



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

مجلة العلوم القانونية

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة السابعة - العدد الرابع عشر - يوليو 2021

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والشرعية والاقتصادية

الإدارة العامة الجديدة - دراسة نقدية

المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في التكفير وترويج الفكر المتطرف - دراسة مقارنة

النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية المعالجة بالوسائل التقنية الحديثة

المحاكم الجنائية الدولية الخاصة - المحكمة الخاصة بكمبوديا أنموذجاً

التزامات أطراف حساب ضمان التطوير العقاري - دراسة نقدية

مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة - دراسة فقهية قانونية مقارنة

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص:ب: ٣٤٦ عجمان، الإمارات العربية المتحدة هاتف: ٠٠٩٧١٦٧٠٥١١٣١ أو ٠٠٩٧١٦٧٠٥١٣٢٥ فاكس: ٠٩٧١٦٧٠٥١٢٧٠

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهماً

دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران، عُمان: ريالان

الوطن العربي:

سبعة دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهماً	40 درهماً	20 دولار	سنة واحدة
مؤسسات	60 درهماً	50 درهماً	25 دولار	سنة واحدة

يُدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

1 - شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2 - تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة.

رقم الحساب (IBAN) : AE17033000010493141592

سويقت كود BOMLAEAD: ويرسل صورة من إيصال التحويل إلى المجلة.

قال تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ
النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ
سَمِيعًا بَصِيرًا

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة عجمان - كلية القانون
مجلة علمية مُحَكَّمة " نصف سنوية " تهتم بنشر الدراسات القانونية والشرعية
السنة السابعة - العدد الرابع عشر - يوليو 2021

الترقيم الدولي: ISSN: 2707 - 1081 / E - ISSN: 270 7-1073

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان التالي:

أمين تحرير مجلة العلوم القانونية

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص، ب، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهاتف: 00971-6-7056331

الفاكس: 00971-6-7056270

البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

الهيئة الاستشارية للمجلة

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق – الإمارات
معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
أستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق – جامعة المنصورة
وزير التعليم السابق

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع
لمنظمة المؤتمر الإسلامي
أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة – جامعة الأزهر
الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق – جامعة عين
شمس
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون – جامعة
الإمارات العربية المتحدة
القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي
الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
عميد كلية القانون – جامعة الإمارات العربية
المتحدة

هيئة التحرير

أمين التحرير
د. بيير مالميه

نائب رئيس التحرير
د. نجلاء فليح

رئيس التحرير
د. عبد العزيز الحسن

أهداف مجلة العلوم القانونية

أهداف المجلة:

تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:

- 1- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والاقتصادية على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
 - 2- تنمية القدرات على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
 - 3- التعاون مع كليات القانون والشريعة على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
 - 4- تدعيم أواصر التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
 - 5- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.
- اهتمامات المجلة:

تُعنى المجلة بنشر البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص المختلفة (الشريعة والقانون والاقتصاد والمالية والإدارة العامة) والتي من شأنها أن تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية، وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

قواعد النشر في المجلة:

- 1- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لمّا تبدّ المجلة رأيها في البحث.
- 2- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- 3- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.
- 4- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل بأية صورة من صور النشر.
- 5- ألا يتجاوز حجم البحث أربعين صفحة بما فيها قائمة المراجع وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- 6- تُقدّم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسية والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (10) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.15 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 7- تكون الحواشي 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- 8- أن يُراعى في الهوامش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويُراعى في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
ج. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
د. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الأبجدي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- 9- يُقدّم البحث إلى المجلة بصيغة (word).
- 10- يُقدّم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة.
- 11- يرسل الباحث ملخصاً لبحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية على أن يتضمن الملخص عنوان البحث وأن يكون الملخص جزءاً من جسم البحث وليس منفصلاً عنه.
- 12- يتم عرض البحث على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.
- 13- تُخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
أ. يُخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
ج. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يُعاد البحث لمؤلفه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
د. يقوم الباحث بإرفاق تقرير مفصل عن التعديلات المطلوبة التي تم القيام بها، مع أهمية وضع خط تحت الإجراء المعدل على متن البحث وبلون مختلف، وذلك حتى يسهل على المحكم التحقق

- معها، وبيان مدى مطابقتها مع التعديل المطلوب. مع احتفاظ هيئة تحرير المجلة بالتحقق من مدى المطابقة ما بين ملاحظات المحكم المقترحة وتعديلات الباحث.
- 14- يُعْتَدَرُ للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
 - 15- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر.
 - 16- تقدّم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.
 - 17- يجب ضبط النصوص الشرعية بشكل كامل.
 - 18- أبواب المجلة مفتوحة للنشر لجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون، وأكاديميات الشرطة، ومراكز البحث العلمي القانوني.
 - 19- إعمالاً لمبدأ حرية الرأي ونسبته لصاحبه، فإنّ ما يطرح من آراء في البحوث المنشورة بالمجلة، إنّما تعبر عن وجهة نظر صاحبها، ولا تعبر عن رأي المجلة أو الجامعة، ولا تكون مسؤولة عن تبعاتها.
- آلية التحكيم والنشر في المجلة:

تخضع البحوث المقدّمة إلى مجلة العلوم القانونية لتقييم موضوعي، يقوم على مراحل ثلاث:

المرحلة الأولى: مرحلة استلام البحث:

يكون استلام البحث من خلال البريد الإلكتروني للمجلة، ويتم تبليغ الباحث باستلام المجلة للبحث، عن طريق رسالة إلكترونية على بريد الباحث، في مدة أقصاها أسبوع من تاريخ استلام البحث، ثم تبدأ بعد ذلك عملية مسح أولي للبحث، للتأكد من أنّ البحث مطابق لشروط النشر المعمول بها في المجلة، وكذلك التأكد من أنّ الباحث قد قام بملء جميع النماذج المطلوب تقديمها مع البحث، كنموذج إقرار الملكية الفكرية، والتعهد بأن البحث غير منشور بمجلة علمية أخرى، أو غير مستل من رسالة جامعية.. الخ، ثم يتم بعد ذلك عرض البحث على برنامج كاشف "الاقْتِباسات" العلمية، للتأكد من مدى الأمانة العلمية.

المرحلة الثانية: مرحلة التحكيم: تتألف من خطوتين:

الخطوة الأولى:

يتم في هذه الخطوة عرض البحث (على نحو سرّي) على محكمين متخصصين من ذوي الكفاءة والخبرة في المواضيع التي تتعلق بالبحوث. ويلتزم المحكم بفحص البحث وتعبئة نموذج التحكيم واستمارة التقييم، خلال عشرين يوماً من تاريخ إرسال البحوث إليه.

الخطوة الثانية: قرار هيئة تحرير المجلة:

تقرّر هيئة تحرير المجلة قبول البحث أو رفضه، بناء على نتائج تقييم المحكمين، وفي حال اختلاف تقييم المحكمين، بأن جاء أحدهما بالقبول، وجاء الآخر بالرفض، يتم إرسال البحث إلى محكم ثالث مرجح.

المرحلة الثالثة: مرحلة النشر:

إذا ما تمّ قبول البحث للنشر، يتم نشر نسخة إلكترونية منه على الموقع الإلكتروني للمجلة. أما النسخة الورقية، فيتم نشرها في العدد التالي من المجلة، ويتم إرسال إشعار للباحث بنشر البحث، وعند النشر يحق للباحث الحصول على عدد واحد من المجلة وعلى خمس نسخ مستلّة من بحثه مع العلم بأن المجلة تراعى في أولوية النشر ما يأتي:

- البحوث المرتبطة بقضايا المجتمع الإماراتي.

- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.
- تنوع موضوعات البحوث.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة العدد

فإنه ليسرُّ كلية القانون في جامعة عجمان أن تضع بين أيدي الباحثين والقراء العدد الرابع عشر من مجلة العلوم القانونية. وسيجد القارئ العزيز في طيات هذا العدد الجديد من المجلة ست بحوث قيّمة، حيث جاء البحث الأول بعنوان: الإدارة العامة الجديدة دراسة نقدية، للأستاذ الدكتور محمد الحسين، أما البحث الثاني فقد كان بعنوان: مدى استحقاق الحاضن أجرة الحضانة (دراسة فقهية قانونية مقارنة) للدكتورة رحاب مصطفى كامل السيد، بينما جاء البحث الثالث بعنوان: المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في التكفير وترويج الفكر المتطرف دراسة مقارنة للدكتور محمد نور الدين سيد عبد المجيد، ويأتي بعد ذلك البحث الرابع بعنوان: النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية المعالجة بالوسائل التقنية الحديثة للدكتور محمد حسن عبدالله في حين أن البحث الخامس كان بعنوان المحاكم الجنائية الدولية الخاصة المحكمة الخاصة بكمبوديا أنموذجاً للدكتور شيروان علي محمود ثم يأتي البحث السادس بعنوان: التزامات أطراف حساب ضمان التطوير العقاري دراسة نقدية للدكتورة مريم احمد الصندل.

ونرجو أن يجد قراء المجلة ضالتهم في البحوث المنشورة في هذا العدد، والتي تلبي حاجات المجتمع، وتمهد الطريق لفتح آفاق قانونية واقتصادية جديدة، كفيلة بوضع حلول لمشكلاته المعاصرة.

وأخيراً، لا يفوتنا أن نشكر أعضاء هيئة تحرير المجلة والهيئة الاستشارية والمدقق اللغوي والمسؤولين عن التنسيق والطباعة على جهودهم التي بذلوها من أجل إخراج هذا العدد إلى النور.

نائب رئيس التحرير

د. نجلاء فليح

المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	الإدارة العامة الجديدة دراسة نقدية أ.د. الأستاذ الدكتور محمد الحسين
30	المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في التكفير وترويج الفكر المتطرف دراسة مقارنة د. محمد نور الدين سيد عبد المجيد
73	النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية المعالجة بالوسائل التقنية الحديثة د. محمد حسن عبدالله
119	المحاكم الجنائية الدولية الخاصة المحكمة الخاصة بكمبوديا أنموذجاً د. شيروان علي محمود
147	التزامات أطراف حساب ضمان التطوير العقاري دراسة نقدية د. مريم احمد الصندل
179	مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة دراسة فقهية قانونية مقارنة د. رحاب مصطفى كامل السيد

الإدارة العامة الجديدة
رؤية نقدية

الأستاذ الدكتور محمد الحسين
أستاذ الاقتصاد في كلية القانون
بجامعة عجمان- دولة الإمارات العربية المتحدة

تاريخ القبول: 31/3/2021

تاريخ التسليم: 19/2/2021

**New Public Management: NPM
Critical study**

**Professor. Mouhammad Al-Hussein
Professor of Economy at the College of Law Ajman University -
United Arab Emirates**

لا بد من الاعتراف أن الإدارة العامة الجديدة New Public Management: NPM قد سجلت انتشاراً واسعاً وأضحت واقعاً ملموساً.

كانت الغايات المعلنة للحركة الجديدة تتمثل في تقديم خدمات عامة بجودة أعلى، وتحسين كفاءة الإدارة العامة وتقليل مصروفاتها وتقليص عجز الميزانية العامة، وهي غايات لا خلاف عليها، لكن المسألة تكمن في التفاصيل والمفاهيم، وفي الغايات الحقيقية للحركة، حيث توصف الحركة الإدارية الجديدة على أنها نزعة إدارية راديكالية تسعى في نهاية المطاف إلى نفس النمط المتعارف عليه للإدارة العامة، لأنها انطلقت في ظل انتشار أفكار الليبرالية الجديدة.

إن للحركة الجديدة مفاهيم وعناصر معلنة وتتمثل في: تطبيق تقنيات وممارسات إدارة الأعمال في الإدارة العامة بما يشمل تطبيق المنافسة وفق آليات السوق بين المنظمات العامة، تطبيق اللامركزية، اعتماد أسلوب التعاقد بدلاً من التعيين في الوظيفة العامة، التركيز على النتائج، تطبيق أسس المحاسبة والمسائلة أمام العامة، توكيل تقديم الخدمات العامة إلى وكلاء من القطاع الخاص، واعتماد المنظمات العامة على موارد مالية ذاتية لتمويل مبادراتها وبشكل مستقل عن الميزانية العامة.

إن اتجاهات الحركة الجديدة تخالف ما ينص عليه الدستور والقوانين من زاوية أن الإدارة العامة وجدت أساساً لتقديم خدمات عامة لجميع المواطنين، انطلاقاً من أنها تتمول من أموال دافعي الضرائب وأن الشعب اختار الإدارة العامة لتتوب عنه في إدارة مقدراته، كما أنها تخالف قواعد المالية العامة المعروفة.

إن أفكار الحركة الجديدة سوف تقود إلى إحلال نموذج إدارة الأعمال في الإدارة العامة، وأن علم الإدارة العامة المتعارف عليه في طريقه للاندثار، ليصبح عنواناً من عناوين إدارة الأعمال، ما يعد خطوة حاسمة في طريق الوصول إلى ما بات يعرف في الفقه بالدولة الإدارية بدلاً من الدولة السياسية وصولاً إلى ما يطلق عليه خصخصة الدولة، ما لم تتم إعادة النظر بمفاهيم وعناصر الحركة الجديدة لتكون مناسبة.

Abstract

First of all, must be recognized that the New Public Management (NPM)¹ has been widespread in all countries, and has become a reality.

The stated goal of the new movement is to provide higher quality public services to satisfy the customers, improve the efficiency of public administration and reduce its expenses and reduce the state budget deficit, which is not disputed, but the issue lies in the details.

The new administrative movement is described as a radical administrative tendency that ultimately seeks to undermine the pattern of classical public administration, because it was launched in light of the spread of Neoliberal ideas that oppose state interference in the economy and administration.

NPM has clear objectives: the application of business techniques; including the competition, decentralization, adoption of contracting, Agency Theory, the focus on results, accountability, outsourcing, and the reliance of public organizations on self-financing, independently of the State Budget.

