

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الثالث - العدد 21 - يناير 2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبى المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

أسرة التحرير:

- د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)
د. المصطفى طایل، جامعة مولاي إسماعيل مكناس (المغرب)
د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)
د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)
د. شريف أحمد بلعوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)
د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
د. محمد عليان العزام، جامعة أبوظبي (الإمارات العربية المتحدة)
د. موفق المحاميد، كلية القانون، جامعة آل البيت (الأردن)
د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت /الجزائر).
د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعديّة/سوق أهراس/الجزائر).
د. سهل ليلى (جامعة محمد خيضر، بسكرة/الجزائر).

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. أنور جمعة علي الطويل، جامعة فلسطين (فلسطين)
د. بن عياد جلييلة، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس (الجزائر)
د. حجارى محمد، جامعة معسكر (الجزائر)
د. حورية سويقي، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين شموشنت (الجزائر)
د. علاء مطر، جامعة الإسراء (فلسطين)
د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • المسؤولية العقدية الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان / مريم عبد طارش، كلية اليرموك الأهلية الجامعة، بغداد (العراق).
- 45 • الحد من العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة / بلعربي عبد الكريم، عبد العالي بشير، المركز الجامعي نور البشير البيض (الجزائر).
- 59 • الرقابة القضائية على انتخابات الهيئات المحلية في فلسطين / أشرف حسن عباس الأعمور، جامعة القدس (فلسطين)
- 81 • سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية: دراسة مقارنة- عبد الحلیم مجدوب، جامعة تلمسان (الجزائر).
- 99 • الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود / أوتفات يوسف، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة (الجزائر).
- 115 • الحجز على السفينة في القانون العماني والاتفاقيات الدولية: دراسة تحليلية مقارنة نجم عبود مهدي، جامعة ظفار (سلطنة عمان).

تغلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضله تنمو الصالحات

ضم العدد الحادي والعشرون من مجلة جيل الأبحاث القانونية مجموعة من المقالات القيمة والتي تناولت مواضيع واشكاليات راهنة على ضوء القوانين الوطنية أو الدولية المتوفرة أو اقتراح قوانين تواكب التطور وواقع الممارسات.

بحيث تناول المقال الأول المسؤولية العقدية الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان بوصفها من أهم وسائل الدفع الراهنة، إن لم نقل الأولى، وبالمقابل تقصير أغلبية التشريعات الوطنية سيما العراقية بعدم مواكبتها لهذا الابتكار التكنولوجي الذي فرض نفسه في كافة أنحاء العالم، وعن إمكانية تطبيق أحكام القواعد العامة الواردة في التشريع المدني والتجاري وأيضا التشريعات التي تنظم التعامل الإلكتروني في العراق.

أما المقال الثاني فلقد سلط الضوء على موضوع الحد من العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، من خلال اقتراح بدائل للعقوبات السالبة للحرية لمدة قصيرة سواء من خلال القانون الجنائي نفسه أو تطبيق جزاءات إدارية خارج نطاق القانون الجنائي، وذلك بهدف التقليل من الآثار السلبية الناجمة عن تلك العقوبات.

ليتناول المقال الثالث الرقابة القضائية على انتخابات الهيئات المحلية في فلسطين ودراسة المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الانتخابية وفقا للقانون الفلسطيني لإنتخابات الهيئات والمجالس المحلية وتعديلاته.

وفي المقال الرابع تم دراسة موضوع سحب العمل في عقود الأشغال العامة كأبرز جزاء إداري تستعمله الإدارة للضغط على المتعاقدين المخلين بالتزاماتهم التعاقدية وحث أي متعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي وذلك حفاظا على سير المرفق العام وتحقيقا للمصلحة العامة.

أما المقال الخامس فلقد سلط الضوء على الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود سيما نقل وتخزين النفايات الخطرة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية.

لنختم العدد بدراسة مقارنة بين القانون العماني والاتفاقيات الدولية فيما يخص أنواع الحجز على السفن تجنبا لهروبها وعدم استيفاء الدائنين لحقوقهم منها.

نتمنى أن يكون هذا العدد إضافة نوعية في مجال الأبحاث القانونية، شاكرين كل المساهمين فيه سواءا بالنشر، التحكيم أو التدقيق اللغوي، حريصون دائما على دعم الباحثين الجادين للمضي قدما نحو ترسيخ وتمكين أجيال البحث العلمي الرصين.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالب المي

المسؤولية العقدية الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان

م.م مريم عبد طارش، كلية اليرموك الأهلية الجامعة بغداد، العراق.

Abstract

Electronic payment cards is one of the important innovations spawned technological evolution in the modern era, becoming the most important means of payment throughout the world, and there are expectations by becoming the primary means used to pay in the next few years . Because they are more easily and more secure means of dealing because they provide advantages to all her limbs, this widespread use has not accompanied by legislative regulation which is commensurate with the importance .

in the absence of legislation in Iraq in organuzing credit card works so the study will be dedicated to studying in the legal history of Credit cartl through general rules in civil and com merciallaglist as well as legislating governing electronic transactions in general . this system will be searched in three sections preceded by an introduction where we devoted the first topic to studying the definition of credit card while the second chapter discussed the legal effects of credit card and allocated the third section of the contractual responsibility ansing form the use of credit carde .

ملخص

تعد بطاقات الدفع الالكتروني وخاصة بطاقة الائتمان أحدث الابتكارات المهمة التي أفرزها التطور التكنولوجي الحديث حيث أصبحت من أهم الوسائل المستخدمة في الدفع في كافة أنحاء العالم وهناك توقعات بان تصبح الوسيلة الأولى المستخدمة بالدفع في السنوات القليلة القادمة لأنها أكثر الوسائل سهوله في التعامل إلا أن هذا الانتشار الواسع في الاستعمال لم يواكبه التنظيم التشريعي الذي يتناسب مع تلك الأهمية .

ونظراً لعدم وجود تشريع في العراق خاص بالبطاقة الائتمانية لهذا سوف تكون هذه الدراسة مخصصه لبحث التنظيم القانوني للبطاقة الائتمانية من خلال تطبيق القواعد العامة في التشريع المدني والتجاري وأيضا التشريعات التي تنظم التعامل الالكتروني بصوره عامه وسوف يتم بحث هذا في ثلاثة مباحث تسبقها مقدمه حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة ماهية البطاقة الائتمانية أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه الآثار القانونية لبطاقة الائتمان والمبحث الثالث أفردناه لبيان المسؤولية التعاقدية الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان .

مقدمة

موت النقود عبارة أصبحت تتردد أثر التحول الجذري الذي طرأ على النقود في عصر المعلومات فقد تغيرت النقود من عمله ورقيه أو معدنية إلى شكل الكتروني .

ففي اختراع الكتروني جديد لا يتطلب سوى كود سري مكتوب على بطاقة بلاستيكية في صورتها المبسطة وهي وسيله مبتكره يستطيع حملها أن يذهب إلى التاجر ويحصل على كل ما يحتاجه من سلع وخدمات ويقدم البطاقة لتدوين بياناتها الكترونيا على فاتورة الشراء ويقوم التاجر بإرسالها إلى الجهة المصدرة للبطاقة لتسديد المبلغ أو بإضافته لحساب التاجر مباشرة

وأهمية هذه البطاقة تزايد في الوقت الحاضر كأحد حلول الدفع المرنة والبسيطة نظراً إلى إمكانية استخدامها العالمي بين الدول حيث يستطيع حاملها إن يستخدمها في بلد غير البلد المصدرة لها هذا سيساعد على خفض حجم النقد المصدر وأيضا يساعد على دعم موارد العملات الأجنبية لهذا فإن هذه الوسيلة أصبحت الشغل الشاغل للمصرفيين والمختصين في ظل الاتجاه العالمي القوي نحو التكنولوجيا المالية والمصرفية .

أسباب اختيار الموضوع وأهميته

لقد تضافرت جملة من الأسباب دعتنا إلى انتقاء موضوع التنظيم القانونية للبطاقة الائتمانية – دراسة مقارنة – دون سواه من مواضيع القانون التجاري لسببين:

1- الانتشار المتزايد لهذه البطاقة في حياتنا اليومي نظراً لما توفره من الأمان والسرعة والسهولة في التعامل وتجنب المتعامل فيها من حمل النقود وما يتبعها من مخاطر ويقابل هذه أهميه غياب نصوص قانونية خاصة تنظم العلاقات الناشئة بين الأطراف المتعاملة بها والمسؤولية الناتجة عن الإخلال في الإلتزامات الملقاة على عاتقهم .

2- تظهر أهميه هذا الموضوع من خلال الجدل والخلاف الفقهي بل والقضائي حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه البطاقة والذي يرجع إلى تعدد وتشابك العلاقات القانونية التي تجمع الأطراف المتعددة والمتداخلة في نظام عمل بطاقة الائتمان.

مشكلة البحث

1-عدم وجود تشريع في القانون العراقي خاصة بهذه الوسيلة الجديدة في الدفع ينظم عملية إصدارها ويحكم العلاقات الناتجة عن استخدامها .

2- أن قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية في العراق رقم 78 لسنة 2012 الذي من المفترض إن ينظم التعامل بالدفع الالكتروني أحال كل ذلك إلى التشريعات الخاصة بالوسائل التقليدية حيث كان من المفترض أن ينظم ذلك في هذا القانون .

وهنا يثار تساؤل حول مدى كفاية هذه القواعد للإحاطة بأحكام المسؤولية الناشئة عن البطاقة المصرفية وما الحل؟ في حاله انعدام النظر في القوانين المحال عليها؟

3-عدم وجود أعراف قانونية والاجتهادات القضائية أو أي قواعد ثابتة يمكن الرجوع إليها والسبب في ذلك هو أن استعمال هذه البطاقات – في العراق - كان إلى وقت ليس ببعيد محدود جداً .

4-صعوبة تطويع القواعد العامة على البطاقات الائتمانية لأن التعامل بهذه البطاقات يتم في وسط غير مادي يتطلب قواعد خاصة وأساليب ومفاهيم جديدة تتناسب مع البيئة اللامادية .

هدف البحث

أن الهدف الأساسي من البحث هو التعمق داخل التنظيم القانوني لبطاقات الائتمان الالكترونية وإبراز أهميتها الخطورة القانونية التي ترتبط بأحكامها وعلاقتها المتبادلة والمتشابكة وذلك من الوجهة القانونية المدنية البحتة للفت نظر المشرع إلى هذه الخطورة وتلك الأهمية حتى يتدخل بوضع تنظيم تشريعي متكامل لأحكام وقواعد بطاقات الائتمان المصرفية.

منهجية البحث

نظره لتعدد الموضوع وتشابكه فقد اعتمدنا في البحث على المنهج الوصفي من في استعراض إلتزامات الأطراف المتعاملة بالبطاقة ومواطن نهوض المسؤولية العقدية في حال أخلالهم بهذه الإلتزامات .

واعتمدت الدراسة أيضاً على تحليل النصوص في التشريعين المصري والفرنسي والمقارنة بالقانون العراقي مع استعراض الآراء الفقهية والاستشهاد ببعض الأحكام القضائية .

المبحث الأول: ماهية البطاقة الائتمانية

لغرض إعطاء صورة واضحة عن ماهية بطاقة الائتمان لابد من تقسيم المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مفهوم البطاقة الائتمانية ونتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لهذه البطاقة.

المطلب الأول: مفهوم البطاقة الائتمانية

أن مفهوم بطاقة الائتمان لا يستقيم ما لم يتم تفريده وهذا يتم من خلال الوقوف أولاً عند التعريف ببطاقة الائتمان ثم بيان خصائصها في فرعين مستقلين:

الفرع الأول: تعريف البطاقة الائتمانية

البطاقة الائتمانية شأنها شأن أي ظاهرة جديدة تعددت وتباينت التعريفات ضيقا واتساعا تبعاً للجوانب التي يتم تعريفها من خلاله البعض عرفها من الناحية الشكلية بكونها بطاقة بلاستيكية وأعطاه الوصف الشكلي الكامل في التعريف والبعض الآخر عرفها من حيث المضمون والبعض الآخر من الناحية الشرعية ولكننا سنقتصر في تعريفها هنا على ناحيتين هي الناحية المصرفية والناحية القانونية

فقط والسبب في ذلك إن البطاقة تصدر وفق آليه مصرفية وتنظم عملية الإصدار هذه في إطار قانوني من خلال عقود تربط بين الإطراف المصدرين للبطاقة ومستخدميها والقابلين بالتعامل بها .

أولاً:-التعريف المصرفي

عرفت البطاقة الائتمان من قبل مصرف التسويات الدولية بأنها (وحدات ذات قيمة نقدية مقدرة منقولة ومعياً إلكترونياً من خلالها يستطيع الحائر تسوية معاملاته)⁽¹⁾ .

(1) هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2009: ص 356 .

(2) المصدر السابق .

(3) أحمد محمد محرز، القانون التجاري – عمليات المصارف – الإفلاس، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، 1998: ص 141 .

أما المصرف المركزي الأوروبي فقد عرفها بأنها (قيمة نقدية مجملة إلكترونية على بطاقات بلاستيكية وتستخدمها وحدات اقتصادية اخرى غير تلك التي أصدرت البطاقة في تسوية مدفوعاتها)⁽²⁾ .

يلاحظ تشابه تعريف مصرف التسوية الدولية مع تعريف المركز الاوربي والتركيز على تحميل قيمة نقدية على بطاقة بلاستيكية الكترونياً واستخدامها في تسوية المعاملات من خلال حائزها الذي هو شخص آخر مختلف من الجهة التي أصدرت البطاقة .

وعرفت أيضا (هي البطاقة التي تسمح للعميل بشراء بضائع أو الحصول على خدمات من منافذ البيع أو الخدمات شريطة ان يتم الدفع على فترات حيث يحق للعميل دفع جزء من هذا المبلغ آخر الشهر بينما يقسط الباقي على شهور تالية بنسبة فائدة متفق عليها بين العميل والمصرف)⁽³⁾

ثانياً: التعريف القانوني

أختلف فقهاء القانون في تعريف البطاقة الائتمانية حيث عرفت بأنها(صك اسمي يصدره المصرف لصالح عميله يعطيه الحق في الحصول على ما يلزمه من سلع أو خدمات تجاه هذه المشروعات مقابل الوفاء بقيمة السلع والخدمات تجاه هذه المشروعات مقابل الوفاء بقيمة السلع والخدمات التي حصل عليها العميل حامل البطاقة استنادا للشرط المتفق عليها بينهما)⁽¹⁾.

يؤخذ على هذا التعريف انه حصر إصدار على البنوك فقط وهذا غير صحيح قد تصدر عن طريق شركات أو مجموعة اقتصادية وقد تصدر عن منظمات مختصة عما هو الشأن بالنسبة للفيزا كارت العالمية⁽²⁾ .

وعرفت أيضا بأنها (عقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص اخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتريات حاملي البطاقات الصادرة عن الطرف الاول على ان يتم التسوية نهاية كل مدة محددة)⁽³⁾

وعرفت أيضا(بطاقة يصدرها المصرف أو مؤسسة مالية أخرى سواء برعاية شركة عالمية أو مصرف عالمي بناء على عقد ائتمان بين المصدر والعميل تمكنه من الحصول على السلع والخدمات بدلا من دفع ثمنها فورا

(1) أحمد محمد محرز، مصدر سابق: ص 144 .

(2) تعتبر منظمات فيزا وماستر كارت وأمريكان أكسبرس من أشهر المنظمات الراعية لبطاقات الائتمان بحيث تشكل منظمة فيزا صاحبة الامتياز للبطاقات المصرفية ككل والتي تحمل شعارها، فهي تعطي التراخيص للمصارف التي ترغب في إصدار البطاقات التي تحمل شعارها من خلال اتفاق بين هذه المنظمة والمصرف .

(3) فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء، المنصورة . 1990: ص 8 .

(4) عصام حنفي محمود، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، دار النهضة العربية، 2007: ص 41 .

لطرف ثالث (تاجر أو البائع) الذي يرسل الفاتورة إلى مصدر البطاقة حيث يسدها له بناء على عقد بينهما على ان يقوم حامل البطاقة بسداد قيمة مشترياته إلى المصرف أو السماح للمصرف بخصم قيمة المشتريات من حسابه الجاري بناء على شروط الاتفاق بينهما⁽⁴⁾.

يتضح من هذا التعريف أن أطراف بطاقة الائتمان هم:

- 1- شركة عالمية أو مصرف عالمي يعرى البطاقة (فيزا، ماستر، أمريكان أكبريس) .
 - 2- وكالات محلية للشركات العالمية سواء كانت مصارف محلية أو قد تكون فروع لمصارف عالمية).
 - 3- أصحاب المتاجر والخدمات (من يتعاملون مع هذه البطاقة) .
 - 4- حملة البطاقة وهم العملاء اللذين يشترون أو يحصلون على خدمات البطاقة قدر حاجتهم .
- بناء على ماتقدم يمكن تعريف البطاقة الائتمانية (هي أداة وفاء وائتمان الكترونية ترتب إلتزامات مستقلة في ذمة أطرافها من خلال نظام قانوني خاص بها وفقا للعقود التي تبرم في إطارها) .

الفرع الثاني: خصائص بطاقة الائتمان

يتضح من تعريف بطاقة الائتمان إن أهم الخصائص التي تتميز بها هي:-

1-بطاقة الائتمان أداة وفاء وأداة ائتمان

تميز بطاقة الائتمان أداة وفاء وأداة ائتمان في ذات الوقت فهي أداة وفاء لأن حاملها يستطيع الوفاء بإلتزاماته تجاه المتاجر أو صاحب الخدمة من خلال تقديمها دون الحاجة إلى حمل النقود، فهي وسيلة فعالة للسداد عن غيرها من وسائل الوفاء الأخرى وذلك لسهولة حملها واستخدامها وقبولها لدى أصحاب المحلات التجارية والخدمات أسهل وأضمن من الصكوك كما أنها أقل عرضه للسرقة والضياع وحتى في ضياعها أو سرقتها فإن هناك إجراءات بسيطة يتبعها الحامل يستطيع من خلاله إصدار بطاقة جديدة برقم تسلسلي جديد وإيقاف البطاقة المستخدمة التي سرقت أو ضاعت⁽¹⁾.

(1) د . علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، 1989: ص 665 .

(2) هناك اعتراضات كثيرة لدى الفقهاء حول صفة الائتمان التي تلحق بالبطاقة وحتى اختلاف حول تسميتها ببطاقة ائتمان لأن الائتمان لا يدل على معناها ولا على الغرض الذي أنشأت من اجله لأن كلمة credit بالمعنى العام لا تعني ائتمان وانما تعني الاقراض ومن ثم الاصح يطلق عليها تسمية بطاقة الاقراض وليس الائتمان .

تم مناقشة هذا الاعتراض من جهتين:-

الأولى:- ان الاسم المقترح (بطاقة الاقتراض) لا تدل على كافة العمليات التي تجري بها فهناك عمليات لا تدخل في معنى الإقراض وتستعمل البطاقة فيها كما في حالة السحب من الرصيد الموجود لحامل البطاقة في المصرف وعليه فيكون تسميتها (ببطاقة الإقراض) غير شامل وغير وافٍ لكل وظائفها.

كما أنها من ناحية أخرى أداة ائتمان حيث يقدم مصدرها (المصرف، المؤسسة المالية) تسهيلات وأجال للوفاء بقيمة مسحوبات الحامل وحتى في حالة وجود حساب جاري للتعامل لدى المصرف فأن وفاء المصرف لا يتم فور الشراء عادة بل لحين وصول قائمة مشتريات العميل كما إن الخصم عادة لا يتم إلا آخر مدة محددة متفق عليها بين العميل والمصرف تكون شهرا مثلا والى ان تصل هذه المدة وتكمل إرسال قوائم الشراء يكون للعميل ائتمان ولهذا يطلق عليها (credit card) اي بطاقة ائتمان⁽²⁾

2- بطاقة الائتمان علاقة ثلاثية الأطراف⁽¹⁾

تقوم بطاقة الائتمان على علاقة ثلاثية الأطراف (مصدر البطاقة، الحامل، التاجر) وكل الطرف من هذه الأطراف ترتب له حقوق وعليه إلتزامات وترتبط مع الآخرين بعقود مستقلة ينتج عنهم وحدة واحدة لذا تعتبر بطاقة الائتمان ذات طبيعة مختلفة ولا تدخل تحت أي نوع من وسائل الوفاء التقليدية⁽²⁾.

3- بطاقة الائتمان توفر لحاملها ملاءة وثقه

طالما إن بطاقة الائتمان تتمتع بقبول لدى جميع المتعاملين فان هذا يعني ان حامل هذه البطاقة يتمتع بملاءة وثقه في مجال المعاملات فالمصرف يمثل ائتمان للعميل إمام المحلات التجارية وأصحاب الخدمات وهؤلاء يثقون في المصرف المصدر ولديهم طمأنينة على مقدرته بالوفاء والمصرف هو الأخر يثق في حامل البطاقة التي أصدرها له من بعد الدراسة وأجراء التحريات ألالزمة واستيفاء البيانات إذ إن البطاقة قائمة على ثقة وتحقيق ربح.

4-العلاقة بين أطراف البطاقة عقدية

يرتبط أطراف البطاقة فيما بينهم بعقود مستقلة ترتب إلتزامات على عاتق كل منهم فنجد إن أساس العلاقة بين مصدر البطاقة والحامل هو عقد الانضمام الذي يحدد مدة صلاحية البطاقة وكيفية استخدامها والحد الأقصى لها والمبالغ التي يجوز للعميل التصرف بها ومقدار العمولة التي يحصل عليها المصرف.

الثانية:- هناك فروقا كثيرة بين الائتمان والقرض منها إن المقترض يعطي المال مباشرة وفي الائتمان يعطي الشخص القدرة على استخدام النقود دون دفع ثقة فيه على إن يسدد ما أخذه في وقت لاحق وهذا هو عين ما يتم في بطاقة الائتمان ومن جهة ثانية مبلغ القرض يثبت في ذمة المقترض حين قبضة اما في حالة الائتمان فإنه لا يثبت من المبالغ في ذمة من منح الائتمان الا ما تم صرفه منها فعلاً.

ويضاف إلى ذلك هناك فرقا بين المصطلحين في اللغة الانجليزية تتجلى ان هذه اللغة تطلق عادة مصطلح loan على القرض فيما تطلق على الائتمان مصطلح (credit).

(1) في بعض الأحيان تكون رباعية في حال وجود منظمة راعية للبطاقة تمنح ترخيص باستعمال بطاقتها للمصارف المحلية مثل منظمة (الفيزا كارت أو الماستر كارت).

(2) نعيم فايز رضوان، مصدر سابق: ص 14.

وهناك أيضا عقد آخر بين المصرف المصدر للبطاقة والتاجر يطلق عليه (عقد التاجر) وعقدًا ثالث بين حامل البطاقة والتاجر الذي يعتبر الهدف الرئيسي لنظام بطاقة الائتمان وتعد العقود المذكورة في أعلاه هي المصدر الأول الذي يستسقي منها الأطراف المتعاقدة حقوقهم والتزاماتهم⁽¹⁾.

5- عدم خضوعها للتنظيم القانوني الخاص بوسائل الدفع التقليدية

بطاقات الدفع الإلكترونية تمتاز عن غيرها من وسائل الدفع التقليدية في ان المشرع لم يتدخل بوضع نصوص تشريعية محدده بشأنها لذلك لا يوجد تنظيم قانوني محدد تخضع له فهي تارة تخضع للقواعد المطبقة على النقود كوسيلة للوفاء وتارة أخرى للقواعد العامة في النظام المصرفي وكذلك القواعد العامة في القانون المدني وهذا يعتبر من أهم عوامل تطورها لعدم خضوعها لتنظيم قانوني يجعلها في قالب من الجمود بحيث يصعب عليها ملاحقه التطورات التي تشهدها البيئة التجارية ولهذا تجد أن البطاقات الائتمانية قد تطورت بسرعة وقدمت خدمات متميزة⁽²⁾، حيث ان بطاقة الائتمان كانت ولا تزال تخضع للعرف المصرفي وتحكمها تنظيمات عقدية تعدها المصارف وتطبقها على عملائها.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان

تعني الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان معرفه التكييف القانوني الخاص بها ولأي نظام من الأنظمة القانونية تنتمي وبالتالي معرفه القواعد التي تطبق عليها مما يساهم بالتعرف على الأحكام التي تطبق في حال نشوء نزاع بين أطراف البطاقة وأيضا يساعد ذلك الأطراف في صياغة عقودهم بما يتلائم وطبيعة هذا النظام حيث إن هذه البطاقات حديثة النشأة في البلاد العربية وخاصة العراق ونظرا لتعدد وتشابك العلاقات القانونية التي تنشأ عن استخدام بطاقة الدفع انقسم الفقه إلى اتجاهين

الاتجاه الأول: الطبيعة القانونية المتعددة لبطاقات الدفع الالكترونية.

ينظر هذا الاتجاه الفقهي الى بطاقات الدفع الالكترونية كنظام يقوم على علاقات متعددة ويحاول إعطائها تكييف قانوني مختلف عن باقي العلاقات وذلك من خلال بيان طبيعة العقد المبرم بين المصرف المصدر والحامل، وكذلك العقد بين التاجر والمصرف، إما بالنسبة إلى العقد بين الحامل والتاجر فلا تثير إيه إشكال كونه يعتمد على طبيعة المعاملة بينهما فقد يكون عقد بيعا أو أيجار حسب ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين.

(1) عمر عبد الفتاح يونس، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، أطروحة دكتوراه جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2004: ص393.

(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004: ص117.

أولاً:العلاقة بين الحامل والمصرف المصدر

هناك عدة اتجاهات في تكييف هذه العلاقة وحسب الآتي:

أ- عقد قرض⁽¹⁾

يذهب هذا الرأي إلى وجود عقد قرض بين الحامل والمصدر ألا إن هذا الرأي تعرض لانتقادات أهمها إن من أهم التزامات المقترض في عقد القرض هو الإلتزام بإقراض مبلغ معين من المال في حين إن عقد الانضمام بين المصدر والحامل قد يضمن أضافه إلى القرض الدفع والسحب أيضاً في حال إذ أتجاوز قيمه المشتريات المبلغ الموجود لدى المصرف فيتم تغطيتها من خلال الائتمان⁽²⁾.

ب-عقد وكالة⁽³⁾

يذهب البعض إلى تكييف عقد الانضمام بين الحامل والمصدر على انه عقد وكالة فيقوم حامل البطاقة (الموكل) بتوكيل الجهة المصدرة (الوكيل) في دفع ثمن السلع والخدمات التي حصل عليها إلى التاجر من خلال خصم قيمتها من حسابه لديه .

كما إن الوكالة تعتبر تجارية إذا كان الوكيل تاجراً وكانت الوكالة تدخل في أعمال تجارته وأن كانت مدنية بالنسبة للموكل وفي هذا تنطبق الوكالة على عقد الانضمام (عقد المصدر والحامل) حيث يكون الحامل على الأغلب شخصاً مدنياً ويكون موضوع استخدامه للبطاقة لأغراضه الشخصية بينما يكون المصدر (الوكيل) ذو صفة تجارية دوماً⁽¹⁾.

(1) عرفت المادة 684 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 القرض (هو أن يدفع شخص لآخر عيناً معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها) .

(2) (أن القرض نتيجة تابعة للائتمان – في الغالب – إذ أن معنى الائتمان مأخوذة من الثقة التي يمنحها المصرف لعميله ولذا قد عرف الائتمان بأنه " إلتزام يقطع مصرف لمن يطلب منه أن يجيز له أستعمال مال معين نظراً للثقة التي يشعر بها نحوه " د . معادي أسعد الصوالحة في كتابه بطاقات الائتمان، مؤسسة الكتاب الحديث، ط1، 2011: ص 46 – 47 .

(3) عرفت المادة 927 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 عقد الوكالة " بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لصالح الموكل فيما يملكه من تصرف معلوم " .

(1) د . عصام حنفي محمود موسى، مصدر سابق: ص 103 .

(2) أن هناك عقد ثان يبرم بين المصرف والتاجر يسمى عقد التاجر أو عقد المورد الإلتزام الاساسي الملقى على عاتق التاجر فيه قبول البطاقة، أما الإلتزام الأساسي الملقى على عاتق المصرف فهو سداد قيمة ديون حامل البطاقة الناجمة عن مشترياته من التاجر .

(سيأتي شرح ذلك في المبحث الثاني من هذه الدراسة وبشيء من التفصيل) .

ولكن وجهة انتقادات عديدة لهذا التكييف:

- 1- إن الإلتزام المصدر بالوفاء نيابة عن الحامل يكون مستمد من عقد مبرم بينهما إي إن أساس إلتزام المصدر هو العقد المبرم مع التاجر⁽²⁾ إي انه يلتزم اتجاه التاجر أصالة عن نفسه وليس وكالة عن الغير.
- 2- في عقد الوكالة يكون بإمكان الوكيل التمسك بمواجهه الدائن بكافة الدفع التي تكون لموكله بينما في نظام بطاقة الائتمان تكون علاقة الحامل بالمصدر مستقلة عن علاقة المصدر بالتاجر ومن ثم لا يملك المصدر إن يتمسك في مواجهه التاجر بالدفع التي تكون له قبل الحامل .

3- خطاب الضمان⁽³⁾

ينصب هذا الاتجاه إلى تكييف علاقة الحامل بالمصدر على انها خطاب ضمان لأن الحامل (الأمر) يطلب من قبل المصدر تعهدا يتمثل ببطاقة الائتمان من اجل إبرازها إلى التاجر (المستفيد) فيقوم بالشراء من عنده ويتم الدفع بواسطة البطاقات إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه فكرة خطاب الضمان تتلاقى مع بطاقة الائتمان في فكرة الائتمان ذاتها⁽¹⁾

إلا إن ما يأخذ عن هذا الرأي عدم قدرته على الإحاطة بكافة المسائل المتعلقة ببطاقة الائتمان فمثلا في خطاب الضمان إذا انتهت مدته فأن المصرف لا يكون ملزم بدفع إي مبلغ للمستفيد بينما بطاقة الائتمان يستطيع التاجر المطالبة بقيمة الفواتير حتى بعد انتهاء صلاحية البطاقة لكن بشرط إن يكون استخدامها خلال فترة صلاحيتها .

ثانياً: العلاقة بين المصدر والتاجر

أن العلاقة التي تربط بين المصدر للبطاقة والتاجر يطلق عليها(عقد التاجر)او(عقد المورد) فهي علاقة تجارية محضة ترتب إلتزامات على عاتق الطرفين بالوفاء فيلتزم مصدر البطاقة بإلتزام أساسي يرتكز عليه نظام البطاقة ككل يتمثل في الوفاء للتاجر بقيمة المشتريات التي نفذها حامل البطاقة لديه ويلتزم تبعا لذلك بتحمل مخاطر عدم الوفاء وفي المقابل يلتزم التاجر بقبول البطاقة⁽²⁾ وقد ظهرت الآراء فقهييه عديدة لتحديد طبيعة هذه العلاقة .

(3) عرف قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المادة 287 خطاب الضمان (تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر مستفيد دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال مدة معينة) .

(1) د . أمجد حمدان الجهني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010: ص78 .

(2) عمر عبد الفتاح يونس، مصدر سابق: ص402 .

(3) عصام حنفي محمود موسى، مصدر سابق: ص107 .

1- الكفالة

يذهب هذا الاتجاه إلى تفسير العلاقة على أساس الكفالة⁽³⁾ على اعتبار ان مصدر البطاقة يكفل الحامل تجاه التاجر من أجل سداد قيمة المشتريات . إلا إن هذا الرأي تعرض لانتقادات كثيرة لأن القول بأن إلتزام الكفيل تابع لإلتزام الأصيل ينقضي بإلزام الجهة المصدرة للبطاقة يرتبط بإلتزام الحامل صحة وبطلاناً وهذا يتناقض مع نظام بطاقات الائتمان الذي يعد كل إلتزام من هذين الإلتزامين مستقل عن الآخر، كما إن المصدر يقوم بالوفاء بمجرد وصول قوائم المشتريات دون إن يبحث الامتناع أو تعذر قيام الحامل بالوفاء وهذا يخالف نظام الكفالة⁽¹⁾ .

2- الحلول ألتفاقي⁽²⁾

يذهب هذا الرأي إلى القول بأن العلاقة بين الجهة المصدرة والتاجر تجد تفسيرها في الحلول ألتفاقي⁽³⁾ حيث يتفق التاجر مع الجهة المصدرة عندما يستوفي حقه إن تحل محله تجاه الحامل.

ألا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد فقد قيل أن فكرة الحلول لا تفسر قيام التاجر بدفع العمولة للجهة المصدرة عن كل عملية تتم بواسطة البطاقة وأيضاً إن هذا الاتفاق على الحلول بين الجهة المصدرة للبطاقة والتاجر لا يفسر لنا عدم جواز تمسك الحامل في مواجهه الجهة المصدرة للبطاقة بالدفع التي تستطيع التمسك بها قبل التاجر، فالجهة المصدرة تعد أجنبية عن إي نزاع ينشأ بين الحامل والتاجر لأن المدين في الحلول ألتفاقي يستطيع إن يدفع قبل الموفي بكافة الدفع التي تكون له قبل الدائن فيما الحامل لا يكون له إن يدفع في مواجهه المصدر بالدفع التي تكون له قبل التاجر⁽¹⁾.

3- ضمان الوفاء

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر على أنها من قبل ضمان الوفاء إي إن مصدر البطاقة يكون وكيلاً في التاجر وهذه الوكالة تتضمن ضمان الوفاء من قبل الغير وهو

(1) الكفالة طبقاً للمادة (1008) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (ضم ذمة إلى ذمة للمطالبة بتنفيذ الإلتزام)، وتنص المادة (2/1021) (فإذا طوّل الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا أظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله ...) .

(2) تنص المادة (236) من القانون المدني العراقي (إذا أمر أحد بقضاء دينه رجع المأمور على الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء أشرط الرجوع عليه أو لم يشترط) وكذلك نصت المادة (379) من نفس القانون على (اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون ...)

(3) معادي أسعد صوالحة، مصدر سابق: ص 132 .

(1) د . أيمن عبد الحفيظ، حماية بطاقات الدفع الإلكتروني، بدون دار نشر، 2007: ص 44 .

(2) المصدر السابق .

الحامل ويقوم المصدر البطاقة بتحقيق هذه النتيجة بالوفاء بمجرد وصول فواتير إليه فهو نيابة الوكيل الضامن⁽²⁾.

أنتقد هذا الرأي لأنه من الصعب التسليم بذلك لأن فكرة الضمان تفترض ان المدين الأصلي وهو حامل البطاقة إن يحتج في مواجهه مصدر البطاقة بصفته وكيلا عن التاجر بالدفع المستمدة من العلاقة الأصلية بين حامل البطاقة والتاجر وفي نظام بطاقات الائتمان لا يملك حامل البطاقة الاحتجاج في مواجهة مصدر البطاقة بالدفع التي يملكها في مواجهة التاجر .

الاتجاه الثاني: الطبيعة الواحدة لبطاقات الائتمان

يذهب هذا الاتجاه إلى تحديد الطبيعة القانونية من خلال النظر إلى البطاقة كوحدة واحدة دون التدخل في تحليل كل عقد على حدة من خلال تكييف العلاقة الثلاثية على أنها وحدة واحدة – نظام قانوني واحد – وقد ظهرت آراء فقهية متعددة بهذا الصدد وسنطرح أهمها .

1-اشتراط لمصلحة الغير

وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد فإن آثار العقد تقتصر على أطرافه ولا تتعدى على الغير إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء وهو الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾ . حاول أصحاب هذه النظرية التقريب بين بطاقة الائتمان والاشتراط لمصلحة الغير وذلك من خلال العلاقة التي تجمع مصدر البطاقة بالحامل فأن الحامل هو (المشترط) الذي يشترط بموجب العقد المبرم مع الجهة المصدرة (المتعهد) بأن يقوم الأخير بالوفاء بديونه إلى مقدم السلعة أو الخدمة (المنتفع) . بالرغم من التشابه بين النظام القانوني لبطاقة الائتمان وبين الاشتراط لمصلحة الغير ألا أن الأخيرة لا تصلح كأساس لبطاقة الائتمان لعد انطباق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير على نظام الائتمان⁽²⁾ فالمشترط في الاشتراط لمصلحة الغير هو الذي يحدد الشخص المنتفع من عقد الاشتراط بينما في بطاقة الائتمان تقوم الجهة المصدرة للبطاقة بالتعاقد مع التاجر دون تدخل الحامل .

⁽³⁾ تنص المادة 152 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على (1- يجوز للشخص أن يتعاقد بأسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية . 2- يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد أن يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن العقد . 3- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ماأشترطه لمصلحة الغير ألا إذا تبين من العقد أن الغير وحده هو الذي يجوز له أن يطالب بتنفيذ هذا الاشتراط) .

(4) عمر عبد الفتاح، مصدر سابق: ص 397 .

2- نظرية حوالة الدين

يرد أصحاب هذه النظرية النظام القانوني لبطاقة الائتمان إلى حوالة الدين⁽¹⁾ وذلك بأعتبار أن الحامل هو المدين الاصيلي (المحيل) الذي يحيل دينه أتجاه التاجر (المحال له) إلى المصرف المصدر للبطاقة (المحال عليه) وأن التاجر يعتبر مقرأً بهذه الحوالة صراحة بمقتضى العقد المبرم بينه وبين المصرف أو ضمناً عند إرساله لقوائم الشراء (الفواتير) للمصرف لغرض سدادها .

انتقد هذا الراي كون أن الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان تختلف تماماً عن حوالة الدين، فمن أهم الآثار التي تترتب على حوالة الدين هي براءة ذمة المدين الاصيلي نهائياً⁽²⁾ قبل الدائن من وقت انعقاد الحوالة أما في بطاقة الائتمان فأن الحامل لا تبرأ ذمته قبل التاجر بمجرد تقديم بطاقة الائتمان بل يظل مديناً للتاجر حتى يستوفي الاخير حقه من المصرف المصدر .

لقد استعرضنا في هذا المطلب أهم النظريات والاتجاهات الفقهية للتكيف القانوني لنظام بطاقة الائتمان، كما تناولنا أوجه النقد التي تعرضت لها ويمكن أن نستخلص من هذه الانتقادات المختلفة أن تلك النظريات تجاهلت الطبيعة القانونية الخاصة والمتميزة لنظام بطاقة الائتمان أو حاولت رد هذا النظام إلى إحدى هذه النظم التقليدية المتشابهة له والتي تندرج تحت النظرية العامة للإلتزام .

بل حتى الاتجاهات الفقهية التي حاولت تأصيل النظام القانوني لبطاقات الائتمان تحت مسمى (الطبيعة القانونية الواحدة لبطاقات الائتمان) لم تنجح في التأصيل، إذا أنها تناولت علاقة واحدة فقط من العلاقات المتعددة والمتشابكة لنظام بطاقات الائتمان مع أهمال العلاقات الاخرى وأضفت عليها تكييفاً قانونياً ثم عممته على النظام القانوني للبطاقة ككل. الواقع أنه حتى يمكن التوصل إلى التأصيل القانوني السليم لنظام بطاقة الائتمان الالكترونية يجب أن نتناول هذا النظام من منظور كلي كوحدة واحدة مع البحث عن المحور الأساسي. لقد كانت نظرية (المجموعة العقدية) هي الأساس الذي بنينا عليه محاولتنا المتواضعة لتأصيل النظام القانوني لبطاقة الائتمان .

(1) عرفت المادة (339) من القانون المدني العراقي حوالة الدين (1- حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه)

(2) جاء بالمادة (346) من القانون المدني العراقي النافذ (إذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها برئ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه) .

نظرية المجموعة العقدية

تقوم فكرة المجموعة العقدية على الجمع النظري لعدة عقود مستقلة في مجموعة أو قالب قانوني واحد، لقد ظهرت هذه النظرية في الفقه الفرنسي مطلع السبعينات من القرن الماضي⁽¹⁾.

حيث كان هدفها الأساسي توسيع نطاق الدائرة العقدية بحيث تشمل كافة الأطراف العقدية المشتركة في مجموعة عقدية واحدة مكونة من عدة عقود بحيث يمكن للطرف المضرور من عقد ما الرجوع إلى طرف آخر في عقد آخر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية وذلك باعتبار أن العقدتين المستقلتين يقعان في مجموعة عقدية واحدة⁽²⁾.

تقوم هذه النظرية على ضم مجموعة من العقود المتشابكة والمرتبطة والتي يجمعها عنصر واحد مشترك وهو تحقيق غرض معين أو إنجاز عملية واحدة، فهي واقعاً اقتصاديا يجدر صياغته في قالب قانوني واحد .

