

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 29 - ديسمبر 2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير: سرور طالبى المل

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

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. العيساوي عماد، جامعة كوميلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة-سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، 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. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

التدقيق اللغوي:

د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعديّة/سوق أهراس/الجزائر).

د. شامخة حفيفة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت/الجزائر).

د. محمد حسام عبد التواب عبد المجيد، (جامعة بني سويف / مصر).

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.د. رشا علي الدين أحمد علي تقي الدين (جامعة المنصورة / مصر).

د. خليفي عبد الرحمان (المدرسة العليا للضمان الاجتماعي / الجزائر).

د. زكريا عبد الوهاب محمد زين (جامعة ظفار / سلطنة عمان).

د. محمد زكرياء شيخ (جامعة مستغانم / الجزائر).

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 الأشخاص 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 وأخرى 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 بالباعت 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 الإلكترونية:
- 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

- الافتتاحية 9
- النظام القانوني للسرية المصرفية: رؤية على القانون الليبي، عبد السلام أحمد حسين
إمحمد، جامعة سبها، ليبيا. 11
- رفض العون الاقتصادي البيع أو أداء الخدمة للمستهلك، محمودي فاطمة، جامعة
وهران محمد بن أحمد 2، الجزائر. 43
- الالتزام بضمان سلامة مستهلك خدمة النقل البحري، تياتي مريم، جامعة أبو بكر
بلقايد، تلمسان، الجزائر. 69
- الآثار الاقتصادية و الإجتماعية للفساد المالي في الجزائر و إستراتيجيات مكافحته،
راضية مسعود، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر. 83
- جريمة الاستيطان الإسرائيلي في القانون الدولي الإنساني، إسلام راسم البياري،
جامعة الاستقلال، فلسطين. 107
- مراجعة علمية لكتاب التحقيق الجنائي الرقمي: IT Forensik للكاتب Dennis Heinson
من إعداد رضوان حسان إسخيطة، Johannes Gutenberg University, Germany . 137

تخلي 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 فضله تتم الصالحات

يتضمن العدد التاسع والعشرون من مجلة جيل الأبحاث القانونية مقالات قيمة أثار إشكاليات حول مواضيع هامة سواء في القانون الخاص أو العام من أجل المساهمة في نشر الثقافة القانونية واثراء المكتبة العربية بالمراجع المتخصصة.

ولقد تناول المقال الأول النظام القانوني للسرية المصرفية في ضوء قانون المصارف الليبي ، بينما تناول المقال الثاني القواعد المطبقة على حالة رفض العون الاقتصادي البيع أو أداء الخدمة للمستهلك دون سبب مشروع بموجب القانون الجزائري رقم 02/04 والأثار المترتبة عن ذلك، لينتقل المقال الثالث لدراسة المسؤولية الملقاة على عاتق الناقل البحري في القانون الجزائري وعلى وجه الخصوص الالتزام بضمان سلامة الأشخاص و هذا لغرض حماية المستهلك.

فحين تطرق المقال الرابع لظاهرة الفساد المالي في الجزائر و تحليل العوامل المشجعة لبروزه وأثاره الاقتصادية والاجتماعية متوقفا عند أهم الإستراتيجيات المتبعة لمكافحته.

أما البحث المعمق لهذا العدد، فقد تناول جريمة الاستيطان الإسرائيلية وانشاء المستوطنات على الأراضي الفلسطينية في ضوء القانون الدولي الإنساني باعتبارها جريمة حرب وفق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واتفاقيات جنيف لعام 1949م.

لنختم العدد بمراجعة علمية لكتاب باللغة الألمانية للمحامي دينيس هاينسون والذي تناول التحقيق الجنائي الرقمي .

لا يفوتني في الأخير أن أتوجه بالشكر لأسرة تحرير المجلة و للجنة العلمية التحكيمية على حرصهم الدؤوب لابقاء هذه المجلة مرجعا علميا موثوقا تنشر الأبحاث الأصيلة المرتكزة على المنهجية السليمة.

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي المل / المشرفة العامة ومديرة التحرير

النظام القانوني للسرية المصرفية: رؤية على القانون الليبي

The legal system of bank secrecy in view of the Libyan Law

د. عبد السلام أحمد حسين إمام، كلية القانون، جامعة سبها، ليبيا.

الملخص

تعد السرية المصرفية هي جوهر العمل المصرفي في جميع الدول في العالم، و بدونها لا يفترض أن تتأسس على الاطلاق العلاقة بين المصرف و العميل. دأبت أغلب التشريعات على تضمين السرية المصرفية ضمن تشريعاتها المصرفية، ليبيا كانت واحدة من هذه الدول حيث نظمت أحكام السرية المصرفية في قانون المصارف الصادر سنة 2005 وتعديلاتها لللاحقة. توصلت هذه الورقة إلي عدة نتائج من أهمها أن بعض أحكام هذا القانون تمتاز بعدم الوضوح و الشمولية الكافية، مما سبب في العديد من الاشكاليات القانونية التي تعتري التطبيق الصحيح لهذه الأحكام، مما أدى في النهاية إلي ظهور مظاهر الإعفاء من المسؤولية في بعض الحالات. إضافة إلي ذلك، خلصت الورقة إلي نتيجة أخرى مهمة، بأن موقف المشرع الليبي من السرية المصرفية هو موقف غير متشدد؛ وخير دليل على ذلك إفراغ هذا المبدأ من مضمونه، و ذلك من خلال التوسع في الاستثناءات الواردة على هذا الالتزام، وعدم صياغتها بالطريقة الملائمة، مما أدى إلى إضعاف من قوة وفعالية هذا الالتزام من الناحية العملية.

Abstract

The duty of confidentiality is a rationale the banking system in the world; this is because without this duty, a customer and a banker relationship cannot be established. A number of countries have begun regulating this duty in their national banking legislations, including Libya. The rules of the duty have regulated under the Banking Act (BA) that issued in 2005. The paper has reached a number of outcomes. Firstly, some provisions in this Act were uncertainty, and ambiguous, which caused a number of legal issues, including weak of enforceability which resulted at the end in some cases a waiver from the liability. Secondly, the paper has concluded that the position of the current legislation on duty of confidentiality is not strict. An evidence can be noted throughout the extension of the exceptions on the duty of confidentiality, and also not well drafted its exceptions have caused a lack of efficiency in implanting this duty in practice.

المقدمة:

تضطلع المصارف بدور حاسم و جوهري في تنمية النشاط الاقتصادي، حيث تتجلى أهمية هذا القطاع من خلال الخدمات الائتمانية التي يقدمها للعملاء؛ والتي تتمثل في منح القروض بمختلف أجالها، وأيضاً تقديم خدمات التمويل للمشروعات التجارية والخدمية والعقارية.

فالقطاع المصرفي من خلال تقديمه لهذه الخدمات، يكون قد ساهم في خلق الائتمان، و توزيعه لأجل المساهمة الفعالة في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية. ولأجل اضطلاعها بكافة هذه الوظائف، توجب عليها الالتزام بالمحافظة على السرية فيما يتعلق بتعاملاتها مع عملائها؛ والتي تشمل حساباتهم وأرصدهم وجميع معاملاتهم المالية، وعدم الاطلاع عليها وإفشائه للغير؛ لأنه بدون التزام المصرف بذلك ستصبح العلاقة بينه وبين العملاء مهددة بالزوال.

في حقل المعاملات المصرفية، يعد التزام المصارف بالسرية من المبادئ المستقر عليها عرفاً وقانوناً، و هو يشكل أهم قواعد التعامل المصرفي لارتباطه الوثيق بجوهر النشاط المصرفي. و في هذا السياق تعهد المصرف بهذا الالتزام، يساهم في خلق بيئة ملائمة للاستثمار من خلال جذب الرؤوس الاموال الاجنبية، ومن ثم المساهمة في دفع بعجلة التنمية، و النمو في البلاد.

و قد شهد هذا المبدأ الكثير من التطورات التي لحقت عليه، و أثرت على فعاليته من الناحية التطبيقية. فمن هذا المنظور، هناك بعض الدول تبنت هذا الالتزام، وأوردت عليه حزمة من الاستثناءات التي قيدت من فعاليته. بالمقابل، هناك بعض الدول تشددت في الأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه.

و بهذا، تعد السرية المصرفية الوسيلة القانونية التي منحها المشرع لحماية الحقوق والمصالح الناشئة عن السر المصرفي محل الالتزام. و من هذا المنطلق، حرصت أغلب التشريعات على سن قوانين تُجبر المصارف على الالتزام بالسرية المصرفية وعدم إفشاء أسرار عملائها. ليبيا كغيرها من الدول التي سارت على هذا النهج، وأصدرت أحكام خاصة في التشريع المصرفي تنظم السرية المصرفية وحددت الإطار القانوني لها، وذلك من خلال قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2012، حيث تناولت بعض مواد هذا القانون التنظيم القانوني للسرية المصرفية.

أهمية الدراسة:

1 . تعتبر السرية المصرفية من أهم الوسائل التي ليست فقط تحافظ على رؤوس الأموال المحلية من إيداع أموالهم بالخارج، بل أيضاً تساعد على النهوض بالاقتصاد وذلك عن طريق جذب رؤوس الأموال الخارجية وزيادة الاستثمارات، مما يؤدي في النهاية إلى زيادة حجم الودائع لدى المصارف ومن ثم يساعد على زيادة تدفق الأموال، وهذا ينعكس ايجاباً على النهوض بالاقتصاد الوطني.

2. السرية المصرفية تساعد على خلق بيئة مناسبة للنزاهة المصرفية؛ لأنها تعتبر الوجه الآخر للثقة، فبدون سرية مصرفية لا وجود للثقة وبدون ثقة لا وجود للعملاء، و بدون السرية تتعطل منظومة النشاط الاقتصادي الذي يعتبر قطاع المصارف هو عصبه.

إشكالية البحث:

على الرغم من أهمية هذا الموضوع، إلا أنه لم يأخذ حقه الكافي من البحث والاهتمام، مما أدى إلى ظهور إشكاليات على الصعيد القانوني (الأساس القانوني، الطبيعة القانونية للعلاقة بين المصرف و العميل)، وأيضاً من حيث تحديد نطاق المجال الموضوعي للسرية المصرفية، ومن هم الأشخاص الذين يسري عليهم نطاق هذا القانون، وهل هناك استثناءات واردة على هذا الالتزام، وماهي المسؤولية المترتبة على انتهاك أحكام السرية المصرفية، و أخيراً ما هو الجزاء المترتب على انتهاك هذا الالتزام؟

فرضية البحث

يستند هذا البحث إلى فرضية ألا وهي أن المشرع الليبي قام بتنظيم أحكام السرية المصرفية بالشكل الذي يحقق الهدف المرجو منه.

منهجية الدراسة

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحليل النصوص والمقتضيات القانونية المختلفة التي عالجت إشكالية السرية المصرفية لأجل الوصول إلى نتائج محددة.

حدود الدراسة

تتمثل حدود هذه الدراسة في مناقشة وتحليل السرية المصرفية في التشريع الليبي وذلك من خلال دراسة وتحليل النصوص الموجودة في قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2012.

وللإجابة على إشكالية هذه الدراسة، تم تقسيم هذه الورقة إلى مبحثين :

المبحث الأول الإطار النظري للسرية المصرفية.

المبحث الثاني الالتزام بالسرية المصرفية في التشريع الليبي .

المبحث الأول: الإطار النظري للسرية المصرفية

لأجل تحديد الإطار النظري لمفهوم السرية يتوجب علينا تأصيل مفهوم السرية، وذلك من خلال تعريفه، و إبراز الاختلاف الفقهي و القضائي في تحديد هذا المفهوم من قبل الانظمة القانونية المختلفة. فعلى اعتبار أن مفهوم السرية بالأساس هو مفهوم واسع، فهولا يسرى فقط على السرية المصرفية، بل يشمل جميع المهن التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم السرية- فعلى سبيل المثال- مهنة الطب، و المهنة المحاماة. ومن خلال هذا المبحث سندسلط الضوء على ماهية السرية المصرفية (المطلب الأول)، ومن ثم ننتقل بالحديث عن الأساس القانوني للسرية المصرفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية السرية المصرفية

و للإحاطة بمفهوم السرية من جميع الجوانب، يتوجب علينا التعرض ماهية السرية المصرفية، و من ثم تميز هذا المفهوم عن غيره من المفاهيم الأخرى المتشابهة، و أخيراً، التعرض إلى نشأة السرية المصرفية. السرية لغة: هي كتمان الشيء أي كل ما يكتمه الشخص في نفسه، وهو خلاف الإعلان أي الإفصاح أو الإخبار، بحيث أن العلم بهذا السر يقتصر فقط على شخص أو أشخاص معينين.¹ و هي أيضاً، ما يسره الإنسان في نفسه من الأمور، فيجعلها قاصرة عليه فقط. قال تعالى " فأسرهما يوسف في نفسه و لم يبدها لهنم". أي بمعنى أن ما يسره الشخص في نفسه يسمى "سر".

السرية في الاصطلاح القانوني: هي عبارة عن وصف لأمر ما علمه شخص معين، بحكم مهنته أو وظيفته و من ثم وجب عليه عدم إفشاء هذا السر للغير.² فيمكن القول في هذا الصدد بأن مفهوم السرية يقضى بالتزام المصرف ليس فقط بعدم الإفصاح (الكتم) فيما يتعلق بالمعلومات المالية المتعلقة بحسابات العملاء، بل أيضاً يشمل بالضرورة عدم إفشائها و البوح بها للغير. و السرية في هذا الاطار مقترنة بالعديد من المهن، مثل (الطب، المحاماة، الوساطة و غيرها) بحيث يُمنع إفشاء الأسرار المتعلقة بالعميل سواء للغير، بدون الحصول على إذن من صاحب الحق فيها.

و من خلال استقراء نصوص القانون المصارف، وجدنا بأن المشرع الليبي لم يعرف السرية المصرفية، حيث ترك الباب مفتوحاً أمام اجتهاد الفقه والقضاء لإدلاء بدلوههم في هذا المجال وحسن فعل المشرع بعدم وضع تعريفاً للسرية المصرفية. على اعتبار أن مفهوم السرية ذو طبيعة خاصة كونه مفهوم واسع و متغير يحوى بين طياته بعض الغموض، حيث عكس بوضوح ذلك اختلاف التعريفات الواردة من كل من الفقه و القضاء المقارن

1. المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، 1986، الطبعة 18، ص 312.

د. عبد القادر العطير، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، لا يوجد دار النشر، الأردن، ط 1996، ص 20.

في تعريف هذا المفهوم. اختلف آراء الفقه بإعطائهم تعريفات مختلفة للسرية المصرفية، بناء على ذلك نعرض بعض هذه التعريفات.

عرف الفقه السويسري السرية المصرفية بأنها "التزام جميع العاملين في المصرف من أعضاء مجلس إدارة، ومدراء تنفيذيين والموظفين وجميع من لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع الزبائن بحفظ السر فيما يتعلق بجميع أعمال أو شؤون الشخصية لعملاء البنك".¹ وعرف أيضا الفقه الانجليزي السرية المصرفية هي "عبارة عن الأسرار المودعة لدى المصرف من له مركز أو وضع خاص في النظام القانوني".² بعض الفقه العربي وخصوصاً في مصر، عرف السرية المصرفية بأنها "ذلك الالتزام الملقى على عاتق المصرف عند ممارسة نشاطه والذي يستفيد منه الأشخاص الذين يتعاملون مع المصرف وهم بالأساس العملاء".³ وفي هذا الصدد، فقد ذهب جانب آخر من الفقه المصري على رأسها الدكتور سميحة القليوبي على التأكيد على الطابع الجنائي الذي يجب أن يلحق الجزاء المرتب على عدم كتمان المعلومات التي تتعلق بشؤون العميل؛ من حيث معاملاته المالية التي يصعب عليها صفة السرية في الاحوال التي يجب عليه (المصرف) فيها الالتزام بالكتمان.⁴

أما على صعيد القضاء، فلم يختلف القضاء الفرنسي كثيراً عن الفقه في تحديده لمفهوم السرية المصرفية، حيث استقرت محكمة النقض الفرنسية في كثير من أحكامها على اشتراط في اعتبار أي واقعة ما سراً؛ أنها يجب أن لا تكون بالأساس من الأمور أو الشؤون المعروفة و المألوفة للكافة، وأن يكون من شأن الاطلاع عليها إعطاء المطلع اطمئناناً أو تأكيد لم يكن لديه من قبل.⁵

من خلال هذه التعريفات المسردة، يستطيع الباحث أن يستنتج أن الفقه السويسري يعتبر أكثر المتشددين بين نظرائه من ناحية الالتزام بالسرية، حيث أن نطاق السرية لا يمتد فقط إلى العاملين في المصارف بل أيضاً يشمل كل من لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالعميل، وليس كل ما يتعلق بمعاملاته المالية، بل أيضاً فيما يتعلق بالشؤون الشخصية للعميل. بينما الفقه في مصر يؤيد إلحاق الصفة الجنائية فيما يتعلق بالفصح عن المعلومات التي تتعلق بأرصدة وحسابات العملاء في الاحوال التي لا يجيز فيها القانون للمصرف الافشاء.

و من خلال ما سبق، يمكن إعطاء تعريف للسرية المصرفية فهي عبارة عن التزام قانوني (التزام سلبي بالامتناع عن القيام بعمل) يقع على عاتق المصرف، وعلى جميع العاملين في المصرف، والأشخاص الذين يطلعون على

1. Sylvain Besson : Le Secret Bancaire, Collection le savoir suisse, Presses polytechniques et universitaires romandes, 1er édition, 2004 p15.

2. E.P Ellinger, E. Lomnicka & C. V. M. Hare *Elliner's Modern Banking Law* 5th edn. (Oxford University Press, 2011), P 115.

³ هيام الجرد، المدو الجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص 35.

⁴ د سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1998، ص 224-225.

⁵ د علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية القاهرة، ص 927.

معلومات العملاء بحكم وظيفتهم أو مهنتهم بحفظ الأسرار التي تتعلق بأرصدهم أو حساباتهم المصرفية أو معاملاتهم المالية لعملائهم، و عدم إفشائها للغير، عدا الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك.

أولاً: توضيح بعض المفاهيم المتشابهة مع السرية المصرفية

بعد التعرض إلى مفهوم السرية المصرفية، يتوجب علينا توضيح اللبس بين السرية المصرفية وغيرها من المفاهيم المتشابهة وهي سرية الحسابات، و السر المهني.¹

1- سرية الحسابات

سرية الحسابات هي العملية التي يهدف من خلالها المصرف إلى إخفاء اسم الزبون وراء رقم أو رمز أو اسم مستعار، بحيث تكون هوية صاحب الحساب مجهولة و غير معلومة للغير (تكون معلومة فقط لمدير المصرف و بعض الموظفين)، ولا تعرف إلا عن طريق ادراج الرمز أو الرقم الخاص الملحق بالحساب. وفي غالب الاحيان يكون المصرف ملتزم بقيد اسم صاحب الحساب في الدفتر، لكن شخصية صاحب الحساب تكون مجهولة أي غير معروفة بالنسبة للغير، حيث يتم وضع رموز أو أرقام معينة أو حتى وضع اسم مستعار حتى يتم التمييز بين هذه الحسابات.² يتضح لنا مما سبق بيانه، أن سرية الحسابات مفهوم أشد قسوة و صارمة من مفهوم السرية المصرفية؛ و يمكن الاستدلال على ذلك من سلوك بعض الدول مثل سويسرا و لوكسمبورغ التي تبنت مفهوم السرية المصرفية على إطلاقه، و الذي يشمل بين طياته سرية الحسابات. فهذه الدول تتمسك بمفهوم السرية المصرفية حتى لو حصل اشتباه بوجود عمليات غسيل أموال أو تهرب ضريبي لدى الحسابات السرية المودعة لديها.³

2- السر المهني

يقصد بالسر المهني بأنه مجموعة من الأخلاقيات و القيم التي تشكل الإطار العام لكل مهنة. و في كثير من الأحيان، تتأثر المهن بالعادات والتقاليد والقيم والقوانين السائدة لدى المجتمع.⁴ فالمصرف هنا بحكم مهنته يطلع على أسرار العملاء المالية، و من ثم يفرض عليه التزام بكتمان هذه الأسرار بحكم مهنته،⁵ حيث تتطلب

¹ المتولي عبد المولي علي، النظام القانوني للحسابات السرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة جامعة القاهرة، منشورة في المكتبة القانونية لشبكة المحامين العرب 2001، ص 70-74.

Law-book.net/BookIndex.asp?productID=3486&CategoryID=1

² بعض الدول مثل سويسرا و لوكسمبورغ و بنما أصدرت تشريعات تحمي تقنية الحسابات المشفرة حيث أن هذه الحسابات المرقمة لا يعلم هويتها أصحابها إلا أشخاص معينين في المصرف دون الباقين. مع ملاحظة أن المشرع الليبي ليس فقط، لم ينظم هذا النوع من الحسابات و إنما لم ينص عليه إطلاقاً في القانون المصارف.

³N, Nisha, Secret reserve accounting: a critical review of Bangladesh, Int. J. Accounting and Finance, Vol. 6, No. 4, 2016, p4-3.

⁴A, Alqayem, the banker, customer confidential relationship, PHD thesis, University of Brunel, 2014, p 10-12.

⁵ معي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة عمليات البنوك من الناحية القانونية و العملية دار النهضة العربية، القاهرة 1973 ص 172.

مقتضيات العمل المهني من الناحية التطبيقية الالتزام بالسرية وعدم إفشاء أسرار العملاء؛ لأنه بدون هذا الالتزام كل هذه العلاقات بين أصحاب المهن والعملاء مهددة بالانتهاء.

و على نحو متصل، تتشابه السرية المصرفية مع السرية المهنية في أن كلاهما عنصر جوهري لا يمكن الاستغناء عنه، و أن بدون السرية لا يمكن الحديث عن وجود علاقة بين هؤلاء الأطراف، ولذلك لا يتوقع من المحامي الكشف عن أسرار موكله للغير أو الطبيب باليوح بأسرار مريضه أو الموظف بالكشف عن أسرار رب عمله للغير، وكذلك بالنسبة للعميل مع المصرف فلا يتوقع العميل أن يقوم المصرف بالإفصاح عن معلومات تتعلق بأرصده أو حسابه المصرفي أو معاملاته المالية للغير.

و من ناحية، تختلف السرية المهنية، عن السرية المصرفية من حيث مصدر التزام كل منهما، و الهدف الذي تسعى إليه كل منهما. في حين أن مصدر اللاحق هو قانون المصارف في المواد (95-96)، أما فيما يتعلق بالسرية المهنية تجد أساسها في الأحكام العامة المنظمة لقانون العقوبات عموماً، و بعض القوانين الأخرى مثل قانون العمل و قانون المسؤولية الطبية. و من ناحية أخرى، يختلفان من حيث الغاية، فبنسبة للسرية المصرفية هدفها حماية المصلحة العامة المتمثلة في دعم الاقتصاد الوطني، من خلال تقوية الائتمان العام لدى المصارف، علاوة على تعزيز الثقة مع العملاء، مما يسهم في جذب رؤوس الأموال الأجنبية، مما يؤدي في النهاية على الدفع بعجلة النمو الاقتصادية في البلاد. أما بالنسبة للسرية المهنية، فالمصلحة التي تحميها هي مصلحة خاصة متعلقة بالشخص على اعتبار أن إفشاءها يمكن تصنيفه على أنه اعتداء على الحقوق للصيقة بشخص الإنسان¹.

و من نافلة القول، تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنه وعلى الرغم من الصلة التي تربط السرية المهنية بالسرية المصرفية، إلا أن السرية المصرفية استقلت عن السرية المهنية، و مع مرور الزمن تحولت تبلورت التزام قانوني وذلك من خلال أحكام خاصة نظمت السرية المصرفية. وفي هذا السياق تعرضت العديد من القوانين الليبية للسرية المهنية منها؛ قانون المسؤولية الطبية، فيما يتعلق بعلاقة الطبيب بالمريض من ناحية التزام الطبيب بعدم إفشاء أسرار مريضه، إلا للجهات القضائية وفقاً للقانون²، و أيضاً قانون علاقات العمل فيما يتعلق بالالتزام العامل بعدم إفشاء أسرار رب العمل³.

و تجدر الإشارة هنا أن المشرع الليبي اعتبر إفشاء أسرار الوظيفة، دون تخصيص جريمة يعاقب عليها القانون وفقاً لنص المادة (236) من قانون العقوبات الليبي " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر كل من موظف

د. عبد القادر العطير، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص 32. ¹

14. القانون رقم (17) لسنة 1986 الذي يتعلق بتنظيم أحكام المسؤولية الطبية. المادة (13) تنص على لا يجوز إفشاء أسرار المريض التي يطلع عليها بسبب مزاوله المهنة إلا للجهات القضائية وفقاً للقانون.

15. القانون رقم (12) لسنة 2010 بشأن تنظيم علاقات العمل الفردية الجريدة الرسمية العدد السادس، السنة العاشرة. انظر المواد (10، 73).

عمومي يخل بواجبات وظيفته أو يسيء استعمالها بأن يفشي معلومات رسمية يلزم بقاؤها سرية، أو يسهل بأي طريقة كانت الوصول إلى الإفشاء بها.¹

ثانياً: نشأة السرية المصرفية

ترجع نشأة السرية المصرفية إلى القضية المشهورة في القضاء الإنجليزي عام 1924 *Tournier v National Provincial & Union Bank of England*² كان السيد (توينر) عميل لدى البنك الاتحاد الوطني البريطاني، حيث تحصل على قرض من البنك، وبعد ذلك قام مدير فرع البنك بإبلاغ الموظف التابع له بالاتصال بالسيد (توينر) لأجل معرفة عنوانه لأنه أصبح غير قادر على تسديد دفعات القرض في المواعيد المحددة، السيد (توينر) لم يكن لديه عنوان محدد، حيث أنه أتخذ من مكان عمله كعنوان له، وبناء على ذلك تم الاتصال بمدير عمله (رب العمل) وإعلامه بأن السيد (توينر) عليه التزامات مع البنك وقد أخل بها، وكان سبب عجزه عن دفع المبالغ المستحقة عليه من القرض، بأنه كان يلعب القمار، علماً بأن لعب القمار تعتبر في ذلك الوقت جريمة وفقاً للقانون الإنجليزي.

بناء على هذه المعلومات لم يتم تجديد عقد السيد (توينر) مع رب عمله ومن ثم فقد وظيفته. وعلى إثر ذلك قام السيد (توينر) بمقاضاة البنك؛ لأنه قد أفشى معلومات سرية كان ينبغي أن لا تفشى، ومن ثم قضت المحكمة بأن البنك قد أخل بالتزامه القانوني المتولد عن العلاقة التعاقدية بين الطرفين بإفشاء المعلومات السرية التي تتعلق بحسابه ووضع المالى.

رغم أن البنك قدم استئنافاً للحكم لكن المحكمة العليا رفضت الاستئناف وأيدت الحكم السابق، حيث جاء في حيثياته أن الالتزام بالسرية هو التزام قانوني مستمد من العلاقة التعاقدية بين البنك السيد (توينر) وأنه ليس التزام أخلاقي، حيث أن البنك قد أخل بالتزامه تجاه العميل مما سبب له ضرر المتمثل في فقدته لوظيفته، فيستوجب أن يتحصل العميل على تعويض مناسب عن كل الأضرار التي لحقت به.

المحكمة العليا (House of Lords) في انجلترا ضمننت في حكمها أيضاً المدة التي يجب أن يسري عليها هذا الالتزام، حيث قالت أن التزام البنك بالسرية يسري من اللحظة التي يدخل فيها العميل في علاقة تعاقدية مع البنك، أي بمعنى آخر عندما يفتح العميل حساب مع البنك، وأن هذا الالتزام يسري حتى بعد نهاية العقد الموقع بين الطرفين أي بعد إغلاق العميل لحسابه مع البنك. مع ذلك المحكمة لم تترك هذا المبدأ من دون قيود، حيث قيدت هذا المبدأ بأربع استثناءات.³

¹. قانون العقوبات الليبي، الصادر سنة 1953، الجريدة الرسمية، عدد خاص، أنظر المادة (263).

². *Tournier v National Provincial & Union Bank of England* [1924] 1 KB 461 at 471-473.

³. أولاً: الإفصاح تحت القوانين الإلزامية مثل قوانين الهرب الضريبي سنة 1970، قانون مكافحة غسيل الأموال الصادر سنة 2003 و قوانين مكافحة الإرهاب. ثانياً: الإفصاح لغرض حماية العامة (المواطنين) في حالة ما إذا كان الخطر يهدد الأمن القومي البريطاني و مثال ذلك العقوبات الاقتصادية التي تفرضها منظمة الأمم المتحدة عن طريق مجلس الأمن علي بعض الدول ومن أبرز التطبيقات العملية لهذا الاستثناء القضية التي

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسرية المصرفية

لأجل تحديد الأساس القانوني للسرية المصرفية، يتوجب علينا تحديد ما المقصود بكل من المصرف والعميل (أولاً) و من، ثم تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين المصرف والعميل (ثانياً)، ومن ثم توضيح بشيء من التفصيل الأساس القانوني الذي تبني عليه السرية المصرفية (ثالثاً).

أولاً: تعريف كل من المصرف والعميل

1. المصرف

من خلال الاطلاع على قانون المصارف تبين أن المشرع الليبي لم يعرف المصرف، بالمقابل حدد الأنشطة التي يجب على المصارف الاضطلاع بها لاكتساب الوصف القانوني للمصرف. حددت المادة (65) الوظائف أو المهام التي تقوم بها المصارف التجارية، حيث نصت يعتبر مصرفاً تجارياً كل شركة تقوم بصفة معتادة بقبول الودائع في حسابات جارية تدفع عند الطلب، أو حسابات لأجل ومنح قروض و تسهيلات الائتمانية، و غير ذلك من أعمال الصرافة. و في نفس السياق، حددت الفقرة الثانية من نفس المادة الأعمال و الأنشطة التي تضطلع بها المصارف التجارية. و على نحو متصل حددت المادة (67) من نفس قانون بقولها، عدا مكاتب الصرافة يشترط في جميع المصارف الخاضعة تحت رقابية مصرف ليبيا المركزي أن تؤسس في شكل شركة مساهمة ليبية.¹

و تجدر الإشارة في هذا الصدد، على أهمية التفرقة بين كل من المصرف و المؤسسة المالية لإزالة اللبس بينهما هل هما مصطلحان مترادفان، أو يوجد فارق كبير بينهما؟. في الواقع، أن المؤسسة المالية هي التي تضطلع بكافة الأنشطة و الأعمال المصرفية عدا تلقي الأموال و إيداعها بالنسبة للعامة (الجمهور)، و وضعها تحت الطلب لهم. بالمقابل، المصرف يقوم بكافة الأنشطة و الأعمال المصرفية، علاوة على تلقي الأموال و إيداعها و وضعها

كانت بين المصرف الليبي الخارجي مع بنك الثقة حيث أن المحكمة في حكمها الصادر سنة (1989) لم تمنع الحكومة الأمريكية من الحصول علي المعلومات المالية المتعلقة بحسابات الحكومة الليبية الموجود في البنك. ثالثاً: الإفصاح لمصلحة البنك هذا الاستثناء وجد التطبيق العملي له في قضية ساندرلاند ضد باركليز بنك، حيث ان السيدة ساندرلاند اشتكت للبنك من عملية رفض شيكها المصرفي وذلك بسبب عدم وجود الأموال كافية في حسابها، حيث أن البنك قد أعلم زوجها عن قيامها بأعمال المقامرة بدون أذنها فقامت بمقاضاة البنك علي إفشاء هذه المعلومات السرية فجاء حكم المحكمة في صف البنك حيث قالت المحكمة أن البنك في هذه الحالة قام بإفشاء هذه المعلومات السرية و أنه ملزم بالكشف عن المعلومات البنكية للعميل لان العميل قد رفع دعوى على البنك وأن البنك وجب عليه الإفصاح عن معلومات العميل حتى يستطيع الدفاع عن نفسه لان هذه المعلومات تتعلق بمصلحة البنك فوجب عليه الكشف عنها حماية لمصلحته. رابعاً: الإفصاح بناء علي طلب العميل حيث أن الإفصاح في هذه الحالة قد يكون صريح و قد يكون ضمني يفهم من طبيعة العقد في حالة الوكالة أو الضامن لصاحب الحساب.

19. قانون المصارف رقم (1) الصادر سنة 2005 وتعديلاته، اللائحة الصادرة سنة، 2012 نشر في الجريدة الرسمية 2012/07/05. وعلى نحو متصل تم تعريف المؤسسة المالية في القرار (المنشور) رقم (7) لسنة 2012 الصادر من مدير إدارة النقد بمصرف ليبيا المركزي فيما يتعلق بسياسة مكافحة الاموال وتمويل الإرهاب و العناية الواجبة تجاه العملاء في المادة (9/1) " هي المنشآت المالية المرخص لها بممارسة نشاطها من قبل مصرف ليبيا المركزي، وتشمل أي مصرف أو شركة تمويل أو سوق مالية أو محل صرافة أو وسيط مالي أو نقدي وغيرها، كما تشمل المنشآت المالية والاقتصادية والتجارية المرخص لها بممارسة نشاطها من قبل جهات أخرى، غير مصرف ليبيا المركزي كشركات التأمين، ومكاتب الخدمات وغيرها".

تحت الطلب للجمهور. و بهذا يمكن القول بأن كل مصرف هو مؤسسة مالية، ولكن ليس كل مؤسسة مالية يمكن أن تكون مصرف.

2. العميل

لم يعرف أيضا المشرع الليبي العميل في قانون المصارف. و بالمقابل تم تعريفه في القرار (المنشور) رقم (7) لسنة 2012 الصادر من مدير إدارة النقد بمصرف ليبيا المركزي فيما يتعلق بسياسة مكافحة الاموال و تمويل الإرهاب و العناية الواجبة تجاه العملاء، في المادة (4/1) "هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يقوم المصرف بفتح حساب باسمه، أو تقديم خدمة له."

يفهم من هذا التعريف، تبني المشرع الليبي المفهوم الواسع في منح الوصف القانوني "للعميل"، ليشمل ليس فقط من الذين يتعاملون بشكل مباشر مع المصرف (لديهم حسابات لدى المصرف)، بل يسرى على كل من يتعامل مع المصرف حتى ولو بطريقة غير مباشرة من خلال شراء المنتجات و الحصول على استشارات أو نصائح استثمارية، أو تحصل على خدمة من المصرف و لو بشكل عرضي، بحيث لم تتجه إرادته لكي يصبح عميل لدى المصرف.

ثانيا : الطبيعة القانونية للعلاقة بين المصرف و العميل

اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة المصرف بالعميل إلى عدة اتجاهات و مذاهب :

- يرى اتجاه من الفقه، بأن العلاقة بين المصرف و العميل هي بالأساس علاقة تعاقدية قائمة بناء على العقد المبرم بين المصرف و العميل. فتكيف هذه العلاقة على أنها علاقة مديونية بين دائن (العميل) و المدين (المصرف). و يبدأ نطاق سريان هذه العلاقة من اللحظة التي يصبح فيها دائنا للمصرف، و ذلك يتحقق بممارسة عمل مادي، ألا و هو ايداع مبالغ نقدية في الحساب الجاري للعميل لدى المصرف و الذي يعتبر "العنصر الحاسم" في تأسيس العلاقة.¹ فبناء على هذه العلاقة، تتولد حقوق و التزامات في مواجهة الاطراف المتعاقدة؛ فيصبح المصرف مالكا لهذه الأموال بمجرد إيداعها في الحساب الجاري للعميل و يتعهد بتسديدها إليه لدى الطلب، و بالمقابل، يستحق العميل هذه الأموال لدى الطلب و ذلك عن طريق خصم صكوك على المصرف.

C. J. Negal, & J.T. Pretorius "The bank and customer relationship, combination of accounts and set-off" National Research¹ Foundation. 2016 (79) THRHR, P661, 662.

• يرى فريق اخر ، بأن الطبيعة القانونية للعلاقة بين المصرف (المودع لديه) و العميل (المودع) هي عبارة عن عقد وديعة، بموجب ذلك يودع العميل المبلغ في حسابه المصرفي، و يستحق هذا المال المودع إما لدى الطلب أو لدى الاطلاع، أو لأجل يتم تحديده بناء على اتفاق أطراف التعاقد.¹

• يرى جانب اخر من الفقه، بان الطبيعة القانونية لعلاقة المصرف بالعميل هي نفس العلاقة التي تجمع بين الأصيل (موكل) و الوكيل(المصرف). و في هذا الصدد يعرف الوكيل بأنه الشخص الذي يقوم بعمل قانوني لحساب الأصيل، بناء على السلطة الممنوحة إليه بموجب عقد الوكالة سواء كانت صريحة أو ضمنية. ففي هذا السياق المصرف (الوكيل) يقوم بالنيابة عن العميل (الأصيل) بخصم الصكوك و الاوراق التجارية، و شراء الاوراق المالية، و القيام بتسديد جميع المبالغ و الاقساط المستحقة لدى العميل. علاوة على ذلك، يلتزم المصرف بتعليمات العميل، ولا يستطيع مخالفتها بأي حال من الأحوال. بناء على ذلك، يمكن الحاق صفة الوكيل للمصرف باعتباره يقوم بجميع الخدمات المالية المتعلقة بحساب العميل و شؤونه، بالنيابة عن العميل (الأصيل) في مقابل أجر.²

• يرى بعض الفقه، أن الطبيعة القانونية للعلاقة بين المصرف والعميل هي ذات العلاقة بين الوصي و المستفيد بموجبها يملك الوصي (المصرف) ممتلكات المستفيد (العميل) ، والريح الناشئ من هذا المنقول ينتمي إلى المستفيد. إذا قام العميل بإيداع الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة لدى المصرفي لإجراء الحجز الآمن ، يصبح مصرفياً أميناً على هذه المنقولات. فالملكية هنا تبقى للمستفيد.³

و بناء على ما تقدم، ووفقاً لمنظرنا الخاص نرى أن الطبيعة القانونية بين المصرف و العميل هي علاقة تعاقدية؛ قد تكون صريحة عن طريق القيام العميل بعمل مادي ألا و هو فتح حساب لدى المصرف ، أو قد تكون ضمنية، عندما يشتري العميل من المصرف بعض المنتجات التي يقدمها المصرف، و بالمقابل لا يكون لديه حساب لدى المصرف. و عندما تؤسس هذه العلاقة يصبح العميل في المركز القانوني (الدائن) و المصرف في المركز القانوني (المدين)، و بموجب ذلك تنتقل ملكية الاموال المودعة لدى المصرف بمجرد إيداعها، و يستخدم المصرف هذه الاموال في المعاملات المصرفية اليومية التي يقوم بها من خلال إعادة إقراضها و استثمارها.

¹J. Sankalp, Legal Aspects of Banker-Customer Relationship: Loans and Advances 2012P, 4-5. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2209333> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2209333>

² Banker, customer relationship see <http://kalyan-city.blogspot.com/2012/04/banker-customer-relationship-explained.html>

³ Ibid.

وبالمقابل، يتعهد المصرف بتقديم الأموال المودعة لديه لدى الطلب. و تبعاً لذلك، تتأسس العلاقة بين المصرف و العميل و بموجبها تتولد حقوق و التزامات في مواجهة كل من الطرفين.

ثالثاً: الأساس القانوني للسرية المصرفية

اختلفت آراء الفقهاء القانونيين في تحديد الأساس القانوني للسرية المصرفية، حيث نتج عن ذلك اقتراح العديد من النظريات التي يمكن ان تصلح لأن تكون الأساس القانوني للسرية المصرفية؛ والتي من أهمها: النظرية العقدية، الالتزام القانوني، نظرية المصلحة العامة، مبادئ وقواعد حماية الخصوصية.

1- النظرية العقدية

من الممكن تكييف الأساس القانوني للسرية المصرفية بناء على العلاقة التعاقدية التي بموجبها يدخل العميل مع المصرف في علاقة تعاقدية صرفة، حيث أن هذه العلاقة قد تأخذ أشكال مختلفة ففي بعض الأحيان يتم النص صراحة على هذا الالتزام في العقد، وفي أحيان أخرى يفهم ذلك ضمناً من بنود العقد. ولكن وفي غالب الأحيان العقود التي يبرمها المصرف مع عملائه هي عقود إذعان.¹

تقوم العقود علي مبدأ مهم و جوهري ألا وهو مبدأ حرية التعاقد،² بموجب هذا المبدأ يكون أطراف العلاقة التعاقدية لهم الحرية المطلقة أن يضمنوا ما يشاؤون في العقد، بشرط عدم مخالفة هذا العقد النظام العام و الآداب. ففي هذه الحالة يكون بمقدور العميل التفاوض مع المصرف على تضمين شرط الالتزام بالسرية المصرفية قبل توقيع العقد مع المصرف. وفي هذا الإطار نستطيع أن نستنتج أن الحرية التعاقدية لا تعدو كونها نظرية فقط، إذ أنه من الناحية العملية نجد مبدأ الحرية في التعاقد يضمحل ويندرج خصوصاً في العلاقة التعاقدية بين المصرف والعميل، حيث أغلب المصارف تلجأ إلى عقود الإذعان حيث لا تعطي للعميل أي مجال للمفاوضة على شروط وبنود العقد، بل أيضاً لا تعطي له أي مجال لمناقشة بنود العقد، ومن ثم يكون العميل مجبر على خيارين، إما بالموافقة على كامل بنود العقد أو رفضها. بمعنى آخر أنه في هذه الحالة لا تتساوى المراكز القانونية والاقتصادية للمتعاقدين، وبهذه الطريقة يستطيع المصرف التنصل من المسؤولية من خلال عدم

¹ تختلف عقود الإذعان عن الشروط العامة الموجودة في العقود المختلفة كالبيع والنقل والتأمين وغيرها. الشرط العامة للبيع هي شروط معدة مسبقاً تتضمن شروط العقد حيث يقتصر علي أطراف العقد تكملة الثمن و الشيء المبيع وكيفية الاستلام ومكان التسليم وغيرها. هذه الشروط يمكن أن يضعها طرف أجنبي ليس من أطراف التعاقد مثل اللجان المتخصصة التي تعيها الأمم المتحدة مثل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي والغرفة التجارة الدولية في باريس وغيرها. بينما في عقود الإذعان في اغلب الأحيان يتم وضع الشروط من نفس الجهة سواء كانت مصرف، شركة تأمين أو شركات الاتصالات. و في حالة وجود عقد الإذعان أعطي المشرع الليبي للقاضي الحق بتعديل بنود عقود الإذعان في حالة طلب ذلك من لهم المصلحة في ذلك حيث يعتبر ذلك خروج عن الاختصاص القاضي هو تفسير العقد هذا ما وضحته المادة (135) الفقرة الثانية.

² مبدأ حرية التعاقد هو مبدأ أساسي و جوهري التي تقوم عليه كل العقود و بموجب هذا المبدأ يكون لأطراف التعاقد الحرية الكاملة في تضمين ما يشاء من بنود و شروط علي شرط ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب.

النص على الالتزام بالسرية المصرفية أو النص عليها ولكن يضمن بند بتخفيف المسؤولية أو إعفائه من أي مسؤولية¹.

وبناء على ما تقدم، نستنتج أنه بسبب لجوء أغلب المصارف إلى عقود الإذعان يتضح لنا أن النص على هذا الالتزام (بشكل صريح) يعتبر نادراً. غير أنه في بعض الأحيان لا يتم النص عليه صراحة، حيث يفهم ضمناً من بنود العقد، وأيضا من الواقع العملي وموضوع العقد. هذا ما أكدته محكمة الاستئناف البريطانية في قضية

*Tournier v National Provincial & Union Bank of England*²

حيث قضت المحكمة أن التزام بنك الاتحاد الوطني البريطاني بالسرية هو التزام قانوني ناتج عن العلاقة التعاقدية بين الأطراف، وعلى الرغم من عدم النص صراحة في العقد الذي وقع بين الأطراف إلا أن هذا الالتزام يفهم ضمناً من خلال الواقع العملي (التطبيق العملي لهذه الوظيفة)، حيث بدون هذا الالتزام لا يتصور أن تكون هذه العلاقة قد وجدت أصلاً³.

وفي هذا الصدد، نجد أنه ما يعاب على النظرية العقدية بأنها نظرية محدودة. بمعنى آخر، أنه ينحصر نطاق تطبيقها في حالة وجود علاقة تعاقدية بين المصرف والعميل. لكن السؤال الذي يثور هنا في حالة عدم وجود عقد بين المصرف والعميل و كانت هناك مفاوضات جارية بين الطرفين ولكن في النهاية لم تترجم إلى مرحلة إبرام العقد، بناء على هذه المفاوضات قد يكون المصرف تحصل على معلومات تتعلق بالعميل المحتمل، وبعد مدة قصيرة المصرف قد أفشى هذه المعلومات، في هذه الحالة لا يستطيع أن يقاضى المصرف على أساس المسؤولية العقدية، وذلك لعدم وجود العقد، ولكن يستطيع بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية وفقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

2- المسؤولية التقصيرية (الواجب قانوني)

بناء على ما سبق بيانه وشرحه لاحظنا بعض الازهافات التي تعتري العلاقة التعاقدية كأساس للسرية المصرفية، وذلك بسبب الصعوبات من الناحية العملية المتعلقة بتضمين بند السرية المصرفية في العلاقة التعاقدية، مما يكفل للعميل الحفاظ على حقوقه في حالة انتهاكها من قبل المصرف، حيث وجدنا أن المصرف لا يدخل في مفاوضات مع العميل، أبعد من ذلك ان الاخير يملي عليه شروطه عن طريق ما يسمى بعقد الإذعان. علاوة على ذلك قد لا يحدد العميل مع المصرف الخطوط العريضة للسرية المصرفية (في حالة عدم وجود

¹. حددت المادة 270 من القانون المدني إمكانية إعفاء المدين من المسؤولية حيث وضحت بأنه يجوز تخفيف أو تشديد مسؤولية المدين ولكن لا يجوز الإعفاء من المسؤولية في الحالة الغش أو الخطأ الجسيم.

². See also *Tournier v National Provincial & Union Bank of England* [1924].

³. See leading case in English law. *Tournier v National Provincial & Union Bank of England* [1924].

عقد)، و أيضا في حالة نهاية العقد بين الطرفين، حيث لا يستطيع العميل الاستناد إلى العلاقة التعاقدية. بناء على ذلك، يمكن للعميل الالتجاء في هذه الحالة إلى القواعد العامة التي تنظم المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)، حيث تحل هذه القواعد محل العقد كأساس قانوني للعلاقة بين الطرفين.

بناء على ما سبق، يمكن القول أن التزام المصرف بالسرية هو التزام قانوني أي أن مصدره هو القانون، حيث تنص المادة 166 من القانون المدني الليبي "كل من ارتكب خطأ سبب ضرر لغير يلزم مرتكبه بالتعويض".¹ ففي حالة أن المصرف قد أفشى أسرار عميله، يستطيع هذا الأخير الاستناد على أحكام المادة 166 من القانون المدني الليبي لأجل مقاضاة المصرف، لأنه قد أفشى واجب قانوني يمنع عليه كشفه أو البوح به للآخرين، في ما عدا الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك.

3- نظرية المصلحة العامة

يري فريق آخر، بأنه يمكن تكييف الأساس القانوني للسرية المصرفية على أساس حماية المصلحة العامة على وجه العموم، و حماية المصالح الاقتصادية للدولة على وجه الخصوص، فمن خلال توفير ضمانات كافية للعملاء عن طريق سن تشريعات تحمي مصالحهم الخاصة التي من أهمها عدم إفشاء أسرارهم ومعاملاتهم المالية.² و أيضا عمدت كثير من الدول على تأسيس أحكام السرية المصرفية لأجل توفير مناخ اقتصادي ملائم، الأمر الذي يشجع أصحاب رؤوس الأموال الضخمة المتمثلة في المستثمرين الأجانب والمحليين من إيداع أموالهم لدى المصارف المحلية، حيث من خلال القيام بذلك؛ تضمن الدولة أيضا عدم خروج رؤوس الأموال المحلية، مما ينتج عنه توفير سيولة كافية لتمويل كافة المشاريع التجارية، السكنية والتنموية، مما يؤدي في النهاية إلى المساهمة بالدفع بعجلة النمو الاقتصادي للدولة.

من ناحية أخرى أن احتفاظ المصارف بالسرية ليس فقط له تأثير ايجابي من الناحية الاقتصادية، بل أيضا من الناحية الاجتماعية، حيث أن الاحتفاظ بالأسرار المصرفية يعود بالنفع ليس فقط على العملاء بل على المجتمع ككل؛ طالما أن هذا الاتفاق قد تم تحديده باتفاق جميع أفراد المجتمع عن طريق ممثلهم في السلطة التشريعية، بل أيضا تعتبر السرية المهنية ككل من الأسباب الجوهرية التي تساهم في المحافظة على النظام العام.

