المادة (16/أ) من قانون العمل الأردني رقم (21) لسنة (1960)²، كانت تعطي الحق لصاحب العمل بإنهاء استخدام العامل خلال فترة التجربة في عقود العمل غير محددة المدة حصراً، حيث كان شرط التجربة يرد في عقد العمل غير محدد المدة ولو لم ينص عليه العقد صراحة³.

ونرى أن النص القديم كان أكثر انسجاماً مع أحكام عقد العمل غير محدد المدة باعتباره عقداً غير أبدي، حيث يجوز إنهائه بالإرادة المنفردة شريطة إشعار الطرف الآخر خطياً بالرغبة في إنهاء العقد قبل شهر واحد على الأقل⁴.

بخلاف عقد العمل محدد المدة الذي لا ينتهي إلا بإنهاء مدته أو عند تحقق إحدى الحالات المنصوص عليها حصراً في القانون وإلا لزم التعويض⁵.

وبالمقابل نجد أن المشرع المصري نظم أحكام فترة التجربة في المادة (33) من قانون العمل المصري⁶ حيث نصت على أن "تحدد مدة الاختبار في عقد العمل ولا

1 انظر قرار محكمة التمييز المشار إليه (هامش رقم 3).

2 نص المادة (16/أ) "يحق لصاحب العمل إنهاء عقد استخدام أي عامل استخدم لمدة غير محدودة في أي وقت خلال فترة التجربة".

3 احمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، دار الثقافة، عمان، (2003)، ص124.

4 انظر المادة رقم (23) من قانون العمل الأردني .

5 انظر المادة رقم (26) من قانون العمل الأردني.

6 قانون العمل المصري الموحد رقم (12) لسنة (2003) الصادر في تاريخ (2003/4/7).

يجوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة شهور أو تعينه تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة عند صاحب عمل واحد".

نلاحظ مما سبق أن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من المشرع الأردني في تنظيم أحكام فترة التجربة حيث جاء النص متزناً في الصياغة إلا أنه لم يتطرق إلى تفاصيل فترة التجربة، وأوصافها وآثارها وترك الأمر للقواعد العامة في القانون المدني.

ولا يمكننا من خلال النص السابق استنتاج نية المشرع المصري فيما إذا كانت هذه الفترة مقررّة لمصلحة صاحب العمل أم العامل.

أما بالنسبة للقضاء الأردني فقد وقعت محكمة التمييز الأردنية في تناقض في قراراتها المتعلقة في هذا الموضوع حيث جاءت قراراتها متضاربة في ظل النقص والغموض التشريعي الذي شاب نص المادة (35) من قانون العمل حيث قضت: "إن قضاء محكمة التمييز يستقر على أن شرط التجربة يرد في عقد العمل غير محدد المدة ولا يرد في عقد العمل المحدد المدة لأن ورود شرط التجربة في العقد محدد المدة فيه مخالفة صريحة لقانون العمل الذي نص على إنتهاء عقد العمل محدد المدة بإنتهاء مدته وليس لطرفي العقد الاتفاق على مخالفة القانون ولأن مثل هذا الشرط يقع باطلاً بموجب المادة (4/ب) من قانون العمل"¹.

¹ انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2013/2707) الصادر في (2013/11/23) وقرار رقم (2002/1897) تاريخ (2002/8/15)، برنامج قرارك ، نقابة المحامين الأردنيين .

وفي ذات السياق قضت: " إن شرط التجربة يرد على عقد العمل غير محدد المدة ولا يرد على عقد العمل محدد المدة"¹، وقضت أيضاً "إن إنهاء صاحب العمل المميز غير مُبرر وغير مشروع لأنه وقع ضمن مدة التجربة وإن شرط التجربة لا يرد على عقد العمل محدد المدة"².

فمن خلال هذه الأحكام نجد أن محكمة التمييز قد اعتبرت أن شرط التجربة لا يرد على عقد العمل محدد المدة وأن وروده في هذا العقد فيه مخالفة لأحكام القانون وأن مثل هذا الشرط يقع باطلاً وأن أي إنهاء خلال مدة التجربة في عقد العمل محدد المدة هو غير مشروع.

إلا أن ذات المحكمة كان لها اتجاه آخر أيضاً حيث قضت: "إن عقد العمل يكون من العقود المحدد المدة الذي يستمر حتى تنتهي مدته وأن وجود شرط التجربة في العقد المحدد المدة لا يخرج عقد العمل محدد المدة عن صفته إذ أن شرط التجربة يسري على عقد العمل محدد المدة وعقد العمل غير محدد المدة"³.

1 انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2016/973)، الصادر في (2016/7/3) برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

2 انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2019/319)، الصادر في (2019/2/24) برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

3 انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2005/3688) الصادر في (2006/5/8)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

وقضت أيضاً: "يسري شرط التجربة على عقد العمل محدد المدة وغير محدد المدة ويستفاد من المادة (35) من قانون العمل أن لصاحب العمل إنهاء استخدام العامل خلال مدة التجربة بدون إبداء الأسباب"¹.

وكذلك قضت "أن نص المادة (35) جاء عاماً مطلقاً لم يقيد حق صاحب العمل باستخدام العامل على سبيل التجربة سواء كان عقد العمل نظم بصورة مكتوبة أم شفوية أم عقد محدد المدة أم غير محدد المدة أو كان لعميل معين أو غير معين وأن إنهاء المميّزة لعميل المميّز ضده أثناء فترة التجربة مشروع كما يسري شرط التجربة على عقد العمل محدد المدة"².

وتأسيساً على ما تقدم نجد أن القضاء الأردني لم يكن مستقراً في قرارته وأن أحكامه جاءت متضاربة نظراً للخلل التشريعي في نص المادة (35) من قانون العمل مما أدى إلى إرباك القضاء الأردني وعدم استقرار توجهاته"³.