ما يلاحظ على هذه النظرية أنها تقوم على الاحتفاظ باستقلالية كل عقد من العقود المكونة لها كعقد مستقل قائم بذاته، وذلك بعكس العقد المركب أو العقد المختلط الذي هو مزيج من عدة عقود أختلط جميعاً فيما بينها فأصبحت عقداً واحداً⁽¹⁾ كعقد الفندقية والذي يعتبر عقداً مركباً من عدة عقود (البيع، أيجار، عمل، مقاوله، وديعة) وكذلك عقد البيع الإيجاري فهو مزيج من البيع والإيجار .

أن العقد المركب يثير مصاعب في أنه يؤدي إلى تعدد الأحكام التي تنطبق على كل عقد من العقود، ولهذا وضع الفقه معياراً للتمييز بين العقد المركب والمجموعة العقدية وهو (مدى قابلية العقود للانقسام)⁽²⁾ فإذا كانت العقود قابلة للانقسام بحيث ينظر إلى كل عقد منها على أساس أنه عقد مستقل بذاته وغير مرتبط بغيره وتنطبق عليه أحكامه بصفة مستقلة كنا أمام مجموعة عقدية، أما إذا كانت العقود المرتبطة لا تقبل الانقسام كنا أمام عقد مركب يحتوي على مزيج من عدة عقود بحيث ينظر إلى هذا المزيج باعتباره وحدة واحدة .

ومن ناحية أخرى يميز الفقه بصفة عامة بين طائفتين رئيسيتين من المجموعة العقدية هما .

(1) نظرية المجموعة العقدية في الفقه الفرنسي

P. 8 ، N 16 ، TEYSSIE(B):Les groups al contrast these ,l.g.d.j, universite de monpellier ,1975 ,preface ,moussero

(2) يعتبر الفقيه (DURRY) أول من أثار هذه الفكرة بصدد العقد الذي يربط الشاحن بالناقل والعقد الذي يربط الناقل بمقاول التفريغ، حيث تساءل عن مدى إمكانية رجوع الشاحن على مقاول التفريغ وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية – رغم عدم وجود عقد مباشر يربط بينهما – على أساس اشتراكهما في مجموعة عقدية واحدة.

د. محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية: ص 37 .

(1) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج 1، مطبعة نقابة المحامين، 2006: ص 132 .

(2) د. محمد حسين عبد العال، مرجع سابق: ص 44 .

الطائفة الأولى: تضم العقود التي يجمعها محل واحد يطلق عليها سلسلة العقود (chaine de contrats) وتتميز بكونها متعاقبة من حيث أبرامها فتأتي كحلقة متتابعة، بحيث بحيث ينحدر العقد الثاني من العقد الأول، وينحدر العقد الثالث من العقد الثاني ومن أمثلتها عقد بيع السلع الذي يتم بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة، ثم يليه عقد البيع الوارد على نفس السلعة من تاجر التجزئة إلى المستهلك⁽¹⁾.

الطائفة الثانية: فتضم عقوداً مختلفة أبرمت لتنفيذ هدف واحد وتحقيق غرض واحد يشكل سبباً رئيسياً لإبرامه وبمعنى آخر هذا الغرض هو السبب الاقتصادي والقانوني الذي جمع الأطراف المختلفة لتلك العقود مما دفعهم لإبرامها⁽²⁾ والذي يهمننا هنا هو الطائفة الثانية من المجموعات العقدية والتي تقوم على ضم عقود مختلفة من حيث الأطراف ومشاركة من حيث الغرض أو الهدف في مجموعة عقدية واحدة.

فلو حللنا الروابط العقدية لنظام بطاقة الائتمان بدءاً من العقد الذي يربط المنظمة العالمية المصدر للبطاقة مثل (الفيزا) بالمصرف المحلي، ثم العقد الذي يربط المصرف المحلي بالعميل حامل البطاقة وكذلك العقد المبرم بين المصرف والتاجر وأخيراً العقد الذي يربط حامل البطاقة بالتجار، وسنجد أنفسنا أمام عدة عقود مستقلة أبرمت بواسطة أطراف مختلفة ولكن يجمعها غرض واحد وهدف مشترك وهو تحقيق وظيفتي الوفاء والائتمان بواسطة أداة إلكترونية مخصصة لذلك وهي بطاقة الائتمان.

فالمنظمة العالمية تتعاقد مع المصارف للترخيص لها باستخدام وإصدار البطاقات الائتمانية بأنواعها المختلفة، ثم يأتي بعد ذلك المصرف ويتعاقد مع العميل لمنحه ائتمان أو اعتماد مفتوح⁽¹⁾ مع تسليمه البطاقة الائتمانية التي يتمكن من استخدامها هذا الائتمان أو الاعتماد سواء بالسحب المباشر أو الوفاء بالمشتريات وفي نفس الوقت يتعاقد المصرف مع التاجر ومقدمي الخدمات ليقبل هؤلاء وفاء الحامل لدينه من خلال بطاقة الائتمان، ثم يقوم المصرف بعد ذلك بسداد هذه الديون.

فهذه العقود رغم اختلافها وأستقلال كل واحد منها بذاته عن الآخر إلا انها تتحد فيما بينهما تبعاً لوحدة الهدف الاقتصادي الذي تسعى لتحقيقه.

¹⁾ TEYSSIE(B):Les groups al contrast ,Op.Cit , p 40 .

²⁾ د . محمد حسين عبد العال، مرجع سابق: ص 44 .

¹⁾ تنص المادة (269 / أولاً) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 (الاعتماد للسحب على المكشوف عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغاً من النقود لمدة معينة أو غير معينة) .

المبحث الثاني: الآثار القانونية لبطاقة الائتمان

نقصد بالآثار القانونية هي حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العقود المتعددة الناتجة عن بطاقة الائتمان ولأن حقوق على طرف من أطراف هذه العقود تتمثل في الإلتزامات الملقاة على عاتق في الإطراف لذا سنبحث في الإلتزامات المنبثقة من العقود المكونة للبطاقة الائتمان .

وفي هذا الصدد فإن جمهور الفقه سواء المصري أو الفرنسي دائما يشير إلى وجود ثلاث علاقات أو روابط تعاقدية هي علاقة المصرف بالحامل، وعلاقة الحامل بالتاجر، وأخيراً علاقة المصرف بالتاجر في حين يغفل عن وجود علاقة رابعة لا تقل أهمية عن العلاقات المذكورة وهي علاقة المنظمة أو الجهة العالمية المصدرة للبطاقة بالمصارف المحلية .

لذا سنتناول الروابط العقدية الأربعة بغية إلقاء الضوء عن الإلتزامات المتولدة عن نظام بطاقات الائتمان وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: علاقة المنظمة العالمية الراعية للبطاقة بالمصرف المصدر

تعتبر هذه العلاقة هي الأساس التي يقوم عليه النظام القانوني لبطاقة الائتمان لأن هذه الجهة هي التي تضع القواعد والضوابط التي تحكم التعامل بالبطاقة الائتمانية على مستوى العالم وتضع المعايير تشرف على تصنيع البطاقة في مصانع معتمدة من قبلها لضمان جودتها ومنع تزويرها⁽¹⁾

وتعتبر هذه المنظمات أو الكيانات العالمية بصفتها مالكة للعلامات المسجلة للبطاقات الائتمانية كالفيزا (visa) والماستر كارد (mastercard) فهي الوحيدة صاحبة الحق في منح الترخيص أو امتياز استخدام تلك العلامة وإصدار البطاقات من المصارف المحلية لذلك غالبا ما تتمثل هذه العلاقة في صورة عقد ترخيص أو منح امتياز للمصارف المحلية بحيث تتمكن المصارف المحلية من إصدار البطاقات لعملائها الراغبين في الحصول على ائتمان⁽²⁾.

ومن جهة أخرى تقوم هذه المنظمات بوضع القواعد الخاصة بانضمام المصارف إلى عضويتها كما تملئ عليها إجراءات خاصة بالتعامل بالبطاقة ووضع الحد الأدنى والأعلى للائتمان المسموح به للعملاء وللسحب النقدي.

كذلك تقوم هذه المنظمات بدور في غاية الأهمية بالنسبة لنظام عمل البطاقة الائتمانية وهو اجراء المقاصة بين الديون الناشئة عن عمليات البطاقة الائتمانية على مستوى العالم، فالبنوك المحلية المصدرة للبطاقة تقوم بجمع كافة عمليات السحب والوفاء التي تتم باستخدام البطاقة سواء بواسطة جهة الصراف الآلي التابع لها أو بالوفاء مباشرة للتجار ومقدمي الخدمات ثم يقوم المصرف بعد ذلك بإرسال هذه البيانات إلى المنظمة

(1) د . معادي أسعد صوالحة، مصدر سابق: ص 43 .

(2) د . عصام حنفي محمود موسى، مصدر سابق: ص 8 .

الدولية مانحة الترخيص والتي تقوم بدورها بتصنيف هذه البيانات وإعداد قوائم بالعمليات التي تمت لتأتي المرحلة الأخيرة فتتم بها عملية تسوية أو مقاصة بين المصارف المختلفة التي دخلت كطرف في كل عملية سحب أو وفاء بأستخدام البطاقة لذلك ذهب البعض إلى تشبيهه وظيفته تلك المنظمات بغرفة المقاصة الالكترونية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: علاقة المصرف بالمصدر بالحامل

وتسمى الرابطة العقدية التي تجمع بين المصرف المصدر للبطاقة والحامل للبطاقة بعقد الانضمام أو عقد الحامل (contrat adherer or contrarporteur) وهو العقد الذي ينظم العلاقة بين المصرف المصدر للبطاقة والعميل (الحامل للبطاقة) وهو من العقود الملزمة للجانبين الذي يرتب إلتزامات متقابلة على طرفيه وهما المصرف المصدر والحامل وستناول شرح هذه الإلتزامات تباعاً.

أولاً:- إلتزامات المصرف المصدر

1- منح اعتماد وإصدار البطاقة

يجب ان يصاحب عملية إصدار البطاقة الائتمانية قيام المصرف بفتح اعتماد لصالح الحامل⁽¹⁾ يخضع تحديد مبلغ الاعتماد لاتفاق المصرف المصدر والحامل وأن كان في اغلب الاحوال ينفرد المصرف بتحديدهُ في ضوء تحرياته عن ملاءة العميل وسمعته، وبعد فتح الاعتماد يلزم المصرف بإصدار البطاقة وتسليمها للعميل باعتبارها الوسيلة المصرفية الالكترونية التي ستمكنه من استخدام الاعتماد المفتوح سواء بالسحب المباشر من الأجهزة التابعة للمصرف أو من خلال الشراء المباشر من التاجر ومقدمي الخدمات⁽²⁾.

(1) د. فؤاد قاسم الشعبي، المقاصة في المعاملات الالكترونية - دراسة مقارنة في القانون والشريعة الاسلامية-، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008: ص363.

(1) الاعتماد كما عرفته المادة 269 / أولاً من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 (الاعتماد للسحب على المكشوف عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغاً من النقود لمدة معينة أو غير معينة) كما عرفته المادة (338) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 (وهو عقد يضع بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل دفع في حدود مبلغ معين).

كما عرفته محكمة النقض المصرية (بأنه عقد بين البنك و عميله يتعهد فيه المصرف بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها).

د . علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق: ص472.

(2) مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الاوراق التجارية ودور وسائل الدفع الحديثة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2001: ص357- 358.

2- الوفاء بدين الحامل للبطاقة

يقع على المصرف المصدر إلزاماً رئيسياً ناشئاً عن عقد الانضمام وهو الوفاء بدين حامل البطاقة الناشئ عن استخدام البطاقة كقيمة السلع والخدمات التي يحصل عليها من التاجر، وكذلك الخدمات التي يتلقاها من مقدمي الخدمات ويكون الوفاء في حدود المبلغ المسموح به.

إما إذا تجاوز الحامل المبلغ المتفق عليه فلا يمكن تصور ذلك في بطاقات الائتمان لأن نظام هذه البطاقة يقوم على السماح للحامل بأجراء سحوبات نقدية ومشتريات في حدود مبلغ الائتمان أو الاعتماد المفتوح له فإذا حاول الحامل استخدام البطاقة الائتمانية فيما يجاوز هذا الحد سواء عن طريق السحب النقدي أو شراء السلع أو الحصول على الخدمات فإن البطاقة ذاتها لن تعمل ولن تسمح بآتمام عملية السحب أو الشراء من المتجر⁽¹⁾ مثال عن ذلك بطاقة ائتمانية مبلغ الاعتماد لها 1000 دولار والائتمان بـ 500 دولار فإن البطاقة تقضي مصروفات الحامل في حدود 1500 دولار ومازاد عن ذلك فإن نظام البطاقة سيتوقف ولن يسمح بأعمال الشراء.

3- حفظ المستندات وإجراء كشف دوري بالنفقات

يلتزم المصدر بحفظ كافة المستندات المتعلقة بالعمليات التي ينفذها الحامل مستخدم البطاقة، وتظهر أهمية هذا الإلتزام بصفة خاصة كوسيلة للإثبات في حالة معارضة الحامل أو اعتراضه على بعض العمليات المتعلقة باستخدامه للائتمان الممنوح من المصرف المصدر خاصة وإن القضاء درج على إلقاء عبء الإثبات على عاتق المصرف لإثبات صحة تلك العمليات، بأعتباره الطرف المحترف في العلاقة التعاقدية مقارنة بالحامل، ولأنه يملك من الوسائل التقنية والمعلوماتية ما يمكنه سهوله إثبات عمليات السحب

والشراء التي تمت باستخدام البطاقة⁽¹⁾ ومن ناحية أخرى يلزم المصرف المصدر بأرسال كشفاً دورياً إلى الحامل يتضمن كافة النفقات والمشتريات والمسحوبات النقدية التي قام بها مستخدماً البطاقة مع ملاحظة ضرورة إن يكون الكشف تفصيلياً .

(1) د . عباس عيسى، مسؤولية البنك في عقود الائتمان، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993: ص 84 .

(1) المصدر السابق: ص 88 .

(2) معارضة الحامل: هو قيامه بإبلاغ المصرف بإيقاف العمل بالبطاقة مثل السرقة أو فقدان البطاقة .

(3) د . عباس عيسى، مصدر سابق: ص 94 .

4-حظر التعامل بالبطاقة

يلزم المصرف فور تلقيه معارضة الحامل⁽²⁾ باتخاذ الإجراءات اللازمة لإيقاف عمل واستخدام البطاقة سواء عن طريق السحب أو الشراء عما يلزم المصرف أيضا بإبلاغ المنظمة المصدرة والتاجر ومقدمي الخدمات لكي يمتنعون عن قبول البطاقة المبلغ بفقدانها أو سرقتها.

ثانياً:- إلتزامات الحامل

1- الإلتزام بالاعلام

يلزم العميل قبل إقدامه على إبرام عقد الانضمام وطلب إصدار بطاقة الائتمان من المصرف بأعلام هذا الأخير بكافة المعلومات والبيانات الهامة اللازمة قبل اجراء التعاقد كاسمه ,ولقبه ,وعنوانه ومهنته ,مرتبته وموارده المالية بصفه عامه ذلك ان المصرف في ضوء تلك المعلومات والبيانات سيتمكن من اجراء التحريات اللازمة ليقرر إبرام العقد معه من عدمه أو مقدار الائتمان الممنوح له ومن ثم إصدار البطاقة⁽³⁾.

فكلما ازدادت موارد العميل وملاءته المالية زاد الثقة المصرف في وجود ضمانات كافية تضمن الوفاء بمبلغ الاعتماد المفتوح

ان الإلتزام بالأعلام يجد اساسه القانوني بصفه عامه في مبدا حسن النية في تنفيذ العقود⁽¹⁾

2-الاستخدام الشخصي للبطاقة

ان عقد الانضمام وماتضمنه من فتح اعتماد ولدى المصرف المصدر للبطاقة يعد من عقود الاعتبار الشخصي وبالتالي فالحامل يلتزم بعدم اعادتها للغير حتى أفراد أسرته سواء لسحب النقود أو الوفاء بقيمة المشتريات⁽²⁾

وإذا قام الحامل أعاره البطاقة مخالفاً لذلك العقد المبرم بينه وبين المصدر فإنه يتحمل جميع النفقات التي قام بتنفيذها بواسطة البطاقة بالإضافة إلى حق المصدر بإلغاء العقد واسترداد البطاقة من لو كانت الإعادة ناتجة عن علاقة الزوج بزوجه أو العكس وهذا ما قضت به محكمة استئناف (versailles)الفرنسية⁽³⁾ في 1\7\1980 في دعوى للتخلص وقائعها في إن الزوجين يمتلكان حسابا مشتركا في المصرف المصدر للبطاقة

(1) نصت المادة 150 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تحقق ما يوجبه حسن النية) وجاءت المادة (148) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وهو تقابل المادة 1134 فرنسي

Article 1134 du code eivli: (les conventions legalementformees...doiventetreexutees de bonne poi).

(2) د . أمجد حمدان الجبني، مصدر سابق: ص 249 .

(3) د . جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية، 2003: ص 170.

وتحمل الزوجة بطاقة زرقاء باسمها تخصم الحساب المشترك وقامت الزوجة بإعطاء البطاقة لزوجها مع رقمها السري من اجل استخدامها بالسحب من أجهزة الصراف الآلي إلا إن الزوج قام بتدوين الرقم السري للبطاقة على ورقة واحتفظ بها مع البطاقة فسرقت البطاقة مع الورقة المكتوب عليها الرقم السري من سيارة الزوج فقام الاخير وقام بإبلاغ المصرف للبطاقة دون ان يخطره بسرقة الرقم السري وقام السارق باستخدام البطاقة في السحب بواسطة الرقم السري احدى عشر مره (500) فرنك في كل مرة وقام المصرف بقيد السحوبات في الحساب المشترك للزوجين .

عند رفع الامر للمحكمة قضت بصحة قيد المصرف العمليات التي قام بها السارق في حساب الزوجين على اساس ان الزوجة قامت بتسليم البطاقة الشخصية بالزواج وعدت المحكمة أن فعل الزوجة يشكل إخلالاً بإلتزامها العقدي في مواجهه المصرف .

3- الإلتزام بالرد

يعتبر الإلتزام بالرد أو بالسداد من الإلتزامات الرئيسية التي تقع على الحامل والتي تنشأ عن عقد الانضمام فهو يلتزم بالوفاء بكافة المبالغ التي حصل عليها أو أستفاد منها بموجب الائتمان أو بالاعتماد .

أن هذا الإلتزام ناشئ بصفة مباشرة من عقد الانضمام المبرم مع المصرف المصدر وهو يعتبر قائماً بذاته ومستقلاً عن علاقة الحامل بالتاجر وبمعنى آخر فأن الحامل لا يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ هذا الإلتزام لأسباب أو منازعات مع التاجر كفسخ التعاقد أو وجود عيب بالسلعة⁽¹⁾ أن كيفية السداد ووقته يتحددان وفقاً للاتفاق المبرم بين المصرف والحامل، فقد يتفقان على أن يتم نقداً أو خصماً من أرصدة الحامل لدى المصرف المصدر، وأيضاً قد يحدد الاتفاق مهلة للحامل يسدد خلالها الفائدة التي تترتب على التأخير .

وغالباً ما يتضمن الكشف الدوري الذي يرسله المصرف للحامل الحد الأدنى الذي يلتزم الحامل بدفعه من قيمة تلك الديون خلال فترة معينة ولا يحق للمصرف إيقاف عمل البطاقة حتى يتم سداد هذا الحد الأدنى⁽¹⁾

المطلب الثالث: "علاقه المصدر بالتاجر"

ان العلاقة تربط المصدر المصرف بالتجار هي علاقته عدديه ويطلق عليه عقد التاجر (contatcommercantoucontratfournisseur) أو عقد المورد. وهو العقد الذي ينظم العلاقة بين المصرف

(1) د . عصام حنفي محمود موسى، مصدر سابق: ص 79 .

(1) د . عباس عيسى، مصدر سابق: ص 95 .

المصدر للبطاقة وبين التاجر أو المورد أو مقدم الخدمة ويسمى عقد التاجر (contracommercant) او عقد المورد (contrafiurnissenr) أو عقد القابل (contratacceptteut)(1).

وهو من العقود الملزمة للجانبين لذا سنبحث كل من الإلتزامات المتقابلة للطرفين وهي كل من إلتزامات المصدر تجاه التاجر وإلتزامات التاجر اتجاه المصدر تبعاً.

اولاً: إلتزامات المصدر

1-توفير الأدوات اللازمة لعمل البطاقة

يلزم المصدر بأعداد وتوفير الاجهزة والمعدات اللازمة لعمل البطاقة ويلاحظ عن هذا الإلتزام أنه ذو طابع مزدوج فهو يشمل تلك الاجهزة والمعدات الموجودة لدى المصدر ذاته والتي تتصل بشبكة عمل البطاقات وحساب العملاء لديه كما تشمل تلك المعدات التي يقدمها للتجار ومقدمي الخدمات التي تتم بأستخدام البطاقات من جانب حاملها .

ويلاحظ أنه في حالة قيام المصدر بتقديم الاجهزة والمعدات للتجار سواء مجاناً أو بمقابل – حسب الاتفاق بينهما – فإنه يلتزم بأعلامهم بطريقة أستخدامها وكذلك بالتطورات أو التحديثات التكنولوجية التي تطرأ عليها بصيغة دورية مع تزويد هؤلاء التجار – دورياً – بقوائم البطاقات المبلغ عن سرقتها أو فقدانها حتى يمتنعون عن قبول التعامل بها⁽¹⁾.

2- الإلتزام بالوفاء

يعد هذا الإلتزام هو جزهر نظام بطاقة الائتمان والهدف الرئيسي منه ويتلخص هذا الإلتزام في قيام المصدر بدفع قيمة المشتريات والخدمات التي حصل عليها الحامل والواردة في فواتير الشراء أو أشعارات الخصم .

2- (le contratacceptteuest un contratsynallagmatiquapuisquil met des abligationsala charge de chauqupartie.Ilconstitueegalement un contratd"adnesion....Il he permel aux contractnsd"ennegocieries clauses qui sontaia base de l"organaisationgenerale du systemepaiement par carte .

GIBIRILA (D):carte de paiement ,Rep . com Dalloz ،2003 ،p . 15

1- lemetteurdoit en principeindiquer au four nisseur les conditions sutitisation de acarte et le tenir an courant de levoluaiion du system en particulier des nouvellesregles de securite,l lest ainsittenu de commuiquerperiodiquement les informations relatives aux contro ،notammentieliste des cartesayant fait objet opposition GIBIRILA(D):carte de paiement ،Op. Cit . p . 17 .

أن إلتزام المصدر بالوفاء إلى التاجر هو إلتزام مستقل بذاته مصدره العقد المبرم فيما بينهما فلا يستطيع المصرف المصدر الامتناع عن الوفاء لأسباب أو دفوع ترجع إلى علاقته بالحامل كأعسار الأخير أو أخلاله بأحكام وشروط عقد الانضمام .

لابد من الإشارة إلى أن الضمان الذي يلتزم به المصرف هو ضماناً كلياً بالوفاء بكافة ديون الحامل أتجاه التاجر وهو ضمان ذو مصدر مزدوج فهو ينشأ بداءة بموجب عقد الانضمام بين المصدر والحامل كما يترتب كذلك على عقد التاجر المبرم بين المصدر والتاجر أو مقدم الخدمة .

ثانياً: إلتزامات التاجر

1- قبول الوفاء بالبطاقة

يلتزم التاجر أو مقدم البطاقة كإلتزام أساسي وجوهري ناشئ عن تعاقد مع المصدر بقبول بطاقات الائتمان التي تصدر منه كأداة وفاء لتسوية المعاملات التي يقوم بها حاملي البطاقات فأذا حدث وأن أخل التاجر بهذا الإلتزام ورفض قبول الوفاء بالبطاقة جاز للمصرف فسخ العقد والرجوع عليه بالتعويض، وكذلك يترتب على هذا الاخلال من جانب التاجر أخلال آخر من جانب المصرف في علاقته مع الحامل الناشئة عن عقد الانضمام حيث أنه ألتزم أمام الحامل بتسليمه أداة مصرفية أثمانية - وهي البطاقة - مقبولة لدى التاجر ومقدمي الخدمات يستطيع بموجها الوفاء بديونه اتجاههم⁽¹⁾

2- استخدام الآلات والمعدات الخاصة بالتعامل بالبطاقة

يرتبط هذا الإلتزام بالإلتزام السابق فحتى يقبل التاجر التعامل بالبطاقة يجب أن يتزود بالآلات والمعدات اللازمة لعمل وتشغيل البطاقات .

ويلتزم التاجر طول فترة التعاقد بأعمال الصيانة اللازمة لهذه المعدات والأدوات كما يلتزم بأخطار المصدر بأيه أعطال أو قصور يظهر عند استخدامها حتى يستطيع الأخير اتخاذ الإجراءات الوقائية لتفادي أي مخاطر تنشأ عن عدم انتظام عمل الآلات .

ويجب ان يراعى التاجر إجراء آخر التحديثات والتجديدات المستمرة لتلك الآلات والمعدات، فعلى سبيل المثال ظهرت مؤخراً أنواعاً جديدة من البطاقات الائتمانية تعتمد في عملها على بصمة الحامل وتسمى بطاقات البصمة (carte puce) فيجب على التاجر حتى يتمكن من قبول البطاقة أن يتزود بالآلات والمعدات الحديثة التي تسمح بتشغيلها .

(1) فايز رضوان، مرجع سابق: ص 147 .

(2) معادي أسعد صوالحة، مصدر سابق: ص 119

3- إرسال قوائم الديون

ويطلق الفقه على هذه القوائم سند المديونية فالتاجر أو مقدم الخدمة بعد قبوله البطاقة يلتزم بأعداد سند المديونية وفقاً للنماذج مسلمة له من المصدر وهذا السند يمثل فواتير البيع أو كشف المشتريات (2). وتظهر الأهمية القانونية لهذه السندات من ناحيتين:-

الاولى: بالنسبة للتاجر في علاقته بالمصرف إذ أنه يمثل قيمة الدين الذي يلتزم المصرف بالوفاء بها إلى التاجر. أما الثانية: فهي مهمة بالنسبة لعلاقة المصرف بالحامل إذ أنه يمثل قيمة الائتمان أو الاعتماد (1)

4- أداء العمولة المستحقة للمصرف

أن تعهد المصرف بضمان الوفاء الكلي بقيمة المشتريات أو الخدمات التي يحصل عليها الحامل بمثابة خدمة يؤديها المصرف للتاجر، لذلك يلتزم الأخير كأحد الإلتزامات الأساسية الناشئة عن عقد التاجر بالقيام بدفع عمولة إلى الجهة المصدرة للبطاقة وهي غالباً ماتتمثل في نسبة مئوية عن كل عملية قام المصدر بالوفاء بها للتاجر. ويرى جانب من الفقه أن هذه العمولة لاتعتبر فقط مقابلاً لقيام المصرف بضمان الوفاء وإنما هي نظير استخدام بطاقة الائتمان وهي أحد الأسباب الرئيسية لجذب العملاء وتشجيعهم على الشراء نظراً لاستفادتهم من الائتمان المفتوح (2)

المطلب الرابع: "علاقة الحامل بالتاجر"

تخضع هذه العلاقة بصفة عامة لأحكام العقد المبرم بين الحامل من جهة والتاجر أو المورد أو مقدم الخدمة من جهة أخرى ويختلف هذا العقد من حالة إلى أخرى بحسب طبيعة النشاط أو الخدمة التي يقدمها هؤلاء للحامل، فقد يكون بيعاً أو أيجاراً أو تأميناً أو نقلاً لأشخاص أو بضائع أو إقامة في فندق والى غير ذلك من العقود .

ولكن يبقى العنصر أو الإلتزام الذي يجمع ما بين كافة العقود السابقة هو ان الوفاء بمقابل البيع أو الأيجار أو لا يتم نقداً وإنما يتم باستخدام بطاقة الائتمان الالكترونية لذا يمكن القول ان هذا العنصر هو حلقة الوصل التي تربط تلك العقود بنظام القانوني لبطاقات الائتمان (1).

(1) أمجد حمدان الجبني، وصدر سابق: ص 103 .

(2) د . عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق: ص 110 .

(1) د . علي جمال الدين عوض، المصدر السابق: ص 120 .

(2) د . سميحة القليوبي، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية . 1994: ص 312 .

حيث تؤكد صراحة أن الحامل لأتبراً ذمته ولا ينقضي إلتزامه بالدين إلا بالوفاء فإذا أفلس المصرف للتاجر أن يطالب العميل (صاحب البطاقة) بهذه الديون .

أولاً: إلتزامات الحامل

يعتبر إلتزام الحامل بأبراز بطاقة الائتمان هو الإلتزام الوحيد أتجاه التاجر. ولكن يثار تساؤل في غاية الاهمية حول مدى أعتبار قيام الحامل بأبراز البطاقة بمثابة وفاء بالثمن أو بمقابل الخدمة تبرأ معه ذمته أتجاه التاجر أم أن ذمته لاتبرأ إلا بالوفاء من قبل المصرف المصدر ؟

تظهر أهمية هذا التساؤل بصفة خاصة في الأحوال التي لا تستطيع فيها التاجر أو مقدم الخدمة من استيفاء حقوقه من الجهة المصدرة للبطاقة لأي سبب من الأسباب كإشهار إفلاسها على سبيل المثال . قد أجاب جمهور من الفقه (2) ان مجرد تقديم البطاقة من قبل الحامل لا يعتبر ذلك وفاءً مبرئاً لذمة الحامل اتجاه التاجر ومن ثم فإذا أفلس المصرف فيستطيع التاجر الرجوع على الحامل بكل قيمة المشتريات والخدمات .

بينما يذهب جانب آخر من الفقه (1) الى أن التاجر لا يستطيع الرجوع على الحامل لأستيفاء حقوقه وان المدين الوحيد أمام التاجر هو المصرف والذي تعهد بالوفاء بقيمة ديون الحامل أستناداً لبنود عقد التاجر المبرم بينهما ومن ثم فإذا أفلس المصرف أو أمتنع عن الوفاء فلن يستطيع الرجوع على الحامل الذي برأت ذمته بمجرد أبراز هذه البطاقة، ويستند هذا الرأي لتأييد وجهة نظره إلى القول بأن التاجر نفسه لا يضع في حسابه إمكانية الرجوع على الحامل بدليل عدم حرصه على الاحتفاظ باية بيانات أو معلومات خاصة بالحامل يستطيع بموجها الاستدلال عليه فيما بعد لمطالبته بالوفاء في حال أفلاس المصرف أو أمتناعه عن الوفاء (2) .

ونعتقد أن التاجر لا يستطيع الرجوع إلا على المصرف المصدر وذلك لأن كل عقد من العقود التي أبرمت في إطار بطاقة الائتمان يتمتع باستقلال ذاتي عن العقود الأخرى وهو ما يميز نظام بطاقة الائتمان باعتباره مجموعة عقدية مكونة من عدة عقود مستقلة ومن ثم يمكن القول أن التاجر لا يستطيع الرجوع على الحامل مراعاةً لإلتزام التاجر المبرم بينه وبين المصدر الذي يلتزم الاخير بموجبه بالوفاء بقيمة الديون والذي يعتبر الإلتزام الجوهرى للعقد المبرم بينهما ومن ثم عدم الوفاء يعتبر اخلالاً بذلك الإلتزام التعاقدى .

ثانياً: إلتزامات التاجر

يلتزم التاجر اتجاه الحامل بكافة الإلتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينهما والتي تختلف وتتنوع بحسب طبيعة هذا العقد فهو يكون بيعاً أو نقلاً أو أيجاراً

وبنفس الاتجاه د. فايز رضوان، مرجع سابق: ص 47 .

حيث يؤكد أن حامل البطاقة لا يعتبر قد أوفى بقيمة مشترياته الا بقيام المصرف المصدر بالوفاء للتاجر اما نقداً أو عن طريق قيد قيمتها في الجانب الدائن للتاجر لدى مصدر البطاقة .

(1) د . عصام حنفي محمود، مصدر سابق: ص 97 .

(2) المصدر السابق .

فهو أي التاجر يلتزم بتنفيذ جميع إلتزاماته بصرف النظر عن كون الحامل لن يقوم بالوفاء نقداً فهو ملتزم بعدم التمييز بين العملاء من حاملي البطاقة وغيرهم ممن يدفعون نقداً وبصفة خاصة الإلتزام بالتسليم وايضا المساواة في أسعار السلع والخدمات⁽¹⁾.

ولكن ماذا لو امتنع التاجر عن قبول البطاقة الائتمانية؟.

أذا حدث وأمتنع التاجر عن قبول الوفاء بالبطاقة الائتمانية رغم عدم وجود مبرر مشروع فأن الحامل لا يستطيع سوى الرجوع إلى الجهة المصدرة للبطاقة وفقاً لأحكام عقد الانضمام المبرم بينهما، وذلك لإخلالها بالإلتزام بتعهداتها إليه بإلزام التاجر بقبول البطاقة كأداة وفاء وفي المقابل سترجع الجهة المصدرة للبطاقة على التاجر وأهمها قبول البطاقة كأداة وفاء.

المبحث الثالث: المسؤولية العقدية الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان

سبق وان تناولنا الطبيعة القانونية لنظام بطاقة الائتمان في المبحث الأول من هذه الدراسة وبيننا انه يعد تطبيق لفكرة المجموعة العقدية ذات الغرض الواحد ومن ثم فان هذا النظام يقوم على مجموعة علاقات تعاقدية وهي عقد الانضمام المبرم بين المصدر والحامل وعقد التاجر المبرم بين المصدر والتاجر والعقد المبرم بين الحامل والتاجر أيضاً كانت طبيعته في ضوء ذلك يمكن القول بان المسؤولية التي تنشأ عن استخدام بطاقة الائتمان وبصفه خاصة تلك المسؤولية المتعلقة بالأطراف المتعاملة بالبطاقة لا يمكن إن تكون في طبيعتها إلا مسؤولية عقدية.

لذا سوف نعرض في هذا المبحث لمسؤولية كل من الحامل والمصدر والتاجر في ثلاث مطالب متتالية .

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للحامل

تداولنا في المبحث الثاني من هذه الدراسة أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الحامل في مواجهة مصدر البطاقة والتي تنشأ عن عقد الانضمام وكذلك تلك التي تقع على عاتقه في مواجهة التاجر أو مقدم الخدمة بحسب طبيعة العقد المبرم بينهما .

حيث كان الإلتزام باحترام الطابع الشخصي للبطاقة والمحافظة عليها يعد من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق الحامل وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية الحامل عن عمليات السحب والوفاء التي نتجت عن إعاره البطاقة للغير⁽¹⁾ كما قضت محكمة النقض الفرنسي بقيام مسؤولية الحامل لا خلاله

(1) د . معادي أسعد الصوالحة، مصدر سابق: ص 128 .

(1) د . جميل عبد الباقي صغير، مصدر سابق: ص 17 .

(2) د عبد الفتاح حجازي بيومي، مصدر سابق: ص 113 .

بالمحافظة على الرقم السري للبطاقة وذلك لقيامه باطلاع الغير عليه مما نتج عنه عمليات سحب ووفاء غير مشروعة⁽²⁾.

كذلك يتشدد القضاء بالنسبة لهذا الإلتزام الملقى على عاتق الحامل حتى في علاقته بالتاجر أو مقدم الخدمة ففي قضية تدور حقائقها حول قيام أحد الأشخاص بإجراء حجز فندقي عن طريق الهاتف مع قيامه بإعطاء الفندق تفاصيل بطاقة الائتمان لتأكيد الحجز وتغطيه أجرة الليلة الأولى وعلى الرغم من قيام هذا الشخص بإلغاء الحجز مبكراً وخلال المهلة الممنوحة، إلا أنه فوجئ بقيام الفندق بخصم نفقات المبيت من البطاقة .

طعن حامل البطاقة بهذا امام محكمة النقض قضت المحكمة برفض الطعن المقدم من الحامل لثبوت الخطأ من جانبه وذلك لقيامه بالإدلاء بتفاصيل البطاقة إلى الفندق عبر الهاتف بينما كان بإمكانه الحجز بأية وسيلة أخرى، وكذلك لفشله في إثبات قيامه بإلغاء الحجز خلال المهلة الممنوحة حيث كان بإمكانه الإلغاء من خلال الايميل⁽¹⁾.

وفي حالة سرقة البطاقة أو فقدانها فيجب على الحامل إجراء المعارضة⁽²⁾ في الوفاء لدى الجهة المصدرة حتى تتخذ الإجراءات المناسبة لإيقاف عمل البطاقة والامتناع عن إجراء أي عمليات سحب أو وفاء .

هذا وقد نص المشرع الفرنسي في المادة (132) من قانون النقد والمال والمعدل بموجب القانون رقم (845-2005) الصادر في 26 تموز 2005 أن المعارضة في الوفاء لا تجوز الا في حالة فقدان أو السرقة أو الاستخدام الاحتمالي للبطاقة وعليه فإن المشرع الفرنسي قد نص في المادة أعلاه على ان الحامل يتحمل الخسارة الناشئة عن فقدان البطاقة أو سرقتها طوال الفترة السابقة على اجراء المعارضة في الوفاء لدى الجهة المصدرة حيث قضت محكمة استئناف باريس ان قيام الحامل بترك البطاقة الائتمانية في سيارته المغلقة مما تترتب عليه سرقتها واستخدامها في عملية السحب والوفاء لا يعد إهمالا من جانبه بشرط القيام بالمعرضة والإبلاغ في أسرع وقت ممكن⁽¹⁾ وتجدر الإشارة إلى إن الحامل في حالة فقد أو سرقة البطاقة فإنه ملزم بأجراء المعارضة في اسرع وقت مع القيام بإبلاغ المصرف بتفاصيل البطاقة على وجه دقيق حتى يتسنى للمصرف اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف عمل البطاقة وإبلاغ التجار بحظر التعامل بها .

ويثار تساؤل في حالة اذا قام الحامل بإجراء معارضة ولكنه اعطاء بيانات خاطئة عن البطاقة؟

(1) د . أيمن عبد الحفيظ، مصدر سابق: ص 61 .

(2) د . فخري محمد صالح عثمان ورياض فتح الله بصله، جرائم بطاقة الائتمان (دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزيفها وطرق التعرف عليها) دار الشروق، ط 1، 1995: ص 82 .

(1) د . مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، مصدر سابق: ص 357 – 358 .

ففي قضية تدور وقائعها حول تعرض احد الاشخاص لسرقة بطاقته ائتمانية وقيامه بالإبلاغ فورا عن واقعة السرقة لدى المصرف لكن عند اجراء المعارضة اخطأ هذا الحامل وقام بالإبلاغ عن بيانات بطاقة ائتمانية بأخرى يملكها مما ترتب عليه عدم تمكين المصرف من إيقاف البطاقة واستمر السارق بأجراء عمليات سحب ووفاء بواسطتها وهو ما كان يستوجب من وجهة نظرنا إعفاء المصرف كليا من المسؤولية كون ان الحامل هو الذي أخطأ بإعطاء بيانات غير صحيحة فهو يتحمل نتيجة خطأه، لكن محكمة استئناف باريس كان لها رأي آخر حيث قضت "انه على الرغم من الخطأ الصادر من الحامل عند إبلاغه عن البطاقة المسروقة بإعطائه بيانات بطاقة أخرى، إلا إن المصرف يملك أنظمة ووسائل تقنية ومعلوماتية متطورة، كان يستوجب عليه اكتشاف هذا الخطأ في بيانات البطاقة والتوصل إلى البيانات الصحيحة ومن ثم إيقاف عمل البطاقة المسروقة ومنع أي عمليات سحب (1) .

ان الفقه والقضاء بدء ينادي مؤخرا بالمسؤولية الاحترافية للمؤسسات المصرفية والبنوك تلك المسؤولية القائمة على تشديد القواعد العامة التقليدية للمسؤولية كبطلان شرط الإعفاء من المسؤولية وقيام المسؤولية على الخطأ المفترض بمجرد تحقق الضرر إلى غير ذلك من مظاهر تشديد التزامات هذه الطائفة من المحترفين (2) .

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية للمصرف المصدر

يمكن القول ان المصرف هو محور نظام بطاقة الائتمان فالمصدر هو منشئ البطاقة وهو الذي يشرف على النظام التقني والالكتروني لعملها وهو يعد المسؤول الأخير عن قيد كافة عمليات السحب والوفاء التي تتم باستخدام البطاقة حتى بالنسبة لتلك العمليات التي تتم لدى التجار وذلك لأن التسوية والمقاصة النهائية بين الحسابات المختلفة تتم بواسطة أجهزته وأدواته المصرفية والتي تقع تحت إشرافه حتى لو كان إشراف غير مباشر من خلال البرامج الإلكترونية.