4- نظرية مبادئ وقواعد حماية الخصوصية (الحياة الخاصة)

بعض من الفقه يرجح الاتجاه القائل بأن أساس الالتزام بالسرية هو التزام ليس جديد على الاطلاق، بل هو التزام قديم جديد على اعتبار أنه يحى الخصوصية. أي بمعنى أن هذا الالتزام ولد وترعرع في ظل المبادئ الدستورية والمواثيق الدولية باعتباره جزء لا يتجزأ من خصوصية الفرد، و على اعتبار أن الذمة المالية تشكل

¹ القانون المدني الليبي، الصادر سنة 1953، عدد خاص، أنظر مادة 166.

² بوساعة ليبي، السرية في البنوك (السر المصرفي)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر واحد يوسف بن خدة، كلية القانون، عام 2011، ص 141-

جزء مهم من مفهوم حماية الخصوصية. و من المعلوم، أن حق الفرد في حماية حياته الخاصة مكفول على اعتبار أنه يصنف من الحقوق الشخصية للصيقة بالإنسان فهو محمي على ليس فقط المستوى الدولي بل أيضا على الصعيد المحلي. فبالنسبة لليبيا فإن الإعلان الدستوري الصادر سنة (2011) نص في المادة (12) على أن "لحياة المواطنين الخاصة حُرمة يحميها القانون، ولا يجوز للدولة التجسس عليها، إلا بإذن قضائي وفقاً لأحكام القانون".¹

أما على الصعيد الدولي، فقد تعرضت العديد من الإعلانات و المواثيق الدولية على خصوصية و أهمية حماية هذا الحق؛ و من أهم هذه الاعلانات و المواثيق ما نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في سنة 1948 في المادة (12) على أنه "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات".²

إذاً، يفهم من المواد آنفة الذكر أنها تحمي الخصوصية بما لا يسمح للغير بالاطلاع خلسة على ما قد يرغب الآخرون في إخفائه عن الناس من أسرار شخصية لا تخص أحد سواهم، كما تلزم المادة الدول بضرورة توفير الحماية القانونية اللازمة لذلك.

وبناء على ما تقدم، فإن الحق في السرية و الحياة الخاصة يعتبر مظهر من مظاهر الحرية الشخصية المشمولة بالحماية، فاحترام خصوصية المركز المالي، و الملكية الخاصة للأشخاص يعد مظهراً من مظاهر الحماية؛ و أي اعتداء يقع عليها يعد اختلالاً بهذا الحق يستوجب التعويض المضرور عن ذلك. و حق الخصوصية محمي على ليس فقط على المستوى الدولي، بل أيضا على الصعيد المحلي (دستورياً)، ويعد حق من الحقوق الأساسية للصيقة بشخص الانسان التي لا يجوز انتهاكها، حيث من هذه الحقوق تولد هذا الالتزام، و تبلور بعد ذلك حتى وصل إلي مرحلة النضج و استقل كمفهوم بذاته.

و من نافلة القول، يمكن الاشارة إلي أن الأساس القانوني للسرية المصرفية هو أساس مشترك مبني على العقد والقانون. فمن ناحية العلاقة التعاقدية بين المصرف والعميل يكون هنا بند السرية من ضمن بنود العقد حيث يفهم ذلك إما صراحة أو ضمناً. وقد رأينا خصوصية العقود التي يتم إبرامها مع العملاء تأخذ شكل عقود الإذعان وعلى الرغم من ذلك نجد أن المادة (2/153) من القانون المدني الليبي منحت للقاضي السلطة في تعديل بنود العقد وإعادة التوازن، وهذا يعتبر اختصاص استثنائي من اختصاص القاضي في تفسير العقد. علاوة على ذلك، يشارك القانون (المسؤولية التقصيرية) كأساس للسرية المصرفية، حينما لا يوجد عقد بين المصرف

1. الإعلان الدستوري الليبي الصادر في سنة 2011 المادة (12).

2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1948/12/10 المادة (12).

والعميل أو زوال العقد الذي يربطهم، أو في حالة إفشاء الأسرار في مرحلة المفاوضات بين الأطراف، تدخل هنا أحكام المسؤولية التقصيرية حيز التنفيذ لتشكّل الأساس القانوني للسرية المصرفية. بالمقابل، فيما يتعلق بكل من نظرية المصلحة العامة، و نظرية مبادئ وقواعد حماية الخصوصية (الحياة الخاصة)، على الرغم من أهميتهما في إثراء مفهوم السرية المصرفية من حيث أساسها القانوني، إلا أنهما من الناحية التطبيقية يصعب اعتبارهما أنهما يشكلان أساس قانوني للسرية المصرفية. فبالنسبة لنظرية المصلحة العامة لا يمكن الاستناد عليها كأساس قانوني للسرية المصرفية و يمكن ارجاع ذلك لعدة أسباب؛ و الي من أهمها أنها أخذت بعين الاعتبار الجانب الاقتصادي للسر المصرفي، المتمثل في تحقيق مصالح ومكاسب اقتصادية للدولة، وبالمقابل أهملت بشكل واضح الجانب القانوني. أما فيما يتعلق بقواعد حماية الخصوصية قد تصلح كأساس للسرية المصرفية، و لكن بظهور مفهومي الرابطة العقدية و القانون فقدت أهميتها.

المبحث الثاني: الالتزام بالسرية المصرفية في التشريع الليبي

و لأجل الإحاطة بمجال نطاق السرية المصرفية وفقاً لقانون المصارف، يقتضي علينا أن نحدد نطاق سريان هذه السرية من حيث كل من الموضوع، الأطراف ذوى العلاقة الذين يسرى عليهم واجب الكتمان، و بعد ذلك التطرق الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسرية.

ومن خلال هذا المبحث سنتناول نطاق تطبيق السرية المصرفية من حيث الموضوع، و الأشخاص (المطلب الأول)، ومن ثم ننتقل بالحديث عن المسؤولية المدنية للمصرف في حالة انتهاك السرية المصرفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : نطاق تطبيق السرية المصرفية

لأجل تحديد نطاق السرية المصرفية يتوجب علينا التطرق للإطار الموضوعي لها (أولاً)، وكذلك تحديد الأشخاص الذين يسري عليهم نطاق تطبيق السرية المصرفية، (ثانياً) وأخيراً التطرق إلي الاستثناءات الواردة على هذا الالتزام.

أولاً: الإطار الموضوعي للسرية المصرفية

يشمل الإطار الموضوعي للسرية المصرفية تحديد نطاق المعلومات المشمولة بالسرية، و التي تنقسم إلي حسابات الزبائن و أرصدهم، و كافة عملياتهم المصرفية.

1- المعلومات المشمولة بالسرية

لم يعرف المشرع الليبي المعلومات السرية التي يجب أن تكون مشمولة بالحماية، ولكن بالمقابل حدد الأشياء المشمولة بالسرية في المادة (94) من القانون المصارف " على المصارف الاحتفاظ بسرية حسابات زبائنهم

وأرصدتهم، و كافة عملياتهم المصرفية، ولا يجوز أن تسمح بالاطلاع عليها أو الكشف أو إعطاء بيانات عنها للغير، إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو من جهة قضائية مختصة.¹ يفهم من هذا النص أن الأشياء المشمولة بالحماية القانونية هي في الآتي:

أ- حسابات زبائنها وأرصدتهم

تعتبر بموجب أحكام هذا القانون حسابات الزبائن وأرصدتهم سواء كانت حسابات جارية أو ودائع بكافة أنواعها أو دفاتر توفير من الأشياء المشمولة بالحماية القانونية، حيث يمكن التمييز بين نوعين من الزبائن الأشخاص العاديين أو التجار، والشركات التجارية والمؤسسات المالية.² حيث تشمل ذلك جميع الأموال المودعة في حساباتهم وأرصدتهم، من ثم لا يجوز للمصرف إفشاء أي معلومات تتعلق بحسابات العملاء و أرصدتهم للغير، وفي حالة حدوث ذلك فإن المصرف يعتبر قد أخل بالتزامه تجاه العميل، ومن ثم يكون من حق هذا الأخير مقاضاة المصرف بناء على اخلال بهذا الالتزام وعدم المحافظة على سرية حسابات الزبائن و أرصدتهم الخاصة.

ب- كافة عملياتهم المصرفية

نطاق الحماية القانونية لا يشمل فقط حسابات الزبائن وأرصدتهم، بل أيضا يشمل كافة العمليات المصرفية التي يقوم بها العملاء، و على الرغم من عدم تعريف وتوضيح المشرع الليبي للعمليات المصرفية. وفي هذا السياق يمكن تعريفها بأنها " كل العمليات المصرفية التي يقوم بها العميل والتي تشمل كافة المراسلات التي تكون ما بين المصرف والعميل والمتعلقة بتحويل الأموال أو توديعها أو استلامها أو فيما يتعلق بمركز المالي للعميل، و مركزه الائتماني(ميزانيته، حجم مديونيته، و حجم رأس ماله، تأجير الخزائن، وجميع القروض والتسهيلات المصرفية، و أيضا التأمينات المترتبة عليها سواء كانت تأمينات شخصية أو تأمينات عينية).³ وإضافة إلى جميع العمليات المتعلقة بوضع حسابه وتدفقات النقدية إلى حسابه كل هذه المعاملات مشمولة بالحماية القانونية.⁴

و لكن ماذا عن المعاملات المصرفية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت، فيما يتعلق بحسابات العميل و شؤونه المالية، هل هي مشمولة بالسرية بنطاق الحظر يمتد سريان الحظر عليها أو لا ؟ و ماذا أيضا عن المسؤولية الناتجة عن انتهاك ذلك؟. المشرع الليبي لم يتطرق إلي ذلك على الاطلاق في قانون المصارف لهذا الأمر، حيث أنه لم يواكب على الاطلاق التطورات المعلوماتية و التكنولوجيا الحاصلة في الحقل المعاملات المصرفية التي تتم

¹ . أنظر قانون المصارف رقم (1) الصادر سنة 2005 و تعديلاته، مرجع سبق ذكره.

² . د إلياس ناصيف الكامل في عمليات البنوك في قانون التجارة ، الجزء الثالث ، منشورات عويدات بيروت 1985 الطبعة الثانية ص 415.

³ . L. D. Crerar, *The Law of Banking in Scotland* 2nd edn. (Tottel Publishing, 2007) P, 205 -23.

⁴ Ibid, p 206.

عن طريق شبكة المعلومات الدولية، مما ترتب عليه عدم التطرق لعلاقة المصرف بالعميل الناشئة عن إبرام العقود الالكترونية، ولم يعالج التزام بالسرية الذي يتولد عن هذه العلاقة.¹

و على نحو متصل، تقتضي الطبيعة الائتمانية للمصرف أن يلتزم المحافظة على سرية جميع المعلومات المتعلقة بحساب العميل وشؤونه، و يمتد ذلك ليشمل كافة المعلومات التي يملكها البنك عن العميل والتي قد تتضمن المعلومات المتعلقة بنشاط العميل، وتفصيله الشخصية، وتفصيل تاريخه المصرفي، وتفصيل صفقاته الخاصة به.²

علي الرغم من أن المادة (94) وفرت الحماية القانونية فيما يتعلق بعدم إفشاء أو الكشف عن هذه المعلومات المصرفية للغير والتي لها صلة بحسابات الزبائن وأرصدهم، وأيضا كافة العمليات المصرفية إلا أنها أجازت الإفصاح عن هذه المعلومات في حالتي وجود إذن كتابي من صاحب الحساب، أو بناء على طلب الجهات القضائية المختصة.

وما يميز المشرع الليبي في هذا السياق هو تحديده للإطار الموضوعي للسرية المصرفية. ولكن ما يأخذ عليه هو أنه لم يحدد مدة السرية المصرفية أي بمعنى متى تبدأ و متى تنتهي، هل تبدأ من خلال شراء أي خدمة أو منتج من المصرف، أو من خلال توقيع العقد، أو من خلال فتح حساب مع المصرف؟. وهل لها مدة معينة تنتهي بانتهاء العلاقة التعاقدية مع العميل، أو تستمر أبعد من ذلك؟. أمترك للمصارف حرية تضمين المدة في العقد أو عدم تضمينها. وفي ظل سكوت المشرع عن ذلك وأيضا ندرة الأحكام القضائية التي تتعلق بالسرية المصرفية، نقترح بأن يتم تحديد المدة التي يلتزم بها المصرف بالسرية من لحظة إبرام عقد مع العميل. فمنذ دخول العميل في علاقة تعاقدية مع المصرف وذلك بقيامه بفعل مادي بفتح حساب بالمصرف ويسري هذا الالتزام ليس فقط إلى نهاية العقد، بل أيضا بعد إغلاق العميل حسابه المصرفي بمدة معينة.

ثانيا: نطاق سريان السرية المصرفية من حيث الأشخاص

من المعلوم أن أطراف العلاقة هما المصرف (الطرف الأول) و العميل (الطرف الثاني)، وبما أن الطرف الأول يأخذ الشكل القانوني للشخص المعنوي، أو بالأحرى الشكل القانوني لشركة المساهمة أي أنه غير قادر على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، فلا بد من أشخاص يمثلوا المصرف في معاملاته تجاه الغير وهم العاملون في المصرف والذين من ضمنهم رئيس مجلس الإدارة والمدير العام و الموظفين العاديين.

¹ L. Murugiah & H. A. Akgam, "Study of Customer Satisfaction in the Banking Sector in Libya", Journal of Economics, Business and Management, Journal of Economics, Business and Management, Vol. 3, No. 7, July 2015 Vol. 3, No. 7, July. P674-675.

² R. Islam, "Banker's Reference and the Bank's Duty of Confidentiality under Common Law Reappraised", Jahangirnagar University Journal of Law, Vol. IV, 2016, p84.

وفي هذا السياق، حددت المادة (95) الفئات المشمولة بالسرية حيث ذكرت بأنه "يحظر على رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة ومديري المصارف والعاملين بها إعطاء أو كشف أي معلومات أو بيانات عن زبائن المصرف أو حساباتهم أو أرصدهم أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المرخص بها بمقتضى أحكام هذا القانون. ويسرى هذا الحظر على كل من يطلع، بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله، بطريق مباشر أو غير مباشر، على البيانات والمعلومات المشار إليها".¹

بناء على هذه المادة نجد بأنها حددت الأشخاص الذين يسرى عليهم هذا الحظر وهم :

1- رؤساء وأعضاء مجلس الإدارة ومديري المصارف

من الملاحظ أن هذا النص حدد نطاق الحظر للأشخاص الذين لهم علاقة بإدارة المصرف سواء كانوا رؤساء مجلس الإدارة أو أعضاء مجلس إدارة أو مدراء عاميين، حيث يلاحظ أن المشرع قد بدأ في الحظر من أعلى الهرم ثم استمر إلى الفئات الأخرى. ولكن هل ينطبق هذا الحظر على أعضاء مجلس إدارة مصرف ليبيا المركزي والمحافظ و نائبه أم لا؟. وأيضا هل يسري هذا الحظر على مدراء وأعضاء إدارة المصارف التجارية فقط، أم يشمل جميع المؤسسات المالية بما فيها المصارف المتخصصة الخاضعة لإشراف ورقابة مصرف ليبيا المركزي؟. نلاحظ هنا؛ عدم وضوح النص وغموضه مما قد يسبب بعض المشاكل القانونية التي يترتب عليها إعفاء بعض الأشخاص العاملين بالمصرف ليبيا المركزي وبعض المؤسسات المالية التي تأخذ شكل المصرف من المسؤولية.

2- العاملون بالمصرف

حددت المادة (95) الفئة الثانية وهم العاملون في المصارف، حيث أنها لم تتطرق إلى تعريف واضح للعاملين في المصارف، ولكن يفهم من عموم النص أن مفهوم العاملين في المصارف يشمل جميع الأشخاص العاملين في المصارف الليبية الخاضعة لإشراف ورقابة مصرف ليبيا المركزي بموجب أحكام قانون المصارف. ومن الملاحظ هنا أن المشرع الليبي قد سلك نهج التوسع في تحديد الفئات العاملة بالمصرف، بمعنى أنه لا يقصد بسريان الحظر على كافة العاملون في المصارف فقط، بل أيضا كل الأشخاص الآخرين غير العاملين بالمصارف، بشرط أن يكونوا هؤلاء قد خولت لهم صفتهم أو وظيفتهم بالاطلاع على هذه المعلومات السرية للزبائن مثل : الجهات القضائية، والمراجعين الماليين، والمراجعين الحسابات، والمراجعين القانونيين، وموظفين التفتيش وغيرهم.

ولكن هناك تساءل يثور حول فئة العاملين في المصارف هل يشمل أيضا المساهمين في المصارف باعتبارهم يملكون أسهم في المصرف، الرأي الراجح في هذه المسألة أن الحظر يشمل هؤلاء المساهمين فهم من ضمن العاملين بالمصارف، على اعتبار أنهم سيطلعون على بعض المعلومات أثناء تأدية أعمالهم المنوطة لهم (ممارسة

39. أنظر قانون المصارف، المادة (95).

حقوقهم) سواء علموا بها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.¹ ولكن هل يسرى نطاق هذا الحظر حتى على العاملين في مصرف ليبيا المركزي أو فقط العاملين في المصارف الخاضعة تحت إشراف ورقابة المصرف المركزي، حيث أن النص هنا لم يوضح ذلك وترك الباب مفتوحاً أمام الفقه والقضاء.

ثالثاً: الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسرية

نصت المادة (94) والمادة (96) على الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسرية المصرفية، حيث جاءت على سبيل الحصر وهي كالتالي:

1- في حالة وجود أذن كتابي من صاحب الحساب أو من جهة قضائية مختصة

بموجب العلاقة التعاقدية يحق للعميل الاطلاع والحصول على جميع المعلومات التي تتعلق بجميع معاملاته المالية وهذا حق مكفول له. ومع ذلك منح القانون الحق للعميل في الكشف عن معلوماته المصرفية السرية بناء على طلبه للغير (طرف ثالث) من خلال الموافقة الخطية صريحة، لا لبس فيها ولا غموض) تم ارسالها للمصرف لأجل إبلاغهم بذلك.² وقد تكون هذه الموافقة الخطية من صاحب الحساب لتمكين وكيله من الاطلاع على معلوماته وحساباته وأرصده وجميع معاملاته المالية، وذلك حسب ما هو مبين في عقد الوكالة، ففي هذه الحالة لا يعتبر الإفصاح هو اخلال بالالتزام.

ولكن ماذا عن الموافقة الضمنية هل يأخذ بها في هذه الحالة، نستطيع الاستنتاج من مضمون الاستثناء أن الأمر مقصور فقط على الموافقة الصريحة وذلك لأنه لم يشر على الإطلاق للموافقة الضمنية.³

40. ولكن ماذا عن حراس الأمن في المصرف وعمال النظافة الرأي الراجح يري أنهم لا يسري عليهم الحظر لأن عملهم لا يرتبط بخدمة مصالح الزبائن أو بمعنى آخر أنهم لا يستطيعون بحكم وظيفتهم الاطلاع على معلومات المصرفية التي تخص الزبائن فعملهم يقتصر على توفير الحماية للمصرف بالنسبة لحراس و القيام بعمل النظافة داخل المصرف بالنسبة للعمال بالنظافة.

²G. Godfery, Godfrey, D. Newcomb, B. Burke, G. Chen N, Schmidt, E. Stadler, D. Coucouni, W. Johnston

& W. H Boss, Bank Confidentiality – A Dying Duty, But Not Dead Yet? Business Law International Vol 17 No 3 September 2016, p 5.

42. في غير حالات الموافقة الصريحة، يمكن استخلاص هذه الموافقة من خلال الموافقة الضمنية للعميل عن طريق موافقته بشكل غير مباشر حيث يفهم ذلك من خلال سلوكه في حالة ما إذا كان العميل قام بالسحب على الأحمر من حسابه وكان قد عين ضامناً له في حالة عدم قدرته على سداد المبلغ المسحوب، في هذه الحالة قد يستطيع البنك إفشاء معلومات الزبون للضامن حتى يتمكن من سداد المبلغ حيث يفهم من ذلك إن الزبون قد أعطي موافقة ضمنية للضامن للاطلاع على معلوماته المصرفية. علاوة على ذلك تعتبر موافقة ضمنية في حالة ما إذا وكل صاحب الحساب شخص آخر للقيام ببعض المعاملات المالية، حيث أنه يعتبر التوكيل بمثابة موافقة الموكل لوكيله باطلاع على كافة المعلومات التي تتعلق بمعاملاته المالية متى كان من واجب معرفة ذلك حتى يستطيع إتمام العمل الموكل به على أكمل وجه.

43. الجهة القضائية المختصة وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية كل من يمثل القضاء سواء من النيابة، قاضي التحقيق، المحكمة الجنائية في حالات تحقيق مقتضيات العدالة مادام أن الأمر مرتبط بالنظام العام.

44. تشترط نفس المادة لكي يصبح المراجع القانوني مؤهل للعمل يجب ألا يكون عضو مجلس إدارة المصرف أو من الموظفين أو من الوكلاء أو من الحاصلين على تسهيلات مصرفية مثل القرض سواء بضمان أو بدونه. ويشترط أيضاً عدم وجود أي صلة قرابة بين المراجع القانوني وأي من أعضاء مجلس الإدارة أو بأي مراجع قانوني آخر حتى الدرجة الرابعة.

و منح هذا الاستثناء منح أيضاً للجهة قضائية¹ المختصة بالاطلاع على المعلومات المصرفية للعميل في حالة كانت هذه المعلومات مهمة في إجراءات التحقيق وسير الدعوي و الحكم فيها، وأن العميل قد أصبح طرف في خصومة.

2- الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراجعي المصارف والاختصاصات المخولة لمصرف ليبيا المركزي نصت المادة (85) من نفس القانون على أن جميع المصارف الخاضعة تحت إشراف ورقابة مصرف ليبيا المركزي ملزمة أن تتعهد بفحص حساباتها سنوياً إلى مراجعين قانونيين، حيث يتم تعيينهم من قبل الجمعية العمومية للمصرف نفسه لمدة سنتين، قابلة للتجديد مرة واحدة ويجب اعتماد قرار تكليفهم من محافظ مصرف ليبيا المركزي.² فمن طبيعة عمل المراجع القانوني أن يطلع على المعلومات المصرفية التي تخص الغير وذلك خلال ممارسته لمهامه التي حددها له القانون.

و فيما يتعلق بالشق الأخير من الاستثناء، منحت المادة (5) من قانون المصارف مصرف ليبيا المركزي سلطة الرقابة على المصارف الخاضعة تحت رقبته. كما منحت أيضاً المادة (61) من نفس القانون مصرف ليبيا المركزي حرية الاطلاع في أي وقت على كافة المستندات ودفاتر الجهات الخاضعة لرقابته والحسابات المفتوحة من قبل المصارف، والمنظومات والملفات الإلكترونية المتعلقة بها. و يكون الاطلاع في مقرر كل منها، حيث يقوم به مفتشو المصرف الذين يتم نديهم لهذا الغرض. وعلى الجهة الخاضعة للمراجعة أن تقدم إلى هؤلاء المتفشين جميع المعلومات والتسهيلات اللازمة لأداء مهمتهم، ويحظر على المتفشين اطلاع الغير أو إفشاء لهم على المعلومات المتعلقة بالتفتيش، إلا في الأحوال المرخص بها قانوناً أو عندما يكون ذلك لازماً لتحقيق قضائي.³

ولكن ما يجب الإشارة إليه في هذا الإطار، هو أن مصرف ليبيا المركزي بحكم وظيفة الرئاسية و الرقابية على جميع المصارف التجارية لم يحدد طبيعة حدود واختصاص المراجعين القانونيين وكيفية أداء عملهم وذلك فيما يتعلق باطلاع الغير على معلومات العملاء وطريقة الحفاظ عليها.

3- التزام المصرف بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف صك بناء على طلب صاحب الحق أُلزم القانون المصارف بإصدار شهادة توضح أسباب رفضها عن صرف الصك بناء على طلب صاحب الحق.⁴ في حالة أن المصرف لم يستطع الوفاء بالدين الذي هو مخصص لصاحب الحق، هنا يقوم المصرف بناء على طلب المتضرر الإفصاح عن المعلومات السرية المتعلقة بحساب الزبون ومعاملاته المالية، مع بيان الأسباب التي دفعته إلي رفض صرف الصك.

4- حق المصرف في الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات الزبون اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي ينشأ بينه و بين زبونه بشأن هذه المعاملات

45. أنظر إلي قانون المصارف، مرجع سبق ذكره .

4. صاحب الحق ممكن أن يكون في هذه الحالة دائن لصاحب الحساب (الزبون) أو يطالب بالمقاصة.

القانون ألزم المصارف بالكشف عن كافة المعلومات المصرفية والمعاملات المالية التي تخص العميل أو على جزء منها في حالة حدوث نزاع قضائي بين المصرف والعميل، ففي هذه الحالة يضطر المصرف إلى الكشف عن هذه المعلومات أو المعاملات المالية وذلك في سبيل الدفاع عن مصلحته في هذا النزاع القضائي.¹

5- الإجراءات التي تتخذ في شأن الصكوك الراجعة ومكافحة غسيل الأموال و تمويل الإرهاب لم يرد أي نص في قانون المصارف ما يعرف صكوك المراجعة. لذلك يمكن الاعتماد هذا التعريف للصكوك الراجعة في أنها " تلك الصكوك التي لا يتم دفعها إلي حامل الصك وذلك بسبب عدم وجود رصيد كافي يغطي قيمة هذا الصك، أو كان أقل من قيمة الصك، أو تم سحب المبلغ بعد إعطاء الصك بحيث أصبح الرصيد غير كافي لتغطية قيمة الصك".²

يتم استخدام صكوك المراجعة من قبل التجار والأفراد كوسيلة لضمان دين أو ائتمان في المعاملات التجارية على خلاف الوظيفة الأصلية التي يجب أن تستخدم من أجلها وهي أداة للوفاء وليس للائتمان. يعتبر قانون مكافحة الإرهاب وقوانين مكافحة غسيل الأموال من أهم القوانين التي تجيز للجهات المختصة الاطلاع على المعلومات المصرفية للعملاء، و أيضا على جميع معاملتهم المالية وذلك خوفاً من أن تساهم هذه الأموال في تمويل الإرهاب، أو انتقالها إلى الجماعات الإرهابية المنتشرة في العالم. خصوصاً بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر سنة (2001)، حيث عمدت الكثير من الدول على سن تشريعات تجيز للحكومات الاطلاع على معلومات العملاء ومعاملاتهم المالية في حالة الاشتباه بوجود تمويل للإرهاب أو الجماعات الإرهابية، حيث قد تمس وتضر هذه الأعمال المشبوهة أمن المواطنين بصفة خاصة والأمن القومي للدولة بصفة عامة. إضافة إلي ذلك، لم يحدد هذا القانون طبيعة الإجراءات المتخذة في حالي مكافحة غسيل الأموال أو تمويل الإرهاب، حيث يفهم من ذلك وجود قوانين مستقلة تنظم طبيعة هذه الإجراءات.

من الملاحظ أن المشرع الليبي قد سلك مسلك التوسع في تقييد الالتزام بالسرية المصرفية وذلك من خلال ما جاء في العديد من الاستثناءات للسرية المصرفية، هذا الأمر أضعف من قوة الالتزام بالسرية من القيام بوظيفته على أكمل وجه.

¹ هذا الاستثناء وجد التطبيق العملي له في قضية سندرلاند وبنك باركليز حيث أن السيدة سندرلاند اشتكي للبنك من عملية رفض صكها المصرفي وذلك بسبب عدم وجود الأموال كافية في حسابه حيث أن البنك قد أعلم زوجها عن قيامها بأعمال المقامرة بدون أذنها فقامت بمقاضاة البنك علي إفشاء هذه المعلومات السرية فجاء حكم المحكمة في صف البنك حيث قالت ان البنك في هذه الحالة قام بإفشاء هذه المعلومات السرية في هذه الحالة أن البنك ملزم بالكشف عن المعلومات البنكية للعميل لان العميل قد قام بمقاضاة البنك وأن البنك وجب عليه الإفصاح عن معلومات العميل حتى يستطيع الدفاع عن نفسه لان هذه المعلومات تتعلق بمصلحة البنك فوجب عليه الكشف عنها حماية لمصلحته.

48. المادة 462 من قانون العقوبات الليبي الصك دون مقابل الوفاء "عاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه كل من أعطى بسوء نية صكاً (شيك) لا يقابله رصيد قائم قابل للسحب أو كان الرصيد أقل من قيمة الصك أو سحب، بعد إعطاء الصك، الرصيد كله أو بعضه بحيث أصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك، أو أمر المسحوب عليه عن سوء نية بعدم الدفع.

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للمصرف في حالة انتهاك السرية

تقوم المسؤولية بمجرد إخلال المصرف بالتزاماته سواء كانت ناشئة عن العقد أو مصدرها القانون. و يقصد بالمسؤولية المدنية هي الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن اعتداء على حق أو واجب عام، ويتجلى ذلك في صورها (المسؤولية التقصيرية)، أو المسؤولية الناتجة عن عدم الالتزام بتنفيذ بنود العقد (المسؤولية العقدية). والمسؤولية المدنية بشقيها لا تقوم إلا بتوافر أركان المسؤولية وهي: الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية.

أولاً: المسؤولية العقدية تجاه المصارف

كما وضحنا سابقاً، أن العلاقة بين المصرف والعميل هي علاقة تعاقدية ناتجة عن العقد الذي وقع بين الطرفين، وبناء على هذه العلاقة تقوم المسؤولية العقدية وفي حالة أن المصرف لم يضمن شرط السرية صراحة، حيث يفهم ذلك ضمناً من بنود العقد التزام المصرف بالسرية تجاه العميل. و حتى ينتج العقد آثاره يجب أن يكون صحيحاً، حيث تقع المسؤولية بمجرد انتهاك المصرف التزام السرية والبوح عن المعلومات المصرفية والمعاملات المالية التي تخص العميل. ولأجل قيام المسؤولية المدنية بشقيها (العقدية، التقصيرية) لابد من توافر أركانها؛ وهي الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية.

1 - أركان المسؤولية العقدية

أ- الخطأ

يعرف الخطأ في القانون المدني بأنه إما مخالفة سواء لواجب أو قانون أو التزام تعاقدي.¹ يقع الخطأ في المسؤولية العقدية بمجرد عدم التزام المدين بتنفيذ التزامه سواء كان راجع ذلك إلى غش أو إهمال أو حتى عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه.² ومن هنا يثور التساؤل حول نوع الالتزام الذي على أساسه يتم تحديد الالتزام المطالب به المدين، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية. ففي حالة تطبيق الالتزام بنتيجة يكون هنا على (دائن) العميل عبء اثبات إخلال المصرف بالتزامه. وفي حالة تطبيق الالتزام ببذل عناية أن مسؤولية المدين لا تقوم إلا في حالة تم إثبات أن المدين (المصرف) لم يحمي ببذل العناية الكافية باستخدام جميع الوسائل الممكنة للحيلولة دون حدوث الانتهاك للالتزام الملحق على عاتقه، والمعيار هنا الذي تبناه المشرع الليبي في تحديد المسؤولية هو المعيار الموضوعي.³

حسن لفته، صدام رميش، النظام القانوني للمصارف الالكترونية، مجلة ميسان للدراسات الأكاديمية، العدد 30، 2016، ص 284-285.
² يدخل أيضا السبب الأجنبي ضمن أسباب التي تنتج الخطأ حيث يعتبر خطأ هنا قد وقع و لكن قد يتم قطع الرابطة السببية وذلك بسبب انتفاء الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر و بناء عليه يعفي المدين من التزامه.

⁵¹ هناك معيارين يتم تحديدهما في هذا الصدد لمسؤولية المدين عن وقوع الخطأ وهما المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي إلا أن المعيار الأول لم يأخذ به المشرع الليبي في القانون المدني وإنما أخذ بالمعيار الموضوعي بناء على أحكام المادة 214 من القانون المدني الليبي. والذي يعني بكل بساطة

أحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام،¹ بناء على ذلك، يجوز تعديل أحكام المسؤولية العقدية سواء بالتخفيف منها أو التشديد في أحكامها، فمن ناحية تخفيف أحكامها يكون عندما يتفق الطرفين على تحويل الالتزام بتحقيق نتيجة إلى الالتزام ببذل عناية، وبتخفيف درجة الالتزام ببذل عناية المطلوبة من المدين، أو في حالة الاتفاق على تشديد أحكام المسؤولية فيتم جعل الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة.² و مع ذلك لا يجوز الاعفاء من المسؤولية في حالي الغش و الخطأ الجسيم من قبل المدين.³

ب- الضرر

لا يكفي الخطأ فقط لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أيضا توفر ركن آخر وهو الضرر الذي ينقسم إلى قسمين: الضرر المادي حيث يتحقق في حالة أن المصرف قد أفشى معلومات سرية تتعلق بالمركز المالي للزبون لجهة أخرى، مما تسبب في امتناع الجهة الأخرى من التعامل معه بناء على المعلومات التي قدمت من المصرف. الضرر المعنوي وهو الذي يقع للعميل في مركزه الاجتماعي أو عاطفته أو شرفه أو سمعته ويتحقق في حالة إفشاء المصرف بمعلومات سرية للعميل تضر بسمعته مما تؤدي إلى خسارة زبائنه. و يجب أيضا أن تتحقق شروط الضرر وهي يجب أن يكون الضرر حالاً ومباشراً وشخصي.⁴

ج- العلاقة السببية

يجب أن يكون هناك علاقة بين الخطأ الذي ارتكبه المصرف والضرر الذي وقع على العميل، و أن يكون نفس الخطأ هو الذي سبب الضرر، وفي حالة ما إذا تم إثبات عكس ذلك يكون الخطأ من الغير أو بسبب حادث مفاجئ فتنتفي المسؤولية بسبب قطع العلاقة السببية.

2- آثار المسؤولية التعاقدية

في حالة ما إذا تم إثبات أن الخطأ المرتكب من قبل المصرف قد نتج عنه ضرر للعميل يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من أضرار متوقعة نتيجة عدم احترام (عدم تنفيذ العقد) وذلك بسماع للغير على

معيار الرجل العادي حيث أن هذا المعيار لا ينظر إلى شخص المدين و ما يبذله من عناية فيما يتعلق بشؤونه الخاصة بل بالمقابل ينظر إلى أن العناية التي تم بذلها في تنفيذ التزامه هي عناية الرجل المعتاد في الظروف المعتادة.

¹. د محمد علي البدوي الأزهرى النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام الجزء الأول الطبعة الرابعة ، تاريخ النشر 2003 ص 233.

². نفس المرجع، ص 233.

54. المادة (220) وضحت الحدود الإغفاء من المسؤولية بالنسبة للمدين حيث نصت على أنه " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. "

⁴. مرجع سبق ذكره د محمد علي البدوي الأزهرى : النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام الجزء الأول ص 339-340.

الإطلاع على معلومات الواجبة الكتمان، تتعلق بأرصده وحساباته وجميع معاملاته المالية، وفي حالة عدم وجود شرط جزائي يكون القاضي هو المسئول الوحيد عن تقدير قيمة التعويض على حسب ما يراه مناسباً.¹

3- فسخ العقد

في بعض الأحيان قد يتفق أطراف العقد على تضمين بند يسمح لهم بفسخ العقد في حالة أخل به أحد الأطراف، فهنا في حالة أخل المصرف ببند السرية المصرفية للعميل يتم فسخ العقد بحكم القانون وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل بداية العقد، إما إذا كان ذلك مستحيل؛ فللقاضي أن يحكم بالتعويض لطرف المضرور.²

ثانياً: المسؤولية التقصيرية

في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية بين المصرف و العميل، أو في مرحلة المفاوضات السابقة على توقيع العقد، أو عندما تنتهي الرابطة العقدية بين الطرفين، نجد أن أحكام المسؤولية التقصيرية واجبة النفاذ. وبناء على ما تقدم، سنحاول توضيح المسؤولية الناتجة عن الأفعال الشخصية، والمسؤولية الناتجة عن فعل الغير، وأخيراً، سنتحدث عن المسؤولية الناتجة عن الأشياء.

1- المسؤولية الناتجة عن الفعل الشخصي

يرجع الأساس القانوني لهذه المسؤولية إلى المادة (166) من القانون المدني عندما نصت على أن "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم مرتكبه التعويض".³ المصارف تقدم خدمات و تعرض العديد من منتجات للبيع فهذه الخدمات و المنتجات ليست مقصورة علي العملاء بل أيضا تكون متاحة للغير. و من أمثلة هذه الخدمات و المنتجات النصائح الاستثمارية أو شراء عملات أجنبية أو بوصيلة تأمين لأشخاص ليسوا عملاء لدى المصرف (الذين ليس لديهم حساب مصرفي مع المصرف) وعليه، مسؤولية المصرف هنا تقع بمجرد وقوع الخطأ سواء وقع هذا الخطأ للعميل أو شخص من الغير الذي قد تحصل علي خدمة ما، أو اشترى منتج ما من المصرف.⁴ وفي هذا الإطار فإن المصرف يعتبر مسؤول على اعتبار أن الموظف أو مدير المصرف مسؤول عن تصرفاته بما له من مؤهلات علمية وخبرة في مجال عمله، بناء على ذلك تم تعيينهم في المصرف. وفي حالة قيام أي منهم بإفشاء الأسرار المتعلقة بالمعاملات المالية يكون المصرف المسئول على نتيجة هذا الإفشاء.

¹. أعطت المادة (244) من القانون المدني الليبي الحق للقاضي بتقدير قيمة التعويض و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ويكون التعويض علي الضرر المتوقع في وقت التعاقد".

². تنص المادة 162 من القانون المدني علي انه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

³. القانون المدني الليبي مرجع سبق ذكره.

⁴. أنظر حسن لفته، صدام رميش، النظام القانوني للمصارف الالكترونية مرجع سبق ذكره ص-287.

ويقع إثبات الخطأ في هذه الحالة على المضرور (العميل أو غير)، أن المصرف قد ارتكب الخطأ نتج عليه ضرر، حيث يجوز إثبات الخطأ بكافة طرق الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني.¹ وأيضا يجب أن يكون العلاقة السببية بينهما كما تم التوضيح في السابق حتى تكتمل أركان المسؤولية.

2- المسؤولية الناتجة عن فعل الغير

تتخذ المصارف التجارية الشكل القانوني للشركة المساهمة، وبما أن المصارف يقوم بمهامها أعضاء مجلس الإدارة والمديرين والعاملين في المصرف، فهؤلاء بحكم طبيعة عملهم داخل المصارف بإمكانهم الاطلاع على المعلومات التي تخص العملاء، ومن ثم قد يتركبوا أخطاء (الإفشاء) قد تلحق بالعملاء الأضرار، ومن هنا تقع المسؤولية على المصرف عن أعمال تابعيه وهم (العاملين). تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه إذا كانت هناك علاقة تبعية بين شخصين (المتبوع، التابع) و ارتكب التابع الخطأ أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها، مما أدى إلى حدوث ضرر للغير و يجب أن يكون الخطأ أثناء الوظيفة أو بسببها. هذا ما أكدته المادة (177) من القانون المدني و التي حددت ثلاثة شروط لقيام هذا النوع من المسؤولية : الشرط الأول علاقة تبعية بين المصرف والعامل في المصرف بحيث يكون المتبوع (المصرف) له سلطة الرقابة والتوجيه على التابع (العامل في المصرف)، حيث يمارس عليه سلطة التوجيه والرقابة أثناء عمله. و الشرط الثاني خطأ من التابع يضر بالغير بمجرد خطأ التابع (العامل في المصرف) فإن المتبوع (المصرف) يصبح مسئولا عن فعل تابعه. الشرط الثالث يجب أن يكون خطأ التابع على صلة بتأدية الوظيفة أو بسببها.²

وبناء على ما سبق ذكره، يكون من حق المضرور هنا المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن الإفشاء، و بالمقابل يلتزم المصرف بالتعويض على أساس مسؤوليته تجاه أعمال تابعيه، حيث يكون للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض من المتبوع (المصرف). ولا يستطيع المصرف في هذا السياق الدفع بعدم مسؤوليته بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ يذكر في تعيين موظفيه أو لم يكن تحت اشرافه، ولكن يستطيع أن يدفع بعدم مسؤوليته في حالة إثبات وجود السبب الأجنبي. و يستطيع أيضا المضرور الرجوع على التابع (موظف في المصرف) على أساس المسؤولية الناتجة عن فعله الشخصي.

من الناحية العملية يلجئ المضرور إلى مقاضاة المصرف والمطالبة بالتعويض بدلاً من التابع وذلك بسبب الإمكانات المادية للمصرف أكبر بكثير مما لدى الموظف. ولكن بعد ذلك قد يستطيع المتبوع (المصرف) الرجوع بدعوى على التابع (موظف أو المدير المصرف) عما تكبده من تعويضات للمضرور.

60. طرق الاثبات الحق في القانون المدني تنقسم إلى الأثبات بطريق الكتابة و الإثبات بغير طريق الكتابة. الأولى تشمل الأوراق الرسمية، و الأوراق العرفية. و الثانية تشمل البينة (شهادة الشهود) القرائن، الإقرار، اليمين. أنظر المواد من (377 إلى 406).

2. مرجع سبق ذكره القانون المدني الليبي أنظر إلى المادة (177).

3- المسؤولية الناتجة علي الأشياء

تنص المادة (181) من القانون المدني " كل من تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة الآلات الميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه." ¹ هنا يجب على المصرف توفير الحماية الكاملة للأشياء التي يستخدمها في حفظ المعلومات المتعلقة بالزبائن مثلاً: توفير الحراسة اللازمة لشبكة المعلومات الخاصة بالمصرف ورقابته. ويمكن أن يعفي المصرف من المسؤولية في حالة أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي ليس له دخل فيه. بناء علي ما سبق، يستطيع الطرف المضرور (العميل) في حالة توافر أركان المسؤولية بنوعها سواء كانت مسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية أن يرفع دعواه على الطرف المتسبب في الضرر (المصرف)، والمطالبة بالتعويض عن الضرر، وهنا نقصد بالتعويض عن الضرر المتوقع، باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم، أما في حالة المسؤولية التقصيرية فنطاق التعويض يكون أشمل، حيث أن نطاق التعويض يكون عن كل الأضرار سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

ثالثاً: أحكام انتهاك السرية المصرفية في التشريع الليبي

تقرير الجزاءات على الانتهاك السرية المصرفية تختلف باختلاف النظام القانوني المتبع لدى الدول ، ففي بعض الدول لا يوجد قانون مستقل ينظم مسألة السرية المصرفية، حيث نلاحظ أنها تترك مسألة تنظيمها إلى الأحكام العامة الموجودة في قانون العقوبات. على النقيض من ذلك، هناك بعض الدول التي يوجد فيها قانون خاص أو أحكام خاصة تتعلق بتوقيع الجزاءات في حالة انتهاك السرية المصرفية و التي من ضمنها مصر و ليبيا.

وفي هذا السياق، نصت المادة (110) من قانون المصارف على الجزاءات المترتبة على انتهاك السرية المصرفية، فذكرت بأنه " يُعاقَبُ بغرامة لا تقلُّ عن ألف دينار، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار، كلُّ من يُخالف أحكام (95) من هذا القانون . وتُضَاعَفُ العقوبة في حالة العُود".² يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الليبي لجأ أسلوب العقوبة مالية التي تتخذ شكل الغرامة، بحيث لا يجب أن لا تقل على ألف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار كل من أعطى أو كشف أي معلومات أو بيانات عن زبائن المصرف أو حساباتهم أو أرصدتهم أو تمكين الغير من الاطلاع عليها، سواء كانوا رؤساء مجالس إدارات و مديري المصارف و العاملين بها، و كل من يطلع بحكم وظيفته أو مهنته أو عمله سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر، وذلك مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذا الالتزام وفقاً لأحكام هذا القانون. وفي حالة ارتكبوا هؤلاء نفس المخالفة السابقة تتضاعف العقوبة المالية عليهم لتصبح لا تقل على عشرة آلاف، وألا تزيد على عشرين ألف دينار.

1. القانون المدني الليبي مرجع سبق ذكره أنظر إلى المادة (181).

2. القانون الموحد للمصارف مرجع سبق ذكره أنظر إلي المادة (95-110).

الخاتمة

تناولت هذه الورقة البحثية بالشرح والتحليل النظام القانوني للسرية المصرفية وفق ما جاء في أحكام القانون المصارف الصادر سنة 2005 و تعديلاته اللاحقة، حيث توصلت إلى حزمة من النتائج :

- 1- أن الالتزام المصارف بالسرية المصرفية هو التزام نشأ بموجب الأعراف المصرفية، و تطور بمرور الزمن، و من ثم استقر القانون عليه. علاوة على أنه تولد من خلال الواقع العملي لممارسة النشاط المصرفي لأنه بدون وجود السرية لا يفترض على الاطلاق أن تأسس العلاقة بين المصرف و العميل.
- 2- موقف المشرع الليبي في قانون المصارف من السرية المصرفية من حيث نطاق سريانها على الأشخاص غير واضح بدقة، حيث أنه نص من جهة على حظر فئات محدودة ولم يشمل نطاق هذا الحظر على فئات أخرى، فهذا الفراغ التشريعي سبب في خلق مظاهر اعفاء من المسؤولية.
- 3- لم يحدد المشرع الليبي المدة الذي يجب أن تسرى عليها الحماية القانونية، فهو لم ينص على الاطلاق على ذلك، وتبعاً لذلك، لم يحدد ميعاد سريان مدة الحماية القانونية (بدايتها و نهايتها).
- 4- المشرع الليبي توسع في سرد الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسرية، مما أدى إلى إفراغ هذا الالتزام من محتواه، و عدم فعاليته من الناحية التطبيقية، فضلاً على عدم صياغتها بالطريقة الملائمة التي تحفظ لهذا الالتزام قوته و فعاليته.
- 5- أن السرية المهنية هي الأخلاقيات و المبادئ والقيم المرتبطة بالمهن، وهي مفهوم واسع يشمل السرية المصرفية، و لكن نظراً لتجلي أهميتها فقد استقلت عن السرية المهنية.
- 6- أن المشرع الليبي لم يواكب التطورات الحاصلة في مجال المعاملات المصرفية الالكترونية، و عدم تحديده لألية حماية السر المصرفي في حقل المعاملات المصرفية الالكترونية.
- 7- أن التزام بالمحافظة على السر المصرفي هو واجب قانوني، يستند أساسه على كل من الرابطة العقدية و الأحكام العامة المنظمة للمسؤولية التقصيرية.
- 8- أن التزام بالمحافظة على السر المصرفي هو التزام سلبي (امتناع عن القيام بعمل) يقع على عاتق المصرف، بموجبه يلتزم بعدم الافشاء عن السر المؤتمن للغير.

التوصيات

- 1- إلزام المصارف العاملة في ليبيا على تضمين السرية المصرفية في جميع العقود المصرفية، على اعتبار أن هذا الالتزام يعتبر من أهم المبادئ المستقرة في العرف المصرفي وعلى أن هذا الالتزام هو التزام اقره العرف المصرفي قبل القانون، حيث يستشف ذلك من الواقع العملي لهذه المهنة.
- 2- ينبغي تحديد المدة التي يجب على المصرف الاحتفاظ بالسرية المصرفية لعملائه متى تبدأ ومتى تنتهي، وذلك من خلال النص على ذلك في القانون أو على إلزام المصارف بتضمين مدة سريان الالتزام بالسرية في العقود التي يتم إعدادها، حيث نوصي بضرورة سريان الالتزام بالسرية من الوقت الذي يفتح العميل حسابه مع المصرف، مع استمرار هذا الالتزام إلى بعد زوال العقد بمدة كافية.
- 3- شمول تطبيق نطاق السرية ليس فقط على المدراء العامين رؤساء وأعضاء مجلس الإدارة و العاملين في المصارف العاملة في ليبيا، بل أيضا حتى على المحافظ ونائب المحافظ وأعضاء مجلس الإدارة و العاملين بمصرف ليبيا المركزي، على اعتبار أن تطبيق السرية يبدأ من أعلى مؤسسة مصرفية إلى المؤسسات المصرفية الأخرى التابعة لها.
- 4- جواز رفع السرية المصرفية عن الحسابات والأرصدة المصرفية في حالات التهرب الضريبي، وذلك من أجل حماية المصلحة العامة للمجتمع.