¹ Nouvelle Gestion Publique: NGP بالفرنسية

The new movement's trends are contrary to the constitution and the laws in the sense that the public administration has found for providing public services to all citizens as a Taxpayers funded the state budget, so the movement completely negates this accepted concept of public administration, violates the well-known public finance rules that provide for the unity of the state budget.

It should be noted that the ideas of the NPM will lead to the replacement of the Business Administration in Public Administration, i.e. the science of Public Administration is on its way to extinction, which is a crucial step in reaching what so-called privatization of the State, unless the concepts and elements of the NPM are reviewed to be acceptable.

المقدمة

إن رواد حركة الإدارة العامة الجديدة _ التي تعد من وجهة نظرنا نقطة تحول ومنعطف في تاريخ الإدارة العامة _ انطلقوا من شكوى متلقي الخدمة العامة من جودة الخدمات العامة، ليعلنوا عدم جدوى "الإدارة العامة التقليدية"، وأن حركتهم الجديدة التي تنادي بتطبيق معايير وممارسات إدارة الأعمال في منظمات الإدارة العامة غايتها تقديم خدمات عامة بجودة أعلى.

لكن البحث في دوافع وأسباب ظهور الحركة الجديدة يثير الشكوك في غاياتها، حيث تزامن ظهورها مع تنامي ظاهرة العولمة والليبرالية الجديدة، ومع سعي الحكومات إلى تقليص المصروفات العامة وتأمين مصادر تمويل إضافية.

لقد مضى على ظهور الأفكار الأولى لحركة الإدارة العامة الجديدة ما يزيد عن أربعة عقود، وخلال هذه المدة جرى تبني أفكارها في عدد كبير من البلدان المتقدمة والنامية، لتتحول إلى "موضة Fashion" تسعى كافة البلدان لتطبيقها سواء كلياً أو جزئياً، فكانت النتيجة في البلدان النامية أنه أصبح لديها مزيج غير متجانس من عناصر الإدارة العامة، الأمر الذي أثار ويثير انتقادات عديدة حولها.

أهمية البحث

إن غاية البحث تتمثل في تسليط الضوء على نشأة وأفكار حركة الإدارة العامة الجديدة، ونتائج تطبيقها، وأهم الانتقادات التي توجه لها، من حيث أنها أضحت؛ نموذجاً رائجاً لإصلاح الإدارة العامة حول العالم، وموضوع يحظى باهتمام الحكومات في كافة البلدان، لذلك فإن البحث يطرح واحدة من قضايا الساعة لأن نتائج تطبيق الحركة الجديدة تمس جميع أفراد المجتمع.

أهداف البحث

إن غايات البحث تتمثل في بيان ماهية الإدارة العامة الجديدة، وفي البحث في نقاط ضعفها، والانتقادات التي توجه لها سواء من حيث ضحالة أفكارها، أو نتائج تطبيقها. إن الهدف الرئيس للبحث يتمثل في حصر الانتقادات التي تم توجيهها للإدارة العامة الجديدة على أمل أن تجري مراجعة لعناصر الحركة الجديدة (مع أنها حركة غير مكتملة العناصر) لتكون وقائع ونتائج تطبيقها أقل تكلفة على المستفيدين من الخدمات العامة وخاصة من أصحاب الدخل المحدود.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في محاولة اثبات أن حركة الإدارة العامة الجديدة أعطيت أكبر من حجمها، وأن دعائها قد غلغوا حركتهم بغطاء تقديم خدمات عامة ذات جودة أعلى، مع أن الواقع يشير إلى أن الحركة الجديدة استقت أفكارها من فكر ليبرالي يعمل على الحد من دور الدولة وبالتالي عدم تقديم أية خدمات عامة بطريقة مجانية، ما يجعل من الأسباب المالية سبباً رئيساً من أسباب انتشار مفاهيم هذه الحركة.

تساؤلات البحث: يطرح البحث عدداً من التساؤلات منها:

- هل إن العجز في المالية العامة هو أحد أسباب الانتشار الواسع لأفكار الحركة؟
- هل الإدارة العامة تبقى عامة في ظل الحركة الجديدة؟
- هل إن تبني أفكار الحركة أدى إلى نتائج ذات مغزى في اصلاح الإدارة العامة؟

منهج البحث

لغرض بيان ماهية الإدارة العامة الجديدة من خلال العودة إلى الفقه المتصل بها سوف نستخدم المنهج الاستقرائي، كذلك سوف نستخدم منهج البحث التحليلي الاستنباطي، لغرض حصر أهم الانتقادات التي تم توجيهها للحركة الجديدة.

تقسيمات البحث

لغرض الاحاطة بموضوع البحث فقد ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين وعدداً من المطالب، جاء المبحث الأول بعنوان **ماهية الإدارة العامة الجديدة** لبحث في نشأتها وتطورها ومفهومها وعناصرها وأهدافها، أما المبحث الثاني فجاء بعنوان **نقد الإدارة العامة الجديدة** ليسلط الضوء على أهم الانتقادات التي توجه للحركة الجديدة سواء من ناحية ظروف نشأتها ومصادرها الفكرية وإطارها المفاهيمي، أو من ناحية تقييم نتائج تطبيقها.

إضافة إلى الخاتمة (النتائج والتوصيات).

مصطلحات البحث: الإدارة العامة الجديدة، الإدارة العامة التقليدية(البيروقراطية)، إدارة الأداء، جودة الخدمات العامة، الليبرالية الجديدة، المالية العامة.

المبحث الأول: ماهية الإدارة العامة الجديدة

إن علم الإدارة، بفرعيه: إدارة الأعمال والإدارة العامة، كغيره من سائر العلوم يتطور مع تطور الحياة، وتُعد حركة الإدارة العامة الجديدة علامة فارقة في تاريخ فرع الإدارة العامة استناداً إلى أفكارها وعناصرها ومفاهيمها وغاياتها، ولغرض الاطلاع على ماهية الحركة، سوف نسلط الضوء على نشأتها وتطورها، نطاق انتشارها، ومصادرها الفكرية (مطلب أول)، تعريفها وعناصرها وخصائصها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: بداياتها ونطاق انتشارها ومصادرها الفكرية

سوف نعمل، في إطار هذا المطلب، على استعراض تاريخ وتطور أفكار الإدارة العامة الجديدة (فرع أول)، نطاق انتشارها (فرع ثان)، ومصادرها الفكرية (فرع ثالث).

الفرع الأول: لمحة تاريخية

في أواخر القرن 19 رأى وودرو ويلسون Woodrow Wilson أن من الأفضل أن تعمل الإدارة العامة في "حلة تجارية Business-like fashion" أي إلباس الإدارة العامة ثوب إدارة الأعمال، وضرورة فصل الإدارة العامة عن السياسة².

إن أفكار ويلسون يمكن اعتبارها بذرة الأفكار والدعوات التي ظهرت لاحقاً، والمطالبة بتغيير نموذج الإدارة العامة التقليدية Classical، حيث بدأت الدعوات في خمسينيات القرن 20، على أساس أن النموذج التقليدي يعاني من نقاط ضعف تجعله غير قادر على قيادة جهود تصحيح آثار الكساد العظيم والحرب العالمية الثانية، وإدارة مشروع مارشال³.

لكن البدايات العملية لطرح الأفكار النظرية لنموذج جديد في الإدارة العامة كانت في مؤتمر مينو بروك(1)، الذي عُقد في سنة 1968م في الولايات المتحدة، حيث كانت أجندته تتمثل في إيجاد نظريات إدارية جديدة بعيداً عن "البيروقراطية"، وضرورة مراجعة ممارسة الإدارة العامة⁴.

في مؤتمر مينو بروك(1) اتخذ بعض الإداريين المتحمسين مبادرة لمعرفة الطرق التي يمكن أن تكون قادرة على التعامل مع التغييرات الجديدة في المجتمع الأمريكي⁵.

في عقد السبعينات من القرن 20 شهد الاقتصاد العالمي أزمات عميقة أحدثت تحولات في اتجاهات التفكير الاقتصادي، وانطلاقاً من هذه الأزمات، بدأت بالظهور ظواهر العولمة Globalization والتحرير Liberation، حيث دعى أنصار العولمة والليبرالية الجديدة Neoliberalism إلى المزيد من دمج الاقتصاد العالمي ما يحقق، حسب زعمهم، الكثير من المحاسن منها التخفيف من تأثير الحكومة في الاقتصاد، الأمر الذي يؤدي إلى تخليصه من البيروقراطية والفساد والركود، وبالتالي لا بد من نموذج جديد للإدارة العامة يناسب معطيات العولمة.

"The Study of Public Administration", Political Science Quarterly, Volume 2, Number 2, Woodrow Wilson,² 1887, Shared on: <https://www.brainyias.com/new-public-administration-2/>

يُصنّف ويلسون بأنه من رواد علم الإدارة العامة فهو أول من كتب فيه، كان أستاذاً جامعياً ثم أصبح رئيساً للولايات المتحدة.

³ مشروع مارشال: مشروع اقتصادي لإعادة إعمار أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية، وضعه الجنرال جورج مارشال في سنة 1947م.

⁴ Benjamin S., New Public Management: Concept and review of literature, Ch.2, shared on: 19P. https://www.academia.edu/29808173/Chapter_2_NEW_PUBLIC_MANAGEMENT_CONCEPT_AND_REVIEW

W. OF LITERATURE, لم يذكر تاريخ النشر

⁵ Henry Nicholas, 2013, Public Administration and Public Affairs, Ed.12, shared on: <http://www.yourarticlelibrary.com/63438>

إن التانتشرية⁶ في المملكة المتحدة، والريجانانية⁷ في الولايات المتحدة وضعت قيوداً كبيرة على الإدارة العامة من حيث أنها ينبغي أن تقوم بالحد الأدنى من تقديم الخدمات العامة، وتركها للقطاع الخاص.

ثم عُقد مؤتمر مينو بروك (2) في سنة 1988م، الذي خلّص إلى عدد من التوصيات منها: أنه ينبغي على الإدارة العامة أن تهتم بما ينبغي أن يحدث وليس بما حدث، وأن تركز على الطابع المعياري، وأن تكون مسائلة المديرين العموميين أمام الجمهور، وأن نظام الإدارة العامة يجب أن يتغير. إن هذه الأحداث قد مهّدت الطريق لظهور مصطلح الإدارة العامة الجديدة.

يمكن القول إن المملكة المتحدة تعتبر مكان الولادة العملية لحركة الإدارة العامة الجديدة فقد هيأت حقبة تانتشر المناخ لظهورها.

يعدُّ هوود⁸ Hood أول من طرح مصطلح الإدارة العامة الجديدة في مقال له في سنة 1991م، وهو أول من قدم الجانب النظري والمحتوى العقائدي له كمدخل لتحسين جودة الخدمات العامة. كما يُعدُّ بيتر أوكوين⁹ Aucoin من أوائل من كتبوا في الإدارة العامة الجديدة، فقد اعتبر أنها تعبير مختصر للإشارة إلى موضوعات متميزة لأساليب وأنماط إدارة الخدمة العامة. وفي الولايات المتحدة قَدَّمَ كل من أوزبورن Osborne و غايبلر Gaebler في سنة 1992م مفهوم مشابه في مضمونه تحت عنوان: "إعادة اختراع الحكومة Reinventing Government"¹⁰.

يمكن القول إن الإدارة العامة الجديدة كنموذج للإصلاح الإداري قد ظهرت بأسماء مختلفة منها¹¹:

- الإدارة العامة الجديدة في سنة 1991م، (Hood).
 - نموذج ما بعد البيروقراطية في سنة 1992م، (Barzelay).
 - إعادة اختراع الحكومة في سنة 1992م، (Osborne & Gaebler).
 - الإدارة العامة بناء على نظام السوق في سنة 1992م، (Lan and Rosenbloom).
- لكن مضمون هذه المفاهيم متقارب ولها ذات الأغراض.

الفرع الثاني: نطاق انتشارها

إن من أولى البلدان التي شرعت في تبني أفكار الحركة الجديدة كانت المملكة المتحدة والولايات المتحدة وأستراليا ونيوزلندا، وإن كانت تجربة كل من هذه البلدان بَدَت متباينة؛ ففي المملكة المتحدة استندت أجندة الإصلاحات على التوجه للعميل، والاعتماد على آليات السوق، وفي نيوزيلندا جرى التركيز على تقديم الخدمات العامة عن طريق التعاقد الخارجي Outsourcing، وفي أستراليا جرى اعتماد برامج الخصخصة والتعاقد الخارجي، واستخدام آليات السوق.

أما في الولايات المتحدة فقد تم اعتماد المبادئ التي طرحها أوزبورن و غايبلر لإصلاح الإدارة العامة. حتى إن دوائر الأمم المتحدة سارعت إلى تطبيق النموذج الجديد.

⁶ نسبة إلى مارغريت هيلدا تانتشر Margaret Hilda Thatcher (1925-2013) أول رئيسة وزراء المملكة المتحدة للفترة (1979-1990) لقيت بـ "المرأة الحديدية"، ووسمت سياساتها بالتانتشرية Thatcherism.

⁷ نسبة إلى رونالد ويلسون ريجان Ronald Wilson Reagan (1911-2004) الرئيس الأربعين للولايات المتحدة في الفترة (1981-1989)، سُميت سياساته وأفكاره الليبرالية بالريجانانية "The Reaganism".

⁸ Christopher Hood, 1991, A public management for all seasons, Public Administration, vol.69, 1 March, P.3-19. Shared on: <https://onlinelibrary.wiley.com/action/> (جامعة لندن)

⁹ Aucoin, Peter, 1990, Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums, Governance rev., vol.3, iss.2, P.115-137, shared on: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/>

¹⁰ Osborne, D., & Gaebler, T., 1992, Reinventing Government: A Government that works better and costs less, Addison-Wesley. ترجمة وتحقيق محمد توفيق الجبرمي، العبيكان للنشر، 2011م.

¹¹ زيد منير، 2017، الاستراتيجية الحديثة في إدارة التخطيط والتطوير، دار المعزز للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ص 262.