أن أبرز التزامات المصرف المصدر هو إلتزامه بتسليم الحامل بطاقة صالحة للاستخدام في الغرض المعدة من اجله وهو سحب النقود أو القيام بعمليات الوفاء وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف فيرساي بمسؤولية المصدر لقيامه بتسليم الحامل بطاقة معينة غير صالحة للاستخدام لوجود عيب في الشريط المغناطيسي المثبت بها مما أصاب الحامل بأضرار جسمية نتيجة عدم استطاعته سحب النقود إثناء سفره (1) .

ولكن يثار تساؤل عن دور المصرف في الرقابة والإشراف على عمليات السحب والوفاء غير المعتادة أو المريبة والتي تتم باستخدام البطاقة؟

(1) د . معتز نزيه محمد صادق، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكترونية، دار النهضة العربية، 2006: ص139 .

(2) عباس عيسى، مصدر سابق: ص239 .

(1) د . أمجد حمدان الجني، مصدر سابق: ص290 .

في واقعة تدور حول قيام الحامل باستخدام البطاقة في الوفاء بقيمة بعض المشتريات قام التاجر بإصدار الفاتورة بقيمة تزيد عن قيمة المشتريات الحقيقية بأضعاف كثيرة ثم قام بتحصيلها من المصدر .

طعن الحامل للبطاقة بهذه القائمة إمام محكمة الاستئناف وقضت هذه المحكمة برفض الطعن المقدم من الحامل استناداً إلى إن المصرف المصدر غير ملتزم بالرقابة والتدخل أو وقف عمليات السحب أو الوفاء التي تتم بمبالغ كبيرة غير معتادة.

لكن محكمة النقض كان لها رأي آخر حيث نقضت الحكم السابق مقررّة إن قضاة محكمة الاستئناف كان يتعين عليهم قبل الحكم برفض الطعن المقدم من الحامل البحث عن مدى توفر خطأ المصرف لعدم قيامه بالتدخل للتأكد من صحة عمليات الوفاء المريبة كونها غير معتادة⁽¹⁾.

فالقاعدة العامة إن الدائن المضرور الذي يكلف بإثبات الخطأ العقدي الصادر من المدين ومع ذلك فأنا من خلال القرارات أعلاه نرى عدم الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة إلى مسؤولية المصرف وذلك لأن المصرف في علاقته بالحامل يعتبر متعاقداً محترفاً يملك الخبرة والدراية والإمكانات التي تجعله هو العليا في هذه العلاقة التعاقدية وبالتالي ينتظر منه سلوك الشخص الحريص والعناية التي تفوق بكثير ما هو متوقع من الشخص العادي غير المحترف وكذلك الحال للتاجر ومقدم الخدمة

هذه من ناحية ومن ناحية أخرى إن الحامل في علاقته التعاقدية مع المصدر والتاجر يصعب عليه في أغلب الأحوال إثبات توفر ركن الخطأ من جانبيهما وبصيغة خاصة إذا كان هذا العذر ناشئ عن عيب أو قصور تقني لذا نرى اتجاه القضاء على تشديد مسؤولية المصرف.

مدى جواز الاتفاق على إعفاء المصرف من المسؤولية⁽¹⁾؟

درجت المصارف على تضمين عقد الانضمام المبرم مع الحامل شروطاً وإحكاماً تقضي بإعفاءها كلياً أو جزئياً عن إي مسؤولية تنشأ عن سرقة البطاقة أو فقدانها بصفة عامة عن أي عملية سحب أو وفاء غير مشروعة أو خاطئة تتم لاستخدام البطاقة.

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن القيمة القانونية لتلك الشروط والإحكام ومدى أعمالها لأثرها ؟

يمكن القول إن هناك إجماع فقهي - تؤيده احكام القضاء- على بطلان مثل تلك الإحكام لاعتبارها من الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي فيما بين طرفي العلاقة التعاقدية. نحن نؤيد هذا الاتجاه الفقهي والقضائي المقرر لبطلان شروط إعفاء المصدر من المسؤولية الناشئة عن نظام بطاقات الائتمان التي تقضي بمسؤولية المصرف المهنية الافتراضية والتي تقوم على تشديد القواعد التقليدية للمسؤولية باعتبار المصرف

(1) د . معتز نزيه، مصدر سابق: ص 141 .

(1) عباس عيسى، مصدر سابق: ص 241 .

متعاقداً محترفاً فمن أهم مظاهر هذا التشديد هنا الحكم ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية التي يضمنها المحترف في العقد لصالحه.

المطلب الثالث: المسؤولية العقدية للتاجر

يعتبر قبول التاجر التعامل ببطاقات الائتمان في الوفاء بعمليات البيع وتقديم الخدمات من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتقه والناشئة عن عقد التاجر المبرم مع المصدر وتطبيقاً لذلك تنعقد مسؤولية التاجر في حال امتناعه عن قبول البطاقة كأداة وفاء دون وجود مبرر مشروع لهذا الامتناع .

من ناحية أخرى، يلتزم التاجر عند قبوله التعامل بالبطاقة بإتباع كافة الإجراءات اللازمة مثل مراجعة صلاحية البطاقة وكذلك يلتزم التاجر بالامتناع عن قبول البطاقة لمجرد إخطاره بالاعتراض المقدم من المصرف فيلتزم بالاطلاع على قائمة المعارضات التي يخطرُ بها المصرف دورياً حتى لا يقبل بطاقة مفقودة أو مسروقة فإذا أهمل التاجر تنفيذ هذا الإلتزام سهل على الغير (السارق) كما انه يتعرض لرفض المصرف الوفاء بقيمة الفواتير التي تحمل تاريخ لاحق على إخطاره بقائمة المعارضات التي أدرج فيها رقم البطاقة المفقودة أو المسروقة. ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية(إذا اخل التاجر بإلتزاماته قبل المصرف المصدر فإنه يكون من حق هذا الأخير إن يمتنع عن تسديد قيمة الفواتير⁽¹⁾).

ولكن يثار تساؤل هنا غاية في الأهمية ماهو موقف المصرف المصدر في حال نشوء نزاع بين الحامل والتاجر؟ إن التاجر يرتبط مع الحامل بعلاقة عقدية تختلف حسب النشاط مثلاً بيعاً أو إيجاراً فإذا نشأ نزاع بين التاجر والحامل متعلقاً بهذه العلاقة مثل عدم التطابق بين السلعة المشتراة والبضاعة المسلمة أو وجود عيب في السلعة أو الخدمة المقدمة وهذا النزاع يتعلق بالعلاقة بين الحامل والتاجر ويحكمها العقد بينهما سواء بيعاً أو إيجاراً إلا ان طرفاً ثالثاً يقوم بالوفاء عن الحامل وبمجرد صدور امر الدفع من خلال استخدام بطاقة الدفع فإن المصدر يفترض ان الحامل قد استلم البضاعة مطابقة الا ان الحامل لأي سبب من الأسباب المتعلقة بالسلعة أو الخدمة يريد إن يمنع المصدر من الوفاء للتاجر فيقوم بالمعارضة في الوفاء فكيف يتم تنظيم هذه المشكلة؟

الإجابة على هذا التساؤل:

حسب النظام القانوني لبطاقة الائتمان إن المصدر يجب عليه إن يقوم بالوفاء للتاجر علاوة على ذلك فإن هذا النزاع لا يمكن التمسك به تجاه المصدر ومن هنا نجد ان إلتزام المصدر مباشرة تجاه التاجر وكذلك إلتزام الحامل برد ما قام المصدر بوفائه للتاجر لا يمكن إن يتأثر بوجود نزاع بين الحامل والتاجر.

(1) د . جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق: ص 206 .

وهذا ما أيدته محكمة (Alx) الفرنسية في حكمها:

(ان حامل البطاقة الذي قدم بطاقته لصاحب محل المجواهرت وقام بتوقيع الفواتير وقد عدّ - تحت نظر البنك - قد تسلم بضاعة مطابقة ولا يمكنه الاعتراض على الوفاء المباشر التلقائي من المصرف للتاجر مهما كانت الطعون التي يمكنه التمسك بها في مواجهة التاجر ولا يعلمها البنك فما دام أمر الوفاء قد صدر من الحامل فإنه لا يقبل الرجوع عدا حالتي فقدان والسرقة)⁽¹⁾

الخاتمة

أتضح لنا من دراستنا لموضوع التنظيم القانوني لبطاقة الائتمان في هذا البحث مجموعة من النتائج والمقترحات وهي:

أولاً: الاستنتاجات

1- في ظل الغياب التام لأي تنظيم تشريعي للبطاقات الائتمانية في العراق اجتهد الفقهاء في التوصل إلى تعريف جامع مانع لبطاقات الائتمان الالكترونية ومع تقديرنا لكافة التعريفات والاجتهادات الفقهية في هذا الشأن الا انها اقتصرت في بعض الأحيان على جانب من جوانب البطاقة دون غيرها ويمكن تعريف البطاقة بأنها ((أداة وفاء وائتمان الكترونية ترتب إلتزامات مستقلة في ذمة أطرافها من خلال نظام قانوني خاص بها يتمثل في العقود التي تبرم من خلالها))

2- النظام القانوني لبطاقة الائتمان في طبيعته ما هو إلا مجموعة عقدية ذات غرض واحد وهو توفير أداة مصرفية الكترونية تحقق وظيفتي الائتمان والوفاء.

3- يعتبر عنصر الائتمان هو جوهر وقوام وأساس البطاقة الائتمانية فهي لا تصدر ولا تمنح إلا بعد فتح عقد اعتماد للعميل على ان يقوم بالسداد لاحقاً وفقاً لأحكام وشروط هذا الاعتماد.

4- تعتبر العلاقة التي تجمع المنظمات العالمية الراعية للبطاقات والمؤسسات المالية هي أساس النظام القانوني لبطاقات الائتمان ، اذ أن تلك المنظمات والجهات الرئيسية المصدرة للبطاقة هي التي تضع القواعد والضوابط التي تحكم التعامل بالبطاقات على مستوى العالم.

وهذه المنظمات هي التي تمنح الترخيص أو الامتياز في استخدام هذه العلامات مثل فيزا كارد والماستر كارد وتعطي الحق للمصارف المحلية في إصدارها .

(1) د . أمجد حمدان الجني، مصدر سابق: ص 331 .

- 5- عقد الانضمام أو عقد الحامل هو العقد الذي ينظم العلاقة بين المصرف المصدر للبطاقة من جهة والعميل أو الحامل من جهة أخرى وهو يرتب عدة التزامات متبادلة على عاتق طرفيه. أما عقد التاجر أو المورد هو عقد ينظم العلاقة ما بين التاجر والمصرف المصدر للبطاقة.
- 6- يجوز إصدار البطاقة الائتمانية للأشخاص المعنوية مع ملاحظة إن المصارف تشترط وجود التضامن القانوني التام بين الشخص المعنوي صاحب الحساب وبين ممثله القانوني حامل البطاقة عن كافة عمليات السحب والوفاء التي تتم باستخدام البطاقة وذلك حتى يضمن حقوقه في حالة ما إذا استخدم الحامل البطاقة لأغراض شخصية غير متعلقة بالشخص المعنوي فاتح الحساب.
- 7- يلتزم الحامل باحترام الطابع الشخصي للبطاقة ومن ثم فإن ما درج عليه البعض من إعاره بطاقته الائتمانية لأحد أفراد أسرته، مع تزويده بالرقم السري ليتمكن من السحب النقدي أو الوفاء بالمشتريات يعد إخلالاً صريحاً بأحكام عقد الانضمام.
- 8- يعتبر إلتزام المصرف بالوفاء بقيمة ديون الحامل هو قلب وجوهر نظام الائتمان وهو إلتزام مستقل بذاته مصدره العقد المبرم بين المصدر والتاجر.
- 9- العلاقات التعاقدية في إطار البطاقة الائتمانية مستقلة الواحدة عن الأخرى وعليه لا يستطيع المصرف المصدر الامتناع عن الوفاء للتاجر بقيمة مشتريات الحامل استناداً إلى أسباب ودفع ترجع إلى علاقته بالحامل كإعساره أو إخلاله بأحكام وشروط عقد الانضمام.
- 10- المسؤولية التي تهض بين أطراف بطاقة الائتمان هي مسؤولية تعاقدية تقوم على توفر ثلاث أركان خطأ وضرر وعلاقة سببية، المشرع الفرنسي شدد من مسؤولية المصرف فجعلها مسؤولية مهنية احترافية وأقامها على أساسا الخطأ المفترض ولا يستطيع دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ثانياً: المقترحات

- 1- نقترح على المشرع العراقي إن يقوم بتنظيم أحكام البطاقة المصرفية بصفة عامة والبطاقات الائتمانية بصفة خاصة مع وضع القواعد القانونية اللازمة لحماية أطرافها المتعددين وذلك باعتبارها من أهم الأدوات المصرفية في وقتنا الحالي والتي تتميز بسرعة وسهولة إجراءاتها والتي لا يمكن تحقيقها في ظل الأدوات المصرفية التقليدية المتمتعة بالتنظيم التشريعي وأيضاً أهمية هذا التشريع هو انعكاسه على الجانب الاقتصادي حيث يساعد في تقليل من حجم الكتلة النقدية المتداولة في الأسواق والتقليل من حجم العملات الأجنبية المحولة للخارج وغيرها من الآثار الاقتصادية.

- 2- معالجة الضعف التشريعي الذي يعاني منه قانون التوقيع والمعاملات الالكترونية رقم 78 سنة 2012 الذي لم يورد حتى تعريف البطاقة المصرفية بشكل عام وليس بطاقة الائتمان والذي كان من الأهداف الموجبة لسنة هو توفير الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الالكترونية .
- 3-تفعيل نظام الدفع الالكتروني للأموال العراقية رقم (3) سنة 2014 من خلال إلزام الوزارات بإدخال هذا النظام في صلب معاملاتها المالية من حيث استحصال الأجور والغرامات أو الرسوم أو الضرائب هذا كله يعزز الاقتصاد ويزيد الوعي في استعمال الدفع الالكتروني ومن ثم البطاقة.
- 4-إما بالنسبة إلى المصارف التي تقوم حالياً بإصدار بطاقات ائتمان والتي تضع ما تشاء من شروط تعسفية في عقود الانضمام تحتدون خضوعها لرقابة نقترح أن تعاد صياغة هذه العقود تحت اشراف البنك المركزي وأيضا ما يتعلق بالعمولة التي يأخذها المصرف عن كل عملية أو نسبة الفائدة المفتوحة عن الائتمان.
- 5- لغرض زيادة الوعي وحث المجتمع على التعامل بهذا الوسائل المصرفية الحديثة نقترح ان تلزم الحكومة كافة وزارات الدولة على توزيع الرواتب لموظفيها من خلال الماستر أو الفيزا كارد أسوة بمجلس القضاء الأعلى لتقليل من حجم النقود في الأسواق مما يساعد في دعم الاقتصاد .

المصادر

ولاً: المراجع

- 1- أحمد محمد محرز، القانون التجاري – عمليات المصارف – الافلاس، مطبعة النهضة العربية، 1998 .
- 2- د . أمجد حمدان الجهني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2010 .
- 3- د . أيمن عبد الحفيظ، حماية بطاقات الدفع الالكتروني، بدون دار نشر، 2007 .
- 4- د . جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجزائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية، 2003 .
- 5- د . سميحة القليوبي، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية، 1994 .
- 6- د . فخري محمد صالح عثمان، رياض فتح الله بصله، جرائم بطاقة الائتمان (دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزيفها وطرق التعرف عليها)، دار الشروق، ط1، 1995 .
- 7- فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء مكتبة الجلاء، المنصورة، 1990 .
- 8- د . فؤاد قاسم الشعبي، المقاصة في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية)، منشورات الحلبي، 2008 .

- 9- د . عصام حنفي محمود، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، دار النهضة العربية، 2007 .
- 10-د . عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الاول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004 .
- 11-د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج1، مطبعة نقابة المحامين، 2006 .
- 12-د . علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، 1998 .
- 13-د . محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية .
- 14-د . معتز نزيه محمد صادق، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكترونية، دار النهضة العربية، 2006 .
- 15- د . معادي أسعد صوالحة، بطاقات الائتمان، مؤسسة الكتاب الحديث، ط1، 2001
- 16- مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الوراق التجارية ودور وسائل الدفع الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001 .
- 17- د . هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرامجيات، 2009 .

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

- 1- عباس عيسى، مسؤولية البنك في عقود الائتمان، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993 .
- 2- عمر عبد الفتاح يونس، الجوانب القانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2004 .

ثالثاً: القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
- 2- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 .
- 3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 198 .
- 4- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 .

- 5- القانون المدني الفرنسي بالعربية طبعة دار دالوز، 2009، الثامنة بعد المئة بالعربية جامعة القديس يوسف، 2012 . رابعاً: المراجع الاجنبية:
- 1-TEYSSIE(B):Les groups al contrast these ,l.g.d.j, universite de monrpellier ,1975 ,preface: Mousseron (J . M)
- 2-. GIBIRILA (D)):carte de paiement ،Rep . com Dalloz ،2003 ،

الحد من العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة

د. بلعربي عبد الكريم ، أستاذ محاضراً

أ. عبد العالي بشير ، أستاذ متعاقد وطالب دكتوراه

معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير البيض (الجزائر)

الملخص:

لا تنزل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة من أكثر العقوبات تطبيقاً في دول العالم وهو ما تأكده الإحصائيات ، ونظراً للآثار السلبية الوخيمة الناجمة عن هذه العقوبات وارتفاع نفقات السجون ، فقد سعت الدول – التي تحرص على تطور أنظمتها العقابية ، وجعل التأهيل الاجتماعي هدفاً للعقوبة - إلى التقليل من تطبيقها ، والاستعاضة عنها بمجموعة من البدائل سواء من خلال القانون الجنائي نفسه أو تطبيق جزاءات إدارية خارج نطاق القانون الجنائي، بغية التقليل قدر الإمكان عن تلك الآثار السلبية.

مقدمة:

لقد أدى الإسراف في العقاب إلى نتائج عكسية وعواقب وخيمة ، لذلك اتجهت السياسة الجنائية المعاصرة إلى الترشيد وعدم الإسراف في استخدام قواعد العقاب، والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يمكن الحد من العقاب ، وقد أجاب بعض فقهاء القانون على ذلك بأنه يترتب استبعاد المخالفات من أحكام القانون الجنائي للتخفيف من أعباء السلطة القضائية بعدم النظر لمثل هذه المخالفات، فالإدارة هي التي تتولى متابعة المخالف والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ الجزاء عليه وهو ما يسمى بالحد من العقاب خارج نطاق القانون الجنائي (الجزء الإداري العقابي) كونه تحت رقابة السلطة القضائية ، وينظم هذه الأمور قانون يطلق عليه قانون العقوبات الإداري وهو قانون قد طبقتة بالفعل كل من ألمانيا وإيطاليا ، كما تجدر الإشارة أن فكرة الحد من العقاب طرحت لأول مرة في مؤتمر بيلاجيو عام 1973م⁽¹⁾ ثم بدأت هذه الفكرة تنشأ وتتبلور أكثر بعد ذلك في العديد من المؤتمرات والدراسات ، في ظل تعاظم الإحساس بضرورة إعادة النظر في النظام العقابي بعد فشله في حماية المصالح والحد من الإجرام .

هذه الإشكالية تدفع الفقه المعاصر لدق ناقوس الخطر بأن النتائج سوف تصبح كارثة ، لذلك وجب ترشيد العقاب ورسم حدود جديدة لسياسة الجنائية ، وعدم الإسراف في استخدام السلاح العقابي لتحقيق الضبط الاجتماعي والسعي لإيجاد طرق بديلة تغني عن الحل الجزائي ، وتحقق الغرض المطلوب في مكافحة الإجرام⁽²⁾.

أهمية الدراسة :

ما يهمننا في هذه الدراسة هو فاعلية سياسة الحد من العقاب في علاج مساوئ عقوبة الحبس قصيرة المدة خاصة وأن أروقة المحاكم أصبحت تشهد عددا كبيرا من القضايا وهو ما ينعكس بالسلب عن الهدف الذي وجدت من أجله، فتكدر القضايا من شأنه أن يثقل كاهل القضاء وبطء التقاضي ويؤدي إلى نتائج وخيمة .

(1) من أهم المؤتمرات التي تناولت فكرة الحد من العقاب نجد:

- Colloque international sur la décriminalisation Bellagio, 1973 centre national de prévention et défense sociale.

(2) صفاء أوتاني، ترشيد العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، منشورة، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون جامعة الإمارات، العدد 60، ص 101.

وتزداد أهمية الدراسة كونها جديدة ومبتكرة، فالقليل من التشريعات استطاعت تطبيقها، فكل ما كتب عن هذا الموضوع يعتبر قليل، لذلك تأتي هذه الدراسة إسهاما متواضعا لرفد المكتبة العربية بدراسات جادة حول سياسة الحد من العقاب وأهم الأفكار المرتبطة بها .

أهداف الدراسة :

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق هدف رئيسي يتمثل في بيان سياسة الحد من العقاب وعن تطبيقاتها وعرض مزاياها وأهم العيوب التي تطرأ عند تنفيذها وعن مدى فاعليتها في تحقيق أغراض العقوبة من إصلاح وتأهيل المجرمين .

إشكالية الدراسة:

انطلاقا مما سبق فإن إشكالية هذه الدراسة تتمحور حول: ما المقصود بسياسة الحد من العقاب ؟ وما طبيعتها ؟ وما أهم أسبابها ؟ وما هي أهم الأشكال التي يمكن أن تأخذها ؟.

منهج الدراسة :

نظرا لطبيعة الإشكالية المطروحة وتحقيقا للأهداف المسطرة فقد رأينا أنه من الأنسب لهذه الدراسة، الاعتماد على المنهج التأصيلي عند تقديم مفهوم الحد من العقاب وتبيان طبيعته، والمنهج التاريخي عند دراسة ظهور ونشأة سياسة الحد من العقاب والمنهج الاستقرائي لسياسة الحد من العقاب في التشريعات المقارنة .

خطة الدراسة :

انسجاما مع المنهج المعتمد بالدراسة، تبدأ الدراسة بإيضاح مفهوم الحد من العقاب وذلك من خلال تعريفه وتمييزه عن سياسة الحد من التجريم وتحديد أهم الأسباب التي كانت وراء ظهور فكر الحد من العقاب والتعرف على أشكاله ، لذلك فقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين أساسيين وفقا لما يلي :

المبحث لأول : ماهية الحد من العقاب

في منتصف القرن العشرين ثارت عدة شكوك في العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وعن دورها في إصلاح المحكوم عليهم وتأهيلهم، نتيجة لحركة إصلاح عقابي ، لذلك وجب علينا التطرق إلى معرفة المقصود بسياسة الحد من العقاب (المطلب الأول) وتمييز هذه السياسة عن غيرها من التعابير المشابهة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحد من العقاب

إن الحد من العقاب ما هو إلا مصطلح عصري ، ورسين للسياسة الجنائية والتي تكمن سماتها الأساسية في التهدئة ، وهي من الآليات التي لجأت إليها بعض التشريعات الجنائية لخفض الكم الهائل من القضايا، وتتخذ سياسة الحد من العقاب في الغالب صورة إخراج بعض الأفعال من نطاق القانون الجنائي لصالح نظام عقابي

آخر غير قانون العقوبات وإخضاعها لجزاءات إدارية أو تجارية أو مدنية أو ما يصطلح عليه بقانون العقوبات الإداري⁽¹⁾.

هذا و يعرف الدكتور أمين مصطفى السيد الحد من العقاب بأنه "نقصد به التحول تماما عن القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر ، إذ يتم رفع الصفة التجريبية عن فعل ما غير مشروع ، طبقا لقانون آخر، يقرر له جزاءات قانونية أخرى غير الجزاءات الجنائية ، تتمثل غالبا في جزاءات إدارية مالية توقع بواسطة الإدارة ، وتتم بإجراءات إدارية وذلك تحت رقابة السلطة القضائية ، ويطلق على القانون المنظم لتلك الأمور قانون العقوبات الإداري"⁽²⁾.

ويرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن سياسة الحد من العقاب لا تعني بالضرورة إلغاء العقاب تماما، وإنما تعني إما إلغاء بعض العقوبات أو منع تعدد العقوبات⁽³⁾، والملاحظ على تعريف الدكتور أحمد فتحي سرور أنه أقام فكرة الحد من العقاب على التخيير إما بمنع تعدد العقوبات السالبة للحرية والدعوة إلى توحيدها التي قال بها لأول مرة الفقيه الفرنسي شارل لوكا سنة 1830⁽⁴⁾ وإما بإلغاء بعض العقوبات ويقصد هنا العقوبات قصيرة المدة التي لا يمكن أن تحقق الردع الخاص للجاني وإنما تزيد من متاعب لدولة وعرقلت نجاح السياسة العقابية المعاصرة .

كما يرى الفقيه مارك أنسل أن سياسة الحد من العقاب يقصد بها إضعاف رد الفعل الاجتماعي الذي يهجر أحيانا الطريق الجنائي بمعناه الضيق ، وأحيانا التخفيف منه ، وأحيانا أخرى استبداله بأساليب أخرى أقل تصادما وأكثر فعالية⁽⁵⁾، والملاحظ على هذا التعريف أن الفقيه مارك أنسل نظر إلى سياسة الحد من العقاب من زاوية اجتماعية وفكرة الدفاع عن المجتمع ، فالمجتمع في نظره هو وحده من يستطيع إنجاح هذه السياسة لأنه وببساطة هو أول من يتضرر بها .

وقد عرفت اللجنة الأوروبية لمشاكل التجريم سياسة الحد من العقاب على أنها : (كافة أشكال تخفيف العقوبة داخل النظام الجنائي)⁽⁶⁾ ، والملاحظ على هذا التعريف أن اللجنة الأوروبية لمشاكل التجريم حصرت

(2) محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة في إستراتيجية استخدام الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، الطبعة الأولى، ص 291.

(1) محمد نصر محمد، الوجيز في علم التنفيذ الجنائي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، الطبعة الأولى ، ص 65.
(د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات بدار الشروق للنشر، القاهرة، 2000 ، دون رقم الطبعة، ص 3.521)

(3) سليم طارق عبد الوهاب، المدخل في علم العقاب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، بدون رقم الطبعة، ص 223.

(د. فهد يوسف الكساسبة ، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دار وائل للنشر، الأردن، 2010، الطبعة الأولى، ص 301)⁵
(د. جلال محمود طه ، المرجع السابق، ص 291)⁶

سياسة الحد من العقاب في تخفيف العقوبة فقط ولا تطال بذلك توحيد العقوبات السالبة للحرية ، كما حصرت هذه السياسة في النظام الجنائي فقط وليس خارجه وبذلك عدم التخلي عن العقوبات لصالح أي نظام آخر مدني أو إداري كان.

ومن أهم التعريفات كذلك ظهر اتجاه آخر وعلى النقيض من سابقه حيث لا يعتبر أشكال التخفيف التي تتم داخل النظام الجنائي حدا من العقاب، فالحد من العقاب وفق هذا الاتجاه هو نقل السلوك من نطاق القانون الجنائي إلى نطاق قانون آخر مدني –إداري... إلخ ، وعلى هذا الأساس فقد ورد في التقرير المقدم من وزير العدل الإيطالي المقدم للمؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا المنعقد في هاواي سنة 1970، أن الحد من العقاب هو التحول من أشكال الجرائم الجنائية إلى جرائم مدنية أو إدارية باستبدال العقوبة بجزاء غير جنائي (1).

من خلال ما سبق يمكن أن نعرف سياسة الحد من العقاب على أنها التخلي عن بعض قواعد القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر ، فسياسة الحد من العقاب هي من الأساليب المعاصرة التي تفرضها نفسها في السياسة الجنائية لغاية حماية المصالح والقيم الاجتماعية بطرق وأساليب جديدة بعض فشل النظام الجنائي في حماية هذه المصالح.

المطلب الثاني: تمييز سياسة الحد من العقاب عن سياسة الحد من التجريم

نتيجة ثورة الإصلاحات التي شهدتها معظم التشريعات الجنائية الدولية بعد الحرب العالمية الثانية ، ظهر فكر جديد يدعو إلى عدم الاعتماد على قانون العقوبات فقط لحل مشكلة الجريمة، واعتبار كافة قطاعات المجتمع مسئولة عن التصدي لها ومكافحتها ، والدعوة إلى عدم الإسراف في اللجوء إلى النظام الجنائي، ظهرت سياسة الحد من التجريم أو كما يصطلح عليها سياسة اللاتجريم كخطوة نحو تحقيق مكافحة فعالة للجريمة وأثارها الوخيمة التي تنخر كيان المجتمع ، وسوف نتطرق بدورنا إلى تحديد مفهوم الحد من التجريم وطبيعته.

وقد ظهرت هذه السياسة بوضوح في المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا سنة 1970، وفي الندوة العلمية الثالثة التي أقامتها الجمعيات الدولية المنشغلة بالعلوم الجنائية ، والتي انعقدت في بيلاجيو إيطاليا في ماي 1973، كما لقي الموضوع الاهتمام ذاته في المؤتمر الخامس للأمم المتحدة الذي عقد في جنيف عام 1975 لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين (2).

(د. جلال محمود طه ، المرجع نفسه، ص 292،¹)

(د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق لنشر والتوزيع ، القاهرة، ، 2002، الطبعة الثانية ، ص 164.²)

أولاً: مفهوم الحد من التجريم

عرفت اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية الحد من التجريم بقولها (أن الحد من التجريم القانوني يتمثل في سحب اختصاص النظام الجنائي بفرض جزاءات في مواجهة بعض أشكال السلوك وهذا يمكن أن يتم بواسطة عمل تشريعي يتضمن الاعتراف الكامل بمشروعية سلوك معين من الناحية القانونية كما في بعض الدول الأوروبية حيث تم إلغاء بعض جرائم الأخلاق من الزنا أو الانحراف الجنسي)⁽¹⁾.

كما يرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن الضرورة لا تتوافر في الالتجاء إلى التجريم والعقاب من أجل مواجهة الانحراف الاجتماعي ، وقد انعكس ذلك على إلغاء بعض الأفعال في فرنسا مثل الزنا سنة 1975 والإجهاض منذ 1992.⁽²⁾

كما عرفه الأستاذ Leclercq بأنه : إلغاء التجريم وبالتبعية إلغاء العقوبة أيضا ، ويبدو أن هذا التعريف على جانب من الدقة والوضوح ، فهو تعريف الشيء بضده فإذا كان التجريم هو إكساء اللامشروعية على سلوك ما ، فإن الحد من التجريم هو إلغاء لهذا التجريم ، ومع ذلك فهو لا يخلو من بعض الخلط فيما بين الحد من التجريم والحد من العقاب ، وهذا ما يتجلى من إقرار صاحبه بأن كل حد من التجريم هو حد من العقاب tout décriminalisation est une dépénalisation بمعنى أن الحد من التجريم هو صورة الحد من العقاب.⁽³⁾

ثانياً: طبيعة الحد من التجريم

يعتبر الحد من التجريم ذو طابع موضوعي بحث فهو ينظر في إكساء صفة المشروعية على أفعال كانت في ما سبق تشكل جرائم ، بغض النظر عن صفة مرتكب الفعل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا، وبغض النظر كذلك إذا ما كان شروعا أو فعلا كاملا وإنما يهدف إلى عدم قيام المسؤولية الجنائية تماما ضد أي شخص و اعتبار ارتكابه بعض الجرائم شيء مباح لا يقع تحت طائلة القانون ، حتى وإن كان موضوع الحد من التجريم في بعض الأحيان يلقي استهجان اجتماعيا ودينيا ورفض مطلقا كما هو الحال في إلغاء تجريم بعض أفعال الزنا في الدول الأوروبية والمسلمة والتي تعتبر هذا الفعل حدا من حدود الله وجب عدم الاستهزاء به.

ثالثاً : طبيعة الحد من العقاب

سياسة الحد من العقاب ذو طبيعة موضوعية بحتة ، لعدم إحتوائها على عناصر شخصية ، لأنها إنعكاس لاعتبارات معينة مرتبطة بفكرة العقوبة من حيث أغراضها ، وغايتها ، ومدى قدرتها على تحقيق أهدافها وغاياتها

(2) د. نسيغة فيصل ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم سياسية ، 2011 ص 29.

(د . أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص 165.)²

(د. جلال محمود طه ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، المرجع السابق ، ص 248.)³

، ومدى إمكانية استبدالها بدائل أخرى للعقوبة ، وإما لأن أثارها تقتصر على السلوك محل العقاب بين العوامل الشخصية لمرتكب هذا السلوك⁽¹⁾.

المبحث الثاني : أسباب الحد من العقاب وأشكاله

من أبرز أسباب الحد من العقاب نجد فشل النظام العقابي التقليدي و مساوئ الحبس قصيرة المدة (المطلب الأول) ، كما يمكن لسياسة الحد من العقاب أن تأخذ شكلين وهما الحد من العقاب داخل القانون الجنائي نفسه و الحد من العقاب خارج نطاق القانون الجنائي(المطلب الثاني)

المطلب الأول : أسباب الحد من العقاب

قامت سياسة الحد من العقاب على أفكار المدرسة الوضعية والتي أرادت إحلال التدابير الاحترازية محل العقوبة ، كما قامت كذلك على أفكار حركة الإتحاد الدولي للقانون الجنائي، والذي ألزم التسامح مع جانب من المجرمين، وخاصة الأحداث منهم ومن يخضعون للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة منهم ، فهؤلاء يجب إخضاعهم لبدائل أخرى غير العقوبة ومما شجع على ذلك تطور أبحاث علم الإجرام وظهور ما يسمى بالإجرام الراديكالي والعدول عن تخصيص عقوبات في مجال إصلاح المجرم ، ولعل من أهم أسباب ظهور سياسة الحد من العقاب، ظاهرة الحبس قصير المدة وفشل النظام العقابي التقليدي في تحقيق أهدافه.

الفرع الأول : ظاهرة الحبس قصير المدة

تعد العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة⁽²⁾، مشكلة في السياسة العقابية ، والمزايا التي يمكن أن تنجر عنها تعتبر قليلة أمام مآلها من مساوئ، سواء كان بالنسبة للمحكوم عليه بها أو بالنسبة لعائلته إذا كان هو عائلها الوحيد أو حتى بالنسبة للمجتمع ككل، حيث يرى جانب من الفقه من مؤيدي العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة أن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لها أثرها الفعال في تقويم وإصلاح بعض الجناة، وبالتالي عدم إلغائها والبحث عن الوسائل المناسبة لكي يكون تنفيذها محقق للأغراض المقصودة منها، في حين يرى معارضوا الإبقاء عن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة أن لها مساوئ عديدة ، ويجب إلغائها أو تعويضها بعقوبات

(1) أحمد محمد البراك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية، عمان، 2017، الطبعة الأولى ، ص 103.

(1)الحبس قصير المدة يحدد على أساس مدى كفاية المدة الزمنية التي يستغرقها الحبس في تحقيق أغراضه سواء اردع أو التأهيل أو الإصلاح ،وبناء عليه يمكن تعريفه بأنه "المدة التي يقضيها المحكوم عليه في الحبس وتكون غير كافية لإصلاحه وتأهيله أي غير كافية لتطبيق برامج التأهيل والتهذيب التي تقتضيه أغراض العقوبة السالبة للحرية" أنظر د. سعداوي محمد الصغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية لمعاصرة، دار الخلدونية للنشر الجزائر، 2012، الطبعة الأولى، ص 62.

بديلة أخرى تحقق الأغراض المتوخاة من تسليط العقاب⁽¹⁾، وتكمن مساوئ العقوبات السالبة في الغالب في ما يلي:

1- لا يسمح سلب الحرية بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة الوقت الكافي لتنفيذ برامج الإصلاح والتهذيب في مواجهة المحكوم عليهم إذ تتطلب جهدا كبيرا في تنفيذ هذه البرامج سواء من الناحية المهنية أو النفسية أو الطبية وهو ما لا تتوفر عليه عقوبات الحبس قصيرة المدة⁽²⁾.

2- أن العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة من حيث المبدأ لا تكفي لتطبيق الردع العام والخاص، بل يترتب عليها آثار سلبية ناجمة عن إبعاده عن أسرته، وفقدانه لشرفه واعتباره، وتحطيم مستقبله، كما أنها تعرضه للاتصال بمجرمين خطيرين، فيتلقى عنهم هذا المجرم ما لا يعرفه ويتبادل خبرات إجرامية معهم، وقد يترتب على ذلك ازدياد نسبة الإجرام في هذا العصر⁽³⁾.

3- هناك عدة تداعيات سلبية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة تتجاوز المحكوم عليه وتمتد إلى عائلته، ولعل أبرزها المشكلات النفسية والاقتصادية التي تواجهها أسرة النزير ترتبط إلى حد كبير بما يحدث عند إيداع النزير في المؤسسة العقابية خاصة إذا كان هو العائل الوحيد للأسرة، أما الأطفال فإنهم سيعانون من حرمان عاطفي وفقدان الإحساس بالطمأنينة، وافتقاد الحب الذي يسمح لعاطفة الفرد بالنمو السليم وما ينتج عنه من إحباط وقلق وتوتر نفسي هذا من جانب، والإحساس بالكراهية اتجاه العضو الذي ارتكب الجريمة من جانب آخر، كل ذلك يسبب الألم لأفراد العائلة ككل وافتقاد العلاقات الأسرية المتماسكة القوية⁽⁴⁾.

4- إرهاب ميزانية الدولة من مصاريف إنشاء السجون ومصاريف أخرى كبيرة، وهو ما قد تعجز عنه العديد من الدول بسبب ضعفها اقتصاديا، وبسبب زيادة عدد المحكوم عليهم سنويا، حيث أن جوهر المشكلة هو وجود نظام لا يأخذ بنظرية العرض والطلب، فالمحاكم تصدر عدد هائل من الأحكام غير مبالية إن كانت السجون تكفي أم لا، لأن المحاكم ترى أن هذه المشكلة ليست مشكلتها، بل هي مشكلة الجهات التنفيذية التي تناط إليها مهمة بناء سجون جديدة⁽⁵⁾.

(2) محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، دراسة تحليلية وتأصيلية لنظام العقابي المعاصر، دار النهضة العربية، 1988، الطبعة الأولى، ص 178.

(1) بوهنتالة ياسين، القيمة العقابية للعقوبات السالبة للحرية، رسالة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 59.

(3) أحمد محمد البراك، المرجع السابق، ص 66.

(4) عبد الله عبد الغني غانم، مشكلات أسر السجناء ومحددات برامج علاجها، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص 30.

(1) بوهنتالة ياسين، المرجع السابق، ص 76.

5- من أهم مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة كذلك ، تدني وتدهور المستوى الثقافي للمسجون ، خاصة إذا كان فيما سبق عالما أو مفكرا، فاحتكاكه مع نزلاء آخرين غير ناضجون فكريا أو منحطون أخلاقيا هذا سوف يرجع عليه بالضرر، واحتمالية التأثير بهم والاقتضاء بهم قد تكون ممكنة .

الفرع الثاني: فشل النظام العقابي في تحقيق أهدافه

أقر العديد من فقهاء القانون والباحثين أن المؤسسات العقابية لم يعد باستطاعتها القيام بمهامها الأساسية التي وجدت من أجلها، ألا وهي الإصلاح والتهذيب والحد من الجريمة ، فقد ثبت أن السجن هو أحد العوامل الدافعة إلى ارتكاب الجريمة ، لأنه في الغالب يفسد المبتدئين بدلا من إصلاحهم وتهذيبهم ، ولا يمكن إزالة الميول الإجرامية المتأصلة لدى المعتادين على الإجرام ، ولعل ما جعل غالبية الفقهاء يشكك في قيمة السجن كجزاء، واستبداله ببدائل أخرى ، تجنب المحكوم عليه العيش في بيئة السجن، بشكل يضمن تأهيله وعدم عودته للجريمة⁽¹⁾.

هذا وقد أكدت الإحصائيات والدراسات أن غالبية ما يسمى بجرائم الصدفة يتحول مع الزمن إلى جرائم احتراق ، فعلى سبيل المثال لوحظ أن 29% من أصحاب الجناح الأخلاقية تحولوا إلى جرائم سرقة ، ومن هؤلاء 29% تحولوا إلى جرائم تعاطي المخدرات والاتجار بها أيضا، و40% تحولوا من جرائم القتل إلى السرقة⁽²⁾.

كما تشير دراسات وإحصائيات الأخرى إلى تزايد المحكوم عليهم العائدين إلى السجن في كل أنحاء العالم ، ففي بريطانيا بلغت نسبة حالات العود على 56% م، وفي جنوب إفريقيا تشير الإحصائيات أن 2000 شخص عادوا إلى المؤسسات العقابية من بعد الإفراج عنهم سنة 1997، وفي جمهورية التشيك بلغ عدد العائدين إلى السجن من أصل 2419 وذلك عام 1999، وفي دراسة أخرى قام بها الدكتور عبد الله عبد العني لبعض الدول العربية مثل تونس و مصر والأردن أكد أن متوسط العود في هذه السجن قد بلغ نسبة 24% من النزلاء سنة 1993⁽³⁾.