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية

الكتب:

- المنجد في اللغة والأعلام، تاريخ النشر 1986 ط18 دارالمشرق بيروت.
- إلياس ناصيف الكامل عمليات البنوك في قانون التجارة، الجزء الثالث، منشورات عويدات بيروت (1985) الطبعة الثانية.
- حسن لفته، صدام رميش، النظام القانوني للمصارف الالكترونية، مجلة ميسان للدراسات الاكاديمية، العدد 30، 2016، ص 284-285.
- سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1998.

- محمد علي البدوي الأزهرى النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام الجزء الأول، الطبعة الرابعة تاريخ النشر (2003).
- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة عمليات البنوك من الناحية القانونية والعملية دار النهضة العربية، القاهرة (1973).
- عبد القادر العطير، سر المهنية المصرفية في التشريع الأردني، لا يوجد دار للنشر، الأردن 1996.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية القاهرة، 1993.
- هيام الجرد، المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى (2003).

الرسائل العلمية:

- المتولي عبد المولى علي، النظام القانوني للحسابات السرية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، صادرة سنة (2011) منشورة في المكتبة القانونية لشبكة المحامين العرب.

التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية

- قانون المصارف رقم (1) لسنة 2005 والمعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2012، نشر في الجريدة الرسمية 2012/07/05.
- القانون المدني الليبي، صدر في سنة 1953 الجريدة الرسمية، عدد خاص.
- قانون الإجراءات الجنائية الليبي الصادر سنة 1954، الجريدة الرسمية عدد خاص.
- قانون العقوبات الليبي صدر في سنة 1953، الجريدة الرسمية، عدد خاص.
- القانون رقم (17) لسنة 1986 بشأن، المسؤولية الطبية.
- القانون رقم (12) لسنة 2010 بشأن، علاقات العمل الفردية الجريدة الرسمية العدد السادس، السنة العاشرة.
- الإعلان الدستوري الليبي الصادر في سنة 2011.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1948.

ثانياً المراجع الأجنبية

- Tournier v National Provincial & Union Bank of England [1924] 1 KB 461 at 471-473.
- Libyan Foreign Bank v Bankers trust (1989) QB 728.
- Sunderland v Barclay's Bank { 1938} 5 LDAB 163.

- E.P Ellinger, E. Lomnicka & C. V. M. Hare Elliner's Modern Banking Law 5th edn. (Oxford University Press, 2011).
- L. D. Crerar The Law of Banking in Scotland 2nd edn. (Tottel Publishing , 2007).
- Sylvain Besson و Le Secret Bancaire, Collection le savoir suisse, Presses polytechniques et universitaires romandes, 1er édition, 2004.
- A, Alqayem, the banker, customer confidential relationship, PHD thesis, University of Brunel, 2014.
- R. Islam, "Banker's Reference and the Bank's Duty of Confidentiality under Common Law Reappraised", Jahangirnagar University Journal of Law, Vol. IV, 2016.
- C. J. Negal, & J.T. Pretorius "The bank and customer relationship, combination of accounts and set-off" National Research Foundation. 2016 (79) THRHR.
- N. J. Nisha, Secret reserve accounting: a critical review of Bangladesh, Int. Accounting and Finance, Vol. 6, No. 4, 2016.
- J. Sankalp, Legal Aspects of Banker-Customer Relationship: Loans and Advances (2012). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2209333> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2209333>
- L. Murugiah & H. A. Akgam, "Study of Customer Satisfaction in the Banking Sector in Libya", Journal of Economics, Business and Management, Journal of Economics, Business and Management, Vol. 3, No. 7, July 2015 Vol. 3, No. 7, July. P674-675.
- G. Godfery, Godfrey, D. Newcomb, B. Burke, G. Chen N, Schmidt, E. Stadler, D, Coucouni, W. Johnston, W. H Boss, Bank Confidentiality – A Dying Duty, ut But Not Dead Yet? Business Law International Vol 17 No 3 September 2016.

Internet sources

- Banker, customer relationship :
<http://kalyan-city.blogspot.com/2012/04/banker-customer-relationship-explained.html>

رفض العون الاقتصادي البيع أو أداء الخدمة للمستهلك

د. محمودي فاطمة (أستاذة محاضرة صنف أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران محمد بن أحمد 2، الجزائر.

ملخص:

إذا كانت القاعدة السائدة لفترة طويلة هي الحرية الكاملة للعون الاقتصادي في رفض بيع أو تأدية خدمة إلى المستهلك، فالأمر مختلف اليوم؛ إذ إنَّ المبدأ المطبَّق هو حظر رفض البيع أو أداء الخدمة دون سبب مشروع. هذا ما نصَّت عليه المادة 15 من القانون 02/04 (يحدد القواعد المطبَّقة على الممارسات التجارية) التي تنص على ما يلي: "يحظر رفض ، دون سبب مشروع ، بيع سلعة أو توفير "خدمة"..."

إذن القاعدة واضحة: لا يستطيع العون الاقتصادي أن يتمسك بحقه التعاقدي في رفض البيع أو أداء خدمة دون سبب مشروع، فهو ملزم بالبيع أو أداء خدمة لأي مستهلك يتقدم إليه بالطلب، باستثناء طرح أرضية ذات طبيعة تبرر رفضه.

ويعاقب على رفض البيع دون سبب مشروع بغرامة قدرها مائة ألف دينار (100000 م) إلى ثلاثة ملايين دينار (3000.000). على النحو المنصوص عليه في المادة 35 من القانون 02/04.

Résumé :

Si pendant longtemps, la règle était celle d'une liberté totale pour un professionnel de refuser de vendre son produit à un consommateur, il en va différemment aujourd'hui. En effet, le principe est celui de l'interdiction du refus de vente sans motif légitime. Cette règle est prévue par l'article 15 de la loi 04/02 (fixant les règles applicables aux pratiques commerciales) selon lequel : « Il est interdit de refuser, sans motif légitime, la vente d'un bien ou la prestation d'un service ».

La règle est claire: un commerçant ne peut pas faire valoir sa liberté contractuelle pour refuser, sans motif légitime, la vente d'un produit. En somme il est contraint de vendre son produit à tout consommateur qui se présente à lui, sauf à faire valoir un motif de nature à justifier son refus.

Le refus de vente sans motif légitime est sanctionné par une peine d'amende de cent mille dinars (100.000 DA) à trois millions de dinars (3.000.000 DA). tel que prévu à l'article 35 de la loi 04/02.

المقدمة:

يتضمن النظام القانوني للبيع قواعد تتماشى مع حرية التجارة وحرية التعاقد، كما يحتوي -من جهة أخرى- على قواعد مخصصة لحماية المستهلك في إطار العقود المبرمة بينه وبين المتدخل (العون الاقتصادي) تتجسد هذه الحماية في قانون حماية المستهلك وقمع الغش¹. بالمقابل -طبقاً لمبدأ حرية التعاقد- يجوز للعون الاقتصادي رفض البيع أو أداء الخدمة للمستهلك، ولكن لا يجوز له التمسك بهذه الإجازة القانونية إذا كان الرفض دون مبرر شرعي؛ ولهذا السبب عمل قانون المتعلق بالممارسات التجارية² على الحد من الممارسات التجارية غير النزيهة في السوق من خلال تنظيم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين³، وفرض الواجبات التي تلزم العون الاقتصادي وتحمي المستهلك من مختلف أنواع التحايلات التي قد تواجهه من جزاء شرائه للسلع والخدمات. ومن بين هذه التحايلات رفض البيع وأداء الخدمة.

نصّ المشرّع الجزائري على حماية المستهلك حيال رفض البيع أو أداء الخدمة في المادة 15 من القانون رقم 02/04؛ فالنزاهة التي يسعى المشرّع الجزائري إلى تحقيقها في الممارسات التجارية تجبر العون الاقتصادي من باب العدالة معاملة الأشخاص على قدم المساواة دون اعتبار لأي تمييز مهما كان نوعه⁴.

ليس من العدل أن يرغب شخص في اقتناء مستلزماته اليومية كغيره من أفراد المجتمع فيجد نفسه محروماً من شراء ما يعرض للبيع أو أداء الخدمة دون سبب جدّي؛ هذا ما دفع المشرّع الجزائري إلى منع مثل هذا النوع من الممارسات غير الشرعية⁵ الذي يعد استثناء على مبدأ سلطان الإرادة؛ فالإرادة لها سلطان ذاتي؛ فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام⁶.

- الإشكالية:

هل أحكام المادة 15 من القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد قواعد الممارسات التجارية حققت النزاهة التي كان ينشدها المشرّع الجزائري، والتي تكمن في إلزام العون الاقتصادي بمنع رفض البيع أو أداء الخدمة دون سبب جدّي وبذلك تتحقّق الحماية الكافية للمستهلك؟

سوف نجيب عن هذه الإشكالية من خلال العناصر التالية:

(1) قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس.
(2) القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، الصادرة بتاريخ 2004. المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، العدد 46.
(3) وما بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.
(4) هانية إبراهيمي، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام (فرع التنظيم الاقتصادي)، نوقشت بجامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012/2013، الصفحة 77.
(5) نفس المرجع.
(6) محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام (النظرية العامة للالتزامات - القانون المدني الجزائري-)، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، الصفحة 46.

المبحث الأول: ماهية منع رفض البيع أو أداء الخدمة.

المطلب الأول: تعريف رفض البيع أو أداء الخدمة.

المطلب الثاني: شروط رفض البيع أو أداء الخدمة.

المبحث الثاني: أثر رفض البيع أو أداء الخدمة.

المطلب الأول: التنفيذ العيني.

المطلب الثاني: طرق التنفيذ العيني.

الخاتمة.

المبحث الأول: ماهية منع رفض البيع أو أداء الخدمة

المطلب الأول: تعريف رفض البيع أو أداء الخدمة

طبقاً للمبدأ المعمول به في السوق بمجرد عرض سلعة أو أداء خدمة من طرف العون الاقتصادي¹ في السوق، يحق للمستهلك² الحصول على هذه السلعة أو أداء الخدمة بشرط أن يلتزم بدفع ثمنها، بالمقابل لا يتمتع العون الاقتصادي بحرية منع البيع أو التعاقد³.

(1) العون الاقتصادي هو كل منتج أو موزع أو مقدم خدمات ولو كان شخص معنوي عام، يتعرض لعقوبة إذ ما امتنع عن رفض البيع أو تقديم خدمة. أنظر: -Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1041-

كما عرف المشرع الجزائري العون الاقتصادي في المادة الثالثة (1-3) من قانون رقم 02/04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية: "عون الاقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها."

أما إذا كان بائعا عرضيا كالشخص الذي يعرض سيارته الشخصية للبيع مثلا فإنه يخضع للقواعد العامة المتعلقة بتطابق الإيجاب والقبول فله أن يرفض البيع إذا لم يصدر منه إيجاب بات إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي يخرج من مفهوم العون الاقتصادي، أنظر:

عماد الدين عياض، حماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية-دراسة على ضوء القانون 02/04-الفرع: حقوق، تخصص القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نوقشت بجامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 2006، الصفحة 117.

(2) عرفت المادة الثالثة 2-3 من قانون رقم 02/04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. المستهلك: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني."

كما عرفت المادة 2-3 من القانون رقم 03/09 المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني قابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به."

أما المشرع الفرنسي عرف المستهلك، هو كل شخص طبيعي الذي يسعى إلى اشباع حاجاته الخاصة، والتي لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، أو نشاط حر. أنظر:

-Code consommation. art Art. L. 010-1-1 .

³) Safia Benzemour, La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation- Etude comparative-, mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de magistère en droit des relations économiques (agents économiques/ consommateurs) Université d'Oran2, Faculté de droit, année universitaire 2012/2013, page.15.

وهذا ما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 02-04: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة.

لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات".

من خلال نص المادة 15 سألقة الذكر لم يعرف المشرع الجزائي منع رفض بيع سلعة أو أداء الخدمة؛ وعليه يمكن تعريف هذا المنع على أنه تصرف سلبي يصدر عن العون الاقتصادي يتضمّن إنكار وجود السلعة لديه أو أداء خدمة¹ متذرعاً بأسباب غير موضوعية أي وهمية أو خيالية².

وعليه يمكن إعطاء تعريف آخر لرفض البيع أو أداء الخدمة دون مبرر شرعي على أنه: الفعل المخل بنزاهة الممارسات التجارية بمقتضاه يرفض العون الاقتصادي (المنتوج - الموزع... الخ) ولو كان هذا الأخير شخصاً معنوياً عاماً عن البيع أو أداء خدمة للمستهلك، رغم إمكانية ذلك (مثال عرضها للمستهلك) متحججاً بأسباب غير شرعية ومقنعة للرفض التعسفي.

طبقاً لنص المادة 15 من القانون رقم 02/04، العون الاقتصادي لا يمكن له أن يتمسك بمنع البيع أو أداء خدمة إلا إذا أثبت أن هناك مبرراً شرعياً لهذا الرفض وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع؛ وعليه رفض البيع للمستهلك يشكل في أغلب الأحيان تعسفاً يؤسس على تقييم التعسفي³.

الملاحظ أن الغاية من نص المادة 15 سألقة الذكر هو كثرة المنتوج (السلع والخدمات) وتنظيم رواجها في السوق، وذلك بخلق نوع من التوازن في توزيعها على المستهلكين من جهة، وحماية المستهلك من جهة أخرى⁴. وطريقة رفض البيع إما أن تكون واضحة وبسيطة؛ حيث يتمتع العون الاقتصادي تنفيذ الطلبية بالمقابل قد يستخلص رفض البيع أو أداء الخدمة من خلال التصرفات الصادرة عن العون الاقتصادي والتي تؤدي إلى نتيجة وهي جعل البيع مستحيلاً⁵.

(1) عرف القانون رقم 03-09 في المادة 3-10 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السلعة بأنها: "كل شيء مادي قابل للتنازل عليه بمقابل أو مجاناً". أما الخدمة عرفها القانون رقم 03-09 في المادة 3-17: "هو كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا لتسليم تابعا أو مدعماً للخدمة المقدمة".

(2) محمود محمد عبد العزيز الزيني، جرائم التسعير الجبري- المبادئ الشرعية والقانونية وآراء الفقهاء والمحكمات ومعياري العقوبة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي- دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، الصفحة 75.

(3) Safia Benzemour, Op.Cit, page. 15.

(4) نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2011، الصفحة 25.

(5) Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1042.

وكذلك يدخل في طيات رفض البيع، التظاهر أو الإدعاء بتنفيذ الطلبية بشروط مختلفة عن تلك التي عرضت من طرف المستهلك وغير مقبولة منه. كما هو الحال بالنسبة للعون الاقتصادي (البائع) الذي يرفض تسليم المنتج المطلوب مع تقديم اقتراح استبداله بأخر يحمل علامة تجارية أخرى أو تسليم منتج دون علامة تجارية؛ لأن هذه الأخيرة تشكل جزءاً أساسياً من قيمة المنتج¹.

وكل رفض أو امتناع عن بيع سلعة أو أداء خدمة متوفرة في السوق دون مبرر شرعي للمستهلك يعد فعلاً مغلاً بنزاهة الممارسات التجارية، وقد كيّفه المشرع الجزائري على أنه مخالفة وذلك في الباب الرابع تحت عنوان: "المخالفات والعقوبات" الفصل الأول "تصنيف المخالفات وتطبيق العقوبات". والمعاقب عليه حسب المادة 35 من القانون رقم 02/04 بغرامة مالية من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج)، ولقيام جريمة منع البيع أو أداء الخدمة فلا بد من توافر عنصرين، هما:

العنصر الأول: يكمن في الامتناع عن البيع وذلك برفض عارض السلعة بيعها رغم أنها مهيأة للبيع أو ظاهرة للمستهلك في المكان المخصص لذلك.

العنصر الثاني: يتجلى في انعدام المبرر الشرعي للامتناع حيث يكون سبب الامتناع غير مبرر قانوناً أو واقعياً عن رفض العون الاقتصادي².

أمّا المشرع الفرنسي فقد كيّف رفض البيع من طرف العون الاقتصادي كشخص طبيعي للمستهلك دون مبرر قانوني على أنه مخالفة من الدرجة الخامسة، ويلزمه دفع غرامة مالية قدرها 1500 أورو، وفي حالة العود 3000 أورو (المادة 121-13، رقم 2 من قانون العقوبات الفرنسي). أما بالنسبة للعون الاقتصادي كشخص معنوي، يعد مسؤولاً جنائياً إذا ما رفض ممثله القانوني البيع دون سبب شرعي حيث يلتزم بدفع غرامة مالية نتيجة ارتكابه مخالفة رفض البيع أو أداء خدمة تقدر بـ 7500 أورو، وفي حالة العود 15000 أورو (المادة 121-2 و 131-41 من قانون العقوبات الفرنسي)³.

وحتى يمكن وصف المخالفة الصادرة عن العون الاقتصادي تجاه المستهلك على أنّها رفض البيع أو أداء خدمة، لا بد من توافر معيار محدد في المادة 15 من قانون رقم 02/04.

يتضح هذا المعيار من خلال الفقرة الأولى من المادة 15 سالف الذكر، والمتمثل في "كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع".

¹ibid.

-V, circulaire « Fontanet » du 31 mars 1960.

زوبر أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون "فرع المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزوزو، 2011، الصفحة 73.

³Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1044 et 1045.

وهذه القرينة يتسع مجال تطبيقها على السلع دون الخدمات، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 15 سالفه الذكر: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع"، بمفهوم المخالفة: الخدمات المعروضة للاستهلاك ليس بالضرورة معروضة للأداء.

والنتائج المترتبة على القرينة القانونية (اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع) تتمثل فيما يلي:

(1) إعفاء المستهلك من عبء إثبات نية البيع لدى العون الاقتصادي ما دام المشرع يفترض إصرار هذا الأخير على البيع لمجرد عرضه للسلعة على نظر المستهلك.

وعليه لا يمكن للعون الاقتصادي إثبات عكس هذه القرينة، كأن يتمسك برفض التعاقد بحجة أن السلعة غير معروضة للبيع؛ وعليه غلب المشرع الجزائي مصلحة المستهلك على مصلحة العون الاقتصادي وذلك بتخفيف عبء الإثبات عليه، ولكن يبقى المستهلك ملزمًا بإقامة الدليل على واقعة عرض السلعة على نظر المستهلك، وبالتالي أغلق المشرع الجزائي باب التلاعب على الأعوان الاقتصاديين¹.

(2) القرينة القانونية "اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع" لا تقف عند حد رفض البيع فقط بل تمتد لتشمل باقي أحكام القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد قواعد الممارسات التجارية؛ لأن مجرد عرض سلعة على نظر الجمهور فهي للبيع وعليه تستلزم أن تخضع لجميع الأحكام المتعلقة بالسلع المعروضة للبيع.

ومثال عن ذلك كأن يلتزم العون الاقتصادي بإعلام المستهلك بالأسعار، وتعريفات السلع والخدمات، وشروط البيع، وتحديد الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن²، كما يلتزم بإخبار المستهلك بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بميزات المنتج أو الخدمة³.

وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 15 من القانون رقم 02/04 التي تنص على: "لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والمظاهرات".

من خلال هذه الفقرة استثنى المشرع الجزائي أدوات التزيين والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات من نطاق الأحكام المتعلقة بالسلع المعروضة للاستهلاك وبالتالي استثنأوها من مجال هذه القرينة، وهذا ما يؤكد قطعيتها؛ لأنه لو كانت قرينة بسيطة لما أورد المشرع الجزائي هذا الاستثناء بصفة محدّدة.

(1) نفس المرجع.

(2) أنظر المادة 5 من القانون رقم 02/04.

(3) أنظر المادة 8 من القانون رقم 02/04.

الملاحظ أنّ هذا المنع رفض البيع يطبق بين الأعوان الاقتصاديين، فيكفي فقط إثبات توافر السلعة أو تأدية الخدمة من طرف الإدارة المختصة أو العون الاقتصادي الذي تضرّر من رفض البيع أو أداء الخدمة، كما ينبغي إثبات أن المنع يكون وفقاً للأحكام المتطلبة قانوناً؛ لأنّ عدم وجود مبرّر شرعي يعني غياب أي أحكام قانونيّة رسميّة أو أعراف تجاريّة تحكم المعاملات التجاريّة بين الأعوان الاقتصاديين، بالإضافة إلى غياب مبادئ العدالة من شفافية ومساواة ونزاهة وحسن النية في المعاملة¹.

ويرى جانب من الفقه² أن رفض البيع بين الأعوان الاقتصاديين لا يكون غالباً إلاّ الشكل النهائي للتمييز؛ وبالتالي يمكن أن يعاقب على أساس التمييز.

ولقد منع المشرّع الجزائريّ التمييز بين الأعوان الاقتصاديين بمقتضى المادة 18 من القانون رقم 02/04 سالف الذكر³.

المطلب الثاني: شروط منع رفض البيع أو أداء الخدمة:

من خلال نص المادة 15 من القانون رقم 02/04، اشترط المشرّع الجزائريّ - لقيام رفض البيع أو أداء الخدمة- عدة شروط، هي:

الفرع الأوّل: أن يتم الرفض بصورة فعليّة.

ولكي يتحقّق هذا الشرط لا بد أن نعتد بـ "عرض السلعة للبيع" كميّار لاعتبار العون الاقتصادي رافضاً للبيع، وعليه لا يمكن للمستهلك أن يدّعي وقوعه ضحيّة هذه الممارسة إلاّ إذا كان هناك رفض فعليّ من قبل العون الاقتصادي.

ويكون الرفض فعليّاً إذا كان الطلب الموجه من طرف المستهلك إلى العون الاقتصادي عادياً، وكان هذا الأخير سيء النية؛ فهذا يستبعد وجود مبرّر شرعيّ لدى العون الاقتصادي⁴.

وفي هذا الخصوص يجب تطبيق الفقرة الأولى من المادة 15 المشار إليها سابقاً، وبالتالي يمنع على العون الاقتصادي رفض بيع السلعة بما أنّها معروضة على نظر المستهلك سواء في واجهات المحلات أو في داخلها أو في الأسواق أو المعارض، أضف إلى ذلك جميع الصور الأخرى التي يتم بها عرض السلعة بما في ذلك وسائل الاتصال عن بعد كالمراسلات والنشرات والإعلانات في الجرائد اليوميّة وغيرها من وسائل الاتّصال الحديثة التي تشكّل

(1) فتيحة بلقاسم، التمييز بين الأعوان الاقتصاديين - دراسة مقارنة- أطروحة الدكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2017، الصفحة 65.

(2) فتيحة بلقاسم، نفس المرجع. منقول عن:

Arhel, P, Transparence tarifaire et pratique restrictives, Rép.com. Dalloz, octobre 2004, n°428, p.77.

(3) تنص المادة 18 المشار إليها اعلاه على مايلي: "يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذا على أي عون اقتصادي آخر أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلائم مع ما تقتضيه المعاملات النزهة والشريفة."

(4) نوال كيموش، المرجع السابق، الصفحة 25.

وسيلة لعرض السلعة للبيع، وما على العون الاقتصادي في مثل هذه الحالات إلا تسليم السلعة المماثلة للسلعة المعروضة على نظر المستهلك.

بالمقابل لا يجوز للمستهلك أن يتعسف في استعمال حقه بأن يطلب ذات السلعة الموضوعية في الواجهة ولاسيما إذا كان من الصعب سحبها من الواجهة أو إعادة تنظيم الواجهة من جديد¹.

لكن قد لا يرفض العون الاقتصادي البيع من أصله؛ ولكنه يرفض البيع بسبب تجاوز طلب الشراء حدًا معينًا، فهل يعد ذلك بمنزلة رفض البيع؟

بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجد أنه يشترط للعقاب على رفض التعاقد أن لا يكون الطلب غير عادي؛ أي إذا كان طلب الشراء كبيرًا جدًا يتجاوز الحاجات العادية للمشتري (المستهلك)، يجوز للبائع رفض البيع بهذا القدر خصوصًا أن هذا الأسلوب يستعمله أحيانًا تجار منافسون عن طريق إرسال أشخاص غير معروفين لشراء مخزون تاجر منافس من سلعة معينة قصد احتكارها وكسب عملائه².

ولكن هل يمتد رفض بيع السلعة من طرف العون الاقتصادي إلى السلع التي يحوزها حتى إن كانت مخفية عن المستهلك؟

طبقا لنص المادة 1/15 من القانون رقم 02/04، ما دام طلب الشراء معقولاً فلا يجوز للعون الاقتصادي رفض بيع السلعة المعروضة للبيع ولو كان سبب الرفض نفادها، ولا يتحلل العارض من هذا المنع إلا بإيقاف عرض السلعة للبيع، وبمفهوم المخالفة إذا كانت السلعة غير معروضة للبيع فمن حق العون الاقتصادي رفض بيعها ولو كانت السلعة متوفرة لديه؛ أي بحوزته.

أما موقف محكمة النقض المصرية فجاء مغايرًا لموقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة؛ إذ عرّفت الامتناع عن البيع بأنه: "إنكار وجود السلعة أو رفض بيعها أو إخفائها وحبسها عن التداول"³.

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن محكمة النقض المصرية قد وسّعت من نطاق الحظر؛ حيث لا يقتصر على السلع المعروضة للبيع بل يمتد ليشمل السلع التي بحوزة العون الاقتصادي حتى إن كانت مخفية عن نظر المستهلك.

أما بخصوص إثبات الرفض الفعلي، فقد لجأ المشرع الفرنسي في إطار قانون العقوبات الجديد الصادر في 1 مارس 1994 في مادته 2/225 إلى تحديد أساليب الرفض وهي:

(1) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكون العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986، الصفحة 20.

(2) نفس المرجع، الصفحة 24.

(3) نقض 25 افريل 1966 الطعن رقم 725، ونقض 1 يناير 1986 الطعن رقم 5213، أنظر: أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، الصفحة 123.

- رفض التموين بمنتوج أو خدمة.

- عرقلة الممارسة العادية لأي نشاط اقتصادي.

- رفض التشغيل لمعاقبة شخص ما.

- توقيف التمويل لمنتوج أو خدمة على أحد الشروط المؤسّسة على أحد العناصر المذكورة في الفقرة الأولى وهي رفض البيع على أساس الأصل، أو الجنس، أو الحالة العائلية، أو الحالة الصحية، أو الإعاقة الجسدية، أو الآراء السياسية، أو عدم الانتماء الحقيقي لجنس أو ديانة¹.

بموجب تحديد حالات رفض بيع السلعة من طرف المشرّع الفرنسيّ يسهل على المستهلك إثبات وقوع الرفض الفعلي من طرف العون الاقتصادي، كما يساعد القاضي على تكييف الحالات الأخرى المعروضة عليه على أنها رفض البيع الفعلي، ومثال عن ذلك: أدانت محكمة استئناف باريس في 6 جوان 2006 مواطنة مقيمة ب (Montfermeil (Seine-Saint-Denis) لمدة شهر واحد وقف التنفيذ بسبب رفضها بيع مقصورتها لزوجين من ديانة إسلامية، وقد تم تسجيل مكاملة السيدة العجوز من طرف SOS Racisme مع المترشّحين للشراء وأعربت عن خوفها من الإسلام وبأنها لم تنتبه بأنهما من أصول عربيّة².

الفرع الثاني: انعدام المبرر الشرعي:

تنص المادة 2/15 من القانون رقم 02/04 على ما يلي: "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة."

من خلال هذه الفقرة اشترط المشرّع الجزائري اعتبار رفض البيع أو أداء الخدمة محظورًا أن لا يكون لهذا الرفض مبرر شرعي، فإذا كان له مبرر شرعي فلا يمكن للمستهلك التمسك بهذا الحظر.

الملاحظ أنّ مفهوم المبرر الشرعي يتميز بالشمولية؛ حيث يمنح السلطة الواسعة للقاضي في تقدير معيار شرعية الرفض والذي يختلف حسب سبب الرفض مع الأخذ بعين الاعتبار سوء نيّة المشتري عدم وجود السلعة أو استحالة تنفيذ الخدمة، والطلب غير العادي³.

1) Roget Bout, Cat Herni Pieto, Gerard Cas, les pratiques restrictive, les refus de ventes et prestations de services, Lamy Droit économique, 2000, page.422.

2) Jean-Michel Rothmann, Le refus de vente, INC document (Fiche pratique), J. 234 / 07-06 (INC Hebdo No 1394, 10-16 juillet 2006). Voir aussi, Un commerçant ne peut imposer au client l'achat d'une certaine quantité de tissu au prétexte que la quantité restante est insuffisante pour qu'il puisse réaliser une vente ultérieure. Dans cette affaire, la commerçante du marché Saint-Pierre à Paris avait refusé la vente d'un mètre de tissu dans la mesure où il ne restait que 1,4 m sur le rouleau (CA Paris 13e ch. A, 6 mai 1997; Contrats conc. consom., janvier 1998, p. 21).

3) Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1043.

ويمكن -على سبيل المثال- حصر المبررات الشرعية لرفض البيع أو أداء الخدمة كالآتي:

أولاً: شرعية رفض البيع بموجب أحكام قانونية:

هناك بعض السلع المعروضة للبيع خاضعة لتنظيم قانوني صارم، وهذا البيع إما أن يكون محظوراً بنص صريح أو مخصص لأشخاص لديهم سلطة واسعة في اختصاص معين أو خاضعاً لرقابة¹.

وهكذا يمنع بيع الخمر أو تقديمها مجاناً للأحداث (أقل من 19 سنة) سواء لشربها أو لحملها، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من الأمر رقم 26/75².

كذلك يمنع بيع المواد الغذائية التي تحتوي على بقايا الملوثات التي تتجاوز الحدود القصوى المسموح بها³. كما يحظر وضع السلع أو الخدمات رهن البيع (الاستهلاك) والتي تشكل خطراً على صحة المستهلك أو أمنه⁴.

كما حددت المادة السادسة (6) من المرسوم التنفيذي رقم 27/05⁵ سنناً معيناً كشرط للاستفادة من بعض الخدمات، ويعد رفض العون الاقتصادي (البائع) تأدية الخدمة للمستهلك في حدود هذا السن مبرراً قانونياً، فمثلاً:

- مؤسسات التسلية: مستخدم مؤسسات التسلية سن 18 سنة على الأقل.
 - مؤسسات الترفيه: مستخدم مؤسسات الترفيه 25 سنة على الأقل، وعليه يكون رفض هذه المؤسسات تقديم خدماتها تحت هذا السن مبرراً قانونياً.
- في حالة طالب السلعة أو الخدمة عديم الأهلية، فمن حق العون الاقتصادي أن يرفض البيع أو تأدية الخدمة لكون العقد حينئذ مهدداً بالبطلان طبقاً للقواعد العامة.

1) ibid.

2) الأمر رقم 26/75 الصادر بتاريخ 29 أبريل 1975 المتعلق بقمع السكر العلي وحماية القصر من الكحول. تقابلها المادة:

la vente d'alcool aux mineurs (art. L. 3342-1 à 3342-3 du code de la santé publique Français).

4) المرسوم التنفيذي رقم 207/05 المؤرخ في 04 جوان 2005 المحدد لكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، الجريدة الرسمية عدد 39، المؤرخة في 5 جوان 2005.

5) المادة السادسة (6) من المرسوم التنفيذي رقم 366/14 المؤرخ في 2014/12/15، يحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال الملوثات المسموح بها في المواد الغذائية. الجريدة الرسمية العدد 74، المؤرخة في 2014/12/25.

أنظر: المادة الخامسة (5) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

6) أنظر: المادة الخامسة (5) من المرسوم التنفيذي رقم 203-12 المؤرخ في 6 ماي 2012 يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 9 ماي 2012.

تقابلها المادة L221-1 s art. من قانون الاستهلاك الفرنسي.

كما يقع على عاتق الصيدلي التزام رفض منح الأدوية في حالة شك بخصوص مصداقية الوصفة الطبية¹، وله الحق في رفض تسليم الدواء في حالة عدم تقديم وصفية طبية ما عدا المواد الصيدلانية التي تضبط قائمتها عن طريق تنظيم².

وطبقا للمادة 34 من مرسوم تنفيذي رقم 09-410 مؤرخ في 10 ديسمبر سنة 2009، يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة. وعلى المتعامل رفض البيع أو تركيب أو تصليح أو جمع التجهيزات الحساسة، المصنفة في الفقرة 2، القسم الفرعي 3، القسم "ب" من الملحق الأول، إلا لفائدة المصالح المذكورة في التنظيم المعمول به دون سواها.

ثانياً: مبرر اختصاص المهني:

يمكن للبائع رفض البيع أو أداء الخدمة التي لا تدخل في اختصاصه، مثل الطلب من السباك القيام بالنجارة.

ونفس الشيء إذا طلب من العون الاقتصادي خدمة لا تدخل في اختصاصه، مثل: إذا طلب من شركة مختصة في تصليح الكهرياء تصليح أجهزة إلكترونية³.

ثالثاً: سوء نية المشتري:

سوء نية المشتري أو موقف غير سار من الزبون قد يبرر الرفض؛ حيث إن هذه المشروعية أدت بالنادي الرياضي إلى رفض تجديد عقد الاشتراك لأحد زبائنه بسبب تصريحاته المهينة للموظفين التي أدلى بها مراراً رغم النداءات المتكررة من أجل الالتزام بالنظام⁴.

رابعاً: عدم وفرة المنتج أو غيابه من المخزن:

إذا لم يكن بحوزة البائع المنتج الذي يرغب فيه المشتري؛ فرفض البائع يكون شرعي، ولكن يُمنع على البائع القيام في الوقت نفسه بعملية الترويج لهذا المنتج وإلا يتعرض لعقوبة؛ لأنه "يمنع أي إشهار أو تخفيض

(1) أمينة لطروش، رفض البيع ورفض أداء الخدمات - دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012، الصفحة 30.

(2) أنظر المادة 181 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها. المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008.

(3) Roget Bout, Cat Herni Pioto, Gerard Cas, Op. cit, page. 420.

(4) Jean-Michel Rothmann, Op.Cit ,N° 1394.

Constitue en revanche une mauvaise foi le comportement insultant et l'impolitesse d'un consommateur, Versailles, 7 mars 2003, Lettre distrib. Mais 2003 ;(INC Hebdo no 1263).

الثلث للمشتري، ربما تنصب على عناصر ليست متاحة للبيع أو الخدمات التي لا يمكن توافرها خلال الفترة التي تتصل بهذا الإعلان أو تخفيض الثمن¹.

خامساً: الطلب غير العادي للمشتري:

الصفة غير العادية للطلب تتحدّد بعدم مطابقة شروط البيع أو أداء الخدمة المعتادة والمقدمة من طرف العون الاقتصادي إلى زبائنه². فيمكن تبرير رفض البيع حينما يبالغ المستهلك في وضع شروط غير عادية للتسليم أو في الكمية المطلوبة التي لا تتماشى مع مستلزماته العادية³.

سادساً: الاعتبار الشخصي في بعض العقود:

من بين المبررات "الاعتبار الشخصي في بعض العقود"؛ إذ توجد عقود ذات اعتبار شخصي يكون فيها شخص المتعاقد معه محلّ اعتبار، حيث إنّ الإيجاب في هذا النوع من العقود ينطوي ضمناً على تحفظ خاص بحق الموجب في اختيار شخص المتعاقد معه، فإذا صدر الإيجاب في هذا الصنف من العقود فإن الموجب غير ملزم بالتعاقد مع أي شخص يتقدم له؛ وإنما له أن يختار من بين المتقدمين⁴.

ونذكر من أمثلة هذه العقود:

1- عقد الوكالة التجارية: هذا النوع من العقود يقوم على الاعتبار الشخصي؛ بمعنى أنّ الوكيل لا يمنح الوكالة إلا لشخص معيّن بذاته وصفاته؛ أي تقوم فيه المواصفات التي يعتبرها الوكيل ضرورية لتمثيله، وإن أصبحت هذه المواصفات اليوم مواصفات اقتصادية من الدرجة الأولى، أكثر من كونها مواصفات شخصية، وبالتالي أصبح الاعتبار الشخصي اعتباراً اقتصادياً، فمن يتوفر فيه الملاءة المادية الكافية والقدرة على التسيير العقلاني للمشروع بالإضافة إلى القدرة على إبداع وإنتاج الأفكار الجيدة والجديدة وتحقيق سمعة تجارية قادرة على تكوين الرصيد اللازم من الزبائن. يعد متوقفاً على الاعتبار الشخصي اللازم لإبرام عقد الوكالة التجارية مع الموكل، ومن لا يتوفر على الأقل على أحد هذه العناصر يعد مفقداً للاعتبار الشخصي بمفهومه الاقتصادي الجديد؛ وبالتالي فهو غير قادر على إبرام عقد الوكالة التجارية حتى لو كانت عناصر الاعتبار الشخصي التقليدية متوفرة فيه. وفي هذه الحالة يجوز للموكل أن يرفض إبرام عقد الوكالة التجارية معه.

1) Ibid.

voir, art. 5 de l'arrêté n° 77/105 P du 2 septembre 1977.

2) www.conso.net/.../refus-de-vente-ou-de-prestation-de-services-aux-consommateur.

3) Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1043.

4) رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، 2003، الصفحة 71.

2- عقد القرض المصرفي¹: هو الخدمات المقدمة للعملاء، والتي بمقتضاها يتم تزويد الأفراد والمؤسسات والمنشآت في المجتمع بالأموال اللازمة، على أن يتعمّد المدين بسداد تلك الأموال وفوائدها والعمولات المستحقة عليها والمصاريف دفعة واحدة أو على أقساط في تواريخ محددة.

وبالتالي يمكن للمصرف أن يرفض أداء الخدمة للزبون إذا لم تكن لديه القدرة على تنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد القرض، أو أنه لا يستطيع تقديم ضمانات تكفل للبنك استرداد أمواله.

في حين أن عقد البيع لا يعد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، ولهذا لا يمكن قبول تمسك العون الاقتصادي تجاه المستهلك باعتباره شخصي كمبرر شرعي يبرر له رفض التعاقد بأي حال من الأحوال، بل إن من بين أهداف حظر رفض التعاقد هو بناء الممارسات التجارية على أسس نزيهة تسمو على الاعتبارات الشخصية التي قد تشوهها.

كما يحق للمحامي رفض الزبون وهذا الأخير لا يمكنه إجبار المحامي على قبول الدفاع عنه، لأن منع المحامي من رفض ملف الزبون لسبب ما سوف يخل بتفانيه وإخلاصه في خدمته في الوقت الذي تستلزم فيه هذه الخدمة الثقة المتبادلة وعلى ذلك لن تكون ثمة منفعة من طلب خدمة المحامي².

والهدف من الامتناع عن تقديم الخدمة في مثل هذه الحالة، هو تحقيق الرغبة والجدية التي لها علاقة مباشرة بمدى فعالية الخدمة المقدمة وهذا ما يجعل رفض أداء الخدمة له مبرر شرعي.

وهذا ما قضت به الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 نوفمبر 1983 تطبيقاً للمبرر المشروع المنصوص عليه في المادة 1/37 من الأمر رقم 1483/45، إن رفض البيع الصادر عن مؤسسة توزيع للمنتوجات البترولية لأحد زبائنها مبرر بكون الوضع الاقتصادي في تلك الفترة قد ألزم هذه المؤسسة على تحديد حجم التوزيع لكل الزبائن³.

أما محكمة النقض المصرية فقد جعلت الامتناع عن البيع مبرراً إذا كان البيع يتعارض مع العرف التجاري؛ لذا قضت أنّ امتناع المتهم (البائع) عن بيع الخبز، والثابت أنّ المحل ليس مخصصاً لبيع الخبز إنما يقوم أساساً ببيع المأكولات الشعبية (القول والطعمية)؛ حيث يباع الخبز تبعاً لهذه المأكولات عرفاً، ومن ثم فإنّ امتناع البائع عن بيع الخبز لوحده له مبرر شرعي يتعين معه تبرئته⁴.

1) Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1042.

V, l'article L 3311-2 et l'article L526-2 et l'article L 522-2 du code monétaire.

(2) السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، الصفحة 23.

3) Cass. Crim, 03/11/1983, Recueil Dalloz, 1984, page.136.

(4) أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، الصفحة 23.

ويعد الاجتهاد القضائي الفرنسي غنيًا بمعاقبة الممارسات التي تأخذ شكل رفض البيع ومنها ما قضت به الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 21 أكتوبر 1988، بأنّ رفض الصيدلي تسليم أدوية مانعة للحمل للزبائن بحجة أنّها تتعارض مع اقتناعاته الشخصية، لا يمكن اعتباره مبررًا شرعيًا¹.

كما أدانت محكمة الاستئناف لمنطقة Fort في فرنسا بتاريخ 21 فيفري 1994 الشركة التي رفضت تسليم سيارات لبعض الأشخاص بحجة وجود نزاع مع وكيلهم².

وتم إدانة مسؤول الوكالة العقارية بارتكابه جريمة التمييز العنصري نتيجة رفضه إبرام عقد الإيجار لشخص بسبب اسمه³.

كما يعاقب بجنحة التمييز الديني كل من يرفض دخول شخص إلى مؤسسة التعليم العالي بسبب انتماء هذا الأخير إلى ديانة اسلامية⁴.

لقد تم إدانة صاحب مرآب بسبب رفضه إصلاح سكوتر على أساس أنّه من الطراز القديم الذي تم بيعه ومن الصعوبة إيجاد قطع الغيار الخاص بها لإصلاح هذا النوع من الدراجات النارية. فاعتبر القضاء الفرنسي أنّ هذا السبب مضملاً؛ لأنّه في الواقع صانع الاسكوتر أكد وقال أنه يمكن ضمان تسليم قطع الغيار للاستبدال⁵.

ولا يعد رفض تقديم خدمة للمستهلك الذي يعاني من إعاقة جسدية أمراً قانونيًا، ورفض صاحب المطعم الدخول العميل إلى مطعمه، فهذا الرفض معاقب عليه طبقاً للنص المادة 1-225 وما يليها من قانون العقوبات الفرنسي، وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي في أحد أحكامه⁶

بالمقابل قد يعد الرفض راجعاً إلى مبرر شرعي، وذلك إذا أثبت العون الاقتصادي أن الرفض يحقق منفعة اقتصادية له، ودون أن يمنح لأعوان اقتصاديين آخرين إمكانية نفي المنافسة⁷.

¹) Cass. Crim, 21/10/1988.aff. N° 97.80.981, Lamy Droit économique, concurrence distribution, consommation, page. 420.

²) CA Fort, 21/02/1994. Aff. N° 93.82.871, Op.cit, page. 421.

³) Cass. Crim, 7 juin 2005, pourvoir n° 04-87354.

⁴) Mélanie Comert et les autres, Op.Cit, page. 1045.

V,CA Paris 8-6-2010 n°08-8286.

v, aussi : Ainsi le pharmacien, qui est commerçant, dispose du monopole de la vente de médicaments, ce qui lui interdit de refuser la vente d'un produit contraceptif pour des raisons religieuses (Chambre criminelle du 21 octobre 1998, revue trimestrielle de droit commercial, 1999 page 526).

⁵) Jean-Michel Rothmann, op. Cit, N° 1394 TP Paris, 5 mai 2000; BRDA, 2000, n° 10-17.

⁶) la Cour d'appel de Paris avait sanctionné un restaurateur ayant refusé de servir au client un croque-monsieur en salle car ce type de produit ne se consommant qu'au bar (Paris, 24 septembre 1991, revue Semaine juridique 1992. IV. 199).

⁷) C.Jamin et L.Lacom- Droit commercial- 5ème édition- France – 1995, page. 21.

كحالة رفض البائع في جمعية تعاونية البيع لغير عضو في الجمعية لأنها من حقها ألا تباع بضائعها إلا لأعضائها¹.

وناحية أخرى من الصعب مساءلة سائق الأجرة مثلا الذي يتوجس خيفة من ملامح أو هيئة أشخاص يطلبون خدمة النقل خاصة إذا كان ذلك في الليل، والشعور أن هذه الخدمة سوف تشكل خطراً على حياته، في مثل هذه الحالة: ألا يعد الخوف والتوجس و الشعور بالخطر مبرراً شرعياً يجوز معه للنقل رفض أداء الخدمة؟

وقد يكتف المانع الأدبي على أنه مبرر شرعي لرفض الخدمة، ومثال لذلك المحامي الذي يعرض عليه ملف الدعوى وإذا به يجد أحد أقاربه مثلاً خصمه في القضية، ألا يعد هذا الأمر الأدبي مبرراً شرعياً لرفضه أداء خدمة الدفاع؟

وإن ظهرت هذه المبررات شرعية، لكن غير ممكن الحسم بأنها المقصودة في المادة 2/15 من القانون رقم 02/04، وعليه فمسألة تقدير مدى شرعية المبرر تعود للسلطة التقديرية للقاضي؛ فعليه أن يبحث عن نية المشرع الجزائري أو يفسر ما المقصود بالمبرر الشرعي الذي يجيز للعون الاقتصادي رفض البيع أو أداء الخدمة ما دام المشرع الجزائري قد ذكر هذا المصطلح (المبرر الشرعي) بصفة مطلقة وعامة.

(3) أن لا يتعلق الرفض بالاستثناء المذكور في الفقرة الأخيرة من المادة 15:

لقد وضع المشرع الجزائري استثناء يتمثل في أن أحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة 15 سالفه الذكر لا تعني أدوات تزيين المحلات والمنتوجات المقدمة في المعارض والتظاهرات.

إذن عرض هذه الأدوات على نظر الجمهور لا يعني عرضها للبيع؛ وعليه يحق للعون الاقتصادي رفض بيعها.

وسبب إدراج هذا الاستثناء من طرف المشرع الجزائري في المادة 15 من القانون رقم 02/04، هو كون وجودها في العرض يرجع لوظيفتها العادية وهي التزيين والتجميل والتنظيم فقط، ومثال لهذه الأدوات الدمى البلاستيكية التي تعرض عليها الملابس، وكذلك الأضواء التي تزين الواجهات وطاولات العرض واللوحات الزيتية المعلقة على جدران محل التجاري بصفة عامة، أي شيء يستعمل في المجالات المذكورة أعلاه.

وإذا كانت هذه الأدوات معروضة على نظر الجمهور دون استخدامها في التزيين فإنها تعد سلعة معروضة للبيع يمنع على المعارض رفض بيعها؛ لأن هذه الأدوات في الأصل سلع تعرض على الجمهور وتباع كغيرها من السلع، لذا فإن عرضها على نحو يتنافى مع وظيفتها يعني أنها معروضة للبيع².

(1) محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، الصفحة 158.

(2) عماد الدين عياض، المرجع السابق، الصفحة 117.

المبحث الثاني: أثر رفض البيع أو أداء الخدمة:

المطلب الأول: الالتزام بالتعويض

المستهلك له أن يتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عمّا لحقه من أضرار نتيجة هذا الرفض، وله أن يتمسك بالتنفيذ العيني ما دام العون الاقتصادي ملزمًا بالتعاقد¹.

لكن السؤال الذي يثار بخصوص التعويض ومدى استفادة المستهلك منه، هل عرض السلعة أو أداء خدمة يشكل إيجابًا أو مجرد دعوة للتعاقد؟

الفرع الأول: إذا كان عرض السلعة أو أداء خدمة على نظر الجمهور يشكل إيجابًا.

الملاحظ أن عرض السلعة للبيع إذا تم طبقًا لأحكام القانون رقم 02/04 فهذا يعني إيجابًا لا شك فيه؛ وبالتالي يمكن للمستهلك التمسك بالقواعد العامة المتعلقة بتطبيق الإيجاب والقبول لمواجهة رفض البيع أو أداء الخدمة من طرف العون الاقتصادي.

القاعدة في القانون المدني الجزائريّ أنه للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يقترن به القبول، ما لم يقترن الإيجاب بمدّة محدّدة يلزم بها الموجب، فإن عدل قبلها عد متعسفًا وتقع عليه مسؤولية مدنية. فإذا انتهت المدّة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحًا أو ضمنيًا (يستفاد هذا من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة)، فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه².

وبالمفهوم المخالف للمادة 63 من القانون المدني الجزائريّ، فإن الإيجاب إذا لم يقترن بميعاد محدد فإنه لا يعد في حد ذاته ملزمًا؛ الأمر الذي يتيح للموجب العدول أو الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول. وهذا ما يمكن أن يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة، ومع مبدأ حرية التعاقد³.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها التالي: "من أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين"⁴.

وفي هذا السياق، فإن الإيجاب بالعقد المعروض على شخص آخر أو على أفراد الجمهور لإبرام عقد معين، وفقًا لشروط محددة، إذا اقترن بهذا العرض قبول مطابق انعقد العقد⁵.