وفي حدود بحثنا عن قرارات القضاء المصري وجدنا قراراً جاء في حيثياته:
"لم يشأ المشرع أن يفرض على رب العمل عاملاً غير كفؤ أو غير منتج أو غير صالح للعمل فإذا ثبت لصاحب العمل أن العامل قد أظهر عدم قدرته على العمل أو أظهر ضعفاً معيناً في إنتاجه أو عمله أو صناعته أو أن يكون العامل قد افتقر إلى الصفات اللازمة

¹ انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2012/3775) الصادر في (2012/12/9)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

² انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2018/5740) بتاريخ (2018/11/22)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

³ في هذا السياق انظر قرار محكمة التمييز رقم (2004/3399) وقرار رقم (2005/1882) وقرار رقم (2002/2732) وقرار رقم (2004/3399) وقرار رقم (2016/973) وقرار رقم (2014/1077)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

لاستخدامه في عمل معين فإذا أثبت هذا الإخفاق خلال فترة الاختبار أو إنه غير كفؤ على ما سلف جاز مع هذا الثبوت لرب العمل فسخ العقد من غير إعلان ومن غير أن يكون للعامل الحق في المكافأة عن مدة عمله أو التعويض عن الفسخ¹.

كما أن هناك قراراً يقضي: "أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد مكتمل الأركان وهو عقد معلق على شرط فاسخ هو عدم نجاح التجربة"².

يتبين لنا مما سبق أن القضاء المصري اعتبر شرط التجربة في عقد العمل شرط فاسخ وإعتبر عدم نجاح العامل في التجربة يعطي صاحب العمل الحق في فسخ العقد دون إشعار أو تعويض على الرغم من أن نص المادة (33) من قانون العمل المصري³ السابقة الذكر لم تشر إلى ما توصلت إليه المحكمة لا من قريب ولا من بعيد. حيث يرى القضاء المصري أن فسخ عقد العمل يكون بأثر فوري كون عقد العمل غالباً من العقود الزمنية لا أثر رجعي فيها وأن إنهاء فترة التجربة يترتب عليه استمرار عقد العمل واحتساب خبرة العامل من تاريخ إبرام العقد ابتداءً، وليس من تاريخ التجربة ولم يشر القضاء المصري إلى جواز ورود هذا الشرط في عقود العمل محددة المدة أم لا.

1 قرار محكمة العمل المصرية رقم (557) في جلسة (12/3/1957) المشار إليه من قبل همام زهران، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة مصر، (2003)، ص114، ص115.

2 قرار محكمة الجيزة الابتدائية (12/27/1956)، المشار إليه من قبل الدكتور أحمد حسن برعي ، الوجيز في القانون الاجتماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (1992).

3 انظر صفحة (8) من هذا البحث.

ونحن نرى أن ذلك يشكل إجحافاً بحق العامل لأن إنهاء صاحب العمل استخدام العامل في عقد العمل محدد المدة سيفقد العامل حقوقه وأجوره المستحقة بموجب العقد والقانون.

وقد اختلفت الآراء الفقهية وظهرت عدة اتجاهات في هذا الموضوع حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي¹ إلى اعتبار أن شرط التجربة في عقد العمل يعتبر فترة تمهيدية للعقد وعند انتهائها يكون القرار لطرفي العقد إما الاستمرار في العقد أو إنهاؤه.

ويرى جانب آخر² أن شرط التجربة في عقد العمل ينشئ عقداً مستقلاً بذاته له أركانه الخاصة يسمى عقد العمل بشرط التجربة فإذا انتهت فترة التجربة واستمر طرفا العقد بتنفيذ العقد نكون أمام عقد عمل بات إما محدد المدة أو غير محدد المدة بحسب الاتفاق وبالتالي لن يكون هناك أي تأثير لشرط التجربة على أحكام عقد العمل من وجهة نظرهم، ويرى البعض³ أن شرط التجربة يسري على العقد المحدد المدة وغير محدد المدة وأنه لا يتعارض مع أحكام أي من هذين العقدين نظراً لإطلاق نص المادة (35) من قانون العمل الأردني، وأن انقضاء فترة التجربة ونجاح العامل فيها

1 احمد السعيد الزقرد، قانون العمل الجديد، ط1، المكتبة العصرية، القاهرة، (2006)، ص137.

2 احمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص130، هامش رقم (2).

3 احمد أبو شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص125، غالب علي الداوي، شرح قانون العمل، ط3، دار وائل، عمان، 2004، ص67. و جعفر المغربي، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص117.

يجعل العقد منتجاً لآثاره من البداية بغض النظر عن نوعه سواء محدد المدة أم غير محدد المدة.¹

ويعتبر هذا العقد معلق على شرط فاسخ على النحو الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين فإذا لم يتحقق هذا الشرط أصبح الالتزام نهائياً، ونكون أمام عقد عمل بات.² بينما يعتبر البعض³ أن نص المادة (35) بصيغته الحالية يقتصر تطبيق أحكامه على عقود العمل غير محدد المدة دون عقود العمل محددة المدة، طالما أن التجربة قد نجحت بمرور مدتها المحددة في القانون ولم يمارس صاحب العمل حقه في الفسخ فهذا يعد دليلاً على النجاح وتأكيداً على تمام العقد، ولا يمكن أن ننسب لأطراف العقد تحديد لمدة العقد الوارد فيه شرط التجربة طالما أنهم لم يحدوها بالاتفاق أصلاً فبذلك نكون أمام عقد غير محدد المدة⁴، ولأنه (أي شرط التجربة) لا ينسجم وأحكام العقود المحددة المدة لأن إرادة الطرفين اتجهت إلى تحديد مدة للعقد وعلى المتعاقدين الالتزام بتنفيذ العقد المبرم بينهما فإذا أحل احد المتعاقدين بالتزامه قامت

¹ عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، ص220.