المبحث الثاني: أشكال الحد من العقاب

تتنوع وتتعد أشكال الحد من العقاب حسب كل دولة والسياسة التشريعية فيها ، فهناك من الدول من أخذت بسياسة الحد من العقاب داخل القانون الجنائي نفسه، وذلك من خلال تقليص الحد الأدنى من العقوبة ، أو ما فعل المشرع الجزائري من خلال إحلال كثير من البدائل مكان العقوبات السالبة للحرية على

(2) (أحمد محمد البراك، المرجع السابق، ص 68.

(3) عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية ، الجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، طبعة الأولى ، ص 67.

(1) بوهنتالة ياسين المرجع السابق، ص 89.

غرار نظام السوار الإلكتروني أو عقوبة العمل لصالح النفع العام، وهناك من أخذ بسياسة الحد من العقاب خارج إطار القانون الجنائي أو ما يسمى بقانون العقوبات الإداري ومن أمثلة هذه التشريعات نجد التشريع الإيطالي والألماني.

المطلب الأول: سياسة الحد من العقاب داخل القانون الجنائي نفسه

يأخذ شكل الحد من العقاب داخل القانون الجنائي صورة تقليص الحد الأدنى للعقوبة أو إحلال بدائل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وهو ما أخذت به عدة دول من بينها التشريع الجزائري والفرنسي وعدة تشريعات أخرى، فمثلا قانون العقوبات الفرنسي الجديد ألغى بعض الجرائم التي كانت واردة في القانون القديم ومنها التشرد والتسول، وأن هذه الجرائم يجب أن تهتم بها السلطات المحلية وتجد لها الحلول اللازمة بعيدا عن قانون العقوبات، وهذه الصورة هي إحلال جزاء غير جنائي بدلا من القاعدة القانونية محل الإلغاء وهي إحدى أشكال الحد من العقاب⁽¹⁾

هذا وتكريسا لسياسة الحد من العقاب قام المشرع الفرنسي بإلغاء عقوبة الحبس في المخالفات بموجب قانون صادر في 1971/12/24 والتي تنص المادة 12/131 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 1992 على أن العقوبات المترتبة على المخالفات بالنسبة للأشخاص الطبيعيين هي الغرامة والحرمان أو التقييد من الحقوق، كسحب رخصة السياقة لمدة سنة، أو رخصة الصيد، وحرمان المخالف من حق تقديم طلب ترخيص جديد لمدة سنة أو أكثر⁽²⁾.

وهذه البدائل في الحقيقة متنوعة ومتعددة، ومن الناحية التاريخية فإن أقدمها هو نظام وقف تنفيذ العقوبة كبديل ذو نشأة أوروبية، ثم ظهر بعد ذلك نظام الوضع تحت الاختبار ذو النشأة الأنجلوسكسونية أمريكية، ثم توالى البدائل كنظام شبه الحرية والإعفاء من العقوبة وتأجيل النطق بها والوضع تحت المراقبة الإلكترونية والعمل لصالح النفع العام ونظام تجزئة العقوبة⁽³⁾

المطلب الثاني: الحد من العقاب خارج نطاق النظام الجنائي

يقصد بالحد من العقاب خارج نطاق القانون الجنائي لإلغاء تجريم القاعدة الجنائية، ليصبح الفعل مشروعا من الناحية الجنائية، ولكنه يقع تحت حظر القوانين الأخرى وخاصة الإدارية منها، وتقع على المخالف عقوبة إدارية⁽⁴⁾، فهو على ذلك جزاء إداري يختلف عن الجزاء الجنائي من حيث الطبيعة والآثار، والجهة التي تقرره لكنه يتشابه من حيث كونه ينطوي على إيلام ويهدف إلى الردع، وقد أخذت به الكثير من التشريعات المعاصرة، فقد أخذ بعضها بنظام متكامل للجزاء الجنائي كالقانون الجنائي الإداري الإيطالي رقم 689 لسنة

(2) جلال محمود طه، المرجع السابق، ص 307-308.

(1) أحمد محمد البراك، العقوبة الرضائية، المرجع السابق، ص 105.

(2) محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 194.

(3) صالح الشاعر متولي، قانون العقوبات الإعفائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003، الطبعة الأولى، ص 2.

1981 وقانون الجرائم الإدارية الألماني لسنة 1975، بينما اكتفى البعض الآخر بإعطاء الحق للإدارة في نصوص متفرقة في فر جزاءات إدارية على شكل غرامات دون إحالة القضية على المحكمة الجزائية كما هو الحال عند المشرع الفرنسي في قضايا مخالفات المرور⁽¹⁾.

وكذلك أزال المشرع الفرنسي الصفة الجنائية عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وأحالها على البنوك في 30 ديسمبر 1991، وأعطى سلطة توقيع العقاب على هذا العقد - وهو جزاء مالي - إلى البنوك ولكنه لم يلغى جميع الجرائم المتعلقة بالشيكات بصورة كاملة، وفي هولندا أخرجت مخالفات المرور والجرائم المالية والضريبية من دائرة القانون الجنائي، حيث تفرض على المخالف عقوبات إدارية، وغالبا ما تكون غرامة، وللمخالف الحق في الاعتراض أمام النائب العام في مخالفات المرور⁽²⁾.

خاتمة:

تعد مشكلة العقوبات السالبة للحرية وخاصة قصيرة المدة منها من أدق المشكلات الجنائية والعقابية التي تواجه السياسات العقابية والفقهاء الجنائي الآن، لما لها من تعقيدات ترتبط في مدى فاعلية هذه السياسة العقابية ومدى قدرت العقوبات السالبة للحرية في تحقيق أغراض العقاب سواء من ناحية التأهيل أو الإصلاح أو الردع، لذلك قامت مختلف التشريعات بتبني اتجاه توفيقي يجمع بين الإبقاء على العقوبات السالبة للحرية وإحلال بعض البدائل العقابية كالسوار الإلكتروني أو الإفراج المشروط وذلك تماشيا مع مقتضيات السياسة العقابية الواجب تطبيقها حاليا.

استنتاجات:

- تسعى السياسة العقابية المعاصرة إلى تغيير النظرة إلى العقوبة، فهي الآن لم تعد تهتم بتحقيق الإيلاء والردع العام والخاص، ولكنها تسعى إلى تحقيق التأهيل والتهديب والإصلاح، وقد أخذت بهذه التغيرات معظم التشريعات العقابية المعاصرة.

- لم تستطع المؤسسات العقابية - باعتبارها مكان تنفيذ العقوبات السالبة للحرية - تحقيق الأغراض المنوطة بها لما تعترضها من مشاكل، خاصة القصيرة منها، حيث أكد المعارضون أن لها سلبيات أكثر مما لها من إيجابيات، سواء إرهاب ميزانية الدولة دون الحصول على نتائج جيدة، أو تضرر الأسرة إن كان السجين هو عائلها الوحيد.

- إن استخدام بدائل العقوبات السالبة للحرية أو التخلي عن بعض الجرائم إلى صالح نظام قانوني آخر، أصبح مطلباً مهما نادى به العديد من المؤتمرات الدولية وقد طبقته العديد من الدول المعاصرة.

(4) سعداوي محمد الصغير، المرجع السابق، ص 100.

(1) أحمد محمد البراك، المرجع السابق، ص 107.

توصيات

-نشر ثقافة بدائل العقوبات السالبة للحرية لما لها من إيجابيات كثيرة ، كما يجب إلى الدعوة إلى التخلي عن بعض الجرائم إلى قوانين أخرى كالقانون الإداري أو التجاري أو المدني ، وذلك بحجة عدم إثقال كاهل المحاكم الجنائية و بالتالي عدم إثقال كاهل المؤسسات العقابية.

-دعوة المشرع الجزائري والتشريعات العربية إلى الانفتاح على القوانين الأخرى المقارنة مثل : القانون الفرنسي و الألماني والهولندي لما هذه الدول من تجارب ناجحة في ميدان السياسة العقابية .

- ضرورة التسريع في الأخذ بالإجراءات العقابية المعاصرة لتجنب تفاقم الأمور وعدم قدرة المؤسسات العقابية على تنفيذ برامج الإصلاح والتهذيب وبالتالي تكون المؤسسات العقابية هي من تصدر الإجرام إلى المجتمع في حالة الاختلاط السيئ للسجناء وتبادل خبراتهم الإجرامية .

المراجع:

أولا-الكتب

- 1- أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق لنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2002، الطبعة الثانية.
- 2- أحمد محمد البراك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية، الطبعة الأولى ،عمان، 2017.
- 3- سعداوي محمد الصغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية لمعاصرة ، دار الخلدونية للنشر ، 2012، الطبعة الأولى.
- 4- صالح الشاعر متولي، قانون العقوبات الإعفائي، دار الكتب القانونية ،القاهرة، 2003 ، الطبعة الأولى.
- 5- طارق عبد الوهاب سليم، المدخل لعلم العقاب الحديث ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2011.بدون رقم الطبعة.
- 6- عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية ، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، الطبعة الأولى.
- 7- عبد الله عبد الغني غانم، مشكلات أسر السجناء ومحددات برامج علاجها، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2009 .
- 8- فهد يوسف الكساسبة ، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دار وائل للنشر والتوزيع ،عمان، 2010، الطبعة الأولى.

- 9- محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب ، دراسة تحليلية وتأسيسية لنظام العقابي المعاصر، دار النهضة العربية ، 1988. الطبعة الأولى،
- 10- محمد نصر محمد، الوجيز في علم التنفيذ الجنائي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012 الطبعة الأولى.

ثانيا- المجالات العلمية

- 1- بوهنتالة ياسين، القيمة العقابية للعقوبات السالبة للحرية ، رسالة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2012.
- 2- محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة في إستراتيجية استخدام الجزاء الجنائي، رسالة دكتوراه، منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، الطبعة الأولى.
- 3- صفاء أوتاني، ترشيد العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، منشورة، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون جامعة الإمارات، العدد 60.

ثالثا- الرسائل الجامعية

- 1- نسيغة فيصل ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم سياسية ، 2011 .

الرقابة القضائية على انتخابات الهيئات المحلية في فلسطين د. أشرف حسن عباس الأعور، أستاذ القانون الإداري المساعد في جامعة القدس

ABSTRACT

Although the election of councils and local bodies on the Palestinian people, the Palestinian legislature has jurisdiction over systems of electoral appeals to councils and local bodies in private law, granting formal justice, represented by the competent court of jurisdiction to hear these appeals, As with object to the decisions of the Election Commission to the Court of first instance as the competent court. While there have been no problems in elections, after a split in the West Bank and Gaza Strip, which prevented the holding of elections in the Gaza Strip, knowing it was supposed that the elections are held simultaneously. Importance of research was the subject of electoral appeals to local councils, bodies after Palestinian split, many decisions and laws in order to get to those elections, but for various reasons have prevented the holding of these elections in the West Bank and Gaza Strip. In order to identify those problems and analyze them and reach some conclusions and recommendations, we had knowledge of all legal and legislative aspects of subject matter jurisdiction.

ملخص البحث

بالرغم من أن انتخابات المجالس والهيئات المحلية حالة حديثة على الشعب الفلسطيني، إلا أن المشرع الفلسطيني نظم الاختصاص بالنظر في الطعون الانتخابية للمجالس والهيئات المحلية في قانون خاص، حيث منح القضاء النظامي ممثلاً بالمحكمة المختصة الاختصاص بالنظر في تلك الطعون، كما وأسند الاعتراض على قرارات لجنة الانتخابات لمحكمة البداية بصفتها المحكمة المختصة⁽¹⁾، ونود أن نوضح أنه تم تعديل اسمها لاحقاً لتصبح محكمة قضايا انتخاب الهيئات المحلية وذلك بموجب تعديل 2017⁽²⁾.

وقد جاءت أهمية البحث في موضوع الطعون الانتخابية للهيئات والمجالس المحلية، بعد حالة الانقسام الفلسطيني، حيث صدر العديد من القرارات والقوانين من أجل الوصول إلى تلك الانتخابات، إلا أنه ولأسباب عديدة حالت دون إجراء هذه الانتخابات في الضفة الغربية وقطاع غزة.

ومن أجل الوقوف على تلك الإشكاليات وتحليلها والوصول إلى بعض النتائج والتوصيات، كان لا بد لنا من الإلمام بكافة الجوانب القانونية بموضوع المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الانتخابية، إضافة إلى بيان مدى القصور الذي شاب النصوص القانونية المتعلقة بالانتخابات المحلية. وذلك من خلال تحليل قرارات محكمة العدل العليا بموضوع إلغاء إجراء الانتخابات للهيئات المحلية، مبينين مدى اختصاص محكمة العدل العليا ومحكمة البداية في الرقابة على تلك الطعون.

وقد خلص البحث على أن الاختصاص بنظر الطعون الانتخابية للهيئات والمجالس المحلية، هو اختصاص المحكمة المختصة حسب قانون الانتخابات للهيئات والمجالس المحلية وتعديلاته دون منازع، مع اختصاص محكمة العدل العليا في النظر في القرارات التي تطلب فيها لجنة الانتخابات المركزية تأجيل موعد الانتخابات في المجالس المحلية، هذا بالإضافة إلى اختصاص محكمة العدل العليا الأصيل في النظر في كافة القرارات التي تصدر عن مجلس الوزراء.

1- المادة (1) من قانون رقم (5) لسنة 1996 بشأن انتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية الصادر في مدينة غزة بتاريخ 1996/12/16، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد السادس عشر، بتاريخ 1997/1/30، والذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 10 لسنة 2005، الصادر عن المجلس التشريعي اريخ 2005/8/15، والمنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد السابع والخمسون، بتاريخ 2005/8/18، وبعدها تم تعديله بقرار بقانون رقم لتصبح بموجب تعديل 2017 أصبحت المحكمة المختصة هي محكمة قضايا انتخاب الهيئات المحلية المشكلة بموجب هذا القرار بقانون

2- انظر في ذلك نص المادة 1 من القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تشكيل محكمة خاصة بالانتخابات، والمنشور في الوقائع العدد 128 بتاريخ 2017/1/14

المقدمة

تعتبر الهيئات المحلية في فلسطين ركناً أساسياً في بناء الدولة الفلسطينية المستقلة، حيث تعد تلك الانتخابات جزءاً من النظام الديمقراطي فيها، وقد نظم المشرع الفلسطيني العديد من القوانين التي تعد بمثابة الإطار القانوني الناظم لعمل هذه الهيئات، وذلك من خلال تنظيمها للعملية الانتخابية لهذه المجالس والهيئات، تلك العملية الانتخابية التي تعطلت كثيراً بسبب حالة الانقسام السائدة في فلسطين.

ويشكل اليوم موضوع إجراء انتخابات الهيئات المحلية في فلسطين إجماعاً بين جميع شرائح المجتمع ومؤسساته المختلفة، وهنا لا بد لنا أن نشير إلى المراحل والأسباب التي عرقلت وحالت دون إجراء الانتخابات المحلية، حيث صدر العديد من القرارات لتحديد مواعيد إجراء هذه الانتخابات، إلا أن الانقسام السياسي الفلسطيني حال دون إجرائها.

إلا أنه وبعد سنوات من الاستحقاق الانتخابي، تم التوافق على المستوى السياسي بين السلطة الوطنية القائمة في الضفة الغربية، وبين حركة حماس المسيطرة على قطاع غزة بشكل فعلي على إجراء الانتخابات في شطري الوطن، وعليه بدأت لجنة الانتخابات المركزية بممارسة دورها في التحضير لإجراء تلك الانتخابات، وبقية الأمور تسير بوضعها الطبيعي إلى أن أصدرت لجنة الانتخابات المركزية قرارها بقبول الاعتراضات المقدمة ضد ثلاث قوائم لكتلة التحرير الوطني والبناء⁽¹⁾.

حيث أصدرت قرارها بشطب هذه القوائم ومنحها إمكانية استئناف قرار لجنة الانتخابات المركزية، خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور القرار أمام المحكمة المختصة⁽²⁾.

الأمر الذي رفضه المرشحون وقرروا عدم تقديم الاستئناف إلى محكمة البداية في غزة، مبررين أن قضاة محاكم البداية في غزة قضاة غير قانونيين ولم يتم تعيينهم حسب القانون، مما حدا بهم إلى التوجه إلى محكمة العدل العليا والظعن على قرار لجنة الانتخابات المركزية إضافة إلى طعنهم على قرار مجلس الوزراء القاضي بإجراء الانتخابات المحلية.

1- تقدمت كتلة التحرر الوطني والبناء في بلدية ام النصر (منطقة شمال غزة)، وكتلة التحرر الوطني والبناء المرشحة في بلدية النصيرات(منطقة دير البلح)، وكتلة التحرر الوطني المرشحة في بلدية مدينة الزهراء(منطقة غزة)، بدعوى للظعن في القرار الصادر عن لجنة الانتخابات المركزية بتاريخ 2016/9/3 والقاضي بقبول الاعتراضات المقدمه ضد كتلهم وشطب هذه القوائم.

انظر في ذلك للظعن المقدم لدى محكمة العدل العليا في رام الله بتاريخ 2016/9/6 في الدعوى رقم 2016/220، المنشور في مجلة العدالة والقانون، العدد 28، ص 156

2- انظر في ذلك المادة (1) من قانون إنتخاب المجالس والهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2005/8/15، والمنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد السابع

وقد نظرت المحكمة الدعوى وقررت إجراء الانتخابات في كافة الهيئات المحلية في أرجاء الوطن فيما عدا قطاع غزة.

أهمية البحث

ترجع أهمية هذا البحث للخلاف الموجود حالياً بموضوع إجراء الانتخابات للهيئات والمجالس المحلية في فلسطين، الأمر الذي أوجد حالة من الفراغ والإشكالية، فحالة الانقسام الفلسطيني الفلسطيني كانت العائق الوحيد في إجراء الانتخابات في قطاع غزة.

وعليه كان لا بد أن نتطرق لهذا الموضوع وذلك لأهميته والنتائج السلبية التي ترتبت عليه، من تأجيل وإلغاء وتحديد لمواعيد الانتخابات لنصل في النهاية إلى إجراء الانتخابات في الضفة الغربية دون قطاع غزة مع العلم أنه كان من المفترض أن يتم إجراء الانتخابات في وقت واحد⁽¹⁾.

مشكلة البحث

بالرغم من قيام المشرع بوضع قانون الانتخابات للهيئات المحلية، إلا أن الخلاف ما زال قائماً بسبب حالة الانقسام السائدة بين شطري الوطن، الأمر الذي أثار إشكالية في شرعية المحاكم الموجودة في قطاع غزة وقانونيتها، وعليه تثير هذه الدراسة العديد من التساؤلات منها:

من هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون الانتخابية للهيئات والمجالس المحلية.

هل هناك دور لمحكمة العدل العليا في النظر في تلك الطعون؟ أم أن دورها يقتصر في النظر في القرارات الإدارية التي تصدر عن مجلس الوزراء والتي تتعلق بإجراء الانتخابات؟

هل تشكيل محكمة مختصة بالانتخابات أنهى إشكالية إجراء انتخابات في كافة أرجاء الوطن.

أهداف البحث

سنحاول من خلال هذا البحث أن نبين عدة أهداف أهمها:

أولاً: الإلمام بكافة الجوانب القانونية بموضوع المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الانتخابية.

ثانياً: بيان مدى القصور الذي شاب النصوص القانونية المتعلقة بالانتخابات للهيئات المحلية.

ثالثاً: تحليل قرار محكمة العدل العليا بموضوع إلغاء إجراء الانتخابات للهيئات المحلية في قطاع غزة.

1- انظر في ذلك الى قرار مجلس الوزراء ويصدر قرار بتاريخ 10 تموز 2012 باجراء الانتخابات المحلية في كافة محافظات الضفة الغربية دون قطاع غزة ويحدد موعد

إجرائها بتاريخ 20 تشرين الأول 2012.

رابعاً: مدى اختصاص محكمة العدل العليا ومحكمة البداية والتي عدلت بموجب القرار بقانون لتصبح " محكمة قضايا الانتخابات" في الرقابة على الطعون الانتخابية، مبيين نطاق الرقابة القضائية على الطعون الانتخابية في فلسطين.

خامساً: بيان طبيعة الطعن الانتخابي ومدى اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي على تلك الطعون.

منهجية البحث

سنتبع في هذا البحث الأسلوب التحليلي المقارن، وذلك من خلال إجراء دراسة تحليلية لبعض النصوص التشريعية النازمة لانتخابات الهيئات والمجالس المحلية، مقارنة ذلك مع الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية، مستندين إلى العديد من الأحكام القضائية والتقارير الرسمية الصادرة عن لجنة الانتخابات المركزية.

مقسمين البحث إلى مبحثين: كل مبحث قسمناه إلى مطلبين. وسنتطرق في المبحث الأول إلى نطاق اختصاص محكمة البداية في الطعون الانتخابية، وفي المبحث الثاني سنبحث من خلاله في مدى اختصاص محكمة العدل العليا بالطعون الانتخابية.

المبحث الأول: نطاق اختصاص محكمة البداية في الطعون الانتخابية

منح القضاء النظامي ممثلاً بالمحكمة المختصة الاختصاص بالنظر في الطعون الانتخابية، حين نظم ذلك في قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (5) لسنة 1996، كما وأسند الاعتراض على قرارات لجنة الانتخابات لمحكمة البداية بصفتها المحكمة المختصة⁽¹⁾.

وبسبب الحاجة إلى تعديل النظام الانتخابي السائد في فلسطين نظم المشرع قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 وتعديلاته، ليُلغى بدوره القانون رقم (5) لسنة 1996، وليؤكد فيه على أن المحكمة المختصة بالطعون الانتخابية للمجالس المحلية هي محكمة البداية محددًا نطاق اختصاص المحكمة في الدائرة الانتخابية للطاعن⁽²⁾.

ليطراً على الساحة موضوع إجراء انتخابات المجالس المحلية، ويعود المشرع وبعد قرار محكمة العدل العليا بعدم إجراء الانتخابات في قطاع غزة⁽³⁾، لينظم قراراً بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون انتخاب

1- انظر في ذلك نص المادة (1) من قانون رقم (5) لسنة 1996 الملغى، بشأن انتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية.

2- انظر في ذلك نص المادة رقم (1) من الفصل الاول من قانون انتخاب الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 المعدل، الصادر في مدينة غزة بتاريخ 2008/8/15، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد السابع والخمسون، 2005، 8/18.

3- قرار محكمة العدل العليا رقم (220/2016) بشأن الانتخابات المحلية الصادر في رام الله بتاريخ 2016/10/3، والمنشور في مجلة العدالة والقانون (مجلة محكمة)،

مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 وتعديلاته لتصبح محكمة خاصة بالطعون الانتخابية وليست محكمة البداية⁽¹⁾.

ومن أجل بيان جهة الاختصاص بالنظر في الطعون الانتخابية للهيئات والمجالس المحلية، قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، تطرقنا في المطلب الأول إلى الاختصاص بنظر طعون الانتخابات حسب قانون الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 وتعديلاته، وتطرقنا في المطلب الثاني إلى الاختصاص بنظر طعون الانتخابات حسب القرار بقانون رقم 2 لسنة 2017 بشأن تعديل قانون انتخاب الهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005.

المطلب الأول: الاختصاص بنظر طعون الانتخابات وفقا لاختصاص المحكمة المختصة قبل تعديل قانون انتخاب الهيئات المحلية.

ينظم قانون الانتخابات العملية الانتخابية بكافة مراحلها، حيث يحدد أهلية الناخبين والمرشحين، والإطار الزمني الذي يحكم المراحل الانتخابية، والجدير بالذكر أنه في فلسطين لا يوجد قانون موحد لتنظيم الانتخابات العامة والانتخابات المحلية.

حيث نظم المشرع عملية انتخابات الهيئات المحلية في قانون انتخاب الهيئات المحلية رقم 5 لسنة 1996 الذي تم إلغائه منذ بدايتها وحتى نهايتها، حيث أنط مهمة إدارة الانتخابات من خلال لجنة انتخابات الهيئات المحلية. كما ونظم القانون المسائل الخاصة بحق الانتخاب، منها الاعتراض على سجل الناخبين، ونتائج الانتخابات، والطعن في نتائج الانتخابات⁽²⁾.

وهنا لا بد أن نشير إلى أن القرارات التي تصدر عن المحكمة المختصة هي قرارات نهائية، حيث نص المشرع على أن رئيس المحكمة يصدر قراره في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الاستئناف ويكون قراره في ذلك نهائياً⁽³⁾.

9- انظر في ذلك أيضا نص المادة 2 من القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تشكيل محكمة خاصة بالانتخابات، والمنشور في الوقائع العدد 128 بتاريخ 2017/1/14

2- انظر في ذلك نص المادة 2 من قانون رقم (5) لسنة 1996 الملغى بشأن انتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية.

11- انظر في ذلك نص المادة رقم (18) من قانون رقم (5) لسنة 1996 الملغى بشأن انتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية، حيث اعتبر القانون القرارات الصادرة عن لجنة الانتخابات قابلة للاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدورها أمام رئيس المحكمة التي تقع الدائرة الانتخابية ضمن دائرة اختصاصها، وذلك حسب نص المادة (50) الفصل الرابع عشر الفقرة 5 من قانون رقم (5) لسنة 1996 بشأن انتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية .

كما ونص في ذات القانون في نص المادة (18) على أنه يحق لكل ناخب أو مرشح أو وكيله، الطعن في نتائج الانتخابات المعلنة أمام المحكمة المختصة خلال أسبوع من تاريخ إعلان النتيجة، وعلى المحكمة أن تفصل فيه خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمه إليها وأن تبلغ اللجنة العليا للانتخابات بالقرارات التي تصدرها للعمل بمقتضاها، ويكون قراره في ذلك نهائياً⁽³⁾.

وقد ظل قانون انتخاب الهيئات المحلية رقم 5 لسنة 1996، حيث كانت المحاكم النظامية هي صاحبة الولاية الكاملة على كافة الطعون الانتخابية دون منازع، إلى أن ألغى المشرع القانون ونظم قانون الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005، والذي عدل فيه اختصاص لجنة الانتخابات المركزية العليا لتتولى الإدارة والإشراف على الانتخابات⁽¹⁾.

وبناء على هذا القانون أصدر مجلس الوزراء قراراً بتاريخ 8 شباط 2010، ينص على إجراء الانتخابات المحلية في أرجاء الوطن على أن يكون موعد إجرائها هو 17 تموز 2010⁽²⁾.

وبعدها أصدر مجلس الوزراء قراراً بإلغاء إجراء الانتخابات المحلية في جميع أرجاء الوطن⁽³⁾ وعلى إثر ذلك تقدمت إحدى القوائم المرشحة في الضفة الغربية بدعوى لدى محكمة العدل العليا للطعن على قرار مجلس الوزراء المتعلق بإلغاء الانتخابات المحلية⁽⁴⁾، وبتاريخ 13 كانون أول 2010 أصدرت محكمة العدل العليا قرارها برد الدعوى المقدمه بموضوع قرار مجلس الوزراء بإلغاء الانتخابات، مبررة ذلك بعدم صحة الخصومة، معتبرة أن القائمة المرشحة لا يحق لها الطعن بالقرار الإداري وذلك لأن القانون لم يمنح القوائم الانتخابية الشخصية الاعتبارية المستقلة التي تخولها حق التقاضي.

وعليه أصدر مجلس الوزراء بتاريخ 8 شباط 2011 قراراً بإجراء الانتخابات المحلية في كافة أرجاء الوطن، ولنفس الأسباب السابقة ولعدم تمكن لجنة الانتخابات المركزية من القيام بمهامها في قطاع غزة، أصدر مجلس الوزراء قراراً في 17 أيار 2011 بتأجيل انتخابات مجالس الهيئات المحلية إلى تاريخ 22 تشرين الأول 2011 وذلك

12- نظراً للحاجة الملحة إلى تنظيم قانون إنتخابات يلبي حاجة المجتمع نظم المشرع الفلسطيني مرة أخرى إنتخابات الهيئات المحلية وذلك حين ألغى قانون رقم (5) لسنة 1996 بشأن إنتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية ونظم الانتخابات بقانون رقم (10) لسنة 2005 بشأن الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد السابع والخمسون، اغسطس 2005، والذي تضمن مجموعة القواعد والأحكام التي تنظم عمل المجالس المحلية في حين عدل في النظام الإنتخابي من نظام الأغلبية إلى نظام التمثيل النسبي، وحدد نسبة الحسم للحصول على المقاعد بـ 8% من الأصوات الصحيحة، واعتماد الكوتا النسوية⁽¹⁾، إضافة إلى إسناد الاختصاص بالإشراف وإدارة الانتخابات إلى لجنة الانتخابات المركزية العليا بدلا من لجنة إنتخابات الهيئات المحلية التي كانت تقوم بذلك حسب القانون رقم (5) لسنة 1996 الملغى.

13- انظر في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم 13/36/1 بشأن اجراء الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية الصادر في رام الله بتاريخ 2010/2/8. الذي نص على إجراء الانتخابات المحلية في أرجاء الوطن على أن يكون موعد إجرائها هو 17 تموز 2010.

14- انظر في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم (13/52/01) م/ر/س.ف لعام 2010 الصادر بتاريخ 2016/6/10، بشأن تأجيل موعد إجراء إنتخابات المجالس والهيئات المحلية، حيث صدر بعد قرار مجلس الوزراء بتاريخ 25 نيسان 2010 بتأجيل إنتخابات مجالس الهيئات المحلية في قطاع غزة إلى حين أن تتمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الإدارية والفنية ومتطلبات عقدها وفق القانون، المنشور في الموقع الرسمي للجنة الانتخابات المركزية.

4- انظر في ذلك قرار محكمة العدل العليا رقم 575 لسنة 2010 الصادر في رام الله بتاريخ 2010/12/13، حكم منشور في المقتضي، منظومة القضاء والتشريع في

لحين تمكن لجنة الانتخابات المركزية من استكمال استعداداتها الإدارية والفنية ومتطلبات عقدها وفق القانون.

ولاحقاً ولعدم تمكن اللجنة من ممارسة مهامها أصدر الرئيس مرسوماً رئاسياً في 22 آب 2011 بتأجيل انتخابات الهيئات المحلية المقررة وذلك لحين توافر الظروف المناسبة لإجراء الانتخابات في كافة المحافظات الفلسطينية⁽¹⁾.

واستناداً لقانون الهيئات المحلية تم الطعن على العديد من القرارات الصادرة عن لجنة الانتخابات المركزية في الانتخابات التي جرت في الضفة الغربية دون قطاع غزة عام 2012، حيث قضت محكمة بداية رام الله في إحدى تلك الطعون برفض طلب ترشح إحدى القوائم الانتخابية بسبب عدم اكتمال الشروط لأحد مرشحيها، والذي تبين بأن اسمه غير مدرج في السجل الخاص بهذه الهيئة، وبذلك خالفت المحكمة قرارات لجنة الانتخابات المركزية بخصوص الشروط الخاصة برفض طلب الترشيح⁽²⁾.

وهنا يثار سؤال بموضوع ولاية محكمة البداية بصفتها المحكمة المختصة، حسب القانون رقم 10 لسنة 2005 على نصوص القانون في أنه يحق للجنة الانتخابات المركزية ان تطلب تأجيل موعد الانتخابات في مجلس أو أكثر من المجالس المحلية.

وعليه لا بد للباحث أن يشير إلى أن قرار مجلس الوزراء بإلغاء إجراء الانتخابات من تلقاء ذاته غير جائز طالما لم يتم تقديم طلب من لجنة الانتخابات المركزية بتأجيلها، حيث خالف القرار النص الوارد في قانون الانتخابات الذي يقضي بأن قرار مجلس الوزراء بتأجيل الانتخابات يجب أن يكون بناءً على طلب موجه من لجنة الانتخابات⁽³⁾.

ونلاحظ أن المشرع في قانون الهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 أضفى على أحكام محكمة البداية الصفة القطعية، فلم يسمح بالطعن بأحكام هذه المحاكم بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، وبذلك

1- انظر في ذلك القرار بقانون رقم (105) لسنة 2011، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد 92، بشأن تأجيل موعد إجراء إنتخابات المجالس والهيئات المحلية، المقرر اجرائها بتاريخ 2011/10/22.

17- انظر في ذلك التقرير النهائي للجنة الانتخابات المركزية بخصوص الانتخابات التي أجريت عام 2012 الفصل العاشر، الاعتراضات والطعون الإنتخابية. حيث قدمت عشرة طعون على نتائج الانتخابات للهيئات والمجالس المحلية لعام 2012، حيث ردت المحكمة بعضها، مستندة إلى انتهاء فترة الطعون القانونية على سجل الناخبين حيث قررت المحكمة أن فترة الطعن على سجل الناخبين والمحدده بأسبوع من تاريخ إعلانها وقد انتهت المده وعليه لا يجوز الطعن عليها خلال مرحلة النتائج.

إضافة إلى الطعون المتعلقة في عملية احتساب وتوزيع المقاعد حيث جاءت قرارات المحاكم مؤيدة لإجراءات اللجنة في عملية توزيع المقاعد، في حين أنه تجدر الإشارة إلى أنه لم يتم تقديم أية طعون في النتائج خلال المراحل التكميلية للعملية الإنتخابية.

-انظر في ذلك نص المادة (5) من قانون الانتخابات رقم 10 لسنة 2005 . 3.

حرم المستدعين من ضمانه تعدد درجات التقاضي⁽¹⁾. الذي يمكن المتقاضين من تصحيح أحكام محكمة الدرجة الأولى التي أصدرتها عن خطأ أو جهل أو تقصير، مما يحقق العدالة للخاسر حيث يتيح الفرصة أمامه بعرض النزاع مجدداً أمام محكمة أعلى، إضافة إلى أن وجود تقاضي على أكثر من درجة يحدو بقضاة الدرجة الأولى توخي العدالة والتأني في إصدار الأحكام خشية إلغائها أو تعديلها⁽²⁾.

وبالنظر الى القانون رقم (10) لسنة 2005 لانتخاب مجالس الهيئات المحلية ونصوصه نجد أن المشرع قد أرسى بعض المبادئ القانونية منها:

أولاً: شدد المشرع على تقديم الطعون ضمن المدة القانونية وبخلاف ذلك فإن المحكمة تقرر رد الطعن شكلاً لتقديمه بعد فوات المدة القانونية⁽³⁾.

ثانياً: بسط المشرع يد المحكمة على كامل الإجراءات التي لها علاقة بالطعون التي تدخل ضمن اختصاصها. ثالثاً: أضاف المشرع في قانون الهيئات المحلية على أحكام محكمة البداية الصفة القطعية، وذلك تماشياً مع نصوص القانون رقم 5 لسنة 1996 الملغى، حيث لا يجوز الطعن بأحكام هذه المحاكم بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية، وبذلك حرم الأفراد من ضمانه تعدد درجات التقاضي⁽⁴⁾.

رابعاً: أجاز المشرع لأي ناخب حق الاعتراض لدى محكمة البداية، وقبول ترشيح أي من الناخبين في دائرته الانتخابية وذلك بعد أن يقدم اعتراضاً كتابياً إلى اللجنة الانتخابية التابع لها على القائمة أو المرشح أو أكثر من مرشح على أن يبين الأسباب في الاعتراض⁽⁵⁾.

20- د.علي خطار حق الترشح في التشريع الاردني بحث منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 24 العدد2 1997 ص336

2- د.اشرف الاعور، وسائل تسوية منازعات العقود الادارية، شركة تاس للطباعة، الطبعة الاولى 2015، ص145

3- قرار محكمة العدل العليا رقم(220/2016) بشأن الانتخابات المحلية الصادر في رام الله بتاريخ 2016/10/3، المنشور في مجلة العدالة والقانون، العدد28.

4- د نوفان العصيل العجارمه الرقابة القضائية على الطعون الانتخابية، بحث منشور على الانترنت، ص25، eacademic.ju.edu.

5- انظر في ذلك نص المادة 22 من القانون رقم 10 لسنة 2005 المشار إليها تتحدث عن الاعتراض أمام اللجنة الانتخابية التابع لها وليس الطعن أمام المحكمة حيث نصت على أنه ("يجوز لأي شخص خلال ثلاثة أيام من تاريخ نشر قوائم المرشحين أن يقدم اعتراضاً كتابياً إلى اللجنة الانتخابية التابع لها على القائمة أو على مرشح أو أكثر من مرشحها، مبيناً فيها أسباب اعتراضه، ورفقاً بالإبتاتات التي تؤيد اعتراضه").

المطلب الثاني: الطعن أمام محكمة قضايا الانتخابات وفقا للقرار بقانون رقم 2 لسنة 2017 بشأن تعديل قانون انتخاب الهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005.

بعد سنوات من الاستحقاق الانتخابي، تم التوافق على المستوى السياسي على إجراء الانتخابات في شطري الوطن، وبناء على هذا التوافق أصدر مجلس الوزراء قرارا بتاريخ 2016/6/21 يدعو فيه إلى إجراء انتخابات محلية في يوم واحد في جميع الهيئات المحلية بالضفة الغربية وقطاع غزة، وتم تحديد الانتخابات بتاريخ 2016/10/8⁽¹⁾.

حيث وقّعت جميع الفصائل الفلسطينية على ميثاق شرف أكدوا فيه على الالتزام بنود قانون انتخاب المجالس والهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005، الذي كان يشير إلى أن المحاكم المختصة بالنظر في الطعون الانتخابية هي محاكم البداية، بالرغم من علم لجنة الانتخابات المركزية بالحالة القانونية السائدة في قطاع غزة، والتي على أثرها أعلنت لجنة الانتخابات بأنها ستعامل مع محاكم غزة والضفة الغربية على حد سواء، وتحترم قراراتها نظراً لكونها المحاكم المختصة وفقاً للقانون.

وعليه، جرت عملية تسجيل الناخبين والنشر والاعتراض والترشح، إلى أن أصدرت لجنة الانتخابات المركزية قرارها بقبول الاعتراضات المقدمة ضد ثلاث قوائم لكتلة التحرير الوطني والبناء وشطب هذه القوائم ومنحها إمكانية استئناف قرار لجنة الانتخابات المركزية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور القرار أمام المحكمة المختصة. وخلال فترة الطعون على الترشح، تلقت محكمة العدل العليا دعوى بعدم شرعية محاكم البداية في قطاع غزة، وقد نظرت محكمة العدل العليا في تلك الدعوى وقررت في جلستها بتاريخ 3 تشرين الأول 2016 إيقاف إجراء الانتخابات المحلية في قطاع غزة لعدم وجود قضاء شرعي مشكل حسب القانون الأساسي⁽²⁾، وبناءً عليه وتنفيذاً لقرار المحكمة أصدر مجلس الوزراء قراراً بتأجيل انتخابات مجالس الهيئات المحلية، في كافة أرجاء الوطن لمدة أربعة شهور، ومن أجل الخروج من الأزمة أصدر الرئيس محمود عباس مرسوماً في التاسع من كانون ثاني 2017، يقضي بتعديل قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية، حيث تضمن القرار سبع مواد تتعلق في

24- انظر في ذلك القرار رقم 17/108/03 الصادر عن مجلس الوزراء الفلسطيني، بشأن اجراء الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية لعام 2016، المنشور على الموقع الرسمي للجنة الانتخابات المركزية.

2- انظر في ذلك للطعن المقدم لدى محكمة العدل العليا في رام الله بتاريخ 2016/9/6 والمنشور في مجلة العدالة والقانون، العدد 28. والمقدم من كتلة التحرير الوطني والبناء في بلدية أم النصر (منطقة شمال غزة) وكتلة التحرير الوطني والبناء المرشحة في بلدية بيت حانون (منطقة شمال غزة) وكتلة التحرير الوطني والبناء المرشحة في بلدية النصيرات (منطقة دير البلح) وكتلة التحرير الوطني المرشحة في بلدية مدينة الزهراء (منطقة غزة).

تعديل اختصاص محكمة البداية في النظر بالطعون على قرارات لجنة الانتخابات المركزية، وإحالة اختصاصها إلى "محكمة قضايا انتخابات الهيئات المحلية"⁽¹⁾.

وبالإطلاع على نصوص القانون نجد أن القانون قد عرف المحكمة المختصة بأنها محكمة قضايا انتخاب الهيئات المحلية، وقد نص القانون على أن تختص المحكمة بالنظر في استئناف قرارات لجنة الانتخابات المركزية، والنظر في الطعون بنتائج الانتخابات⁽²⁾.