(1) كما يتعرض العون الاقتصادي في حالة رفض البيع أو أداء خدمة لعقوبة منصوص عليها في المادة 35 من القانون رقم 02/04، تتمثل في غرامة مالية من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3000.000 دج).

(2) نظر المواد (68، 67، 65، 63، 59، 61 و 69) من القانون المدني الجزائريّ.

(3) العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائريّ (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011، الصفحة 20.

(4) ملف رقم 45658، الغرفة المدنية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1987/12/07، المجلة القضائية 1990، العدد الرابع (4)، الصفحة 61.

(5) العربي بلحاج، المرجع السابق، الصفحة 21.

ولا شك في أن عرض البائع السلعة على نظر الجمهور مع إعلان أسعارها التزامًا منه بالإعلام يعد إجباًا صريحًا لأنه يتخذ بذلك موقفًا لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على أنه يقصد بيع هذه البضائع بالسعر المعلن عليه، ويبقى هذا الإيجاب قائمًا صالحًا لأن يقترن به قبول أي أحد من الجمهور طالما أنه لم يعدل عنه بسحب البضاعة من واجهة المحل أو المعرض، أو برفع الثمن المكتوب عليها¹.

ومتى يعد الإيجاب ملزمًا وصادفه قبول مطابق انعقد العقد، فلا مجال للحديث عن عدول الموجب عن إيجابه، بل يمكن حينئذٍ مطالبتة بالتنفيذ العيني لالتزامه².

وهذا الحكم ينطبق على المستهلك الذي يتقدم لشراء سلعة معروضة للبيع أو الاستفادة من خدمة متوفرة معروضة للأداء؛ حيث لا يؤثر رفض العون الاقتصادي البيع أو تأدية الخدمة على انعقاد العقد بل يطالب بالتنفيذ العيني لالتزامه ما دام ممكنًا.

والتنفيذ العيني، هو وفاء المدين بعين ما التزم به³. فالتنفيذ العيني هو حق للدائن فلا يستطيع المدين أن يعدل عنه إذا كان ممكنًا وينفذ التزامه بطريق التعويض، كما أنه حق للمدين، فليس للدائن أن يرفض التنفيذ العيني ويطلب المدين بالتنفيذ المقابل. وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل فإن للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ بمقابل كطريق احتياطي للتنفيذ.

الفرع الثاني: إذا كان عرض السلعة أو أداء خدمة يشكل دعوة إلى التعاقد.

الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها.

كأن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في شرائها خلال المدة المحددة. وقد أشار إليه القانون المدني الجزائري في المادة 71 باعتباره عقدًا كاملًا يتم بإيجاب وقبول، وإن كان يمهد لعقد آخر يراد إبرامه فيما بعد⁴.

وعرفت المحكمة العليا: "بأن الوعد بالتعاقد هو عقد، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعود به، والعناصر الأساسية أو الجوهرية التي لا ينعقد العقد بغير التراضي عليها، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها"⁵.

(1) السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، الصفحة 72.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، الصفحة 73.

(3) أنظر المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

(4) علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، الصفحة 47.

(5) ملف رقم 136156، الصادر بتاريخ 18/02/1997، عن الغرفة المجتمعة، المحكمة العليا، المجلة القضائية 1997 العدد الأول، الصفحة 10. أنظر كذلك: ملف رقم 4983، الصادر بتاريخ 15/07/2002، الغرفة 4، مجلس الدولة مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث (3) الجزائر، 2003، الصفحة 155.

إذن طبقاً للقواعد العامة، إذا كان العرض مجرد دعوة للتعاقد فإن هذا العرض لا يعدو كونه رغبة في الحصول على إيجاب من الآخر؛ ولذلك فإن الإرادة التي تقبل الدعوة للتعاقد هي التي تشكل الإيجاب الذي يحتاج قبولاً من الداعي للتعاقد حتى ينعقد العقد، وهذا الأخير حر في قبول الإيجاب أو رفضه¹.

وعليه: هل العون الاقتصادي له حرية الاختيار في قبول التعاقد أو رفضه إذا لم يصل عرضه لدرجة الإيجاب؟ الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون رقم 02/04، نصت صراحة على أنّ مجرد عرض السلعة على نظر الجمهور دليل قاطع على عرضها للبيع، وفي فقرتها الثانية أكدت صراحة على منع رفض بيع السلعة؛ وعليه يقع على عاتق العون الاقتصادي الالتزام بالبيع.

ولكن هل يمكن للعون الاقتصادي التمسك برفض البيع على أساس أنه لم يقدّم بإعلام الأسعار والتعريفات، وأن العرض لا يعدو كونه رغبة في الحصول على إيجاب من الغير؟

قد يتمسك العون الاقتصادي بأنّ عرض السلعة على نظر الجمهور مجرد دعوة للتعاقد ما دام العرض لم يشتمل على العناصر الأساسية للعقد، كعدم تحديد سعر السلعة أو المقدار الموافق للسعر المعلن عنه، وهو ما يع بعيداً عن أن يكون إيجاباً بل مجرد مرحلة من مراحل الدعوة إلى التفاوض² وحينئذٍ يكون عرض السلعة على نظر الجمهور الهدف منه الدخول في مفاوضات واستكشاف الآراء وتقديم عروض تمهيدية من أجل إبرام العقد المنشود.

وتكثيف العرض في هذه الصورة بأنه مجرد دعوة للتعاقد يجعل العون الاقتصادي غير ملزم بقبول ما يتلقاه من عروض من طرف الجمهور، كما له حرية قطع المفاوضات دون أيّة مسؤولية، ما لم يترتب عن هذا القطع ضررٌ للطرف الآخر³.

لكن في ظل قانون رقم 02/04 لا يمكن الحديث عن الدعوة للتعاقد إلاّ على افتراض مخالفة العون الاقتصادي الذي يعرض سلعته على نظر الجمهور للالتزام بالإعلام الذي تلزمه عليه المادة 5 من القانون رقم 02/04؛ ذلك أنّ هذا الأخير لم يترك مجالاً للدعوة للتعاقد في عقود الاستهلاك حيث أفضى مبدأ الشفافية الذي تبناه إلى ضرورة إعلام المستهلك بجميع العناصر الأساسية للعقد التي تجسد الإيجاب.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، الصفحة 69.

(2) تعريف دعوة إلى التفاوض للأستاذ Carbonier: تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة - أنظر إلى: رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية)، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، الصفحة 62.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، الصفحة 189.

ومن ثم فلا يمكن للعون الاقتصادي أن يستفيد من مخالفته لأحكام المادة 5 من القانون رقم 02/04 للإفلات من مخالفة أخرى بأن يبرر رفضه للتعاقد بعدم إشهارة للأسعار¹.

إذا أدت هذه المخالفة إلى إلحاق ضرر بالمستهلك فله الحق في رفع دعوى قضائية أو (جمعية المستهلكين) أمام المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بالتعويض².

أما القضاء الفرنسي فقد أعطى الإختصاص للقاضي الذي يتحدّد بالمكان الذي يتم فيه رفض البيع أو أداء الخدمة وليس المكان الذي سوف يتم فيه التسليم³.

أما مسألة متابعة مخالفة رفض البيع أو أداء الخدمة، فإن المحكمة الجزائرية هي صاحبة الاختصاص؛ حيث ترفع الدعوى العمومية أمام جهة الحكم مباشرة، وفي حالة العود يرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً بقصد المتابعة⁴.

وعند رفض دفع الغرامة المقترحة في أجل خمسة وأربعين (45) يوماً من تاريخ المصالحة أو رفض دفع الغرامة مطلقاً، تكون المبادرة بالمتابعة لوكيل الجمهورية الذي يتلقّى المحاضر المثبتة للمخالفات من المدير الولائي المكلف بالتجارة⁵.

المطلب الثاني: طرق التنفيذ العيني:

طبقاً للقواعد العامة فإنّ طريقة التنفيذ العيني تختلف بحسب محلّ الالتزام وهو ما يقتضي التمييز بينهما إذا تعلّق الرفض ببيع السلعة أو تقديم الخدمة.

الفرع الأوّل: محلّ الالتزام الرفض بالبيع:

إذا رفض العون الاقتصادي بيع سلعة معروضة للبيع نكون بصدد امتناع عن تنفيذ التزام بنقل ملكية هذه السلعة، فإذا كانت هذه الأخيرة معينة بذاتها فإن ملكيتها تنتقل بمجرد العقد تلقائياً بقوة القانون، وهذا ما نصّت عليه المادة 165 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي يحق للمستهلك إجبار البائع بالتسليم؛ لأنّ الالتزام بنقل حق عيني يشمل الالتزام بالتسليم حسب ما جاء في المادة 167 من القانون المدني الجزائري.

(1) عماد الدين عياض، المرجع السابق، الصفحات 112، 119.

(2) Le refus de vente est une infraction instantanée. Elle est constituée "au moment même et, par voie de conséquence, au lieu où la décision de refus de vente a été prise". La juridiction compétente est donc celle du lieu du refus et non celle du lieu de livraison des produits. (Cass. crim., 28 avril 1986, n° 85-92398).

(3) وهذا ما كان يحيدونه المحامون الفرنسيون أنظر: www.lsa-consom.fr/le-refus-de-vente-au-consommateur-e.....

(4) المادة 62 من القانون رقم 02/04.

(5) المادة 62 من القانون رقم 02/04.

أما إذا كانت السلعة معينة بنوعها ومقدارها وليس بذاتها، فلا ينتقل الحق العيني إلى المشتري إلا بعد إفراز السلعة. هذا ما نصّت عليه المادة 1/166 من القانون المدني الجزائريّ.

وطبقا للمادة 2/166 من القانون المدني الجزائريّ، إذا امتنع العون الاقتصادي عن تنفيذ التزامه، جاز للمستهلك أن يحصل على السلعة من النوع ذاته من السوق على نفقة العون الاقتصادي بعد استئذان القاضي، وله أن يطالب بقيمة السلعة محلّ الالتزام من غير إخلال بحقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جرّاء التأخير الحاصل في تنفيذ الالتزام.

الفرع الثاني: محلّ الالتزام رفض أداء تقديم خدمة:

إذا تعلق الأمر برفض تأدية خدمة متوفرة، يعد هذا الرفض امتناعاً عن تنفيذ التزام بعمل، فإذا استوجب التنفيذ العيني للالتزام تدخل العون الاقتصادي (المدين) وكان هذا الأمر غير ممكن جاز للمستهلك (الدائن) أن يرفض التنفيذ من غير العون الاقتصادي الملزم بأداء الخدمة، كما هو الحال بالنسبة للرسام أو الطبيب مثلاً¹.

لا يجوز إجبار العون الاقتصادي على التنفيذ لمساس ذلك بحريته الشخصية، فحينها يمكن للقاضي أن يستعمل الغرامة التهديدية² كوسيلة لحثه على الوفاء بالتزامه، بناء على طلب الدائن (المستهلك) بحيث لا يجوز للقاضي أن يقضي بها دون أن يتلقّى طلباً بذلك³. فإن لم تنجح معه هذه الوسيلة، فلا يكون أمام المستهلك سوى طلب التعويض⁴.

إذا لم يقم العون الاقتصادي بتنفيذ التزامه رغم كونه ممكناً مثل الالتزام بتصليح، يمكن للمستهلك أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة العون الاقتصادي المدين⁵. فهنا يكون التنفيذ من طرف شخص آخر غير العون الاقتصادي (المدين) ولكن على نفقة هذا الأخير.

الملاحظ أنّه متى تعدّر على المستهلك إلزام العون الاقتصادي بتنفيذ التزامه ببيع السلعة أو أداء الخدمة تنفيذاً عينياً جاز له أن يطلب التنفيذ مقابل أن يقتضي تعويضاً يقوم مقام التنفيذ العيني.

(1) أنظر المادة 169 من القانون المدني الجزائريّ.

(2) الغرامة التهديدية تتمثل في إلزام القضاء للمدين بتنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغاً معيناً عن كل يوم، أو كل أسبوع أو كل شهر، أو أية وحدة زمنية أخرى، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يتمتع نهائياً عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو يحوّلها. أنظر:

عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، 2005، الصفحة 807.

(3) مردا سي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائريّ، دار الهومة، الجزائر، 2008، الصفحة 54.

(4) محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة، الاسكندرية، 2004، الصفحة 38.

(5) أنظر نص المادة 170 من القانون المدني الجزائريّ.

وإجبار العون الاقتصادي بالتعويض يعني قيام مسؤوليته المدنية؛ لذلك فإنه يلزم أن يتوافر في الالتزام بالتعويض شروط المسؤولية المدنية وهي الخطأ ممثلاً في رفض العون الاقتصادي البيع أو تأدية الخدمة أو التأخر في ذلك، وكذا الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إلى جانب شرط آخر وهو إلزامية إعدار المدين. هذا ما نصّت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائريّ.

نخلص إلى أنّ المستهلك يجوز له طلب تنفيذ العيني إذا رفض العون الاقتصادي البيع أو تأدية الخدمة، فإذا كان الطلب مستحيلاً يمكنه طلب التعويض؛ لأنّه طبقاً للمادة 15 من القانون رقم 02/04 عرض السلعة على نظر الجمهور يجعل العون الاقتصادي ملزماً بالبيع طبقاً للقواعد العامة من حيث كونه إيجاباً باتاً، فإذا تطابق بقبول المستهلك ينعقد العقد ويرتب جميع آثاره القانونيّة.

الخاتمة:

إن عرض السلعة للبيع أو أداء الخدمة على المستهلك، يعني أنّ العون الاقتصادي يهدف من وراء ذلك بيع هذه السلعة أو تقديم هذه الخدمة، إلّا أنّه العون الاقتصادي قد يتعمّد رفض بيع السلعة أو أداء خدمة رغم توافرها لديه، وهذا ما يجعل المستهلك في مركز ضعيف فلا يستطيع إلزام العون الاقتصادي ببيع السلعة أو أداء الخدمة المطلوبة منه؛ ممّا يؤدّي إلى المساس بمصلحة المستهلك الاقتصاديّة والاجتماعيّة.

لهذا نصّ المشرّع الجزائريّ المادة 15 من القانون رقم 02/04 المتعلّق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجاريّة، التي تمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة دون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة، بحيث تعد كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

ولم يميز المشرّع الجزائريّ في المادة 15 من القانون رقم 02/04 سالف الذكر بشأن الصورة التي يتم بها عرض السلعة على نظر الجمهور وإنما اعتبرها في جميع الأحوال معروضة للبيع وما على العون الاقتصادي إلّا بيعها، وعليه فإن أساس الإلزام بالتعاقد ليس كون العرض يشكل إيجاباً ملزماً وإنما كون السلعة معروضة على نظر الجمهور.

ويشكّل رفض البيع ممارسة تجاريّة غير شرعيّة إذا كان الرفض مبنياً على مبرر غير شرعي ولا يمكن أن يعد تعسفاً من قبل العون الاقتصادي؛ لأنّ المسألة تخرج عن المنافسة غير المشروعة. وعليه لا يعد سبباً شرعيّاً رفض العون الاقتصادي البيع لأسباب وهمية (خارج نطاق القانون) تمنع المستهلك من الشراء.

لقد وضع المشرّع الجزائريّ استثناء يتمثل في كون أدوات تزيين المحلات والمنتجات المقدمة في المعارض والتظاهرات لا تطبق عليها أحكام المادة 15 من القانون رقم 02/04.

حاول المشرّع الجزائريّ من خلال المادة 15 من القانون رقم 02/04 حماية المستهلك كطرف ضعيف أمام رفض البيع أو أداء الخدمة دون سبب شرعي من طرف العون الاقتصادي. ولكن يؤخذ على المشرّع

الجزائريّ أنّه لم يَقم بحصر حالات الرّفص أو أسالبيبه في المادة 15 من القانون رقم 02/04 وإنما اكتفى بالمنع فقط؛ لأنّ حصر حالات الرّفص يعد المنهج العام الذي يساعد القاضي على تكييف الوقائع المعروضة عليه. أضف إلى ذلك تحديد حالات رفض بيع السلعة بموجب القانون يسهّل على المستهلك (الدائن) إقامة الدليل على واقعة عرض السلعة على نظر المستهلك؛ وبالتالي يعزّز الهدف المنشود الذي كان يسعى إليه المشرّع الجزائريّ وهو تحقيق النزاهة في الممارسات التجاريّة وذلك من خلال المادة 15 من قانون رقم 02/04.

كما استعمل المشرّع الجزائريّ في المادة 15 من القانون رقم 02/04 مصطلح الجمهور؛ فهو مصطلح شامل، وكان على المشرّع الجزائريّ استعمال مصطلح المستهلك تماشيًا مع المادة 2-3 من القانون رقم 02/04 وكذا المادة 1-3 من القانون رقم 03/09.

لقد نص المشرّع الجزائريّ على رفض بيع السلع من طرف العون الاقتصادي دون مبرر مقبول، ولكنّه لم يتطرّق إلى السلع رخيصة الثمن المعروضة على المستهلك، هل تخضع لأحكام المادة 15 من القانون رقم 02/04؟ أو كانت نية المشرّع تتّجه إلى كل السلع المعروضة على المستهلك مهما كان ثمنها ما دام مصطلح السلع المنصوص عليه في المادة 15 من القانون رقم 02/04 يتميّز بالشمولية.

قائمة المصادر:

أولاً- النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائريّ (حسب التسلسل التاريخي)

- 1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- الأمر رقم 26/75 الصادر بتاريخ 29 أفريل 1975 المتعلق بقمع السكر العلني وحماية القصر من الكحول.
- 3- القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها. المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008.
- 4- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجديدة الرسمية العدد 41، الصادرة بتاريخ 2004. المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، العدد 46.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 207/05 المؤرخ في 04 جوان 2005 المحدد لكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، الجريدة الرسمية عدد 39، المؤرخة في 5 جوان 2005.
- 6- قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 8 مارس.

- 6- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 6 ماي 2012 يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات،
الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 9 ماي 2012.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 14/366 المؤرخ في 15/12/2014، يحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال
الملوثات المسموح بها في المواد الغذائية. الجريدة الرسمية العدد 74، المؤرخة في 25/12/2014.
- ثانيا) المراجع باللغة العربية
- 1- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكون العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986
الصفحة 20.
- 2- رجب كريم عبد الللاه، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية)، دار النهضة العربية، القاهرة 2000،
الصفحة 62.
- 3- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام (النظرية العامة للالتزامات - القانون المدني الجزائري-) الجزء الأول،
دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، الصفحة 46.
- 4- رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2003،
الصفحة 71.
- 5- أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005
الصفحة 123.
- 6- محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة، الاسكندرية، 2004، الصفحة 38.
- 7- محمود محمد عبد العزيز الزيني، جرائم التسعير الجبري- المبادئ الشرعية والقانونية وآراء الفقهاء والمحاكم
ومعيار العقوبة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي- دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
- 8- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي
الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، 2005.
- 9- علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 10- مردا سي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2008.
- 11- العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)
ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011.

ثالثا) أطروحة الدكتوراه ورسائل الماجستير

- الدكتوراه دكتوراه

1- فتيحة بلقاسم، التمييز بين الأعوان الاقتصاديين -دراسة مقارنة- أطروحة الدكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2016.

- رسائل الماجستير

1- عياض محمد عماد الدين، حماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية-دراسة على ضوء القانون 02/04- الفرع: حقوق، تخصص القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نوقشت بجامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 2006.

2- أمينة لطروش، رفض البيع ورفض أداء الخدمات - دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011.

3- نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2011.

4- زوبرير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون "فرع المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، 2011.

5- هانية ابراهيمي، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام(فرع التنظيم الإقتصادي)، نوقشت بجامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013/2012.

رابعا) الأحكام القضائية

1- ملف رقم 136156، الصادر بتاريخ 1997/02/18، عن الغرفة المجتمعة، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 1997.

2- ملف رقم 45658، الغرفة المدنية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1987/12/07، المجلة القضائية العدد الرابع (4)، 1990.

2- ملف رقم 4983، الصادر بتاريخ 2002/07/15 الغرفة 4، مجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث(3)، الجزائر، 2003.

خامسا) النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الفرنسي

- 1- Ordonnance 45-1483 1945-06-30- JORF 8 juillet 1945 rectificatif JORF 21 juillet, 8 septembre 1945. Et les modifications qui consérne l'article 37.
- 2- Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.
- 3-code de la santé publique Français.
- 4-code monétaire et financier.
- 5- l'arrêté n° 77/105 P du 2 septembre 1977.
- 6-circulaire « Fontanet » du 31 mars 1960.

سادسا) المراجع باللغة الفرنسيّة

- 1- C.Jamin et L.Lacom- Droit commercial- 5ème édition- France – 1995.
- 2- Roget Bout, Cat Herni Pioto, Gerard Cas, les pratiques restrictive, les refus de ventes et prestations de services, Lamy Droit économique, 2000.
- 3- Arhel. P, Transparence tarifaire et pratique restrictives, Rép.com. Dalloz, octobre 2004.
- 3 Jean-Michel Rothmann, Le refus de vente, INC document (Fiche pratique), J. 234 / 07-06 (INC Hebdo No 1394, 10-16 juillet 2006).
- 4 Mélanie Comert et les autres, Concurrence consommation, édition Francis Lefebvre, Paris, 2015-2016.

سابعا) الرسائل باللغة الفرنسيّة

- 1- Safia Benzemour, La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation- Etude comparative-, mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de magistère en droit des relations économiques(agents économiques/ consommateurs) Université d'Oran2, Faculté de droit, année universitaire 2012/2013.

ثمانية) الأحكام القضائية الفرنسيّة

- 1- Cass. Crim, 03/11/1983, Recueil Dalloz, 1984, page.136.

-2 Cass. Crim, 21/10/1988.aff. N° 97.80.981, Lamy Droit économique, concurrence distribution, consommation.

3- la Cour d'appel de Paris (Paris, 24 septembre 1991, revue Semaine juridique 1992. IV. 199).

- Chambre criminelle du 21 octobre 1998, revue trimestrielle de droit commercial, 1999 page 526.

4- Cass. Crim, 7 juin 2005, pourvoir n° 04-87354.

تسعة) المواقع الالكترونية

1- www.lsa-consom.fr/le-refus-de-vente-au-consommateur-e...

2- www.conso.net/.../refus-de-vente-ou-de-prestation-de-services-aux-consommateur.

الالتزام بضمان سلامة مستهلك خدمة النقل البحري

الباحثة تيانتي مريم، طالبة دكتوراه ، سنة رابعة .

تخصص قانون المنافسة والاستهلاك ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

الملخص:

توجد عدة التزامات ملقاة على عاتق الناقل البحري للأشخاص و التي تتمثل أساسا في نقل مستهلك الخدمة من مكان إلى مكان آخر ، و ايصاله في الميعاد المحدد ، و الالتزام بضمان سلامته ، و المحافظة على الأمتعة التي يصطحبها معه .

فما يخص الالتزام بضمان السلامة، القضاء الفرنسي أقره لما توسع في تفسير مضمون العقد و هذا لغرض حماية المستهلك. و أيضا لما المشرع الفرنسي وسع من نطاق المسؤولية لكي يجد الراكب أساسا للتعويض عن الضرر ، بناء على المسؤولية التقصيرية للناقل . بعدما كانت توجد صعوبة في إثبات العلاقة التعاقدية، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري أيضا.

الكلمات المفتاحية : الناقل . الراكب . السلامة . المسؤولية .

Abstract:

There are several obligations placed on the transporter of the person, which consists mainly of transferring the consumer of the service from one place to another, and delivery on time, and the obligation to ensure safety, and maintain the baggage that he takes with him.

With regard to the obligation to ensure safety, the French judiciary approved it did not expand the interpretation of the content of the contract and this for the purpose of consumer protection. And also because the French legislator extended the scope of liability so that the passenger would find a basis for compensation for damage, based on the tort liability of the carrier. After it was difficult to establish the contractual relationship, and this is also taken by the Algerian legislator.

Key words: Transporter- safety – passenger – responsibility

مقدمة:

إن مقتضى الالتزام بضمان السلامة هو التزام الناقل بإيصال الراكب أو مستهلك خدمة النقل إلى مكانه المقصود سالما معافي دون أن تلحقه أية إصابة أثناء النقل ، وذلك تحت طائلة إثارة مسؤوليته العقدية ، وهي مسؤولية مفترضة لا يجوز له بأي حال من الأحوال دفعها بفعل كل ما هو ضروري لتجنب الضرر اللاحق بالراكب وأنه لم يصدر منه أي تقصير بل عليه أن يثبت القوة القاهرة أو خطأ الضحية ، وهذا هو الطرح الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال قوانينه ، طرح تبرره أبعاد اجتماعية أساسها الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف وهو الراكب المصاب.

والمشرع الفرنسي نص بداية على مسؤولية الناقل العقدية بخصوص سلامة البضائع المنقولة في الفصل 103 من القانون التجاري الفرنسي دون أن يتحدث عن هذه المسؤولية في مجال نقل الأشخاص . أما موقف القضاء الفرنسي فكان يشترط على المسافر إثبات خطأ الناقل لكي يتسنى له الحصول على التعويض ، غير أن انتقادات الفقه جعلته يتراجع عن توجهه السابق حيث فرض على الناقل إيصال المسافر سالما إلى مكانه المقصودة ، وإذا أصابه ضرر أثناء عملية النقل تثار مسؤوليته العقدية بغض النظر عن فكرة الخطأ .

ويجمع الفقه حاليا على أن مسؤولية ناقل الأشخاص هي مسؤولية عقدية أساسها عقد النقل الرابط بين الناقل والراكب وهذا يعني أن الاتجاه الذي كان يؤسس هذه المسؤولية وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية أصبح مهجورا في الأونة الراهنة .

وقد حظي موضوع الالتزام بضمان السلامة في مجال نقل الأشخاص باهتمام فقهي وقضائي واسع ومثير لنقاشات عميقة وذلك بفعل الإشكاليات القانونية التي يثيرها مثل تحديد طبيعة الالتزام بضمان السلامة هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية .

وتبعاً لما سبق وأمام اختلاف المواقف الفقهية والحلول القضائية المسجلة حول هذه النقاط سواء على مستوى القانون الجزائري أو القانون الفرنسي ، سنحاول مناقشة خصوصيات الالتزام بضمان السلامة في مجال النقل البحري للأشخاص وفق التصميم الآتي:

المبحث الأول: ماهية الالتزام بضمان السلامة

المبحث الثاني: مصدر الالتزام بضمان السلامة

المبحث الأول: ماهية بالالتزام بالسلامة

يتناول عادة الفقه الالتزام بضمان السلامة محددًا شروطه كما يلي: ضرورة وجود عقد نقل أو شبيه به، وجود مهني متخصص.....الخ.

غير أن هذا التناول لم يعد يتناسب مع عمومية الالتزام بضمان السلامة. فقد خرج هذا الأخير و منذ زمن بعيد عن طوق عقد النقل و امتد إلى غيره من العقود التي لا يوجد فيها معنى للنقل و تسليم الدائن نفسه لمهني محترف في عمليات النقل و السياحة و التنزه. فقد أصبح الالتزام بضمان السلامة يوجد الآن في عقود لم يكن من المتصور وجوده فيها. و عليه لتناول فكرة السلامة لا بد من التطرق إلى تعريف هذا الالتزام بالنظر إلى شروطه في المطلب الأول و تعريفه بالنظر إلى ذاتيته في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التعريف بالالتزام بضمان السلامة بالنظر إلى شروطه

تتناول معظم الدراسات الحالية الالتزام بضمان السلامة عن طريق تناول شروطه و خصائصه¹. فيرى الفقه أن الالتزام بضمان السلامة يقتضي توافر عدد من الشروط: أن يلجأ أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة أن يوجد خطر يهدد المتعاقد طالب الخدمة أو المنتج ، أخيراً أن يكون المتعاقد الملتزم بتقديم الخدمة أو المنتج مهنيًا محترفًا².

غير أن تعريف الالتزام بالنظر إلى الشروط المتطلبة لوجوده لا يلقي الضوء على ماهية هذا الالتزام ما المقصود بالسلامة التي يلتزم بها المدين ؟ ما هو المطلوب من هذا الأخير بالضبط: هل يلتزم بعدم وقوع فعل يمس بسلامة المتعاقد معه أم يلتزم بأن يتوقع الفعل الذي يمس بسلامة هذا المتعاقد ؟ ثم ما الذي يلقي على عاتقه في حالة توقع أو عدم توقع الفعل الضار ؟ و هكذا لذلك فإن التعريف بالالتزام بضمان السلامة يقتضي التعرض لماهية هذا الالتزام ذاتها و ليس شرطاً أو أثراً³.

لذلك يرى بعض الفقه أن الالتزام بالسلامة ينظر له من باب ذاتيته ، و النظر إليه كالتزام تبعي في العقد لا يتعلق إلا بالأشخاص و لا يكون من حيث المبدأ إلا بتحقيق نتيجة . و عليه يقتضي في تعريف الالتزام بالسلامة النظر إلى مضمونه⁴ و ليس إلى شروطه و خصائصه. و النظر إلى ذات الالتزام السلامة يقتضي أيضا التعرض للمقصود بفكرة السلامة في ذاتها ثم مضمون الالتزام بالسلامة⁵.

1. أنظر ، محمود التلي ، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود دار النهضة العربية ، 1980 ، ص 203 .

2. يبرر الفقه و القضاء الالتزام بالسلامة في هذا الصدد بعدم المساواة الموجودة بين المتعاقدين (المستهلك) و بين المهني. فهذا الأخير يسيطر دائما على فنياته في مواجهة عميل أو مستهلك جاهل بأصول هذه الفنيات، الأمر الذي يمكن أن يعرض العميل لخطر معين.

3. انظر ، عبد الله أقصاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، 2010 ، ص 18 .

4. انظر ، محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الأول 1978 ، ص 238 .

5. انظر ، ميراد إبراهيم ، الالتزام لضمان سلامة الركاب في عقد النقل البحري ، رسالة ماجستير في القانون البحري ، كلية الحقوق وهران 2011 .

2012 ، ص 83 .

المطلب الثاني: تعريف الالتزام بالسلامة بالنظر إلى ذاتيته

النظر إلى الالتزام بالسلامة ، كما يقرر بعض الفقه ، كالتزام تبعية *accessoire* في العقد لا يتعلق إلا بالأشخاص ولا يكون من حيث المبدأ إلا بتحقيق نتيجة يقتضي أن نعرفه بالنظر إلى مضمونه ، و ليس بالنظر إلى شروطه و خصائصه .

و في هذا الخصوص يقدم أحد الباحثين الفرنسيين تحليلا للالتزام بالسلامة بالنظر إلى السبب الأجنبي . غير أن هذا التحليل يمكن تقديمه بصفة عامة كتحليل للالتزام بضمان السلامة في ذاته يضاف إلى ذلك خصوصية بعض العقود .

الفرع الأول: فكرة السلامة في ذاتها

تقتضي فكرة السلامة أن يمارس المدين بها سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضررا للدائن بها، و يعني ذلك أن تكون تلك العناصر داخلة في إطار العقد الذي يربط الدائن بالمدين.

1. ضرورة السيرة الفعلية على العناصر المسببة للضرر

يركز الفقه في تحليله للالتزام بالسلامة على طبيعة هذا الالتزام (التزم ببذل عناية أم التزم بتحقيق نتيجة) أكثر من التركيز على محل هذا الالتزام¹.

و ترجع الصعوبة في التحليل ربما إلى عدم دقة مصطلح السلامة و يرجع هذا بدوره أحيانا إلى أن المحل الذي تحمل عليه هذه السلامة يفتقر هو الآخر بدوره إلى الوضوح². رغم هذه الملاحظة أمكن تحديد المقصود بالسلامة، حيث يقصد به في الحالة الأخيرة التي يكون فيها التكامل الجسدي و الصحي للمتعاقد محفوظا من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا الأخير و بين مهني محترف. فالناقل على سبيل المثال ، يلتزم بأن يوصل المسافر سالما معافي إلى الجهة التي يقصدها . و يشمل هذا الالتزام الوقت من اللحظة التي يركب فيها هذا المسافر السيارة أو السفينة أو غير ذلك من وسائل النقل إلى لحظة نزوله منها. و السلامة بهذا المعنى (*monolithique*) لا يحتمل التدرج أو التنوع فعندما تكون السلامة هي محل الالتزام كما يقول بعض الفقهاء فلا يمكن التعبير عنها بطريقة وسط، فالتنفيذ لا يحمل الزيادة أو النقص فالسلامة غير قابلة للتجزئة³.

¹ Y.LAMBERT-FAIVRE. « fondement et régime de l'obligation de sécurité ». D1994. Chr. 81 obligation ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة و تقترح بدلا منها الالتزام بالحرص *obligation de prudence* و الالتزام المحدد *déterminé* ، أنظر كذلك ، محمد علي عمران المرجع السابق ، ص 197 .

² انظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة على ضوء قواعد حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، 2010 ، ص 21 .

³ -P.JOURDAIN. « Le fondement de l'obligation de sécurité ». GAZ .POL.21. 23 Septembre 1997 .p 22.

وهذا من أجل الوفاء بها فيجب أن تغطي السلامة كل مدة تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الذي أنشأها و أن تكون مطلقة لا يشوبها نقص و لا تعترضها حادثة .

بعد تحديد المقصود بالسلامة نستطيع أن نحدد محل هذه السلامة و هذا الأخير يقصد به أن يسيطر المدين على العناصر التي يمكن أن تسبب الضرر و هذا يعني السيطرة¹ على تصرفات الأشخاص أو على الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد .

فالقضاء توسع في مفهوم السيطرة الفعلية للأشخاص و الأشياء غير أن المهم في هذا الصدد أن السيطرة الفعلية على العناصر التي يمكن أن تصيب الضرر للدائن في الالتزام تقتضي أن تنتمي هذه العناصر إلى العقد المبرم بين هذا الدائن و بين المني المحترف و ليست خارجة عنه .

2. ضرورة انتماء العناصر المسببة للضرر للعقد المبرم بين الدائن و المدين في الالتزام بالسلامة

يتضح شرط انتماء العناصر المسببة للضرر للعقد من حقيقة أن هذا الأخير عبارة عن دائرة مغلقة على عاقيه تتبادلان فيه أداءات مختلفة و أن هذا العقدي يجب أن لا يعرض الدائن إلى خطر أكثر مما يتعرض له الغير².

و تبين أحكام القضاء الصادرة في موضوع نقل عدوى الايدز حيث تلتزم مراكز نقل الدم بالالتزام تحقيق نتيجة هي سلامة الأشخاص محل عملية نقل الدم ، تشددا واضحا في تحديد المجال العقدي و في هذا الخصوص لا يعتبر العيب الداخلي حتى ولو كان صعب الاكتشاف *indicibles* ، سببا أجنبيا بالنسبة لمركز الدم .

هذا المبدأ و إن كان ليس جديدا في هذه المسألة إلا أنه يثير أن الشيء المستخدم في تنفيذ الالتزام يجب ألا يسبب أي أثر ضار للتكامل الجسدي و الصحي للمستفيد من هذا التنفيذ. و تقرر الأحكام الصادرة في مسألة الإصابة بفيروس التهاب الكبد الوبائي "س" نفس هذا الحكم³.

أما بالنسبة لعقد النقل البحري لا بد أن يكون الضرر الناتج عنه مرتبط به أو ينتمي إليه، كأن يتسمم الراكب نتيجة الأكل الذي تناوله على السفينة، أو تعرض لإصابة نتيجة سقوط معدة عليه غير محكمة الوضع على السفينة.

1 . السيطرة يقصد بها التأثير الكامل *empire complet* أي توجيه و رقابة يمارسان بواسطة المدين بالسلامة على هذه التصرفات و تلك الأشياء بطريقة أن استخدامها في تنفيذ الالتزامات لا يقدم أي ضرر لصحة الدائن أو لتكامله الجسدي .

2 .. انظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص 23 .

3 . إلى جانب موضوع مركز الدم يوجد أيضا موضوع التزام المطاعم بسلامة روادها و على إثر حدوث تسمم غذائي لأحد عملاء أحد المطاعم اعتبرت محكمة استئناف بواتيه *Poitiers* أن وجود عيب داخلي في الشيء موضوع العقد يمنع في حالة انعدام تدخل عنصر خارجي بالمعنى الدقيق للكلمة ، استبعاد مسؤولية صاحب المطعم بسبب القوة القاهرة فشرط انتماء العناصر للعقد أو شرط الداخلية *intériorité* يبلور إذن الالتزام بضمان السلامة المرتبط بوجود و تنفيذ العقد المبرم بين صاحب المطعم و العميل تنفيذا صحيحا .

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بضمان السلامة

عندما يقع على المتعاقد أو المهني الالتزام بالسلامة فإنه يلتزم بتوقع الحادث الذي يمكن أن يخل بسلامة المتعاقد الآخر و يلتزم أيضا بأن يتصرف من أجل منع حدوثه من الأصل أو على الأقل تجنب آثاره.

1. التزام المدين بالسلامة بضرورة توقع الحادث الضار

من أجل توقع الحادث الضار يقوم المدين بالالتزام بالسلامة بتخيل الحادث المستقبلي الذي يمكن أن يرتب عليه ضرر بالمتعاقد معه و بتقدير مدى احتمالية وقوع الحادث.

من أجل الوفاء بالتزامه بالسلامة كالتزام بتحقيق نتيجة يجب أن يتوقع المدين كل الحوادث التي تعترض التنفيذ العادي والصحيح للعقد و التي يمكن أن تولد أضرارا جسدية للمتعاقد الآخر. فرفض القضاء بصفة دائمة للسبب الأجنبي كوسيلة لاستبعاد مسؤولية المدين ، يرتبط ليس فقط بأن هذه الأخيرة كان يمكنه توقع الحادث ، و لكن لأن هذا الحادث كان محتملا ، فكون الحادث متوقعا يقدم دائما كنتيجة منطقية لا يستطيع أن يتخلص منها المدين بإثبات السبب الأجنبي .

فإذا كان عدم التوقع مميزا من مميزات السبب الأجنبي الذي يدفع مسؤولية المدين بالالتزام¹ فإنه يكون مغلا بالتزامه في حالة ما إذا كان الحادث الضار متوقعا و محتمل الوقوع . و تطبيقا لهذا النظر لم تعتبر محكمة النقض الفرنسية قوة القاهرة سقوط الصخور على شريط السكك الحديدية و الذي أدى إلى خروج القطار عنه.

لأن انهيار الأتربة من الجسر، كما ثبت لقاضي الموضوع يدل على قدمه، الأمر الذي يجعل سقوط الصخور منه أمرا متوقعا و يمثل هذا الاتجاه قضاء مستقرا لمحكمة النقض الفرنسية.

2. التزام المدين بالسلامة بالتصرف من أجل منع الحادث الضار أو التقليل من آثاره

يفرض توقع الحادث الضار على عاتق الشخص الملقى على عاتقه الالتزام بالسلامة واجبا بالتصرف حيال هذا الأمر و من هنا يلتزم المدين بضمان السلامة بأن يتخذ كل الاحتياطات و الاجراءات اللازمة لمنع وقوع الحادث الضار².

¹ . انظر، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 261.

² . يسود القضاء الفرنسي اتجاهين متميزان: فالمدين يجب أن يتجنب وقوع الحادث نفسه (أ) و إذا لم يستطع ذلك فعليه على الأقل أن يقاوم الآثار الضارة لهذا الحادث (ب).

أ. اتخاذ الاجراءات الكفيلة بمنع وقوع الحادث الضار

في هذا الفرض توقع المدين بالالتزام بالسلامة وجود تهديد يمس أمن و سلامة المتعاقد الآخر فيفرض عليه ذلك ضرورة اتخاذ إجراء فعال لمنع هذا التهديد¹.

و يكرس القضاء الحل المتقدم في تطبيقات متعددة فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن وضع كراسي مكدسة empilées من أجل منع الدخول إلى حمام السباحة في أحد المطاعم و الذي وجد فيه طفل ميت لا يشكل إجراء فعالا و كافيا للحماية و لا يسمح بالتالي للمسؤول أن يستبعد المسؤولية على أساس المادة 1147 من القانون المدني².

ب. اتخاذ الاجراءات اللازمة لتقليل الآثار الضارة للحادث

إذا لم يكن في وسع المدين تجنب وقوع الحادث الضار فعلى الأقل يجب عليه أن يتخذ من الاجراءات ما يمنع حصول الضرر أو ما يخفف من الآثار الضارة للحادث بالنسبة للمتعاقد الآخر .

و في هذا الخصوص لوحظ تشدد القضاء في اعتبار الحادث الضار غير متوقع أو غير ممكن الدفع , بعبارة أخرى يفرض القضاء دائما اعتبار الحوادث الضارة بالسلامة الجسدية للمتعاقد غير ممكنة الدفع ، الأمر الذي يؤكد معه القضاء عدم وفاء الدين بالتزامه بضمان سلامة المتعاقد معه .

وفي نهاية هذا التحليل تقرر مع البعض أن الالتزام بالسلامة يمكن تعريفه على النحو التالي: " الالتزام بالسلامة يتكون من سيطرة المدين على الأشخاص و على الأشياء التي تثير الضرر الجسدي، و تنفيذه بطريقة كاملة يستلزم خطوة مزدوجة. توقع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن و التصرف حيال هذه الأخطار إما بمنع وقوعها أو التقليل من آثارها³.

المبحث الثاني: مصدر الالتزام بضمان السلامة

نشأ الالتزام بضمان السلامة أول ما نشأ في الايطار العقدي غير أن الرغبة التشريعية في حماسة المستهلك اقتضت سن نصوص غيرت من طبيعة هذا الالتزام .

¹ . انظر ، فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص 27 .

و في حكمها الصادر في 21 أكتوبر 1997 قضت محكمة النقض الفرنسية Sncf¹⁵. عن جرح أحد المسافرين مؤكدة أن الحادث كان من الممكن أن تجنبها بوضع نظام مناسب يمنع فتح الأبواب أثناء سير القطار . في هذه القضية أشارت محكمة النقض إلى عدم استفاء أحد عناصر الالتزام بالسلامة و هو المتعلق بمنع حصول الحادث الضار و حددت المحكمة للمدين مضمون الاحتياط التي كان يجب عليه اتخاذها من أجل تنفيذ التزامه بضمان السلامة تنفيذا صحيحا . أشار إليه ، فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص 27 ، و أيضا F.DEFFERRARD. Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère .m15.p 367.

³ . انظر ، فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص 28 . و أشار إليها ميراد إبراهيم ، المرجع السابق ص 105 .

و عليه سنتناول في المطلب الأول العقد مصدر الالتزام، و في المطلب الثاني القانون مصدر الالتزام بضمان السلامة.

المطلب الأول: العقد مصدر الالتزام بضمان السلامة

تؤكد الأحكام الصادرة من القضاء على الطبيعة العقدية لضمان السلامة (الفرع الأول) غير أن هذا التأكيد لا يخلو من النقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة العقدية للالتزام بضمان السلامة

إن التأكيد القضائي على وجود الالتزام بضمان السلامة يقع على المدين يثير الأساس القانوني لهذا الالتزام، كما أنه أصبح على هذا الالتزام على هذا الالتزام الطبيعة التبعية أو الثانوية.

1. أساس الالتزام بضمان السلامة

إن إدخال الالتزام بضمان السلامة في العقود يستجيب لحاجة عالمية معاصرة في القانون المقارن¹ و لتفهم جديد لفكرة العقد الذي يتكون من معطيات موضوعية وأخرى شخصية. فعبارات العقد و كلماته كتعبير عن إرادة الأطراف تلغى و تمحى أمام روح الاتفاق الذي يجمعهم في هذا الاطار يستطيع القاضي أن يضيف بما له من سلطة في التفسير إلى مضمون العقد التزامات غير موجودة فيه و لم يعبر طرفاه عنها².

نصت المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي على أن الاتفاقات لا تكون ملزمة فقط بكل ما تم التعبير عنه فيها إنما تشمل أيضا ملحقات أو مستلزمات التي تفرضها العدالة و العرف و القانون طبقا لطبيعة الالتزام.

و يرى الفقه المصري أيضا و هو بصدد تحديد نطاق و مضمون العقد أنه يمكن تحميل المتعاقد بالتزامات تعد من مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام و يضرب المثل على ذلك بالالتزام بضمان السلامة³

و طبقا للمادة 1156 من قانون المدني الفرنسي فإن هذه المادة تنص على أنه يجمل الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين للبحث فيها عن إرادة محتملة *volonté probable* تمثل الأساس للالتزام بضمان السلامة، غير أن هذا الأساس مشكوك فيه لأنه يقتض المسألة افتراضا. و للتدليل على ذلك قيل أن الناقل في عقد النقل هو

1. Y.LAMBERT-FAIVR. « Fondement et régime de l'obligation de sécurité ».D1994. Chr.81.

على مبدأ طبيعي يهدف للحفاظ على التكامل الجسدي.

2. ميلاد الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل 1911 يؤكد هذه السلطة التي تتمتع بها المحاكم في إنشاء الالتزامات التي كان الأفراد بلا أدنى شك لا يتحملونها عند لحظة إبرام العقد ، و لم يتوقف الأمر عند عقد النقل ، فقد انتقلت عدوى الالتزام لضمان السلامة إلى بقية العقود .

3. انظر، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 226.

الذي يحزر العقد وبتالي ربما يكون قد استبعد مثل هذا الالتزام. وبهذا يبدو نص المادة 1135 أفضل من نص المادة 1156¹

فالحقيقة أن العقد ليس له منفعة اقتصادية فقط، تلك المنفعة التي تدفع الأفراد إلى التعاقد وبتالي تمثل سبب العقد بل له منفعة اجتماعية تتعدى ما تتجه إليه إرادة الأفراد.

إذن من الآن فصاعداً، عندما يدخل شخص ما في علاقة تعاقدية فإنه لن يلتزم فقط بالأداء المتفق عليه بل سيصبح مسؤولاً أيضاً عن النتائج الضارة التي ستولد أثناء تنفيذ هذا الأداء، كل ذلك بما يضمن التنفيذ الحسن لهذا الأخير.

و بهذا التطور للعقد من مفهوم شخصي مرتبط بمنفعة الأفراد إلى مفهوم موضوعي مرتبط بما هو نافع و عادل. utile et juste.

2. الطبيعة التبعية أو الجوهرية للالتزام بضمان السلامة

يلاحظ بروز حركة منذ بداية القرن الماضي في صالح إنشاء التزامات تبعية خاصة في عقود الإذعان². من هذه الالتزامات الالتزام بضمان السلامة. فهذا الالتزام وإن كان ينشأ منذ إبرام العقد، فإنه التزام تبعي أو ثانوي يرتبط في تنفيذه و انقضائه بتنفيذ و انقضاء الالتزام الأصلي في العقد³. فالالتزام بضمان السلامة يقدم إذن كالتزام تبعي أو ثانوي.

غير أن هذا القول يبدو غير دقيق لهذا يقدم الفقه تحليلاً يرفع من وضع الالتزام بضمان السلامة من التزام ثانوي إلى التزام جوهري⁴.

و يرى الفقه أن القضاء عندما فرض الالتزام بسلامة الراكب على عاتق الناقل فإنه قد صاغ هذا الالتزام في عبارة أصبحت تجري مجرى الأمثال وفقاً لها، لا يلتزم الناقل فقط بتوصيل المسافر إلى جهة الوصول المتفق عليها بل يجب عليه أيضاً توصيله إلى هذه الجهة سليماً معافى و لما كان الالتزام بالنقل في عقد النقل هو التزام جوهري فإن الالتزام بالسلامة يصبح هو الآخر التزاماً جوهرياً لأن الإخلال بهذا الأخير يعتبر إخلالاً بالالتزام بالنقل بذاته و ضياعاً للهدف منه. و يترتب على ذلك نتيجة مؤداها حظر شروط الإعفاء من المسؤولية عن الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أي نتيجة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، و هي نتيجة لا تستقيم إلا مع التقرير بجوهريّة الالتزام بضمان السلامة.

¹. هذه المادة تتبنى مفهوماً مادياً للعقد وبتالي تمثل تبريراً لهذا التضخم hypertrophie للقوة الملزمة للعقد.

² -G.VINEY. Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité. Op. Cit. N 168. P 286.

³. انظر، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 247.

⁴. انظر، صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، طبعة الأولى 2001، ص 176.