من ناحية ثانية فإن المؤسسات المالية الدولية (البنك وصندوق النقد الدوليين) قد لعبت دور المُسرّع في تبني الحركة الجديدة عبر الاشتراطات التي كانت تلزم بها البلدان النامية (في إطار ما يعرف بوصفة صندوق النقد الدولي) لتحقيق التصحيح الهيكلي مقابل إعادة جدولة ديونها أو منحها قروض جديدة، ومن هذه الاشتراطات إعادة هيكلة الإدارة العامة وتقليص حجمها ودورها.

ونظراً للنجاح الظاهر في البلدان الأصلية، أصبحت بعض مكونات الإدارة العامة الجديدة نموذجاً لمشاريع الإصلاحات في معظم بلدان العالم منذ منتصف التسعينيات في القرن 20¹². عندما بدأت البلدان النامية بتبني النموذج الجديد تقليداً للبلدان المتقدمة، وبسبب شروط المؤسسات المالية. لكن العديد من البلدان النامية أخذت بعضاً من عناصر الإدارة العامة الجديدة لذلك فإن نتائج تطبيقها لم تلقى القبول الكافي من شعوبها لأنها قد أدت إلى نتائج اجتماعية غير عادلة¹³.

الفرع الثالث: مصادرها الفكرية

نتفق مع العديد من الباحثين في الرأي القائل بأن فلسفة ومفاهيم وعناصر الإصلاح التي طرحتها حركة الإدارة العامة الجديدة كانت مستمدة في الواقع من مصدرين رئيسيين هما¹⁴:

- النزعة الإدارية

- نظريات الاقتصاد المؤسسي الجديد

آ- النزعة الإدارية

إن مضمون النزعة الإدارية أو "التسييرية في لهجة دول المغرب العربي" Managerialism يتمثل في استخدام أساليب وممارسات إدارة الأعمال في الإدارة العامة، حيث إن أنصارها "Managerialists" يقولون أن ذلك سوف يسهم في حل مشكلات البيروقراطية العامة، عن طريق خصخصة خدمات الإدارة العامة، ما يحسّن الأداء في الإدارة العامة.

إن هذه النزعة تتبنى عدة مفاهيم منها: إن الإدارة العامة ينبغي أن تكون موجهة نحو تحقيق النتائج، منح سلطات كاملة لمديري مراكز تقديم الخدمات العامة، التركيز على إدارة السياسات وتنفيذها بدلاً من التركيز على وضع السياسات وتصميمها، التشديد في إدارة الموارد العامة على الكفاءة والفعالية مقابل العملية والإنصاف، مسائلة المديرين أمام العامة في ضوء المخرجات Output، لا ينبغي التمييز في

الإدارة بين القطاعين العام والخاص، وأن تكون إدارة عامة تنافسية.

تلقى أفكار هذه النزعة قبولاً متزايداً في إدارة منظمات القطاع العام والمنظمات الحكومية في بلدان عديدة، بدعوى أن تطبيقها سوف يدعم الحكومات في مواجهة أزمة المالية العامة فيها.

¹² Haque, M.S., 2007, Revisiting New Public Management, Public Administration Review, 67, 1: P.179.

¹³ Manning, N., 2001, The Legacy of new public management in Developing countries, International review of administrative science, 67: P. 297.

¹⁴ Benjamin S, New Public Management: Concept and review of literature, Op. cit. P. 19.

ب- الاقتصاد المؤسسي الجديد

في السبعينيات من القرن 20، وعلى إثر الأزمات الاقتصادية حينها، بدأت الدعوات لتبني مفاهيم ونظريات الاقتصاد المؤسسي الجديد¹⁵ حيث رأى الاقتصاديون المحافظون Conservatives أن التدخل الحكومي الواسع يُعدُّ عقبة أمام النمو الاقتصادي، وأن دور الحكومة يجب أن يكون أقل، وأن المساحة التي تُخليها المنظمات العامة يجب أن تشغلها آليات السوق.

إن من بين نظريات الاقتصاد المؤسسي التي تبنتها الإدارة العامة الجديدة، نذكر على سبيل المثال:

- **نظرية الوكالة Agency Theory** أو نظرية الأصيل والوكيل Principal/Agent وفحواها إن الإدارة العامة يمكنها أن تُوكَل تقديم الخدمات العامة لوكيل من القطاع الخاص بموجب عقد يُحدد التزامات وحقوق الطرفين.
 - **نظرية التعاقد Contract Theory** وتعني تنفيذ الأنشطة العامة من قبل متعاقدين من القطاع الخاص مع الجهات الحكومية، وذلك كبديل عن التعيين في الوظائف العامة.
 - **نظرية تكلفة المعاملات (الصفقات) Transactions Costs Theory** التي تعني بالنسبة لأنصار الإدارة العامة الجديدة، ألا تكون عملية تقديم الخدمات العامة خاسرة مالياً.
- إن نظريات الاقتصاد المؤسسي الجديد تنتشر بسرعة وتكتسب المزيد من الأتباع.

المطلب الثاني: تعريفها وعناصرها وخصائصها

سوف نتناول في هذا المطلب استعراض بعضاً من تعاريف الإدارة العامة الجديدة (فرع أول)، وتبسيط الضوء على عناصرها ومفاهيمها وخصائصها التي تميزها عن النموذج التقليدي (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريفها

لا يوجد حتى اليوم اتفاق على تعريف جامع للإدارة العامة الجديدة، لكن هناك توصيفات لها وردت في كتابات أبرز روادها منها:

- هوود رأى أنها: "تستند إلى أفكار في القطاع الخاص وتم جلبها إلى القطاع العام"¹⁶
- أوزبورن وغايبيلر وصفها بأنها: "تركز على الإصلاح والابتكار في القطاع العام"¹⁷.
- بوليت يرى: "أن كثيراً من عناصرها مستعار من القطاع الخاص الهادف للربح"¹⁸.

بالمقابل هناك من يراها على أنها:

- ليست فكرة واضحة المعالم¹⁹
- النسخة المستأنسة من "الليبرالية السوقية Market liberal" مع تركيزها على عناصر ثلاثة هي: **المنافسة بين مقدمي الخدمات العامة، تجزئة Disaggregation المنظمات الحكومية وتطبيق**

¹⁵ الاقتصاد المؤسسي الجديد (New Institutional Economics (NIE) تم تسميته كذلك لأن محور تركيزه يقوم على العمل الفعال للمؤسسات بغية خفض تكاليف المعاملات وبالتالي تحقيق الكفاءة الاقتصادية وزيادة النمو الاقتصادي، من خلال التركيز على القوانين والنظم والقواعد المنظمة لعمل أي مؤسسة، والقواعد نوعان: الرسمية (Formal) مثل الدستور والقوانين واللوائح (معدل تغييرها يتراوح بين 10-50 سنة)، وغير الرسمية (Informal) مثل الأعراف والتقاليد (معدل تغييرها مئات السنين) حيث يلزم الناس أنفسهم بها، تندرج تحته نظريات عديدة من أهمها: التعاقد، الوكالة، التكلفة الصفقة، يحظى هذا المنهج الاقتصادي باهتمام متزايد، وإن المُلهم له هو رونالد كوس Ronald Coase (1910-2013) الحائز على نوبل في الاقتصاد 1991م. للمزيد يرجى مراجعة:

-Stefanović, Z., Mitrović, B., 2014, Revisiting New Institutional Economics: Basic concepts and research directions, EKONOMIKA, Vol. 60, Oct.-Dec, P.69-76. Shared on: <http://www.ekonomika.org.rs/>

Hood, C., 1995, The "new public management" in the 1980s: Variations on a theme, Accounting, Organizations and Society, Vol.20, Iss.2-3, February–April 1995, P. 93. Avail. On: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0361368293E0001W>

p.18. Osborne, D., & Gaebler, T., 1992, Reinventing Government, Op. Cit.¹⁷

Pollitt, c., 1995, Justification by works or by faith? Evaluating the new public Management, Evaluation, 1:2, ¹⁸ P.133, shared on: <https://www.researchgate.net/publication/267952993>

, Public management reform in the UK. Great leaps, small steps and policies as their own 2009 Wegrich, Kai, 19 cause, January, Avail. On: <https://www.researchgate.net/publication/237330201>

لامركزية تقديم الخدمات العامة، التحفيز أي تقديم حوافز مرتبطة بزيادة إيرادات المنظمة²⁰.

إننا نتفق مع الرأي القائل؛ إن حركة الإدارة العامة الجديدة ركزت على تعداد عناصرها أكثر من التركيز على صياغة مفهوم محدد المعالم لها.

الفرع الثاني: عناصرها

يتم تشبيه نموذج الإدارة العامة الجديدة بقائمة الطعام Menu من حيث أنها قائمة لا متناهية من العناصر وعلى المستخدم لهذا النموذج أن يختار ما يناسبه من القائمة²¹.

وسوف نستعرض فيما يلي عناصر الإدارة العامة الجديدة وفقاً لأفكار مُنظريها الكبار.

لقد وصف هوود²² الإدارة العامة الجديدة بأنها "فلسفة" تتضمن سبعة عناصر متكاملة هي:

1. إدارة محترفة.
2. نظم واضحة لتحديد معايير الأداء، وأخرى لقياسه.
3. تركيز أكبر على المخرجات Output.
4. تجزئة وحدات الإدارة العامة (Disaggregation).
5. منافسة أكبر بين منظمات الإدارة العامة في تقديم الخدمات العامة.
6. تبني ممارسات إدارة القطاع الخاص في الإدارة العامة.
7. التشديد أكثر على الانضباط والاقتصاد في استخدام الموارد العامة.

أما أوزبورن وغايبلر فلم يحددا عناصرها بشكل واضح، لكنهما طرحا مبادئ عشرة لها، وهي²³:

1. حكومة مُحفزة: أي ينبغي التركيز على تحفيز القطاعات العام والخاص والتطوعي على تقديم الخدمات العامة، وأن تكون مهمة الحكومة هي التوجيه Steering وليس التجديف Rowing (أي حكومة تمسك الدفة فقط وتترك المجداف لغيرها، طبقاً لوصف أوزبورن).
2. حكومة مملوكة بواسطة المجتمع: أي على الحكومة أن تُعزز وتُمكن المواطنين من مسائلة المعنيين بتقديم الخدمات العامة تبعاً لنتائج أعمالهم، بعيداً عن سيطرة النظام البيروقراطي.
3. حكومة تنافسية Competitive: ينبغي حقن المنافسة بين مقدمي الخدمات العامة.
4. حكومة تحركها المهمة Mission: أي التحول من حكومة موجهة بواسطة القواعد Rules إلى حكومة موجهة بالأهداف Goals.
5. حكومة موجهة نحو تحقيق النتائج: أي أن تركز على المخرجات Output، وأن التمويل العام يكون على أساس المخرجات وليس المدخلات Input.
6. حكومة موجهة للعميل: أي اعتبار متلقي الخدمات العامة "عملاء Customers" وينبغي أن تعمل على كسب رضاهم، واستقصاء مواقفهم وتلقي مقترحاتهم.
7. حكومة كاسبية Enterprising: أي يجب أن تركز المنظمات الحكومية على كسب المال Earning بدلاً من الإنفاق Spending وينبغي أن تضع كامل طاقتها في تعبئة الموارد.
8. حكومة استشرافية: أي أن تشخص المشكلات بشكل استباقي (أي الوقاية بدلاً من العلاج).
9. حكومة لامركزية: أي تطبيق لا مركزية السلطة وتشجيع المبادرات والعمل الجماعي.

Dunleavy, P., et al., 2006, New Public Management Is Dead—Long Live Digital-Era Governance, Journal of Public Administration Research and Theory, Vol.16, Issue 3, July, P. 464, Avail. On: <https://academic.oup.com/jpart/article-abstract/16/3/467/934257?redirectedFrom=fulltext>

Kulachet Mongkol, 2011, The Critical Review of New Public Management Model and its Criticisms, Journal of Business Management, Vol. 5, Iss.1, P.35-43, Acad. Journals Inc., USA.

Christopher Hood, 1991, A public management for all seasons, Public Administration op. cit. p.12.²²

Osborne, D., & Gaebler, T., 1992, Reinventing Government, Op. Cit. p. 47.²³

10. حكومة موجهة من السوق: أي أن تختار آلية السوق بدلاً من الآلية البيروقراطية.

كما أن بوليت كان لخص عناصر الادارة العامة الجديدة بثمانية عناصر مترابطة هي²⁴:

1. خفض التكاليف Cost cutting، ووضع حد أقصى للميزانيات، وزيادة شفافية تخصيص الموارد.
2. تحويل المنظمات البيروقراطية التقليدية إلى وكالات خدمة Service Agencies مستقلة.
3. تطبيق اللامركزية.
4. الفصل بين المشتري والمزود، أي فصل وظيفة تقديم الخدمات العامة عن وظيفة شرائها.
5. إدخال آليات السوق وأشبه السوق Quasi-market في الإدارة العامة.
6. تطبيق إدارة الأداء، أي إلزام الموظفين بالعمل على تحقيق أهداف الأداء والمؤشرات والمخرجات.
7. تحويل أساس التوظيف العام من الشروط المركزية، إلى نظام العقود وشروط التعيين لامركزياً.
8. زيادة التركيز على جودة الخدمة العامة، من خلال تحديد معايير للأداء، والاستجابة للعملاء.

وفي ذات السياق أوصت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD في سنة 1999م باعتماد النموذج الجديد في الدول الأعضاء، متضمناً بعض العناصر منها: نقل السلطة إلى مراكز تقديم الخدمة العامة، المسائلة، تحسين تكنولوجيا المعلومات، تطوير المنافسة، تعزيز استجابة متلقي الخدمة.

من خلال استعراض الفقه المتصل بالحركة الجديدة يلاحظ أنها تقوم على عناصر رئيسة هي²⁵: خصخصة وظائف الدولة، تقليص تحكم البيروقراطية عبر تحويل إدارات الخدمة العامة إلى وكالات مستقلة، التعاقد هو أساس تقديم الخدمات العامة، والمنافسة في تقديمها، والتوجه نحو العميل.