كما ونص القانون على أن تكون قرارات لجنة الانتخابات المركزية قابلة للاستئناف أمام المحكمة خلال خمسة أيام من تاريخ صدورها، وتصدر المحكمة قرارها في الاستئناف بعد خمسة أيام من تاريخ تقديمه، ويكون قرارها في ذلك نهائياً.

وفي ظل صدور القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 عاد مجلس الوزراء وأصدر قراراً في 31 كانون ثاني 2017، يدعو فيه إلى إجراء انتخابات محلية في يوم واحد في جميع الهيئات المحلية بالضفة الغربية وقطاع غزة، وتم تحديد يوم الانتخابات ليكون بتاريخ 13 أيار 2017، وحدد القرار المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الانتخابية أنها محكمة قضايا الانتخابات كما ورد في المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه⁽³⁾.

هذا وقد أبلغت حركة حماس لجنة الانتخابات خلال اجتماع عقد في مدينة غزة رفضها إجراء الانتخابات في قطاع غزة، وعزت رفضها إلى التعديل في قانون الانتخابات وعدم استشارة الحركة في هذا التعديل. وبناء على ذلك أصدر مجلس الوزراء قراراً في شهر شباط 2017 يقضي بتأجيل الانتخابات في قطاع غزة واستكمالها في الضفة الغربية⁽⁴⁾.

المبحث الثاني: مدى اختصاص محكمة العدل العليا في الطعون الانتخابية

استقر القضاء الإداري إلى التفريق بين الطعن الانتخابي والطعن بالقرار الإداري على أساس طبيعة كل طعن، حيث تعد الطعون الانتخابية ذات طبيعة خاصة عن دعوى إلغاء القرارات الإدارية⁽⁵⁾.

26- انظر في ذلك نص المادة 2 من القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تشكيل محكمة خاصة بالانتخابات، على أن تتشكل من أحد قضاة المحكمة العليا رئيساً، وأربعة عشر عضواً من قضاة محكمتي البداية والاستئناف، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد 128، بتاريخ 2017/1/14

27- انظر في ذلك نص المادة (2) الفقرة ب من القانون رقم (2) لسنة 2017.

28- انظر في ذلك نص المادة (3) البند 7 من قانون رقم (2) لسنة 2017

29- قرار مجلس الوزراء رقم 17/141/02 بشأن تأجيل إجراء انتخابات المجالس والهيئات المحلية في المحافظات الجنوبية لحين توفر الظروف الملائمة -

30- د. محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، منشورات الجامعة الأردنية 1981 ص 120.

وهنا لا بد من التمييز بين الإجراءات المتبعة بالنسبة لإلغاء القرارات الإدارية، وبين الطعون الانتخابية باختلاف إجراءاتها، فدعوى الطعن بإلغاء القرارات الإدارية يلزم تقديم الطعن من خلال محامي إضافة إلى خضوعها للرسوم المقررة قانوناً وخلال المدة المحددة بالقانون وهي ستون يوماً، أما الطعون الانتخابية فقد امتازت بالسرعة والقصر، وذلك لأن المشرع استهدف منها سرعة استقرار أوضاع المرشحين كما وأعطى الطاعن من الرسوم.

ومن أجل بيان اختصاص محكمة العدل العليا في الطعون الانتخابية، سنقوم بالتطرق إلى قانون تشكيل المحاكم النظامية في مطلب أول، وسنحاول في المطلب الثاني تحليل قرارات محكمة العدل العليا القاضية بإلغاء إجراء الانتخابات المحلية وولايتها على هذا الاختصاص.

المطلب الأول: الطعون الانتخابية حسب قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001

نظم المشرع اختصاص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون الانتخابية في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001⁽¹⁾، وبالرغم من ذلك بقي الغموض يكتنف الاختصاص في منازعات الانتخابات التي سبق للمشرع أن أسند الاختصاص بشأنها إلى محكمة البداية، وخاصة بعد عدة قرارات قضت فيها محكمة العدل العليا بولايتها على القرارات السابقة واللاحقة للعملية الانتخابية⁽²⁾.

حيث بينت ذلك في العديد من أحكامها حين قضت بأن الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا يكون لها حجة مطلقة على الكافة بالنسبة للمحاكم والسلطات الإدارية، وتلتزم الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ومن ثم انتهت المحكمة إلى بسط رقابتها على القرار مطبقة قرينة الصحة والسلامة واستهداف المصلحة العامة التي تصاحبه إلى أن يثبت العكس⁽³⁾.

31--انظر في ذلك نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، الصادر في مدينة غزة المنشور في الوقائع العدد38.

32- انظر في ذلك الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا رقم(220/2016) بشأن الانتخابات المحلية الصادر بتاريخ 2016/10/3.

33- نظم المشرع النظر في الطعون الانتخابية في قانون الانتخابات للهيئات المحلية رقم 5 لسنة الملقى، 1996 ومنح الاختصاص لمحكمة البداية ، وهنا يثور تساؤل هل نطبق قاعدة الخاص يقيد العام وبذلك تكون محكمة البداية هي صاحبة الاختصاص أم نطبق النص العام وهو قانون تشكيل المحاكم النظامية الذي جاء لاحق للخاص وهو قانون الانتخابات رقم 5 لسنة 1996 وبذلك تكون محكمة العدل العليا هي صاحبة الولاية. وهنا يتفق الباحث مع القول أنه لا مجال لتطبيق قاعدة اللاحق ينسخ السابق وذلك لأن نصوص قانون تشكيل المحاكم النظامية لم تتضمن نصاً يقضي بإلغاء كل ما من شأنه أن يتعارض مع نصوصه، في حين أنه وبصدور قانون الانتخابات رقم 10 لسنة 2005 لم يعد هذا التعارض قائماً.

وهنا لا بد لنا أن نشير إلى أن الفقه والقضاء استقرا على أن العملية الانتخابية تشتمل على إجراءات سابقة على عملية الاقتراع ومنها قرارات اللجنة المركزية للانتخابات كما تشتمل على الإجراءات اللاحقة على عملية الاقتراع ومنها إعلان النتائج⁽¹⁾.

وقد اشترطت المحكمة للنظر في الطعون الانتخابية أن يكون الطاعن ذا صفة معتبرة شرط الصفة في الطعون الانتخابية شرطا لازما ومستقلا عن شرط المصلحة ، كما وقضت أنه ولغايات قبول الدعوى شكلاً يجب أن يخاصم اللجان المشرفة على الانتخابات وبخلاف ذلك فإن المحكمة ترد الدعوى شكلاً⁽²⁾.

وهذا ما أكدته في حكمها الصادر بتاريخ 2010/12/13 حين قررت رد الدعوى شكلاً، لعدم صحة الخصومة وذلك لأن المستدعي لم يقدم أي دليل أو بينة على أنه أحد مرشحي القائمة، حتى يثبت له الصفة والمصلحة المباشرة اللتان تخولاه حق تقديم الطعن⁽³⁾.

في حين قبلت محكمة العدل العليا في نفس الاتجاه الدعوى المقامة من المستدعين جمال محمد المصري، وجمال صالح الخيري، ومحمد عبد الحميد ابو صقر، ضد المستدعي ضدهم: مجلس الوزراء الفلسطيني ووزير الحكم المحلي ولجنة الانتخابات المركزية ، مبررة قبولها بأن كل واحد منهم يحمل صفتين الأولى الصفة الشخصية والثانية صفة التمثيل في القائمة الانتخابية المرشحة.

وعليه وبما أنه قد استقر القضاء والفقه الإداري على أنه يشترط في رافع الدعوى الإلغاء إلى جانب شرط المصلحة أن تكون له صفة، معتبرة الصفة شرطاً لمباشرة الدعوى أمام القضاء⁽⁴⁾.

وبذلك نجد أن المشرع في قانون الانتخابات المحلية أعطى الولاية لمحكمة العدل العليا، بالطعن على قرار مجلس الوزراء بتأجيل الانتخابات ، وذلك بناءً على طلب لجنة الانتخابات⁽⁵⁾.

وخلاصة القول أن المشرع أعطى الولاية لمحكمة العدل العليا بالنظر في الطعون على قرارات مجلس الوزراء بإجراء الانتخابات.

1- د. صبري السنوسي، وكيل كلية الحقوق في جامعة القاهرة/مصر، العدالة والقانون (مجلة محكمة)، العدد 28، 2016، ص171.

35- انظر في ذلك تعليق د. صبري السنوسي، المنشور في مجلة العدالة والقانون، العدد 28 والمستند الى حكم محكمة العدل العليا الاردنية بالدعوى رقم 1996/371 الصادر بتاريخ 1997/6/29.

- حكم محكمة العدل العليا رقم 643 لسنة 2010 الصادر رام الله، بتاريخ 2011/9/26، حكم منشور، المقتفي. 3

37- انظر في ذلك قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية 2016/220، الصادر بتاريخ 2016/10/3 مرجع سابق.

-انظر في ذلك نص المادة (5) من قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم(10) لسنة 2005 المعدل، مرجع سابق. 5

المطلب الثاني: قرار محكمة العدل العليا للانتخابات المحلية والتعليق عليه.

أنشئت محكمة العدل العليا بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 حيث أورد المشرع اختصاصات محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون الانتخابية وذلك في نص في المادة (33) ، ويتضح من النص المتقدم أن اختصاص محكمة العدل العليا لم يكن محدداً في انتخابات معينة بعكس ما اتجه إليه المشرع الأردني حين حصر اختصاص محكمة العدل العليا بنظر الطعون بانتخابات المجالس البلدية والمحلية والإدارية⁽¹⁾.

وهذا ما سارت عليه محكمة العدل العليا الأردنية في العديد من أحكامها قبل صدور قانون القضاء الإداري الأردني، الذي ألغى قانون محكمة العدل العليا⁽²⁾ حيث نصت على اختصاصها بنظر الطعون المتعلقة بالانتخابات الغرف التجارية والنقابات وانتخابات المجالس القروية⁽³⁾.

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني حسناً فعل حين لم يسر على نهج المشرع الأردني الذي حدد اختصاص محكمة العدل العليا على سبيل الحصر في حين أن المشرع الفلسطيني أورد النظر في الطعون الانتخابية بشكل عام لولاية القضاء الإداري وأدخل بذلك كافة الطعون الانتخابية أيّاً كانت تلك الانتخابات لاختصاص محكمة العدل العليا⁽⁴⁾، وبذلك منح المشرع الاختصاص لمحكمة العدل العليا من أجل أن يوحد المبادئ والأحكام والحلول في كافة المنازعات المتعلقة بموضوع الانتخابات فوجود محاكم متعددة يؤدي إلى تعدد التفسير التشريعي وفهم القانون بصورة مختلفة.

إلا أن المشرع الفلسطيني عاد ونظم قانوناً خاصاً بانتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 ونص أن الاستئناف على قرارات لجنة الانتخابات أو الطعون الانتخابية يكون لدى المحكمة المختصة وحددها بأنها محكمة البداية التي تقع في دائرة اختصاصها، وذلك قبل تعديله في عام 2017⁽⁵⁾.

39- انشئت محكمة العدل العليا بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 حيث أورد المشرع اختصاصات محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون الانتخابية وذلك في نص في المادة (33) .

40- انظر في ذلك المادة رقم (5) الفقرة أ من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2014/8/17 ، التي نصت على " تختص المحكمة الإدارية دون غيرها بالنظر في الطعون في نتائج انتخابات مجالس".

3- أنظر في ذلك حكم محكمة العدل العليا بالدعوى رقم 1980/30 مجلة نقابة المحامين لسنة 1981 ص. وأنظر أيضاً حكم محكمة العدل العليا بالدعوى رقم 1966/119 مجلة نقابة المحامين لسنة 1966 ص935. وانظر أيضاً حكم محكمة العدل العليا بالدعوى رقم 1983/81 مجلة نقابة المحامين لسنة 1984 ص1168.

42- انظر في ذلك نص المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 البند 1

43- انظر في ذلك نص المادة (1) من قانون الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 وتعديلاته

واعتبر القانون قرارات لجنة الانتخابات المركزية قابلة للاستئناف خلال خمسة أيام من تاريخ صدورها أمام المحكمة المختصة التي تقع الدائرة الانتخابية ضمن دائرة اختصاصها، وتصدر المحكمة قرارها في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه، ويكون قرارها في ذلك نهائياً⁽¹⁾.

وقد ثار هذا الخلاف في انتخابات المجالس والهيئات المحلية عام 2016 حين أصدرت لجنة الانتخابات المركزية قرارها بقبول الاعتراضات المقدمة ضد كتلة التحرر الوطني والبناء وشطب هذه القوائم مع منح إمكانية استئناف قرار لجنة الانتخابات المركزية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدور القرار أمام المحكمة المختصة حيث حدد القانون المحكمة المختصة بأنها محكمة البداية التي تقع في دائرة اختصاصها⁽²⁾.

الأمر الذي رفضه المرشحون وقرروا عدم تقديم الاستئناف إلى محكمة البداية في غزة، مبررين أن قضاة محاكم البداية في غزة قضاة غير قانونيين ولم يتم تعيينهم حسب القانون مما حدا بهم إلى التوجه إلى محكمة العدل العليا والظعن على قرار لجنة الانتخابات المركزية، والقاضي بشطب القوائم الانتخابية الخاصة بهم إضافة إلى طعنهم على قرار مجلس الوزراء القاضي بإجراء الانتخابات المحلية.

وقد ردت محكمة العدل العليا الطعن المقدم من كتلة التحرر الوطني وبررت في قرارها أن الفقه والقضاء الإداري قد استقرا على أنه يشترط لقبول دعوى الإلغاء أمام محكمة العدل العليا ان توجه ضد قرار إداري نهائي وحسب التعريف والمفهوم للقرار الإداري والمستقر عليه فقهاً وقضياً أنه: إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من صلاحية بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث وتغيير مركز قانوني نهائي، واعتبرت القرار المطعون فيه والصادر عن لجنة الانتخابات هو قرار قابل للاستئناف أمام المحكمة وبالتالي فهو غير نهائي ولا يقبل الطعن به أمام محكمة العدل العليا وهو مستوجب الرد⁽³⁾.

وهنا يختلف الباحث مع ما قضت به محكمة العدل العليا باعتبار القرار الصادر عن لجنة الانتخابات المركزية قراراً غير نهائي مستنداً إلى أنه لا مجال من عدم اعتبار القرار الصادر عن اللجنة المركزية للانتخابات قراراً نهائياً، حيث يجب أن نفرق بين القرار الإداري النهائي الصادر من الجهة الإدارية والذي يجوز الطعن عليه أمام السلطة القضائية وبين القرار الإداري الغير نهائي، فقرار لجنة الانتخابات المركزية هو قرار نهائي لأنه صدر عن جهة اختصاص وجواز الطعن أو الاستئناف عليه أمام المحكمة المختصة لا يفقد القرار الصفة النهائية.

مستغربين ما اتجهت إليه محكمة العدل العليا في الخلط بين صدوره من جهة إدارية والطعن عليه أمام جهة قضائية إضافة إلى أن المحكمة كان لزاماً عليها النظر في الطعن المقدم إليها لأنها صاحبة الاختصاص وذلك

44-نص المادة(13) من قانون الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية رقم 10 لسنة 2005 وتعديلاته

2- انظر في ذلك قرار محكمة العدل العليا رقم (2016/220) للانتخابات المحلية في فلسطين ، الصادر بتاريخ 2016/10/3، مرجع سابق.

46- انظر في ذلك قرار محكمة العدل العليا رقم (2016/220) للانتخابات المحلية في فلسطين الصادر بتاريخ 2016/10/3، مرجع سابق

لاستحالة مراجعته من خلال المحكمة المختصة مستندة إلى ما استندت إليه في حكمها بأن المحاكم المتواجدة حالياً في قطاع غزة لا تملك الصلاحية في إصدار الأحكام لأنه لم يتم تشكيلها وتعيين قضاةها⁽¹⁾.

إضافة إلى أن الطاعن يمكنه الطعن على قرارات اللجنة المركزية للانتخابات أمام محكمة العدل العليا وذلك لأنه لم يمارس حقه في الاستئناف أو الاعتراض لدى المحاكم في قطاع غزة، وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري في مصر حيث قضت بأن "التجاء ذوو الشأن إلى طريق التظلم الإداري الذي رسمه القانون لا يحرمه من الالتجاء إلى طريق التظلم القضائي، بل إن القانون يستلزم ولوج الطريق الإداري قبل الالتجاء إلى الطريق القضائي، هذا فضلاً عن أن نهائية القرار هي شرط لإمكان الالتجاء للطريق القضائي وليست حائلاً دونه"⁽²⁾.

هذا ولا يتفق الباحث مع القول أنه كان على المحكمة بدلاً من رد الدعوى -لأن القرار الإداري ليس نهائي -أن ترد الطعن المقدم من الجهة الطاعنة مسببة ذلك بوجود طعن مواز والذي لا يجيز اللجوء إلى الطعن بالإلغاء طالما نظم المشرع طريقاً آخر للتقاضي، حيث استقرت اجتهادات محكمة العدل العليا منذ إنشائها على أن دعوى الإلغاء لا تكون مقبولة من قاضي الإلغاء إذا كان لدى الطاعن إمكانية أن يسلك طريقاً آخر يوصله إلى ذات النتائج التي تحققها له دعوى الإلغاء، فإذا أتاح المشرع للطاعن طريقاً قضائياً آخر خلاف دعوى الإلغاء فيتعين على الطاعن سلوكه وإذا لجأ إلى القاضي يقضي برد الدعوى شكلاً لوجود دعوى أو طعن مواز.

وعليه يرى الباحث بأن اجتهاد محكمة العدل العليا في الطعون المقدمة وإن كنا لا نتفق مع مجمله إلا أن المحكمة بسطت رقابتها على القرار المطعون فيه مطبقة قرينة الصحة والسلامة واستهداف المصلحة العامة إضافة إلى أن لجنة الانتخابات في تطبيقها لقانون الانتخابات للهيئات والمجالس المحلية رقم (10) لسنة 2005 وان كان تطبيقاً إلى قاعدة الخاص يقيد العام، إلا أن لجنة الانتخابات كانت على علم بعدم وجود قضاة شرعيين مختصين للفصل في الطعون الواجب تقديمها من المستدعين، وبالرغم من ذلك أبقت على موضوع المحكمة المختصة معتمدة على حالة الوفاق التي كانت سائدة في قطاع غزة متجاهلة بذلك حرمان المستدعين حقوقهم التي كفلها لهم القانون والقانون الأساسي.

الأمر الذي حدا بالمشرع الفلسطيني إلى إنهاء الجدل القائم بخصوص المحكمة المختصة والقضاة غير القانونيين وذلك من خلال إصدار قرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون انتخاب مجالس الهيئات المحلية رقم (10) لسنة 2005 ليتضمن القرار بقانون 7 مواد تتعلق في تعديل اختصاص محكمة البداية في النظر بالطعون على قرارات لجنة الانتخابات المركزية، وإحالة اختصاصها إلى "محكمة قضايا انتخابات الهيئات المحلية".

انظر في ذلك نص المادة (1) من قانون السلطة القضائية رقم 5 لسنة 2001. 1

48- الطعن لدى محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 517 لسنة 24 جلسة 1972/10/9، مشار إليه د. صبري السنوسي، تعليق على احكام صادرة عن محكمة العدل

العليا الفلسطينية، مجلة العدالة والقانون، العدد 28، ص 172..

الخاتمة

تناولت الدراسة دور المشرع الفلسطيني في تنظيم انتخابات الهيئات والمجالس المحلية في فلسطين، من خلال التطرق إلى التشريعات القانونية التي نظمت إجراء هذه الانتخابات، منها قانون الهيئات المحلية رقم (5) لسنة 1996 والذي أجريت على أساسه انتخابات المجالس المحلية عام 2004-2005، إلى أن تم إلغاؤه بقانون الانتخابات للمجالس والهيئات رقم (10) لسنة 2005 وتعديلاته.

كما وتطرقت الدراسة إلى اختصاص القضاء ورقابته على الطعون الانتخابية، حيث بينت أن المشرع منح القضاء النظامي ممثلاً بمحكمة البداية الاختصاص بالنظر في الطعون الانتخابية، كما وأسند لها حق النظر في الاعتراضات المقدمة على قرارات لجنة الانتخابات. وأيضاً منح المشرع الحق لكل ناخب أو مرشح أولوية الطعن في نتائج الانتخابات أمام المحكمة المختصة خلال أسبوع من تاريخ إعلان النتيجة.

كما وميزت الدراسة بين الطعون الانتخابية باختلاف إجراءاتها عن الإجراءات المتبعة بالنسبة لإلغاء القرارات الإدارية، فبالنسبة لإلغاء القرارات الإدارية يلزم لتقديم الطعن بإلغائها أمام المحكمة تقديمها من قبل محام، وخضوعها للرسوم المقررة قانوناً وخلال المدة المحددة بالقانون وهي ستون يوماً، أما الطعون الانتخابية فترفع الدعوى خلال مدة قصيرة وذلك لأن المشرع استهدف منها سرعة استقرار أوضاع المرشحين كما يعفى من الرسوم.

ومن خلال البحث حاولنا الكشف عن الغموض الذي يكتنف الاختصاص في الطعون الانتخابية، التي سبق للمشرع أن أسند الاختصاص بشأنها إلى محكمة البداية، وذلك من خلال التطرق إلى ولاية محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون الانتخابية وخاصة بعد حالة الانقسام السائد وعدم وجود قضاة شرعيين في قطاع غزة، مستندين في ذلك إلى العديد من الآراء التي بينت حجية المحكمة المطلقة في بسط رقابتها على الطعون الانتخابية مطبقة قرينة الصحة والسلامة واستهداف المصلحة العامة.

كما وتطرقت الدراسة إلى قرار محكمة العدل العليا الذي ردت الطعن المقدم من كتلة التحرر الوطني الفلسطيني، بموضوع قبول لجنة الانتخابات الاعتراضات المقدمة ضدهم وشطب قوائمهم في انتخابات الهيئات والمجالس المحلية لعام 2016، مستندة في قرارها أن الفقه والقضاء الإداري قد استقرا على أنه يشترط لقبول دعوى الإلغاء أمام محكمة العدل العليا أن توجه ضد قرار إداري نهائي، واعتبرت أن القرار المطعون هو قرار إداري غير نهائي لأنه قابل للاستئناف أمام المختصة فهو غير نهائي ولا يقبل الطعن به أمام محكمة العدل العليا وهو مستوجب الرد.

وقد خالفت الدراسة ما توصلت إليه محكمة العدل العليا، في اعتبار القرارات التي لا يستأنف ضدها أمام محكمة البداية بصفتها المحكمة المختصة لا ترقى أن تكون قرارات إدارية نهائية، وبالتالي لا يجوز الطعن بها أمام محكمة العدل العليا بالإلغاء، مستغربين ما اتجهت إليه.

وقد استندت الدراسة في رأيها إلى أن الطاعن يمكنه الطعن على قرارات اللجنة المركزية للانتخابات أمام محكمة العدل العليا، وذلك لأنه لم يمارس حقه في الاستئناف أو الاعتراض لدى المحاكم في قطاع غزة. إضافة إلى أن استحالة استيفاء الإجراءات لا دخل فيها لإرادة الطاعن أو صاحب المصلحة، وبالتالي فإن القرار الإداري الصادر من جهة الاختصاص الأولى هو قرار نهائي، لاستحالة عرضه على الجهة الأعلى مبررين ذلك بأن المحاكم المتواجدة حالياً في قطاع غزة لا تملك الصلاحية في إصدار الأحكام لأنه لم يتم تشكيلها وتعيين قضاها وفق أحكام المادة (1) من قانون السلطة القضائية.

كما وخلصت الدراسة إلى أنه وبالرغم من أن المشرع قد أصدر تشريعات خاصة كان آخرها القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017، والخاص بتشكيل محكمة خاصة بالنظر في الطعون الانتخابية، ليخرج من إشكالية القضاة غير القانونيين.

النتائج

- 1- خلصت الدراسة إلى أن المشرع الفلسطيني أورد النظر في الطعون الانتخابية بشكل عام في قانون تشكيل المحاكم النظامية حيث شملت كافة الطعون الانتخابية أياً كانت تلك الانتخابات.
- 2- خلصت الدراسة إلى أنه وبالرغم من أن محكمة البداية قبل تعديلها كانت صاحبة الاختصاص بالنظر في الطعون الانتخابية تحت قاعدة الخاص يقيد العام إلا أن الفقه والقضاء أكدوا أنه وفي حالة استحالة الطعن أمام المحكمة المختصة فيجوز الطعن أمام محكمة العدل العليا ويجب على المحكمة النظر في تلك الطعون .
- 3- خلصت الدراسة إلى أنه وبالرغم من إصدار القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تشكيل محكمة خاصة للنظر بالطعون الانتخابية إلا أن محكمة العدل العليا ستبقى صاحبة الولاية أيضاً في النظر في القرارات السابقة للعملية الانتخابية والقرارات اللاحقة لها والتي يجوز الطعن بها بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا.
- 4- خلصت الدراسة إلى أن القرار الإداري الصادر من جهة لجنة الانتخابات المركزية بخصوص شطب قوائم حركة فتح هو قرار نهائي لاستحالة عرضه على الجهة الأعلى مبررين ذلك بأن المحاكم المتواجدة حالياً في قطاع غزة والتي لم تشكل بموجب قانون السلطة القضائية لا تملك الصلاحية في إصدار الأحكام
- 5- خلصت الدراسة إلى أن العملية الانتخابية تشتمل على الإجراءات سابقة على عملية الاقتراع ومنها قرارات اللجنة المركزية للانتخابات كما وتشتمل على الإجراءات اللاحقة على عملية الاقتراع ومنها إعلان النتائج
- 6- خلصت الدراسة أن قرار مجلس الوزراء بإلغاء إجراء الانتخابات من تلقاء ذاته، غير جائز طالما لم يتم تقديم طلب من لجنة الانتخابات المركزية بتأجيلها، حيث خالف القرار النص الوارد في

قانون الانتخابات الذي يقضي بأن قرار مجلس الوزراء بتأجيل الانتخابات يجب أن يكون بناءً على طلب من لجنة الانتخابات.

7- خلصت الدراسة إلى اعتبار قرار اللجنة المركزية للانتخابات قراراً نهائياً لاستحالة مراجعته من خلال الجهة التي حددها القانون، ويجوز الطعن به أمام محكمة العدل العليا هذا فضلاً عن أن نهائية القرار هي شرط لإمكان الالتجاء للطريق القضائي وليست حائلاً دونه.

8- خلصت الدراسة إلى أن القرارات التي تصدر عن مجلس الوزراء هي قرارات إدارية تختص محكمة العدل العليا في النظر فيها، دون منازع حيث تعتبر من القرارات التي يجوز الطعن فيها أمام محكمة العدل العليا.

9- خلصت الدراسة إلى أن الاختصاص بنظر الطعون الانتخابية للهيئات والمجالس المحلية، هو اختصاص المحكمة المختصة سابقاً، ومحكمة قضايا الانتخابات بعد تعديل قانون الانتخابات للهيئات والمجالس المحلية.

10- خلصت الدراسة أن قانون الانتخابات المحلية أعطى الولاية لمحكمة العدل العليا، بالطعن على قرار مجلس الوزراء بتأجيل الانتخابات، وذلك بناءً على طلب لجنة الانتخابات.

التوصيات

1- ضرورة توحيد القوانين الناظمة للانتخابات في فلسطين وضرورة أن يتوخى المشرع الفلسطيني الدقة والتأنى في إصدار القوانين خشية إلغائها أو تعديلها.

2- ضرورة إزالة العقبات أمام إجراء الانتخابات المحلية في قطاع غزة كما تم إجراؤها في الضفة الغربية وذلك من خلال حوار وطني يكفل التوصل إلى اتفاق بين مختلف الأطراف.

3- ضرورة التوافق على تشكيل محكمة الانتخابات حسب القانون رقم 2 لسنة 2017 من قضاة نزيهين بما يضمن استقلاليتها وعملها بمعزل عن أي تأثير حزبي.

4- ضرورة استكمال إجراء الانتخابات في قطاع غزة وخلق مناخ مناسب لإجرائها.

5- ضرورة أن تشمل الانتخابات مدينة القدس، وذلك من أجل التأكيد على أن القدس عاصمة الدولة الفلسطينية الأمر الذي سيعكس فلسطينية هذه المدينة حتى ولو كان الموضوع لا يتعدى الإطار الشكلي.

المراجع

- د. أشرف الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية، شركة ناس للطباعة، الطبعة الاولى 2015.
- د. عبد الناصر أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، الكتاب الاول، دار الفكر.
- د. عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين، القدس، 2010.
- د. ماجد الحلو دعاوى القضاء الإداري ووسائل القضاء دار الجامعة الجديدة 2010
- د. محمود حافظ ، القضاء الإداري في الاردن ، منشورات الجامعة الاردنية 1981.
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي، جامعة بيرزيت، معهد الحقوق.

الأبحاث والمجلات والمنشورات

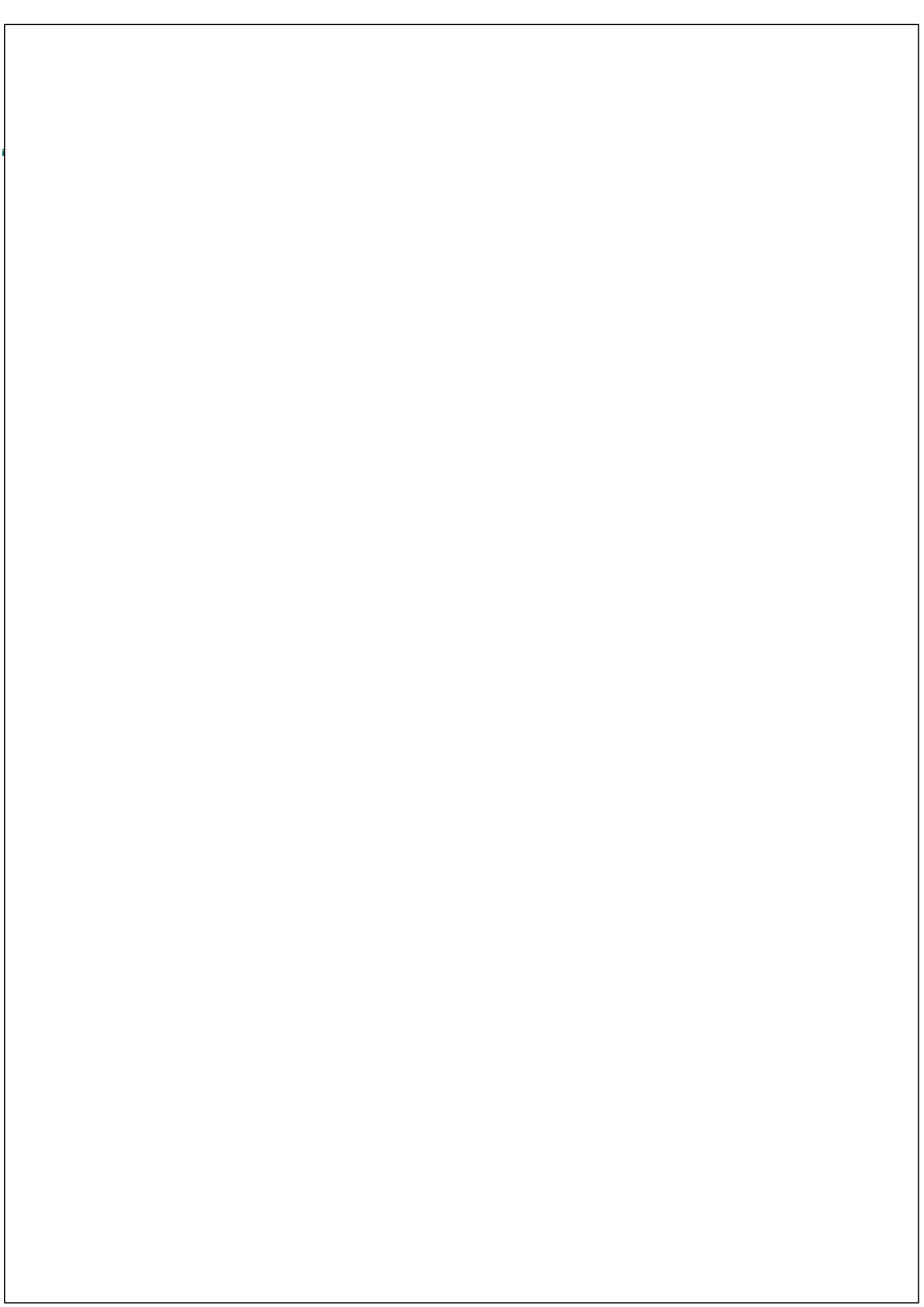
- د. صبري السنوسي، بحث منشور في مجلة العدالة والقانون ، مجلة محكمة، العدد 28، 2016.
- د. علي خطار حق الترشح في التشريع الاردني بحث منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 24 العدد 2 1997 .
- د. نوفان العصيل العجارمه بحث منشور على الانترنت ، بعنوان الرقابة القضائية على الطعون الإنتخابية.

المجلات والتقارير

- فلسطين، التقرير النهائي للجنة الانتخابات المركزية بخصوص الانتخابات التي أجريت عام 2012.
- فلسطين، العدالة والقانون " مجلة محكمة" العدد 28، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة".

القوانين والقرارات

- فلسطين، قانون تشكيل الهيئات المحلية رقم (5) لسنة 1996.
- فلسطين، قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001.
- فلسطين، قانون الانتخابات للمجالس والهيئات رقم (10) لسنة 2005.
- فلسطين، القرار بقانون رقم (8) لسنة 2016 بشأن تعديل قانون الهيئات المحلية رقم (1) لسنة 1997
- فلسطين، القرار بقانون رقم (2) لسنة 2017 بشأن تشكيل محكمة خاصة بالانتخابات.
- فلسطين، قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم 13/36/1 بشأن اجراء الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية الصادر بتاريخ 2010/2/8.
- فلسطين، قرار مجلس الوزراء ويصدر قرار بتاريخ 10 تموز 2012 باجراء الانتخابات المحلية في كافة محافظات الضفة الغربية دون قطاع غزة.
- فلسطين، قرار مجلس الوزراء رقم 17/108/03 لعام 2016 بشأن إجراء الانتخابات للمجالس والهيئات المحلية لعام 2016 في الضفة الغربية وقطاع غزة.
- فلسطين، قرار مجلس الوزراء رقم 17/121/07 لعام 2016 بشأن تأجيل إنتخابات مجالس الهيئات المحلية لعام 2016.
- فلسطين، قرار مجلس الوزراء رقم 17/137/08 لعام 2017 بشأن إجراء الانتخابات للمجالس الهيئات المحلية لعام 2017.
- فلسطين، قرار مجلس الوزراء رقم 17/141/02 لعام 2017 بشأن تأجيل إجراء إنتخابات المجالس والهيئات المحلية في المحافظات الجنوبية لحين توفر الظروف الملائمة.



سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين

بالتزاماتهم التعاقدية: دراسة مقارنة

عبد الحلیم مجدوب (باحث دكتوراه)

كلية الحقوق والعلوم السياسية - تلمسان

ملخص :

يعتبر جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة ووضعه تحت الإدارة المباشرة لجهة الإدارة إحدى أبرز الجزاءات الإدارية الضاغطة التي تستعملها الإدارة للضغط على المتعاقد معها وحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية على أكمل وجه دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك، أو بالاستناد إلى نص قانوني يخول لها هذا الحق، وهذا كله حفاظا على سير المرفق العام محل تنفيذ العقد بانتظام و اضطراد، وتحقيقا للمصلحة العامة .

الكلمات المفتاحية : النظام العام ، العقد الإداري ، المصلحة العامة ، المرفق العام ، السحب ، الإدارة المباشرة ، الجزاءات ، المتعاقد .

Résumé;

La pénalité pour le retrait des travaux de L'entrepreneur dans les marchés publics et leur gestion direct est L' une des sanctions administratives les plus présentes utilisées pour la direction pour fièvre pression sur L'entrepreneur et même pour exécuter pleinement ses obligations sans avoir a recouvrir au tribunaux pour obtenir une décision judiciaire afin de statuer , ou sur la base d'un texte juridique l'autorisant à le faire, afin de préserver le fonctionnement de l'établissement public mise en seuvre sur la base régulière et pour suivre du contrat dans l'intérêt public.

Mots clés ; Ordre public, contrat administratif , intérêt public , retrait , gestion direct , services public, Les sanctions, le contracté .

مقدمة :

إن العقد الإداري مثله مثل أي عقد آخر يربط بين طرفين ويتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات التي يتوجب على كل من طرفي العقد احترامها والتقيدها، ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن المتعاقد يتحتم عليه وأثناء تنفيذه للعقد الإداري مراعاة واحترام جميع الشروط التعاقدية التي تم الاتفاق عليها في العقد بشكل كامل وصحيح وشخصي، حيث ينتج عن هذا أن المتعاقد لا يستطيع أن يتنازل للغير عن العقد، أو التنازل عن تنفيذ التزاماته كلياً أو جزئياً دون أخذ موافقة من جهة الإدارة¹، كما يتعين عليه الحرص على تنفيذ التزاماته التعاقدية بدقة وحرص شديد ضمن مواعيدها المحددة والمتفق عليها في العقد، وبناء على ذلك فإن أي إخلال من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام يعد بدوره إخلالاً جسيماً بالمرفق محل العقد، تنتج عنه اضطرابات اقتصادية واجتماعية بالغة الخطورة²، ما يخول لجهة الإدارة سلطة فرض جزاءات عليه، تتناسب طبيعتها مع طبيعة وحجم التقصير أو الخطأ الذي قد يقع فيه المتعاقد، بهدف الضغط عليه لتنفيذ التزاماته على الوجه الأمثل والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ومن جملة الجزاءات التي تحوزها جهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري وبالخصوص في عقد الأشغال العامة نجد جزاء سحب العمل من المقاول والذي يعتبر من أشد الجزاءات وقعا على المتعاقد، فماذا يقصد بجزاء سحب العمل؟ وما هي الشروط الواجب توافرها لتوقيعه؟ وأهم الآثار التي قد تنتج عنه؟

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على جزاء سحب العمل من المقاول، وتناوله بالدراسة والتحليل لمعرفة طبيعته القانونية، والشروط الواجب توافرها حتى يتسنى لجهة الغدارة توقيعه على المتعاقد معها، وكذا أهم الآثار القانونية التي يمكن أن تنتج عنه، وصولاً إلى معرفة مدى تأثير هذا الجزاء على المقاول، لحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية بصورة مرضية، بما يحقق المصلحة العامة ويحافظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد على حد سواء.

الصعوبات التي واجهت الباحث: من أبرز الصعوبات التي واجهت الباحث وهو بصدد إعداد هذا البحث هو ندرة المراجع والأحكام القضائية وكذا نقص معالجة التشريع لهذا الموضوع بشكل كاف من الجانب الجزائري، كما أننا لم نجد من الدراسات من عالجت هذا الموضوع بصفة مستقلة.

¹ محمد مقبل سالم العندي، أثار العقد الإداري في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، د، س، ن، ص 09.

² جهاد زهير ديب الحرازين، عقود الامتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، الطبعة الأولى، ص 186.

منهج البحث : فرضت طبيعة الدراسة إتباع المنهج الوصفي، والتحليلي المقارن باعتبار أنها تتعلق بنصوص قانونية وتنظيمية، من خلال الربط والمقارنة بينها، وصولاً لتقييم مدى فاعلية هذا النوع من الجزاءات للضغط على المقاولين لتنفيذ التزاماتهم على نحو مرض.

وعليه تم تقسيم دراستنا هذه على النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة وطبيعته القانونية .

المبحث الثاني : شروط سحب العمل من المقاول وأهم الآثار القانونية المترتبة عن استعمال الإدارة له .

المبحث الثالث : ضمانات المقاول إزاء ممارسة الإدارة لجزاء السحب .

الخاتمة .

المبحث الأول : مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة وطبيعته القانونية .

سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما المفهوم القانوني لجزاء سحب العمل من المقاول (المطلب الأول)، ومن ثمة لطبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم جزاء سحب العمل من المقاول

نظراً لارتباط جزاء سحب العمل من المقاول بعقد الأشغال العامة بصفة خاصة ستقتضي منا الدراسة تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص أولهما للتعرف على ماهية عقد الأشغال العامة (الفرع الأول) وثانيهما نتعرض فيه للمفهوم القانوني لجزاء سحب العمل من المقاول (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف عقد الأشغال العامة

يكتسي عقد الأشغال العامة أهمية كبرى عن غيره من العقود الإدارية الأخرى التي تيرمها الإدارة، ولقد تعددت التعاريف التي جاءت بشأنه إلا أن جميعها ينصب في قالب واحد، حيث عرفت المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية الفرنسي عقد الأشغال العامة على أنه : " ذلك العقد الذي ينصب موضوعه على إنجاز أشغال البناء أو الهندسة المدنية بناء على طلب أحد الأشخاص العامة التي تمارس سلطة صاحبة المشروع"¹.