² توفيق حسن فرج، قانون العمل، ط1، مطبعة الإسكندرية، (1990)، ص214.

³ منصور العتوم، شرح قانون العمل الأردني، ط1، عمان، (1996)، ص77.

فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، (1985)، ص38، ص382.

⁴ حسن كيره، أصول قانون العمل، ط3، القاهرة، (1981)، ص285.

مسؤوليته العقدية، حيث أنه لا يجوز فسخ هذا العقد وتعديله أو الرجوع عنه إلا في الأحوال التي يجيزها القانون.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على إنهاء عقد العمل محدد المدة بشرط التجربة

بداية لابد لنا من الإشارة إلى أن عقد العمل هو من العقود المؤقتة ومآله الانتهاء فقد ينتهي بإحدى الوسائل العامة لإنهاء العقود أو بالوسائل الخاصة التي تخص عقد العمل لوحده¹.

وتختلف الآثار المترتبة على إنهاء عقود العمل محددة المدة عن عقود العمل غير محددة المدة نظراً لاختلاف طبيعة العقدين².

وبخصوص عقد العمل محدد المدة فتبين لنا أن له طبيعته القانونية الخاصة التي تفرض أحكاماً خاصة به عند إنهاء العقد خلال فترة التجربة وقبل انتهاء مدة العقد حيث يستحق العامل الأجور المتبقية من مدة العقد هذا بالاستناد إلى أحكام المادة

¹ جعفر المغربي، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق، ص168.

² انظر المادة (23) والمادة(26) من قانون العمل الأردني.

1(أ/26) من قانون العمل والمادة (826) من القانون المدني². وهذا ما جرى عليه إجتهااد محكمة التمييز الأردنية³.

وبالرجوع لنص المادة (35/ب) "يحق لصاحب العمل إنهاء استخدام العامل تحت التجربة ودون إشعار أو مكافأة خلال مدة التجربة.

ج - إذا إستمر العامل في عمله بعد إنتهاء مدة التجربة إعتبر العقد عقد عمل ولمدة غير محدودة وتحسب مدة التجربة ضمن مدة خدمة العامل لدى صاحب العمل".

نلاحظ من سياق نص المادة (35/ب-ج) أن ورود شرط التجربة في عقد العمل يفرض أحكاماً خاصة تختلف بطبيعتها عن أحكام عقد العمل محدد المدة حيث أجاز المشرع لصاحب العمل إنهاء استخدام العامل خلال فترة التجربة دون إشعار أو مكافأة، كما أن إستمرار العامل في العمل بعد إنتهاء فترة التجربة ودون إنهاء العقد من قبل صاحب العمل يجعل عقد العمل عقداً غير محدد المدة وتحسب فترة التجربة من مدة خدمة العامل لدى صاحب العمل.

1 تنص المادة (26/أ) " إذا انهي صاحب العمل عقد العمل محدد المدة قبل إنتهاء مدته أو أنهاه العامل يحق للعامل استيفاء جميع الحقوق و المزايا التي ينص عليها العقد كما يستحق الأجرور التي تستحق حتى إنتهاء المدة المتبقية من العقد ما لم يكن إنهاء عقد العمل فصلاً بموجب المادة (28) من هذا القانون".

2 تنص المادة(826) " إذا كانت مدة العمل معينه في العقد وفسخ صاحب العمل العقد قبل انقضاء مدته بلا عذر أو عيب في عمل العامل وجب عليه أداء الأجر إلى تمام المدة".

3 انظر قرار محكمة التمييز رقم (2003/3223) تاريخ(2004/1/11)، وقرار رقم(2708)،(2006) تاريخ(2007/1/15)، وقرار رقم (2008/3774) تاريخ (2009/7/28) وقرار رقم (2018/2001) بتاريخ (2019/4/14)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

وبناءً عليه نجد أن المشرع الأردني قد أنتقص من حقوق العامل المقررة له قانونياً حيث أعطى حق إنهاء العقد خلال فترة التجربة لصاحب العمل دون العامل وكان الأجدر به أن يمنح العامل هذا الحق أيضاً إذا وجد أن العمل لا يلانمه جسدياً أو صحياً¹.

كما بيّن المشرع الأردني أن الإنهاء يكون دون إشعار أو مكافأة، ويبدو من سياق النص أن المشرع أفترض أن صاحب العمل أقدم على إنهاء استخدام العامل لعدم قدرته على القيام بالعمل الموكول إليه وعدم كفاءته، وبالتالي فهو لا يستحق أيّاً من حقوقه على اعتبار أن صاحب العمل في هذه الحالة لا يعتبر متعسفاً في استخدام حقه في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة لأنه يمارس سلطته في الإنهاء وفقاً للغاية التي وجد شرط التجربة لأجلها وهي التحقق من كفاءة العامل وبالتالي فإنه لا يستحق بدل الفصل التعسفي².

أما فيما يتعلق بحرمان العامل من بدل الإشعار فنحن هنا لسنا بصدد مناقشة ضرورة إشعار العامل من عدمه إلا أن ما يهمنا هنا أن من المسلم به قانوناً أن الإشعار لا يكون إلا في عقود العمل غير محددة المدة³، ولا يتصور وجود الإشعار في عقد العمل محدد المدة لأن كلا الطرفين على علم بموعد إنتهاء العقد وبناءً عليه فإن إنهاء صاحب العمل لعقد العمل محدد المدة قبل إنتهاء مدته يستوجب التعويض⁴.

¹ جعفر المغربي، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق، ص116.

² عبد الواحد كرم، قانون العمل، ط 1، دار الثقافة، عمان، (1998)، ص75، ص76.