الفرع الثالث: مقارنة بينها وبين النموذج التقليدي

يُقدم أنصار الإدارة العامة الجديدة حركتهم على أنها مختلفة تماماً عن الإدارة العامة التقليدية²⁶:

البيان	الإدارة العامة التقليدية	الإدارة العامة الجديدة
الأهداف	احترام القواعد والإجراءات	تحقيق النتائج ورضا العملاء
التنظيم	المركزية (تدرج وبنية هرمية)	اللامركزية (تفويض السلطات، حوكمة)
العلاقة مع السياسة	يشوبها الخلط وعدم الوضوح	واضحة (وهي منفصلة)
تنفيذ المهام	التقسيم، التجزئة، والتخصص	استقلالية
التوظيف	المسابقات	التعاقد
الترقية	على أساس الأقدمية	على أساس الجدارة، والمسؤولية والأداء
الرقابة	مؤشرات المتابعة	مؤشرات الأداء
نموذج الميزانية	تركز على الوسائل	تركز على الأهداف

الجدول رقم (1) مقارنة بين الإدارة العامة التقليدية والجديدة

المبحث الثاني: نقد الإدارة العامة الجديدة

إن حركة الإدارة العامة الجديدة مضى على ظهورها ما يقارب أربعة عقود، وينبغي الاعتراف أنها حققت بعض النجاح خلال تطبيقها في البلدان المتقدمة، ولكن نجاحها كان أقل في البلدان النامية، لذلك فقد تعرضت

²⁴ Pollitt, c., 1995, Justification by works or by faith?, op. cit. p.139.

²⁵ عشور طارق، مقارنة التسيير العمومي الجديد كآلية لتدعيم وتعزيز تنافسية وكفاءة المنظمات الحكومية، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، التي تصدرها جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد1، 2011-2012م، ص 111، (بتصرف)

²⁶ المرجع السابق، ص112. (بتصرف)

وما زالت تتعرض للعديد من الانتقادات Criticism سواء في مصادرها الفكرية ومفاهيمها، أو غاياتها، أو نتائج تطبيقها حتى في البلدان المتقدمة_ حيث نشأت_ ، أو في مدى ملاءمتها للتطبيق في البلدان النامية. لعل أكبر اشكالية تثيرها الحركة الجديدة هي أنها غير محددة الإطار والمفاهيم والعناصر والمبادئ. وسوف نحاول في إطار هذا المبحث استعراض أهم الاشكاليات التي أثارها الحركة الجديدة، من خلال استعراض اشكالية ظروف نشأتها (مطلب أول)، اشكالية مصادرها الفكرية وإطارها المفاهيمي (مطلب ثان) اشكالياتها القانونية والسياسية (مطلب ثالث)، وتقييم نتائج تطبيقها (مطلب رابع).

المطلب الأول: اشكالية ظروف نشأتها

كما سبقت الإشارة فإن حركة الإدارة العامة الجديدة هي وليدة عدد من الظروف والمعطيات التي كانت سائدة في عقد السبعينيات من القرن 20 وما تلاها، ولعل الظروف الأكثر أهمية، والتي أسهمت في ظهور الحركة الجديدة وسرعة انتشارها، تتمثل في:

- أفكار العولمة والليبرالية الجديدة.
- تردي أوضاع المالية العامة والعجز في الميزانية العامة في معظم البلدان.
- تبنيتها من المؤسسات المالية الدولية (البنك الدولي وصندوق النقد الدولي).

إن القول على أنها ولدت في ظل هذه الظروف فإن علامات استفهام كثيرة سوف تثار حولها، لأن هذه المنطلقات لن توتي الثمار والنتائج المرغوبة من عامة البلدان، ومن عامة المجتمعات والأفراد.

الفرع الأول: العولمة والليبرالية الجديدة

من المتعارف عليه أن الإدارة العامة الجديدة هي نزعة راديكالية ولدت من رحم الليبرالية الجديدة، فقد وجد روادها ضالتهم في الفكر الليبرالي، الذي يتبنى اتجاه تقليص دور الحكومات (الإدارة العامة)، مع أنهم روجوا لحركتهم تحت عناوين براقية مثل؛ تقديم خدمات عامة بجودة عالية، والإدارة العامة "البيروقراطية" غير قادرة على ذلك، وإن تقديم الخدمات العامة بواسطة وكلاء من القطاع الخاص هو الأفضل، وإحلال التعاقد محل الوظيفة العامة، وتأمين مصادر تمويل ذاتية لها بعيداً عن الميزانية العامة.

نود القول أن فكر الليبرالية الجديدة وغاياته لا تخفى على أحد، ولسنا في صدد الدخول في جدل فلسفي حول المذاهب الاقتصادية والسياسية، لكن ما يعيننا اليوم أن أتباع هذا الفكر يتبنون الفكر الاقتصادي الحر ولا يؤيدون تدخل الدولة، وبطالون بخصخصة الإدارة العامة لا بل خصخصة الدولة، فإذا حصل ذلك، ونحن على يقين أن مسار الحركة الجديدة سوف يوصلنا إلى ذلك، فسيكون الضحية هم الفقراء وأصحاب الدخل المحدود (وهم الأكثرية الساحقة) حول العالم وخاصة في البلدان النامية.

من ناحية ثانية فإن من بين مرتكزات العولمة أنها تدعو إلى فتح الحدود والأسواق لتسهيل حركة انتقال الأفراد والأموال والثقافات والقيم عبر العالم، ومن ضمن الأفكار العابرة للحدود كانت أفكار حركة الإدارة العامة الجديدة فقد انتقلت من البلدان المتقدمة إلى البلدان النامية، لدرجة أن الفقه الإداري المعاصر بدأ يستخدم مصطلحات لربط الحركة الجديدة بالعولمة مثل: عولمة الإدارة العامة الجديدة NPM Globalization، أو تدويل الإدارة العامة الجديدة NPM Internationalization.

إن الإدارة العامة الجديدة كحركة جديدة نشأت في البلدان المتقدمة، ويجري تبنيها في البلدان النامية ولن تكون في صالح تلك البلدان وشعوبها ما لم تتم مراجعة مفاهيمها وأدواتها وغاياتها حتى تكون ملائمة لواقعها، أو على الأقل أن تقوم الحكومات في البلدان النامية بتحضير الواقع لتطبيقها.

الفرع الثاني: الأسباب المالية

يقول أنصار الحركة إن إصلاح الإدارة العامة وفق حركتهم سوف يؤثر بشكل إيجابي على كفاءة الحكومة من خلال توفير المال، وتقديم خدمات عامة عالية الجودة²⁷. ووفقاً لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD فإن تصاعد الدين العام الناجم عن العجز في الميزانية، وكثافة المصروفات العامة يُعدّ من الأسباب الرئيسة لتبني الإدارة العامة الجديدة²⁸. إن الشكل التالي يوضح ما يدعى "المثلث السحري" للإدارة العامة الجديدة²⁹:



الشكل رقم (1) "المثلث السحري" للإدارة العامة الجديدة

يوضح الشكل أن الأهداف الثلاثة للإدارة العامة الجديدة تتمثل في: تخفيض المصروفات العامة، وتعزيز المسؤولية والمساءلة، وتعزيز رضا العميل.

يلاحظ أن تقليص وخفض المصروفات العامة هو الغاية الأكثر أهمية، بينما المسائلة والمسؤولية، ورضا العملاء، ليست سوى مسائل ثانوية يتم استخدامها لإضفاء المشروعية على التخفيضات الكبيرة في المصروفات العامة، وفرض رسوم مقابل تقديم الخدمات العامة، بغية تقليص عجز الميزانية العامة، انطلاقاً من أنه لا ينبغي أن تتحمل الميزانية المزيد من المصروفات لتمويل الإدارة العامة البيروقراطية.

يتبين من خلال الفقه والمعلومات أن وراء حماس الحكومات ومسارعتها لتبني أفكار الإدارة العامة الجديدة تحقيق عدة أهداف بنفس الوقت:

- تحصيل إيرادات عامة مقابل تعهيد تقديم الخدمات العامة لوكلاء من القطاع الخاص.
- خفض الاعتمادات المخصصة في الميزانية العامة لمصروفات الإدارة العامة.
- خفض عدد الموظفين العموميين لأنها لجأت للتوكيل، وحتى لو كانت بحاجة لعدد من الموظفين فبدأت تعينهم كمتعاقدين وليسوا موظفين دائمين وهي بذلك وفرت على نفسها الرواتب الدائمة.
- حتى لو بقيت الإدارة العامة نفسها هي من يقدم الخدمة العامة لكنها فرضت رسوم مقابل ذلك.

في الخلاصة فإن الحكومات هي المستفيدة من أفكار الإدارة العامة الجديدة لأنها تساعدها على حل صعوباتها المالية، لكن الخاسر الأكبر من ذلك هو المواطن أو "العميل كما تسميه الحركة الجديدة" فهو سوف يتحمل رسوم تغطي كل هذه التكاليف ناهيك عن أرباح الوكلاء، وقد يكون خدمة أسرع فقط. إننا نعتقد أن هذه هي إحدى القطب المخفية لرواج الحركة الجديدة في معظم بلدان العالم، مع إن المعلومات والدراسات تشير إلى أن نتائج تطبيق الحركة الجديدة لم تحقق نجاحاً كبيراً في خفض المصروفات العامة، ولا في تقليص عجز الميزانية العامة.

Benjamin S., New Public Management: Concept and review of literature, Op. cit. P.16.²⁷

OECD, Annual report 1998, P.9.²⁸

Barbara Liegl, 1998, The Fallacies of New Public Management- Can they still be prevented in the Austrian ²⁹

.context?, P.14, Available on: <https://ecpr.eu/Filestore/paperproposal/>

يقول هوود " كثيراً ما كان يقال إن الإدارة العامة الجديدة، ولا سيما في مراحلها الأولى، قد ركزت على خفض التكاليف وتحسين الكفاءة، ولكن دراسات قليلة توصلت إلى أنها نجحت في خفض مصروفات الإدارة العامة، وهناك دراسات كثيرة أخرى لم تجد أدلة تذكر على تخفيضات حقيقية في تكاليف التشغيل، أي إن نتائج تطبيقها في الثمانينيات في الحكومة المركزية في المملكة المتحدة لم تقدم نموذجاً لخفض التكاليف الإدارية المخطط لها³⁰". ويضيف هوود _ الذي يبدو أنه يوجه نقداً للحركة الجديدة مع أنه يُعدُّ من أبرز مُنظريها _:

" يُبين التحليل أن التكاليف الجارية ارتفعت بشكل كبير بالقيمة الحقيقية على عكس الصورة النمطية التي روجت لها الإدارة العامة الجديدة".

ويعود هوود في وقت لاحق ليقول "إن هناك حاجة إلى أكثر من تنقيح طفيف للنظرة إلى الإدارة العامة الجديدة كحركة لخفض التكاليف"³¹.

³⁰, A Model of Cost-Cutting in Government? The Great Management Revolution in UK 2013 Christopher Hood, Central Government Reconsidered, March 2013, Public Administration 91(1), P.22-23, shared on: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9299.2012.02072.x>,

³¹ Christopher Hood, Ruth Dixon, 2016, Not What It Said on the Tin? Reflections on Three Decades of UK Public Management Reform, Financial Accountability & Management, November 2016, 32(4), P.409, shared on: <https://www.researchgate.net/publication/309570316>.

الفرع الثالث: دور المؤسسات الدولية الماتحة

لقد كان صندوق النقد والبنك الدوليين من أشد المتحمسين لنموذج الإدارة العامة الجديدة، لأن أفكاره جاءت منسجمة مع شروطها لإعادة جدولة القروض أو منح قروض جديدة للبلدان النامية، ومن ضمنها شرط إصلاح الإدارة العامة، بذريعة تعزيز قدرة الدولة المقترضة على استخدام القرض بكفاءة وفعالية، وعلى سداه، فالمؤسستين لا يعنيهما سوى ضمان دينهما حتى لو كان ذلك على حساب المجتمعات الفقيرة.

إن شروط تلك المؤسسات أسهمت في تعميق تراجع شرعية الدولة في البلدان النامية، وإضعاف السلطة العامة، بحيث أصبحت الدولة تسعى إلى كسب رضا تلك المؤسسات بدل التركيز على كسب رضا الجماهير³². وحتى قيل ظهور حركة الإدارة العامة الجديدة فمن المعروف أن الصندوق والبنك الدوليين يتبنيان السياسات الليبرالية في الاقتصاد، وبالتالي فلا غرابة في سرعة تبنيهما لها.

المطلب الثاني: اشكالية مصادرها الفكرية وإطارها المفاهيمي

إن تبني الحركة الجديدة لممارسات وقواعد إدارة الأعمال، ونظريات الاقتصاد المؤسسي في إصلاح الإدارة العامة أثار المزيد من الجدل بين مؤيد وبين معارض وفريق ثالث يرى ضرورة موائمة هذه الأفكار المستعارة لتتناسب مع خصوصيات الإدارة العامة.

الفرع الأول: مصادرها الفكرية

لعل أوضح ما قيل في فكر حركة الإدارة العامة الجديدة جاء على لسان هوود Hood حيث وصفها:

"أنها حركة ناشئة عن "زواج" Marriage بين تيارين مختلفين من الأفكار هما: الاقتصاد المؤسسي الجديد، والنزعة الإدارية Managerialism، مع ضرورة تقسيم الكيانات الكبيرة في القطاع العام إلى وحدات مجمعة على أساس المنتجات، يتم تمويلها بشكل مستقل عن الميزانية العامة، ويقصد بذلك تحويل منظمات القطاع العام إلى شركات ووكالات تعمل على أسس تجارية بحتة وبشكل مستقل وتنافسي، وتُمول نفسها ولا يتم تمويلها من الميزانية العامة"³³.

إن اشكالية الحركة في اعتمادها على هذين المصدرين الفكريين تتمثل في الآتي:

1) اعتمادها على النزعة الإدارية

إن هذه النزعة _ وكما سبقت الإشارة _ تدعو إلى تبني ممارسات وتقنيات إدارة الأعمال في الإدارة العامة أنه لا ينبغي التمييز في الإدارة بين القطاعين (العام والخاص).