الفرع الثاني : تقدير الطبيعة العقدية للالتزام بضمان السلامة

لقد اخترع القضاء التزام بضمان السلامة من أجل تحسين موقف المتعاقد المضرور و حمايته¹. غير أنه من الغريب أن يرى هذا الأخير حمايته و قد تقلصت بسبب هذا الاختراع القضائي. فهذا المتعاقد وجد نفسه مضطرا لسلوك طريق المسؤولية العقدية على أساس المبدأ الذي يحظر الجمع بين المسؤوليةيتين العقدية و التقصيرية . يضاف إلى ذلك أن القضاء كان يرى في الالتزام بضمان السلامة التزاما ببذل عناية أو بوسيلة . الأمر الذي يترتب عليه اصطدام المضرور بعقبة إثباتا خطأ المتعاقد الآخر. هذه الظاهرة الضارة بالمتعاقد أثارت ابتداء من الثمانينات انحسارا و انكماشاً للالتزام العقدي بضمان السلامة².

فابتداء من الثمانينات بدأ المشرع ينص على مسألة أمن و سلامة المنتجات و الخدمات و نفس هذا الأمر نجده على مستوى قانون الاستهلاك الجزائري .

إذن في نهاية المطاف أصبح القانون هو مصدر الالتزام بضمان السلامة، الأمر الذي يستحق أن نفرده له دراسة خاصة في الفرع الثاني الموالي.

المطلب الثاني: القانون مصدر الالتزام بضمان السلامة

رغبة في حماية المستهلكين أورد المشرع نصوصا تجعل من الالتزام بضمان السلامة التزاما قانونيا يفرض في كل العقود التي يكون أحد طرفيها مهنيا محترفا. وفي تناول القانون كمصدر للالتزام بضمان السلامة نرى من المناسب أن نبين الموقف في قانون الاستهلاك من الالتزام بضمان السلامة.

الفرع الأول: الالتزام العام بضمان السلامة في قانون الاستهلاك

ووفقا للمادة 1-221 L من تقنين الاستهلاك الفرنسي ، أن المنتجات و الخدمات يجب في اطار الشروط العادية للاستخدام أو في اطار الشروط الأخرى المتوقعة من المهني ، أن تقدم السلامة التي ينتظرها المستهلك و ألا تحمل اعتداء على سلامة الأشخاص³.

و يرى بعض الفقه أن فرض مثل هذا الالتزام أكثر من كونه تجديدا حقيقيا ، يمثل رغبة و إرادة المشرع في القول بأن هذا الالتزام القانوني بالسلامة ليس تكرارا للالتزام بالسلامة الذي كان القضاء قد استخلصه في العديد من العقود منذ ما يقارب من قرن من الزمان .

¹ . انظر ، صالح ناصر العتيبي ، المرجع نفسه ، ص 177 .

² - G.VINEY. Introduction à la responsabilité. p 287.

³ . هذه المادة مأخوذة من قانون 21 يوليو 1983 .

أما في مصر فقد أعلى قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 من قيمة مبدأ وجود التزام بالسلامة على عاتق المهني إذ جعله حقا من حقوق المستهلك الأساسية التي يحظر الإخلال بها¹ ..

أما المشرع الجزائري قرر هذا التزام و القاه على عاتق المهني و كرسه في قوانين حماية المستهلك بدءا من قانون 02.89 المتعلق بالأحكام العامة لحماية المستهلك و الملغى بموجب القانون 03.09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و الذي أقر حقوق المستهلك التي من بينها السلامة . و لبيان هذا نتناول طبيعة الالتزام بضمان السلامة في قانون الاستهلاك، و أيضا مقارنة بين الالتزام القانوني و الالتزام العقدي للالتزام بضمان السلامة.

1 . طبيعة الالتزام بضمان السلامة في قانون الاستهلاك

لقيام الالتزام بضمان السلامة ، بصفة عامة يجب أن تعتبر أنه في كل العقود التي تتضمن أداء خدمات ، يوجد التزام على عاتق مقدم الخدمات بالألا يسبب أضرار جسدية للأشخاص المستفيدين منها و بالخاضعين لحراسته².

في المقابل لا يمكن استخلاص وجود هذا الالتزام في العقود التي لا تولد على عاتق المدين إلا التزاما باستقبال (المضور) الدائن. في هذه الحالة يكون من المشكوك فيه وجود التزام تعاقدية بضمان السلامة يقع على عاتق المدين.

و يرتب الفقه على ذلك أن الالتزام بضمان السلامة يكون التزاما بتحقيق نتيجة في الحالة الاولى و يكون مجرد التزام ببذل عناية في الحالة الثانية .

و بناء على الدور الذي يلعبه الدائن ، و هل كان ايجابيا أم لا ، تختار المحاكم بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية . و تطبيقا لهذا المعيار قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الالتزام بضمان السلامة الملقى على عاتق مستغل d'un télé siège التزام ببذل عناية في أثناء عمليات الصعود و الهبوط.

بالإضافة إلى ما تقدم يمكن التمييز أيضا بين عدة اتجاهات في داخل القضاء الفرنسي و بعد مرور فترة من الزمن ترك فيها القضاء الفرنسي تكييف الالتزام بضمان السلامة على أنه التزام بوسيلة عاد هذا الوصف مرة أخرى إلى الظهور مرة أخرى في بعض الأحكام .

2. مقارنة بين الالتزام العقدي و الالتزام القانوني للالتزام بضمان السلامة

¹ . انظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص 50 .

² - N.RZEPECKI. Droit de la consommation et la théorie général du contrat. n 163.p 147. « De manière général .on doit considérer que dans tous les contrats offrant une prestation de services. il y' a obligation pour le prestataire de ne pas occasionner de dommages corporels aux personnes placées sous sa garde ». Se référant à Lamy droit économique .2002 . N 6381.

السؤال الذي يطرح نفسه هل الالتزام بضمان السلامة المنصوص عليه في القانون يختلف عن الالتزام بضمان السلامة الذي استخلصه القضاء ام العكس يعتبر تكرار لهذا الالتزام ؟

يرى بعض الفقه الفرنسي أنه عند الإشارة إلى التطورات الحديثة التي عرفها الالتزام القضائي بضمان السلامة، فإنه يجب أن يلحق بهذا الأخير الالتزام القانوني بالسلامة المقررة في تقنين الاستهلاك بالمادة 221 / 1 L من تقنين الفرنسي للاستهلاك. فإن هذه المادة تضع مبدأً وأنها لا تقدم بذلك أساساً جديداً لدعاوى المسؤولية ضد المهنيين إنما تلتزم المحاكم باللجوء إلى الأحكام العقدية أو التقصيرية من أجل تحديد نظام التعويض .

كما أن النظر للالتزام بضمان السلامة يحقق ميزة ثلاثية للمضروب:

* أنه يتفادى النقد الموجه إلى الأساس التعاقدية للالتزام بضمان السلامة . فتغيرات الفقه عن الصفة التعاقدية للالتزام توجي بمدى ضعف الأساس التعاقدية لهذا الالتزام. فالفقه أحيانا يتحدث عن الإرادة المحتملة للمتعاقدين *volonté probable* و أحيانا الإرادة المفترضة لهما *préssumé*.

* إنهاء التردد القضائي حول طبيعة الالتزام بضمان السلامة فوجود نص قانوني يقرر ضمان سلامة المستهلك (القانون المدني - قانون الاستهلاك) يحزم بالتحويل الذي حدث في طبيعة الالتزام ، في الغالب من المفروض من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة و هذا الأمر يؤكد التحليل الفقهي الذي لا يرى في الالتزام بضمان السلامة إلا التزاماً بتحقيق نتيجة¹.

* نقل عبء الإثبات من على عاتق مستهلك السلعة أو الخدمة و الإلقاء به على عاتق المهني. و تبدو هذه النتيجة منطقية في ظل التحويل الحاصل في طبيعة الالتزام بضمان السلامة.

الخاتمة:

فالالتزامات التعاقدية تنقسم إلى التزام ببذل عناية و الذي يحكم نظام المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات و التزام بتحقيق نتيجة الذي تقوم عليه المسؤولية المفترضة . و قد أضاف القضاء الفرنسي التزام آخر يتوسط هذين النوعين و هو : الالتزام ببذل عناية مشدد أو بتحقيق نتيجة مخففة و الذي يعطي المجال لقيام المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس .

هذا التقسيم يسمح باختيار نظام المسؤولية الأكثر ملائمة بالنظر إلى مختلف الظروف و التي قد لا تسمح قواعد المسؤولية التقصيرية بأخذها بعين الاعتبار . و هذه الظروف قد ترجع إلى طبيعة الأداء محل العقد و

¹ - أنظر، محمد عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود دار النهضة العربية، 1980، ص 198. حيث يقول: " و نحن نرى أن الالتزام بضمان السلامة لا يكون إلا حيث يتعين على المدين به تحقيق نتيجة معينة ، و بعبارة أخرى لا يكون للالتزام بالسلامة وجود. ووفقاً للمعنى المحدد للالتزام بضمان السلامة. حيث يتعين على المدين بهذا الالتزام بالسلامة مجرد بدل العناية الكافية".

إلى المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الدائن و إلى أهمية المصالح المعرضة للخطر ، فسلامة الأشخاص أكثر أهمية من حماية الأموال .

وقد ترجع إلى طرفي العقد فبالنسبة للمدين ينظر فيما إذا كان قد تلقى مقابلاً لأدائه أم لا. و فيما إذا كان شخصاً عادياً أو محترفاً متخصصاً و بالنسبة للدائن ينظر إلى مدى مشاركته في تنفيذ الأداء محل العقد و إلى صفته كمحترف أو غير محترف¹. فالأساس التعاقدى للالتزام بضمان السلامة يؤدي إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة لطرفي العقد².

فالفقه ذهب لعدم الخيرة بين المسؤوليتين (المسؤولية التقصيرية و المسؤولية التعاقدية) في حالة المساس بالسلامة الجسدية للأشخاص و ذلك لتفادي الاختلاف في المعاملة بين المضرورين في الحادث ذاته بحيث ما إذا كانت هناك علاقة عقدية بين المضرور و المسؤول أو لا توجد³.

المراجع:

- ✓ صالح ناصر العتيبي ، فكرة الجوهريّة في العلاقة العقدية ، دراسة مقارنة ، طبعة الأولى ، 2001 .
- ✓ عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة على ضوء قواعد حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، 2010 .
- ✓ عبد الله أقصاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود ، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، 2010 .
- ✓ محمد عمران ، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود دار النهضة العربية ، 1980 .
- ✓ محمود التلي ، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود دار النهضة العربية ، 1980 .
- ✓ محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الأول 1978 .
- ✓ ميراد إبراهيم ، الالتزام لضمان سلامة الركاب في عقد النقل البحري ، رسالة ماجستير في القانون البحري ، كلية الحقوق وهران 2011. 2012 .
- ✓ G.VINEY. traité de droit civil. introduction à la responsabilité. op. cit. n 168
- ✓ N.RZEPECKI. droit de la consommation et la théorie général du contrat. n 163
- ✓ P.JOURDAIN. « le fondement de l'obligation de sécurité ». GAZ .POL.21-23Septembre 1997 .
- ✓ Y.LAMBRETT-FAIVRE. « fondement et régime de l'obligation de sécurité ». D1994. Chr. 81 .

¹ . انظر ، عبد الله أقصاصي ، المرجع السابق ، ص 293 .

² . يقول HUET : « أن المصلحة في الالتزامات ببذل عناية تتمثل في إدخال نوع من التوازن بين أطراف العقد في الفروض التي يكون فيها من الملائم تطلب إثبات خطأ المدين من أجل الحصول على تعويض الاضرار التي تصيب الأشخاص و الأموال » .

³ . انظر ، عبد الله أقصاصي ، المرجع نفسه ، ص 327 .



الآثار الإقتصادية والإجتماعية للفساد المالي في الجزائر وإستراتيجيات مكافحته

أ. راضية مسعود، أستاذة مكلفة، وباحثة دكتوراه، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.

الملخص:

إن دراسة ظاهرة الفساد المالي تعطينا الفرصة للتعرف على مدى خطورة هذه الظاهرة التي إذا ما إزدادت في الدول ألقت عواقبها الوخيمة على تطورها. تهدف هذه الورقة البحثية إلى دراسة ظاهرة الفساد المالي و تحليل العوامل المشجعة لبروزها ، و هذا من أجل معرفة أهم الإستراتيجيات المتبعة لمكافحتها. و معرفة الآثار المدمرة التي تخلفها على إقتصاديات الدول لا سيما النامية منها ، إذ أنه يعيق تحقيق النمو و التطور و الإستثمار الأجنبي و الوطني ، لذا فإن مكافحتها تعتبر تحديا رئيسيا لبلد مثل الجزائر من أجل تحسين مناخ الإستثمار و تحقيق أهداف برنامج دعم النمو الإقتصادي.

الكلمات المفتاحية: فساد ، فساد مالي ، النمو الإقتصادي ، مكافحة.

Résumé:

l'étude du phénomène de la corruption financière nous donne l'occasion d'apprendre davantage sur la gravité de ce phénomène qui, s'il augmente ce dernier, à des conséquences désastreuses pour les pays en développement. Ce document de recherche vise à étudier le phénomène de la corruption financière et analyser les facteurs qui encouragent son émergence, afin de connaître les stratégies les plus importantes pour la combattre. Et de connaître les effets dévastateurs qu'elle a sur les économies des pays, en voie les développant, car elles entravent la croissance et le développement ainsi que les investissements étrangers et nationaux, la lutte contre celle-ci constitue un défi majeur pour un pays comme l'Algérie d'améliorer le climat d'investissement et d'atteindre les objectifs du programme de soutien à la croissance économique .

Mots-clés: corruption, corruption financière, croissance économique, lutte

مقدمة:

يعرف الفساد المالي إنتشارا كبيرا على كافة المستويات الوطنية و الإقليمية و الدولية ، حيث أصبحت مظاهره و نتائجه ماثلة للعيان في مناسبات عديدة ، كما مست هذه المظاهر الخطيرة مختلف الأجهزة الحكومية فلا يوجد قطاع أو ميدان إقتصادي أو غير إقتصادي يخلو و لو من بعض ملامح الفساد المالي.

إن معالجتنا لموضوع ذو قدر كبير من الأهمية و الخطورة على جميع المستويات هو إهتمام مستمد من الواقع الإقتصادي و السياسي و الإجتماعي و غيرها من المجالات الأخرى ، وكل هذه المجالات إذا ما تعرضت لممارسات الفساد المالي ، فإنها ستخلف آثار سلبية و كارثية تلقي بثقلها على كافة البرامج التنموية سواء في الميدان الإقتصادي أو السياسي أو الإجتماعي. و إن مختلف هذه الآثار السلبية و الخطيرة جعلت من هذه الظاهرة محل تضافر جهود دولية مستمرة ، فقد أبرمت الإتفاقيات و تأسست الهيئات الدولية و الوطنية و صدرت قوانين خاصة في سبيل مكافحة الفساد و المفسدين.

دوافع اختيار الموضوع:

1- الدوافع العملية:

- تفشي ظاهرة الفساد المالي على المستوى الوطني و ما يترتب عنه من اضرار جسيمة تؤثر سلبا على الاقتصاد و المجتمع.

2- الدوافع العلمية:

- قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع و الدراسات الموجودة ركزت على الفساد الإداري و حتى ان تناولت الفساد المالي فلا يكون بصفة منفردة .

- تزايد الاهتمام بهذه الظاهرة لمساسها بالمؤسسات المالية الاستراتيجية.

مشكلة الدراسة: من خلال هذه الورقة البحثية سنحاول معرفة مامدى نجاعة الإستراتيجية التي رصدتها المشرع الجزائري لمكافحة الفساد المالي مع جسامة الأثار المترتبة على الإقتصاد و المجتمع ؟

أهداف الدراسة: يهدف البحث إلى تسليط الضوء على ظاهرة الفساد المالي و توضيح آثاره الإقتصادية و الإجتماعية السلبية ، و عرض الإستراتيجية المعتمدة من قبل المشرع الجزائري لمكافحة هذه الظاهرة.

المنهج المتبع: إعتدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي من خلال تجميع البيانات و المعلومات و الحقائق عن الموضوع محل الدراسة ، بالإضافة إلى المنهج التحليلي لإستراتيجية مكافحة الفساد المعتمدة في الجزائر.

و للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم الدراسة إلى ما يلي:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لظاهرة الفساد المالي.

المحور الثاني: الإجراءات المتبعة لمكافحة الفساد المالي في الجزائر.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لظاهرة الفساد المالي.

تعتبر ظاهرة الفساد المالي ظاهرة عالمية شديدة الإنتشار ذات جذور عميقة تأخذ أبعاد واسعة تتداخل فيها عوامل مختلفة يصعب التمييز بينها، وتختلف درجة شموليتها من مجتمع إلى آخر، إذ حظيت ظاهرة الفساد في الآونة الأخيرة باهتمام الباحثين في مختلف الاختصاصات كالإقتصاد والقانون وعلم السياسة والإجتماع، حتى أضحى ظاهرة لا يكاد يخلو مجتمع أو نظام سياسي منها. وفي هذا المحور سيتم التطرق إلى تعريف الفساد المالي وأهم مسبباته و مظاهره.

أولاً: تعريف الفساد المالي.

الفساد المالي على إعتبار أنه نوع من أنواع الفساد، فقد اختلفت التعريفات بشأنه حيث عرفه البعض بأنه: "سوء إستخدام أو تحويل الأموال العامة من أجل المصلحة الخاصة، أو تبادل الأموال في مقابل خدمة أو تأثير معين" كما يمكن تعريفه بأنه: "مخالفة القانون بإنتهاج طرق ملتوية غير قانونية لتحقيق مكاسب مالية، و في نفس الوقت هو جلب الأموال من طرق غير مشروعة، أو إنفاقها في طرق غير مشروعة بما لا يحقق العدالة و المساواة"¹ و يتمثل أيضاً في الإنحرافات المالية، و مخالفة القواعد و الأحكام المالية المنظمة لسير العمل الإداري و المالي بالدولة و مخالفة التعليمات الخاصة بأجهزة الرقابة المالية كالجهاز المركزي للرقابة المالية المختص بفحص و مراقبة حسابات و أموال الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة و الشركات"². كما يقصد بالفساد المالي ذلك " السلوك غير القانوني المتمثل في هدر المال العام و أعمال السمسرة في المشاريع و تجارة السلاح"³.

ويتخذ هدر المال العام عدة صور أهمها:⁴

1- إختلاس المال العام والعدوان عليه: كتضخيم فواتير الإنفاق العام لصالح أفراد أو طبقات معينة.

¹ إيمان بوقصة، الإطار النظري لظاهرة الفساد المالي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، المجلد الأول، العدد الثالث، مارس 2018، ص: 281.

² محمد سعيد محمد الرملاوي، أحكام الفساد المالي و الإداري في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2012، ص: 15، محمد خالد المهياي، آليات حماية المال العام و الحد من الفساد الإداري، الملتقى العربي الثالث بعنوان " آليات حماية المال العام و الحد من الفساد الإداري"، الرباط، المغرب، مايو 2008، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2009، ص: 26.

³ عياد محمد علي باش، الفساد الحكومي في الدول النامية، أسبابه و آثاره الإقتصادية و الإجتماعية، مجلة القادسية للعلوم الإدارية و الإقتصادية، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2002، ص: 203.

⁴ هاشم الشمري، إيثار الفتلي، الفساد الإداري و المالي و آثاره الإقتصادية و الإجتماعية، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن،

2- المتاجرة من خلال الوظيفة: كأن يقوم الموظف العام بأخذ رسوم مقابل خدمة تقدمها الدولة مجاناً للمواطنين أو يزيد على الرسم المقرر للحصول على الأرباح، وتسمى هذه الحالة قانوناً (الغصب) وذلك لأخذ الموظف ما ليس حقه أو حق الجهة التي يعمل بها.

3- التزييف أو التزوير في العملة وبطاقات الإئتمان: وقد يتم من خلال التسوق عبر شبكة الإنترنت... إلخ. أما فيما يخص أعمال السمسرة فتتضمن عمليات التلاعب في سوق الصرف مثل تجارة العملة و سوق المال الخاصة بالأسهم و السندات و بعض الأعمال التي تصدر عن شركات السمسرة كقيامها بإصدار أسهم دون أن يكون لها أصول و كذلك المضاربة غير المشروعة التي تستهدف التأثير على أسعار الأسهم أو إطلاق الشائعات و التعاملات الخفية و استخدام معلومات سرية لإتمام صفقات أدت إلى تحقيق أرباح طائلة، ومن أمثلة ذلك تورط وزير سابق في الحكومة العمانية سنة 2001 و الحكم عليه لمدة 6 سنوات مع غرامة بسبب تلاعبه بأسعار الأسهم في سوق مسقط للأوراق المالية و مخالفته لقوانين أسواق المال.

أما تجارة السلاح فتعد من الصفقات التي يترافق معها كم كبير من الفساد المالي والتي تدار من خلال مافيات منظمة عبر صفقات وهمية أو مشبوهة، و من الجديد بهذا الصدد بروز ظاهرة (تجارة الحروب) التي تظهر العلاقة المشبوهة ما بين الصناعات العسكرية و البيوت المالية و المؤسسات الإعلامية و شركات المقاولات في الولايات المتحدة، و بتفاعل الفساد مع المال ينتج ما يسميه الإقتصاديون (الفساد الإقتصادي) الذي جاء الإهتمام به متأخراً، إذ تم تناوله جنباً إلى جنب مع موضوع التنمية بشكل عام و الفقر بشكل خاص، إذ يشير تقرير لمنظمة الشفافية الدولية إلى إنها تشخص الدول النامية هي الأكثر إصابة بمرض الإقتصادي أو أشكال الفساد الأخرى نتيجة لسياسات الدول الكبرى و شركاتها.

و يعرف كذلك على أنه إستغلال الموارد العامة للمكاسب الخاصة ضد المصلحة العامة و مناقضا لأهداف المنظمة العامة و كذلك الإستخفاف بقيم العمل و أهدافه، فهو تصرفات غير شرعية تصدر عن المسؤول تتضمن سوء إستغلال الأموال العامة و السيطرة عليها و إستعمالها لغير الأوجه العدة لها و إستخدامها للمنفعة الشخصية، حتى إنه أخذ أبعاد واسعة و كبيرة تخطت نطاق قطريته ليصل إلى النطاق العالمي ضمن نظام الإقتصاد الحر المعولم من خلال الترابط المتشابك للشركات المحلية و الدولية بالدولة و القيادة السياسية بشكل منافع ذاتية متبادلة يصعب الحجز بينها لذلك يعتبر أخطر أنماط الفساد و ينتشر على مدى واسع، ويحدث الفساد المالي لعدة دوافع منها:¹

- وجود حافز لإرتكاب الفساد المالي مثل ضخامة الرشوة.
- وجود فرصة لإرتكاب الفساد المالي مثل غياب الضوابط الرقابية و المسائلة أو عدم فاعلية مثل هذه الضوابط أو قدرة الإدارة على إبطالها.

¹ هاشم الشمري، إيفار الفتلي، المرجع السابق، ص: 35.

- وضع مبررات قد تبدو منطقية لإرتكاب الفساد المالي.
- كما يقصد بالفساد المالي الإنحرافات المالية المبنية على مخالفة القوانين و القواعد و مختلف الأحكام المعتمدة في أي مؤسسة أو تنظيم كالتهرب الضريبي.¹
- إن مسببات الفساد المالي كثيرة و متنوعة بعضها ما هو ذاتي يرتبط بالشخص المفسد الذي تنعدم لديه مقومات السلوك الحسن فلا يجد لديه رادعا أخلاقيا يمنعه من تعاطي الفساد و القيام بالأفعال المفسدة التي تتمثل في الإعتداء على مصالح البلاد، أما البعض الآخر فيعود إلى الظروف البيئية الخارجية و مافها من ضغوط أو إغراءات تشكل عوامل دفع و جذب للفساد.²
- إذا للفساد المالي أسباب عديدة ، تختلف من مجتمع إلى آخر ، إلا أن طرق ممارسته متشابهة إلى حد كبير ، و يمكن بصفة عامة حصر أهم أسباب الفساد المالي فيما يلي:³
- 1- أسباب تربوية و سلوكية: من أهمها عدم الإهتمام بغرس القيم الأخلاق الدينية في النفوس مما يؤدي إلى سلوكيات غير حميدة بقبول الرشوة و عدم المسؤولية و عدم إحترام القانون.⁴
 - 2- أسباب إقتصادية: و تعد من المسببات المفسرة للفساد و تتمثل بالآتي:
- إرتفاع مستويات التضخم الناتجة عن إتباع سياسة مالية خاطئة أو إنخفاض الناتج القومي الإجمالي جراء إنفاق الدولة على قطاعات غير منتجة.
 - ضخامة حجم بعض المشاريع الحكومية.
 - غياب الفعالية الإقتصادية في الدولة ذلك أن أغلب العمليات الإقتصادية هي عبارة عن صفقات تجارية مشبوهة أو ناتجة عن عمليات سمسرة يحتل الفساد المالي فيها حيزا واسعا.⁵
 - إرتفاع تكاليف المعيشة و تدني مستوى الأجور (هذا العامل من أكثر العوامل التي تفسر لنا شيوع الفساد في المجتمعات النامية منها و المتقدمة وأيضا في كلى القطاعين العام و الخاص).
 - إتساع الدور الإقتصادي للدولة.

¹ بن رجم محمد خميسي، حلبي حكيمة، الفساد المالي والإداري: مدخل لظاهرة غسل الأموال و إنتشارها، الملتقى الوطني حول: حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي و الإداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 07/06 ماي 2012، ص: 05.

² علي سكر عبود ، تحليل صور و أسباب الفساد المالي و الإداري - دراسة إستطلاعية لعينة مختارة في محافظة الديوانية -، مجلة القادسية للعلوم الإدارية و الإقتصادية ، المجلد 12 ، العدد الأول ، 2010 ، ص: 124.

³ علي بقشيش، طاهر زدك ، الفساد بين النظرية و الممارسة: المفهوم ، الأسباب ، التحليلات و طرق المعالجة ، الملتقى الوطني الأول حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 03 /02 ديسمبر 2008، ص:

⁴ محمد خالد المهايبي ، المرجع سابق ، ص: 41.

⁵ - حمد محمد، ظاهرة الفساد المالي والإداري ودورها في تجسيم أداء الإقتصاد العراقي بعد عام 2003، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد 03 ، السنة الثامنة ، 2016 ، ص: 747.

- 3- أسباب سياسية: تعد هذه الأسباب الأخطر من نوعها حيث تقود هذه الأسباب تحقيق مصالح الأقلية دون المصلحة العامة. ومن أهمها:
- تغيير نظام الحكم (تواجه بعض الدول وخصوصا الدول النامية تغييرات في الحكومات والنظم الحاكمة فتقلب من ديمقراطية إلى دكتاتورية والعكس، الأمر الذي يجعل جوا من عدم الإستقرار السياسي مما يهيباً الجو للفساد المالي).
 - ضعف الإرادة السياسية لدى القادة السياسيين في مكافحة الفساد.
 - تفشي البيروقراطية الحكومية.
 - ضعف أداء السلطات التشريعية والتنفيذية .
 - ضعف حرية نشاط مؤسسات المجتمع المدني.
 - قلة الوعي السياسي.
 - ضعف السلطة القضائية (تعمل تحت إشراف الحكومة ويعتبر القضاة من موظفي الدولة).¹
- وقد حدد البنك الدولي مجموعة من الأسباب لظهور الفساد المالي أبرزها مايلي:
- وجود البيروقراطية في مؤسسات الدولة.
 - حصول فراغ في السلطة السياسية.
 - ضعف مؤسسات المجتمع المدني وتمهيش دورها .
 - توفر بيئة الإجتماعية والسياسية لظهور الفساد.²
- ثانيا: مظاهر الفساد المالي.
- لاشك أن المكاسب المادية والمعنوية التي يجنيها المفسد هي التي تدفعه لإرتكاب مثل هذه الأفعال والتي تأخذ أحد أو أكثر من المظاهر التالية:
- 1- الإختلاس: ويقصد به عموما هو تصرف الحائز في الشيء المملوك لغيره مع نية إضافته للملكية، ويقع الإختلاس تاما متى اتضح نية المختلس في أنه يتصرف في الشيء الموجود في حيازته تصرف المالك لحرمان صاحبه منه.³

¹ - المرجع نفسه ، ص: 745.

² - دادن عبد الغني ، سعيدة تلي ، فعالية الحوكمة و دورها في الحد من الفساد المالي والإداري، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 6 و 7 ماي 2012، ، ص: 09.

³ - نبيل صقر ، الوسيط في الجرائم المخلة بالثقة العامة ، الفساد ، التزوير ، الحريق ، دار الهدى ، الجزائر ، ص: 105.

- 2- **التهرب الضريبي:** يعني إمتناع المكلف عن دفع الضريبة المستحقة كلها أو بعضها عن طريق إنكار وقوع الواقعة التي أنشأت الضريبة أو بعض أو كل عناصر الوعاء الضريبي أو بإنكار قدرته على الدفع حتى يتم إسقاط الضريبة و هو ما يعرف عند البعض التجنب الضريبي أو المسار الأقل فرضا للضريبة أي إستغلال المكلف لبعض الثغرات القانونية بغية عدم تحقيق الضريبة عليه بصورة صحيحة وعدم الإلتزام بدفعها وهذا الشكل من التهرب لا يتضمن أي مخالفة يعاقب عليها القانون حيث يستعين المكلف في التهرب من الضريبة بأهل الخبرة والإختصاص لإستنباط طرق التحايل مستندين في ذلك إلى خلل أو ثغرة قانونية.¹
- 3- **الغش الضريبي:** عرفه القانون الجبائي الجزائري على أنه: " كل محاولة للتخلص من الضريبة بإستعمال طرق تدليسية في إقرار أساس الضرائب والرسوم التي يخضع لها المكلف أو تصفيتهما كلياً أو جزئياً".²
- 4- **تبييض الأموال:** هو مجموعة العمليات المالية المتداخلة لإخفاء المصدر الغير مشروع للأموال القدرة وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع، أو الإسهام في توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجناية أو جنحة ومن ثم فإن جريمة تبييض الأموال هي جريمة تابعة يفترض ابتداء سبق في ارتكاب جريمة أولية (أصلية) ينتج عنها أموال غير مشروعة، ثم تأتي في مرحلة ثانية، عمليات تبييض هذه الأموال لتطهيرها في إحدى صور التطهير.³
- 5- **التهرب الجمركي:** هو إدخال البضائع إلى البلاد أو إخراجها منها بصورة مخالفة للتشريعات المعمول بها دون أداء الرسوم الجمركية والرسوم و الضرائب الأخرى كلياً أو جزئياً أو خلافاً لأحكام المنع والتقييد الواردة في هذا القانون أو في القوانين والأنظمة الأخرى.⁴
- 6- **تهريب الأموال:** لا تتوقف جرائم التهريب على تهريب البضائع فقط بل يتعددها إلى تهريب الأموال والمعادن النفيسة و هو ما ينظمه الأمر 22/96 المتعلق بحركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج أو ما يعرف بجرائم الصرف.⁵
- 7- **الرشوة:** ويقصد بها الإتجار بالوظيفة والإخلال بالواجب النزاهة الذي يتوجب على كل من يتولى وظيفة أو وكالة عمومية أو يؤدي خدمة عمومية التحلي بها. كما تعني حصول الشخص على منفعة تكون مالية في الغالب لتمير وتنفيذ أعمال لخلاف التشريع وأصول المهنة.⁶

1- عوادي محمد ، رحال نصر ، الغش والتهرب الضريبي في النظام الضريبي الجزائري ، مكتبة بن موسى السعيد ، طبعة 2010 / 2011 ، ص: 10.

2- المرجع نفسه ، ص: 06.

3- نبيل صقر ، قماروي عز الدين ، الجريمة المنظمة ، التهرب والمخدرات وتبييض الأموال في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 125.

4- المرجع نفسه ، ص: 12.

5- المرجع نفسه ، ص: 67.

6- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الطبعة السادسة عشر ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر ، 2017 ، ص: 91.

8- تبيد المال العام: ويعد من أبرز العوامل التي تقود إلى تبيد الثروة القومية ويتمثل في منح التراخيص والإعفاءات الضريبية والجمركية لأشخاص أو شركات غير مؤهلة دون وجه حق وبشكل غير نزيه و غير عادل هدفه إرضاء من هم في السلطة لتحقيق المصالح المتبادلة.¹

شكل يوضح مظاهر الفساد المالي.



المصدر: إعداد الباحثة بناء على المعلومات السابقة.

ثالثاً: آثار الفساد المالي في الجزائر.

طبيعي أن يكون لإنتشار الفساد المالي آثار سلبية على مجمل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية ، و معرفة هذه الآثار و إنعكاساتها يجب أن يخلق وعياً و يحفز القوى المختلفة داخل المجتمع لمحاربة هذه الظاهرة و معاقبة رموز الفساد ،² و بصفة عامة يمكننا تصنيف الآثار التي يخلفها الفساد المالي على جميع مناحي الحياة إلى الآثار التي تتضمنها الفروع الموالية.

¹ - هاشم الشمري ، إيثار الفتلي ، مرجع سابق ، ص: 52.

² محمد عبد الصالح حسن ، عماد صلاح ، الآثار الاقتصادية و الاجتماعية للفساد في العراق ، مقال منشور على الموقع <http://www.nazaha.iq/conf7.adm4.pdf> ، ص: 06.

1: الآثار الإقتصادية.

تظهر آثار أو انعكاسات الفساد المالي بشكل عام على مؤشرات التنمية و على القدرة التنافسية للإقتصاد ، حيث توجد علاقة عكسية بين إنتشار سلوك الفساد و قدرة الإقتصاد على التنافس الخارجي ، و في هذا الخصوص سيتم التركيز على أثر الفساد المالي في أهم المتغيرات الإقتصادية.

أ- أثر على النمو الإقتصادي.

يعوق الفساد النمو الإقتصادي من خلال إستخلاص الربح " الإستثمار بالفائض الإقتصادي " مما يؤثر سلبا في هذا النمو سواء بالنسبة لمنظمي المشروعات المحلية أو الأجنبية ، كما يزيد من مشكلة الرشوة و عدم التأكد مما إذا كان الموظفون الذين يتقاضون الرشوة سينفذون دورهم في الصفقة أم لا ، و مع إزداد الفساد يقوم المستثمرون بإضافة المدفوعات الناجمة عن الرشاوى و العمولات إلى تكاليف ، مما يرفع التكلفة الإجمالية للمشروعات و يخفض العائد على الإستثمار ، و بصفة عامة فإن الفساد المالي هو المعوق الأكبر للتنمية المستدامة و معوق أول لتقليل الأداء الحكومي الجيد.¹

ب- أثر على القطاع الضريبي.

يترتب على الفساد في مجال القطاع الضريبي آثار خطيرة ، يمكن أن نشير إليها كما يلي:

- عندما يكون هناك فساد في القطاع الضريبي فإن هذا يدفع البعض إلى تقديم إقرارات ضريبية تظهر وعاء ضريبيا غير حقيقي لهؤلاء الأفراد ، و بهذه الطريقة يتمكنون و بطريقة زائفة من إظهار مقدرة منخفضة مقارنة بمقدرتهم الحقيقية ، في حين لا يستطيع الممولون الأمناء من تخفيض هذه المقدرة بنفس الطريقة ، فإذا عومل الإثنان (و هما من يقدم إقرارات صحيحة ذات مقدرة حقيقية على الدفع ، و من يقدم إقرارات مزيفة لا تعكس قدرته الحقيقية على الدفع) معاملة ضريبية واحدة فإن هذا يعني إخلال الفساد بمبدأ العدالة الأفقية ، التي تقوم على أساس معاملة ضريبية متماثلة للأفراد ذوي القدرة المتساوية لى الدفع.
- أيضا يترتب على ممارسات الفساد في القطاع الضريبي مقدرة زائفة على الدفع للأفراد المنهمكين في الممارسات الفاسدة ، مما ينجم عن هذه الممارسات و إنتشارها على نطاق واسع إنخفاض زائف في الطاقة الضريبية للمجتمع ككل ، فإذا كان وضع السياسة المالية سيضع حجم الإيرادات الحكومية و يخطط لحجم الإنفاق الحكومي على أساس الطاقة الضريبية الزائفة.²

¹ علي حبيش، الفساد المالي و تداعياته على الإقتصاد و المجتمع ، مجلة معارف ، العدد 13 ، ديسمبر 2012 ، ص: 337.

² مزوالي محمد ، مكافحة الفساد في القانون الجزائري و أساليب معالجته ، الملتقى الوطني الأول حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد ، جامعة

قاصدي مرباح ، ورقة ، 02 / 03 ديسمبر 2008 ، ص:

ج- أثر على الإنفاق الحكومي.

يترتب على الفساد المالي و انتشاره في القطاع الحكومي آثار على تخصيص النفقات العامة ، مما يؤدي إلى تحقيق أدنى نفع ممكن من هذا الإنفاق و ليس أقصى نفع ممكن منه . و عليه يترتب على شيوع الفساد و انتشاره في مجتمع ما ، سوء تخصيص موارد هذا المجتمع عامة ، لأنها سوف تتجه صوب أوجه الإنفاق التي لا تحظى بأولوية الإنفاق العام من وجهة نظر المجتمع ، و من ثم ستحظى الأنشطة المظهرية كالأنشطة الرياضية و الأندية و وسائل الإعلام و نحو ذلك بإنفاق سخى و في مقابل ذلك سيتم إغفال الكثير من الأنشطة و القطاعات الاقتصادية الهامة ، أو يكون الإنفاق عليها ليس بالدرجة الكافية ، كالإنفاق على القطاع الزراعي و الصناعي ، أو الإنفاق على تحسين مستوى المناطق النائية.

كما أن تنفيذ المشروعات العامة و المناقصات ستتميز بدرجة عالية من التميز و عليه سيتم استرداد المواد الخام و مواد البناء والآلات ، من بلاد أجنبية معينة ، في حين قد لا تكون هذه السلع المستوردة من هذه البلاد جيدة أو رخيصة مقارنة بغيرها من المصادر المتاحة.

كما أن المناقصات و المشروعات الهامة سترسو على شركات معينة مملوكة لأصحاب النفوذ و الجاه في المجتمع ، كما يظهر الفساد المالي جليا في البنية المشوهة للإنفاق الحكومي و يرجع ذلك إلى عاملين :
الأول: إختيار المشروعات التي تدر أعلى الرشاوى.

الثاني: تراجع عائد الضرائب الناتج عن السماح بالتهرب الضريبي أو حصول المستوردين على إعفاءات ضريبية و إلى الزيادة في الإنفاق العام حيث أن الفساد يميل إلى رفع تكلفة إدارة الحكومة بهيئتها المختلفة ، بالإضافة إلى ذلك فإن الفساد ينهك الثقة العامة حيث يؤدي إلى تآكل الثروة البشرية عن طريق المشروعات عديمة الجدوى مما يؤثر سلبا على مصداقية الأمة ككل.¹

د- أثر على الدخل الوطني و توزيعه.

إن إنتشار الفساد المالي في مناحي الإقتصاد يؤدي إلى تحصيل أموال طائلة دون وجه حق ، هذه الأموال يتم تهريبها دوما إلى البنوك الأجنبية من أجل إخفائها و الإحتماء بالسرية المصرفية التي توفرها ما يعرف بدول الملاذ المصرفي الآمن ، و مع تكرار هذه العمليات الإجرامية من إختلاس و تهريب للأموال إلى الخارج يحرم الإقتصاد الذي تكونت فيه تلك الأموال من أية عوائد إيجابية لو تم إستثمارها محليا.²

¹ محمد خالد المهاني ، الفساد الإداري و المالي ، مظاهره ، و اسبابه و مدخل الرقابة الحكومية لمكافحةه ، مجلة رماح للبحوث و الدراسات ، العدد الرابع ، ديسمبر 2008 ، الأردن ، ص: 30.

² صلاح الدين حسن السيسى ، غسل الأموال الجريمة التي تهدد إستقرار الإقتصاد الدولي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى القاهرة ، 2003 ، ص:

و لأن أصحاب الأموال غير المشروعة لا تهمهم أبدا الجدوى الاقتصادية لأي مشروع استثماري يقومون به ، فإن ذلك يفسد مناخ الإستثمار داخل البلاد ، و إن إدخال تلك الأموال القدرة في الدورة الاقتصادية يؤدي إلى حدوث خلل في توزيع الدخل الوطني،¹ هذا الخلل في التوزيع يكون ناتج عن حصول بعض الأفراد على مداخيل لا يستحقونها ، في الوقت الذي لا يحصل فيه أصحاب الدخل المشروعة على أية زيادة ، و ما يتبع هذا من فوارق إجتماعية خطيرة.²

ه- أثر على سوق الصرف الأجنبي.

تقوم الدول عادة بتحديد سعر لعملتها الوطنية مقابل العملات الأجنبية الأخرى ، و تحاول هذه الدول أن السعر بالثبات على الأقل لفترة معينة ، حتى تتمكن من إجراء الإصلاحات الاقتصادية المعينة التي ترغب في تحقيقها³ و لكن ممارسات الفساد في سوق الصرف الأجنبي يترتب عليها إنقسام هذا السوق إلى سوقين: سوق رسمي يسوده السعر الرسمي للصرف الأجنبي ، و يتميز هذا السوق بندرة في الصرف الأجنبي مقارنا بالطلب ، و سوق غير رسمي يسوده سعر غير رسمي للصرف الأجنبي أعلى من السعر الرسمي و يتميز هذا السوق بالحركة و النشاط في شراء العرض المتاح من النقد الأجنبي ، و توجيه هذا النقد إما إلى تمويل أنشطة غير مخططة ، أو تمويل أنشطة محظورة أو غير مرغوب فيها من وجهة نظر المجتمع، كما لو تم توجيه النقد الأجنبي الذي يتم تجميعه من السوق الرسمي إلى تمويل تجارة المخدرات أو إلى السلع المهربة من الخارج أو إلى الكماليات المستورة من الخارج و نحو ذلك مما يفضي في النهاية إلى زيادة عجز ميزان المدفوعات و إستمراره ، و ربما عدم قدرة الدولة على سداد ديونها و لجوئها إلى الإقتراض من الخارج و هذا ما يجعلها تعيش في دوامة من القروض و ما لذلك من آثار سيئة على الإقتصاد.

و- أثر الفساد على الإستثمار الأجنبي.

طالما تؤثر نوعية إدارة الحكم العامة على الإستثمار الأجنبي المباشر ، و يمثل الفساد البيروقراطي ضريبة تدعو إلى عدم تشجيع الإستثمار الأجنبي ، إذ لا يمكن للبلد الذي يسوده فساد أن يستفيد تماما من مزايا الإستثمار الأجنبي المباشر ، الذي يجلب إلى البلد المضيف تكنولوجيا جديدة و مهارات إدارية حديثة و استنتاج البنك أيضا كلما نقص مؤشر الفساد بنسبة 1% إزداد جذب الإستثمارات الخارجية بنسبة 4% و أدى هذا الإزداد في نسبة الإستثمارات إلى إنعكاسه على خفض معدل البطالة و رفع مستويات الدخل و خفض التوتر

¹ محمد شعيب ، تبيض الأموال، الجديد في أعمال المصارف من الوجبتين القانونية و الاقتصادية ، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى بيروت ، 2002 ، ص: 238.

² علي حبيش ، مرجع سابق ، ص: 339.

³ محمد خالد المهياي ، الفساد الإداري و المالي ، مظهره ، و اسبابه و مدخل الرقابة الحكومية لمكافحته ، المرجع السابق ، ص: 31.

الوطني و تعزيز الإستقرار... كما أن إنخفاض مؤشر الفساد بنسبة 1% يؤدي إلى زيادة نسبة تشغيل الرأسمال الوطني.¹

2: الآثار الإجتماعية.

لا يمكن أن نقتصر في النظر إلى الفساد بإعتباره مسألة لها أبعاد إقتصادية سلبية فقط ، و إنما يجب أن ننظر إلى الشق الإجتماعي ، كما و أن الآثار الإقتصادية لا بد و أن تنعكس سلبيا على الواقع الإجتماعي لوجود ترابط وثيق بين الجانبين ، فضلا عن تأثير الفساد في القضاء على هيبة و سيادة القانون ، فإنه يؤدي إلى إنبهار شديد في البيئة الإجتماعية و الثقافية و يؤثر على أساليب التعامل و الحياة بشكل يهدد النسيج الأخلاقي للمجتمع الذي تسوده المظالم و تنعدم فيه السلوكيات القويمة و التفاوت الكبير في توزيع الدخل الذي ينجم عنه تفاوت طبقي كبير يؤدي إلى إختلال التركيبة الإجتماعية ، ولعل أهم التداعيات الإجتماعية التي نجمت عن حالات الفساد المالي تتلخص بالآتي:²

أ- إنبهار القيم و المبادئ الإجتماعية.

إذ يؤدي الفساد إلى التخلي عن القيم و المبادئ و الأخلاق الحسنة من أجل الحصول على منافع مادية بدون وجه الحق ، و تصبح أنواع الفساد المختلفة مهارة ، بينما يصبح الإجتهد و التمسك بالقيم و الأخلاق السليمة في عرف هؤلاء المفسدين تخلفا و غباء و جمود في الفكر و السلوك ، و تزداد الأمور خطورة عندما ينشأ جيل بأكمله على هذه القيم و المبادئ السيئة مما يؤدي إلى عدم الإهتمام بالعمل و العلم و الإجتهد كوسيلة للكسب المشروع.³

ب- إنبهار أخلاقيات الوظيفة العامة.

إن المحسوبية أو المحاباة الناجمة عن إستغلال علاقات القرابة و صلات المعرفة تفعل على نمو آليات الفساد حينما يتفاقم ذلك الإستغلال ، لذلك نرى هذه الآلية الفاسدة تضرب مفاصل مهمة في الجهاز الحكومي و منها المناصب الإدارية العليا التي تشغل طبقا للآلية الفاسدة بعناصر بعيدة عن الكفاءة في أغلب الأحيان مما يؤدي إلى إضعاف هيبة الدولة و الحكومة و أجهزتها أمام المجتمع و ثقة الناس بها نتيجة لتراكم العناصر غير المؤهلة فيها و إدارتها ، كما أن المحسوبية أو المحاباة تقلل من فرص العدالة و المساواة فتغير المعايير تؤدي على سبيل المثال خضوع الترقيات العلمية و الوظيفة أمام آلية المحاباة بدلا من المؤهل و التخصص فيؤدي إلى تحول

¹ بن رجم محمد خميسي ، الفساد المالي و الإداري في الجزائر: أسبابه ، آثاره ، و إستراتيجيات مكافحته ، مرجع سابق ، ص: 79.

² ليلي عاشور الخزرجي ، ظاهرة الفساد: الآثار الإقتصادية... التداعيات الإجتماعية و إستراتيجيات مكافحته ، مجلة كركوك للعلوم الإدارية و الإقتصادية ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، 2011 ، ص: 135.

³ علي حبيش ، آثار الفساد المالي على الإصلاحات الإقتصادية في الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم ، تخصص نقود و مالية ، جامعة الجزائر 03 ، 2013 / 2014 ، ص: 81.

الفساد إلى عامل طرد للكفاءات و المؤهلات العلمية من الأحضان المحلية إلى رحاب عالمية بحثا عن فرص أكثر عدالة و مساواة ، و بذلك تهدر الطاقات التي يفترض الإستفادة منها على الصعيد المحلي.¹

ج- إرتفاع معدلات البطالة و تدني مستوى المعيشة.

ذلك أن محاولة أصحاب الأموال القذرة التي إكتسبوها بطرق الفساد يعملون على إخفاءها في الخارج ، مما يؤدي إلى تعطيل جزء من الدخل الوطني الموجه للإستثمارات اللازمة لتوفير مناصب عمل للمواطنين ، كما أن الأموال التي يتم تهريبها تؤدي إلى تسرب جزء من المنح و المعونات لصالح هؤلاء المفسدين ، كما أن الإختلالات التي تحدث في توزيع الدخل على أفراد المجتمع بشكل سيء يزيد من عدد الفقراء ، و يخلق تمييزا بين مختلف الطبقات الإجتماعية.²

هـ- سيادة القيم الدخيلة على المجتمع.

إن الآليات الفاسدة أدت إلى سيادة قيم جديدة دخيلة على المجتمعات التي إنتشرت فيها ، فأصاب الخلل منظومة القيم السائدة و اخلاقيات العمل و بدأت (الرشوة و العمولة و السمسرة) تأخذ شكلا أصبح بالتدرج عبارة عن نظام جديد للحوافز في المعاملات اليومية فتأثرت بذلك اخلاقيات و قيم المجتمع ، لذلك برزت مسميات جديدة تسوغ الحالة الفاسدة و خرج من يروج لها و يدافع عنها ن بحيث أصبحت النظرة للفساد على أنه أحد مقومات تنمية المجتمعات و ظهرت لدينا مفردة تسمى " الفساد المنتج " .

و- التفاوت الطبقي و الصراع الإجتماعي.