³ انظر المادة (23) من قانون العمل الأردني.

⁴ انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، رقم (2013/2707) بتاريخ (2013/11/28)، برنامج قراك، نقابة المحامين الأردنيين.

ومن الملاحظ أيضاً على نص المادة (35/ج) من قانون العمل أن المشرع اعتبر أن انقضاء فترة التجربة دون استخدام صاحب العمل لحقه في إنهاء العقد اعترافاً ضمناً من صاحب العمل بنجاح التجربة وأن العامل قد أثبت قدرته على القيام بالعمل وبالتالي يسقط حق صاحب العمل في الإنهاء واعتبر المشرع أن العقد في هذه الحالة يعتبر عقد عمل لمدة غير محدودة ولم يأخذ بعين الاعتبار إرادة المتعاقدين إذا تم الاتفاق بينهم على أن يكون العقد محدد المدة، فما هي العلة والغاية من اعتبار عقد العمل بعد نجاح التجربة عقداً غير محدد المدة؟

وجواباً على ذلك اختلفت الآراء في تفسير غاية المشرع فيرى البعض¹ أن المشرع أورد عبارة غير محدد المدة لأن المشرع يعترف ضمناً أن شرط التجربة غالباً ما يرد في عقود العمل غير محددة المدة ولم يقصد أن يسري شرط التجربة على العقود محددة المدة لأنه لا ينسجم وأحكامه كما بينا سابقاً، ويرى إتجاه آخر أن المشرع يهدف من نص المادة (35/ج) حماية العامل وتضييق دائرة العقود محددة المدة على اعتبار أن عقود العمل غير محدد المدة توفر حقوقاً أفضل للعامل، ومنعاً لصاحب العمل من التحايل على القانون حيث أن التحايل نوع من أنواع الغش والغش يفسد كل التصرفات².

إلا أننا نرى أن الأصل إبقاء عقد العمل على ما تم الاتفاق عليه ابتداءً فالعقد شريعة المتعاقدين فإذا إتفق المتعاقدان على إبرام عقد عمل محدد المدة فالأفضل أن يستمر حتى نهاية مدته وتسري عليه أحكام العقد محدد المدة بعد نجاح العامل في التجربة، وذلك منعاً للجدل الفقهي والقضائي، والقول بخلاف ذلك يعني أن المشرع

¹ احمد أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص128، و منصور العتوم، شرح قانون العمل الأردني، مرجع سابق ص 78.

² فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، مرجع سابق، ص387.

الأردني قد إعتبر أن عقد العمل أثناء فترة التجربة عقداً مستقلاً بذاته محدد المدة بثلاثة شهور فإذا نجح العامل بالتجربة إستمر في عمله وبدأ عقد العمل البات غير محدد المدة سنداً لأحكام المادة (809) من القانون المدني الأردني¹.

فيكون المشرع الأردني في هذه الحالة تبني الاتجاه الفقهي القائل بأن شرط التجربة هو عقد ابتدائي محدد المدة والسند في ذلك هو إعفاء صاحب العمل من الإشعار والمكافأة، فهذه الأحكام لا تنطبق إلا على عقود العمل محددة المدة².

ولكن العدالة والمنطق القانوني السليم يقتضي أن لا تكون جميع عقود العمل عقود غير محددة المدة فلا بد من احترام إرادة المتعاقدين والالتزام بما تم الاتفاق عليه ابتداءً وإلا أدى ذلك إلى عدم إستقرار العلاقات العقدية في المجتمع.

أما المشرع المصري³، فلم يتطرق نهائياً إلى آثار شرط التجربة على عقود العمل بنوعيتها ولا يمكن استنتاج نية المشرع المصري من سياق النص فقد ترك الأمر للقواعد العامة في القانون المدني.

وذهبت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها إلى القول: " ادعت المميّزة أنها مارست حقها في إنهاء عقد العمل وفسخه من طرفها ودون موافقة المميّز ضدها ضمن فترة التجربة ولم تدع أن فسخ العقد كان لسبب موجب قانوني آخر ولم تقدم

¹ تنص المادة (809) من القانون المدني الأردني " أ-إذا كان عقد العمل لمدة معينة إنتهى من تلقاء نفسه بانتهاء مدته فإذا استمر طرفاه في تنفيذه بعد انقضاء مدته اعتبر ذلك تجديداً له لمدة غير معينة".

² فراس الكساسبة، مدى إنسجام حالات إعفاء صاحب العمل من الإشعار عند إنهائه للعقد ، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 45، يناير(2011)، ص287.

³ انظر صفحة رقم (8) من هذا البحث.

دليلاً على ذلك فإن المميز ضدها تستحق جميع الحقوق والمزايا التي نص عليها العقد كما تستحق الأجور المستحقة حتى إنتهاء المدة المتبقية من العقد بمقتضى أحكام المادة (26) من قانون العمل ولا مجال للبحث أن إنهاء العقد أو فسخه كان تعسفاً¹.

وقضت في قرار آخر: "أن إنهاء خدمات المدعي بعد إنتهاء مدة التجربة يجعل العقد عقداً غير محدد المدة واقعاً في غير محله وأن ما جاء في المادة (35/ج) من قانون العمل يكون في حالة عدم تحديد مدة لعقد العمل أما إذا حددت مدة في العقد وتضمن العقد مدة تجربة وإستمر العامل في عمله بعد إنتهاء مدة التجربة فإن العقد يبقى عقداً محدد المدة لأن مدة العقد تم تحديدها برضا واتفاق الطرفين وأن العقد شريعة المتعاقدين"².