نعقد أن لا أحد يختلف مع بعض أفكار هذه الاتجاه مثل اللامركزية وتفويض السلطة والتمكين Empowerment، والمسائلة وتقييم الأداء على ضوء المخرجات، ولا على المنافسة بين منظمات الإدارة العامة لتقديم أفضل الخدمات للمواطنين، لكن ينبغي أن يكون ذلك في ظل خصوصية الإدارة العامة.

إن الإدارة العامة اليوم هي مزيج غير متجانس من الإدارة العامة التقليدية والإدارة العامة الجديدة³⁴. لأن أنصار الحركة الجديدة لم يتمكنوا حتى اليوم من تقديم نموذج متفق على عناصره ومفاهيمه، وبالتالي لم يتحدد ما يمكن إبقاءه من النموذج التقليدي وما يجب الأخذ به من حركتهم الجديدة.

³² عشور طارق، مرجع سابق، ص43.

³³ A public management for all seasons, Public Administration, op. cit. P.4 91,19 Cristopher Hood,

³⁴ Nigro, Lloyd, 2014, New Public Personnel Administration. Boston, MA: Cengage Learning. P. 320.

واستطراداً نود القول أنه لا ضير من تطبيق ذلك على المؤسسات الاقتصادية المملوكة للحكومات من حيث تعاملها والتعامل معها على أسس تجارية، بل ندعو إلى ذلك، لكن منظمات الإدارة العامة التي تقدم خدمات عامة تهم جميع المواطنين بدون استثناء فإن الأمر مختلف.

(2) اعتمادها على نظريات الاقتصاد المؤسسي الجديد

كما سبقت الإشارة فإن الحركة الجديدة استعارت عدداً من نظريات الاقتصاد المؤسسي، وهي:

1- **نظرية الوكالة:** أي اللجوء إلى تفويض أو توكيل إحدى شخصيات القانون الخاص لتقديم الخدمات العامة بدعوى إن القطاع الخاص أكثر كفاءةً، وأن التوكيل يسهم في تقليص الانفاق العام الذي بدوره يحد من عجز الميزانية العامة. إن التوكيل أسلوب يتم اللجوء إليه عندما لا يكون الأصيل Principal قادراً على القيام بالمهام الموكلة له على الوجه الأكمل، لذلك يتم اللجوء إلى الوكيل Agent. إن اللجوء إلى التوكيل هو بمثابة تغطية على فشل الأصيل، أو أنه يمثل هروب إلى الأمام والقفز فوق المشكلات بدلاً من معالجتها، والتغطية على ضعف الأداء وتحميل المسؤولية للوكيل، وفي كافة الأحوال فإن ذلك يعد أمراً سلبياً، فلماذا يكون الوكيل قادراً على تقديم الخدمات العامة بجودة أفضل من الأصيل؟

2- **نظرية التعاقد:** إن أنصار الإدارة العامة الجديدة تلقوا نظرية التعاقد من حيث أنها تفيد في إلغاء أنظمة التعيين والموارد البشرية المعمول بها في الإدارة العامة، بحيث يكون التعيين بموجب عقود مؤقتة قد تتحول إلى دائمة حسب معايير قياس الأداء وتحقق المخرجات، أو بالاستعانة بشركات توظيف أفراد لأداء مهام خلال فترة محددة (التعهيد Outsourcing)، وبذلك يتم تخفيض مصروفات الإدارة العامة من خلال توفير الرواتب التي كان يتم دفعها للموظفين العموميين الدائمين.

إن غاية نظرية التعاقد تتمثل في التخلي عن مبادئ التوظيف العام، وتقليص أعداد الموظفين العموميين، يقول أنصار هذه النظرية أنها تقضي على الوساطة والمحسوبية في تعيين موظفين عموميين وأن ذلك يفيد في تحقيق الكفاءة وتوفير الشفافية في التفاوض و إبرام العقود.

لكن الحقيقة إن منطق هذا النظرية يمكن تفسيره على أنه محاولة للتخلص من المشاكل الموجودة في ممارسة الإدارة العامة، وأن الشفافية التي يروج لها أنصارها ليست دقيقة، إذ ليس من المضمون أن العقود سوف تتم بشفافية بعيداً عن المحسوبيات والانحياز لمتعاقدين دون آخر.

وفي ظل تبني هذه النظرية ثمة تساؤلات تتبادر إلى الذهن ومنها:

هل يمكن اعتبار الموظف المتعاقد موظف عام؟

وهل القانون العام هو الذي ينطبق على هذه العقود أم القانون الخاص؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات هي أن الموظف المتعاقد يحكم علاقته بالعمل العقد الخاص معه، أو مع المؤسسة التي ينتمي إليها (باستخدام أسلوب التعهيد Outsourcing) وهو ليس موظف عام، ولا ينطبق عليه القانون الإداري.

إننا نتفق مع مقولة إن "الحكومة بالتعاقد" كشكل من أشكال الإدارة العامة ما هي إلا "بدعة إدارية".

3- **نظرية تكلفة المعاملات (الصفقات):** تعد هذه النظرية من أهم النظريات التي تبنتها الحركة الجديدة لأنها تقوم على فكرة ضبط تكاليف معاملات تقديم الخدمات العامة، وأن أية تعاملات لا ينبغي أن تكون خاسرة مالياً بغض النظر عن أبعادها الاجتماعية.

في السابق كان المواطنون يدفعون رسوماً بسيطة سواء نقداً، أو على شكل طوابع مالية (دمغة) وكانت مقبولة إلى حد ما، فقد كانت الغاية منها تحصيل بعض الإيرادات العامة، وليس تحصيل إيرادات يغطي كامل مصروفات تقديم الخدمات العامة ويزيد، كما تطرح هذه النظرية.

إن تطبيق هذه النظرية يقصد به ألا يكون تقديم أي من الخدمات العامة خاسراً، بغض النظر عن تقديم الخدمة العامة سواء تم تقديمها من قبل منظمات الإدارة العامة نفسها (أي بدون وكيل خاص)، أو تم تقديمها عن طريق الوكلاء، ففي كلتا الحالتين أصبح ينظر إلى مراكز تقديم الخدمات العامة على أنها مراكز ربحية تستوفي رسوم مقابل تقديم الخدمة لتغطية مصروفات التقديم وتحقيق أرباح.

واستطراداً ثمة تساؤل يتبادر إلى ذهننا في هذا السياق وهو:

لماذا أبقت بلدان العالم طرقاتاً مجانية تكون موازية للطرق الحديثة (التي شُيِّدت باستخدام عقود ال BOT ومشتقاته التي ينبغي دفع رسوم مقابل المرور عليها)؟ فقد تُرك طريق مجاني يستخدمه من لا يستطيعون دفع الرسوم، بالمقابل لم تبقى خدمة عامة واحدة مجانية!، كان يمكن تطبيق فكرة الطرق ذاتها في تقديم الخدمات العامة، أي أن تبقى خدمات مجانية وأخرى مدفوعة، صحيح أن ذلك سوف يخلق تمايزاً طبقياً، لكنه قد يكون أرحم من تحميل كافة أفراد المجتمع رسوماً باهظة.

يعتبر تبني الأساليب المستعملة في إدارة القطاع الخاص وآليات السوق والمنافسة في الإدارة العامة بمثابة حدوث تغييرات أكثر جوهرية تشغيل إدارة الخدمات العامة، وذلك لأنها تتطوي على حدوث تغيير الإطار المؤسساتي والمؤسسي، أي تبديل الأعراف والقيم والمعتقدات السائدة التي يعمل بها أولئك الذين يعملون الخدمات العامة³⁵.

وعلى الرغم من أن البعض وصف الحركة الجديدة بأنها ليست نظرية في الإدارة، وأن أسسها النظرية غير متماسكة، بل اعتبرها البعض على أنها "بدعة في الإدارة"³⁶، كما وصفها بعض الباحثين بالضحالة النظرية. إن مسار الحركة الجديدة بدأ بخصخصة عمليات تقديم الخدمات العامة، وإن محطته القادمة هي خصخصة أو لبرلة الإدارة العامة Privatization or Liberalization of public administration .

الفرع الثاني: عناصرها والمفاهيم التي تستند إليها

لعل من أولى اشكاليات الإدارة العامة الجديدة أنه لا يوجد تعريف واضح لها متفق عليه أو يحظى بتوافق على الأقل، كما إن المفاهيم التي تستند إليها وعناصرها ليست محددة ولا متفق عليها حتى اليوم. إن من أول ما يلفت الانتباه هو في تسمية الحركة الجديدة، فقد قام روادها باستبدال مصطلح الإدارة العامة Public Administration المتعارف عليه منذ عقود طويلة بمصطلح Public Management، ومن المعلوم أن مضمون Administration يختلف عن مضمون Management حيث أن المصطلح الأول كان يستخدم في الغالب_ للتعبير عن الإدارة في المنظمات الحكومية، بينما الثاني يستخدم للتعبير عن الإدارة في قطاع الأعمال، وبالتالي فإن ثمة فروق بين آليات وغايات كل منهما، لذلك فإن دُعاة الإدارة العامة الجديدة كانوا واضحين منذ البداية بأن حركتهم الجديدة تقوم على استعارة مفردات إدارة الأعمال لتطبيقها في الإدارة العامة، مع أننا ندرك أن القضية لا تكمن في استعارة مفردة من مفردات إدارة الأعمال، بل تكمن في تبني قواعد وقيم وغايات إدارة الأعمال في الإدارة العامة والقفز فوق خصوصياتها، وحتى من دون تحضير البيئة اللازمة للتطبيق.

حاول العديد من الباحثين تقييم الحركة الجديدة من خلال ما ركزت عليه من مفاهيم من منظورين هما³⁷:

المنظور الأول: من زاوية تركيزها على إعادة هيكلة الإدارة العامة؛ بالاعتماد على مفاهيم ثلاثة رئيسة هي: اللامركزية، التجزئة Disaggregation، وتقليص الحجم Downsizing.

³⁵ رفاع شريفة، نظرية الإدارة العامة الحديثة ودورها في معالجة إشكالية إدماج مفهوم الأداء في الخدمة العمومية، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، التي تصدرها جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد6، 2008م، ص110.

Flynn, Norman, op. cit., P.107³⁶

Kulachet Mongkol, 2011. The Critical Review of New Public Management Model and its Criticisms. Research³⁷

Journal of Business Management, 5:P. 35-43.

المنظور الثاني: لناحية تأكيدها على إدماج آليات الأسواق والمنافسة في الإدارة العامة، لأن أنصارها يرون أنها ايدولوجيا تقوم على الإيمان بفعالية الأسواق والمنافسة، وأفكار وممارسات قطاع الأعمال.

بشكل أكثر وضوحاً فإن الحركة الجديدة تتبنى مفاهيم عدة مثل؛ الوكالة، التعاقد، اللامركزية، منح قدر أكبر من السلطة التقديرية للمديرين العموميين، تحقيق رضا "العملاء"، المنافسة بين منظمات الإدارة العامة وبينها وبين منظمات الأعمال، تجزئة المنظمات العامة، وتحديد الفعالية وفقاً لقياس النتائج³⁸. إن ما يمكن قوله إزاء المفاهيم الرئيسية التي يروج لها أنصار الحركة:

- 1- إن اللامركزية تُعدُّ ضرورة في الإدارة المعاصرة، لكن ذلك قد ينقل تركُّز السلطة من المستوى الأعلى إلى المستويات الأدنى في هرم الإدارة العامة، ناهيك عن أن هناك مخاوف من أن زيادة استقلالية المديرين العموميين قد تسهم في خلق حيز أكبر للفساد خاصة في البلدان النامية.
- 2- إن استعارة الممارسات الإدارية للقطاع الخاص لا يمكن أن تتناسب مع ظروف القطاع العام مالم يجر عليها تعديل، لأن القطاع العام له أهداف أكثر تعقيداً، وفيه عدة مستويات من المسائلة ودرجة أقل من الحرية، كما أن له أبعاداً اجتماعية وسياسية وقانونية واقتصادية مختلفة.
- 3- إن مفهوم القضاء على المحاباة والمحسوبية في التعيين بالوظيفة العامة_ الذي روج له أنصار الحركة الجديدة كنتاج لها_ ليس دقيقاً بل بالعكس يمكن أن تستمر هذه التجاوزات في ظل العقود التي لا تخضع للتدقيق من قبل الجهات الرقابية كما هو الحال في التعيين بوظيفة عامة.
- 4- إن غاية الحركة الجديدة_ كما يروج أنصارها_ هي تقديم خدمات عامة بجودة عالية وهذا أمر جيد ومطلوب، لكن ليس بالضرورة أن جميع المواطنين يهتمون بجودة الخدمات، وخاصة إذا كانت ذات تكلفة عالية على شكل رسوم يتم دفعها مقابل الحصول على الخدمة العامة³⁹.
- 5- يؤخذ على الحركة الجديدة اهتمامها بالكفاءة Efficiency أكثر من الاهتمام بالإنصاف Equity.
- 6- إن الطرف الثاني في الإدارة العامة من وجهة نظر الحركة الجديدة هو عميل Customer أو زبون Client أو مستخدم User، ولكن ليس مواطن Citizen وُجدت الإدارة العامة لخدمته.
- 7- إن الحركة الجديدة قد بالغت في تقدير دور السوق والمنافسة كدواء شافي لأمراض الإدارة العامة، لكن الحقيقة إن ثقافة السوق والمنافسة تعني أن المنافس الضعيف يجب أن يخرج من السوق فكيف يستقيم الحال مع منظمات حكومية؟ وهل سيكون مصيرها الخروج من الخدمة؟!.
- 8- إن دعوة الحركة الجديدة للفصل بين السياسة وبين الإدارة العامة، وإن كنا نرى أهمية لذلك، لكن غاياتها في الواقع تتمثل في استقلال الإدارة العامة عن الحكومات وهذا أمر مثير للريبة والقلق خاصة إذا فقدت الحكومة السيطرة على الإدارة العامة.