يؤدي الفساد المالي إلى وجود طبقة إجتماعية ، حيث يصعد فئات جديدة إلى قمة الهرم الإجتماعي نتيجة ما حصلت عليه من دخول مالية غير مشروعة ، لتتجح هذه الفئات في الوصول إلى علاقات و طيدة مع كبار المسؤولين و رجال الأعمال و التقرب منهم بسبب المصاهرات أحيانا أو بسبب الشراكة في مشاريع مختلفة ، مما يحقق لهم وجاهة إجتماعية قد تؤدي بهم إلى إحتقار المحيطين بهم من عمال و فلاحين و غيرهم ، مما يولد صراع طبقي قد يؤدي إلى نزاعات إجتماعية جد خطيرة.³

ي- تغير السلوكيات الفردية.

إن الفساد المالي يقلل من فرص الفقراء على الكسب لعدم مقدرتهم على المنافسة في ظل إنتشار الفساد ، و لذلك تقتصر فرص الريح على ذوي المناصب الرفيعة ، دون باقي أفراد المجتمع ، مما يزيد من نسبة المهمشين سياسيا و إقتصاديا و إجتماعيا ، مما يؤدي إلى تثبيط الهمم و إنخفاض الحافز لدى الشرفاء ، طالما ان ثمار

¹ هاشم الشمري ، إثثار الفتلي ، مرجع سابق ، ص: 98.

² علي حبيش ، الفساد المالي و تداعياته على الإقتصاد و المجتمع ، مرجع سابق ، ص: 341، خالد راغب الخطيب ، فريد كورتل ، الفساد الإداري و المالي...المعضلة و العلاج ، تجارب بعض الدول ، مجلة رماح للبحوث و الدراسات ، العدد الرابع ، ديسمبر 2008، الأردن ، ص: 117.

³ علي حبيش ، آثار الفساد المالي على الإصلاحات الإقتصادية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص: 81.

التنمية لن يتم توزيعها بصورة عادلة ، و يؤدي ذلك كله إلى إنخفاض ثقة الأفراد في الحكومة ، مما يؤدي إلى حدوث اضطرابات تهدد الأمن و إستقرار العام في البلد .

و قد يترتب على ذلك تغير الحوافز و الدوافع السلوكية بحيث تسود الأنشطة غير الإنتاجية الساعية إلى الربح السريع ، كالمشروعات السياحية و المضاربة على العملات.¹
و يمكن إجمال أهم الآثار المترتبة على الفساد المالي فيما يلي:

- إضعاف أداء القطاعات الإقتصادية، حيث يؤثر على إستقرار وملائمة مناخ الإستثمار ويزيد من تكلفة المشاريع.
- إضعاف الأثر الإيجابي لحوافز الإستثمار بالنسبة للمشاريع المحلية والأجنبية.
- زيادة عدة ثقة المواطنين بعدالة الأجهزة الحكومية.
- يضعف من شرعية الدولة ويمهد لحدوث اضطرابات تهدد الأمن والإستقرار السياسي.
- التأثير على روح المبادرة والإبتكار، ويضعف الجهود لإقامة مشاريع إستثمارية جديدة.
- تعطيل المشاريع التنموية لاسيما تلك المتعلقة برفع مستوى الإنتاجية.²
- توسيع الفجوة بين طبقات المجتمع فهو يؤثر سلبا على الطبقة الفقيرة.
- زيادة الفقر والتقليل من فرص العمل وبالتالي إنتشار البطالة.
- تدهور القيم الإجماعية و الأخلاقية في المجتمع وإرتفاع معدلات الجريمة.
- التأثير على أسعار صرف العملة الوطنية وإضعاف قدراتها الشرائية.
- إعاقة تطور المؤسسات الصغيرة و المتوسطة و كذا المؤسسات الكبيرة مقابل نظيراتها التي تمثل واجهات غسيل الأموال.³
- إرتفاع معدل التضخم.
- تكدس الثروات في يد فئة قليلة وذلك على حساب الفقراء.
- إضعاف الشعور بالإنتماء الإجتماعي وتفشي ظاهرة هجرة الأدمغة.⁴

¹ علي حبش ، الفساد المالي و تداعياته على الإقتصاد و المجتمع ، مرجع سابق ، ص: 343.

² ماضي بلقاسم ، خدامية أمال ، الفساد المالي والإداري في الجزائر الأسباب والآثار ، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، يومي 6 و 7 ماي 2012، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص، ص: 11.

³ حساني رقية ، مروة كرامة ، حمزة فاطمة ، آليات حوكمة الشركات ودورها في الحد من الفساد المالي والإداري ، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، يومي 6 و 7 ماي 2012، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، ص: 17.

⁴ - فادي قاسم بيضون ، الفساد أبرز الجرائم والآثار وسبل المعالجة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013 ، ص: 290، 275.

المحور الثاني: الإجراءات المتبعة لمكافحة الفساد المالي في الجزائر.

باعتبار الجزائر دولة مريضة بالفساد ، وذلك بتأكيد من أسى سلطة في البلاد السيد عبد العزيز بوتفليقة حيث جاء في خطاب ألقاه في 27 أفريل 1999 عندما قال: " الجزائر دولة مريضة بالفساد... دولة مريضة في إدارتها مريضة بممارسات المحاباة ، مريضة بالمحسوبية و التعسف بالنفوذ و السلطة و عدم جدوى الطعون و التظلمات ... مريضة بتبذير الموارد العامة بنهبها بلا ناه و لا رادع ، هذه الأمراض أضعفت الروح المدنية و أبعدت القدرات و هجرت الكفاءات و نفرت أصحاب الضمير و شوهدت مفهوم الدولة و غاية الخدمة العمومية "و من هنا كان التحرك ضروريا من أجل وضع مجموعة من الآليات لمكافحة الفساد و الوقاية منه ، وذلك من خلال سن مجموعة من القوانين و العمل على تبني مبادئ و قواعد الحكم الراشد و إرساء دولة الحق و القانون.¹

أولا: النصوص القانونية الخاصة بمكافحة الفساد.

بما أن الجزائر كانت من بين الدول السباقة للتصديق على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة في 31 أكتوبر 2003 ، و المصادق عليها بتحفظ سنة 2004 و كذلك لإتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد المعتمدة في 11 يوليو 2003 ، و المصادق عليها في 2006 بالإضافة إلى المصادقة على الإتفاقية الألفية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 15/11/2000 و كذا البروتوكولات الملحقه بها ، و إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار الغير مشروع بالمخدرات و المؤثرات العقلية ، و إتفاقية الأمم المتحدة لتجريم الرشوة ، كما أن الجزائر عضو مؤسس في فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية في الشرق الأوسط التي أنشأت في 30 نوفمبر 2004 كرابطة إقليمية طوعية لمكافحة غسيل الأموال و تمويل الإرهاب ، فإنها سعت إلى تكييف قوانينها المحلية مع هذه الإتفاقيات الدولية ، و لعل أهم دليل على ذلك هو إصدار القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، والذي يعد من مفردات القوانين المعاصرة التي تصبوا إلى خدمة التنمية في الجزائر ، حيث إعتد عليه المشرع الجزائري في البحث عن الآليات المناسبة لمكافحة الفساد على المستوى الداخلي ، وكانت جل قواعد منسجمة مع الإتفاقية الدولية التي صادقت عليها الجزائر ، وهذا كله من أجل هدف واحد و هو العمل على الحد من هاته الظاهرة الخطيرة لتحقيق الأمن و الإستقرار و الرفاهية للمواطنين في ظل تنمية مستدامة و شاملة.

- في مجال إبرام الصفقات العمومية: نظرا لكون أهم مجالات الفساد المالي الذي مس القطاع العمومي في الجزائر هي الصفقات العمومية على إعتبار أنها عقود ممولة بميزانية الدولة ، حيث كانت هناك العديد من التجاوزات القانونية في إبرام الصفقات العمومية ، ما أدى إلى هدر و تبديد المال العام ، كل هذا دفع

¹ سارة بوسعيد ، عقون شراف ، واقع الفساد في الجزائر و آليات مكافحته ، مجلة البحوث الإقتصادية و المالية ، المجلد الخامس ، العدد الأول ، جوان 2018 ، ص ، ص:319، 326.

بالمشرع الجزائري إلى إصدار قوانين خاصة بتنظيم الصفقات العمومية ، و قام بتعديلها أكثر من مرة و ذلك من أجل تعزيز الآليات الخاصة بالوقاية من الفساد ، ولعل أهم النصوص القانونية في هذا المجال مانصت عليه المادة 09 من القانون 01/06 من ضرورة توفير قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و الإختيار على أساس معايير موضوعية ، كما يفترض أن تخضع المشتريات العامة " لقانون المناقصات العامة " و ليس للإتفاقيات الخاصة التي حضرها الرئيس بوتفليقة في خطاب ألقاه في أبريل 2005. و لقد فرض المشرع على الإدارة العمومية إتباع إجراءات محددة عند إبرام الصفقات العمومية بهدف الوقاية من الفساد ، و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

- تحديد طرق إختيار المتعاقد ، عادة ما يتم ذلك عن طريق فتح مناقصة للحصول على عدة عروض متنافسة يتم إختيار أفضلها.
- الإعلان عن الرغبة في التعاقد ، و ذلك عن طريق الإشهار الصحفي في الجرائد الوطنية و كذلك في النشرة السمية لصفقات المتعامل العمومي.
- تنظيم إجراءات إرساء الصفقة ، مثل إعطاء الحق لكل مشارك في الصفقة بإنشاء هيئة لممارسة عملية الرقابة وفقا للقانون المنظم لسير الصفقات العمومية.
- في مجال مكافحة التهريب: من أجل محاربة ظاهرة التهريب و التي تضر كثيرا بالإقتصاد الوطني تم إصدار القانون 06/05 المؤرخ في 2003 ، و الذي يهدف حسب ما جاء في مادته الأولى إلى دعم وسائل مكافحة التهريب و ذلك من خلال وضع تدابير وقائية ، و تحسين أطر التنسيق مابين القطاعات ، إحداث قواعد خاصة في مجالي المتابعة و القمع ، بالإضافة إلى وضع آليات للتعاون الدولي في مجال مكافحة التهريب.
- في مجال مكافحة غسيل الأموال: صدر القانون 01/05 في فبراير 2005 كأول قانون لمكافحة غسيل الأموال في الجزائر و تم نشره في الجريدة الرسمية ، و يجري تنفيذ هذا القانون بمساعدة فنية من البنك الدولي ، و يندرج في إطار سعي الجزائر الدائم لتنفيذ مختلف البنود و الإتفاقيات التي أبرمتها المجموعة الدولية ، خاصة في ظل تزايد المستمر لهذه الظاهرة الخطيرة و إرتباطها بظواهر أخرى كتجارة المخدرات و الإرهاب ، و تختلف المنظومة البنكية في الجزائر التي ما زالت بعيدة عن إتخاذ جميع التدابير اللازمة لكشف ما وصلت إليه هذه الظاهرة ، منها على وجه الخصوص تقديم الإحصائيات المتعلقة بحجم التحويلات التي تتم إلى الخارج.

كما تضمن القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد مادة خاصة بتدابير منع تبييض الأموال ركزت على ضرورة إخضاع المصارف و المؤسسات المالية غير المصرفية. بالإضافة إلى ما سبق تم إصدار مرسوم من طرف وزارة المالية في 18 مايو 2008 يفصل المعتمدة لتتبع حركة و مسار تنقل الأموال المشبوهة.

ثانيا: الآليات المؤسسية لمكافحة الفساد المالي في الجزائر:

في الجزائر هناك العديد من الهيئات و المؤسسات الخاصة بمكافحة الفساد من أهمها:

-البرلمان: يمتلك البرلمان في الجزائر العديد من الآليات المتعارف عليها دستوريا ، و التي ينبغي تفعيلها لكي تكون أكثر نجاعة ، كالحق في طرح الأسئلة الشفوية و الكتابية على الوزراء في مختلف القضايا ذات الشأن العام ، بل إن البرلمان له الحق في إسقاط الحكومة برفضه البرنامج الذي يقدمه رئيس الحكومة إذا رأى فيه إنتهاكا لحقوق الشعب ، ومن الآليات أيضا اللجان البرلمانية التي لها دور لا يستهان به في إعداد البرامج و تقديم المقترحات الكفيلة بالحد من الأشكال المختلفة للفساد ، بالإضافة إلى التحقيق في قضايا الفساد ، وإحالة المتورطين فيها العدالة.

إلا أن الواقع العملي يثبت بأن هذه الهيئة لم ترقى بعد إلى ممارسة الدور المنوط بها في هذا المجال ، وذلك بسبب الهيمنة الواضحة للجهاز التنفيذي عليها ، و يتجلى ذلك من خلال الضعف الذي يعرفه المجلس الشعبي الوطني فيما يخص مشاركته في إعداد القوانين ، و التي لم تتعدى نسبة 0.02% من مشاريع القوانين ، كما أن النائب في البرلمان الجزائري ينتظر قرابة 29 شهرا لإستلام الإجابة الكتابية من الوزير في حالة مساءلته له .

إن ضعف الذي ياني منه البرلمان الجزائري في مواجهة الفساد من الناحية العملية يرجع إلى عدة أسباب:

- ضعف نظام التمثيل الحزبي التعددي الحقيقي ، حيث توجد تعددية شكلية ممثلة في عدة أحزاب ، لكن الأغلبية غالبا ما يحوز عليها حزب واحد.
- ضعف المستوى العلمي و المعرفي لأغلبية النواب ، حيث أن معظمهم لا يتمتع بالثقافة السياسية و القانونية التي تؤهلهم لوضع برامج و سياسات خاصة بمكافحة الفساد ، و عليه أصبحت هذه الهيئة مكانا للثراء و جمع المال أكثر منه للتشريع و مناقشة القضايا الهامة التي تهم المجتمع ككل.
- تورط الكثير من النواب أنفسهم في قضايا فساد ، لكون وصولهم إلى النيابة في البرلمان أصلا ناتج عن إتباع أساليب فاسدة و دفعهم للرشاوى ، بالإضافة إلى أن أغلبهم يرفض التصريح بممتلكاته أثناء توليه مهامه م بعد الإنتهاء.

-مجلس المحاسبة: هو هيئة مستقلة ذات شخصية إعتبارية تتبع رئيس الجمهورية تهدف إلى رقابة أموال الدولة و أموال الأشخاص العامة الأخرى من جميع مظاهر الفساد، و يقوم بمعاونة مجلس الشعب في القيام بدوره في مجال الرقابة المالية، إذن فهو يلعب دورا مهما في الرقابة على الميزانية العامة للدولة، وقد نص الدستور 96 على دور مجلس المحاسبة، وعلى ضرورة تقديم التقرير السنوي للمجلس، وأن ترسل نسخة منه إلى البرلمان بإعتباره جهة معاونة للسلطة التشريعية في الرقابة المالية من شتى مظاهر الفساد المالي والإداري الخاصة.

وهذا التقرير الذي يعده المجلس بعد إكتشاف المخالفات المالية قد يراجع أو ربما لا يراجع، وفي أحيان أخرى تراجع بعد فترة طويلة من إعدادها وهذا بالطبع لا يحقق الفائدة المرجوة منها. فحتى تكون الرقابة فعالة لابد من وضع قواعد وأسس يجب على أعضاء الجهاز مراعاتها لدى مباشرتهم لإختصاصاتهم الرقابية وأن تكون رقابتهم رشيدة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال الحفاظ على المال العام من ظاهرة الفساد.¹

*بالرغم من الدور الهام الذي يقوم به مجلس المحاسبة إلا أن هذا الدور لا يتسم بالفعالية المتوقعة، فهناك بعض العيوب التي تحول دون إكمال دوره الرقابي وتجعل دوره محدودا أو سطحيا وغير محقق للأمال المتوقعة، وفي الأخير نأمل أن يتلافى مجلس المحاسبة العيوب السابقة والتي تؤثر سلبا على رقابته المالية، خاصة دعمه بإختصاصات قضائية إلى جانب إختصاصاته الإدارية المالية والقانونية.

-المفتشية العامة للمالية: هي جهاز للرقابة البعدية تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، تباشر مهمة رقابة التسيير المالي والحسابي في مصالح الدولة والجماعات العمومية للأمركية، وغيرها من الهيئات المعنية، وهي تمارس مهامها بصفة دائمة، من خلال المراقبة بناء على الوثائق، أو في عين المكان أو بعد إشعار مسبق.

المفتشية لعامة للمالية في الجزائر كهيئة مستقلة للرقابة ينتهي عملها بقرار سنوي يشمل حصيلة عملها، وهذا التقرير ملخص لمعاينتها والإقتراحات التي تراها قصد تكييف التشريع الساري المفعول مع عملها الميداني. لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل هذا التقرير يكفي لتحقيق عمليات الرقابة ألا وهي القضاء على الجرائم الإقتصادية الضخمة التي تمس لإقتصاد الدولة برمتها.

*كان الأجدر أن يعطي المشرع لهذه الهيئة الوطنية صلاحيات أكبر من مجرد إعداد التقارير، بفتح التحقيقات وتلقي الشكاوى وإحالتها للقضاء ليتم النظر فيها ومتابعة مرتكبي هذه الجرائم. فأغلب الجرائم الإقتصادية التي أعدت هذه الهيئة تقارير بشأنها تكون بعد إتمام العملية الجرمية، وهذا ما يؤدي إلى عدم ثقة المجتمع المدني في آليات الرقابة، والتي نأمل إصلاحها حتى تكون مستقبلا مجدية وفعالة للتصدي للفساد مؤسساتيا.²

-المرصد الوطني لمكافحة الرشوة والوقاية منها: أنشأ المرصد الوطني لمكافحة الرشوة والوقاية منها في فترة حكم الرئيس السابق " اليمين زروال " ، و ذلك بموجب الرسوم الرئاسي الصادر في 20/07/16/1996 ، و هو يضم موظفون سامون في الدولة و رجال قانون والأمن ، مهمته الأساسية تقضي فضح الفساد و الرشوة و إختلاس المال العام ، و للذكر فإن المرصد منذ بدء عمله إهتم بالعديد من قضايا الفساد في الجزائر ، حيث عالج ملفات كبيرة خاصة بمشاريع تنموية مثل: مشاريع تسيير أموال تنمية الهضاب العليا ، ملف العقار الصناعي ، ملف الطريق السيا شرق-غرب...و العديد من الملفات الأخرى الخاصة بالفساد.

¹ - نجار لوبزة، التصدي المؤسساتي و الجزائري لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة منتوري و قسنطينة، 2003 و 2014، ص:218.

² - المرجع نفسه ، ص:228.

-الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: تعتبر الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مؤسسة رسمية متخصصة في مجال الوقاية من الفساد وتم إنشاءها نظرا لإنتشار الكبير للفساد في الجزائر. وهي عبارة عن سلطة إدارية مستقلة لا تخضع لأية رقابة إدارية أو وظيفية تتمتع بالشخصية المعنوية. ثم إنشاء هذه الهيئة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 314/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 وهي تعد من أهم الآليات المؤسساتية التي اقترحها القانون 01/06.

تمارس الهيئة المهام المنصوص عليها في المادة 20 من الق 01/06 وهي كالآتي:

- تلقي التصريحات بالملكيات الخاصة بالموظفين العموميين.

- الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري.

- إعداد برامج تحسيسية بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد.

-السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات، وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيد الوطني والدولي...¹

*من الملاحظ أن هذه الهيئة ليس لها دور فعال في مكافحة الفساد ومثال عن ذلك: عدم اختصاصها بتلقي التصريحات من طرف الشخصيات الفعالة مما يضعف دورها الرقابي، إضافة إقتصار دورها على الجانب الوقائي الإستشاري على عكس تسميتها التي تدل كذلك على الردع وعدم إمكانيتها تحريك الدعوى العمومية رغم تمتعها بالشخصية المعنوية ولها حق التقاضي. وعدم ظهور نشاطها في جانب تطبيق الإجراءات المتعلقة بالتعاون مع المؤسسات والمنظمات، والهيئات الوطنية والدولية المختصة بمكافحة الفساد...

- الديوان المركزي لقمع الفساد: مواصلة لعملية التطهير التي تشنها الجزائر ضد أوجه الفساد قام رئيس الجمهورية بتوقيع مرسوم رئاسي رقم 426/11 يتضمن تشكيل و تنظيم وكيفيات عمل الديوان وهو مصلحة مركزية عملية للشرطة القضائية، تكلف بالبحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد و من مهامه حسب المادة 05 من المرسوم ما يلي:

- جمع الأدلة و القيام بالتحقيقات و إحالة مرتكبها للجهة المختصة.

- تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد و تبادل التعاون.

¹ - لمزيد من المعلومات الإطلاع على المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في أول ذي القعدة عام 1427 الموافق ل22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كيفية سيرها المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل7 فبراير 2012.

- جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن الفساد...¹

* الديوان المركزي لقمع الفساد آلية وقائية كلفت بالبحث عن الفساد ما زالت حبر على ورق و من خلال استقراء هذا المرسوم فإن عمل الديوان هو عمل إداري بحث الى جانب انه ليس له أي اختصاص قضائي بالرغم من تشكيلته.

الخاتمة:

و خلاصة القول أن الفساد المالي ظاهرة جد خطيرة و من المواضيع المتشعبة ذات الأبعاد الواسعة التي أخذت تستشري في مختلف المجتمعات لتدق ناقوس الخطر العالمي على إختلاف أسبابها و أنواعها، حيث بات التصدي لها حاجة عالمية ملحة و البحث في أسبابه و إتساعها و إنتشارها أمر في غاية الأهمية. وفي ختام هذه المداخلة لا بد من الوقوف على عدد من النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة نذكر منها:

- إن أسباب الفساد المالي في الجزائر متأصلة الوجود و هي ظاهرة ليست آنية و لها تراكمات عبر عقود من الزمن ، وإن التباين في توزيع الثروات و الدخول سبب رئيسي لتفشي الظاهرة ، و يولد شعور دائم بالظلم لدى فئات كثيرة من المجتمع.
 - إن ظاهرة الفساد المالي لا تقتصر في تداعياتها على ما تفرزه من سلبيات على قطاع معين من المجتمع ، وإنما تمتد آثارها لتطال كافة أفراد المجتمع و قطاعاته. ذلك أن لها تأثير مباشر على إقتصاد الدولة باعتبارها تعرقل عجلة التنمية الإقتصادية ، إضافة إلى أنها تؤدي إلى إختلال التركيبة الإجتماعية للمجتمع.
 - يؤدي الفساد المالي إلى ضعف الإستثمار و تهريب الأموال إلى الخارج في الوقت الذي كان المفروض إستغلال هذه الأموال في إقامة مشاريع إقتصادية تخدم المواطنين من خلال توفير فرص عمل.
 - بالرغم من الجهود المبذولة من طرف الدولة الجزائرية في إطار مكافحة الفساد ، من خلال ما أوجدته من آليات قانونية و مؤسساتية لمواجهة الفساد إلا أن الواقع يدل على فشل هذه الإستراتيجية و عدم فعاليتها.
 - يعود سبل فشل إستراتيجية مكافحة الفساد المالي في الجزائر إلى تغييب تفعيل القوانين و عدم إستقلالية مؤسسات مكافحة الفساد و تقييد صلاحياتها.
- و من خلال هذه الدراسة نوصي بالإقتراحات الآتية:

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المؤرخ في 8 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و كيفية تسييره . ج.ر.ج. عدد 68 المؤرخة في 14 ديسمبر 2011.

- ضرورة إيجاد إرادة سياسية قوية وصادقة في مكافحة الفساد من طرف الدولة و الإفصاح عن خطة عمل وإستراتيجية دقيقة يشارك فيها الجميع.
- ضرورة تأسيس جهاز خاص بمكافحة الفساد المالي ، يتكون من شخصيات ذات مصداقية و نزاهة، و إعطاءه الإستقلالية التامة ومنحه الصلاحيات الكاملة في إجراء التحقيقات و إتخاذ القرارات و وضع إستراتيجيات مدروسة و تطبيق المفهوم الحقيقي للرقابة على المال العام.
- إقامة المؤتمرات و إعداد البحوث و الدراسات الخاصة بمكافحة وباء الفساد المالي ، و وضع التوصيات و القرارات موضع التنفيذ ، لاسيما أن مواجهة هذا المد الهائل من الفساد يكون عبر الإرتقاء بثقافة قيم إنسانية سليمة ترتكز على تحمل جماعي للمسؤولية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراسيم الرئاسية:

- المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في أول ذي القعدة عام 1427 الموافق ل22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كيفية سيرها المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل: 7 فبراير 2012.
- المرسوم الرئاسي رقم 426/11 المؤرخ في 8 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و كفاءات تسييره . ج.ر.ج. ج عدد 68 المؤرخة في 14 ديسمبر 2011.

ثانياً: الكتب.

- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، الطبعة السادسة عشر ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر ، 2017.
- محمد سعيد محمد الرملاوي ، أحكام الفساد المالي و الإداري في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2012.
- هاشم الشمري، إيثار الفتلي، الفساد الإداري والمالي وأثاره الإقتصادية و الإجتماعية، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، الأردن.
- نبيل صقر ، الوسيط في الجرائم المخلة بالثقة العامة ، الفساد ، التزوير ، الحريق ، دار الهدى ، الجزائر.
- عوادي محمد ، رحال نصر ، الغش والتهرب الضريبي في النظام الضريبي الجزائري ، مكتبة بن موسى السعيد ، طبعة 2010/ 2011

- نبيل صقر ، قماروي عز الدين ، الجريمة المنظمة ، التهريب والمخدرات وتبييض الأموال في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر .
- صلاح الدين حسن السيسي ، غسل الأموال الجريمة التي تهدد استقرار الإقتصاد الدولي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى القاهرة ، 2003 .
- محمد شعيب ، تبييض الأموال ، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الإقتصادية ، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى بيروت ، 2002 .
- فاديا قاسم بيضون ، الفساد أبرز الجرائم والآثار وسبل المعالجة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013 ، ص، ص: 275، 290.
- ثالثا: أطروحات الدكتوراه.
- علي حبيش ، آثار الفساد المالي على الإصلاحات الإقتصادية في الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم ، تخصص نقود و مالية ، جامعة الجزائر 03 ، 2013 / 2014 .
- نجار لويزة ، التصدي المؤسسي و الجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الجنائي و العلوم الجنائية ، جامعة منتوري و قسنطينة ، 2003 و 2014 .
- رابعا: المقالات العلمية.
- إيمان بوقصة ، الإطار النظري لظاهرة الفساد المالي ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية ، جامعة عمار ثلجي ، الأغواط ، المجلد الأول ، العدد الثالث ، مارس 2018 .
- عياد محمد علي باش ، الفساد الحكومي في الدول النامية ، أسبابه و آثاره الإقتصادية و الإجتماعية ، مجلة القادسية للعلوم الإدارية و الإقتصادية ، المجلد الخامس ، العدد الثاني ، 2002 .
- علي سكر عبود ، تحليل صور و أسباب الفساد المالي و الإداري - دراسة إستطلاعية لعينة مختارة في محافظة الديوانية - ، مجلة القادسية للعلوم الإدارية و الإقتصادية ، المجلد 12 ، العدد الأول ، 2010 .
- حمد محمد ، ظاهرة الفساد المالي و الإداري و دورها في تحجيم أداء الإقتصاد العراقي بعد عام 2003 ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية ، العدد 03 ، السنة الثامنة ، 2016 .
- علي حبيش ، الفساد المالي و تداعياته على الإقتصاد و المجتمع ، مجلة معارف ، العدد 13 ، ديسمبر 2012 ، ص: 337 .

- محمد خالد المهايبي ، الفساد الإداري و المالي ، مظاهره ، و اسبابه و مدخل الرقابة الحكومية لمكافحته ، مجلة رماح للبحوث و الدراسات ، العدد الرابع ، ديسمبر 2008 ، الأردن.
- ليلى عاشور الخزرجي ، ظاهرة الفساد: الآثار الاقتصادية...التداعيات الإجتماعية و إستراتيجيات مكافحته ، مجلة كركوك للعلوم الإدارية و الإقتصادية ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، 2011 .
- سارة بوسعيد ، عقون شراف ، واقع الفساد في الجزائر و آليات مكافحته ، مجلة البحوث الإقتصادية و المالية ، المجلد الخامس ، العدد الأول ، جوان 2018.
- خالد راغب الخطيب ، فريد كورتل ، الفساد الإداري و المالي...المعضلة و العلاج ، تجارب بعض الدول ، مجلة رماح للبحوث و الدراسات ، العدد الرابع ، ديسمبر 2008 ، الأردن .
خامسا: أعمال الملتقيات.
- محمد خالد المهايبي، آليات حماية المال العام و الحد من الفساد الإداري، الملتقى العربي الثالث بعنوان " آليات حماية المال العام و الحد من الفساد الإداري "، الرباط، المغرب، مايو 2008، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2009.
- بن رجم محمد خميسي، حليمي حكيمه، الفساد المالي والإداري: مدخل لظاهرة غسيل الأموال و إنتشارها، الملتقى الوطني حول: حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي و الإداري ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 07/06 ماي 2012.
- علي بقشيش، طاهر زدك ، الفساد بين النظرية و الممارسة: المفهوم ، الأسباب ، التجليات و طرق المعالجة، الملتقى الوطني الأول حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 03 /02 ديسمبر 2008.
- دادن عبد الغني ، سعيدة تلي ، فعالية الحوكمة و دورها في الحد من الفساد المالي والإداري، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 6 و 7 ماي 2012.
- مزوالي محمد ، مكافحة الفساد في القانون الجزائري و أساليب معالجته ، الملتقى الوطني الأول حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، 03 /02 ديسمبر 2008.

- ماضي بلقاسم ، خدامية أمال ، الفساد المالي والإداري في الجزائر الأسباب والأثار ، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، يومي 6 و 7 ماي 2012، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- حساني رقية ، مروة كرامة ، حمزة فاطمة ، آليات حوكمة الشركات ودورها في الحد من الفساد المالي والإداري ، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري، يومي 6 و 7 ماي 2012، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

سادسا: المواقع الإلكترونية.

- محمد عبد الصالح حسن ، عماد صلاح ، الآثار الاقتصادية والاجتماعية للفساد في العراق ، مقال منشور على الموقع <http://www.nazaha.iq/conf7.adm4.pdf>.

جريمة الاستيطان الإسرائيلي في القانون الدولي الإنساني

د. إسلام راسم البياري، أستاذ مساعد بكلية القانون – جامعة الاستقلال، فلسطين.

Abstract

the Israeli settlement in Palestine is constitutes a war crime in accordance with the Rome Statute of the International Criminal Court and the Geneva Conventions of 1949. by the establishment of Israeli outposts and confiscation of Palestinian lands besides the internal migration of Palestinian citizens Or the transfer of some Palestinian residents within or outside those territories, is contrary to Article 49 of the Fourth Convention and article 85 of the Additional Protocol I to the 1977 Geneva Conventions.

the advisory opinion of lahai shed light on the essential legal bases of Israeli crime represented by the establishment of settlements.

when the international justice court issued advisory opinion related to the consequences of apartheid wall on 4th, 2004. and the security council resolution number 2334, issued on 23 related to the stata qua in the middle east (Palestine-settlement) This decision is to bear on Israel that all measures aimed at changing the demographic composition and nature of the Palestinian land occupied since 196.. including the east Jerusalem. this means that Palestine has the right to resort to U.N for establishing special court to prosecute the Israeli war criminals for their violation of building up settlement . along the lines of the courts of the former Yugoslavia and Rwanda or to agree with the United Nations to establish a temporary special court, To raise Israel's international responsibility for the illegal acts of settlement crime committed by its members, to which Israel bears the consequences of the material and moral damage caused by such illegal acts, known as non-criminal responsibility, Illegal workers in respect of that crime, so that the effects of criminal liability in traditional international law would not have been more than repair of the damage, that is, civil responsibility for crimes that contravene the laws of war, resulting in Israel being responsible for the crimes committed on the crime of settlement Illegal acts, repair of damage that requires compensation, which is intended to repair the damage that has been confirmed by the Permanent Court of International Justice.

ملخص الدراسة :

إن الاستيطان الإسرائيلي بإنشاء المستوطنات في الدولة الفلسطينية يشكل جريمة حرب وفق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واتفاقيات جنيف لعام 1949م، فقيام إسرائيل ببناء البؤر الاستيطانية والاستلاء على الأراضي الفلسطينية وقيامها بنقل بعض السكان الفلسطينيين المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها أو ترحيلهم من أراضيهم سواء بنقلهم جميعاً، أو قيامها بنقل بعض سكان الفلسطينيين داخل نطاق تلك الأراضي أو خارجها، يعتبر مخالفاً للمادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م، و المادة (85) من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف 1977م. نجد أن فتوي لاهاي تطرقت وضعت قواعد قانونية هامة تتعلق بمسؤولية إسرائيل عن جريمة الحرب المتمثلة بجريمة الاستيطان، فعندما أصدرت محكمة العدل الدولية فتوي بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة بتاريخ 04 يوليو لعام 2004م، وقرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 2334، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية (الاستيطان) جاء هذا القرار ليحمل إسرائيل أن جميع التدابير الرامية من قبلها من تغيير التكوين الديمغرافي وطابع ووضع الأرض الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 بما فيها القدس الشرقية، هذا يؤكد أن دولة فلسطين لها الحق في اللجوء لمجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، للعمل على إنشاء محكمة خاصة لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين على جريمة الاستيطان على غرار محاكم يوغوسلافيا السابقة، ورواندا، أو الاتفاق مع الأمم المتحدة على إنشاء محكمة خاصة مؤقتة، من خلال إثارة المسؤولية الدولية لإسرائيل عن الأفعال غير المشروعة بخصوص جريمة الاستيطان والتي يمارسها أفرادها التي تتحمل إسرائيل تبعات الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن تلك الأفعال غير المشروعة بما يعرف بالمسؤولية غير الجنائية وبثبوتها يترتب على إسرائيل التزامات أساسية بوقف الأعمال غير مشروعة فيما يخص ذلك الجريمة، بحيث لم تكن آثار المسؤولية الجنائية في القانون الدولي التقليدي تقضي أكثر من إصلاح الضرر، أي أن المسؤولية المدنية عن الجرائم التي تقع خلافاً لقوانين الحرب، مما يترتب على إسرائيل مسؤولية عن الجرائم التي تقترفها حول جريمة الاستيطان الالتزام بوقف الأعمال غير المشروعة، إصلاح الأضرار التي تتطلب التعويض، المقصود هنا به اصلاح الضرر الحاصل التي أكدت عليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي.

المقدمة

إن قواعد القانون الدولي الإنساني ترمي إلى الحد من آثار النزاعات المسلحة لدوافع إنسانية، ويحمي القانون الأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال القتالية أو كفوا عن المشاركة فيها، كما أنه يفرض قيوداً على الوسائل والأساليب المستعملة في الحرب، ويُعرف القانون الدولي الإنساني أيضاً "بقانون الحرب" أو "قانون النزاعات

المسلحة، لذلك تعدُّ إقامة المستوطنات الإسرائيلية، مناقضة لكل المبادئ الدولية، وميثاق الأمم المتحدة (ميثاق جنيف الرابع حول قوانين الحرب في عام 1949). ويفصّل الميثاق سلسلة طويلة من المحظورات المفروضة على قوة الاحتلال، وجوهر الميثاق (في هذه الحالة) يحظر على المحتل توطين سكانه في الأراضي المحتلة، وهو ما أعادت التأكيد عليه العديد من قرارات الشرعية الدولية، سواء قرارات مجلس الأمن الدولي أو الجمعية العمومية، وبالتالي؛ فإن خلق الأمر الواقع بالقوة لا يمكن أن يكسب حقاً⁽¹⁾.

فالجرائم الحرب الإسرائيلية و منها جرائم الاستيطان، التي ليست أيضا بالجرائم الحديثة إنما كانت موجودة ولا زالت قائمة منذ الإعلان عن قيام إسرائيل بتاريخ 15/ماي 1948م، ما ويعرف بالنكبة الفلسطينية، وقيام الاحتلال الإسرائيلي بالاستيلاء على الأراضي الفلسطينية و خاصة القدس الشريف من خلال الالتجاء إلى مجموعة من القوانين و التشريعات لتعزيز سيطرتها على القدس، وخلق حقائق جديدة على أرض الواقع، بحيث تخدم هدفها الاستراتيجي والمتمثل في السيطرة على القدس، فقانون الضم القدس إدارياً وقضائياً في أعقاب حرب 1967م من خلال العودة إلى قانون السلطة و القضاء المتخذ في السادس و العشرين من أيلول عام 1948م وتعديل الفقرة 11/ب⁽²⁾، الذي سمح للحكومة الاحتلال الإسرائيلي بالاستيلاء على أي مساحة من الأراضي الفلسطينية لصالح دولة الاحتلال دون أي قيد.

فالقانون الدولي الإنساني يمنع الاحتلال القيام بنقل الأراضي المحتلة إليه بطريقة الاستيلاء عليها بالقوة أو التنازل عليها لصالح دولة أخرى أي أياً كانت دواعي ذلك، التي تشكل خرقاً لقواعده⁽³⁾، كما ورد ذلك في الملحقين الإضافيين لاتفاقيات جنيف الموقعين 12 أوت 1977م، وخاصة المادة، 85 فقرة 4/أ، من الملحق البروتوكول الأول⁽⁴⁾ وكذلك المادة 14 من الملحق الثاني والمادة (17/فقرة الثانية من الاتفاقيات جنيف الموقعين 12 أوت 1977م.، وخرقاً أيضاً للقرار رقم 2334⁽⁵⁾، الصادر عن مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بتاريخ 23 ديسمبر

(1) التعبير العملي الأول عن فكرة الانبعاث القومي والطموح لإقامة مركز إقليمي وسياسي وروحي للشعب اليهودي، فعندما سقطت الإمبراطورية التركية مع فرض الانتداب البريطاني على فلسطين نال حق الشعب اليهودي لإقامة وطن قومي في فلسطين اعترافاً عالمياً، وفي نفس الوقت تقريباً شكلت الحركة القومية العربية في فلسطين في مؤتمر 1920م، الهيئة العربية كقيادة سياسية لها، مطالبه بإلغاء وعد بلفور و الانتداب البريطاني وطرد هذا الاحتلال الغير شرعي، راجع دراسة اريه افيري، دعوى نزع الملكية الاستيطان اليهودي والعرب في الفترة 1878-1948م، ترجمة بشير شريف البرغوثي، عمان، دار الجليل للنشر و الدراسات الفلسطينية، الطبعة الأولى، صفحة 11.

(2) محمد رشيد عناب، الاستيطان الصهيوني في القدس، فلسطين-رام الله، الطبعة الأولى، صفحة 69.

(3) راجع نص المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12/أب/أغسطس 1949.

(4) نصت المادة (85 فقرة 4/أ من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة على ما يلي: تعد الأعمال التالية، فضلاً على الانتهاكات الجسيمة المحددة في الفقرات السابقة وفي الاتفاقيات، بمثابة انتهاكات جسيمة لهذا الملحق "البروتوكول"، إذا اقترفت عن عمد، مخالفة للاتفاقيات أو الملحق "البروتوكول":

قيام دولة الاحتلال بنقل بعض سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها أو ترحيل أو نقل كل أو بعض سكان الأراضي المحتلة داخل نطاق تلك الأراضي أو خارجها، مخالفة للمادة 49 من الاتفاقية الرابعة.

(5) انظر للقرار مجلس الأمن الدولي رقم 2334، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية،

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2334

لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية (الاستيطان) الذي يحمل فيه إسرائيل المسؤولية القانونية عن أي تغيير في التكوين الديمغرافي له علاقة بالأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 بما فيها القدس الشرقية.

ممارسة و ارتكاب إسرائيل جرائم حرب (الاستيطان) في فلسطين يجعلها تتحمل المسؤولية الجنائية الدولية وتقديم أفرادها للمحاكمة على تلك الجرائم، التي لا يمكنها أن تسقط بالتقادم، وذلك وفق ما نص عليه نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾، مما يجب البحث فيه عن الإجراءات الجنائية النزيهة والمستقلة التي تتفق مع معايير القانون الدولي للمحاكم الوطنية التي يكون لها ولاية قضائية على هذه الجرائم التي اقترافها المجرمين الإسرائيليين في فلسطين، فوجوب محاكمة المجرمين عن جرائم الحرب لا تعد مسؤولية الفلسطينيين، إنما مسؤولية المجتمعات الدولية والقانون الدولي الإنساني التي يكافح هذه الجرائم دون تمييز.

فمحاسبة المجرمين على جرائمهم التي اقترفوها يتطلب الاعتماد على بعض القواعد القانونية الصحيحة، سواء على صعيد الآليات الوطنية التي تلاحق المجرمين أو الاستعانة بالآليات الدولية التي قد تكون جزء مكمل من الآليات الوطنية⁽²⁾.

أولاً: أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على المبادئ القانونية لقواعد القانون الدولي الإنساني للمساءلة مجرمي الحرب عن جرائمهم التي اقترفوها، كذلك البحث عن الآليات القانونية سواء على المستوى الوطني أو الدولي من أجل ضمان ملاحقة مرتبكي جرائم الحرب وامكانية ملاحقتهم بشكل قانوني من أجل تحقيق العدالة وقف سياسة الاستيلاء على أراضي المواطنين الفلسطينيين، وللتقليل من حجم الجريمة الدولية ومعاينة المجرمين للعدالة الدولية. فتسليط الضوء على ملاحقة مجرمي الحرب وخاصة من خلال إنشاء محكمة خاصة تتعلق بجريمة الاستيطان.

فتتمثل أهمية هذه الدراسة في كونها تتناول موضوعاً حديثاً وأثارت جدلاً واسعاً بين بعض الدول جرائم الحرب في العالم ولاسيما الاستعدادات لبعض الدول لرفع دعاوي قضائية على إسرائيل لارتكابها جرائم حرب ضد الفلسطينيين وخاصة جرائم الحرب الأخيرة في قطاع غزة وتضارب الآراء والمواقف حول اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

(1) راجع المادة (29) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 17 تموز/ يوليه 1998م.

(2) نلاحظ أن نظام روما للمحكمة الجنائية المادة نص على ذلك في المادة 8 فقرة (أ-4) فيما يتعلق بإلحاق الأذى على نطاق واسع وكذلك المادة 8 (ب).

(13) بما يتعلق (بتدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب).

ثانياً: مجال هذا البحث:

في ضوء ما تقدم يتبين لنا أن دراسة جريمة الاستيطان الإسرائيلية في القانون الدولي الإنساني يرتبط بمجالين رئيسيين هما على النحو التالي:

أ- المجال الزمني:

يتناول هذا البحث جرائم الحرب الإسرائيلية المتمثلة بجريمة الاستيطان منذ تاريخ 1967/06/05م، إلى تاريخ 2018/03/30م، التي ارتكبتها إسرائيل بحق الشعب الفلسطيني.

ب- المجال المكاني:

إن الحدود الجغرافية والمكانية لموضوع الآليات الوطنية لملاحقة مرتبكي جرائم الحرب الإسرائيلية، هي دولة فلسطين، حيث أن الصراع الإسرائيلي على أرض فلسطين وسرقت المزيد من أراضيها، يدفعه لارتكاب المزيد من جرائم الحرب بحق الشعب الفلسطيني، مما يتضح أن الحدود المكانية لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين هي دولة فلسطين، بالتحديد جرائم الحرب المرتكبة في الضفة الغربية و القدس الشريف.

ثالثاً: آليات الضبط المنهجي المتبعة:

تشمل تلك الآليات بيانا للمنهجية المتعمدة واشكالية الدراسة.

أ- المنهجية المعتمدة:

وقد اعتمدت أكثر من منهج في هذا البحث لأعطي الفرصة لدراسة هذا الموضوع من جميع الجوانب حيث اعتمدت على المنهج التحليلي الوصفي وتعرضت إليه من خلال موضوعات الدراسة.

تعرضت أيضاً في هذا المنهج مثلاً للتشريعات الوطنية وعلاقتها بملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيلية ذلك بأسلوب نقدي في أحيان كثيرة بين النظرية الجنائية العالمية المثالية وازدواجية التطبيق على الحالات الواقعية، وذلك بتطبيق المنهج التحليلي على باقي مباحث الدراسة من حيث اتباع المنهج العملي.

ب- أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان موقف القانون الدولي الإنساني من حقيقة المستوطنات المقامة على الأراضي الفلسطينية من جهة، وكذلك القرارات الدولية التي أحاطت بالموضوع، وبحث أبرز السبل الواجب اتخاذها لوقفها من جهة أخرى، البحث عن وسائل قانونية لتقديم المجرمين للمحاكم الوطنية و الدولية.

ج- نطاق البحث

يقف هذا البحث عند حد بيان موقف القانون الدولي الإنساني من الاستيطان الإسرائيلي على الأراضي الفلسطينية، وبحث أبرز الحلول الدولية والتوصيات الممكنة اقتراحها إزاء هذه المسألة.

د- فرضية البحث

إسرائيل خرقت القانون الدولي الإنساني بإقامتها للمستوطنات ومواصلتها لها، ولم تتقيد بالشرعية الدولية، و لم تحاكم أي مهتم حول جرائم الحرب بما فيها جريمة الاستيطان.

هـ- تحديد المشكلة:

تدور إشكالية الدراسة مدى شرعية المستوطنات الإسرائيلية و انسجامها مع مبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني من جهة، وما هي سبل ومكنات القانون الدولي الإنساني في الحد ووقف المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية من جهة أخرى. في ضوء ما تقدم من جرائم حرب اقترفتها إسرائيل بحق الشعب الفلسطيني، وفي ظل عدم محاسبة مجرمي الحرب عن جرائمهم وعدم الإفلات من العقاب، مما استدعى لطح الإشكالية الرئيسية التالية:

كيف يمكن أن يحد ويكافح القانون الدولي الإنساني جرائم الاستيطان الإسرائيلية؟

المبحث الأول: المستوطنات الإسرائيلية مخالفة للقانون الدولي ولحقوق الإنسان

بما أن إسرائيل ليس لديها الحق القانوني للأراضي التي قامت بغزوها في عام 1967، يمكن اعتبار هذه الأراضي "أراضي محتلة"، وما يترتب على ذلك من أن إسرائيل أصبحت قوة محتلة. على هذا النحو تعتبر إسرائيل ملزمة بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، بالإضافة إلى حق الفلسطينيين بالمطالبة بحقوقهم القانوني باستعادة أراضيهم المحتلة. اليوم، تتمسك إسرائيل بالجدل الفقهي الدولي من حيث مدى انطباق القانون الدولي الإنساني على الاحتلال العسكري، لذلك تزعم إسرائيل بأن تطبيق القواعد التي تحكم الاحتلال العسكري يجب أن تستند إلى عدة افتراضات وهي، أولاً: إن كان ثمة سيادة مشروعة على الأرض وتم الإطاحة بها، والثانية: إن كان ثمة حقوق أساسية للدولة التي خسرت الأرض، ذلك أن الأردن لم يكن له سيادة مشروعة على الأراضي المحتلة حسب اتفاقية لاهاي لعام 1907 واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

وسنعمل على بحث موطن الوقوف على قواعد القانون الدولي الإنساني في تعريف جريمة الاستيطان في المطلب الأول، ومن ثم بحث في المستوطنات الإسرائيلية انتهاكاً لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني المطلب الثاني.

المطلب الأول: القانون الدولي الإنساني في تعريف جريمة الاستيطان.

وضع القانون الدولي الإنساني تعريف شاملاً لجريمة الاستيطان، حيث عرفها هي كل الجرائم المستمرة طالما قيام المجرمين بأفعال الاستيلاء أو نقل السكان من أراضيهم مازالت قائمة على الأراضي الفلسطينية المحتلة ولذلك يمكن تعريف الاستيطان على النحو التالي:

بأنه تفرغ الأرض من سكانها الأصليين و إحلال السكان الذين ينتمون لدولة الاحتلال مكانهم عبر الوسائل التعسفية والقهرية و ما يرافق ذلك من مصادرة للأراضي العامة والخاصة دون مراعاة لأي اعتبارات إنسانية أو سياسية أو غيره⁽¹⁾.

وَيُمكننا تعريف جريمة الاستيطان أيضاً بأنه قيام الاحتلال بشكل مباشر أو غير مباشر، بنقل مواطنيه وسكانه المدنيين إلى الأرض التي تحتلها».

فجريمة الاستيطان تعتبر من جرائم الحرب التي نصت عليها المادة 2/08/ب/8 من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية على النحو الآتي:

يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب بالانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، أي فعل من الأفعال التالية: قيام دولة الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو أبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها⁽²⁾.