¹-Christophe Lajoye –droit des marches publics.2^{eme} édition mise .ajouré au 1^{ere}mai2005-gualino éditeur .page 46.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد وجدنا أنه بالرغم من اعتباره لعقد الأشغال العامة عقداً إدارياً إلا أنه عزف عن إعطاء تعريف له، تاركاً ذلك للفقه والقضاء، لمزيد من التفاصيل أنظر: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 90.

كما درجت أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية في تعريفها لعقد الأشغال العامة ومنها حكمها الصادر في 23 ديسمبر 1956 بأنه: "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"¹

وهو نفس الشيء الذي استقر عليه الفقه حين عرفه على أنه: "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة خاصة يتعهد بمقتضاه المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار ما لحساب شخص معنوي عام بغرض تحقيق منفعة عامة مقابل ثمن يتقاضاه المقاول يتم تحديده مسبقا في العقد"².

من خلال استقراء التعاريف المشار إليها أعلاه والتي قيلت بشأن عقد الأشغال العامة، يلحظ أن كلا من التشريع والفقه والقضاء قد أجمع على توفر ثلاثة أركان أساسية لقيام هذا النوع من العقود هي:

- أن ينصب موضوع الأشغال على عقار:

ويشمل ذلك جميع أعمال البناء والترميم والتهيئة والصيانة الواردة على عقار، وكذلك بناء الجسور والأنفاق وتعبيد الطرقات وما إلى ذلك، باستثناء الاتفاقات التي يكون موضوعها منقولات مملوكة للإدارة من عقود الأشغال العامة مهما كانت ضخامتها كإعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات.

ولقد توسع القضاء الإداري الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة واعتبر العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة من قبيل أعمال التنظيف والرش في الطرق العامة، وكذلك عقود تقديم المساعدات المالية والعينية لتنفيذ الأشغال.

- أن يتم تنفيذ الأشغال لحساب شخص من أشخاص القانون العام:

حتى نكون أمام عقد أشغال عامة يجب أن يتم العمل الوارد على عقار لحساب شخص معنوي عام، ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي كالدولة أو الولاية أو البلدية، أو شخص مرفقي كالمستشفيات والمخابر ومراكز التكوين المهني³.

¹ - مقتبس عن: عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري – الصفقات العمومية في الجزائر- رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009، ص53.

² - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 105

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15 – 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، 2015، ط5، ص 173.

-أن تستهدف الأشغال تحقيق الصالح العام :

يجب أن يكون الهدف من وراء إبرام الإدارة لعقود الأشغال العامة هو تحقيق الصالح العام وتلبية حاجيات الجماهير المتزايدة، ولا يشترط أن تتم الأشغال على أموال عامة ، أو عقار مخصص لمرفق عام، ولهذا فإنه من المتصور أن تكون الأشغال لحساب شخص معنوي عام وتتعلق بعقار الملتزم في حالة عقد التزام المرافق العامة، ذلك أن الغاية منها في نهاية المطاف هو تحقيق النفع العام¹.

الفرع الثاني: تعريف جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة .

يعتبر جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة إحدى أهم وسائل الضغط التي تستعملها الإدارة للضغط على المتعاقد معها قصد إجباره وحثه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وفق ما تم النص عليه في العقد.

ولقد جرى تعريفه على أنه: "إحلال الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه، أو أن تعهد به إلى متعاقد غيره على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته"².

كما عرفه البعض الآخر على أنه إجراء تحل بمقتضاه الإدارة المتعاقدة بنفسها أو عن طريق مدير تعيينه بمعرفتها محل المقاول المقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال لحساب المقاول وعلى مسؤوليته³.

وفي تعريف جاء أكثر تفصيلاً عن التعريفين السابقين عرف جزاء سحب العمل من المقاول على أنه: "جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة حق ممارستها، فهو وسيلة ضغط وإجراء قهري بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر تعهد له بذلك محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لتنفيذ الأشغال على حساب هذا الأخير ومسؤوليته، كما يمكنها الاستيلاء على أدواته وعماله بالقدر الذي يمكنها من إنجاز الأعمال"⁴.

من خلال التعريفات المشار إليها أعلاه يتضح لنا أن جميعها قد اتفقت على أن جزاء سحب العمل من المقاول عبارة عن إجراء ضاغط تستخدمه الإدارة للضغط على المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية قصد

- عليوات ياقوتة ، المرجع السابق ، ص 56.¹

²- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، 2003، ص 152.

³- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة (دراسة مقارنة) ،رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتور في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1979، ص 171.

⁴- Christophe Lajoye –droit des marches publics... ,Op.cit,p 181.

تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراد وضمن تنفيذ العقد من خلال التنفيذ على حسابه مباشرة أو بأن تعهد إلى مقاول آخر على حسابه ومسؤوليته، دون إنهاء العقد محل التنفيذ.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يسلم فريق كبير من الفقهاء أن جزءا سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة مرتبط بالنظام العام، باعتباره ضمانا أساسية مخولة لجهة الإدارة، الغاية منها الضغط على المقاول قصد إتمام الأشغال محل التعاقد، كما يعد ضمانا أخرى في نفس الوقت لسير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ولقد نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر بخصوص هذا الشأن على أنه: " لا يعتبر التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر وتطبيق لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد؟؟؟ ويتحمل المقاول فروق الأسعار المترتبة على هذا التنفيذ"¹.

هذا وباستطاعة جهة الإدارة ممارسة جزءا سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة من دون اشتراط وجود نص في العقد يسمح لها بذلك، غير أن هناك بعضا من الفقهاء من يشير إلى أنه في حال ما اتفق أطراف العلاقة التعاقدية باستبعاد هذا الجزاء فإنه من الملزم أن تفسر إرادتهم هذه على أساس أن حق الإدارة في توقيعه، لا بد أن يكون إلا في حالات التقصير الشديدة التي تبقي المرفق العام في خطر إذا لم يتم تداركها، بحيث يبقى تطبيق هذا الاتفاق مقتصرًا على حالات الخطأ الثانوية، في حين رفض البعض الآخر التسليم بهذا المبدأ، معتبرا أن النص في عقد الأشغال العامة على استبعاد جزءا السحب يعتبر باطلا ولا يعتد به².

كما أنه ومن ناحية أخرى يمكن لجهة الإدارة سحب العمل من المقاول ووضعه تحت الإدارة المباشرة لها دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء لإصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك، ويكون ذلك بمجرد قرار إداري صادر عنها وبإرادتها المنفردة على أن تتوافر فيه جميع مقوماته شأنه شأن القرارات الإدارية الأخرى التي تصدر عن جهة الإدارة وهي بصدد ممارسة مهامها من (شكل ومحل وسبب واختصاص وغاية)، وإلا جاز للمقاول طلب التعويض المناسب في حال كان قرار الإدارة الصادر بهذا الشأن معيبا ، دون إلغائه .

1- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر قرار رقم 26-922-5843 (1982/11/20) 86/18/28 أورده الدكتور ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 158.

2- سعيد عبد الرزاق باخيرة ، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2007-2008 ، ص 248.

ومما هو جدير بالذكر أيضا، ونحن بصدد دراسة الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، أنه عبارة عن إجراء مؤقت، لا يترتب عنه إنهاء العقد، بل يبقى العقد الأصلي قائما، وينفذ على حساب المقاول الأصلي مع تحميل هذا الأخير المخاطر التي قد تنجر عنه¹.

المبحث الثاني: شروط سحب العمل من المقاول وأهم الآثار القانونية التي تترتب عن استعمال الإدارة له
سيتم في هذا البحث معالجة كل من الشروط التي يتوجب على الإدارة مراعاتها عندما تنوي الإدارة توقيع هذا الجزء (المطلب الأول)، وكذا أهم الآثار القانونية التي تترتب عنه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط استعمال الإدارة لجزاء سحب العمل من المقاول.

نظرا لاتصاف هذا الإجراء المخول لجهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في حالة تقصيره بالخطورة، يشترط كل من الفقه والقضاء على جهة الإدارة مجموعة من الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى لها فعل ذلك، والتي يمكننا سردها على النحو التالي:

الفرع الأول: وقوع خطأ جسيم من جانب المقاول

من الأمور المسلم بها لدى كل من الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والجزائر أنه لكي يتسنى لجهة الإدارة القيام بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة لها بعد سحب العمل من المقاول لابد من ارتكاب هذا الأخير لخطأ في غاية الجسام، فالأخطاء البسيطة والتي لا ترقى إلى هذه الدرجة لا تكفي لتبرير هذا الجزء²، حيث يكون باستطاعة المقاول في حالة ماتم وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة وسحب العمل منه أن يطلب تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب عن ذلك من نتائج بما في ذلك حقه في المطالبة بالتعويض³، ومن بين الأمثلة التي تنطبق على الخطأ الجسيم الذي قد يرتكبه المقاول أثناء تنفيذه للعقد في نظر مجلس الدولة الفرنسي ما يلي:

- ترك موقع العمل أو وقف الأعمال لمدة تزيد على خمسة عشر يوما دون سبب معقول.

- عدم استجابة المقاول للأوامر المصلحية الموجهة إليه من قبل الإدارة⁴.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص 512.¹

²- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 140.

- نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، الطبعة الأولى، ص 243.³

³- ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن: "عدم امتثال المقاول للأوامر المصلحية يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر توقيع جزاء شديد يتناسب مع ما قد يحدثه الامتناع عن تنفيذ الأوامر من اضطراب خطير من الناحية الاقتصادية، مما

- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باستخدام وسيلة من وسائل الغش والتدليس أو التلاعب في الطريق المتفق عليها لتنفيذ العقد، أو بالتعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك .
- تواجد المقاول في مركز مالي سيء يحول بينه وبين تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو بتقديمه لطلب خطي يعلن فيه عن إشهار إفلاسه¹.
- إذا أهمل إهمالا جسيما في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بإحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد، ولم يباشر بإصلاح أثار ذلك².
- إذا تنازل المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون الحصول على موافقة محررة كتابيا من جانب الإدارة، أو صدر حكم بحقه من محكمة ذات اختصاص يقضي بحجز أمواله وكان من شأن هذا الحجز أن يؤدي إلى عجزه عن الإيفاء بالتزاماته³.

أما بالنسبة للأفعال المبررة لحلول الإدارة محل المتعاقد معها بجمهورية مصر العربية في عقد الأشغال العامة فإننا نجد وبالعودة إلى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 أنها لم تشر صراحة إلى الأفعال التي يمكن على أساسها لجهة الإدارة سحب العمل من المقاول واكتفت بالإشارة إلى هذا النوع من الجزاءات فقط وذلك في نص المادة 84 والتي جاء فيها : "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة اتخاذ أحد الاجرائين التاليين :

- (أ) فسخ العقد .
- (ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها ، والمتعاقد عليها وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة⁴.

يعوق حسن سير المرافق العامة، وعلى ذلك فإن رفض المقاول الإذعان لهذه الأوامر يعطي الحق للإدارة الحق في أن تسحب العمل منه أو أن تلجأ لفسخ الصفقة". انظر: سبكي ربيحة ، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 122.

- سعيد عبد الرزاق باخيرة ، المرجع السابق، ص 250.¹

- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، 1998 ، ط 2 ، ص 134.²

- محمود خلف الجبوري، المرجع نفسه، ص 134.³

⁴- المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية الصادر بتاريخ: 1998/05/08، ج، ر عدد 19 مكرر، الصادرة في 1998/05/08.

ويذهب الدكتور سليمان الطماوي في تعليقه على نص هاته المادة إلى القول بأن الحالات المذكورة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، ذلك أن لجوء الإدارة إلى إتخاذ إجراء جزاء سحب العمل يستند في حقيقة الأمر إلى طبيعة العقد الإداري وارتباطه بالمرافق العامة ومتطلبات حسن سيرها بانتظام واضطراد، مما يؤكد أحقية جهة الإدارة الإدارية في سحب العمل من المقاول في كل مرة يخطئ فيها المقاول خطأ على قدر كبير من الجسامه¹. كما نجد وبالعودة للمشرع الجزائري أنه اكتفى بالإشارة إلى هذا النوع من الجزاءات دون الإشارة إلى الحالات التي يمكن للإدارة أن تسحب فيها العمل من المقاول بشكل واضح، تحديدا في الفقرة 03 من المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964² والتي نصت على أنه: "...إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة، يجوز للمهندس الرئيسي باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير، أن يأمر بإجراء النظام المباشر على نفقة المقاول، ذلك النظام الذي يجوز للإدارة أن يكون جزئيا"، و يقصد بالنظام المباشر في هذه الحالة التنفيذ المباشر للأشغال بعد سحبها من المقاول وقيام الإدارة المتعاقدة بنفسها تنفيذ الأشغال مباشرة على نفقة المقاول المتخلف³.

على اننا نجد إلى بعض التلميحات للحالات التي يمكن للإدارة سحب العمل من المقاول ما جاء في نفس المادة من الدفتر المشار إليه أعلاه في الفقرة الأولى منها والتي جاء فيها: " إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر العمل التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

ومن خلال جميع الحالات المشار إليها أعلاه والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر يتضح لنا أن أي إخلال من جانب المتعاقد بأي شرط من الشروط التعاقدية يتصف بالجسامه يعد بدوره سببا وجها لسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه ومسؤوليته، شريطة أن يصدر ذلك بقرار من السلطة المختصة بعد خضوعه لرقابة قاضي العقد، الذي ليس بإمكانه إلغاؤه وإن كان بوسعه تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا السحب، مع إمكانية اقتضاء الإدارة المتعاقدة مالها من حقوق لدى المتعاقد، خلفها التنفيذ المباشر على حسابه من ممتلكاته بالموقع، أو ماله من مستحقات لدى أية جهة حكومية أخرى⁴، كما سيتم التعرض له لاحقا من هذه الدراسة.

1- محمد سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص 535 .

2- القرار المؤرخ في 1964/11/21 ، ج.ر.06 الصادرة في 1965/01/19 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية الخاصة بوزارة البناء وتجديد الأشغال العمومية والنقل .

3- بن سديرة جلول،الجزءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام المعتمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015 ص95.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام / التنفيذ / المنازعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004، ص284.

الفرع الثاني: ضرورة إعدار المقاول قبل فرض جزاء سحب العمل منه:

من حيث المبدأ فإنه لأعقاب بدون إنذار يسبقه، وعليه يسلم كل من الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والجزائر على ضرورة توجيه إعدار إلى المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة قبل سحب العمل منه ، ومنحه المهلة الكافية لإصلاح مخلفاته، وإلا كان مسلكها بتوقيع هذا الجزاء معيباً¹.

ويعرف الإعدار على أنه ذلك التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد معها ، لتوضيح له الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وحثه على ضرورة الإلتزام بتنفيذ العقد وفقاً للقواعد القانونية المعمول بها ، خلال الميقات والمدة التي حددتها له، تحت طائلة اتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه².

وعلى ذلك يجب أن يتضمن الإعدار ما يلي :

- المخالفات المنسوبة للمتعاقد مع إيضاح أوجه التقصير التي تعتري عملية تنفيذ التزاماته التعاقدية .
- الأعمال التي ينبغي عليه القيام بها لإصلاح هذه المخالفات .
- المدة الزمنية المحددة لتنفيذ الإصلاحات المطلوبة خلالها .
- إنذار الإدارة للمتعاقد بأنها ستضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة بسحبها منه وإسنادها لغيره تنفيذاً لها على نفقته الخاصة في حالة عدم استجابته³.

إلا أنه بالرغم من التزام الإدارة بتوجيه إنذار إلى المقاول المقصر قبل توقيع الجزاء عليه مثلما هو منصوص عليه عادة في عقود الأشغال العامة ، أو كراسات الشروط المطبقة على هذا النوع من العقود ، إلا أن سكوت العقد عن ذلك أو عدم إدراج شرط في كراسة الشروط يقضي بتوجيه الإدارة إنذارات إلى المتعاقد معها لا يعني عدم ضرورتها و الاستغناء عنها، وإنما يبقى الإنذار شرطاً مفروضاً على الإدارة يتحتم على الإدارة التقيد به⁴.

ووفقاً لذلك فقد اشترطت المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على الإدارة قبل قيامها بوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة ، ضرورة توجيه إعدار إلى المقاول ، وذلك بإنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره، مع

- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 148.¹

- الذي يتخذ في مجمل الحالات طابع الجزاء الإداري .²

³- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 124.

- نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 247.⁴

مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك سوى عيب الانحراف بالسلطة¹.

وهو نفس الشيء الذي جاءت به المادة 35/ 01 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة الجزائري في الفقرة الأولى منها والتي جاء النص فيها على أنه: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر الصفقة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر مصلحة".

ليبقى بذلك الإعذار من الشروط الجوهرية التي يتعين على الإدارة التقيد بها، وفي حال ما إذا ماخلفت هذه القاعدة عد قرارها بسحب العمل من المقاول باطلا لعدم استيفائه الشروط الشكلية، ومع ذلك يبقى من شأنها أن تحل محل المقاول في الحالات الإستعجالية فقط، ومن ذلك ماقرته المادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة في فرنسا²، وغير بعيد عن ذلك ماأقره المشرع الجزائري هو الآخر في نص المادة 35 من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة بالقول عنه: "...لاتقل المهلة عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار، ماعدا في الحالات المستعجلة"³.

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه يفرض على جهة الإدارة قبل قيامها بوضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، ضرورة توجيه إعذار إلى المقاول بأي حال من الأحوال، وذلك بإنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراءات الإصلاحات اللازمة في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره، مع مراعاة أن سلطة الإدارة بخصوص هذا الشأن هي سلطة تقديرية لا يحدها في ذلك سوى عيب الانحراف بالسلطة، وهو ما أشارت إليه المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري والتي جاء في منطوقها أنه: "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراءات هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة إتخاذ أحد الإجرائين التاليين :

(أ) فسخ العقد .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها، والمتعاقد عليها وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة"⁴.

¹-المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري .

- سعيد عبد الرزاق باخبيزة ، المرجع السابق ، ص 256.²

- المادة 35 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 السالف ذكره.³

⁴-المادة 84 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري المصرية.

ومما ينبغي لنا التنويه له أنه يمكن ومن جانب آخر إعفاء الإدارة من هذا الإجراء إذا ما ورد نص صريح في عقد الأشغال العامة أو دفاتر الشروط الملحقة به يعفيها من الالتزام بالانذار المسبق للمقاول المقصر، على أن يتم تفسير هذا النص تفسيرا ضيقا لما يشكله من خطر على المقاول، ناهيك عما يمثله من استثناء على القاعدة العامة التي توجب اخطار المقاول المقصر قبل توقيع جزاء السحب عليه¹.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

يترتب على توافر الشروط السالف ذكرها لسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة مجموعة من الآثار القانونية، والتي يمكن لنا التطرق لها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

- إن جزاء سحب العمل من المقاول ما هو إلا إجراء عارض ومؤقت، لا يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، بل يبقى العقد قائما، كما يبقى المقاول المعذر ملزما به².

- إن جزاء سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية يحمل المقاول كافة الآثار القانونية التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته، إما عن طريق تولي الإدارة بنفسها تنفيذ العقد أو بواسطة مقاول آخر تعهد إليه بذلك، تختاره بالطريقة التي تراها مناسبة.

- حق الإدارة في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وألات وأدوات مستعملة في تنفيذ المشروع بغية استخدامها لإتمام العمل، وليكون بذلك هذا التصرف ضمانا لحقوقها قبل المقاول³.

- يجوز للإدارة المتعاقدة صاحبة الأشغال أثناء وضع المرفق تحت التنفيذ المباشر عقد أو إبرام صفقات جزئية متعلقة بحسن تنفيذ الأعمال، إلا أنه ليس بإمكانها عقد صفقات شاملة بالعمليات المنصوص عليها في العقد الأصلي⁴.

- بإمكان الإدارة بيع ما تم الحجز عليه من طرفها لاستيفاء حقوقها، وما يترتب لها من تعويضات عما لحقها من أضرار بسبب سحب العمل⁵.

¹- لمزيد من التفاصيل أنظر: نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص 251.

²- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2012، ص 125.

³- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 513.

⁴- فارس علي جنكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 170.

- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 154.⁵

- منع المتعاقد المقصر من اعتراض طريق المتعاقد المنفذ أثناء تنفيذه للعقد، أو التدخل في طريقة تنفيذ الأعمال الموكلة إليه¹، مع احتفاظه بحق المراقبة والمتابعة في تنفيذ الأشغال دون عرقلة تنفيذ أوامر المهندسين².
- يمكن للإدارة صاحبة الأشغال رفع جزاء سحب العمل وإعادة العمل للمقاول المستبعد، لإكمال وإنجاز ما قد تم البدء فيه من قبله من أشغال بصورة مرضية في حالة ما أثبت قدرته على ذلك، والضمانات اللازمة لتنفيذ العمل وفق مواعده المحدد، بما ينطبق مع شروط ومواصفات عقد الأشغال العامة، ولها أن تستعمل في ذلك كامل سلطتها التقديرية، إما بالموافقة على طلبه أو رفضه³.
- عدم تحمل الإدارة مسؤولية ما أصاب مباني وأدوات وآلات ومواد العمل التي تم الحجز عليها من قبلها، من تلف أو عطب لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق أيضا في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل بها⁴.

المبحث الثالث : ضمانات المقاول إزاء توقيع جزاء السحب عليه

بالرغم من تخويل جهة الإدارة صلاحية سحب العمل من المقاول إذا ما أخل إخلالا جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن ذلك لا يعني أن المشرع قد أغفل عن إيجاد ضمانات لصالح المتعاقد، بإخضاع قرار الإدارة الفاضلي إلى توقيع جزاء السحب إلى رقابة القضاء (المطلب الأول) وكذا إعفاء المتعاقد من توقيع هذا النوع من الجزاءات عليه في بعض الحالات (المطلب الثاني)

ضرورة إخضاع قرارات الإدارة الفاضلية إلى توقيع جزاء سحب العمل من المقاول لرقابة القضاء .

تعد رقابة القضاء على قرارات الإدارة الفاضلية بتوقيع جزاء سحب العمل من المقاول، إحدى أهم الضمانات الأساسية المقررة لصالحه والتي تأتي في مقابل ضمانات توقيع الجزاءات المخولة لجهة الإدارة، ويجب أن نشير بادئا إلى أن رقابة القضاء التي تمارس على جزاء سحب العمل من المقاول هي رقابة إلغاء وتعويض يمارسها قاضي العقد، ويتسع نطاقها في هذا الشأن لتشمل مشروعية القرار الصادر بتوقيع الجزاء وأركان القرار الإداري سواء من ناحية الشكل والإجراء ومخالفة القانون أو الإنحراف في استعمال السلطة، كما تمتد لتصل بذلك إلى حد التأكد من مدى ملائمة القرار القاضي بتوقيع هذه الجزاءات على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه⁵.

¹ - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 139.

² - المادة 06/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة السالف الذكر.

³ - فارس علي جنكيز، المرجع السابق، ص 180.

⁴ - مفتاح خليفة عبدا لحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 167.

⁵ - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري - تنظيم القانون الإداري والإدارة المحلية / التنظيم القانوني للوظيفة العامة /

نظرية العمل الإداري - ج 02، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 756

وبالتالي يبقى من شأن المقاول الطعن أمام القضاء الإداري، في عدم مشروعية قرار جزاء السحب الموقع عليه، وذلك على أساس دعوى القضاء الكامل .

غير أننا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يقيد من سلطة القضاء في مراقبة القرارات الصادرة بصدد ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، بما فيها جزاء سحب العمل من المقاول، فبالنسبة للجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو تخفيضها بخلاف ما يجري عليه الأمر في خصوص إستعمال الإدارة لوسائل الضغط والإكراه وعلى رأسها جزاء سحب العمل من المقاول إذ بإستطاعة القاضي في مثل هذه الحالة أن يحكم بالتعويض عنها دون أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات¹، وهذا ما هو مستقر عليه في القضاء الفرنسي حالياً.

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فإن بإستطاعة القاضي وعلى خلاف نظيره الفرنسي إلغاء القرار الصادر بتوقيع الجزاء أيا كان نوعه ، سواء أكان جزاء مالياً أو جزاء ضاغظاً ، أو جزاء فاسخاً².

وتظهر أهمية إخضاع قرارات الإدارة القاضية بتوقيع جزاء سحب العمل من المقاول إلى رقابة القضاء ذلك أنه إذا ما خالفت الإدارة أو تعسفت في إستعمال سلطتها هذه، فإن للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري للحكم بعدم مشروعية قرار الإدارة ، و بالتالي الحصول على التعويض المناسب³.

ويشير الأستاذ **Bonnard** بهذا الصدد إلى أنه : " بإمكان الإدارة اللجوء إلى قاضي العقد لتطلب منه توقيع الجزاء على المقاول المخل بدلاً عنها ، وذلك لدرء المسؤولية عنها إذا ما نسب إليها خطأ ناجم عن إيقاع الجزاء على المتعاقد إذا كان في غير محله" ⁴.

المطلب الثاني : إعفاء المقاول من توقيع جزاء سحب العمل منه في الحالات الخارجة عن إرادته

الأصل أن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أو التأخير في تنفيذها يعد بدوره خطأً جسيماً موجباً لمسؤولية المتعاقد، لما له من تأثيرات وأضرار جانبية على سير المرافق العامة وانتظامها في تقديم الخدمات المنوطة بها لجمهور المنتفعين ، الأمر الذي يوجب سحب العمل منه .

غير أنه يتوجب على الإدارة وقبل توقيعها لجزاء السحب على المتعاقد معها تحري الأسباب والدوافع التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته وذلك إعمالاً لمبادئ العدالة والإنصاف .

- محمد سليمان الطماوي ، المرجع السابق، ص 486.

- حمادة عبد الرزاق حمادة ، المرجع السابق ، ص 602.

- نصري منصور النابلسي ، المرجع السابق ، ص 169.

⁴ - Bonnard Roger , précise de droit administratifs ,04 éme édition ,Librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris,1943,p226.

و من ضمن اهم الأسباب التي تعفي المفاوض من توقيع جزاء السحب عليه نجد حالة القوة القاهرة والتي جرى تعريفها على أنها عبارة عن : حادث فجائي المستقل عن إرادة المتعاقدين ، لم يكن متوقعا عند إبرامهم للعقد، بما يمكن أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو جزء منها¹.

على أن يتصف الحدث الذي يكون سببا في تقصير المفاوض عن تنفيذ التزاماته من قبيل القوة القاهرة بما يلي:
*أن يكون الحادث الخارجي المدعى به كعذر لتبرير حالة التقصير أو التأخير غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به ، ومثال ذلك ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي حادثا غير متوقع كهطول أمطار غزيرة ولمدة غير عادية تحول بين المتعاقد وبين الإلتزامات المنوط بتنفيذها ، وكذا التقلبات الجوية غير الاعتيادية².

*أن يكون السبب أو الحادث الذي دفع بالمتعاقد إلى التقصير أو التأخر عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية مستقلا كلية عن إرادته ، كما ليس في إمكانه دفعه أو درؤه³.

*أن يؤدي الفعل القاهر إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة⁴.

الخاتمة :

خلصنا في هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجز ذكرها على النحو التالي :

- لا يجب النظر إلى جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر على أنه عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر وتطبيق لقاعدة التنفيذ العيني للإلتزام تقوم به الإدارة لضمان تنفيذ العقد وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

-جزاء سحب العمل هو أحد أبرز تطبيقات القواعد العامة التي يخضع لها نظام الجزاءات في مجال العقود الإدارية، والتي تقتضيها المصلحة العامة، ونظام سير المرافق العامة.

- تستطيع الإدارة توقيع جزاء سحب العمل من المفاوض المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية حتى مع عدم وجود نص قانوني يخول لها هذا الحق ، كما أنه يكون بموجب قرار إداري صادر عنها بإرادتها المنفردة ، دون حاجة منها للجوء إلى القضاء لإستصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك .

-لاستطيع جهة الإدارة ممارسة جزاء سحب العمل من المفاوض إلا بارتكاب هذا الأخير لخطأ في غاية الجسامة بما قد يشكل خطرا على سير المرفق العام.

¹- عادل الطيباني، مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الإحتلال العراقي للكويت، مجلة الحقوق، العدد 16 ، الكويت، 1992، ص 57.

- نصري منصور النابلسي ، المرجع السابق ، ص 202.²

- لحسن بن الشيخ ايت ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج 1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2002 ، ص 77.³

- عبدالله نواف العنزي، المرجع السابق، ص 65.⁴

- يعتبر الإعذار ضماناً أساسياً قبل توقيع جزاء سحب العمل من المقاول حتى لا يتفاجأ المتعاقد مع الإدارة من تصرفها اتجاهه .
- جزاء سحب العمل من المقاول ما هو إلا إجراء عارض ومؤقت، لا يترتب عنه إنهاء للعقد الأصلي، بل يبقى العقد قائماً، كما يبقى المقاول المعذر ملزماً به.

التوصيات :

- ضرورة تسبيب جهة الإدارة قرارها بسحب العمل من المقاول.
- ضرورة إضافة تنقيحات لمنظومة الصفقات العمومية وكذا دفتر الشروط الإدارية المعمول به حالياً، تتضمن شروحات تفصيلية لجزاء سحب العمل من المقاول بشكل واضح، دون الإكتفاء بالتلميح إلى الحالات التي يمكن لجهة الإدارة أن تسحب بها العمل من المقاول .
- كما نوصي المشرع الجزائري بضرورة إعادة النظر في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة وإضفاء بعض التعديلات عليه، والذي لم تعد مواده مسaire لقوانين الصفقات العمومية التي تلت عملية إصداره والمعمول بها حالياً.

قائمة المراجع :

كتب :

01/ باللغة العربية :

- 01- جهاد زهير ديب الحرازين ، عقود الامتياز ، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى، الإسكندرية ، 2013، ص186.
- 02- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر ، 2005.
- 03- لحسن بن الشيخ ايت ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، ج 1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2002
- 04- عمار بوضياف ، شرح تنضيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، القسم الأول ، جسور للنشر والتوزيع ، ط5، 2015.

- 05- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 06- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 .
- 07- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، الإبرام / التنفيذ / المنازعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004.
- 08- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 09- فارس علي جنكيز، سلطة الإدارة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2014.
- 10- ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الإسكندرية، 2000.
- 11- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، 2003.
- 12- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، ط2 مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان - الأردن ، 1998.
- 13- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2008.
- 14- نصري منصور النابلسي ، نصري منصور النابلسي ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ، ط 1، لبنان ، 2010.
- 15- هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2014.

02/باللغة الفرنسية :

01-Christophe Lajoye ,droit dez marches publics,2^{eme}édition mise ,àjour au 1^{ere}mai gualinoèditeur 2005 .

02- Bonnard Roger , précise de droit administratifs ,04 éme édition ,Librairie générale de droit et de jurispendence , Paris,1943 .

المقالات :

01- عادل الطبطباني، مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الإحتلال العراقي للكويت، مجلة الحقوق، العدد 16 ، الكويت، 1992.

الرسائل والمذكرات الجامعية :

أولاً : الرسائل.

01- بن شعبان علي، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011.

02- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة (دراسة مقارنة) ،رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتور في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1979 .

03- سعيد عبد الرزاق باخيرة ، سلطة الإدارية الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة الجزائر ، 2007- 2008 .

04- عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري – الصفقات العمومية في الجزائر- رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.

ثانياً : المذكرات .

01- بن سديرة جلول،الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2014 – 2015

02- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013.

03- محمد مقبل سالم العندلي، أثار العقد الإداري في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، د،س،ن.

النصوص القانونية :

01-القرار المؤرخ في 1964/11/21 ، ج.ر.06 صادرة في 1965/01/19 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العمومية الخاصة بوزارة البناء وتجديد الأشغال العمومية والنقل.

02- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية الصادر بتاريخ: 1998/05/08، ج، ر عدد 19 مكرر،الصادرة في 1998/05/08 .

الأساس القانوني للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

الأستاذ أوتفات يوسف، أستاذ مساعد "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة آكي محند أولحاج البويرة، الجزائر

Abstract

Our contemporary era has known of the serious and repeated violations has the environment, the severity of the damage causes vary according to the type of act commit, some of these damages not exceeding the simple exercise of activity, some of which other extend to large distances, they cross the border, and prejudicial to the environment of neighboring countries such as the transportation and storage of hazardous waste from developed countries ver the developing countries . This brings us to the study of the rules of the international responsibility and its evolution as one of the systems of international law the foundations which could be inspired by the Governance; guaranteeing has the Damaged Part , a necessary compensation.

We will consider the international responsibility due to the pollution of the environment due to a significant transboundary harm, the doctrine of the error of the theory of the action illicit international then, the theory of risk or well the theory of strict liability.

Key words: international responsibility- the doctrine of mistake - the theory of international action illegal - the theory of strict liability.

ملخص

حدثت في زمننا المعاصر اعتداءات جسيمة ومتكررة على البيئة أضرت بها، اختلفت جسامة هذا الضرر باختلاف نوع الفعل المرتكب، فبعض هذه الأضرار لا تتجاوز ممارسة النشاط، وبعضها يمتد إلى مسافات بعيدة تعبر الحدود لتتأثر من بيئة الدول المجاورة مثل نقل وتخزين النفايات الخطرة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، مما يدفعنا إلى دراسة أساس قواعد المسؤولية الدولية وتطورها باعتبارها إحدى نظم القانون الدولي والركيزة التي يمكن الاستناد إليها للحكم للمضروور بالتعويض اللازم.

نتعرض في دراستنا لأساس المسؤولية الدولية عن تلوث البيئة نتيجة وقوع ضرر عابر للحدود، لنظرية الخطأ ونظرية العمل الدولي غير المشروع ثم نختم بنظرية المخاطر أو مايسمى بنظرية المسؤولية الموضوعية. الكلمات المفتاحية: الأساس القانوني - المسؤولية الدولية - النفايات الخطرة - نظرية الخطأ - نظرية الفعل الدولي غير المشروع - نظرية المخاطر.

مقدمة

أدى التطور العلمي والتكنولوجي الهائل الذي حققه الإنسان إلى تماديه في السيطرة على الطبيعة بوسائل أدت إلى نتائج لا بد من مقاومتها. كتلوث المياه نتيجة إلقاء المخلفات الصناعية فيها، تلوث الهواء نتيجة للتجارب الذرية، وتلوث البحار نتيجة إلقاء مخلفات السفن. وهذه الأضرار دفعت رجال القانون للبحث عن سبل السيطرة ومنع الأضرار الناتجة عنها فتوصلوا إلى اعتبار المسؤولية الدولية وسيلة علاجية ووقائية لمنع والحد من الأضرار البيئية العابرة للحدود، التي يمكن أن تنتج عن أفعال أو أنشطة تقوم بها الدولة سواء كانت مشروعة، أو غير مشروعة في نظر القانون الدولي.

تعتبر المسؤولية الدولية المترتبة عن الأضرار البيئية من المواضيع المعقدة والدقيقة التي لم تستقر معالمها وتنتضح حتى الآن، حيث يشوبها الكثير من الغموض وعدم التحديد، فمثلا التلوث البيئي لم يستقر الفقه الدولي على تعريف محدد له، وهي جزء أساسي في كل نظام قانوني ومدى فعالية النظام يتوقف على مدى نضوج قواعد المسؤولية فيه.

يقصد بالأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الدولية، الفعل المنشئ للمسؤولية الدولية.

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في معرفة المبدأ القانوني الذي نستند إليه، في إقامة المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، على عاتق أشخاص القانون الدولي؟

هذا الفعل قد يكون مشروعاً ولكنه خطر يترتب عليه وقوع ضرر، أو يكون غير مشروع دولياً ينجر عنه الإخلال بالتزام دولي. فنحن إذاً أمام حالتين لقيام المسؤولية:

الحالة الأولى: قيام الدولة بفعل غير مشروع وهي الصورة الغالبة لقيام المسؤولية.

استقر الفقه الدولي على أن الشرط الهام لقيام المسؤولية الدولية هو خرق أو انتهاك إلتزام دولي بفعل إيجابي أو سلبي، وأياً كان مصدره سواء ورد هذا الإلتزام في معاهدة دولية أو قاعدة عرفية أو مبدأ من مبادئ القانون الدولي (المبحث الأول).

الحالة الثانية: هي قيام شخص دولي بنشاط مشروع ولكنه يتسم بخطورة ما يترتب على هذا النشاط وقوع ضرر للغير، فإنه ينسب لهذا الشخص الدولي المسؤولية الدولية على أساس نظرية المخاطر، أو كما سمتها لجنة القانون الدولي "الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي" (المبحث الثاني)، ويكون هذا النشاط الخطر هو الفعل المنشئ للمسؤولية⁽¹⁾.

لقيام المسؤولية الدولية لا بد أن يقع فعل يصلح في نظر القانون الدولي أساساً للمسؤولية الدولية، بشرط أن يصح نسبة هذا الفعل إلى دولة ما أو منظمة دولية، وأن يترتب عليه أضرار لشخص آخر من أشخاص القانون الدولي⁽²⁾.

المبحث الأول: الفعل الدولي غير المشروع كأساس لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية في مجال تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الدولية نتيجة قيامها بأعمال ونشاطات تؤدي إلى إحداث أضرار بالدول الأخرى إن كانت هذه الأسس مختلفة ومتباينة، إلا أنها أخذت حيزاً متغيراً في مجال دراسة المسؤولية الدولية⁽³⁾.

(1) نعيمة عميمر، النظرية العامة لمسؤولية الدولة الدولية في ضوء التقنين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2010، ص 47.

(2) أحمد بلقاسم، المسؤولية الدولية الناشئة عن الفعل الدولي غير المشروع وعوائق تقنينها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الأول، الجزائر، ديسمبر 2009، ص 445.

(3) علي بن علي مزاح، المسؤولية الدولية عن التلوث عبر الحدود، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006-2007، ص 152.

اعتبر الفقيه "جروسيوس" أن المسؤولية تقوم على أساس الخطأ، بحيث أن الدولة لا يمكن أن تعتبر مسؤولة ما لم ترتكب خطأ بالتالي لا تقوم المسؤولية ما لم يصدر عن الدولة فعل خاطئ يضر بغيرها من الدول⁽¹⁾.

أمام الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الخطأ اتجه جانب من الفقه الدولي إلى تبني أساس آخر لمسؤولية الدولة يتفق مع طبيعة القانون الدولي، وهو الفعل الدولي غير مشروع (الفرع الأول)، الذي يجب أن تتوافر فيه شروط معينة (الفرع الثاني) تصلح لقيام المسؤولية الدولية في نظر لجنة القانون الدولي، وأن يحدث نتيجة خرق أو انتهاك لإلتزام دولي أيا كان مصدره (الفرع الثالث).

المطلب الأول: مضمون الفعل الدولي غير المشروع

ساد نقاش كبير بين فقهاء القانون الدولي حول مفهوم العمل غير المشروع، فيرى البعض يحدد العمل غير المشروع بأنه مجرد انتهاك دولة لواجب أو عدم تنفيذها لإلتزام تفرضه قواعد القانون الدولي. بينما يشير البعض الآخر إلى أن: "العمل غير المشروع كعنصر في المسؤولية الدولية هو السلوك المخالف للإلتزامات القانونية الدولية، بمعنى آخر هو الخروج عن قاعدة من قواعد القانون الدولي. فالعمل الدولي غير المشروعة ومخالفة قاعدة قانونية دولية أي كان مصدرها، اتفاقية دولية أو العرف أو المبادئ العامة للقانون"⁽²⁾.

رأى الفقيه "روسو" أنه عندما نستبعد نظرية الخطأ فإن الأساس الوحيد المقبول للمسؤولية الدولية هو مخالفة إحدى قواعد القانون الدولي. كما اعتبر الفقيه "بول روتر" العمل غير المشروع أساساً للمسؤولية الدولية بل الشرط الأول والأهم لقيامها. أما الأستاذ "Partaczik"، فبعد أن عرف المسؤولية بقوله: "في اعتقادنا أن مسؤولية الدولة الدولية تتولد من طبيعة الأشخاص المكونين للقانون الدولي، والذي تربطهم الحقوق والإلتزامات المحددة والتي تشكل العلاقات الدولية وبعدها يصل إلى نتيجة مفادها أن العمل المنسوب للدولة هو الذي يشكل مصدر هذه المسؤولية"⁽³⁾.