يتضح لنا مما سبق أن محكمة التمييز الأردنية لم تذهب لما ذهب إليه المشرع الأردني في أحكام المادة (35/ج، ب) من قانون العمل، وإعتبرت أن إنهاء عقد العمل محدد المدة خلال فترة التجربة يلزم صاحب العمل بتعويض العامل، كما أنها إعتبرت أن إستمرار عقد العمل بعد نجاح العامل في التجربة لا يجعل عقد العمل محدد المدة عقداً غير محدد المدة إنما يبقى على ما تم الاتفاق عليه فالعقد شريعة المتعاقدين.

إلا أن محكمة التمييز وفي إتجاه آخر لها قضت : "إن عقد العمل بالوصف السابق هو عقد غير لازم لصاحب العمل خلال فترة التجربة لأن قانون العمل قد منحه حق إنهاء هذا العقد، خلال فترة التجربة فإذا ما أنقضت هذه المدة ودون أن يقوم

¹ انظر قرار محكمة التمييز رقم (2013/2707) الصادر في (2013/11/28)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

² انظر قرار محكمة التمييز رقم (2005/3688) الصادر في (2006/5/8)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

صاحب العمل بإنهاء عقد العمل مع العامل أصبح العقد لازماً له، بينما يكون لازماً للعامل منذ صدوره ولا يجوز فسخه أو إنهاؤه بإرادته المنفردة لأن قانون العمل لم يمنحه خيار الفسخ فإذا ما قام العامل بترك العمل وحده فإنه يكون قد أخل بهذا العقد ويترتب عليه التعويض الذي يحدده القانون أو العقد¹.

ونرى بأنه ليس ثمة ما يمنع أن يتفق الطرفان على أن يكون شرط التجربة مقررًا لمصلحة الطرفين العامل وصاحب العمل، لأن العامل له مصلحة أحياناً في التحقق من ظروف العمل والتعرف إلى طبيعته ومدى ملائمته لتخصصه ولقدراته الجسدية ومدى تناسب الأجر مع ما يبذله من جهد.

كما قضت محكمة التمييز في قرار آخر: "إن إنهاء المميز لعمل المميز ضدها أثناء فترة التجربة مشروع ولا يحق للمدعي المطالبة بالحقوق المدعى بها تبعاً لذلك"².

من خلال ما سبق يتبين لنا عدم إستقرار محكمة التمييز وتضارب اجتهادها وهذا يعود لغموض نص المادة (35).

أما القضاء المصري ونظراً لعمومية المادة (33) من قانون العمل المصري قضت محكمة النقض المصرية: "لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن تكييف العقود وإنزال حكم القانون عليها يعتمد على وضوح الإرادة وما عناه المتعاقدين وما

¹ انظر قرار محكمة التمييز رقم (2014/3124) الصادر في (2015/6/4)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

² انظر قرار محكمة التمييز رقم (2016/1133) الصادر في (2016/5/31)، و قرار رقم (2016/2991) الصادر في (2016/9/22)، و قرار رقم 2019/3219 الصادر في (2019/5/29) برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

قصده من إبرام العقد، وهذه المسألة قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض.....¹.

وفي قرار آخر لها قضت "ما استخلصه الحكم من الوقائع يفيد أن محكمة الموضوع إعتبرت أن التجديد المتكرر رغم النص في كل مرة على منعه يدل على أن نية المتعاقدين كانت منصرفة منذ بدء التعاقد إلى تجديده مرات متوالية لم يحددا عددها وقت التعاقد مما يجعل هذا التعاقد منذ بدايته غير محدد المدة وهو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون"².

ونلاحظ مما سبق أن القضاء المصري ذهب في عملية تكييف العقد إذا كان محدد المدة أم غير محدد المدة إلى اتفاق الطرفين الضمني على وصف العقد وهذا ما يقوم القضاء باستخلاصه من عملية التكييف فالعبرة إذاً لما تم الاتفاق عليه صراحةً أو ضمناً بين طرفي العقد في ظل غياب النص وبالتالي فإن القضاء المصري لا يجعل من العقد محدد المدة بعد نجاح التجربة عقداً غير محدد المدة وإنما يبقيه على ما إتجهت إليه إرادة الطرفين عند إبرامه.

وقد امتد تباين الآراء حول الآثار القانونية المترتبة على إنهاء عقد العمل محدد المدة خلال فترة التجربة إلى الشراح حيث يرى الاتجاه الأول³ إذا كان عقد

¹ قرار الطعن رقم (3070) لسنة (1990)، جلسة (1990/1/16)، مكتب فني /ع ج/ق 35، ص 167

² نقض مدني (1960/1/7) المشار إليه لدى فتحي عبد الصبور، الوسيط في شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص 390 - 391.

³ احمد ابو شنب، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص 127 وفتحي عبدالصبور، المرجع السابق، ص 382 وجعفر المغربي، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص 117 واحمد خليف الضمور، الوجيز في شرح التشريعات العمالية، مرجع سابق، ص 38

العمل محدد المدة ابتداءً فإن العقد في هذه الحالة يبقى على ما هو عليه بعد إنتهاء فترة التجربة بنجاح العامل وإثبات قدرته على القيام بالعمل الموكول إليه ولا يجوز فسخه إلا في الحالات التي يجوز فيها الفسخ قانوناً بالإرادة المنفردة¹.

أما الاتجاه الثاني يرى أن عقد العمل أثناء فترة التجربة ينتهي بكل الأحوال بانتهاء فترة التجربة ودون أن يترتب على إنهائه أي حقوق أو مزايا للعامل، على إعتبار أن المشرع أجاز إنهاء العقد عند عدم نجاح العامل في التجربة² حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد العمل بشرط التجربة هو عقد معلق على شرط فاسخ يتمثل بعدم نجاح العامل بالتجربة عند إنتهاء الفترة المحددة في العقد، وينفسخ العقد في هذه الحالة دون أن يكون له أي أثر رجعي.