لذلك إن الاستيطان الإسرائيلي بإنشاء المستوطنات في الدولة الفلسطينية يشكل جريمة حرب وفق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واتفاقيات جنيف لعام 1949م، فقيام إسرائيل ببناء البؤر الاستيطانية والاستلاء على الأراضي الفلسطينية وقيامها بنقل بعض السكان الفلسطينيين المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها أو ترحيلهم من أراضيهم سواء بنقلهم جميعاً، أو قيامها بنقل بعض سكان الفلسطينيين داخل نطاق تلك الأراضي أو خارجها، يعتبر مخالفاً للمادة 49 من الاتفاقية الرابعة، و المادة (85) من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977م⁽³⁾.

لذلك نجد أن جريمة الاستيطان لها أركان لكل الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ومنها جرائم الحرب التي اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002م، فأركان جريمة الاستيطان على النحو التالي :

1- عند قيام المجرم بشكل مباشر أو غير مباشر بنقل السكان التي ينتمي إليهم أو سكانه من المواطنين إلى الأرض التي يريد الاستيلاء عليها⁽⁴⁾.

(1) عبد الله محمد عبود، الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة دراسة قانونية سياسية في ضوء محكمة العدل الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2013م، صفحة 114.

(2) راجع نص المادة 2/08/ب/8 من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م.

(3) راجع المادة (85) الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977م.

(4) راجع نص المادة 8 (2) (ب) 8 من أركان الجرائم اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002.

- 2- عند قيام المجرم بإبعاد السكان الأصليين أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو بعضهم داخل هذه الأرض أو خارجها⁽¹⁾.
- 3- عندما يقوم المجرم بارتكاب أفعال تظهر أن هذا السلوك صادر في سياق نزاع دولي مسلح ويكون مقترنا به⁽²⁾.
- 4- أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح⁽³⁾.

المطلب الثاني: المستوطنات الإسرائيلية انتهاكاً لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني

بما أن إسرائيل ليس لديها الحق القانوني للأراضي التي قامت بغزوها في عام 1967، يمكن اعتبار هذه الأراضي "أراضي محتلة"، وما يترتب على ذلك من أن إسرائيل أصبحت قوة محتلة. على هذا النحو تعتبر إسرائيل ملزمة⁽⁴⁾ بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني⁽⁵⁾، بالإضافة إلى حق الفلسطينيين بالمطالبة بحقوقهم القانوني باستعادة أراضيهم المحتلة. اليوم، تتمسك إسرائيل بالجدل الفقهي الدولي من حيث مدى انطباق القانون الدولي الإنساني على الاحتلال العسكري، لذلك تزعم إسرائيل بأن تطبيق القواعد التي تحكم الاحتلال العسكري يجب أن تستند إلى عدة افتراضات وهي، أولاً: إن كان ثمة سيادة مشروعة على الأرض وتم الإطاحة بها، والثانية: إن كان ثمة حقوق أساسية للدولة التي خسرت الأرض، ذلك أن الأردن لم يكن له سيادة مشروعة على الأراضي المحتلة حسب اتفاقية لاهاي لعام 1907 واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949⁽⁶⁾.

و نجد أن إسرائيل ليست طرفاً في اتفاقية لاهاي ووفقاً لمحكمة العدل الدولية وقواعدها التي تشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي، وعليه فهي ملزمة لجميع الدول، بما في ذلك إسرائيل. ووفقاً للمادة 42 من اتفاقية

⁽¹⁾ راجع نص المادة 8 (2) (ب) من أركان الجرائم اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002.

⁽²⁾ راجع نص المادة 8 (2) (ب) من أركان الجرائم اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002.

⁽³⁾ راجع نص المادة 8 (2) (ب) من أركان الجرائم اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002.

⁴ يعد بناء المستوطنات مناقض لكل المبادئ الدولية والاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لعام 1907 واتفاقيات جنيف الرابعة لعام 1949، وميثاق الأمم المتحدة والعهدين الدوليين للحقوق الاجتماعية والاقتصادية... والحقوق المدنية والسياسية، كما هي مناقضة لميثاق حقوق الإنسان الصادر عام 1948، بجانب إنها مخالفة للقرارات لمجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن عدم شرعية المستوطنات ووقفه وتفكيكها في المناطق المحتلة.

⁵ يعرف القانون الدولي الإنساني على أنه "مجموعة القواعد القانونية، العرفية أو المكتوبة، التي تم التوصل إليها، بهدف حماية حقوق الإنسان، وحيرواته الأساسية أثناء النزاعات المسلحة، أصبحت تسمى بالقانون الدولي الإنساني، الذي يتضمن في معناه الواسع النصوص القانونية الدولية كافة التي تؤمن الحماية للفرد وحقوقه

⁶ See Shamgar, Meir, The Observance of International Law in the Administered Territories, Israel Yearbook on Human Rights, Tel Aviv University, P. 263 (1971).

لاهاي لعام فيما يتعلق بتطبيق القواعد المدرجة في الاحتلال العسكري لإقليم "تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها".

كما توجد قواعد إضافية نجدها في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1948، ووفقاً للمادة 2 (2) "تنطبق الاتفاقية أيضاً في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة."⁽¹⁾ غير أن إسرائيل تزعم بأن هذه الاتفاقية لا تنطبق على الأراضي الفلسطينية المحتلة لأن هذه الأراضي لا تصنف ضمن أراضي أحد الأطراف المتعاقدة السامية وهذه المزاعم لا تتماشى مع ما جاءت به اتفاقية جنيف الرابعة، وحسب نطاق تطبيق الاتفاقية وفي المادة 2(1) التي تنص على الآتي: "تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يعترف أحدها بحالة الحرب."⁽²⁾ وعليه نجد أن الغرض من المادة 2(2) ليس لتقييد انطباق الاتفاقية ولكن لتوسيع نطاقها ليشمل الحالات التي هي أرض محتلة من دون استخدام القوة. بالإضافة إلى ذلك، كان الهدف من اتفاقية جنيف الرابعة ليس فقط لحماية حقوق الدول ولكن لحماية الأفراد. وفقاً لذلك، وتطبيقاً لأحكام القانون الدولي الإنساني فإن عدم الاعتراف بالسيادة على أراضي الطرف الآخر في النزاع لا يحد من نطاق تطبيق القانون لأن الحد من نطاق تطبيق القانون يتناقض مع الغرض الذي جاء به القانون.⁽³⁾

وحتى يتم حسم ما إذا كان وجود الاحتلال العسكري هو نتيجة النزاع المسلح فإن الدولة المحتلة يجب أن تمارس سلطة حكومية على الأراضي التي تزرع تحت سيطرتها. ونتيجة لذلك، تعد إسرائيل دولة احتلالية، ومرة أخرى، يجد هذا الرأي دعماً في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة على حد سواء وبالتوافق مع قرارات مجلس الأمن الدولي، وكذلك قرارات محكمة العدل الدولية.

المادة 49 (6) من اتفاقية جنيف الرابعة تنص على أنه "لا يجوز لدولة الاحتلال أن ترحل أو تنقل جزءاً من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها." وللوهلة الأولى، يتم فهم هذه المادة على أساس مبدأ السماح ودعم بناء المستوطنات في الأراضي المحتلة، والسماح لمواطني الدولة التي قامت بالاحتلال في العيش في هذه المستوطنات، وتدعي إسرائيل أن المادة 49 (6) من اتفاقية جنيف الرابعة تتعلق فقط بالنقل القسري للسكان المدنيين.

(32) تم توقيع اتفاقية جنيف الرابعة في 12 أغسطس 1949 وتعنى بالمدنيين وحمايتهم في حال الحرب. وتنص هذه الاتفاقية على طبيعة الحكم في مناطق محتلة بحرب ومبادئ الملزمة على دولة ما إذا أدارت شؤون منطقة احتلتها بقوة. ومن أبرز هذه المبادئ هي الحفاظ على الحالة القانونية القائمة في المنطقة عند احتلالها، الحظر على نقل سكان محلين خارج المنطقة قهراً والحظر على إسكان مواطني الدولة في المنطقة المحتلة.

(33) انظر نص المادة 2 (1) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(3) شادي الشديفات* علي الجبرة، موقف القانون الدولي من المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية، المنارة، المجلد 21، العدد 4/ب، 2015، صفحة 22.

في الواقع، كان القصد من واطاعي اتفاقية جنيف الرابعة هو شرط منع الممارسات التي ظهرت في الحرب العالمية الثانية، عندما قامت بعض الدول بنقل أجزاء من سكانها إلى الأراضي المحتلة لأسباب سياسية أو عرقية في إشارة إلى الممارسات النازية، وقد كان الجدال الدائر حول المادة 49 (6) من اتفاقية جنيف الرابعة ليشمل فقط الحالات التي يتم فيها استبدال السكان المحليين بالمستوطنين ولكن خلافاً للفهم الإسرائيلي من المادة 49 (6) من اتفاقية جنيف الرابعة فإن النقل لا يقتصر فقط على النقل القسري أو استبدال السكان ولكن يحظر "أي نقل".

المبحث الثاني: رأي محكمة العدل الدولية حول جريمة الإستيطان

نجد محكمة العدل الدولية هي بثابت الهيئة القضائية الرئيسية لمنظمة الأمم المتحدة، والتي ويقع مقرها في لاهاي بهولندا. وهي الجهاز الوحيد من بين الأجهزة الستة للأمم المتحدة الذي لا يقع في نيويورك. لذلك تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز ما بين محكمة العدل الدولية والمحكمة الجنائية الدولية المختصة بجرائم الحرب و الإبادة الجماعية و جريمة العدوان، والجرائم ضد الإنسانية، فلمحكمة العدل الدولية لها نشاط قضائي واسع، فتفصل طبقاً لأحكام القانون الدولي في النزاعات القانونية التي تنشأ بين الدول، كما تمارس وظيفة استشارية من خلال إصدار الفتاوى للجهات التي تحال إليها من هيئات الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة. وتعد الأحكام الصادرة عن المحكمة قليلة نسبياً، لكنها شهدت بعض النشاط ابتداء من مطلع الثمانينيات، وقد سحبت الولايات المتحدة الأمريكية اعترافها بالسلطة القضائية الإلزامية لهذه المحكمة، مما يعني بأنها تلتزم بما تقبله من قرارات المحكمة وتتحلل مما لا تقبله منها، وقيام إسرائيل بممارسة جريمة الاستيطان فوق الأراضي الفلسطينية لغرض تعزيز الادعاء بامتلاك والأمر الواقع في مناطق في الضفة الغربية وقطاع غزة، والاستيلاء على الأراضي بالقوة تُشكل جريمة حرب ويجب ملاحقة مقترفيها وهذا شق مهم متفقه عليه في القانون الدولي⁽¹⁾، وسبق أن قام مجلس الأمن باتخاذ قراره رقم 242⁽²⁾ الصادر في 22 نوفمبر 1967، التي ألزم إسرائيل بعدم شرعية الاستيلاء على الأراضي عن طريق الحرب، والحاجة إلى سلام عادل ودائم تستطيع أن تعيش فيه كل دولة في المنطقة.

المطلب الأول: فحوى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بخصوص الجدار العازل حول جريمة الاستيطان

في العام 2004، أصدرت محكمة العدل الدولية رأياً استشارياً () خلص إلى أن إسرائيل قد أخلت بالتزاماتها بموجب القانون الدولي من خلال إنشاء المستوطنات في الضفة الغربية، بما فيها القدس الشرقية، وأنه لا يمكن لإسرائيل الاعتماد على الحق في الدفاع عن النفس أو في حالة ضرورة بناء مستوطنات تتعارض أساساً مع

(1) F. Kittrie, Law as a Weapon of War, Oxford University Press, Edition Number 1, 2015, pag 219.

(2) راجع نص قرار رقم 242 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بشأن الحالة الشرق الأوسط، بتاريخ 22 نوفمبر 1967م.

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/242

القانون الدولي. خلصت المحكمة أيضاً إلى أن النظام الإسرائيلي ينتهك حقوق الإنسان الأساسية للفلسطينيين من خلال إعاقة حرية التنقل لسكان الأراضي الفلسطينية المحتلة (باستثناء المواطنين الإسرائيليين) وممارستهم للحق في العمل، وفي الصحة وفي التعليم وفي التمتع بمستوى معيشي لائق⁽¹⁾.

نجد أن فتوي لاهاي تطرقت وضعت قواعد قانونية هامة تتعلق بمسؤولية إسرائيل عن جريمة الحرب المتمثلة بجريمة الاستيطان، فعندما أصدرت محكمة العدل الدولية فتوي بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة بتاريخ 04 يوليو لعام 2004م، بناءً طلب الجمعية العامة للأمم تحت رقم القرار es/10/14 بتاريخ 08/12/2003م، المتعلق بشأن اصدار فتوي حول ماهي الآثار القانونية عن تشيد الجدار الذي تقوم إسرائيل القائمة بالاحتلال في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما في ذلك القدس وحولها على النحو المبين في تقرير الأمين العام وذلك من حيث قواعد و مبادئ القانون الدولي بما في ذلك اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م وقرارات مجلس الأمن الجمعية العامة⁽²⁾.

فبناء المستوطنات على الأراضي الفلسطينية ليسه بالجريمة الحديثة، بل بالجريمة المستمرة، فجرائم الاستيطان تُعد من الجرائم المستمرة، فإسرائيل تمارس جريمة الاستيطان منذ عام 1947م وهي السنة التي تم فيها تبني قرار الجمعية العامة التابعة لهيئة الأمم المتحدة رقم 181 والذي أُصدر بتاريخ 29 نوفمبر 1947 بعد التصويت (33 مع، 13 ضد، 10 ممتنع) ويتبني خطة تقسيم فلسطين القاضية بإنهاء الانتداب البريطاني، لذلك سأحاول أشرح موقف محكمة العدل الدولية من جريمة الاستيطان وأهم النقاط الرئيسة التي توصلت إليها المحكمة في فتواها على النحو الآتي:

- 1- احترام حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير والالتزامات المنوطة بها بمقتضى القانون الدولي الإنساني، وحقوق الإنسان⁽³⁾.
- 2- تطرقت المحكمة إلى أساليب جبر الضرر الذي يتوجب على إسرائيل الالتزام بها لتعويض المتضررين من أبناء الشعب الفلسطيني بسبب قيام إسرائيل ببناء الجدار⁽⁴⁾.

¹ شادي الشديفات* علي الجبرة، موقف القانون الدولي من المستوطنات الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية، المنارة، المجلد 21، العدد 4/ب، 2015، صفحة 309.

⁽²⁾ راجع نص فتوي محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 35. [/http://www.icj-cij.org/homepage/ar](http://www.icj-cij.org/homepage/ar)

⁽³⁾ راجع الفقرة 151 من نص فتوي محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 73. [/http://www.icj-cij.org/homepage/ar](http://www.icj-cij.org/homepage/ar)

⁽⁴⁾ راجع الفقرة 163 من نص فتوي محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 77. [/http://www.icj-cij.org/homepage/ar](http://www.icj-cij.org/homepage/ar)

- 3- بالنسبة لمسؤولية الأمم المتحدة قررت المحكمة أنه ينبغي على الأمم المتحدة ولا سيما الجمعية العامة ومجلس الأمن أن تتخذ الإجراءات المناسبة لإنهاء الوضع غير القانوني الناتج عن إنشاء الجدار، وأن تضع فتوى المحكمة "شأن الجدار" في الاعتبار على النحو الواجب⁽¹⁾.
- 4- أكدت المحكمة أن اتفاقية لاهاي قد أصبحت جزءاً من القواعد العرفية العامة بوصفها تفسيراً لقوانين وأعراف الحرب وتوقفت بوجه خاص عند الادعاء الإسرائيلي بعدم انطباق اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 على الأراضي الفلسطينية، وبعد دراسة متأنية تفصيلية خلصت المحكمة إلى أن اتفاقية جنيف الرابعة تسري على أراضٍ محتلة في حالة نشوب صراع مسلح بين اثنين أو أكثر من الأطراف المتعاقدة السامية⁽²⁾. وبناء الجدار مخالفة للقانون الدولي الإنساني، خاصة اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907، واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 الخاصة بحماية المدنيين وقت الحرب، حيث تحظر اتفاقية لاهاي سلطة الاحتلال مصادرة الممتلكات العقارية الخاصة أو العامة، وتحرم اتفاقية جنيف قيام سلطة الاحتلال بتوقيع عقوبات جماعية أو نقل جانب من مواطنيها إلى الإقليم المحتل (ظاهرة الاستيطان) والتي أقيم الجدار لكي يؤمن حماية المستوطنات الإسرائيلية في الإقليم الفلسطيني ويضمها بالفعل إلى إسرائيل، ويفصلها عن إقليم فلسطين، ويجبر الفلسطينيين على الرحيل من ديارهم مما يؤدي إلى إفراغها من السكان⁽³⁾.
- 5- انتقلت المحكمة بعد ذلك إلى تحديد قواعد ومبادئ القانون الدولي ذات الصلة بتقدير مدى قانونية التدابير التي اتخذتها إسرائيل (بناء الجدار)، وأشارت بالبداية إلى الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص على أن "يمنع أعضاء الأمم المتحدة في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استعمالها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأي دولة، أو بأي طريقة لا تتماشى مع مقاصد الأمم المتحدة.
- 6- تعرضت المحكمة بعد ذلك إلى بيان ما يمثله الجدار من انتهاك لمبادئ وأحكام القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، وأعدت التأكيد على القاعدة العرفية التي تقتضي بعدم جواز الاستيلاء على الأراضي بالقوة ويجب إرجاعها الأراضي لأصحابها الشرعيين والتعويض عن ذلك⁽⁴⁾.

(1) راجع الفقرة 120 من نص فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 57. <http://www.icj-cij.org/homepage/ar>

(2) راجع الفقرة 118 من نص فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 56. <http://www.icj-cij.org/homepage/ar>

(3) راجع الفقرة 124 من نص فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 58. <http://www.icj-cij.org/homepage/ar>

(4) راجع الفقرة 153 من نص فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 73. <http://www.icj-cij.org/homepage/ar>

المطلب الثاني: مؤسسات دولية تدعم محكمة لاهاي حول جريمة الإستيطان

على ضوء هذه التطورات أصبح القانون الذي يحظر نقل السكان أكثر وضوحاً أثناء وبعد الحرب العالمية الثانية، ظهرت محاكمات لمجرمي الحرب على الجرائم التي اقترفوها ومنها جريمة ترحيل السكان الاستيلاء على الأراضي للسكان المدنيين، فالمحكمة نورنبيرغ تُعد من أشهر المحاكمات التي شهدتها التاريخ المعاصر، فالمحكمة عاقبت مجرمي الحرب على ترحيل السكان في المادة (06/ب) ⁽¹⁾ من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية، وكما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة أيضاً مبادئ القانون الدولي المعترف بميثاق المحكمة العسكرية الدولية. فالقضية ألفرد يودل على سبيل المثال هي قضية مثالية لمساءلة وملاحقة مرتكبي الانتهاكات الجسيمية والتحديد تدمير الممتلكات ونهب الأملاك الخاصة والعامة والإبعاد، ولقد أدان الادعاء العام والقضاة في محاكم نورنبيرغ الجرائم المرتبطة بحق الأراضي المحتلة أو ضمها من خلال ترحيل أو طرد السكان الأصليين ونقل المستوطنين الألمان إليها. وبهذا الصدد فقد شكلت هذه سابقة قضائية لما سمي لاحقاً بالمادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة ⁽²⁾.

ولذلك فالقرارات والقوانين الدولية تنص على حماية حقوق المواطنين في أراضيهم الواقعة تحت الاحتلال، فاتفاقية جنيف لعام 1949 تشير في المادة 49، على أن "القوة المحتلة لا يجب أن تنقل أو تحول جزءاً من سكانها إلى الأراضي التي احتلتها. وتبعاً لذلك يعد النشاط الاستيطاني وعملية مصادرة الأراضي وضمها وبناء المستوطنات الإسرائيلية عليها منافياً للاتفاقية المذكورة، وكذلك نص المادة 47 من اتفاقية جنيف لعام 1949م، فضلاً عن تعارض النشاطات الاستيطانية مع أبسط قواعد القانون الدولي وبشكل خاص اتفاقية لاهاي الموقع عليها في عام 1907 والبروتوكولات الملحق بها والتي تؤكد بمجملها ضرورة حماية مصالح الشعب الذي يرزح تحت الاحتلال. نجد بأنه من الضروري جداً القول إن مصادرة الأراضي وإقامة مستوطنات عليها لأغراض عسكرية لحجج دينية تارة، واعتبارات تاريخية مزيفة تارة أخرى ما هي إلا حجج لا تجد موطناً قدم لها أمام القانون الدولي.

كما في التقرير الصادر عن مجلس حقوق الإنسان في الدورة الثانية والعشرون بتاريخ 2013/02/07م، المتعلق بالبعثة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق من أجل التحقيق في آثار بناء المستوطنات الإسرائيلية على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعب الفلسطيني في جميع فلسطين بما فيها

⁽¹⁾ نصت المادة (06/ب) من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية نورمبرج على الآتي: جرائم الحرب: انتهاكات قوانين أو أعراف الحرب. وتشمل هذه الانتهاكات، على سبيل المثال لا الحصر، القتل أو إساءة المعاملة أو الترحيل إلى السخرة أو لأي غرض آخر من السكان المدنيين في الأرض المحتلة أو في أراضيها المحتلة أو قتل أو إساءة معاملة أسرى الحرب أو الأشخاص في البحار، وقتل الرهائن، ونهب الممتلكات العامة أو الخاصة، والتدمير الوحشي للمدن والبلدات والقرى، أو الدمار الذي لا تبرره الضرورة العسكرية.

⁽²⁾ جوزيف شيكلا، جريمة نقل السكان التجريم، الملاحقة القضائية، والتحصين من العقوبة، دراسة قانونية صادرة عن مجلة حق العودة، العدد 54، أوت لعام 2013م.

القدس⁽¹⁾، التي اعتبر أن إسرائيل ترتكب خروفاً خطيرة لالتزاماتها بموجب القانون الدولي الإنساني الدولي، بما في ذلك التزامها بعدم نقل سكانها إلى الأرض الفلسطينية، يكون للمحكمة الجنائية الدولية ولاية بخصوص جرائم الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر بإبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منها داخل الأرض أو خارجها.

و تصديق فلسطين على هذا النظام الأساسي يؤدي إلى مساءلة الاحتلال الإسرائيلي عن الانتهاكات الجسيمة لقانون حقوق الانسان و الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي وتحقيق العدالة للضحايا⁽²⁾.

وفي الدورة الخامسة والعشرون لمجلس حقوق الإنسان المنعقدة بتاريخ 2014/01/13م ، اعتبر ريتشارد فولك" المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان في الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967م، بأن قيام إسرائيل بتوسيع عن توسيع المستوطنات وإنشائها في فلسطين المحتلة هو مخالفة لكل الاتفاقيات الدولية وخاصة جنيف، بتفكيك المستوطنات القائمة وإعادة مواطنها إلى الجانب الإسرائيلي من الخط الأخضر، والطلب من سلطات الاحتلال الإسرائيلي بتقديم تعويضات مناسبة عن الضرر الناجم عن الاستيطان وما يتصل به من أنشطة منذ عام 1967، وكما يتوجب حماية الفلسطينيين الذين يعيشون في ظل الاحتلال الإسرائيلي من عنف المستوطنين، والطلب من الجمعية العامة للأمم المتحدة التوجه إلى محكمة العدل الدولية من أجل إصدار فتوى بشأن الوضع القانوني للاحتلال الطويل الأمد لفلسطين⁽³⁾.

و يري "لويس مورينو أوكامبو" المدعي العام السابق لمحكمة الجنايات الدولية، يمكن لدولة فلسطين مساءلة مجرمي الحرب الإسرائيليين عن جريمة الاستيطان، و أن التحقيق الذي يجريه مكتب الادعاء العام في محكمة الجنايات الدولية في ملف الاستيطان الإسرائيلي في الضفة الغربية بما فيها القدس الشرقية سيؤدي على الأغلب إلى إدانة قيادات اسرائيلية من قبل المحكمة باعتبار الاستيطان جريمة حرب مستمرة على حد وصفه ويُشكل انتهاكاً قانونياً واضحاً لميثاق روما ولقواعد القانون الدولي التي تحظر على قوة الاحتلال نقل سكانها المدنيين إلى

(1) في 22 مارس 2012، في دورته التاسعة عشر، اعتمد ومجلس حقوق الإنسان القرار رقم 17/19 المتعلق بالمستوطنات الإسرائيلية في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، وفي الجولان السوري المحتل" الذي قرر " بإيفاد بعثة تقصي الحقائق الدولية المستقلة، للتحقيق في تداعيات المستوطنات الإسرائيلية على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعب الفلسطيني في جميع أنحاء الأرض الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية.

(2) راجع نص الفقرة 104 من التقرير الصادر عن مجلس حقوق الانسان في الدورة الثانية والعشرون بتاريخ 2013/02/07م، المتعلق بالبعثة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق من أجل التحقيق في آثار بناء المستوطنات الإسرائيلية على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعب الفلسطيني في جميع فلسطين بما فيها القدس، صفحة 29.

(3) راجع نص الفقرة 81/ومن التقرير الصادر عن مجلس حقوق الانسان في الدورة الخامسة والعشرون بتاريخ 2014/01/13م

الإقليم المحتل، مشيراً إلى أن مكتب الادعاء قد قطع شوطاً في فحص قضية الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة⁽¹⁾.

وسبق أن قام مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بتاريخ 22 آذار 1979م أن أصدر قراره رقم 446⁽²⁾، يُقرّر بأن سياسة وممارسات إسرائيل في إقامة المستوطنات في الأراضي الفلسطينية والعربية الأخرى المحتلة منذ عام 1967م، والقرار مجلس الأمن رقم 452⁽³⁾ الصادر بتاريخ 07/20/1979م، التي اعتبره أن سياسة إسرائيل في إقامة المستوطنات في الأراضي العربية المحتلة ليست لها شرعية قانونية وتُشكل انتهاكاً لمعاهدة جنيف الرابعة المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب بتاريخ 12 آب 1949م.

كما أصدر مجلس الأمن قراره رقم 471⁽⁴⁾ بتاريخ 05 جوان 1980م، عبره عن استنكاره بالسماح للمستوطنين اليهود في الأراضي العربية المحتلة بحمل السلاح ضد المواطنين الفلسطينيين وبذلك تمكينهم من ارتكاب جرائم ضد السكان المدنيين الفلسطينيين، ودعى الاحتلال الإسرائيلي إلى التوقيف عن جرائم الحرب والعمل والملاحقة القانونية لمرتكبي هذه الجرائم ومنها محاولات الاغتيال التي استهدفت حياة رؤساء بلديات نابلس، ورام الله والبيرة، اعتبر أن إسرائيل هي القوة المحتلة، التي فشلت في تقديم الحماية الكافية للسكان المدنيين في الأراضي المحتلة وفقاً لبنود معاهدة جنيف الرابعة.

وأخيراً القرار الصادر عن مجلس الأمن الدولي قراره رقم 2334⁽⁵⁾، بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية (الاستيطان) التي اعتبر أن المستوطنات غير قانونية وغير شرعية.

فالقرار رقم 225/70 التي اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 22 ديسمبر 2015م، التي أثنت على التقرير المتعلق بالبعثة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق من أجل التحقيق في آثار بناء المستوطنات الإسرائيلية على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للشعب الفلسطيني في جميع فلسطين بما فيها القدس، واعتبره القرار يجب على إسرائيل احترام مبادئ ميثاق الأمم المتحدة وعدم

(1) ندوة علمية حول آليات عمل محكمة الجنايات الدولية في فلسطين، نظمتها جامعة القدس، الناشر الهيئة الأكاديمية والموظفين لجامعة القدس بتاريخ الثلاثاء 30 ماي 2017م.

(2) راجع نص القرار رقم 446 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بشأن الأراضي المحتلة من قبل إسرائيل، بتاريخ 22 آذار 1979م.
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/446

(3) راجع نص القرار رقم 542 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بشأن الأراضي المحتلة من قبل إسرائيل، بتاريخ 07/20/1979م.
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/542

(4) راجع نص القرار رقم 471 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بشأن الأراضي المحتلة من قبل إسرائيل، بتاريخ 05 حزيران 1980م.
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/471

(5) راجع نص القرار رقم 2334 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بشأن الوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية، بتاريخ 23 ديسمبر 2016م.
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2334

الاستيلاء على الأراضي الفلسطينية بالقوة، أن ممارسة جريمة الاستيطان في الأراضي الفلسطينية بما فيها القدس يُشكل انتهاكا للقانون الدولي ولفتوي لاهاي الصادرة في 9 تموز 2004م عن محكمة العدل الدولية، التي يجب على إسرائيل احترامها والتقييد به⁽¹⁾.

ولذلك بناء على ما سبق يمكن أن تكون كل المدعّمات القانونية السابقة التي تم ذكرها تساعد في الضغط على المؤسسات الدولية في التحرك لوقف هذه الجرائم بحق الشعب الفلسطيني وتُشكل نقطة انطلاق لولادة محكمة جنائية دولية خاصة لملاحقة مجرمي الحرب، على غرار المحاكم الجنائية الدولية الخاصة التي تم ذكرها، لملاحقة المجرمين عن تلك الجرائم التي اقترفوها.

المبحث الثالث: المساءلات القانونية التي يمكن للمحكمة ملاحقة مجرمي الحرب عليها

بإثارة المسؤولية الدولية لإسرائيل عن الأفعال غير المشروعة بخصوص جريمة الاستيطان والتي يمارسها أفرادها تتحمل إسرائيل تبعات الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن تلك الأفعال غير المشروعة بما يعرف بالمسؤولية غير الجنائية وبثبوتها يترتب على إسرائيل التزامات أساسية بوقف الأعمال غير مشروعة فيما يخص ذلك الجريمة، بحيث لم تكن آثار المسؤولية الجنائية في القانون الدولي التقليدي تقضي أكثر من إصلاح الضرر، أي أن المسؤولية المدنية عن الجرائم التي تقع خلافا لقوانين الحرب، مما يترتب على إسرائيل مسؤولية عن الجرائم التي تقترفها حول جريمة الاستيطان الالتزام بوقف الأعمال غير المشروعة، إصلاح الأضرار التي يتطلب التعويض، المقصود هنا به إصلاح الضرر الحاصل التي أكدت عليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي " بقولها لمن مبادئ القانون الدولي بل قاعدة عامة أن يترتب كل خرق للالتزام واجب التعويض⁽²⁾.

المطلب الأول: مساءلة مجرمي الحرب بالالتزام بوقف الأعمال غير المشروعة:

يترتب على استمرار إسرائيل بالاستيلاء على الأراضي الفلسطينية المملوكة للشعب الفلسطيني من الجرائم والأعمال الخطيرة والانتهاكات الجسيمة التي يترتب على إسرائيل الالتزام فورا بوقف الأعمال الغير مشروعة التي تقوم بها إسرائيل أو أفرادها اتجاه الشعب الفلسطيني، وبالتالي من أهم الالتزامات القانونية التي يتوجب على إسرائيل القيام بها هو إنهاء الاحتلال لدولة فلسطين والانسحاب منها طبقا لقواعد القانون الدولي والقرارات الدولية، وهناك على الأقل ثلاثة مبادئ في القانون الدولي ذات صلة بالمستوطنات الإسرائيلية في الأراضي المحتلة: (1) عدم جواز الاستيلاء على الأراضي بالقوة⁽³⁾؛ (2) مبدأ أن على الدول حل نزاعاتها بالوسائل

(1) راجع نص القرار رقم 225/70 التي اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للشعب الفلسطيني في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، بتاريخ 22 ديسمبر 2015م.

<http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=A/RES/70/225>

(2) عبد المجيد العبدلي، *قانون العلاقات الدولية*، دار النشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، طبعة الخامسة مزيدة، لعام 2014م، صفحة 268،

(3) انظر للقرار مجلس الأمن الدولي رقم 298 المتعلق بالوضع بالشرق الأوسط الصادر بتاريخ 25 سبتمبر لعام 1971م.

السلمية و النتيجة بأن على الدول الامتناع عن القيام بأعمال يمكن أن تزيد الوضع سوءاً، وتُصعّب أو تُعيق الحل السلمي للنزاع؛ (3) ومبدأ أن الدول يجب أن لا تتخذ أي إجراء يحرم الشعوب من حقها في تقرير المصير. كما ذهبت محكمة العدل الدولية بخصوص فتوي بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، اعتبرت المحكمة أن بموجب القانون الدولي العرفي كما هو منصوص عليه في المادة (42) من قواعد احترام قوانين واعراف الحرب البرية المرفقة باتفاقية لاهاي الرابعة المؤرخة 18 أكتوبر 1907م بقواعد لاهاي، أن الأراضي المحتلة عندما توضع بالفعل تحت سلطة الجيش المعادي ويشمل الاحتلال التي بسطت فيها سلطة وصار بالإمكان ممارستها يتحمل مسؤولية ذلك، وتري المحكمة أن المستوطنات الإسرائيلية المقامة فوق الأراضي الفلسطينية غير قانونية يتوجب إزالتها من قبل إسرائيل⁽¹⁾.

ولذلك يترتب على إسرائيل إزله المستوطنات الغير مشروعة والتعويض عن الخسائر والأضرار، فعند تنطبق مبادئ القانون الدولي ذاتها على مسألة التعويضات عن الخسائر التي سببتها سياسات إسرائيل الاستيطانية، كما تنطبق على الخسائر الأخرى التي سببها الاحتلال، و المبدأ في القانون الدولي هو أن انتهاك إحدى الدول لواجب دولي يزيد مسؤولية الدولة، ونتيجة لذلك يكون هناك تأسيس جيد لواجب التعويض.

1- مساءلة مجرمي الحرب بإصلاح الأضرار الناتجة عن جريمة الاستيطان:

يمكن مساءلة مجرمي الحرب بإصلاح الأضرار الواقعة على الأفراد والدولة بخصوص جريمة الاستيطان من خلال اعتماد تحريك مسؤولية إسرائيل الدولية المتعلقة بجرائمها، عن طريق الأخذ بمبدأ الإصلاح العيني والمادي عن تلك الجرائم.

كما إعادة الحال لما كان عليه يعتبر هذا الاجراء الصورة الطبيعية لصاحب الحق من خلال أن يتم استرجاع حقوقه المسلوقة منه دون إرادته، فاستيلاء ومصادرة الأراضي من قبل مجرمي الحرب وبناء عليها مستوطنات غير مشروعة تعتبر جريمة و يعاقب عليها المجرمين وتتطلب التعويض، فعند تطبيق هذا المبدأ يجب إرجاع كل الأراضي لأصحابها سواء ممتلكات خاصة أو عامة، ويعتبر هذا الاجراء الصورة الأصلية لإصلاح الضرر و لا يتم اللجوء إلى التعويض النقدي في حالة أصبح هذا الحق فالصورة للتعويض العيني⁽²⁾، فإسرائيل عند قيامها بارتكاب جريمة الاستيطان يجب عليها إزالة الضرر الذي لحق بالمضروور من السكان الفلسطينيين وإعادة له كافة الحقوق سواء الاستيلاء على الأراضي أو نقل السكان أو الابعاد إلى ذات الحالة التي كانوا عليها وكأن الضرر أو الجريمة لم تحدث، فإسرائيل يجب أن تقوم برد الأراضي والمنقولات المصادرة المتحصل عليها بطريقة

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/298

(1) راجع نص فتوي محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004م، صفحة 35. <http://www.icj-cij.org/homepage/ar>

(2) فارس الكيلاني، أثر الاعتراف بالدولة الفلسطينية على مسؤولية إسرائيل عن جرائمها بحق الشعب الفلسطيني، رسالة ماجستير قانون عام كلية الحقوق جامعة الأزهر- فلسطين، لعام 2014/2014م، صفحة 99.

غير مشروعة، والمكاسب التي تم الحصول عليها باستغلال الموارد الطبيعية ونهب الآثار والتراث، بحيث عليها إزالة كافة مظاهر الاستيلاء على تلك الأراضي مثل إقامة المستوطنات عليها أو الحواجز العسكرية والأمنية، بالإضافة ضرورة تقديم كل الأفراد والمواطنين للمحاكمة على الجرائم التي اقترفوها سواء كانوا لهم دور في الاستيلاء ومصادرة الأراضي أو الاعتداء على الممتلكات الخاصة والعامة.

2- مساءلة مجرمي الحرب عن جبر التعويضات المادية حول جريمة الاستيطان:

يمكن مساءلة مجرمي الحرب عن جرائم الاستيطان فيما يخص الالتزام وتحمل المسؤولية عن كافة الأضرار بالتعويض المادي نتيجة الاستيلاء ومصادرة الأراضي من أصحابها دون وجه حق، مما يعرضها بالتعويض عن تلك الجرائم التي اقترفها.

فعند قيام إسرائيل بالقيام بالممارسات الاستيطانية الإسرائيلية غير المشروعة المنصوص عليها المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م التي تحظر على القوة المحتلة القيام بنقل مجموعات من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها، وقيامها بالنقل القسري بل يشمل الوضع الذي تعمل فيه القوة المحتلة بنشاط ومن خلال مجموعة من الحوافز السياسية والاقتصادية لتشجيع سكانها على الإقامة والسكن في الأراضي المحتلة، وبذلك تغيير صفاتها الجغرافية والديمغرافية على السكان الفلسطينيين، فإنها مجبرة على تقديم تعويض مادي عن تلك الجرائم التي اقترفوها⁽¹⁾.

كما نجد أن المادة 35 من مشروع الاتفاقية حول مسؤولية الدول عن الأفعال المشروعة دولياً لعام 2001م، وضعت التزام على الدولة بإعادة الحالة لما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل الغير مشروع دولياً، بحيث وضعت قيود شروط تتعلق في حالة طلب التعويض، فيجب أن يكون محل رد الشيء وإعادته للحالة لما كانت عليه، ولا يكون مستحيل مادياً وغير مستتبع لعبء لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد والتعويض⁽²⁾.

كما وضع نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م، قواعد قانونية بجبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم، ورد الحقوق المتعلقة بهم، التي تتطلب التعويض ورد الاعتبار عن تلك الجرائم الواقعة عليهم، فلا يستطيع مجرمي الحرب التهرب من مسؤولية جبر الأضرار نتيجة الجرائم التي اقترفوها بحق المجني عليهم⁽³⁾.

(1) نصت المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949م، على ما يلي: يحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أي دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أي كانت دواعيه.

(2) عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، دار النشر مطبعة فن وألوان، تونس، طبعة ثالثة مزيدة، لعام 2012م، صفحة 269.

(3) راجع نص المادة 75 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998م.

كما أن نظام روما أجاز للمحكمة عند النطق بحكمها بأن تقوم بحديد التعويض سواء بالمبادرة من قبلها في الظروف الاستثنائية أو عند تقديم الطلب حول ومدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم، وذلك وفقاً للمادة 75 فقرة 01 من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية.

بتاريخ 24 مارس 2017م، قامت الدائرة الابتدائية الثانية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية تحت رقم ICC-01/04-01/07، بإصدار أمراً بمنح تعويضات فردية وجماعية لضحايا الجرائم التي ارتكها جيرمان كاتانغا في 24 شباط / فبراير 2003 أثناء وهو هجوم على قرية بوغورو في مقاطعة إيتوري بجمهورية الكونغو الديمقراطية. فالدائرة الثانية منحت 297 ضحية تعويضاً رمزياً قدره 250 دولاراً أمريكياً لكل ضحية، كما منحت تعويضات جماعية أخرى في شكل دعم للإسكان، ودعم الأنشطة المدرة للدخل، والمعونة التعليمية والدعم النفسي. ونظراً لعدم مقدرة السيد كاتانغا، قامت الدائرة الثانية بالطلب من الصندوق الإستئماني للضحايا إلى النظر في استخدام موارده من أجل التعويضات وتقديم خطة تنفيذ بحلول 27 حزيران / يونيو 2017م⁽¹⁾.

كما قامت محكمة العدل الدولية استجابة لدعوى أقامتها البوسنة والهرسك في 20/مارس 1993م ضد يوغوسلافيا، قالت أن المحكمة أن لها الأول وهله ولاية اصدار أمرها وفقاً لاتفاقية منع الجريمة والابادة الجماعية والمعاقب عليها التي أبرمتها الأمم المتحدة عام 1948م والتي تعتبر كل من يوغوسلافيا والبوسنة والهرسك طرفاً فيها والأفعال التي تصفها الاتفاقية بأنها إبادة جماعية وهي الأفعال التي ترتكب بغرض القضاء كلياً أو جزئياً على جماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، حيث قالت المحكمة أنه يقع على يوغوسلافيا (صربيا و الجبل الأسود) التزام بأن تدفع للبوسنة والهرسك استناداً إلى حقها بوصفها ولية أمر مواطنيها تعويضات عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص⁽²⁾.

ولذلك إسرائيل مجبرة بدفع تعويضات مادية للضحايا المتضررين من جريمة الاستيطان، لأنها هي من تجيز الاستيلاء على الأراضي وتحويلها لمستوطنات غير قانونية التي تعتبر مخالفة للقواعد القانون الدولي ويتناقض مع المواثيق الدولية، كما أن إسرائيل كيان سياسي من أشخاص القانون الدولي -دولة- باعتبارها مسؤولة دولياً تتحمل كافة تبعيات الناجمة عن الأفعال غير الشرعية التي يرتكبها ممثلوها من أفراد سلطتها، فالتزامها بمنع

(1) حكم الدائرة الثانية للمحكمة الجنائية الدولية رقم ICC-01/04-01/07، بشأن حالة الوضع في جمهورية الكونغو الديمقراطية، الصادر بتاريخ

24 مارس 2017م. <http://www.legal-tools.org/doc/83d6c4/pdf>

(2) راجع الأمر رقم 95 الصادر عن محكمة العدل الدولية المتعلق بالقضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا (صربيا والجبل الأسود))، الصادر 8 أبريل لعام 1993م،

<http://www.icj-cij.org/homepage/ar/>

ارتكاب الأفعال غير المشروعة أو وقفها من أهم الالتزامات الدولية إلى جانب إصلاح الأضرار الناجمة عن الاستيطان بإعادة الحال إلى ما كان عليه والتعويض المادي أو بالترضية فيما يتعلق بالأضرار المعنوية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مساءلة إسرائيل عن أعمال سلطتها الغير مشروعة

إن مساءلة إسرائيل عن أعمالها وسلطتها الغير المشروعة التي ترتب عليها مسؤولية جزائية دولية في حال قيامها بالاعتداء واسع النطاق ومنظم ومنهجي ضد أي من السكان ومع علمها أن هذا الاعتداء يأخذ الطابع الدولي، مما يجعلها تتحمل المسؤولية الجزائية الدولية⁽²⁾، فقواعد المجمع عليها في القانون الدولي أن التصرفات التي تصدر عن أعضاء الدولة بوصفهم أدواتها في التعبير عن إرادتها القانونية، لا تنسب إلى الأشخاص إنما تنسب للدولة المسؤولة عن تلك الأشخاص، وهناك تصرفات متعددة المصدر وقد تصدر عن السلطة التنفيذية والتشريعية، فتعليمات الصادرة عن الحكومات أو التشريعات التي تصدر عنها قوانين أو مراسيم أو لوائح وقرارات كثيراً أو أوامر عسكرية التي تقن بعض الجرائم الغير مشروعة مثل جريمة الاستيطان.

فإن التصرفات التي تصدر عن السلطات الثلاث في الدولة يجب أن تكون متفقه مع قواعد القانون الدولي والمواثيق الدولية، وخاصة إذا كانت الدول طرفاً في تلك المعاهدات الدولية أن تحترمها، واتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969م، ألزمت الدول باحترام القانون الوطني للمعاهدات وعدم تعطيل نفاذ المواثيق الدولية⁽³⁾، بحيث لم تسمح للدول بأن تحتج بنصوصها القانونية الوطنية كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة والمواثيق الدولية التي هي جزء منها⁽⁴⁾.

1- مساءلة أشخاص السلطة التشريعية عن جريمة الاستيطان:

تعتبر عملية وضع القوانين والتشريعات الوطنية من أوجه الممارسة الدولية لسيادتها الوطنية التي تتمتع باستقلالية بإصدار القوانين والتشريعات الملزمة وفق احتياجاتها القانونية والاجتماعية والثقافية

(1) حباب العمودي، المسؤولية الدولية لإسرائيل، مذكرة ماجستير في القانون الدولي عام، جامعة المنار كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، لعام 2011م، صفحة 71.

(2) عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، المرجع السابق، الطبعة الثالثة صفحة 272.

(3) نصت المادة (18) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات التي اعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969م على ما يلي: الالتزام بعدم

تعطيل موضوع المعاهدة أو الغرض منها قبل دخولها حيز التنفيذ

تلتزم الدولة بالامتناع عن الأعمال التي تعطل موضوع المعاهدة أو غرضها وذلك:

إذا كانت قد وقعت المعاهدة أو تبادلت الوثائق المنشئة لها بشرط التصديق، أو القبول، أو الموافقة، إلى أن تظهر بوضوح نيتها في أن لا تصبح طرفاً في المعاهدة.

إذا كانت قد عبرت عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة حتى دخولها حيز التنفيذ على ألا يتأخر هذا التنفيذ بغير مبرر.

(4) راجع نص المادة (27) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات التي اعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969م،

والاقتصادية والسياسية، ولكن ذلك ليسه بعيداً عن التعهدات الدولية التي قد تكون أحياناً جزء لا يتجزأ من القوانين الوطنية⁽¹⁾.

فعندما يقوم الكنيست الإسرائيلي وفق القانون الأساسي الإسرائيلي⁽²⁾، بإصدار قوانين تتعلق بمصادرة الأراضي والاستيلاء عليها وشرعنه جريمة الاستيطان والتعدي على أراضي الدولة الفلسطينية سواء من قبل الأفراد الإسرائيليين أو مواطنيها، فمسؤولية الكنيست الإسرائيلي عن أعمال الحكومة بما فيهم رئيس وزراء الحكومة، فهم مسؤولين أمام الكنيست عن أعمالهم وجميع القرارات وفق القانون الأساسي الإسرائيلي⁽³⁾، بما أن الكنيست الإسرائيلي هو السلطة التشريعية فإنه مخول أن يعلب دوراً أساسياً في ملاحقة مجرمي جريمة الحرب الاستيطان أن يمنع الحكومة في تنفيذ أي انتهاكات تتعلق باستيلاء على الممتلكات العامة والخاصة للدولة الفلسطينية⁽⁴⁾.

فعندما يحاول رئيس وزراء إسرائيل بنيامين نتنياهو بإصدار تعليمات لرئيس الائتلاف الحكومي دافيد بيطون من حزب "الليكود"، لطرح قانون "التسويات" لشرعنه البؤر الاستيطانية للتصويت عليه بالقراءة الثانية والثالثة في الكنيست الإسرائيلي بتاريخ 29/01/2017م⁽⁵⁾، وعدم احترامه لقرارات مجلس الأمن الدولي وخاصة القرار ومجلس الأمن الدولي التي صدر عنه قرار رقم 2334⁽⁶⁾، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية (الاستيطان) وجاء هذا القرار ليحمل إسرائيل جميع التدابير الرامية من قبلها من تغيير التكوين الديمغرافي وطابع و وضع الأرض الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967 بما فيها القدس الشرقية.

وفي قضية الألباما الصادرة عام 1872م بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا خير دليل على ذلك، حيث قضت المحكمة الأمريكية بإدانة بريطانيا وتحملها المسؤولية الدولية لعدم حيادها أثناء الحرب الأهلية

(1) فارس الكيلاني، *أثر الاعتراف بالدولة الفلسطينية على مسؤولية إسرائيل عن جرائمها بحق الشعب الفلسطيني*، المرجع السابق، صفحة 93.

(2) هو البرلمان الإسرائيلي حيث يتركز عمل التشريع ومراقبة الحكومة الإسرائيلية. عدد نواب الكنيست 120 نائباً، ينتهي كل منهم إلى حزب مسجل ويعمل ممثلاً لهذا الحزب.

(3) هي عنصر أساسي في القانون الدستوري لإسرائيل، هذه القوانين تتعامل مع تشكيل دور مؤسسات الدولة الرئيسية، والعلاقات بين السلطات في الدولة، البعض منها أيضاً لحماية الحقوق المدنية، في حين كان من المفترض أصلاً أن تكون هذه القوانين فصول مسودة للدستور الإسرائيلي في المستقبل.

(4) محسن صالح، *صناعة القرار الإسرائيلي*، دار النشر مركز الزيتونية للدراسات والاستشارات - بيروت، طبعة 2011م، صفحة 24.