يعرف الفقيه "آغو" "Ago" مقرر اللجنة الفرعية للقانون الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة العمل غير المشروع بأنه: "مخالفة من جانب الدولة لإلتزام قانوني مفروض عليهما بمقتضى إحدى قواعد القانون الدولي". وفي الاتجاه نفسه جاء تعريف الفقيه "ديبوي" للعمل غير المشروع دولياً بأنه: "مجرد الإخلال بقواعد القانون، بالتالي لا توجد حالة للبحث في العوامل النفسية أو البحث في نوايا الدولة الفاعلة مما يسهل مأمورية المضرور

(1) محسن عبد الحميد فكيرين، النظرية العامة للمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1999، ص 17.

(2) محسن عبد الحميد فكيرين، المرجع نفسه، ص 18.

(3) نقلاً عن معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 333.

ويخفف من عبء الدليل، فيكفي إثبات الفارق الموضوعي بين السلوك الحقيقي للدولة وبين مضمون الإلتزام القانوني المفروض عليها⁽¹⁾.

إلى جانب الفقه الدولي، نجد القضاء الدولي منه محكمة العدل الدولية التي استندت على الفعل غير المشروع دوليا في رأيها الاستشاري الذي أصدرته عام 1949م بشأن تعويض موظفي منظمة الأمم المتحدة أثناء تأديتهم لوظائفهم في أعقاب حادث مقتل "الكونت برنادوت" وسيط الأمم المتحدة في فلسطين. واستندت عليه أيضا في حكمها على قضية "برشلونة تراكشن" الصادر في 1970/02/05م، حينما ذكرت أنه من حق الحكومة البلجيكية أن تتقدم بشكوى لو أنها أثبتت أن أحد حقوقها قد جرى المساس به، وأن هناك انتهاكا للإلتزام دولي ناشئ عن معاهدة أو قاعدة عرفية⁽²⁾.

أثمرت الجهود الدولية عن اعتماد نظرية الفعل الدولي غير المشروع كأساس للمسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية في الدولة المعنية بحماية البيئة عن الأنشطة الخطرة وما تحدثه من مساس بسلامة البيئة الدولية. فأصبح أي انتهاك للإلتزام دولي تضمنته المعاهدات الدولية يرتب المسؤولية الدولية للدولة التي نسب إليها الانتهاك. حيث ألزمت اتفاقية منظمة الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م الدول بحماية البيئة من الدمار وإقرارها بمسؤولية الدولة المنتهكة لهذا الإلتزام وإلزامها بتعويض الدول المتضررة من الدمار البيئي⁽³⁾.

تقوم المسؤولية الدولية عند تحقق السلوك المخالف للإلتزامات قانونية دولية، ذلك أن الإلتزامات القانونية التي تفرض على الدولة أيا كان مصدرها قد تأتي في صورة الإلتزام بعمل أي (الإلتزام إيجابيا)، أو امتناع عن عمل (الإلتزام سلبي) وأن مخالفة الإلتزام الدولي سواء كان إيجابيا أو سلبيا يعتبر عملا غير مشروع⁽⁴⁾.

تتخذ الدول على هذا الأساس عدة تدابير واحتياطات من أجل منع وقوع الضرر البيئي العابر للحدود. وهذا يرتب عليها ضرورة الإلتزام بها لحماية البيئة الدولية. ومن المعروف في شتى نظريات القانون أن الإلتزام صفة لازمة وواجبة لكل قاعدة قانونية وعدم الوفاء بها يشكل عملا غير مشروع دوليا، ويرتب المسؤولية الدولية التي تتضمن الجزاء.

(1) لخضر زازة، أحكام المسؤولية الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 89.

(2) ميلود زين العابدين قنصو، المسؤولية الدولية عن الأضرار البيئية، رسالة ماجستير، في قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2012 – 2013، ص 55.

(3) أحمد بلقاسم، المرجع السابق، ص 449.

(4) تقرير لجنة القانون الدولي، إلى الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، عن أعمال دورتها 48، الوثيقة: (A/CN.4SER.A/1998).

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية الدولية على أساس الفعل الدولي غير المشروع

يشترط لقيام المسؤولية الدولية وفقا لنظرية العمل الدولي غير مشروع، وحسب رأى لجنة القانون الدولي توافر شرطين حيث نصت المادة الثانية، من المشروع النهائي المعنون بعناصر فعل الدولة غير المشروع دوليا على: "ترتكب الدولة فعلا غير مشروع دوليا إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال:

أ- ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي، و

ب- يشكل خرقا للإلتزام دولي على الدولة"⁽¹⁾.

بالنسبة لعنصر إسناد الفعل غير المشروع إلى الدولة يقصد به نسبة الواقعة المنشئة للمسؤولية الدولية إلى أحد أشخاص القانون الدولي ذلك أن العمل غير المشروع لا يعد عملا دوليا إلا في حالة إسناده إلى الشخص الدولي، وبه تقوم المسؤولية الدولية للدولة. حتى يكون العمل غير مشروع ذا طبيعة أو تكييف دولي كان يتوجب إسناده أو إلحاقه بالدولة أو أحد أجهزتها أو موظفيها أو ممثليها أو العاملين لديها. طالما أن الدولة ذاتها تتحمل المسؤولية عن تصرفات أجهزتها. لذا تناولنا مسؤولية الدولة بصفة عامة لأن الفعل غير مشروع تجاوز حدود الدولة إلى ضرر يقع على إقليم دولة أخرى فالمسألة إذا لم تعد داخلية وإنما تجاوزت الحدود، في هذه الحالة يحكمها وينظمها القانون الدولي⁽²⁾.

يتمثل العنصر الثاني في خرق الإلتزام الدولي، وهو عنصر جوهري لقيام المسؤولية الدولية. ومن هذه الشروط أيضا هناك شرط ثالث، وهو حدوث الضرر اختلف الفقه الدولي حول اشتراط الضرر في العمل غير المشروع، فثار التساؤل ما إذا كان الضرر يعد شرطا ثالثا لقيام المسؤولية الدولية عن انتهاك القانون الدولي؟ هناك اتجاه يعتبر حدوث الضرر عنصر ثالث لتحقق العمل الدولي غير المشروع، فبدونه لا تكون المسؤولية الدولية لفقدانها أهم عنصر وهو الضرر. لذا يجب أن يثبت أن الإخلال بالإلتزام الدولي المنسوب لشخص دولي قد يسبب ضرر لشخص دولي آخر حتى تقوم المسؤولية الدولية.

أما الاتجاه الغالب من الفقه الدولي فيذهب للقول أن الضرر لا يعد شرطا من شروط المسؤولية. يرى الأستاذ "عبد العزيز محمد سرحان" أن: "اشتراط الضرر في العمل غير المشروع لقيام المسؤولية الدولية يتنافى والاتجاه الذي ذهب إلى اعتبار العمل غير المشروع وحده كافيا لإثارة مسؤولية الدولة، طالما نسب لها هذا

(1) نعيمة أعميمر، المرجع السابق، ص 142.

(2) يوسف معلم، المسؤولية الدولية بدون ضرر (حالة الضرر البيئي)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011-2012، ص 112.

العمل المخل. وإن المسؤولية الدولية ما هي إلا نتيجة متولدة عن هذا الفعل أي أن المسؤولية هي الجزء القانوني الذي يرتبه القانون الدولي العام على عدم احترام أحد أشخاص القانون لإلتزاماته الدولية"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: خرق الإلتزام الدولي لقيام المسؤولية على أساس الفعل غير المشروع

ترتبط المسؤولية الدولية بالإلتزام، فلا معنى للإلتزام دولي بغير تحمل المسؤولية من جانب الشخص القانوني الذي تخاطبه القاعدة القانونية فكل مخالفة للإلتزام دولي تفرضه قواعد القانون الدولي كقيام الدولة بفعل غير مشروع، مثل خرق الاتفاقيات الدولية التي تعنى بحماية البيئة أو عدم الإلتزام بالتدابير الوقائية المتمثلة في العرف الدولي لمنع الضرر العابر للحدود مثل: (تقييم المخاطر، الإعلام والإخطار الإذن المسبق...)، أو عدم الإلتزام بمبادئ عامة للقانون لحماية البيئة.

استقر الفقه الدولي على أن الشرط الأول لقيام المسؤولية الدولية هو خرق أو انتهاك إلتزام دولي أيا كان مصدره سواء كان في معاهدة دولية أو قاعدة عرفية، أو مبدأ من مبادئ القانون الدولي. بالتالي فلا بد من التمييز بين المسؤولية الدولية في حالة انتهاك إلتزام دولي اتفاقي وحالة انتهاك إلتزام دولي عرفي⁽²⁾.

بالنسبة لحالة انتهاك إلتزام دولي اتفاقي أو تعاهدي فالمعاهدة هي اتفاق بين شخصين أو أكثر يلزم الأطراف باحترامها وتنفيذها. ومن قصر في القيام بهذا الإلتزام تترتب عليه المسؤولية الدولية، وبالتالي يلزم على الأطراف باحترام المعاهدة وتنفيذها بحسن نية. هذا ما بينته اتفاقية " فيينا "لقانون المعاهدات⁽³⁾. فإذا قامت دولة بالإخلال بإلتزاماتها المقررة في معاهدة ما فإنها ترتكب عملا غير مشروع وتكون مسؤولة عن تعويض الأضرار التي تصيب الآخرين.

مثلا تحريم تصدير النفايات الخطرة إلى الدول التي منعت استيراد هذه النفايات، بالتالي نقل أية كمية منها إلى دولة أعلنت عدم استيرادها يعد مخالفة للإلتزام دولي فرضته اتفاقية دولية عالمية (بازل)، وامتناع عن عمل (منع التصدير). كذلك نجد معاهدتي أوسلو ولندن لمنع الإغراق للنفايات والمواد الضارة في البحار عام 1972م التي حددته المواد التي يحظر حظرا مطلقا إغراقها، أو المواد التي لا يجوز إغراقها إلا بتصريح خاص من السلطات المختصة⁽⁴⁾ كذلك قيام الدولة، مثلا بتصدير النفايات إلى دولة أخرى بطريقة غير مشروعة وذلك دون الحصول على موافقة أو إخطار الدولة الأخرى.

(1) عبد العزيز محمد سرحان، قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 497.

(2) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 407.

(3) أنظر: المادة (26) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، دخلت حيز النفاذ عام 1980، والتي تنص: " كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعلمهم تنفيذها بحسن نية "، وثيقة منظمة الأمم المتحدة: 1155,18232 VOL.

(4) نقلا عن معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص، ص 408-409.

الحالة الثانية هي حالة خرق إلتزام دولي عرفي حيث تعتبر الإلتزامات الدولية في غالبيتها ذات منشأ عرفي خاصة فيما يتعلق بأحكام المسؤولية الدولية، لأن هذه الأحكام المنظمة للمسؤولية الدولية كانت في بدايتها وقبل تقنينها ذات أصل ومصدر عرفي سواء من حيث تحديدها أو من حيث مساءلة أطرافها⁽¹⁾. بالتالي مخالفة هذه القواعد العرفية الدولية يعد انتهاكا لإلتزام قانوني دولي، فهو بمثابة عمل غير مشروع يستوجب المسؤولية الدولية وهناك العديد من القواعد العرفية التي تحكم نشاط الدول في مجال حماية البيئة الدولية من التلوث بصفة عامة⁽²⁾.

تعتبر المبادئ العامة للقانون قواعد دولية وجب احترامها لما لها من قوة إلزامية مساوية للمعاهدات والعرف الدوليين. لذلك فإن خرق مثل هذه المبادئ العامة تجعل الدولة مسؤولة مسؤولية دولية عن فعل غير مشروع قامت به، ونحن قد تناولنا في الفصل الأول المبادئ العامة للقانون لحماية البيئة، منها مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، ومبدأ حسن الجوار، ومبدأ الملوث الدافع، وأوضحنا مدى ملائمتها كأساس قانوني لإقرار إلتزام الدولة بحماية البيئة من الضرر البيئي العابر للحدود عند قيامها بأي نشاط أو تصرف قانوني ولذلك فإن أي انتهاك للمبادئ السابقة يترتب عليه المسؤولية الدولية على عاتق الدولة المخالفة وفقا لنظرية الفعل غير المشروع دوليا.

يتحقق الفعل غير المشروع بانتهاك إلتزام دولي عندما يكون سلوك الدولة مخالفا لما تتطلبه قواعد منع الضرر البيئي سواء كان اتفاقيات دولية أو مبادئ عامة للقانون أو عدم اتخاذ تدابير وقائية. بالتالي النتيجة في جميع الحالات واحدة، وهي مخالفة إلتزام دولي مما يوجب قيام المسؤولية. وهو ما ذهب إليه الفقيه "ديبوي" بأن: الإلتزام الدولي الوارد في المبدأ (21) من إعلان "استكهولم" وغيره من المبادئ العرفية الدولية، لا يفرض على الدولة مجرد إلتزام بسيط بالمراقبة والوقاية من التلوث، بل يوجب عليها إلتزام بتعويض كافة المضررين من التلوث العابر للحدود"⁽³⁾.

المبحث الثاني: الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي كأساس لقيام المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود

لما كانت نظرية الخطأ لا تصلح لمعالجة كافة أنواع الأضرار، وقد لا تستطيع الضحية إثبات خطأ الشخص القانوني المتسبب في الضرر، بالتالي لا يحصل المضرور على التعويض المناسب. أيضا نظرية الفعل غير المشروع لم تعد صالحة لتغطية كافة الأضرار خاصة الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي. أصبح من المتعين

(1) نعيمة عميمر، المرجع السابق، ص 114.

(2) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص، ص 412 – 413.

(3) DUPUY PIERRE, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, PEDONE, PARIS, 1992, pp322- 323 (3)

أن يبحث الفقه والقضاء الدولي عن نظرية جديدة حديثة تناسب مع الأضرار الناتجة عن الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي⁽¹⁾.

أدى التطور التكنولوجي والثورة العلمية وما لحقها من تقدم علمي إلى ظهور مخاطر استخدام الوسائل التقنية المتقدمة على البيئة الدولية، فظهرت نظرية المخاطر لتغطية حالات المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأنشطة المشروعة، والتي تتكون من شقين:

- أولهما الخطر إذ أنه لو لا الخطورة لما تقررت المسؤولية.

- وثانيهما الضرر الذي يعد الركيزة الثانية في هذه النظرية.

المطلب الأول: مضمون نظرية المخاطر (الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي)

درس الفقه الدولي نظرية المخاطر وبدأ الحديث عنها كبديل عن نظرية الخطأ والفعل غير المشروع دولياً بما يتناسب وطبيعة هذه النشاطات الخطرة، والأضرار الناجمة عنها.

جاءت نظرية المخاطر⁽²⁾، التي أطلقت عليها لجنة القانون الدولي تسمية الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي، لسد ثغرات نظرية الخطأ والفعل غير المشروع دولياً، وعدم قدرتهما على مواكبة التقدم العلمي والتكنولوجي لاسيما في مجالات الطاقة النووية، القيام بأنشطة في الفضاء الخارجي، وكذا نقل النفايات الخطرة.

تقوم فكرة المخاطر على أنه من يقوم بنشاطات خطيرة يجب أن يتحمل المسؤولية عن المخاطر التي تنجم عنها دون حاجة لإثبات وقوع الخطأ أو الإخلال بالالتزام دولياً.

ناقش الفقيه "بول فوشيل" "Poual Fouchill" فكرة المسؤولية الدولية الناتجة عن المخاطر، وضرورة نقلها إلى القانون الدولي إذ حاول أن يضع قاعدة ليحصل عليها بموجها الأجنبي الذين يتضررون من جراء

(1) صالح محمد بدر الدين، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 33.

(2) ظهرت نظرية المخاطر في أواخر القرن 19 بفرنسا، ومن أبرز روادها الأستاذ "سالي" من خلال كتابه حوادث العمل والمسؤولية المدنية، والأستاذ "جرسران" في كتابه المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، اعتبروا أن فكرة الخطأ أثراً من آثار الماضي الذي كانت المسؤولية المدنية فيه تختلط بالمسؤولية الجنائية والتعويض بالعقوبة. فالمسؤولية الخطئية ماهي إلا تحقيق لفكرة الذنب التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية، وهذه الفكرة لم يعد لها مجال في العصر الحديث التي ترمي المسؤولية المدنية فيه إلى تحقيق غاية هامة هي تعويض الضرر الذي لحق المضرور لا إلى التوقيع العقوبة على المسؤولية. لذا يجب هجر فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة المخاطر التي لا تشترط أن يكون الضرر ناشئاً عن انحراف سلوكه محدثه حتى يلزم بالتعويض عنه، بل تكفي أن يكون الضرر قد وقع نتيجة نشاطه. يكون أساس المسؤولية الفعل الضار لا الخطأ. راجع: محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية مع مقارنة الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ط2، مصر، 2005م، ص 214.

الحروب الأهلية على أقاليم الدول التي يحدث فيها على التعويض المناسب⁽¹⁾. كذلك الفقيه "شارل روسو" الذي يقر بتطبيق نظرية المخاطر في مجال العلاقات الدولية باعتبارها نظرية ذات طابع موضوعي⁽²⁾.

هناك العديد من الاتفاقيات الدولية في الفقه الدولي التي أوردت نظرية مخاطر وتأكيدا نذكر منها بروتوكول تعديل اتفاقية فيينا عام 1997م بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية الذي نص على: "أن مشغل المنشأة النووية يتحمل مسؤولية الأضرار النووية التي يثبت أنها كانت بسبب حادثة نووية"⁽³⁾.

لاحظت لجنة القانون الدولي عدم كفاية الخطأ والفعل غير المشروع دوليا كإطار قانوني للمسؤولية الدولية، وذلك بسبب ازدياد النشاط الدولي التقني واستغلال مناطق كانت بعيدة كل البعد عن القانون. مثل: امتلاك الأسلحة الذرية الفتاكة، وتلويث البيئة بشتى عناصرها. لهذا أدرجت لجنة القانون الدولي المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي.

حدد المقرر الخاص للجنة "سرينيفاسا راو" ضرورة توفر عدة شروط حتى تقوم هذه المسؤولية وهي: عنصر عبور الحدود، عنصر التبعية المادية للضرر (النتيجة المادية) وعنصر الآثار على الاستخدام أو الانتفاع. والمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، لا تنشأ إلا عن نشاط مادي يتسم بالخطورة التي تنذر باحتمالات وقوع أضرار عبر الحدود⁽⁴⁾.

يعتبر الخطر أحد المبررات لإقامة المسؤولية الدولية وأحد أهم شروطها إذا ما تأسست على الفعل المحظور دوليا، فعبرت لجنة القانون الدولي عن المقصود بالخطر أنه: "الشيء المتأصل في استعمال الأشياء التي تعتبر بحكم خصائصها المادية خطرة في حد ذاتها، ومثال ذلك المواد المشعة والمواد السامة أو القابلة للاشتعال، والتي تسبب أضرار تحدث في مناطق قريبة أو أماكن تساعد فيها على حدوث آثار ضارة عبر الحدود"⁽⁵⁾.

يقصد أيضا بالنشاطات الخطرة تلك التي تحتاج لإنجازها إلى أشياء خطيرة بسبب خصائصها الفيزيائية، مثل المواد المشعة والمواد السامة، أو بسبب موقعها كوجود أنشطة في المناطق الحدودية، مثل بناء سد على

(1) محسن عبد الحميد فكيرين، المرجع السابق، ص 158.

(2) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 355.

(3) المادة (2) من بروتوكول تعديل اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية لعام 1997م. راجع الوثيقة (INFCIRC/566).

(4) راجع حولية لجنة القانون الدولي، مج 1، الوثيقة: (A/CN.4SER.A/1998)، ص 157.

(5) راجع: حولية لجنة القانون الدولي، 1988م، الوثيقة، (U.N.Doc) (A/CN.4/413)، ص 13.

الحدود يمكن أن يضر بالدولة المجاورة، أو بسبب استعمالها، مثل نقل البترول عبر البحار التي يمكن أن تضر بالبيئة البحرية⁽¹⁾.

أكد الفقه الدولي من بينهم "تابن فيلد" "Teben Fled"، و"جيسوب" "Jessup" بأن تطبيق نظرية المخاطر ترتبط بالنشاطات الخطرة بقولهما: "من يقوم بنشاط شديد الخطورة عليه أن يتحمل المسؤولية عن المخاطر التي تترتب عن هذا النشاط"⁽²⁾.

نستنتج أن نظرية المخاطر هي إمكانية مساءلة الشخص القانوني إذا مارس نشاط مشروع من الناحية القانونية الدولية، ويتسم بالخطورة بحيث ينتج عنه ضرر للدول المجاورة. ففي هذه النظرية العبرة بحدوث الضرر، فهو وحده يربط المسؤولية الدولية في حق الدولة المضروبة⁽³⁾.

تفترض المسؤولية الدولية المبنية على أسس تقليدية وجود خطأ ترتكبه الدول يترتب عليه ضرر. ولما كان الضرر يترتب عادة عن فعل غير مشروع (استغلال مصنع أو استخراج ثروات طبيعية)، فإن المسؤولية الدولية الحديثة تكون عن فعل مشروع دولياً. لذلك لا يشترط وجود الخطأ وإنما يكفي وقوع الضرر. وعلى ذلك يمكن أن تترتب المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود إما عن فعل غير مشروع دولياً، أو نتيجة الأفعال التي لا يحظرها القانون الدولي.

المطلب الثاني: عنصر الخطر في الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي

اتجه الفقه الدولي للبحث عن وسيلة قانونية تقرر المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأنشطة غير المحظورة دولياً، وقد وجد ضالته في الخطر الذي تتسم به هذه الأنشطة حيث اعتبره مبرراً مناسباً لإقامة المسؤولية الدولية⁽⁴⁾. وأن خطورة النشاط فرضت إلتزامات أساسية تتعلق بمنع الضرر وتحقيق الهدف الوقائي للمسؤولية الدولية بصفة عامة. بالتالي حتى تقوم المسؤولية الدولية لا بد من أن يكون النشاط الذي تقوم به الدولة خطراً.

اختلف الفقه الدولي على تحديد مفهوم موحد للخطر، إذ يرى الفقيه "هاندال" "HANDALLE" أن: "الخطر يعني احتمال وقوع حادث ضار دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى وقوع الأثار الضارة". بينما يرى

(1) صافية زيد المال، المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق جامعة بن عكنون، الجزائر، 1995 - 1996، ص 27.

(2) صافية زيد المال، المرجع السابق، ص 26.

(3) صالح محمد بدر الدين، المرجع السابق، ص 47.

(4) معمر رتيب محمد عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 392.

الفقيه "باربوزا" "BARBOZA" أن: "الخطر يتمثل في الأنشطة التي يحتمل أن ينجم عنها آثار مدمرة"⁽¹⁾. ويشترط في الخطر المميز للنشاط الغير محظور دوليا، والذي يمكن أن تبني عليه المسؤولية الدولية أن يكون متوقعا أي قابلا للتنبؤ به، وأن يكون ملموسا أي لا تخفى جسامته.

بالنسبة للشرط الأول بأن يكون الخطر مما يمكن التنبؤ به، وأن يكون هذا التنبؤ عاما لا يتعلق بحالات محددة، وإنما بمجمل النشاط نفسه. فمثلا إن التنبؤ بخطورة نقل النفايات الخطرة عبر الحدود لا يستند إلى التنبؤ بالأخطار المحتملة لرحلة بحرية معينة وإنما إلى نشاط نقل النفايات الخطرة بحرا، والتوقع العام يشير إلى حدوث أضرار بالغة خطورة بالبيئة البحرية عند حدوث حادث أثناء عملية النقل⁽²⁾.

أما الشرط الثاني بأن يكون الخطر ملموسا يقصد به الخطر الذي يمكن ملاحظته وإدراكه وذلك بإعمال معايير موضوعية بحتة لا تأخذ بعين الاعتبار شخصية الممارس للنشاط. وبصورة عامة فإن الخطر الملموس هو الخطر الذي يمكن إدراكه من خلال الطبيعة المادية للشيء، أو النشاط الممارس⁽³⁾.

تناولت اتفاقية الكويت بشأن التعاون من أجل حماية البيئة البحرية من التلوث عام 1978م الخطر حيث نصت على: "أن تعمل كل دولة على إدراج تقييم الآثار المحتملة بالنسبة للبيئة في جميع أنشطة التخطيط التي تشمل على مشاريع في نطاق إقليمها وبصفة خاصة في المناطق الساحلية، والتي يمكن أن تنطوي على خطر جسيم من أخطار التلوث في المنطقة البحرية"⁽⁴⁾. كذلك التوصية الصادرة من منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بشأن التلوث العابر للحدود. أشارت إلى الخطر الجسيم، فنصت في البند (6) منها أنه: "قبل أن يبدأ بلد من البلدان أشغالا لأي أنشطة يمكن أن توجد خطرا جسيما على هيئة تلوث عابر للحدود ينبغي لهذا البلد أن يقدم معلومات مسبقة إلى سائر البلدان المتأثرة أو التي يمكن أن تتأثر"⁽⁵⁾.

(1) جعفر داودي، المسؤولية الدولية عن تلويث البيئة البحرية بأنشطة غير محرمة دوليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر 2013-20 ص 14، 62.

(2) يوسف معلم، المرجع السابق، ص 93.

(3) المرجع نفسه، ص 64.

(4) راجع: نص المادة 11 من اتفاقية الكويت الإقليمية الخاصة بالتعاون لحماية البيئة البحرية من التلوث لعام 1978، على

الرابط الإلكتروني: [HTTP://WWW.UNITAR.ORG/CWM/PUBLICATION/CBL/SYNERGY/UNEP](http://www.unitar.org/cwm/publication/cbl/synergy/unep).

(5) يوسف معلم، المرجع السابق، ص 94.

المطلب الثالث: الضرر كعنصر أساسي لقيام المسؤولية الدولية عن الفعل المشروع دولياً
يعتبر الضرر الركن الأساسي الذي ينبعث منه التفكير في مساءلة محدثه وتحريك دعوى التعويض في مواجهته. وقد استقر الرأي في النظرية العامة للمسؤولية المدنية على أن الضرر من الشروط الجوهرية لقبول دعوى المسؤولية⁽¹⁾ العقدية، أم التقصيرية.

الضرر البيئي شرط أساسي لا تتحقق المسؤولية الدولية إلا به سواء صدر من دولة أو منظمة أو أحد الكيانات الخاصة التابعة للدول، فلما كان الضرر بصفة عامة⁽²⁾، هو الشرط الأساسي لدعوى المسؤولية المدنية حيث لا مسؤولية مدنية بدون ضرر، ولا ضرر بدون المساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون. فإن الضرر البيئي هو الأساس الجوهري في المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

يقصد بالضرر البيئي الأذى الحال أو المستقبلي الذي ينال من أي عنصر من عناصر البيئة، والمتربط على نشاط الشخص أو فعل الطبيعة والمتمثل في الإخلال بالتوازن البيئي سواء كان صادراً من داخل البيئة الملوثة أم وارداً عليها⁽³⁾.

يختلف الضرر البيئي عن غيره من الأضرار مما يجعله منفرداً يتميز بالخصائص التالية:

- أنه ضرر غير شخصي (عام)، ويتعلق بالمساس بشيء لا يملكه شخص معين، وإنما يستعمل من قبل الجميع دون استثناء⁽⁴⁾، فالنشاط الذي ينجم عنه تلوث بيئي يسبب في أغلب الأحوال ضرراً يتسم بالعمومية، أي يصيب البيئة بعناصرها ومكوناتها⁽⁵⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004م، ص 440.

(2) لقد عرف الفقه الضرر بصفة عامة على أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك. راجع علي فيلاي، الإلتزامات- العمل المستحق للتعويض- موفم للنشر، الجزائر، 2002م، ص 244.

(3) نقلاً عن: حسن حنتوش رشيد الحسنوي، دعوى التعويض عن الضرر البيئي، مجلة أهل البيت، العدد 13، المجلد، العراق، جوان 2012، ص 60.

(4) رضوان حوشين، الوسائل القانونية لحماية البيئة ودور القاضي في تطبيقها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الفترة التكوينية 2003 – 2006، ص 60.

(5) أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المسؤولية الدولية في منازعات التلوث البيئي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 66-67.

- أنه غير مباشر أي أنه لا يصيب الإنسان أو الحيوان أو الأشياء مباشرة، بل تتدخل وسائط من مكونات البيئة في إحداثه، حيث تساهم العديد من المسببات في إحداث الضرر كالماء والهواء، والغازات المنبعثة من المصانع التي ينجم عنها تسلسل الأضرار، وتراكمها تدريجياً وامتزاجها لتصل إلى ضرر بيئي واضح المعالم⁽¹⁾.

إضافة إلى اعتبار الضرر البيئي غير شخصي وغير مباشر، فإنه كذلك ضرر متراخي حيث لا تتضح آثاره في غالب الأحيان والحالات إلا بعد فترة زمنية طويلة، لذلك يطلق عليه البعض تسمية الضرر التراكمي. حيث يظهر عند تراكم المواد الملوثة للبيئة وتأتي في شكل أمراض تأثر على الكائنات الحية⁽²⁾. وأن الضرر البيئي ذو طابع انتشاري حيث لا يعتد بالحدود الجغرافية ولا بالفترة الزمنية، فهو واسع النطاق لا يمكن التحكم فيه مما يؤدي إلى خرق أقاليم الدول الأخرى وانتشار مواد غير مرغوب فيها كالتلوث الذي يعد من أهم المظاهر خاصة ذات الطابع الانتشاري والاستمراري للضرر البيئي⁽³⁾.

الضرر البيئي العابر للحدود هو أحد الشروط الجوهرية التي تتأسس عليه المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود الناتج في غالب الأحيان عن الأنشطة المشروعة التي تقوم بها الدولة. فهو يعرف -الضرر العابر للحدود- على أنه: "التلوث العابر للحدود ذو اتجاه واحد والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أو أكثر. أو التلوث ذو اتجاهين والذي يجد مصدره في دولة وينتج آثاره في دولة أخرى وتوجد في هذه الدولة الأخرى مصادر للتلوث تنتج آثارها في الدولة الأولى"⁽⁴⁾. وعرفته أيضاً لجنة القانون الدولي بأنه: "الضرر الذي يقع في إقليم غير الدولة المصدر أو في أماكن أخرى موضوعة تحت ولاية تلك الدولة أو تحت سيطرتها سواء وجدت حدود مشتركة بين الدولتين المعينتين أم لم توجد"⁽⁵⁾.

يفترض الضرر البيئي العابر للحدود وجود إقليمين أحدهما يمثل مكان ممارسة النشاط ويسمى بالدولة المصدر، والآخر يمثل المكان المتأثر بمخاطر النشاط ويسمى بالدولة المتأثرة وهو ضرر عادي كإجراء نشاط نووي تترتب عليه آثار عابرة للحدود. وهي بطبيعتها أضرار تمس الأشخاص (كفقدان الحياة والإصابة الجسمانية أو أضرار على الصحة)، كما تمس الأشياء كالأضرار التي تلحق الممتلكات والأموال الأمر الذي يجعلها

(1) أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص، ص 225-226.

(2) جميلة حميدة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011م، ص 93.

(3) جميلة حميدة، المرجع نفسه، ص، ص 90-91.

صافية زيد المال، المرجع السابق، ص، ص 36-37.

(4) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص، ص 66-67.

(5) بشير جمعة عبد الجبار الكبسي، الضرر العابر للحدود عن الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 28.

غير قابلة للاستعمال، وكما تمس المناطق كالناقلة البترولية الإفريقية التي تسببت في تلوث أدى إلى التأثير في استخدام إسبانيا لسواحلها⁽¹⁾.

الخاتمة:

أضحت الأسس التقليدية للمسؤولية الدولية غير صالحة في أغلب الأحيان، لتغطية الضرر البيئي العابر للحدود، لاسيما نظرية الخطأ، مما أدى إلى تطبيق نظرية المسؤولية المطلقة كأساس لتغطية الأضرار البيئية، لقيت هذه النظرية دعما كبيرا من طرف الفقه والقضاء، وأخذت بها العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة، نظرا لكون نظام المسؤولية الموضوعية لا يحتاج من المضرور إثبات الخطأ، وإقامة علاقة السببية المباشرة بسبب تداخل مصادر نتائج الضرر البيئي، فتقطع معه علاقة السببية المباشرة. نستطيع القول أن نظرية المخاطر قد تكون ملائمة للسيطرة على مخاطر التكنولوجيا الحديثة وخاصة في التأسيس للمسؤولية الدولية عن الضرر البيئي العابر للحدود، فالنشاطات الإنسانية في الآونة الأخيرة أصبحت تركز على الربح السريع ومنه الإنتاج السريع لتلبية حاجيات استهلاكية كبيرة وتتطلب خصائص معينة. ولا يمكن إنتاج السلع دون أن يكون ذلك مقترنا بإنتاج النفايات التي تعد سببا جوهريا لقيام الضرر البيئي العابر للحدود، وعليه فإن مشروعية النشاط الإنساني لا تعني غياب الخطر على البيئة، لهذا نرى أن تأسيس المسؤولية الدولية البيئية الناتجة عن وقوع ضرر عابر للحدود، بالاعتماد على نظرية المخاطر أمر لا بد منه على اعتبار انه يحقق:

- التقييد إلى أقصى حد ممكن من حركة النفايات الخطرة عبر الحدود ومنه تستفيد العديد من الدول، خصوصا الدول النامية التي لا تملك الوسائل التكنولوجية للتعامل مع الكميات المعتبرة من النفايات الخطرة التي تنتجها الدول المتقدمة.
- إعفاء المضرور من أعباء وصعوبات الإثبات ومنه الحصول على التعويض المناسب وبأسر السبل، مباشرة بعد وقوع الضرر البيئي العابر للحدود.

(1) صافية زيد المال، المرجع السابق، ص، ص36-37.

الحجز على السفينة في القانون العماني والاتفاقيات الدولية دراسة تحليلية مقارنة

Detention the Ship in Omani law and international agreements

Comparative analytical study

د. نجم عبود مهدي

Najm Abbood Mahdi

أستاذ القانون المساعد - جامعة ظفار - سلطنة عمان

الملخص

تناولت هذه الدراسة الحجز على السفينة من خلال قواعد القانون البحري والعماني وأهم الاتفاقيات الدولية التي تناولت هذا الموضوع. وقد بينت الدراسة الحجز التحفظي على السفينة في القانون البحري العماني والاتفاقيات الدولية، وهذا الحجز ضروري من أجل منع السفينة من الهرب وإيجاد الدائن مالا للمدين، يمكنه من التنفيذ عليه بعد الحصول على سند تنفيذي بموجب حكم قضائي. وفي حال عدم قيام المدين بتسديد ما عليه من دين، يتم اللجوء إلى الحجز التنفيذي الذي يتم من خلاله بيع السفينة المحجوزة في مزاد علني تحت إشراف إدارة التنفيذ من أجل استيفاء الدائن لحقه.

Abstract

This study dealt with arrest of the ship through the rules of maritime law of Oman and the important international conventions that dealt with this subject. The study showed the arrest of the ship in the Omani maritime law and the international conventions. This type of detention is necessary to prevent the ship from escaping and finding the creditor money to the debtor to enable him to implement it after obtaining an executive bond under a court order. In case that the debtor fails to pay its debt, an executive arrest of the sale of the reserved ship shall be made at an auction under the supervision of the Execution Department in order to satisfy the creditor.

المقدمة

تقوم السفينة بالملاحة البحرية فتجوب البحار والمحيطات، وتتعرض لشتى أنواع الأخطار، لذلك وضعت قواعد قانونية دولية ووطنية من أجل سلامة السفينة وتنظيم العمل على ظهرها. واستغلال السفينة في النقل البحري يتطلب نفقات كثيرة تجعل مجهزة السفينة أو مالكها بحاجة دائمة إلى الائتمان مما دفع الدول إلى إدراج قواعد قانونية تقرّر فيها حقوق معينة وذلك لضمان وفاء المجهز بالديون التي بذمتها خاصة عندما تحتاج السفينة إلى تدخل دائنين تستفيد من دينهم خلال الرحلة البحرية في موانئ الدول المختلفة لمواصلة الرحلة.

عند مطالبة الدائن مالك السفينة، أو تجهزها بالوفاء بالدين الذي بذمته ولم يف بأدائه اختيارياً، يجوز للدائن إتباع طريق التنفيذ الجبري ضد مدينه بأحدى صورتين: الأولى، التنفيذ المباشر لحصوله على محل حقه مباشرة عندما لا يكون نقوداً، والصورة الثانية، التنفيذ بالحجز والبيع عندما يكون محل حقه مبلغاً من النقود باتخاذ إجراءات الحجز على مال المدين، وبيعه بالمزاد لاستيفاء حقه من حصيلة التنفيذ⁽¹⁾.

والحجز على السفينة يعني ضبطها، وتوقيفها بموجب إجراء قضائي، أو بقصد اتخاذ إجراء قضائي لاحق للحجز، ويختلف الحجز على السفينة عن حجز أو توقيف السفينة بموجب إجراء إداري، فإذا قيل تمّ حجز السفينة أو توقيفها فينصرف الدّهن إلى الإجراء الإداري الذي تتخذه هيئات الميناء ضد سفينة مخالفة، أما إذا قيل تمّ الحجز على السفينة، فذلك يعني مباشرة إجراءات قضائية ضد السفينة. وإذا كانت السفينة دائنة فيحق لها أن تطالب المدين بحقها، أما إذا كانت مدينة يحق للدائنين مطالبتها بحقوقهم، واتخاذ إجراءات الحجز عليها حتى يضمن الدائن عدم مغادرتها الميناء الراسية فيه، واستكمال إجراءات المحاكمة، وصدور حكم بإلزامها⁽²⁾.

الحجز نوعان حجز تحفظي، وآخر تنفيذي، والهدف من الأول هو إيجاد الدائن مالاً عائداً لمدينه كي يستطيع التنفيذ عليه بعد حصوله على سند واجب التنفيذ، وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين من تهريبه، فالحجز التحفظي صورة من صور الحماية القضائية الوقتية للحق، ولا يعتبر وسيلة لاقتضاء الحق، بل مجرد إجراء تحفظي وقتي لضمان حق الدائن، أما الهدف من الحجز التنفيذي هو بيع المال المحجوز بالمزاد

(1) خيرى عبد الفتاح السيد، النظام الاجرائي للحجز التحفظي والتنفيذي على السفينة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2012، ص 4-5.

(2) وليد علي ماهر، قانون التجارة البحري العماني، دار الكتاب الجامعي، العين 2016، ص 59.

العلمي بإشراف دائرة التنفيذ لاسيتفاء الدائن دينه⁽¹⁾، ويتحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي، كما قد يكون الحجز تنفيذياً من البداية.

يخضع الحجز على السفينة لقواعد خاصة منظمة في القانون البحري و الاتفاقيات الدولية، إلى جانب القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات، ففي سلطنة عمان صدر مرسوم سلطاني بالرقم 35 لسنة 1981 بإصدار القانون البحري العماني⁽²⁾، إذ تناول هذا القانون الحجز على السفينة في المواد 187-207، وصدرت العديد من الاتفاقيات الدولية التي تناولت الحجز على السفينة منها اتفاقية بروكسل للحجز التحفظي لعام 1952⁽³⁾، واتفاقية جنيف للحجز على السفينة لعام 1999⁽⁴⁾.

يُعد الحجز على السفينة من أهم الإجراءات القانونية التي تخول الدائن المحافظة على حقوقه، فهو إجراء قانوني وقائي ممنوح أمر تقريره للمحكمة، بناء على طلب الدائن بعد توافر شروط معينة وفقاً لإجراءات معينة منصوص عليها قانوناً، لذلك فإن موضوع الحجز على السفينة يحتل أهمية كبيرة من الناحية العملية، خاصة في نطاق الإجراءات القضائية، ونظراً لأهمية الحجز عامة، والحجز التحفظي

(1) طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012، ص 85.

(2) يتضمن هذا القانون 392 مادة، تضمنت أغلب مواضيع القانون البحري، التعريف بالسفينة وأحكامها، أشخاص الملاحه والبحرية، الحجز على السفينة، عقد النقل البحري، استغلال واستثمار السفينة، وغيرها من المواضيع، ووفقاً لما صرح به راشد محمد الكيومي المدير العام ل المديرية العامة للشؤون البحرية فإنه يجري حالياً العمل على تحديث القانون البحري العماني، جريدة الرؤية العمانية، النسخة الالكترونية، 30 أغسطس 2015، منشور على الموقع التالي:

<https://alroya.om/post/142177>

تاريخ آخر زيارة: 2018/2/13

(3) تتكون الاتفاقية من (18) مادة، تناولت المادة الأولى منها توضيحاً لبعض المصطلحات وخاص ما يتعلق بالمطالبات البحرية، والحالات التي يجوز له طلب حجز السفينة، وأجازت المادة الخامسة للمحكمة التي تم في نطاق ولايتها الحجز على السفينة بالفراج عن السفينة عند تقديم الكفالة الكافية، ووفقاً لما جاء في المادة (8) تنطبق أحكام الاتفاقية على أية سفينة ترفع علم دولة متعاقدة داخل نطاق ولاية أية دولة متعاقدة. أنظر: أسامة نائل المحيسن، الحجز التحفظي على السفن في التشريعين التونسي والإماراتي على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة الأحداث القانونية التونسية، العدد 23، السنة 2014، ص 66-67.