في الخلاصة هناك اتفاق بين الباحثين على إن الإدارة العامة الجديدة هي حركة أو نموذج غير محدد العناصر والتدابير، وكما سبقت الإشارة فهي تُشبّه بقائمة الطعام Menu يمكن أن تأخذ منها البلدان عناصر قد تكون متناقضة ما يؤدي إلى الاختلاف في شكل الإدارة العامة بين بلد وآخر، ومع ذلك فإن دعواتها لا يعتبرونها وصفة علاجية لعيوب نظام الإدارة العامة "البيروقراطي" بل يقدمونها كبديل عنه، من دون أن يتفقوا، ولو بنسبة معينة، على مفاهيمها وعناصرها ومبادئها.

يقول بارزيلي Barzelay، وهو من جيل الرواد، أن الحركة الجديدة هي: "وصف جديد للممارسة الإدارية

³⁸ نظريات الإدارة العامة، (تطبيقات نظرية) لنماذج نظريات "الإدارة العامة الجديدة" والمعاصرة" مقال مترجم بواسطة: تامر نادي، تاريخ النشر ديسمبر 2019، منشورة على موقع: <http://arabprf.com/?p=2160>

³⁹ Manning, N., 2001, The Legacy of new public management in Developing countries, International review of administrative science, 67. P. 302.

في الإدارة العامة وليست نظرية إدارية متكاملة⁴⁰. كما أنها ليست عالمية الطابع⁴¹.

المطلب الثالث: اشكالياتها القانونية والسياسية

إن أفكار ومسارات تطبيق حركة الإدارة العامة الجديدة أثارت ومازالت تثير اشكاليات قانونية وأخرى سياسية، سوف نحاول استعراضها من حيث الجانب القانوني (فرع أول) والجانب السياسي (فرع ثان).

الفرع الأول: الجانب القانوني

منذ أن ظهرت الإدارة العامة كممارسة _ مع ظهور الدولة الحديثة _ فإن الغاية والمهام التي وجدت لأجلها تتمثل في أنها سوف تنوب عن الشعب في إدارة مُقدّراته، وتقديم خدمات عامة للمواطنين بدون تمييز أو تفرقة، انطلاقاً من حقوق المواطنة وعلى قاعدة العدالة والمساواة، وعليه فقد تضمن الدستور في كافة بلدان العالم مواداً تُشرعن ذلك، لكن الحركة الجديدة تجاوزت هذا المبادئ الدستورية لتجعل تقديم الخدمات العامة مقروناً بدفع رسوم، وهي بذلك لم تميز بين مواطن غني قادر وآخر فقير ضعيف، فكان وقعها أكبر على الفقراء.

من ناحية ثانية فقد كانت أفكارها تعتبر المواطنين المستفيدين من الخدمات العامة "عملاء"، ومن المعلوم أن التعامل مع العميل Costumer يكون بغير التعامل مع المواطن Citizen، وإن أهم الفروق بين المعنيين أن العميل سوف يدفع مقابل الخدمة التي يتلقاها، بينما المواطن الذي هو من اختار السلطة العامة لتدبير شؤون الدولة ينتظر منها تقديم الخدمات العامة له مجاناً كحق من حقوق المواطنة.

من ناحية ثالثة فإن مصروفات السلطة العامة _ في إطار الميزانية العامة _ يتم تمويلها من دافعي الضرائب (المواطنين)، فكيف تعود السلطة العامة لتفرض عليهم رسوم مقابل الحصول على الخدمات العامة!!، إن ذلك يعني أن المواطن يدفع مرتين:

- في المرة الأولى يدفع الضرائب والرسوم المقررة قانونياً لتمويل مصروفات الإدارة العامة.
- وفي المرة الثانية يدفع الرسوم مقابل حصوله على الخدمات العامة.

من زاوية ثانية فإن الموظف العمومي، الذي هو موجود لخدمة مواطنيه، يقبض راتبه الشهري من الميزانية العامة التي تتمول من أموال المواطنين (ضرائب ورسوم)، يعود هذا الموظف نفسه أو عبر الوكيل لبيع الخدمات العامة التي تقدمها إدارته العامة مقابل رسوم.

إننا نرى أن ذلك يخالف الدستور والقوانين، ويخالف غايات الإدارة العامة التي وجدت لأجلها، الأمر الذي أثار ويثير جدلاً قانونياً لم يتوقف.

وعطفاً على ما طرحته مشكلة البحث من تساؤل حول مصير الإدارة العامة، فإن الإدارة العامة لن تبقى عامة Public، لأن معنى العامة:

- أنها تقدم خدمات لعامة الناس بحكم كونهم مواطنين وليس عملاء أو زبائن.
- أن منظمات الإدارة العامة تتمول من الميزانية العامة من خلال الاعتمادات المخصصة لها في قانون الميزانية العامة؛ ولكن قواعد الحركة الجديدة تخالف ذلك فهي تتبنى فكرة أن منظمات الإدارة العامة يجب أن تتمول بشكل مستقل عن الميزانية العامة، وهذا أمر ينسف القانون المالي الأساسي في الدولة، وقواعد إعداد الميزانية العامة المتعارف عليها ومنها وحدة الميزانية، وعدم تحديد إيراد عام محدد لنفقة عامة محددة.

Benjamin S., New Public Management: Concept and review of literature, Op. cit., P.15.⁴⁰

61 Flynn, Norman, 2012, Public Sector Management, 6th edit. SAGE, P.41

- أن يتم تقديم الخدمة العامة من شخصية اعتبارية عامة أو من موظفين عموميين، ولكن الحركة الجديدة تتبنى فكرة تقديم الخدمات العامة بواسطة وكالات أو شخصيات من القطاع الخاص.
- إن القانون الإداري، المعروف أنه يُنظم الإدارة العامة، لن يكون مناسباً مع وكالات القطاع الخاص لأن التعاقد معها سوف يحكمه القانون التجاري وقواعد ومبادئ القانون الخاص.
- إن التعيين في الوظيفة العامة يحكمه قانون الموارد البشرية أو الخدمة المدنية، بينما يخضع المتعاقد لشروط العقد بينه وبين الإدارة العامة.
- يُفترض أن تكون هذه الخدمات مجانية أو في الحد الأقصى مقابل رسوم تغطي تكلفة تقديم الخدمة، وإلا ما هو الفرق بينها وبين إدارة الأعمال التي غايتها زيادة الأرباح؟!!

يبدو واضحاً أن جوهر حركة الإدارة العامة الجديدة قام على اعتماد معايير التقييم الاقتصادي للإدارة العامة أي على المنطق المادي، وليس على معايير الواجب الدستوري والقانوني لتقديم الخدمات العامة، وأن فكر الإدارة العامة الجديدة ما هو في الواقع إلا خصخصة لعملية تقديم الخدمات العامة وهو مقدمة لخصخصة الإدارة العامة بشكل كامل كما كنا ذكرنا آنفاً.

إننا نعتقد، في ضوء فكر الحركة الجديدة، أن علم الإدارة العامة في طريقه للزوال خلال العقود القليلة القادمة، وبالتالي سوف يسود نموذج إدارة الأعمال في منظمات الإدارة العامة.

الفرع الثاني: اشكالية الفصل بين الإدارة العامة وبين السياسة

من المعروف بأن من بين مفاهيم الحركة الجديدة ضرورة فصل الإدارة العامة عن السياسة والسياسيين. بداية نتفق مع فكرة أن المديرين العموميين لا ينبغي أن يتم تعيينهم أو عزلهم بسبب انتمائهم السياسي، لأن من شأن ذلك أن يضرب في استقرار وكفاءة وفاعلية الإدارة العامة، لكن لا نتفق مع تسييس خدمات الإدارة العامة والمنافع العامة تحت أية ذريعة أو سبب.

إن أنصار الحركة الجديدة يرون ضرورة الفصل التام بين الإدارة العامة وبين السياسة، متناسين أن الإدارة العامة تتأثر بالنظام السياسي، وأن كثيرين يعتبرون أن علم الإدارة العامة هو أحد فروع علم السياسة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن هذا الفصل يضر في تنافسية الأحزاب الساعية للوصول إلى السلطة، حيث أن إصلاح الإدارة العامة يعد أحد أهم محاور برامج التنافس الحزبية.

إننا نعتقد أن الفصل التام الذي يقصده دعاة الحركة الجديدة هو الفصل بين السلطة العامة وبين الإدارة العامة، الأمر الذي سوف يضعف سيطرة السلطة العامة (الحكومة) على الإدارة العامة، خاصة وأن الغاية البعيدة للحركة الجديدة تتمثل في تقليص دور الحكومة وإضعافه وسيادة آليات السوق، ما يشكل خطورة على مستقبل الدول خاصة في أوقات الأزمات.

إن الرقابة السياسية على أعمال الإدارة العامة تُعد ضرورة فهي تفيد في تصويب مسار عمل السلطة التنفيذية، والكفاءة في استخدام الأموال العامة، وهي رقابة تتصف بالمشروعية.

إن الإدارة العامة الجديدة هي نموذج يقود إلى سيادة نمط "الدولة الإدارية Managerialist State" ضد نمط "الدولة السياسية Political State"⁴².

نؤيد مقولة إن الحركة الجديدة ربما حازت على المشروعية الإدارية Managerial legitimacy فقد تكون "ممارسة إدارية جيدة"، لكنها لا تبدو كذلك من حيث المشروعية السياسية والاجتماعية والقانونية.

Bin, Chen, 2011, Rethinking NPA: A Metaphorical Approach, Chinese Public Administration Review, Vol.6,⁴²

Number3/4, September/December, P.46.

أي إن ما هو جارٍ تنفيذه اليوم هو النظر إلى الإدارة العامة وفق منطق الشركات Corporatism. ونحن نعتقد أن ذلك هو السبب الرئيس للارتباك والضعف الذي تديبه اليوم الحكومات حول العالم بما فيها في البلدان الأكثر تقدماً في مواجهة انتشار جائحة Covid-19 وفي تأمين التطعيم ضد الفيروس.

المطلب الرابع: تقييم نتائج تطبيقها

سوف نتناول موضوع تقييم نتائج تطبيق الحركة الجديدة من زاويتين: الأولى من حيث ما تضمنه الفقه المتصل بذلك من إشارات إلى نتائج التطبيق (فرع أول). الثانية من حيث نتائج تطبيقها في البلدان النامية (فرع ثان).

الفرع الأول: في الفقه الإداري

يشهد اليوم الفقه المتصل بالحركة الجديدة، حتى في البلدان المتقدمة نفسها، انقساماً واضحاً بين فريقين: الأول مؤيد وداعم لها، ويشيد بنتائج تطبيقها، بينما الفريق الثاني، وهم المنتقدون لها، يشير إلى تواضع نتائج تطبيقها.

إن مؤيديها يشيرون إلى أن تطبيقها أعطى نتائج لافتة أسهمت في تحقيق الغاية المعلنة لها وهي تقديم خدمات عامة بجودة عالية، وعززت اللامركزية وتفويض السلطة والمسائلة والمحاسبة، وجعلت من "العميل أو الزبون" رقيباً على وكلاء الإدارة العامة، وشجعت على الابتكار والمبادرات الإدارية الجديدة، وأنها حاولت، وإن بدرجات متفاوتة، خفض مصروفات الإدارة العامة، وجلبت بعض الإيرادات للخرينة العامة على شكل عوائد عقود التوكيل.

بالمقابل فإن المنتقدون لها يشيرون إلى إنجازات صغيرة تركزت على؛ إصلاحات ذات فوائد قصيرة الأجل، ربما كانت قطاعات التعليم والصحة أكثر تقبلاً لها، غياب الإصلاح المؤسسي، وإن نتائجها في خفض الانفاق وتقليص عجز الميزانية العامة لم تكن مرضية Not Satisfactory. إن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD كانت قد حددت في سنة 1999م أربعة أهداف للحركة الجديدة هي: تحسين عملية صنع القرار، المساعدة في تخصيص موارد البرنامج، تحسين استخدام الأموال، وأخيراً تعزيز مساءلة السياسات العامة⁴³. لكن حسب علمنا لم تُصدر المنظمة تقريراً واحداً يشير إلى نتائج تطبيقها بعد أكثر من عقدين على تبنيها، فقد يكون السبب هو محدودية نتائجها.

من وجهة نظرنا فإن أهم نتائج الحركة الجديدة أنها أسهمت بالفعل في تقديم خدمات عامة ذات جودة أعلى باستخدام أدوات تقديم متطورة وسريعة بفضل استخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، مع أننا نميل إلى اعتبار ذلك أنه نتاج موضوعي للتطور العلمي والتكنولوجي المعاصر.

حتى إن روادها ذكروا أن تقييم نتائجها يُعدُّ مهمة معقدة بسبب التزامن والتداخل بين متغيرات عدة في الإصلاح الإداري، فقد قام بوليت Pollitt، بتحديد أهم الصعوبات المتصلة بتقييم الإصلاح الإداري وفق نموذج الإدارة العامة الجديدة وهي⁴⁴:

- الطبيعة المتعددة الأوجه لها وعوامل أخرى.
- عدم وجود أو صعوبة اختيار معايير واضحة لقياس نتائج الإصلاح الإداري، وحقائق مضادة.
- مشكلة تحديد تكاليف وفوائد إصلاح الإدارة العامة.

Benjamin S., New Public Management: Concept and review of literature, Op. cit., P.36. ⁴³

Pollitt, c., Dan, S., 2014, NPM can work: An optimistic review of the impact of NPM reforms in central and eastern Europe, December, Public Management Review. 17(9). ⁴⁴

إننا نعتقد أن نشر تلك الصعوبات يُعدُّ محاولة لتبرير النتائج المتواضعة لتطبيق الحركة الجديدة.

إن من الهام القول إن الحركة الجديدة أسهمت في خلق واقع جديد للإدارة العامة يبدو غير متجانس بين مفاهيم وقواعد كل من الإدارة العامة "التقليدية" و"الجديدة"، كما أنه يتوفر في عالمنا المعاصر نماذج عدة لإصلاح الإدارة العامة بموجب الحركة الجديدة، فهناك ما يدعى النموذج الانجلوساكسوني (المملكة المتحدة، أستراليا، نيوزيلندا) وهو يختلف عن نموذج البلدان الأنجلو-أمريكية (الولايات المتحدة، المكسيك، وكندا)، وعن النموذج الإسكندنافي (الذي تبنته البلدان الإسكندنافية). ويختلف عن نموذج اليابان التي تبنت انتقائياً بعض مبادئ الحركة الجديدة فليس لديها بعد علامتها التجارية الخاصة⁴⁵. ومن الطبيعي أنه لا يوجد نموذج خاص بالبلدان النامية.