أما إذا تخلف هذا الشرط ونجح العامل في التجربة يصبح العقد عقداً باتاً غير محدد المدة وتحتسب مدة التجربة ضمن مدة خدمة العامل من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ انقضاء فترة التجربة³.

ونحن بدورنا نرى أن الأصل إبقاء العقد مرتبطاً بإرادة المتعاقدين لأن عقد العمل بشرط التجربة هو عقد مكتمل الأركان، وإذا إستمر أطراف العقد في تنفيذه وكان عقداً محدد المدة فإنه لا يفقد صفته هذه بعد إنتهاء فترة التجربة بنجاح، لأن وجود شرط التجربة لا يخرج عقد العمل محدد المدة عن صفته حيث أن شرط التجربة ليس

¹ انظر المواد (28) و(29) من قانون العمل الأردني.

² يوسف الياس، الوجيز في قانون العمل. ط1 ، بغداد، (1984)، ص 49.

³ غالب علي الداوودي ، شرح قانون العمل وتعديلاته ، مرجع سابق ، ص 67 ، و هيثم مصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل، ط1، دار الحامد ، عمان، (2008)، ص129، واحمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، (1992)، ص 213.

الزاميا بحكم القانون وإنما إختياري لصاحب العمل وهذا ما إستقر عليه إجتهد محكمة التمييز¹، فإذا قام صاحب العمل بإنهاء إستخدام العامل خلال هذه الفترة وقبل إنتهاء مدة العقد لعدم كفاءة العامل فإنه ملزم بتعويض العامل وفقاً لأحكام العقد والقانون وحسب الأصول²، حيث أن إعمال نص المادة (35) يكون في حالة عدم تحديد مدة لعقد العمل أما إذا تم تحديد مدة وإستمر العامل في عمله بعد إنتهاء مدة التجربة فإن العقد يبقى عقداً محدد المدة لأن مدة العقد تم تحديدها برضا وإتفاق الطرفين وأن العقد شريعة المتعاقدين.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يكفي لصحة الإنهاء من جانب صاحب العمل عدم رضاه عن نتيجة التجربة لعدم صلاحية العامل للعمل لديه، ولا يشترط وقوع الخطأ من

¹ انظر قرار رقم (1077 / 2014) الصادر بتاريخ (2014/6/30)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

² شواخ الاحمد، قانون العمل، مرجع سابق ، ص 317.

جانب العامل¹ لكن هل استعمال حق الإنهاء من جانب صاحب العمل خلال فترة التجربة جاء مطلقاً أم أنه مقيد بعدم التعسف في استعمال هذا الحق كسائر الحقوق الأخرى؟.

في هذا السياق نجد أن محكمة التمييز ذهبت إلى القول: "ان القانون أعطى صاحب العمل في حالة ما إذا تبين له إنتقاء تلك الكفاءة والإمكانات الحق في إنهاء عقد العمل خلال فترة التجربة ويستطيع أن يمارسها دون معقب عليه بحيث لا يطلب منه إثبات صحة ما توصل إليه من عدم كفاءة العامل للعمل حيث أن صاحب العمل هو الأقدر على الوقوف على مناسبة العامل وملاءمته لطبيعة العمل لديه².

وقضت في قرار آخر³: "ان ما إستقر عليه قضاء محكمة التمييز أن فترة التجربة ليست إلزامية بحكم القانون وإنما هي إختيارية لصاحب العمل تجيز له الاتفاق مع العامل على أن يكون تحت التجربة لمدة معينة لا تزيد على ثلاثة أشهر ويجوز لصاحب العمل خلالها إنهاء عقد العمل دون إشعار أو مكافأة أو دفع أجور عن باقي مدة العقد وذلك دون حاجة للتبرير من رب العمل⁴.

¹ نواف الحربي، خيار رب العمل في إنهاء عقد العمل الفردي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، (2014)، ص 47 .

² انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2015/3896) الصادر بتاريخ (2016/3/8) ، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

³ انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم (2014/1077) الصادر بتاريخ (2014/6/30)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

⁴ أنظر قرار محكمة التمييز (هنية عامة) بصفتها الحقوقية (2013/4008)، الصادر بتاريخ (2014/4/24)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

وفي ذات السياق قضت نفس المحكمة: "ان الاستفادة من نص المادة (35) أن فترة التجربة ليست إلزامية بحكم القانون وإنما إختيارية لصاحب العمل تجيز له الاتفاق مع العامل على أن يكون تحت التجربة لمدة معينة لا تزيد على ثلاثة أشهر ويجوز لصاحب العمل خلالها إنهاء العقد دون إشعار أو مكافأة أو دفع أجور عن باقي مدة العقد وأنه تبعاً لذلك فإن رب العمل غير ملزم بتبرير إنهاء خدمة العامل أثناء فترة التجربة كون الخيار بفترة التجربة لصاحب العمل وليس للعامل فعليه يكون إنهاء عقد المدعي مشروعاً".

يتضح لنا مما سبق إستقرار الاجتهاد القضائي على مشروعية إنهاء صاحب العمل استخدام العامل خلال فترة التجربة ودون بيان الأسباب وهذا ما ورد في العديد من قرارات محكمة التمييز²، على إعتبار أن صاحب العمل هو صاحب القرار إذا ما كان العامل قادراً على القيام بالعمل وأثبت كفاءته أثناء فترة التجربة أم لا، وهذا ما إتجه إليه القضاء المصري كذلك في بعض أحكامه³.

حيث قضت محكمة النقض المصرية "لصاحب العمل إنهاء العقد بشرط ثبوت عدم الصلاحية خلال فترة الاختبار ولا يعتبر إنهاء العقد في هذه الحالة جزاءً تأديبياً وإنما هو إستعمال من صاحب العمل لسلطته في إنهاء عقد العمل تحت الاختبار"⁴.