(5) راجع الموقع الإلكتروني لوكالة معا حول قانون شرعنة المستوطنات أمام الكنيست بطلب من نتنياهو، الصادر بتاريخ 29/01/2017م،

<https://www.maannews.net/Content.aspx?id=889243>

(6) انظر للقرار لمجلس الأمن الدولي رقم 2334، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية،

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2334

الأمريكية، ورفضت الدفع المقدم من بريطانيا بعدم وجود تشريع لديها ينظم مسألة الجياد⁽¹⁾، فدعاوى التعويض عن الضرر التي رفعتها حكومة الولايات المتحدة ضد حكومة المملكة المتحدة لمساعدتها سراً الولايات الكونفدرالية الأمريكية بعد التحكيم لعام 1872 أجبر بريطانيا بدفع للولايات المتحدة 15.5 مليون دولار للأضرار التي سببتها السفن الحربية البريطانية الصنع التي بيعت للكونفدرالية.

لذلك من الآثار القانونية المترتبة هنا على المسؤولية الدولية هي التعويض أي أن تقوم الدولة بدفع مبالغ مالية لإصلاح الأضرار المترتبة عليها.

وبتالي يمكن مساءلة أعضاء السلطة التشريعية والمسؤولين عن إصدار التشريعات والقوانين والمراسيم والقرارات الحكومية عندما يتم إصدارها تحت سلطتهم المباشرة لأنهم لا يرجعون لشعوبهم وهو مصدر السلطة ويحدث ذلك عندما يقومون بالاتفاق مع الأجهزة العسكرية والقادة العسكريين بإصدار تشريعات تحمي جرائمهم من الملاحقة القانونية وذلك لمحاولة تجاوز المعاهدات والمواثيق الدولية حتى يضمنون عدم مساءلتهم عن تلك الجرائم في المستقبل⁽²⁾.

وبالتالي يمكن القول أن هؤلاء لن يكون من حقهم التمسك بالقرارات والمراسيم أو التشريعات أو الاتفاقيات الدولية التي صدرت عنهم فيما يخص مخالفتها للمواثيق الدولية وخاصة لنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيث لا يحق لهم التمسك إذا ما تم إصدارها بشكل قانوني وهم بذلك لا يتحملون المسؤولية عن تلك التشريعات المخالفة لأنها صدرت عن جهات رسمية بالدولة يعملون بها.

كما لا يحق للدولة التمسك بإكراه ممثلها عن طريق إصدار أعمال أو تهديدات موجهة ضده وتكون مخالفة للمعاهدات الدولية وتكون مسؤولة كل المسؤولية عن ذلك وفقاً للمادة (51) لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969م⁽³⁾.

لذلك عند صدور قرار أو تشريع أو مراسيم أو معاهدات مخالفة لقاعدة أمرة⁽⁴⁾ في القانون الدولي، فسوف تكون هذه التشريعات بحكم المعدومة لأنها خالفت قواعد القانون الدولي مما سيحمل الدولة المسؤولية

(1) سلطان حامد، القانون الدولي العام وقت السلم، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة أولى، صفحة 365.

(2) غنيم قنص المطيري، آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق 2010/2009، دن، صفحة 65.

(3) حيث نصت المادة (51) لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969م إكراه ممثل الدولة، ليس لتعبير الدولة عن رضاها الالتزام بمعاهدة والذي تم التوصل إليه بإكراه ممثلها عن طريق أعمال أو تهديدات موجهة ضده أي أثر قانوني.

(4) حيث نصت المادة (53) لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969م المعاهدات المتعارضة مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي (النظام العام الدولي) تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع.

الدولية عن ذلك، وعند إصدار تعطيل نفاذ المواثيق الدولية⁽¹⁾، بحيث لم تسمح للدول بأن تحتج بنصوصها القانونية الوطنية كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة والمواثيق الدولية التي هي جزء منها⁽²⁾، مما تتحمل المسؤولية القانونية عن إصدار تلك التشريعات والقوانين لأنها لا تستطيع التمسك أن تحتج بأن عدم التمسك بإصدار قوانين مع الالتزام بالمعاهدات الدولية قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي⁽³⁾.

2- مساءلة مسؤولين السلطة التنفيذية عن جريمة الاستيطان:

يمكن مساءلة مسؤولين السلطات الإسرائيلية عن جميع أعمالهم وتصرفاتهم الصادرة عن السلطة التنفيذية المتمثلة بالحكومة فالمسؤولية التي تتحملها عند القيام بإصدار قرارات حكومية تسمح بالاستيلاء على الممتلكات العامة والخاصة والغائبين⁽⁴⁾ ومصادرة الأراضي من الدولة الفلسطينية، بحيث إصدارها لتلك القرارات تتحمل المسؤولية عن ذلك دون الخوض على أنها قرارات تصدر من نابع قانوني.

ويمكن مساءلتهم على عدم تنفيذ قرارات الدولية من ضمنها قرارات مجلس الأمن الدولي، وخاصة قرار مجلس الأمن الدولي رقم قرار رقم 2334، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016م المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط القضية الفلسطينية (الاستيطان) التي اعتبر أن المستوطنات غير قانونية وغير شرعية.

كما سوف يتم إنشاء لجنة داعمة للتدابير الإلزامية لعدم تنفيذ قرار مجلس الأمن الدولي من قبل إسرائيل، قد سبق أن قام مجلس الأمن الدولي بإنشاء لجنة داعمة للتدابير الإلزامية بموجب القرارات 1267 (1999) و1989 (2011) و2253 (2015) بشأن تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام (داعش) وتنظيم القاعدة وما يرتبط بهما من أفراد وجماعات ومؤسسات وكيانات⁽⁵⁾.

(1) راجع نص المادة (18) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي اعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969م.

(2) راجع نص المادة (27) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي اعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969م.

(3) راجع نص المادة (46) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي اعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969م.

(4) لقد تم سن قانون أملاك الغائب في عام 1950م في محاولة لإضفاء الصفة القانونية على سيطرة إسرائيل على الأراضي الفلسطينية في ما أصبح إسرائيل. يمنح القانون الوصي الإسرائيلي على أملاك الغائب "الحق" في الاستيلاء، والإدارة، والسيطرة على الأرض التي يملكها أشخاص يتم تعريفهم "كغائبين". "الغائب" هو أي فلسطيني رحل في الفترة من 29 تشرين ثاني 1947 إلى 18 أيار 1948 عن تلك الأقسام من فلسطين التي أصبحت إسرائيل (أي اللاجئين الفلسطينيين) تم في آخر الأمر تحويل الأراضي الفلسطينية التي تم الاستيلاء عليها وفقاً لهذا القانون بعد عام 1948 من الوصي إلى سلطة التطوير الإسرائيلية أو الصندوق الوطني اليهودي واستخدمت لتوطين اليهود فقط. بعبارة أخرى، أضفى القانون "الصفة القانونية" على مصادرة الممتلكات الفلسطينية فيما يُعرف الآن بإسرائيل.

(5) أنشأ مجلس الأمن، بموجب القرار 1267 (1999) المؤرخ 15 تشرين الأول/أكتوبر 1999، لجنة للإشراف على تنفيذ تدابير الجزاءات المحددة الهدف ضد الكيانات والأفراد الذين تحددهم اللجنة والطائرات التي تمتلكها أو تتحكم فيها أو تستأجرها أو تشغلها حركة الطالبان. وتم في وقت لاحق تعديل هذه التدابير، لا سيما بموجب القرارين 1333 (2000) و1390 (2002)، لتشمل تجميد الأصول وحظرًا للسفر وحظرًا لتوريد الأسلحة، وهي تدابير تطل الكيانات والأفراد المرتبطين بأسماء بن لادن وتنظيم القاعدة وحركة الطالبان أينما كانوا. وقرر مجلس الأمن، بموجب القرارين 1988 (2011) و1989 (2011) المؤرخين 17 حزيران/يونيه 2011، أن يقسم نظام الجزاءات المفروضة على تنظيم القاعدة وحركة الطالبان إلى نظامين مستقلين. وينص القرار 1989 (2011) على أن تعرف بعد الآن قائمة الجزاءات التي تتعدها اللجنة المنشأة عملاً بالقرار 1267 (1999) بـ "قائمة الجزاءات المفروضة على تنظيم القاعدة"، وألا تتضمن سوى أسماء من يرتبط بتنظيم القاعدة من أفراد وجماعات ومؤسسات

ويمكن مساءلتهم عن عدم تنفيذ القرارات الدولية الملزمة لها ومنها قرارات مجلس الأمن الدولي بوقف جرائم الاستيطان في أراضي الدولة الفلسطينية⁽¹⁾، في حالة الامتناع عن القيام بالعمل الصادر عن موظفيها أو إدارتها العامة أو مؤسساتها العامة، إذا نجم عنه ضرر عن الاستيلاء عن الممتلكات العامة والخاصة من قبل الموظف العام في السلطة التنفيذية، بحيث يصدر عنه فعل من دون إذن من حكومة إسرائيل، هنا ولا بدّ من التمييز هنا بين حالتين:

في الحالة الأولى عندما يقوم الشخص التي يعمل في السلطة التنفيذية بصفته الوظيفية وفي معرض ممارسته لها، ويقوم بإصدارات قرارات إدارية تتعلق باستيلاء على أراضي الدولة الفلسطينية دون وجه حق، فان السلطة التنفيذية تتحمل هذه الحالة المسؤولية الدولية الناجمة عن فعل هذا الموظف، التي يقوم بإصدار تعليمات أو قرارات ذات طابع تنظيمي في الاستيلاء على أراضي الدولة الفلسطينية ومصادرتها⁽²⁾.

كما يتحمل الشخص المسؤولية عن الانصياع للأوامر السلطة التنفيذية، فلا يستطيع التمسك بأنه ينفذ الأوامر العليا، لأنه يعلم أنها مخالفة لأغراض ومبادئ وقواعد القانون الدولي الإنساني، فعندما يصدر أمراً باستيلاء على ممتلكات عامة أو خاصة من أراضي من الدولة الفلسطينية، بحيث يعلم بمخالفته للقواعد والمواثيق الدولية، وقد سبقت لمحكمة طوكيو الدولية أنها أقرت بعدم جواز تنفيذ الأوامر الرئيسية الصادرة من الرئيس وهو رأس الهرم في السلطة التنفيذية إذا كانت عدم مشروعيتها تخالف ظاهرة وفقاً لأحكام القانون الدولي⁽³⁾.

أما في حالة قيام الموظف بصفته الشخصية ويقوم بإصدارات قرارات إدارية تتعلق باستيلاء على أراضي الدولة الفلسطينية دون وجه حق وخارج نطاق وظيفته بالسلطة التنفيذية، ويعامل الفعل في هذه الحالة معاملة الأفعال الصادرة عن الأشخاص العاديين لا تساءل الدولة إلا على التعويض بما فيها عن أعمال هؤلاء وعدم اتخاذ الحيطة الضرورية لعدم وقوع الفعل الضارّ، أو أهملت معاقبة مرتكبيه بعد حدوثه.

وكيانات. وقام المجلس أيضاً، بموجب القرار 1526 (2004) المؤرخ 30 كانون الثاني/يناير 2004، بإنشاء فريق للدعم التحليلي ورصد الجزاءات مكلف، في جملة أمور، بتقييم تنفيذ التدابير وتقديم توصيات في هذا الشأن، وإجراء دراسات فردية، وإجراء بحث متعمق لأي مسائل أخرى حسبما توجهه إلى ذلك اللجنة، راجع الموقع الرسمي لمجلس الأمن حول لجان الجزاءات ولجان أخرى راصدة للتدابير الإلزامية، http://www.un.org/ar/sc/repertoire/subsidiary_organ/sanctions

(1) وفقاً للمادة 25 من ميثاق الأمم المتحدة "يتعهد جميع أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق الأمم المتحدة التي تم توقيعه في 26 حزيران/يونيه 1945 م.

(2) فارس الكيلاني، أثر الاعتراف بالدولة الفلسطينية على مسؤولية إسرائيل عن جرائمها بحق الشعب الفلسطيني، المرجع السابق، صفحة 93.

(3) محمد صالح الهمص، تطور المسؤولية الجنائية الدولية حول جريمة الإبادة الجماعية، أطروحة دكتوراه في العلوم السياسية، جامعة المنار كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2009م، صفحة 230.

الخاتمة:

توصلنا في دراستنا هذه إلى أن موضوع ملاحقة مرتكبي الجرائم الحرب الإسرائيلية أصبح ضرورة حتمية فلسطينية وخاصة بعد انضمام دولة فلسطين لنظام روما للمحكمة الجنائية الدولية، في ظل تعنت إسرائيل بارتكاب المزيد من الجرائم بحق الشعب الفلسطيني وارتكابها أبشع أنواع الجرائم الدولية فظاعة، ومما يزيد الأمر صعوبة أن هذه الانتهاكات تتزامن مع التسارع في التقدم في الحروب من قبل إسرائيل على دولة فلسطين، في غياب احترامها أدني مبادئ ومعايير حقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية التي كفلها القانون الدولي الإنساني، وكل ذلك يعتبر منطلقاً ودافعاً للمجتمع الدولي بأن يبذل قصارى جهده لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيلية من أجل محاكمتهم عبر الآليات الوطنية المتاحة أو الدولية وخاصة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

وأيضاً يمكن لدولة فلسطين ملاحقة مجرمي الحرب من خلال اللجوء إلى المحاكم المختصة، ومحاكم الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف لعام 1949م، وخاصة بعد انضمام دولة فلسطين لجميع اتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكولين الإضافيين بتاريخ 2014/05/1م، والدول الأطراف باتفاقية جنيف الرابعة يمكن لها مساعدة دولة فلسطين في تحقيق ذلك، من خلال في استخدام الآلية الملزمة والواجبة التطبيق والتفعيل في مجموع الالتزامات القانونية التي القتها اتفاقية جنيف الرابعة وأحكام بروتوكول جنيف الأول المكمل للاتفاقيات جنيف الأربع على عاتق الدول الأطراف فيها. كما يمكن محاكمة مجرمي الحرب الإسرائيليين على جريمة الاستيطان وذلك بقيامهم بإنشاء المستوطنات في الدولة الفلسطينية التي تعتبر جريمة حرب وفق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، في ظل التعقيدات الموجودة أمام الدولة الفلسطينية للوصول إلى اتفاق حل الدولتين بين إسرائيل وفلسطين، ومخالفة إسرائيل للقانون الدولي وقرارات الأمم المتحدة وقرارات مجلس الأمن الدولي.

وأخيراً نستطيع القول يمكن محاكمة مجرمي الحرب الإسرائيليين وفق الآليات القانون السالفة الذكر ولكن بعيداً كل البعد عن السياسة الدولية التي يمكن أن تضغط مثلاً على المحكمة الجنائية الدولية بعدم فتح تحقيقات لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين على جريمة الاستيطان.

وخلصت الدراسة لمجموعة من النتائج :

أ- النتائج :

1- لما لمجلس الأمن الدولي من سلطة اتخاذ القرارات والتوصيات، فإنه من باب أولى أن يستخدم المجلس تلك الصلاحيات لتوقيع الجزاءات المناسبة على إسرائيل بسبب تجاهلها التزاماتها الدولية، خاصة تطبيق القرار 2334 الصادر عن مجلسه لعام 2016، والعمل على تنفيذ قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم (2334)، الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 2016م، التي حث على وضع نهاية للمستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية.

- 2- مطالبة مجلس الأمن والأمم المتحدة بالعمل على إنشاء محكمة خاصة لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين على جريمة الاستيطان على غرار محاكم يوغوسلافيا السابقة، ورواندا.
- 3- ضرورة التوجه للمحكمة الجنائية الدولية لملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين عن جرائم الاستيطان باعتبار هذه الجريمة تدخل باختصاص المحكمة الجنائية الدولية وفق المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة.
- 4- من الواجب دولياً أن تتخذ الأطراف المتعاقدة السامية في اتفاقية جنيف الرابعة كافة التزاماتها مع تدابير ضرورية لتكفل إسرائيل احترام تلك الاتفاقية وخاصة بعد انضمام دولة فلسطين لجميع اتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكولين الإضافيين بتاريخ 2014/05/1م، والدول الأطراف باتفاقية جنيف الرابعة يمكن لها مساعدة دولة فلسطين في تحقيق ذلك، من خلال في استخدام الآلية الملزمة والواجبة التطبيق والتفعيل في مجموع الالتزامات القانونية التي القتها اتفاقية جنيف الرابعة وأحكام بروتوكول جنيف الأول المكمل للاتفاقيات جنيف الأربع على عاتق الدول الأطراف فيها.

أولاً: المراجع العربية:

- ابراهيم أمين النيفياوي، أصول التقاضي، الكتاب الأول والثاني في نظم إجراءات التقاضي طبقاً للقانون رقم 76 لسنة 2007، الطبعة الأولى بدون ناشر، لعام 2006م.
- جوزيف شيكلا، جريمة نقل السكان التجريم، الملاحقة القضائية، والتحصين من العقوبة، دراسة قانونية صادرة عن مجلة حق العودة، العدد 54، أوت لعام 2013م.
- حباب العمردوني، المسؤولية الدولية لإسرائيل، مذكرة ماجستير في القانون الدولي عام، تونس: جامعة المنار كلية الحقوق والعلوم السياسية، لعام 2011م.
- سامح خليل الوادية، المسؤولية الدولية عن جرائم الحرب الإسرائيلية، بيروت: الناشر مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، الطبعة الأولى 2009.
- سلطان حامد، القانون الدولي العام وقت السلم، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2016م.
- عبد الله محمد عبود، الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة، دراسة قانونية سياسية في ضوء محكمة العدل الدولية، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2013م.
- عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، تونس: دار النشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، ، طبعة الخامسة مزيدة، لعام 2014م.
- عبد المجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، تونس: دار النشر مطبعة فن وألوان، طبعة ثالثة مزيدة، لعام 2012م.

- غنيم قنص المطيري، آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق 2010/2009.
- فارس الكيلاني، أثر الاعتراف بالدولة الفلسطينية على مسؤولية إسرائيل عن جرائمها بحق الشعب الفلسطيني، رسالة ماجستير قانون عام كلية الحقوق جامعة الأزهر- فلسطين، لعام 2014/2014م.
- محسن صالح، صناعة القرار الإسرائيلي، بيروت: دار النشر مركز الزيتونية للدراسات والاستشارات ، طبعة 2011م.
- محمد أمين المهدي، شريف عتلم، دولي حمد، الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الطبعة الأولى 2006م .
- محمد سعيد الدقائق، التنظيم الدولي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة أولى 2014م.
- محمد صالح الهمص، تطور المسؤولية الجنائية الدولية حول جريمة الإبادة الجماعية، أطروحة دكتوراه في العلوم السياسية، جامعة المنار كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2009م.
- مرشد أحمد رشيد، أحمد غازي الهرمزي، القضاء الدولي الجنائي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان الطبعة الأولى 2002م.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Lionel Yee, The International Criminal Court and The Security Council, in MAKING OF THE ROME STATUTE, imprint Publisher Martinus Nijhoff Publishers, Edition Number 1, 1999.
- F. Kittrie , Law as a Weapon of War, Oxford University Press, Edition Number 1,2015.

ثالثاً: التقارير:

التقرير الصادر عن مجلس حقوق الإنسان في الدورة الخامسة والعشرون بتاريخ 2014/01/13م.

رابعاً: الاتفاقيات:

- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949.
- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات التي اعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969م.
- أركان الجرائم اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية خلال الفترة من 3 إلى 10 أيلول/سبتمبر 2002.

- البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 آب / أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.
 - ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 م.
 - ميثاق المحكمة العسكرية الدولية نورمبرج.
 - نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 م.
- خامساً: القضاء:

- الأمر رقم 95 الصادر عن محكمة العدل الدولية المتعلق بالقضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (البوسنة والهرسك ضد يوغوسلافيا(صربيا والجبل الأسود)، الصادر 8 ابريل لعام 1993 م.
 - حكم الدائرة الثانية للمحكمة الجنائية الدولية رقم ICC-01/04-01/07، بشأن حالة الوضع في جمهورية الكونغو الديمقراطية، الصادر بتاريخ 24 مارس 2017 م.
 - فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشيد جدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 2004 م.
- سادساً:القرارات:

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 225/70 بشأن السيادة الدائمة للشعب الفلسطيني في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2015 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 242 بشأن الحالة الشرق الأوسط، بتاريخ 22 نوفمبر 1967 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 2334، المتعلق بالوضع في الشرق الأوسط (القضية الفلسطينية) الصادر بتاريخ 23 ديسمبر لعام 2016 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 298 المتعلق بالوضع بالشرق الأوسط الصادر بتاريخ 25 سبتمبر لعام 1971 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 446 بشأن الأراضي المحتلة من قبل إسرائيل، الصادر بتاريخ 22 آذار 1979 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 471 بشأن الأراضي المحتلة من قبل إسرائيل، الصادر بتاريخ 05 حزيران 1980 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 542 بشأن الأراضي المحتلة من قبل إسرائيل، الصادر بتاريخ 20 / 07 / 1979 م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 713 بشأن الحالة في جمهورية يوغوسلافيا السابقة، الصادر بتاريخ 25 أيلول لعام 1991 م.

- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 780 بشأن الحالة في جمهورية يوغوسلافيا السابقة، الصادر بتاريخ أكتوبر 06 لعام 1992م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 827 بشأن إنشاء محكمة دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني التي أرتكبت في أقاليم يوغوسلافيا مند 1991م.

مراجعة علمية لكتاب التحقيق الجنائي الرقمي

IT Forensik

للكاتب Dennis Heinson

من إعداد: رضوان حسان إسخيطة

RADWAN ESKHITA, Johannes Gutenberg University, Germany

نبذة عن الكتاب

الكاتب: Dennis Heinson

دار النشر: Mohr Siebek

الرابط: <https://kobra.bibliothek.uni-kassel.de/bitstream/urn:nbn:de:hebis:34-2016110751250/1/DissertationDennisHeinson.pdf>

هذا الكتاب للمحامي دينيس هاينسون يدور حول موضوعين رئيسيين في مجال التحقيق الجنائي الرقمي، الموضوع الأول الطرق والوسائل للتعامل مع الأدلة الجنائية الرقمية وكيفية التعاطي معها لجعل هذه المعلومات الرقمية ترقى لمرتبة دليل الإثبات في المحكمة، والموضوع الثاني: كيفية إجراء تقييم للمعلومات الجرمية الرقمية في معرض التحقيق الجنائي الرقمي للحصول على النتائج الحقيقية ضمن هذه المعلومات.

يتألف هذا الكتاب من 451 صفحة مقسّمة على عشرة فصول، تتضمّن -بعد المقدمة- في الفصل الأول، النظريات العلمية وشرح ماهية الأدلة الجنائية الرقمية وتاريخها وأسسها في الفصل الثاني، ويتضمّن الفصل الثالث التقنيات والأصول المتّبعة في جمع الدلائل والمعلومات الرقمية، بينما يتضمّن الفصل الرابع الإطار القانوني لهذا البحث والقواعد القانونية المنظمة لعمليات جمع الأدلة، ويتطرّق الفصل الخامس إلى حقوق الإثبات وما هو مسموح به وما هو ممنوع في عالم إثبات الجرائم الرقمية، ويعطف الفصل السادس على مكانة الدلائل الرقمية في معرض سير الجرائم أمام المحاكم، ويتطرّق الفصل السابع إلى آلية تقييم الدلائل والمعلومات الرقمية أمام المحاكم والنظريات المتّبعة في ذلك. ويشرح الفصل الثامن آلية العقاب ومعاييرها في

الجرائم والحالات التي تتضمن أدلة جنائية رقمية، ويعرض الفصل التاسع المناهج المتبعة في كل ماسبق ذكره مع تحليل لها، بدءاً من آليات جمع الدلائل الرقمية وانتهاءً بآليات الحكم العقابي، أما الفصل الأخير فيتضمن نتائج البحث وإرشادات مستخلصة من البحث وكذلك المراجع الأدبية المتعلقة بموضوع هذا الكتاب.

نظرة عامة:

هذه المراجعة تدور حول بحث في التحقيق الجنائي الرقمي يتناول طبيعة التحقيق الجنائي الرقمي واختلافه عن التقليدي من حيث طرق العمل وجمع الأدلة؛ وذلك حسب القوانين الأوروبية وخاصة ألمانيا كمثال يحتذى به. ويحاول البحث توضيح ماهية هذه النوع من التحقيقات وأهميتها المتعاظمة مع تعاظم دور التقنية في كل مناحي الحياة.

ويستعمل هذا البحث -بالإضافة لطريقة تقييم القوانين التقليدية- طريقة التقييم من خلال حالات عملية تضع النص موضع التطبيق، وتستخلص منه النتائج. ويقترح البحث نموذجاً عاماً لعملية جمع الأدلة الجنائية الرقمية لضمان قبولها كدليل له صفة الاعتماد أمام المحاكم. كما يتطرق البحث إلى آلية تفادي الاصطدام بين البحث الجنائي الرقمي وقوانين حماية البيانات الشخصية التي قد تقف عائقاً أمام عملية البحث. ويوضح هذا البحث -أيضاً- كيف يمكن للمستند الإلكتروني أن يصل إلى مرتبة الدليل، ويخلص في النهاية إلى نتائج توضح أهمية البحث الجنائي الرقمي وأفضل التوصيات لضمان استخلاص معلومات وإجراء تحقيقات سليمة ومعتمدة أمام المحاكم.

1. المقدمة:

تستحوذ الأدلة الجنائية الرقمية بشكل تدريجي على حصة متزايدة باطراد من بين الأدلة الجنائية التقليدية الأخرى، إن صح التعبير، ويزداد الحديث عن حجيتها وتطوير طرق الوصول إليها بالشكل الذي يضمن وثوقية الأدلة الرقمية لترقى إلى مرتبة الدليل الذي يمكن الاعتماد به أمام المحاكم. كذلك فإن تقنيات جمع الأدلة الرقمية وتقييمها بدأ يتطور بشكل سريع ممّا جعل منها أدلة حقيقية لها حجية أمام القضاء. ويتمحور هذا البحث، الذي نقوم بمراجعته، حول صفات وأنواع الأدلة التي تتمتع بالحجية أمام القضاء، وكذلك طرق جمع وتقييم الأدلة الجنائية الرقمية.

2. طرائق البحث:

تم استعمال وصف الطرق والتقنيات المستعملة في البحث الجنائي الرقمي وجمع الأدلة الرقمية، إضافة إلى تطبيق النصوص القانونية على الحالات العملية ومراقبة النتائج. وكذلك تحليل النتائج فيما إذا كانت واضحة، أو تدعو للشك أو مرفوضة.

إنَّ استعمال الطرق التقليديَّة في تقييم النصوص القانونيَّة الخاصة بالتحقيقات الجنائيَّة الرقميَّة لا يفضي إلى نتائج دقيقة؛ لذلك يجب وضع النصوص موضع التطبيق والبحث من خلال التطبيق والنص للوصول إلى نتائج واقعية وخصوصاً مع التقنيات الحديثة، التي لا يمكن للقوانين التنبؤ بنتائجها إلا من خلال تطبيقها واستخلاص نتائجها من خلال التطبيق⁽¹⁾.

3. تعريف الأدلة الجنائية الرقمية واستعمالاتها:

هي الأدلة المستخلصة من خلال تحليل المعلومات الموجود على الأنظمة الحاسوبية بالطرق العلميَّة لاستخدامها كأدلة إثبات أمام المحاكم⁽²⁾.

إضافة إلى استعمال الأدلة الجنائية الرقمية كدليل إجراءات المحاكمات الجرمية؛ فإنها تُستعمل في الشركات لإثبات أن العاملين تعاملوا مع المعلومات بشكل موافق للقوانين على سبيل المثال، أو لمعرفة نقاط الضعف في أنظمة الشركات وتقدير الأضرار الناجمة عن الهجمات الإلكترونية أمام القضاء⁽³⁾.

من الشائع أيضاً في عمليات التحقيق الجنائي الرقمي أنَّه لا يتطلب أن يكون هناك فاعل للجريمة. ولكن هذا نجده في حالات شائعة مثل مراقبة الالتزام بالقوانين والتعليمات الأمنية في منظمة معينة للتأكد من امتثالها لقواعد الأمن الرقمي، وهنا يمكن استعمال السجلات الرقمية في المخدمات الحاسوبية كدليل لإثبات الالتزام بهذه المعايير⁽⁴⁾. كما يمكن للتحقيق الجنائي الرقمي أن يساعد من خلال فحص هذه الأنظمة في تبيان نقاط الضعف والخلل الأمني في هذه الأنظمة ليتم تأمينها⁽³⁾.

4. مراحل التحقيق الجنائي الرقمي:

يمر التحقيق الجنائي الرقمي بمراحل متعددة تختلف عن مراحل التحقيق التقليدي نظراً لاختلاف طبيعة المواد التي يتم التحقيق خلالها، ونظراً لاختلاف أنواع الأجهزة التقنية والحاسوبية فإن التحقيق يشمل مختلف الأوجه من هذه الأنظمة، ويتم تحليل هذه الأنظمة وفقاً لنظريات وطرق مختلفة حسب وجهة نظر المحققين وطبيعة المعلومات المطلوب الوصول إليها من أجل استخلاص هذه الدلائل القضائية، التي يمكن استخدامها في التحقيق الجنائي الرقمي⁽⁶⁾. ومن أهم الاعتبارات في عملية جمع الأدلة الرقمية هو طريقة جمع الأدلة التي تتعلق بالقضية، ووفقاً للمعطيات الموجودة في سجل الادعاء؛ وعليه يجب أن تكون المعطيات التي تم إيجادها ترقى لمستوى الدليل، وتم تحصيلها بالطرق العملية التي يمكن للخبراء فهمها⁽⁷⁾.

¹ Larenz 1991, 250 ff.; zu den Kanones der Auslegung s. Kudlich/Christensen, JA 2004, 74

² Engl. Log-Files, s. etwa Eckert 2012, 729

³ Eckert 2012, 13 f.

⁴ Casey, in: Casey 2011, 11.

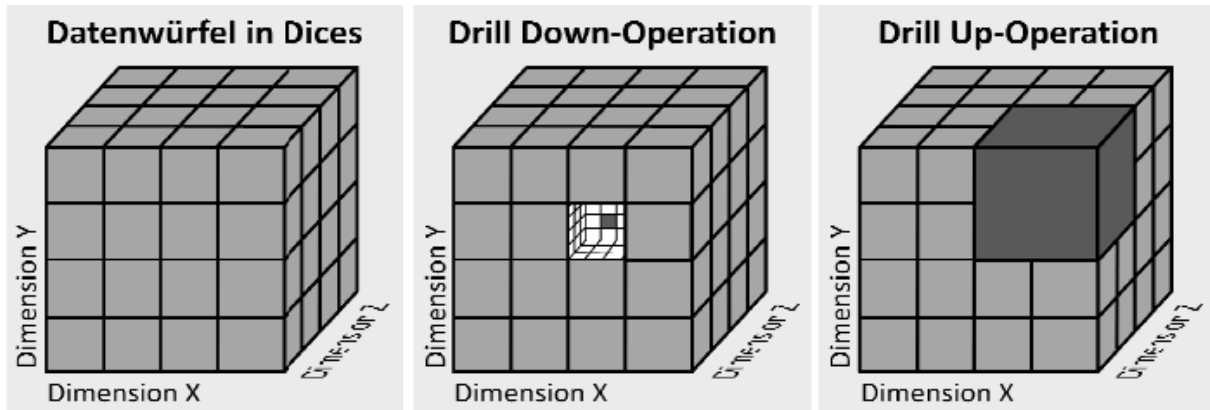
⁵ Zu den beweisrechtlichen Anforderungen s. unten E.VII.

إن طرق الاستقصاء لا يمكن تحديدها بشكل ثابت؛ بل هي تختلف باختلاف الحالة، وعليه يوجد نماذج يُنصح باتباعها في عملية البحث الرقمي، وهذه النماذج لا تتضمن خطوات محددة، وإنما تتضمن إجراءات ضمن إطار عمل يحدد أطر العمل في التحقيق الجنائي الرقمي، ومن هذه الإجراءات تتألف المرحلة الأولى وهي تأمين الأدلة المستخلصة وتخزينها، وهذه المرحلة تُقسم إلى نوع أول وهو تأمين الدليل الرقمي بعد وقوع الجريمة في الحالات الساكنة كما في حال تخزين البيانات بعد إطفاء الحواسيب المخزنة للبيانات. في حين أن النوع الثاني يكون في حالات تخزين البيانات المباشر، والتي ما تزال فيه البيانات في وضع العمل⁽⁸⁾.

إن الغرض الرئيس من هذه المرحلة هو نقل المعلومة أو الدليل الرقمي من مكانه إلى حيز يتمكن من خلال تقييمه وتقديمه كدليل في البحث الجنائي. هذه المرحلة تتطلب أيضاً تدوين كافة مراحل الحصول على المعلومات المطلوبة وحفظ المعلومات أو نسخها لتقديمها عند الحاجة. إن المعلومات في حالة البيانات المخزنة بشكل مباشر (كما هو الحال في البيانات على الذواكر العشوائية للحواسيب) يجب حفظها لأنها تضيع بمجرد إطفاء الحاسوب.

المرحلة التالية هي التحليل، وهنا يجب تحليل البيانات، والذي يمكن أن يتم بشكل يدوي بحيث يتم البحث عن البيانات التي تحوم شكوك حولها في الأجهزة التي من الممكن أن تكون هذه البيانات مخزنة عليها. وفي مراحل وحالات متقدمة يتم اللجوء إلى التحليل عن طريق برامج مخصصة للتحقيق الجنائي الرقمي والتي تقوم بفحص المعلومات في الخدمات الحاسوبية الكبيرة وهذه البرامج تكون مجدية في حالات البحث عن أدلة وبيانات ضمن مخزونات بيانات كبيرة. كما أن عملية التحليل تتم وفقاً لمعايير ونظريات مختلفة تختلف حسب طبيعة البيانات والحالة الجنائية. ففي المثال الصوري التالي يمكن مشاهدة ثلاث طرق عمل لبرمجيات البحث الجنائي الرقمي للبحث عن المعلومات التي يمكن أن تساعد كدليل رقمي في القضية. ومن الطرق المعروفة في استخراج وتحليل البيانات OLAP-System الذي يتم بطرق مختلفة.

الصورة 1- أنواع البحث حسب مفهوم OLAP-System



هذه الطرق تفيد في عمليات البحث في قواعد البيانات المعقدة وتأتي بنتائج سريعة مقارنة مع حجم قواعد البيانات التي يتم البحث فيها وتفيد المحللين في الوصول إلى الهدف بشكل أسرع⁽⁹⁾. هذا المبدأ يحتاج إلى المعايير المسماة FASMI ليتم تطبيقه بالشكل الأمثل وهي: السرعة، والتحليل، والعمل المشترك، والأبعاد المتعددة والمعلومات المتوفرة.

المرحلة الأخيرة من عملية الجمع تسمى العرض، والتي تكون أمام المحكمة، وهذه المرحلة تعتمد على الطرف الذي قدم الدليل الرقمي، وكيفية تقديمه بشكل يجعل المحكمة تأخذ به بشكل مقنع⁽¹⁰⁾. إن التقديم الناجح للدلائل يجب أن يكون خطياً ويتضمن كل المراحل والآثار التي تم تعقبها للوصول إلى هذه الأدلة بما في ذلك المراحل السابقة من تخزين المعلومات وتأمينها وتحليلها.

5. التحقيق الجنائي الرقمي وقوانين حماية البيانات:

تختلف المادة الجرمية في التحقيقات الجنائية الرقمية عنها في التقليدية؛ لكون المعلومات يمكن تناقلها بسرعة شديدة بين البلدان المختلفة، وهذا يجعل عملية جمع الأدلة الجنائية عرضة لقوانين حماية البيانات في البلدان التي يتم تواجد البيانات على مخدماتها الحاسوبية.

إن اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية General Data Protection Regulation من أحدث قوانين حماية البيانات التي بدأ تطبيقها في أيار 2018 ونصت في مواد متعددة على مشروعية معالجة البيانات الخاصة بالجرائم والتحقيقات الجنائية، وهذا ضمن مواد متعددة مثل المادة 10 التي سمحت بمعالجة البيانات الشخصية من قبل الهيئات الحكومية المختصة كاستثناء من قانون حماية البيانات الذي يحظر معالجة البيانات الشخصية إلا بشروط مثل موافقة الشخص موضوع البيانات.

كما أن المادة 27 الفقرة 2 أ سمحت بنقل البيانات خارج حدود الاتحاد الأوروبي في حال كون البيانات تتعلق بتحقيق جنائي رقمي، وأفردت ضمانات خاصة بهذا الخصوص لمنع إساءة استعمالها. بالإضافة إلى ذلك شددت المادة 24 على وجوب التقيد بالغرض من جمع البيانات وعدم استعمالها في غير ما تم الجمع لأجله.

ما ينطبق على قوانين حماية البيانات ينطبق أيضاً على قوانين الاتصالات، التي تُطبق على نقل البيانات عبر أجهزة الاتصالات. وهنا يمكن للتحقيقات الجنائية الرقمية، ضمن شروط محددة، أن يكون لها صفة الاستثناء، وتسمح هذه القوانين بمراقبة أو استخلاص المعلومات المنقولة عبر التواصل الشبكي. وتسمح عادة القوانين بالاستماع ومراقبة الاتصالات في حالات وجود شكوك قوية حول أشخاص معينين في معرض التحقيق بقضايا جنائية. فالقانون الألماني للاتصالات على سبيل المثال في المادة 88 يطرح هذا الاستثناء مع مراعاة المادة العاشرة من الدستور التي تنص على عدم جواز المساس بحرية الاتصالات من الرقابة وهنا يعد الاستثناء مقدرًا بقدره؛ فلا يجوز مراقبة الاتصالات بشكل عام وإنما بشكل محدد بالأشخاص موضوع التحقيق الجنائي⁽¹¹⁾.

6. الأدلة وأحكامها:

تأخذ الأدلة الرقمية نفس الخصائص المتعلقة بالأدلة التقليدية فيما يخص درجة قبولها من ناحية الإثبات؛ حيث تعد من مهمات التحقيق الجنائي الرقمي الكشف عن الأدلة الرقمية ذات الدرجة الكافية من الثبوتية ليصار إلى اعتبارها دليلاً.

يعد الدليل الظاهر الدليل الرئيس المقبول لدى المحاكم عموماً، وبالنسبة للأدلة الرقمية يكون الدليل الظاهر هو المستند الإلكتروني الموقع توقيعاً إلكترونياً صحيحاً يمكن نسبته دون شك إلى لشخص الموقع عليه. وهذا الدليل، بالنسبة للمحكمة، يعد صحيحاً ما لم يدع الطرف الآخر بطلانه أو تزويره ويثبت عكس صحته⁽¹²⁾.

إن من وظائف التحقيق الجنائي الرقمي العمل على استخراج البيانات والمستندات الرقمية عن طريق البرامج والتطبيقات المناسبة لقراءتها وفتحها وتقديمها أمام المحاكم. وإن درجة الاعتراف بالمستندات الإلكترونية تتوقف على عدة عوامل منها مدى إمكانية التأكد من صحتها، وفيما إذا كانت تحتوي على توقيعات إلكترونية يمكن أن تُنسب من خلالها إلى شخص معين.

تعترف القوانين بشكل عام بشكل محدود بالمستندات الإلكترونية كدلائل إثبات؛ حيث ينص قانون المحاكمات المدنية الألماني في المادة 371 الفقرة 2 على قبول المستندات الإلكترونية في حال توافرت فيها شروط معينة، ومن قبل ذلك المستندات التي أصدرتها الدوائر الحكومية الرسمية، ويمكن للمستند الإلكتروني هنا أن يعامل إما كدليل مرئي للإثبات أو كوثيقة داعمة للأدلة حسب قناعة القاضي بذلك ويمكن استعماله في القضايا الجزائية أو المدنية⁽¹³⁾.

وفي المقابل تتعرض الأدلة للرفض نظراً لكونها قد جُمعت من خلال وسائل غير قانونية كما هو الحال في قانون العقوبات الألماني الذي ينص في مادته 244 الفقرة 3 على رفض اعتماد الدليل في المحاكمات إذا كان مصدره محظور قانوناً. إن تقديم دليل رقمي تم تحصيله بطريقة غير مشروعة يعد مرفوضاً ولا يعتد به في المحاكمة⁽¹⁴⁾.

هذا المفهوم لا يمكن اعتباره قطعياً وخاصة في القانون الجزائي؛ حيث قضت محكمة الولايات العليا الألمانية بالاعتداد بأحد الأدلة المقدمة بالرغم من كون مصدر تحصيلها مخالفاً للقانون، ولكن الموازنة بين المخالفة في الحصول على الدليل والنتيجة التي يمكن أن يفضي إليها الاعتداد بالدليل ترجح الأخير؛ ولذلك تم الاعتداد بالدليل في الحكم لما فيه من مصلحة للعدالة حسب رأي المحكمة⁽¹⁵⁾.

7. النتائج:

إن هذا البحث يضلح بشكل أساسي بالبحث حول التحقيق الجنائي الرقمي والأدلة الرقمية وخصائصها، من وجهة نظر القوانين الأوروبية عامة والألمانية خاصة.

يخلص البحث إلى أن التحقيقات الجنائية الرقمية تتمتع بصفة خاصة من حيث طبيعتها وطرق العمل على جمع الأدلة والتعامل مع البيانات الخاصة بالقضية، ويتعاطم دورها مع ضلوع الاتصالات والبيانات الرقمية في كافة مناحي الحياة اليومية مما يجعلها ضرورية لكل قضية.

فيما يتعلّق بالأدلة الجنائية الرقمية، هناك طرق علمية يوصى بها لجمع هذا النوع من الأدلة وهي طرق لاتفرض خطوات معنية، وإنما تفرض نموذجاً معيناً لضمان الحصول على معلومات رقمية ترقى إلى مستوى الدليل؛ لأنّ عدم مراعاة الطرق العلمية في جمع الأدلة وتوثيق عملية الجمع يمكن أن يؤدي إلى رفض الأدلة كدليل في القضايا أمام المحاكم.

إنّ عملية جمع الأدلة الرقمية لا تخلو من كونها قد تشكل في بعض الأحيان تعارضاً مع قوانين حماية البيانات التي تحظر معالجة البيانات وخصوصاً الشخصية منها دون شروط معينة. تضمنت قوانين حماية البيانات، وخاصة الحديثة منها، استثناءات تم تخصيصها للحالات التي يتم فيها جمع البيانات الشخصية لأغراض البحث الجنائي في حالات التحقيق في القضايا الجنائية والجرائم.

تدخل البيانات الرقمية ضمن قائمة الدلائل المعتمدة لدى المحاكم ولكن مع اشتراط تمتعها بمواصفات معينة. يؤدي التوقيع الإلكتروني دوراً في التوثيق؛ لكونه إجراء معتمداً في الكثير من الدول كدليل على نسبه المستند إلى الشخص صاحب التوقيع.

إنّ عملية جمع الدلائل من مصادر غير مشروعة يؤدي إلى بطلان هذا الدليل، وهذا الأمر ينطبق على الأدلة الرقمية، وينطبق عليها أيضاً الاستثناء في حالة كون الدليل يؤدي إلى مصلحة تفوق درجة المخالفة للقانون الذي تسببت به عملية جمع هذا الدليل.

إن الدلائل الرقمية والتحقيق الجنائي هما المستقبل القدام لعمليات البحث الجنائي في ضوء التغير الكبير في سلوكيات الأفراد تجاه استعمال الرقميات في كافة شؤون العمل والحياة.

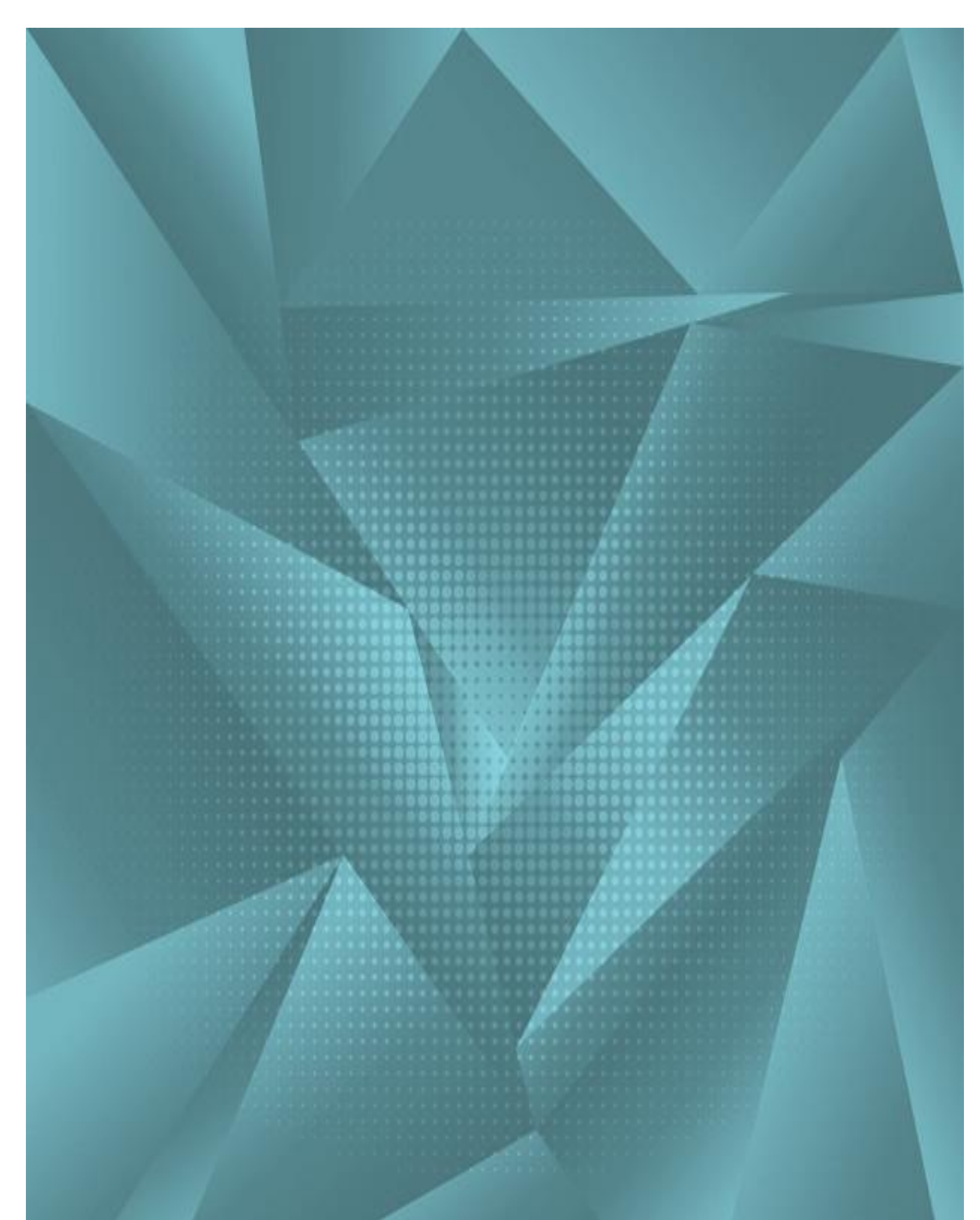
المراجع:

1. Larenz 1991، 250 ff.; zu den Kanones der Auslegung s. Kudlich/Christensen، JA 2004، 74
2. Ähnlich Stein 2008، 8: „Die Computer-Forensik
3. Geschonneck 2011، 65.
4. Engl. Log-Files، s. etwa Eckert 2012، 729
5. Eckert 2012، 13 f.

6. Casey, in: Casey 2011, 11.
7. Zu den beweisrechtlichen Anforderungen s. unten E.VII.
8. BSI-Leitfaden 2011, 88; SWGDE, Live Capture 2014, 4 f.; Jarret/Bailie/Hagen et al.
9. Wang/Jajodia/Wijesekera 2007, 12.
10. Eisenberg, Rn 2013, 1938 F.
11. So die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 13/3609, 53
12. Roßnagel, in: Roßnagel, RTM 2013, § 371a ZPO Rn. 46, 35 ff.
13. Sander, CR 2014, 292 (294 f.)
14. Schroth, JuS 1998, 969.
15. BGHSt 27, 355

الصور:

الصورة-1- تحتوي على ثلاثة نماذج من طرق استخلاص المعلومات تستخدم في البحث الجنائي، وهذه الطرق لها مميزات مختلفة، وعلى الباحث اختيار الأنسب لاستخلاص المعلومات بالسرعة الممكنة.



مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018