الفرع الثاني: تقييم نتائج تطبيقها في البلدان النامية

إن البلدان المتقدمة تتميز بخصائص ثقافية وإدارية واجتماعية تختلف عن تلك الموجودة في البلدان النامية، حيث أن الأخيرة تفتقر إلى القدرات اللازمة لتطبيق النموذج الجديد في الإصلاح الإداري، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في مفاهيمه وعناصره لتكون ملائمة للتطبيق في تلك البلدان⁴⁶. إن الواقع يشير إلى أنه ليس من السهل تغيير ثقافة المنظمات العامة في البلدان النامية، وذلك لأن أي تغيير يحدث، سوف تتم مقاومته (مقاومة التغيير) من أولئك الذين ينتفعون من النمط المؤسسي القائم، فالمنظمات ليست أنظمة خارجة من القيود، بل أنماط داخلية من المصالح والقيم⁴⁷. إن حكومات البلدان النامية سارعت لتبني النموذج الجديد في إصلاح الإدارة العامة انطلاقاً من؛ رغبتها في السير في ذات الطريق الذي سارت به البلدان المتقدمة (أي أنها عملية تقليد)، ومن الأزمات المالية التي تعصف بمعظم تلك البلدان، من دون أن تقوم بتهيئة الظروف والمستلزمات البشرية والقانونية لذلك، الأمر الذي أدى إلى تشوه الإدارة العامة فيها، فقد باتت هجيناً من عناصر غير منسجمة وغير متنسقة فبعضها مستمد من الإدارة العامة البيروقراطية، وبعضها الآخر من الإدارة الجديدة. إن تطبيق نموذج الإدارة العامة الجديدة في البلدان النامية تواجهه صعوبات من بينها:

- 1) تتميز الإدارة العامة بصنع القرار مركزياً، وأن الاستقلالية قد تقود إلى ممارسات تعسفية.
- 2) تعاني الإدارة العامة من الفساد والمحسوبيات، وسيطرة القواعد والتنظيمات غير الرسمية.
- 3) إن التعاقد مع وكالات خاصة يتطلب بيئة تشريعية مستقرة وراسخة وهي غير متاحة فيها.
- 4) لا تتوفر البيئة المناسبة لتطبيق النموذج الجديد.
- 5) إن توقعات الجمهور فيها لجودة الخدمات العامة أقل عنه في البلدان المتقدمة.
- 6) افتقارها للقدرات والإطار التشريعي المناسب. حيث إن بلداناً عدة نفذت برامج لخصخصة المؤسسات الاقتصادية العامة لكن شابها الفساد، ولم تحل مشكلات المالية العامة فيها.
- 7) إن منظمات الإدارة العامة فيها لا تزال تتبنى الهياكل البيروقراطية العمودية (Vertical)، ما يجعل تطبيق النموذج الجديد أمراً صعباً.
- 8) إن الحكومات لديها خبرة ضئيلة في تطبيق آليات السوق، وبالتالي تبني الإصلاح الإداري الموجه بآليات السوق. إن تطبيق آليات السوق في البلدان النامية قد أدى إلى إضعاف السلطة العامة فيها.

Benjamin S., New Public Management: Concept and review of literature, Op. cit., P. 37.⁴⁵

⁴⁶ عشور طارق، مرجع سابق، ص 43

⁴⁷ رفاع شريفه، مرجع سابق، ص 111.

تشير بياتريس إيبو إلى أن مقارنة "سوق أكثر- دولة أقل"، قد أفرزت نتائج عكسية أضرت بالدولة النامية (كانت تشير إلى بعض دول أفريقيا) بفعل تطبيق سياسات الخصخصة وإدخال آليات السوق، ما أدى إلى إضعاف السلطة العمومية وفقدان شرعيتها، وخصخصة الدولة ونمط الحكم فيها⁴⁸.

⁴⁸ , Privatizing the State, Translated to English by: Jonathan Derrick, Columbia 2004 Béatrice Hibou, University Press, October, book introduction. avail. On: https://www.researchgate.net/publication/308027987_Privatizing_the_State

بياتريس إيبو: باحثة في الاقتصاد السياسي، ومديرة أبحاث في المركز الوطني للبحوث العلمية في فرنسا.

من خلال البحث في الفقه المتصل بهذه الحركة نجد أنها ماضية في مسارها، رغم الانتقادات الكثيرة لها وتواضع نتائج تطبيقها، يساعدها في ذلك تبني الحكومات لها كوسيلة لمعالجة العجز في ماليتها العامة، ومن دون أي اكتراث في الأعباء والتكاليف التي يتحملها المواطنون، وخاصة ذوي الدخل المحدود، في بلدان العالم كافة نتيجة تطبيق مفاهيم هذه الحركة، ودفع رسوم مقابل الخدمات العامة.

النتائج

انطلاقاً من المعالجة البحثية لمشكلة البحث، فإن البحث توصل إلى النتائج التالية:

أ- في الإطار المفاهيمي للإدارة العامة الجديدة:

- 1- ما من شك فإن الإدارة العامة التقليدية (البيروقراطية) تحتاج للتطوير لتتناسب متطلبات العصر.
- 2- لم تُثبت الحركة الجديدة، بعد حوالي أربعة عقود على ظهورها، أنها نظرية إدارية متكاملة لأنها مازالت تفتقر إلى الإطار المفاهيمي.
- 3- إن الحركة الجديدة تتصل بالممارسة الإدارية أكثر منه في الفقه الإداري.
- 4- ظهرت بالتزامن مع انتشار فكر الليبرالية الجديدة، لذلك سارت بنفس مسارها المؤدي إلى عدم تدخل السلطة العامة وتقليص دورها.

- 5- إن جوهر الحركة الجديدة يتمثل في تطبيق ممارسات إدارة الأعمال في المنظمات العامة، واعتماد أساس الربحية في تقديم الخدمات العامة (أو على الأقل عدم الخسارة)، وتقديم الخدمات العامة بواسطة وكالات خاصة، وتبني آليات السوق والمنافسة بين مقدمي الخدمات العامة.
- 6- تبنت الحركة الجديدة نظرية التعاقد لأداء الأعمال والأنشطة العامة من خلال التعاقد مع أفراداً، أو مع شركات من القطاع الخاص (Outsourcing)، كبديل عن نظام الوظيفة العامة.

ب- من النواحي القانونية والسياسية

- 7- إن الوظيفة العامة والموظف العام وتالياً الإدارة العامة لن تبقى عامة، وهذا يُعدُّ خروجاً على الدستور والقوانين.
- 8- إن مسار الحركة الجديدة سوف يقود إلى إلغاء علم الإدارة العامة برمته، أو بالحد الأدنى إلغاء مبادئ الإدارة العامة لتحل محلها مبادئ إدارة الأعمال.
- 9- إن فصل السياسة عن الإدارة العامة، سوف يُضعف تنافسية البرامج الحزبية، وبالتالي إضعاف دور الحكومات في السيطرة على الإدارة العامة وهذا سوف تكون له مخاطر عديدة من زاوية أن العالم سيكون أمام نمط الدولة الإدارية بدلاً من الدولة السياسية وخاصة مع تنامي نزعة لبرلة الإدارة بحيث لا يتوقع أن تبقى أية خدمة عامة مجانية.

ج- من الناحية المالية:

- 10- إن تطبيقها أسهم في زيادة الأعباء المالية المفروضة على كاهل المواطنين.
- 11- إن أحد الدوافع الرئيسية وراء حماس الحكومات لها يتمثل في تخفيض مصروفات الإدارة العامة _ لا بل تحقيق إيرادات إضافية _ في محاولة منها لتقليص عجز الميزانية العامة.
- 12- إن ممارسة أفكار الحركة الجديدة تُحمّل المواطن أعباء الدفع مرتين: الأولى الضرائب والرسوم لتمويل الإدارة العامة، والثانية دفع رسوم مقابل الخدمة العامة.
- 13- تتبنى الحركة الجديدة فكرة تمويل منظمات الإدارة العامة من مواردها الذاتية، أي بشكل مستقل عن الميزانية العامة، وهذا ما يخالف قوانين المالية العامة، وقواعد الميزانية العامة.
- 14- إن المؤسسات المالية الدولية المانحة (صندوق النقد والبنك الدوليين) أسهمت في نشر أفكار الحركة الجديدة في البلدان النامية.

د- في نتائج تطبيقها

- 15- إن الحركة الجديدة قد سجلت بعض النجاحات في البلدان المتقدمة _ حيث نشأت _ لكنها ليست كذلك في البلدان النامية نظراً لاختلاف الظروف والامكانيات والقدرات.
- 16- يوجد اليوم عدة نماذج من الإدارة العامة الجديدة في البلدان المتقدمة تتفق على بعض المفاهيم، لكنها تتباين في مفاهيم أخرى، كما تتباين في الأولويات والأدوات.
- 17- يلاحظ أن العديد من الدول النامية قامت بتطبيقها بشكل جزئي لذلك تعاني اليوم من عدم تجانس في الإدارة العامة بين عناصر الإدارة التقليدية وبين عناصر الإدارة الجديدة.
- 18- إن تطبيقها في البلدان النامية قد أدى إلى نتائج اجتماعية غير عادلة، حيث أن معظم سكان هذه البلدان من الفقراء وأصحاب الدخل المحدود وفي ظل تبني الحركة الجديدة بات هؤلاء مطالبون بدفع رسوم مقابل الخدمات العامة، ناهيك عن قلة فرص العمل في الإدارة العامة بعد تطبيق برامج؛ الخصخصة، لبرلة الإدارة العامة، وتقديم الخدمات العامة عن طريق وكلاء من القطاع الخاص.

التوصيات

- انطلاقاً من نتائج البحث، ومن حقيقة أن الإدارة العامة الجديدة أضحت واقعاً ملموساً ونموذجاً واسع الانتشار في برامج إصلاح الإدارة العامة، فإن الباحث يتقدم بالمقترحات التالية:
- 1- إن إدخال بعض المفاهيم والعناصر من إدارة الأعمال في إدارة المنظمات العامة لا ينبغي أن يؤدي إلى إلغاء: الدور المتعارف عليه لمنظمات الإدارة العامة، وعلم الإدارة العامة.
 - 2- إن البحث عن مصادر جديدة للإيرادات لتمويل الميزانية العامة أمر مفهوم ومطلوب، لكن فرض الرسوم مقابل الخدمات العامة ينبغي أن يكون مدروساً ولا يرهق كاهل أصحاب الدخل المحدود.
 - 3- إن تبني بعض نظريات الاقتصاد المؤسسي الجديد في الإدارة العامة ممكن، لكن المطلوب اتساقها مع خصوصية الإدارة العامة.
 - 4- إن البلدان النامية مطالبة بالابتعاد عن سياسة التقليد للبلدان المتقدمة في إصلاح الإدارة العامة فيها، لأن لديها من الخصوصيات والمعيقات التي لن تسمح للنموذج الجديد بالنجاح، لذلك ينبغي على الحكومات في تلك البلدان تهيئة الظروف والقدرات لتطبيق التجارب المتقدمة.
 - 5- إن من الأفضل إيجاد صيغة وسطية أو "نموذج إدارة عامة جديد" يمزج بين عناصر ومفاهيم إدارة الأعمال وبين خصوصيات الإدارة العامة، بحيث نبتعد عن؛ راديكالية حركة الإدارة العامة الجديدة، وعن بيروقراطية الإدارة العامة التقليدية، ومن خصائص هذا النموذج:
- استعارة بعض ممارسات إدارة الأعمال لتطبيقها في الإدارة العامة مثل تحسين جودة المخرجات، ضبط التكاليف، تقييم الأداء، المسائلة، والتميز المؤسسي.
 - إعادة تأهيل وتمكين الكوادر في الإدارة العامة، وخاصة في منافذ تقديم الخدمات العامة.
 - إدماج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تقديم الخدمات العامة لأن ذلك سوف يسهم مساهمة فعالة في تحسين الجودة.
 - تطبيق اللامركزية في منظمات الإدارة العامة، ومنح المديرين العموميين سلطات أكبر ووفق ضوابط محددة وشفافة.
 - إحلال نماذج الهياكل التنظيمية الأفقية Horizontal بدلاً من العمودية Vertical في منظمات الإدارة العامة.
 - سياسات تحفيز تستهدف فعلاً الموظفين والمنظمات المتميزة وربط الحوافز بالأداء.

1. زيد منير، 2017م، الاستراتيجية الحديثة في ادارة التخطيط والتطوير، دار المعزز للنشر والتوزيع. عمان، الأردن.

1. رفاع شريفة، نظرية الإدارة العامة الحديثة ودورها في معالجة إشكالية إدماج مفهوم الأداء في الخدمة العمومية، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، التي تصدرها جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد6، 2008م.
2. عشور طارق، مقاربة التسيير العمومي الجديد كآلية لتدعيم وتعزيز تنافسية وكفاءة المنظمات الحكومية، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، التي تصدرها جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد1، 2011-2012م.

3. تامر نادي، 2019، نظريات الإدارة العامة، مقال مترجم، تاريخ النشر ديسمبر 2019م، منشورة

على موقع: <http://arabprf.com/?p=2160>

1. Béatrice Hibou, 2004, Privatizing the State, Translated to English by: Jonathan Derrick, Columbia University Press, October, book introduction. avail. On: https://www.researchgate.net/publication/308027987_Privatizing_the_State
2. Flynn, Norman, 2012, Public Sector Management, 6th edit. SAGE.
3. Nigro, Lloyd, 2014, New Public Personnel Administration. Boston, MA: Cengage Learning.
4. Osborne, D., & Gaebler, T., 1992, Reinventing Government: A Government that works better and costs less, Addison-Wesley.