1 أنظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم/1133 الصادر بتاريخ (2016/5/31)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين

2 أنظر قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم 2019/573 الصادر في (2019/4/15) و القرار رقم(2018/7267) الصادر في(2018/12/30)، وقرار رقم (2013/4008) الصادر في (2014/4/24)، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.

³ حسن كيره، أصول قانون العمل، مرجع سابق، ص 287.

⁴ الطعن رقم (15663) السنة(76) جلسة (2007/8/2)، مكتب في (58) ق 114، ص665.

وبناءً على ما سبق يتبين لنا أن حق إنهاء خدمات العامل خلال فترة التجربة هو حق مطلق لصاحب العمل ولا يقيد به في هذا الحق سوى عدم التعسف في استعماله، وذلك حتى يتسنى له أن يحقق الغاية من العمل بإعتباره رئيساً مسؤولاً عنه، ولا يخضع لرقابة القضاء فليس للمحاكم أن تضع نفسها محل صاحب العمل في تقدير نتيجة التجربة أو تحديد كفاءة العامل طالما أن الإنهاء كان في نطاق حدود عدم الصلاحية ولا يعد صاحب العمل متعسفاً في استعمال حقه على هذا النحو. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية : "أنه في أثناء فترة الاختبار ممكن إنهاء العقد في أية لحظة دون إمكانية قيام فكرة التعسف في استعمال الحق أو الرجوع إلى القواعد العامة للحكم بالتعويض"¹.

إلا أنه على صاحب العمل عدم تجاوز حدود حقه في تقدير صلاحية العامل للعمل، فالصلاحية مفهوم واسع تشمل عدة مقاييس ومعايير كالكفاءة والقدرة على الإنتاج والتعاون مع الزملاء وحسن الخلق والالتزام بالنظام وغير ذلك²، أما الكفاءة وحدها فلا تصلح أن تكون المعيار الوحيد لتقدير صلاحية العامل للعمل لأنها تختلف باختلاف نوعية العمل.

لكن الأمر يختلف لو خرج صاحب العمل عن نطاق الصلاحية بمفهومها الواسع فلا يجوز له أن يقوم بإنهاء خدمات العامل لدوافع أخرى لا تتعلق بالصلاحية وبعيدة الصلة عنها ولا تأثير لها فيها حتى لو كانت مشروعاً، حيث أن محكمة النقض

¹ نقلاً عن شواخ الأحمد، قانون العمل، مرجع سابق، ص 317.

² نواف الحربي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 49.

الفرنسية إعتبرت أن إنهاء عقد العامل لقرب زواجه إنهاءً تعسفياً، أو إذا كان سبب الإنهاء هو استدعاء العامل لأداء الخدمة العسكرية¹.

ونعتقد أنه من الضروري أن يخضع صاحب العمل لرقابة القضاء للتأكد من عدم تعسفه في استعمال حقه في إنهاء خدمات العامل أثناء فترة التجربة، كما لو كان سبب الإنهاء لا يستند إلى عدم صلاحية العامل للعمل وكان الهدف منه الأضرار بالعامل أو تحقيق مصلحة غير مشروعته فيكون الإنهاء غير مشروع ويعتبر إنهاءً تعسفياً، كأنهاء خدمات العامل بسبب توجهاته السياسية أو النقابية أو بسبب مطالبات تقدم بها أو شكاوي فيجب أن يخضع في ذلك لرقابة القضاء والحكم بتعويض للعامل وذلك عملاً بأحكام المادة (24) من قانون العمل الأردني².

فإذا ثبت أن صاحب العمل قد استعمل حقه في الإنهاء لدوافع أخرى خارجة عن عدم صلاحية العامل للعمل فإن ذلك يعني أن الإنهاء لم يصدر عن حسن نية وتقوم مسؤولية صاحب العمل وفقاً للقواعد العامة خاصة التي تقضي بعدم التعسف في استعمال الحق.

ونعتقد أنه وعلى الرغم من أن المشرع الأردني لم ينظم حالة تعسف صاحب العمل باستخدام حقه في الإنهاء أثناء فترة التجربة إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق

¹ نقلاً عن شواخ الاحمد، المرجع السابق، ص317.

² نصت المادة (24) "مع مراعاة ما ورد في المادة (31) من هذا القانون لا يجوز فصل العامل أو اتخاذ أي إجراء تأديبي بحقه لأسباب تتصل بالشكاوى والمطالبات التي تقدم بها العامل إلى الجهات المختصة والمتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون عليه".

القواعد العامة المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني وإلزام صاحب العمل بالتعويض.

ذلك أن الإنهاء غير المشروع لعقد العمل بشرط التجربة لا يختلف عن مفهوم التعسف في استعمال الحق وأن الإنهاء غير المشروع ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق ذلك أن المعايير التي أشارت لها المادة (66) من القانون المدني¹ معايير عامة وليست حصرية ومن الممكن تطبيق أحكامها.

ويقع على العامل عبء إثبات أن الإنهاء كان لأسباب لا تتعلق بعدم صلاحيته للعمل إنما لأسباب أخرى سياسية أو نقابية أو لرفض العامل القيام بعمل غير مشروع أو ينافي الآداب العامة أو أن يكون سبب الإنهاء اختلاف الآراء أو المعتقدات مع صاحب العمل، حيث يعتبر الإنهاء في مثل هذه الحالات إنهاءً تعسفياً لا يقصد منه إلا الإضرار بالعامل أو تحقيق مصلحة غير مشروعة لصاحب العمل، ويرى جانب من الفقه ضرورة عدم المغالاة في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق إلى الحد الذي يفقد فيه شرط التجربة قيمته².