(4) اشتملت الاتفاقية على (17) مادة، وبالرغم من تقلص عدد المواد في معاهدة جنيف إلا أنه تعتبر أكثر وضوحاً وتفصيلاً وقامت بسد ثغرات التي تضمنتها اتفاقية بروكسل، وقد أجابت اتفاقية جنيف عن الكثير من الأسئلة التي شغلت العديد من المهتمين بهذا المجال طوال فترة تطبيق معاهدة بروكسل التي قاربت نصف قرن. تناولت المعاهدة الموضوعات المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن حيث شملت موادها على بيان التعاريف وتحديد سلطات الحجز المختصة والكيفية القانونية التي يمكن ممارسة حق الحجز وفقاً لها، وإجراءات رفع الحجز، وضوابط حق إعادة الحجز، وبيان نطاق تطبيق الاتفاقية وغيرها من الموضوعات، أنظر: عبد الرحمن علي عبد الله، أحكام الحجز التحفظي والتنفيذي على السفينة، دراية مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان 2014، ص 118-119.

خاصة فقد عقدت معاهدات دولية خاصة بهذا الحجز ولذلك لضمان عدم هروب المدين حتى لو كان محل الحجز (السفينة) في دولة أخرى غير الدولة المسجلة فيها السفينة.

ينطلق البحث من إشكالية تنظيم القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية لأحكام الحجز على السفن، ومحاولة تحقيق التوازن والتوفيق بين المصالح المتعارضة للدائن والمدين، وحماية الآخرين من أن تمس حقوقهم نتيجة لإجراءات الحجز، وقد تنقلب ممارسة حق الحجز على السفينة لتصبح تعسفاً، وتشكل اعتداء على حقوق المدين وخاصة حق الملكية إذ إن الحجز يقيد من حريته في استعمال أمواله واستغلالها والتصرف فيها، لذلك ونحن بصدد البحث عن إشكالية البحث يطرح تساؤل وهو: ما مدى فاعلية نظام الحجز على السفينة في ضمان حقوق كل من الدائن الحاجز، والمدين المحجوز عليه والآخرين الذين ربما تعرضت مصالحهم من جراء هذا التصرف؟

وهل غطت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحجز على السفينة الفراغ القانوني عند هروب السفينة ورسوها في موانئ أجنبية؟

الإجابة على الإشكاليات السابقة تتوضح من خلال دراسة، وتحليل أحكام الحجز التحفظي على السفينة في ظل القانون البحري العماني، والاتفاقيات الدولية التي عقدت بهذا الخصوص، متبعين بذلك المنهج الاستقرائي التحليلي، إذ سأقوم باستقراء النصوص القانونية العمانية الخاصة بالحجز على السفينة، وتحليلها تحليلاً علمياً مبنياً على دراسات علمية، وكتابات سابقة، مع اعتمادي قليلاً على المنهج المقارن وذلك بمقارنة النصوص القانونية في القانون البحري العماني مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحجز على السفينة.

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقدمة ومطلبين بالإضافة إلى الخاتمة، تناول المطلب الأول الحجز التحفظي على السفينة في القانون العماني، والاتفاقيات الدولية، وبحث المطلب الثاني في الحجز التنفيذي على السفينة في القانون العماني.

المطلب الأول: الحجز التحفظي على السفينة في القانون العماني والاتفاقيات الدولية

يعتبر الحجز التحفظي ضبطاً لمال المدين المحجوز عليه ووضعه تحت يد القضاء لمنعه من التصرف فيه تصرفاً يضر بحق الحاجز⁽¹⁾، أما اتفاقية بروكسل الصادرة في عام 1952 فقد عرفته بأنه "منع السفينة من التحرك بإذن السلطة القضائية المختصة ضماناً لدين بحري..."⁽²⁾، ولا يلزم لوقوع الحجز

(1) عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص 386: نقلاً عن خيرى عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 17.

(2) المادة (1) من اتفاقية بروكسل المتعلقة بالحجز التحفظي الصادرة في 10 مايو 1952. منشورة على الموقع التالي:

<http://qistas.com/legislations/pal/view/328780>

التحفظي أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي، بل يكفي الحصول على إذن قضائي به، لأنّ الهدف منه التحفظ على المال المحجوز، كما أنه لا يشترط اتخاذ مقدمات التنفيذ، لأنّ الغاية منه مفاجأة المدين خشية تهريب أمواله، أو التصرف فيها. وقد أكدت اتفاقية بروكسل على أنه "لا يجوز الحجز على السفينة إلا بإذن من المحكمة، أو من السلطات القضائية المختصة في الدّول المتعاقدة التي يجري فيها توقيع الحجز"⁽¹⁾، وهذا ما نصّت عليه المادة (193) من القانون البحري العماني لعام 1981 بقولها "يوقع الحجز التحفظي على السفينة بموجب أمر من السّلطة القضائية المختصة، ويحرّر محضر في ذلك"⁽²⁾.

وتكمن أهمية الحجز التحفظي على السفينة عندما لا يكون تحت يد الدائن سند تنفيذي بحق مالك السفينة أو مجهزها، وخشي الدائن هروب السفينة، أو قيامها برحلة بحرية، وبذلك يتم توقيف السفينة حتى يتسنى للدائن الحصول على سند تنفيذي بحقه، والقيام بإجراءات الحجز التنفيذي عليها - إذا لم يقيم المدين بأداء ما عليه من ديون - تمهيداً لبيعها واستيفاء حقه من ثمنها. وتزداد أهمية الحجز التحفظي خاصة على السفينة الأجنبية التي قد تغادر الميناء ولا تعود إليه مرة أخرى، فيتم اتخاذ إجراءات الحجز عليها للحيلولة دون فرارها حتى تدفع ديونها، أو تقدم كفالة كافية لاستيفاء هذه الديون، لذلك يجوز توقيع الحجز التحفظي في كل حالة يثبت فيها الدائن وجود مخاوف لفقد ضمان حقه، ومع ذلك يجب على طالب الحجز إثبات القرائن والظروف التي تبعث على الخشية والخوف من أن يفقد ضمان حقه لدى المدين، ويخضع تقدير الخشية والخوف لتقدير القاضي في ضوء الظروف والملابسات⁽³⁾. ونظراً لأهمية الحجز التحفظي على السفن، فقد قامت معظم التشريعات البحرية الوطنية بتنظيم أحكامه⁽⁴⁾، ومنها القانون البحري العماني الذي بين الحجز التحفظي في المواد 188-194، فيما تناولت اتفاقية بروكسل لعام 1952 الحجز التحفظي في المواد من 1-18.

والملاحظ أن العديد من القوانين لم تتضمن أحكاماً تخص الحجز التحفظي مثل قانون التجارة الفرنسي⁽⁵⁾ والقانون البحري الأردني⁽⁶⁾، والسبب يرجع إلى أن هذا النوع من الحجز يؤدي إلى تعطيل

تاريخ آخر زيارة للموقع: 2018/2/12

(¹) المادة (4) من اتفاقية بروكسل لعام 1952.

(²) المادة (193) من القانون البحري العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 35 لسنة 1981، أنظر نص القانون على:

نصوص-و-مواد-القانون-البحري-العماني-رقم-3-<https://www.mohamah.net/law/3>

تاريخ آخر زيارة للموقع: 2018/2/12

(³) خيرى عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 18-19.

(⁴) دواخة نادية وبودبوز أمنة، الحجز التحفظي على السفينة في ظل القانون الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة 8 ماي 1945، قسم العلوم القانونية والإدارية - قالمة، الجزائر 2016، ص 46.

(⁵) قانون التجارة الفرنسي صدر في العام 1807.

(⁶) قانون التجارة البحرية الأردني رقم 12 لسنة 1972.

السّفينة ومنعها من استغلال نشاطها، كما يؤثر هذا التّعطيل على آخرين في السّفينة وهي على أهبة السفر⁽¹⁾.

أولاً: الديون التي يجوز بموجبها إيقاع الحجز التّحفظي

بالاستناد إلى المادة (188) من القانون البحري العماني، لا يجوز إيقاع الحجز التّحفظي على السّفينة إلاّ وفاء لدين بحري، حيث أوضحت المادة المذكورة " أنه يعتبر ديناً بحرياً كل ادعاء حق أو دين مصدره إحدى الأمور التالية⁽²⁾:"

- 1- أضرار متسببة عن سفينة سواء بالتصادم أو خلافه.
- 2- خسائر في الأرواح والأبدان متسببة أو ناتجة عن استغلالها.
- 3- مساعدة أو إنقاذ.
- 4- عقود تتعلق باستعمال سفينة أو إيجارها بمشارطة إيجار أو بغير ذلك.
- 5- عقود تتعلق بنقل بضائع.
- 6- خسائر مشتركة
- 7- قطر السّفينة.
- 8- إرشاد السّفينة.
- 9- تزويد السّفينة.
- 10- أجور الريان والضباط والبحارة.
- 11- استغلال سفينة أو الحق في نتائج استغلالها.
- 12- المبالغ التّاجمة عن تزويد السّفينة بالمواد والأدوات بقصد استغلالها.
- 13- المبالغ التي تتعلق بصنع السّفينة أو إصلاحها وتجهيزها.
- 14- الأموال التي ينفقها الرّبان والشّاحن والمستأجرين لحساب السّفينة.
- 15- الرّهن البحري والديون التي تتعلق بتحديد مسؤولية مالك السّفينة أو تجهيزها
- 16- ما يتعلق بالتّزاع حول ملكية السّفينة.

واشترطت اتفاقية بروكسل لعام 1952 لإيقاع الحجز التّحفظي على السّفينة أن يوجد دين بحري، كالدين الناتج عن التّصادم البحري أو المساعدة والإنقاذ البحريين، أو الإرشاد البحري أو القطر، أو توريد المواد اللّازمة لإصلاح السّفينة وغيرها من الديون التي نصّت عليها المادة الأولى من الاتفاقية⁽³⁾، وهي تقريباً مشابهة للديون التي نصّ عليها القانون البحري العماني، والملاحظ أن المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة

(1) عادل علي المقداوي، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011، ص 59.

(2) المادة (188) من القانون البحري العماني.

(3) المادة (1) من اتفاقية بروكسل لعام 1952.

نصت على أنه يمكن الحجز على السفينة استناداً لدين غير بحري وذلك استناداً لقانون الدولة التي يوضع الحجز بموجبه، وقد عُدت هذه الإضافة عدم وجود أي أهمية للتمييز بين الدين البحري والدين غير البحري⁽¹⁾.

أكد القانون البحري العماني على أن لكل من له دين بحري على سفينة أن يحجز عليها، أو على أي سفينة أخرى يملكها المدين وقت نشوء الدين، ولا يجوز الحجز على السفينة التي لا يتعلق بها الدين⁽²⁾، أما إذا أُجرت السفينة لمستأجر تولى إدارتها الملاحية وكان وحده المسؤول عن دين بحري متعلق بها جاز للدائن توقيع الحجز على هذه السفينة، أو على أي سفينة أخرى مملوكة للمستأجر ذاته بمقتضى ذلك الدين البحري⁽³⁾.

ولا يجوز الحجز التحفظي على سفينة متأهبة للسفر ما لم يكن الحجز لدين متعلق بالسفر الذي تأهبت له وذلك طبقاً لنص المادة (191) من القانون البحري العماني، وتعدّ السفينة متأهبة للسفر في حال حصول الرّبان على الإذن⁽⁴⁾. والعلّة في هذا الحكم أن القانون قد وازن بين المصالح المتعلقة بالرحلة البحرية من جهة ومصالحه الدائن في توقيع الحجز على السفينة من جهة أخرى، فغلب الأولى على الثانية مراعيّاً في ذلك أنه كان يجب على الدائن أن يقوم بتوقيع الحجز قبل تأهب السفينة للسفر بدلاً من الانتظار حتى قرب ابحارها⁽⁵⁾. أما اتفاقية بروكسل لعام 1952 فقد أجازت الحجز على السفينة المتأهبة للسفر، ومقابل هذا الجواز اشترطت الاتفاقية المذكورة أن تكون الجهة المختصة بإيقاع هذا الحجز هي المحاكم، ولكنها لم تنطبق إلى الإجراءات فتركتها إلى قانون الدولة. والجدير بالذكر أن الحجز على السفينة لا يعني الحجز على البضائع المشحونة فيها، فيحق لأصحابها استلامها، لأنّ الحجز لا يعتبر واقعاً عليها وإنما على السفينة⁽⁶⁾.

ثانياً: إجراءات الحجز التحفظي الواقع على السفينة

بالاستناد إلى المادة (193) من القانون البحري العماني، يتولى عملية إيقاع الحجز التحفظي على السفينة المحكمة المختصة، بناء على طلب من أحد الدائنين التي وردت ديونهم في المادة (188)، ويتوجب في هذه الحالة تحرير محضر بالحجز التحفظي الواقع على السفينة، وعند إيقاع الحجز يتوجب إعطاء نسخة من محضر الحجز لربان السفينة، أو من يقوم مقامه، ونسخة أخرى لدائرة الميناء المسجلة فيه والذي وقع

(1) طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص 86.

(2) المادة (189) من القانون البحري العماني.

(3) المادة (190) من القانون البحري العماني.

(4) المادة (191) من القانون البحري العماني.

(5) مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 123.

(6) طالب حسن موسى، مصدر سابق، ص 87.

فيه الحجز على السفينة، ونسخة ثالثة لمكتب تسجيل السفن في الميناء المذكور⁽¹⁾، ويشتمل محضر الحجز على التّكليف بالحضور أمام المحكمة المختصة للتّصريح بصفة الدّين، وتثبيت الحجز، ويحدّد موعد للنظر في الموضوع في موعد لا يتجاوز الثلاثين يوماً التّالية لتاريخ محضر الحجز ويتم إخطار المحكمة على وجه الاستعجال⁽²⁾. وإذا أصدرت المحكمة قراراً بتثبيت الحجز التحفظي، وجب أن يشتمل قرارها الأمر ببيع السفينة مع تحديد شروط البيع والثمن الأساسي، ويجوز استئناف هذا الحكم إذا كان نظام التّقاضي يسمح بذلك، على أن يكون هذا الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور حكم المحكمة التي قررت بيع السفينة⁽³⁾.

يجوز للمحكمة استناداً إلى المادة (192) من القانون البحري العماني رفع الحجز التّحفظي الواقع على السفينة، إذا قدّم مجهزها سواء كان المالك أم المستأجر، كفالة أو أي ضمان آخر يكفي الوفاء بالدّين الذي بسببه تمّ إيقاع الحجز التّحفظي على السفينة، ويترك للقاضي المختص تقدير كفاية الكفالة أو الضمان من أجل رفع الحجز على السفينة. وبالاستناد إلى المادة المذكورة لا يجوز رفع الحجز التّحفظي على السفينة⁽⁴⁾ إذا كان الحجز قد وقع على السفينة بسبب دين ناشئ عن منازعة ملكية السفينة أو ناشئ عن عملية استغلالها، إلاّ إذا قدم المجهز ضمان أو كفالة لذلك⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الحجز التحفظي لا يؤدي إلى بيع المال المحجوز عليه لاستيفاء الدائن لحقه، وإنما يترتب عليه عدم التّصرف فيه إلى حين الحكم بصحة الحجز ويصبح بعد ذلك حجزاً تنفيذياً⁽⁶⁾.

وقد تناولت معاهدة جنيف لعام 1999 إمكانية توقيع الحجز ورفعها على أن يتم ذلك فقط من قبل محكمة في دولة متعاقدة يقع الحجز في دائرتها، وأن يوقع الحجز فقط إذا كان بسبب دين بحري وليس بسبب أي دين آخر، ويتم ذلك للحصول على ضمانه للدّين المدعى به. ويلاحظ أن اتفاقية جنيف منحت سلطة الحجز فقط للمحاكم المختصة في الدّولة المتعاقدة على عكس اتفاقية بروكسل والتي تعطي السّلطة لأي جهة قضائية مختصة بالإضافة إلى المحاكم⁽⁷⁾. وقد نظمت اتفاقية جنيف أمر رفع الحجز على السفينة إذا

(1) المادة (193) من القانون البحري العماني.

(2) المادة (194) من القانون البحري العماني.

(3) المادة (195) من القانون البحري العماني.

(4) المادة (192) من القانون البحري العماني.

(5) الفقرتان (14) و (15) من المادة (188) من القانون البحري العماني.

(6) وليد علي ماهر، مصدر سابق، ص 133.

(7) اتفاقية جنيف للحجز على السفينة لعام 1999، منشورة على :

قدمت ضمانة كافية، وهذا النص مشابه لما ورد في نص المادة (192) من القانون البحري العماني. واستناداً لنص المادة (4) من اتفاقية جنيف إذا كانت السفينة محجوزة بسبب دين بحري في دولة غير متعاقدة وقدم ضمان عن نفس الدين لرفع الحجز في دولة متعاقدة ولم يرفع الحجز فإنه يجوز بموجب طلب يقدم للمحكمة في الدولة المتعاقدة الإفراج عن ذلك الضمان، وهذا النص يعتبر تحديثاً لم يرد به نص مقابل في اتفاقية بروكسل⁽¹⁾.

وبينت المادة (3) من اتفاقية بروكسل حالة توقيع عدة حجوزات من الدائن نفسه لاستيفاء الدين نفسه، فتنص على أنه لا يجوز مدع واحد وفي الدين نفسه أن يقوم بالحجز على سفينة أو يطلب تقديم كفالة أو ضمان عنها أكثر من مرة واحدة في دائرة اختصاص دولة أو أكثر من دولة متعاقدة، وإذا وقع الحجز على سفينة أمام قضاء إحدى هذه الدول، أو قدمت كفالة، أو ضمان لرفع الحجز، أو لتجنبه، وجب أن يرفع كل حجز لاحق آخر وقعه المدعي على هذه السفينة، أو على أية سفينة أخرى مملوكة للمالك نفسه بسبب الدين البحري، وتأمّر المحكمة بالإفراج عن السفينة ما لم يثبت المدعي أن الكفيل قد أبرئ نهائياً قبل توقيع الحجز اللاحق أو أنه وجد سبب آخر يبرر بقاء الحجز⁽²⁾.

ومن استقراء المادة (7) من اتفاقية جنيف لعام 1999 تبين لنا أن محاكم الدولة التي وقع فيها الحجز على السفينة في إقليمها تختص بالفصل في موضوع الدعوى بثبوت الدين وصحة الحجز بشرط أن تكون طرف في معاهدة جنيف لعام 1999، وقد اعطت الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه حق للأطراف المتنازعة الاتفاق السليم على عرض النزاع على التحكيم أو على محكمة أخرى تابعة لدولة أخرى تقبل هذا الاختصاص⁽³⁾.

ثالثاً: السفن التي تخضع للحجز التحفظي

الأصل أن يتم توقيع الحجز على السفينة التي تعلق بها الدين، ويمكن أن يوقع الحجز أيضاً على أي سفينة أخرى يملكها وقت نشوء الدين وبقي مالكا لها لوقت توقيع الحجز، إلا أنه يستثنى من ذلك عدم جواز الحجز على سفن المالك التي لا تعلق بها الدين البحري، إذا كان هذا الدين ناشئاً عن نزاع يتعلق في ملكية السفينة، أو كان الدين يتعلق برهن بحري يتعلق بالسفينة، فهذه الديون طالما أنها تتعلق بالسفينة فلا يجوز أن تنسحب آثارها على سفن أخرى ولو كانت مملوكة للشخص نفسه .

(1) عبد الرحمن علي عبد الله، أحكام الحجز التحفظي والتنفيذي على السفينة، دراية مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة أم درمان 2014، ص 130-131.

(2) مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص 124.

(3) المادة (7) من اتفاقية جنيف لعام 1999.

ويمكن أن تكون السفينة محلاً للحجز التحفظي إذا كان مستأجر السفينة يدير ملاحمتها وكان مسؤولاً عن الدين البحري المتعلق بها، بل يستطيع الحاجز أن يوقع الحجز التحفظي على أي سفينة أخرى تكون مملوكة للمستأجر، إلا أنه لا يجوز إيقاع الحجز التحفظي على السفن الأخرى التي تعود للمالك المؤجر، وهذا الحكم يسري على كل الحالات التي تكون فيها السفينة مستثمرة من قبل شخص غير المالك⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالحجز على السفن الحربية والسفن المملوكة للدول المخصصة لخدمة عامة كسفن الجمارك، وسفن الشرطة وسفن الحجز الصحي، وسفن اطفاء الحرائق، فلا يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة (8) من اتفاقية جنيف لعام 1999، وقد أيد ذلك القضاء البلجيكي والإنجليزي والأمريكي والفرنسي. والملاحظ أن اتفاقية بروكسل لعام 1952 لم تتحدث عن الحجز على سفن الدولة المخصصة للخدمة العامة⁽²⁾، ولم أجد نصاً على ذلك في القانون البحري العماني، إلا أن الفقرة الثانية من المادة (56) من قانون المعاملات المدنية العماني نصت على أنه لا يجوز الحجز على الأموال العامة⁽³⁾، وهذا النص يشمل السفن الحكومية المخصصة للخدمة العامة.

أما بالنسبة للسفن التجارية المملوكة للدولة، فيجوز الحجز عليها أيّاً كان نوع الحجز تحفظياً أو تنفيذياً، إلا إذا تضمن نص القانون ما يفيد عدّ هذه السفن من الأموال العامة، وذلك لأنّ الدولة عندما تمارس التجارة يجب أن تتحمل نتائجها وتسوى بأفراد القانون الخاص في المعاملة وذلك طبقاً لنص المادة (3) من معاهدة بروكسل المتعلقة بحصانة سفن الدولة الصادرة في عام 1926⁽⁴⁾، وإعمالاً لنظرية الحصانة النسبية التي سادت في الفقه الحديث وحلت محل نظرية الحصانة المطلقة للدولة⁽⁵⁾.

(1) عادل المقدادي، القانون البحري: وفقاً للقانون البحري العماني رقم 35 لسنة 1981، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2011، ص 108.

(2) خيري عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 26.

(3) المادة (56) قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم رقم 29 لسنة 2013، أنظر نص القانون على:

<http://omanlegal.org/law/omanlegal/omanlegal-1301.pdf>

تاريخ آخر زيارة: 2018/2/12

(4) حسنين ضياء نوري، النظام القانوني لملكية الدولة للسفينة، بحث منشور على الموقع التالي:

<http://www.mn940.net/forum/forum30/thread32255.html>

تاريخ آخر زيارة: 2018/02/12

(5) خيري عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 27.

المطلب الثاني: الحجز التنفيذي على السفينة في القانون العماني

يقصد بالحجز التنفيذي على السفينة حجز السفينة بناء على سند واجب التنفيذ تمهيداً لبيعها واقتضاء الديون المضمونة بها من ثمن البيع⁽¹⁾، وهناك من يرى أن الحجز التنفيذي هو تلك الإجراءات التي تهدف إلى بيع السفينة لغرض تحصيل المبالغ المحكوم بها من قبل محكمة مختصة ومن ثم حصول الدائنين على حقوقهم ومنه ثمن بيع السفينة، ويُعد هذا الحجز امتداداً للحجز التحفظي الذي وقع على السفينة، إذا لم تقدم كفالة أو ضمان كاف، ولم يدفع المجهز المدين ما عليه من ديون اختيارياً. وتجدر الإشارة إلى أن الشّخص الذي لديه سند تنفيذ لا يحتاج إلى المرور عبر اجراءات الحجز التحفظي على السفينة، وإنما يمكنه اتخاذ إجراءات الحجز التنفيذي مباشرة، وفي الوقت الذي يراه ملائماً له⁽²⁾. لم تتناول الاتفاقيات الدولية الحجز التنفيذي على السفينة لأنّ هذا النوع من الحجز يتم وفق إجراءات قانونية تتخذها الأجهزة القضائية في داخل كل بلد، هذه الإجراءات تكاد تتشابه في أغلب القوانين البحرية العربية. وقد تناول القانون البحري العماني الحجز التحفظي في المواد (196) لغاية (207).

هناك من يرى أن الأحكام القضائية الخاصة بالحجز التنفيذي على السفينة نادرة مقارنة بحالات الحجز التحفظي، وقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأنه من بين عشرات حالات الحجز التحفظي توجد حالة حجز تنفيذي، ويرجع ذلك إلى أنه بمجرد توقيع الحجز التحفظي على السفينة غالباً ما يسارع المدين المالك على رفع الحجز بتقديم كفالة، أو ضمان، أو دفع الدين الذي بذمته وبالتالي لا يتم تحويل الحجز التحفظي على حجز تنفيذي على السفينة إلا في حالات قليلة⁽³⁾.

أولاً: شروط الحجز التنفيذي

حتى يصار إلى بيع السفينة جبراً أوجب القانون اتخاذ بعض الخطوات التمهيدية، وتنظيم محضر وصدور قرار بالحجز وتسجيله في سجل السفينة لضمان وضع السفينة تحت يد القضاء وتجميد تصرف المدين بالسفينة. وتبدأ المرحلة الأولى من التنفيذ على السفينة بتقديم الدائن (صاحب الحق) طلب التنفيذ مرفقاً بالسند التنفيذي والوثائق المؤيدة لحقه إلى دائرة التنفيذ، وعلى طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه إفادة من سجل السفينة المطلوب التنفيذ عليها تبين ملكيتها وما يتعلق بها من حقوق وأعباء، كما تبين أوصافها وما

(1) أمل شربا، الحجز التنفيذي على السفينة بموجب أحكام قانون رقم 46 لعام 2006، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 24، العدد الثاني، دمشق 2008، ص 175.

(2) عبد الرحمن علي عبد الله، مصدر سابق، ص 152-153.

(3) خيرى عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 77-78.

تشتمل عليه، وتكون مؤرخة بتاريخ طلب التنفيذ، أو تاريخ قريب منه، وعلى طالب التنفيذ أيضاً أن يختار موطناً له في نطاق دائرة التنفيذ المختصة حتى يتسنى تبليغه الأوراق اللازمة في هذا الصدد⁽¹⁾.

ويجب أن يحصل ل الدائن على سند تنفيذي، كشرط أساسي للقيام بإجراءات التنفيذ الجبري، بناء على طلب ذوي الشأن، عن طريق مُحضر التنفيذ، وإذا لم يقدم طلب التنفيذ فلا يجوز إجراء التنفيذ بدونه، لأنَّ النِّشاط القضائي نشاط مطلوب، وليس تلقائياً من جانب السُّلطة القضائية، ويجب أن يكون طلب التنفيذ مكتوباً، وتطبيقاً للقواعد الإجرائية العامة مشتملاً على بيانات طالب التنفيذ، والمنفذ ضده، ومحل التنفيذ⁽²⁾.

لا يلجأ الدائن للحجز التنفيذي على السفينة إلا إذا امتنع المجهز أو المالك عن الوفاء بالدين الذي ترتب في ذمته لمصلحة الدائن، وبناءً على ذلك يجب على الدائن إنذار مالك السفينة بوجوب دفع دينه خلال أربع وعشرين ساعة على الأقل من إنذار المدين رسمياً بالدفع، ويجب أن يبلغ هذا الإنذار إلى مالك السفينة في عنوانه المختار، وإذا لم يكن المالك حاضراً، فيمكن توجيه هذا الإنذار إلى ربان السفينة، بحكم كونه وكيلاً عن المالك، وهذا لا يكون إلا إذا كان الدَّين يتعلق بالسفينة أو نشاطها، إلا أنه يجب تجديد الإنذار إذا مضت عليه أكثر من عشرة أيام ولم يباشر الدائن بإجراءات الحجز⁽³⁾. وأكدت المادة (196) من القانون البحري العماني على أنه "لا يجوز توقيع الحجز التنفيذي على السفينة بعد حصول الرِّبان على إذن السُّفر ما لم يكن الحجز متعلق بالسُّفر المتأهب له"⁽⁴⁾.

ثانياً: إجراءات الحجز التنفيذي

تتمثل إجراءات وضع اليد على السفينة في تحرير محضر وتسليم صورة منه إلى جهات حددها القانون، ويتم ابلاغ مجهز السفينة أو مالكيها بالحضور لسماع الحكم بالبيع، إذ إن غاية الحجز التنفيذي على السفينة تتمثل في التَّنفيذ عليها جبراً ببيعها في المزاد العلني، ولا يجوز أن تحدّد الجلسة قبل اليوم الخامس عشر وبعد اليوم الثلاثين من تاريخ الحجز الواقع على السفينة⁽⁵⁾. وبالإستناد إلى المادة (198) من القانون البحري العماني تُسلم نسخة من محضر الحجز لربان السفينة أو لمن يقوم مقامه، وللجهة البحرية بالميناء لمنع السفينة من المغادرة، وللمكتب تسجيل السفينة للتأشير عليها في السُّجل إذا كانت مسجلة في السُّلطنة، وذلك لمنع السفينة من السُّفر وقطع الطَّريق على مالكيها من بيعها أو إجراء رهون جديدة عليها. وإذا أمرت المحكمة بالبيع فإنَّها

(1) أمل شربا، مصدر سابق، ص 179-180.

(2) خيري عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 77-78.

(3) عادل المقدادي، القانون البحري، مصدر سابق، ص 60-61.

(4) المادة (196) من القانون البحري العماني.

(5) المادة (198) من القانون البحري العماني، وانظر أيضاً أمل شربا، مصدر سابق، ص 182.

تحدّد الثمن الافتتاحي، وشروط البيع، وأيام المزايدة، ويعلن عن البيع بالنّشر في إحدى الجرائد الذائعة الانتشار، وتلصق شروط البيع بمكتب تسجيل السفينة أو في أي مكان آخر تعينه المحكمة كالميناء المسجلة فيه السفينة⁽¹⁾. وألّزمت المادة (199) أن يشتمل الإعلان عن بيع السفينة ذكر البيانات التالية:

1- اسم الدائن الحاجز وموطنه.

2- بيان السند الذي يحصل التنفيذ بموجبه.

3- المبلغ المحجوز من أجله.

4- الموطن الذي اختاره الحاجز في دائرة المحكمة التي توجد فيها السفينة،

5- اسم مالك السفينة وموطنه.

6- اسم المدين المحجوز عليه وموطنه.

7- أوصاف السفينة.

8- اسم الرّبان.

9- مكان تواجد السفينة.

10- الثمن الافتتاحي وشروط البيع

وأشارت المادة (199) من القانون البحري العماني إلى أنّه لا يجوز بيع السفينة إلّا بعد مُضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إتمام عملية النّشر، وإذا تراخى الدائن في إتمام عملية النّشر خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور الأمر بالبيع جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن تقضي بإلغاء الحجز واعتباره كأن لم يكن⁽²⁾.

ثالثاً: إجراءات بيع السفينة بالمزايدة العلنية

من خلال نص المادة (200) من القانون البحري العماني، لا يجوز لأي شخص الاشتراك بالمزايدة العلنية لبيع السفينة ما لم يقدم كفالة مصرفية بنسبة 10% من الثمن الافتتاحي المقدر للسفينة، ويحصل البيع بالمزايدة العلنية بعد ثلاث جلسات يفصل بين كل منها ثمانية أيام، فإذا حصلت الجلسة الأولى يتم قبول أكبر عطاء في الجلسة الأولى كي يتخذ أساساً للمزايدة في الجلسة الثانية، ويطبق الحكم نفسه على الجلسة الثانية بحيث يؤخذ أيضاً أكبر عطاء قدم فيها، ويتخذ كأساس تفتتح به المزايدة التي ستقام في الجلسة الثالثة التي يقع فيها البيع نهائياً للمزايد الذي يقدم أكبر عطاء⁽³⁾.

وأكدت المادة (201) من القانون البحري العماني على أنه "إذا لم يقدم عطاء في اليوم المعين للبيع تحدّد المحكمة ثمناً افتتاحياً جديداً أقل من الأول ويعين الأيام التي تقع فيها المزايدة. وتتبع إجراءات الإعلان

(1) عادل المقدادي، القانون البحري وفقاً للقانون البحري العماني رقم 35 لسنة 1981، ص 111.

(2) المادة (199) من القانون البحري العماني.

(3) المادة (200) من القانون البحري العماني.

المنصوص عليها في المادة (199)⁽¹⁾. ومن يرسو عليه البيع يدفع الثمن والمصاريف في صندوق الودائع الحكومي في الأسبوع التالي على الأكثر لرسو المزداد، وإلا أعيد بيع السفينة على مسؤوليته، ولا يُعد حكم رسو المزداد حكماً قضائياً بالمعنى الصحيح، وإنما هو عمل إجرائي هدفه إيقاع بيع السفينة المحجوزة على الراسي عليه المزداد صاحب أكبر عطاء، لذا لا يجوز الطعن في حكم رسو المزداد إلا بعيب في الإجراءات الخاصة بالبيع، ويكون الطعن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم⁽²⁾، ولا يضاف إلى هذا الميعاد مدة أخرى للحيلولة دون عرقلة إجراءات توزيع حصيلة البيع الجبري للسفينة⁽³⁾.

وقد يحصل أن يتقدم شخص من الآخرين عند بيع السفينة بالمزايدة العلنية، بدعوى استحقاق، أو بدعوى طلب بطلان الحجز الواقع على السفينة، وفي هذه الحالة لم يسمح القانون بالاستناد إلى المادة (204) إيقاف إجراءات الحجز التنفيذي، إذا قدمت مثل هذه الدعاوى قبل المزايدة، إلا إذا كانت هناك أسباب جديدة قدمها المدعي الذي يطالب ببطلان إجراءات المزايدة تتضمن أدلة جرى تقديمها للمحكمة قبل ثلاثة أيام من تاريخ إقامة دعوى الاستحقاق، أو بطلان الحجز التنفيذي. أما إذا كانت دعوى الاستحقاق، أو بطلان الحجز التنفيذي قد قدمت من الآخرين بعد تمام المزايدة ورسوها على المشتري، ففي هذه الحالة يتحوّل حق المدعي إلى ثمن السفينة الذي رست به المزايدة، ويحق له الاعتراض على تسليم الثمن إلى مالك السفينة، على أن ينظر بطلبه عند المباشرة بتوزيع الثمن على الحاجز وبقية الدائنين⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن رسو المزايدة بالاستناد على المادة (205) يرتب أثراً بتطهير السفينة من حقوق الامتياز والرهن والديون الأخرى ودعاوى الفسخ جميعها، إذ تتحوّل إلى ثمن السفينة الذي رست به المزايدة، ويجري توزيع ثمن السفينة على هؤلاء الدائنين ينحسب الترتيب الوارد في القانون، الذي يتضمن توزيع حقوق الامتياز والرهن البحرية، ويأخذ كل دائن من ثمن السفينة أصل الدين وفوائده والمصاريف التي تكبدها⁽⁵⁾. ولا بد للمشتري الذي رسا عليه المزداد أن يتولى القيام بتسجيل شرائه وشطب القيود المتعلقة بحقوق الامتياز، أو الرهن، أو دعاوى الفسخ وذلك بتقديمه لمكتب تسجيل السفن حكم رسو المزداد والوصل القاضي بوقوع تأمين ثمن الشراء والمصاريف⁽⁶⁾.

(1) المادة (201) من القانون البحري العماني.

(2) المادة (203) من القانون البحري العماني.

(3) خيرى عبد الفتاح السيد، مصدر سابق، ص 105.

(4) عادل المقدادي، مصدر سابق، ص 114.

(5) المصدر السابق نفسه، ص 115.

(6) وليد علي ماهر، مصدر سابق، ص 67.

النتائج والتوصيات

تناولت هذه الدراسة الحجز على السفينة في القانون العماني والاتفاقيات الدولية الصادرة بهذا الخصوص، وتمّ التّوصل إلى العديد من النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- 1- تبين من خلال الدّراسة أن القانون البحري العماني جاء متوافقاً في أغلب مواده مع اتفاقية بروكسل لعام 1952 الخاصة بالحجز التحفظي، واتفاقية جنيف للحجز على السفينة لعام 1999.
- 2- لاحظ الباحث أن اتفاقية جنيف لعام 1999 جاءت أكثر وضوحاً مقارنة باتفاقية بروكسل لعام 1999، وذلك بتوسيعها لقائمة الديون البحرية في مادتها الأولى عن طريق اضافة مجموعة من الديون البحرية الجديدة.
- 3- يُشيد الباحث بما ورد في المادة (188) من القانون البحري العماني التي نصّت على عدم جواز إيقاع الحجز التحفظي على السفينة إلّا وفاء لدين بحري، وهذا النّص خالفته اتفاقية بروكسل لعام 1952، إذ أشارت إلى مشروعية حجز السفينة لديون بحرية وغير بحرية.
- 4- لم يرد أي نص لا في القانون البحري العماني ولا في اتفاقية جنيف بخصوص تنظيم الوسائل التي تكفل حماية السفينة من الحجز التّعسفي أو الكيدي الذي قد يقوم به الدائن ضد مالك السفينة أو تجهزها.

التوصيات:

- 1- يرى الباحث أهمية وضع قواعد قانونية موحّدة في دول مجلس التّعاون لدول الخليج العربية خاصة بالحجز على السفينة على غرار قانون الجمارك الموحّد لدول مجلس التّعاون النافذ في العام 2002.
- 2- يدعو الباحث إلى اصدار قوانين وآليات تكفل حماية السفينة من الحجز التّعسفي أو الكيدي وذلك بإلزام الحاجز الذي يتعسّف في استعمال حقه بدفع غرامة مالية يترك لقاضي الحجز سلطة تقديرها، إضافة للتعويض الذي تحكم به المحكمة.
- 3- من المفيد جداً أن يشمل الحجز على السفينة تعيين حارس للسفينة المحجوزة من قبل الجهة القضائية المختصة في حالة غياب الطاقم على متنها قصد ضمان أمنها وذلك على نفقة المدين.
- 4- يقترح الباحث ضرورة إعطاء الحق لإدارة الميناء في طلب استصدار أمر لرفع الحجز إذا ما رأت ضرورة لذلك، وبالتالي تمكينها من مواصلة نشاطها واستغلال أرباحها، كما يقترح الباحث تحديد مدة الحجز على مستوى الميناء وذلك لتفادي المكوث الطويل للسفينة في الميناء.

المراجع

أولاً: الكتب

- خيرى عبد الفتاح السيد، النظام الاجرائي للحجز التحفظي والتنفيذي على السفينة: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2012.
- طالب حسن موسى، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012.
- عادل المقدادي، القانون البحري: وفقاً للقانون البحري العماني رقم 35 لسنة 1981، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2011.
- عادل علي المقدادي، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011.
- مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.
- وليد علي ماهر، قانون التجارة البحري العماني، دار الكتاب الجامعي، العين 2016.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- عبد الرحمن علي عبد الله، أحكام الحجز التحفظي والتنفيذي على السفينة، دراية مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة أم درمان 2014.
- دواخة نادية و بودبوز آمنة، الحجز التحفظي على السفينة في ظل القانون الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 8 ماي 1945 – قالمة - الجزائر 2016

ثالثاً: البحوث المنشورة:

- أمل شربا، الحجز التنفيذي على السفينة بموجب أحكام قانون رقم 46 لعام 2006، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 24، العدد الثاني، دمشق 2008.
- أسامة نائل المحيسن، الحجز التحفظي على السفن في التشريع التونسي والإماراتي على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة الأحداث القانونية التونسية، العدد 23، تونس 2014.

- حسنين ضياء نوري وعلي حسين، النظام القانوني لملكية الدولة للسفينة، بحث منشور على

الموقع التالي: <http://www.mn940.net/forum/forum30/thread32255.html>

رابعاً: الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية بروكسل المتعلقة بالحجز التحفظي الصادرة في 10 مايو 1952، منشورة على الموقع

التالي: <http://qistas.com/legislations/pal/view/328780>

- اتفاقية جنيف لحجز السفن لعام 1999، منشورة على الموقع التالي:

<http://www.f-law.net/law/threads/67663> اتفاقية-حجز-السفن-

خامساً: القوانين

- القانون البحري العماني الصادر بالمرسوم رقم 35 لسنة 1981، منشور على الموقع التالي:
<http://www.motc.gov.om/Download/LegislationFiles/4ea0f39d-e333-486d-8097-9be97bd7209a.pdf>
- قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم رقم 29 لسنة 2013، منشور على الموقع التالي:
<http://omanlegal.org/law/omanlegal/omanlegal-1301.pdf>

سادساً: مواقع الكترونية:

- موقع جريدة الرؤية العمانية، النسخة الالكترونية: <https://alroya.om/post/142177>



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018