وتطبيقاً للقواعد العامة إذا نجح العامل في إثبات أن إنهاء العقد كان لسبب غير الصلاحية للعمل فيكون صاحب العمل ملزماً بالتعويض.

¹ نصت المادة 66 /أ من القانون المدني الأردني "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروعاً.

² توفيق حسن فرج، قانون العمل، مرجع سابق، ص 230 .

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية هذا البحث الذي تناولنا فيه حكم شرط التجربة في عقد العمل محدد المدة والآثار المترتبة عليه فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. جاء نص المادة (35) من قانون العمل عاماً مطلقاً على نحو يتضمن نقصاً وغموضاً تشريعياً ويجعله أرضاً خصبة للجدل والنقاش.
2. ورود شرط التجربة في عقد العمل محدد المدة ينتقص من حقوق العامل ويخالف أحكام المادة (4/ج) من قانون العمل حيث لم يبين المشرع الأردني مصير شرط التجربة في الأحوال التي يقوم فيها صاحب العمل بإنهاء عقد العمل إنهاءً مشروعاً.
3. قيام صاحب العمل بإنهاء عقد العمل المحدد المدة خلال فترة التجربة بإرادته المنفردة يشكل تلاعباً باستقرار العلاقات العقدية بالنسبة للعامل.
4. أن استمرار العامل في العمل بعد إنتهاء فترة التجربة وترتيباً على ذلك إعتبار العقد عقد عمل غير محدد المدة يخالف إرادة المتعاقدين إذا اتجهت ابتداءً لتحديد مدة للعقد.
5. مع أن فترة التجربة يقصد منها التأكد من كفاءة العامل للعمل بالنسبة لصاحب العمل فإنها وبنفس الوقت تعتبر مدة للعامل للتأكد من ملائمة العمل له ومناسبته لحالته الصحية والجسدية وهذا الأمر لم يعالجه المشرع الأردني وجعل الحق مقصوراً على صاحب العمل دون العامل.
6. جاءت قرارات محكمة التمييز التي تعالج موضوع البحث متناقضة اتخذت فيها المحكمة موقفاً يؤيد فترة التجربة في عقود العمل المحددة المدة في حين

نفث ذلك في أحكام أخرى مما يخلق حالة من عدم الإستقرار القضائي، خاصة في ظل النقص التشريعي الذي تناول هذه المسألة.

7. إن إنهاء صاحب العمل عمل العامل تحت التجربة حق له لا يحتاج لتبريره ولا معقب عليه، إلا ان هذه الصلاحية مشروطة بعدم التعسف في إستعمال الحق، فإذا ثبت أن صاحب العمل تعسف فلا شك أنه يكون من حق العامل المطالبة بالتعويض عن هذا الإنهاء.

ثانياً: التوصيات

1. نأمل من المشرع الأردني إعادة صياغة نص المادة (35) من قانون العمل الأردني على نحو ينص صراحة على جواز الاتفاق على شرط التجربة في عقد العمل المحدد المدة مراعيًا في ذلك أحكام هذا العقد ودون أن ينقلب إلى عقد غير محدد المدة إحتراماً لإرادة المتعاقدين عند التعاقد.
2. نتمنى على المشرع الأردني إعطاء الحق في إنهاء العقد خلال فترة التجربة للعامل، إذا وجد أن العمل لا يلائمه ولا يتناسب مع قدراته الجسدية والصحية.
3. نأمل من محكمة التمييز الموقرة أن تعقد بهيئتها العامة جلسة لمعالجة المسائل المتعلقة بشرط التجربة في عقد العمل توحد فيها قضائها مع بيان العلل والأسباب لحسم الجدل القائم حالياً.
4. نتمنى أن يضيف مشرعنا لنص المادة (35) في قانون العمل عبارة تفيد أن إستعمال صاحب العمل لحقه في إنهاء عمل العامل تحت التجربة بدون أي تبرير مشروط بعدم التعسف في استعمال حقه.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب المتخصصة

1. أحمد السعيد الزقرد، قانون العمل الجديد، ط1، المكتبة العصرية، القاهرة 2006.
2. أحمد حسن البدعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
3. أحمد خليف الضمور، الوجيز في شرح التشريعات العمالية والاجتماعية، عمان، 2005.
4. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة، عمان، 2003.
5. توفيق حسن فرج، قانون العمل، مطبعة الإسكندرية، 1990.
6. جعفر المغربي، شرح أحكام قانون العمل، ط2، دار الثقافة، عمان، 2018.
7. حسن كيره، أصول قانون العمل، ط3، القاهرة، 1983.
8. رمضان جمال كمال، شرح قانون العمل الجديد، ط1، المركز القومي للإصدارات، القاهرة، 2008.
9. شواخ الأحمد، قانون العمل، جامعة حلب، منشورات جامعة حلب، 2006.
10. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
11. عبد الواحد كرم، قانون العمل، ط1، دار الثقافة، عمان، 1998.
12. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار الكتب الثقافية، مصر، بلا سنة نشر.
13. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

14. علي عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1996.
15. غالب علي الداودي، شرح قانون العمل، ط3، دار وائل للنشر، عمان، 2004.
16. منصور العتوم، شرح قانون العمل الأردني، ط1، عمان، 1996.
17. همام زهران، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
18. هيثم مصاروة، المنتقى في شرح قانون العمل، ط1، دار الحامد، عمان، 2008.
19. يوسف إلياس، الوجيز في قانوني العمل والضمان الاجتماعي، ط1، بغداد، 1982.

ثانيا : الأبحاث والرسائل العلمية

1. فراس الكساسبية، مدى إنسجام حالات إعفاء صاحب العمل من الإشعار عند إنهائه للعقد، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 45، 2011.
2. نواف نافع الحربي، خيار رب العمل في إنهاء عقد العمل الفردي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.