نقله إلى العربية محمد توفيق البجيرمي، العبيكان للنشر، 2011م.

1. Aucoin, Peter, 1990, Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums, Governance rev., vol.3, iss.2, shared on: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/>
2. Barbara Liegl, 1998, The Fallacies of New Public Management- Can they still be prevented in the Austrian context?, Available on: <https://ecpr.eu/Filestore/paperproposal/>.
3. Benjamin S., New Public Management: Concept and review of literature, Ch.2, shared on: https://www.academia.edu/29808173/Chapter_2_NEW_PUBLIC_MANAGEMENT_CONCEPT_AND_REVIEW_OF_LITERATURE, لم يذكر تاريخ النشر

4. Bin, Chen, 2011, Rethinking NP: A Metaphorical Approach, Chinese Public Administration Review, Vol.6, Number3/4, September/December.
5. Christopher Hood, 1991, A public management for all seasons, Public Administration, vol.69,1Mar, Shared on: <https://onlinelibrary.wiley.com/action/>
6. Christopher Hood, 1995, The “new public management” in the 1980s: Variations on a theme, Accounting, Organizations and Society, Vol.20, Iss.2-3, Feb.–Apr. Available on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/>
7. Christopher Hood, 2013, A Model of Cost-Cutting in Government, The Great Management Revolution in UK Central Government Reconsidered, March 2013, Public Administration 91(1), shared on: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9299.2012.02072.x>,
8. Christopher Hood, Ruth Dixon,2016, Not What It Said on the Tin? Reflections on Three Decades of UK Public Management Reform, Financial Accountability & Management, November, 32(4), shared on: <https://www.researchgate.net/publication/309570316>.
9. Dunleavy, P., et al., 2006, New Public Management Is Dead—Long Live Digital-Era Governance, Journal of Public Administration Research and Theory, Vol.16, Issue 3, July, Available on: <https://academic.oup.com/jpart/articleabstract/16/3/467/934257?redirectedFrom=fulltext>
10. Haque, M. S., 2007, Revisiting New Public Management, Public Administration Review, 67, 1.
11. Henry Nicholas, 2013, Public Administration and Public Affairs, Ed.12, shared on: <http://www.yourarticlelibrary.com/63438>
12. Kulachet Mongkol, 2011. The Critical Review of New Public Management Model and its Criticisms. Research Journal of Business Management, 5.
13. Manning, N., 2001, The Legacy of new public management in Developing countries, International review of administrative science, 67.
14. Pollitt, c., 1995, Justification by works or by faith? Evaluating the new public Management, Evaluation, 1:2, shared on: <https://www.researchgate.net/publication/267952993>
15. Pollitt, c., Dan, S., 2014, NPM can work: An optimistic review of the impact of NPM reforms in central and eastern Europe, December, Public Management Review.17(9).
16. Stefanović, Z., Mitrović, B., 2014, Revisiting New Institutional Economics: Basic concepts and research directions, EKONOMIKA, Vol. 60, Oct.-Dec. 2014, Shared on: <http://www.ekonomika.org.rs/>

17. Wegrich, Kai, 2009, Public management reform in the UK: Great leaps, small steps and policies as their own cause, January, Available on: <https://www.researchgate.net/publication/237330201>
18. Woodrow Wilson, 1887, The study of public administration, Political Science Quarterly, Vol.2, N.2, shar. on: <https://www.brainyias.com/NPA-2/>
19. OECD, Annual report 1998.

Romanization of Arabic references

a. Alkutab:

1. Zayd munir, 2017, aliastratijiat alhadithat fi adarat altakhtit waltatwir, dar almuetaz lilnashr waltawziei. Eamaan, al'urduni.
2. Aljadwal al zamani liljamieati.
3. Eushwr taariq , muqarabat altasyir aleumumii aljadid , aleadad 1 , 2011-2012.

b. Almaqalati:

1. Amir nadi , 2019 , nazariaat al'iidarat aleamat , maqal mutarjim , tarikh alnashr disambir 2019 m , manshurat ealaa mawqie: <http://arabprf.com/?p=2160>.

المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في
التكفير وترويج الفكر المتطرف
(دراسة مقارنة)

دكتور

محمد نور الدين سيد
أستاذ مشارك القانون الجنائي
كلية القانون- جامعة الشارقة

تاريخ القبول: 2021/4/28

تاريخ التسليم: 2021/3/28

**Criminal confrontation with the misuse of religion for atonement
and the promotion of extremist ideology
A comparative study**

**Dr. Mohammed Noureldeen Sayed
Associate Professor of Criminal Law
College of Law - University of Sharjah**

الملخص:

يستهدف البحث دراسة سياسة كل من المشرع الإماراتي والتونسي والمصري في المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في تكفير الآخرين والترويج للفكر المتطرف، من خلال تحليل النصوص الواردة في قانون العقوبات أو في قوانين خاصة. وقُسم البحث إلى مبحثين؛ تناول الباحث في الأول منهما تجريم استغلال الدين في تكفير الآخرين، وقام الباحث فيه بدراسة مقارنة بين موقف المشرع الإماراتي الذي جرم فعل استغلال الدين في رمي الأفراد والجماعات بالكفر، ونظيره التونسي الذي جرم فعل التكفير والدعوة إليه، مع اختلاف سياسة كل منهما في أحكام التجريم والعقاب.

بينما تناول الباحث في المبحث الثاني تجريم استغلال الدين في ترويج الفكر المتطرف أو المثير للفتنة، وقام الباحث فيه بدراسة مقارنة بين موقف كل من المشرع الإماراتي والمصري، حيث جرم فعل استغلال الدين في ترويج الفكر المتطرف أو المثير للفتنة، مع اختلاف سياسة كل منهما في أحكام التجريم والعقاب. وقد انتهى الباحث إلى جملة نتائج وتوصيات أوردها في خاتمة بحثه.

الكلمات الدالة: استغلال الدين، التكفير، الكفر، الفكر المتطرف، المثير للفتنة.

Abstract:

The research aims to study the position of the Emirati, Tunisian and Egyptian legislators in the criminal confrontation with misuse of religion in atoning others and promoting extremist ideology, by analyzing texts contained in the penal code or in special laws. The research was divided into two topics. The researcher dealt with in the first one the criminalization of the exploitation of religion in atoning others. The policy of each of them in the provisions of criminalization and punishment.

While the researcher dealt with in the second topic the criminalization of the exploitation of religion in promoting extremist or seditious thought, and the researcher in it conducted a comparative study between the position of all the Emirati and Egyptian legislators, where the offense of the act of exploiting religion in promoting extremist or seditious thought, with the difference in their policies in terms of criminalization and punishment. The researcher concluded with a set of findings and recommendations which he included in the conclusion of his research.

Key Words: Exploitation of religion, atonement, disbelief, extremist ideology, inciting sedition.

أولاً- موضوع البحث وأهميته:

عانت المجتمعات العربية والإسلامية، وما زالت، من إساءة استغلال الدين، وما صاحبها من ارتكاب أعمال إرهابية، تعبر عن فكر متطرف، فعلى مر العصور نجد فئة من الأشخاص يعمدون إلى الظهور بمظهر المتدينين ذوي الفكر الإيماني، الذين يهدفون إلى إصلاح وتقويم الأخلاق في المجتمع، ونصرة الدين، والحث على التمسك بتعاليمه، إلا أن التجربة أثبتت أن هؤلاء -أو بعضهم- ما تلبس بلباس التدين إلا لتحقيق مطامع وأهداف ومصالح شخصية، أو غير مشروعة.

وعلى الرغم من الصمت الذي انتاب المشرعين الجنائيين في بعض الدول العربية إزاء التصدي بالتجريم لفعل استغلال الدين في تكفير الناس، ومنهم المشرع المصري، نجد المشرع الإماراتي ينص على تجريم استغلال الدين في رمي الناس بالكفر بغرض تحقيق مصالح خاصة غير مشروعة، كجريمة خاصة، ومن زاوية أخرى، نجد المشرع المصري ونظيره الإماراتي ينص كل منهما على تجريم استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة أو مثيرة للفتنة أو مضرة بالسلم الاجتماعي، ومن ثم يتمثل موضوع البحث في دراسة المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في القانونين الإماراتي والمصري، مع الإشارة إلى موقف القانون التونسي الذي جرم التكفير أو الدعوة إليه سواء اتخذ صورة استغلال الدين أم كان منبث الصلة به.

ثانياً- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في تقييم سياسة المشرع الإماراتي ونظيره المصري في معالجة المواجهة الجنائية لاستغلال الدين؛ سواء في تكفير الناس أو في الترويج للفكر المتطرف، هذا مع الاسترشاد بما استقر عليه الفقه الإسلامي في مسألة تكفير الآخرين. ومن ثم تتمحور مشكلة الدراسة في الإجابة على السؤالين التاليين: ما هي مظاهر المواجهة الجنائية لإساءة استغلال الدين في القانونين الإماراتي والمصري؟ وما مدى كفاية النصوص الحالية في تحقيق المواجهة المرجوة؟

ثالثاً- منهج الدراسة:

يعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي لنصوص القانونين المصري والإماراتي، باعتبارهما نموذجين للقوانين العربية التي تصدت لتجريم استغلال الدين في الترويج للفكر المتطرف أو المثير للفتنة، وتناولت هذه القضية بالتجريم والعقاب، هذا مع وصف وتحليل نصوص القانونين الإماراتي والتونسي باعتبارهما نموذجين للقوانين العربية التي تصدت لفعل التكفير أو الدعوة إليه بنصوص خاصة، وذلك بهدف الوقوف على تقييم جدي ومستنير لسياسة كلا القانونين في معالجة المسألة محل الدراسة، تلك المسألة ذات الأبعاد الدينية، والاجتماعية، والاقتصادية الخطيرة، والمؤثرة بشكل مباشر على استقرار المجتمع وتماسكه.

رابعاً- نطاق الدراسة وأسباب تحديده:

يتحدد نطاق الدراسة في القانونين الإماراتي والتونسي، باعتبارهما نموذجين للقوانين العربية التي تصدت بالتجريم والعقاب لمسألة التكفير أو الدعوة إليه بنصوص خاصة على اختلاف سياسة كل منهما في نطاق التجريم وأحكامه والعقوبات المقررة. كما يتحدد -أيضاً- في القانونين الإماراتي والمصري باعتبارهما نموذجين للقوانين العربية التي تصدت بالتجريم والعقاب لمسألة استغلال الدين في ترويج الفكر المتطرف أو المثير للفتنة بنصوص خاصة على اختلاف سياسة كل منهما في نطاق التجريم وأحكامه والعقوبات المقررة. وذلك بالنظر إلى ما تعرضت -وما زالت- بعض الدول من شيوخ تكفير الآخرين وترويج الفكر المتطرف، وأدى إلى ارتكاب العديد من العمليات الإرهابية وتنامي جرائم العنف الفكري لاسيما في جمهورية مصر العربية. بينما نجد دولة الإمارات العربية المتحدة تتجه إلى مواجهة هذا الفكر ووأده في مهده قبل أن يستشري في المجتمع، ويخلف ما يخلف من إرهاب وتطرف فكري مذموم.

خامساً- خطة الدراسة:

المبحث الأول: تجريم استغلال الدين في تكفير الآخرين.

المبحث الثاني: تجريم استغلال الدين في ترويج الفكر المتطرف أو المثير للفتنة.

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

تجريم استغلال الدين في تكفير الآخرين

تمهيد وتقسيم:

بزغت، من جديد، ظاهرة الغلو في تكفير الناس، وبشكل ملفت للانتباه، وبالغ البعض بالتسرع في تكفير الآخرين، ورميهم بالكفر، فتسببوا في إشاعة العداوة والبغضاء بين الناس في المجتمع، وأحلوا لأنفسهم انتهاك حرمت من يرمونه بالكفر، واستحلوا أمواله بغير سلطان من الله جل في علاه⁽¹⁾. وقد اجتهد الفقه الإسلامي في وضع الضوابط والقواعد التي تحكم مسألة تكفير الآخر، وعليه جاءت سياسته في معالجة هذه المسألة تختلف تماما عن سياسة المشرع الجنائي الوضعي، فبينما نجد الفقه الإسلامي يميز -عند الحكم بتكفير الآخر- بين من هو مقطوع بكفره، كمن أتى قولاً أو فعلاً مُكفراً، وتوفرت في حقه شروط التكفير وانتفت موانعه، وبين من ليس مقطوعاً بكفره لانتفاء ذلك في حقه، في حين لا نجد المشرع الجنائي الوضعي يميز بين تكفير هذا أو ذلك.

ومع عزوف القانون الجنائي في بعض الدول العربية عن معالجة ظاهرة التكفير، نجد البعض⁽²⁾ يوجه الدعوة إلى المشرع الجنائي بضرورة تجريم الفتوى بتكفير أصحاب الفكر والإبداع، مشيراً إلى أنه قد حان الوقت لبتكاتف الجميع من أجل أن يعلو صوتهم للمطالبة بضرورة سن قانون يجرم التكفير، ويعتبره جريمة ضد الإنسانية. وقد استجاب المشرع الإماراتي وأصدر قانوناً خاصاً جرم فيه استغلال الدين في رمي الناس بالكفر لتحقيق مصالح خاصة، وعاقب عليه بعقوبة مغلظة بموجب نص المادة (10) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015م، في شأن مكافحة التمييز والكرهية. كذلك فعل المشرع التونسي وأصدر قانوناً خاصاً جرم فيه التكفير أو الدعوة إليه، وعاقب عليه بعقوبة مغلظة بموجب الفصل (14) من القسم الثاني من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015م المتعلق بمكافحة الإرهاب وغسل الأموال⁽³⁾. وقد جاء موقف المشرع المصري مغايراً تماماً؛ حيث لم يتعرض للمسألة بالتجريم بنصوص خاصة، ما دفع الفقه والقضاء إلى معالجة الفعل في نطاق جريمة السب والقذف.

النص القانوني:

نصت المادة (10) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015م في شأن مكافحة التمييز والكرهية، بقولها: "يعاقب بالسجن المؤقت كل من استغل الدين في رمي أفراد أو جماعات بالكفر باستخدام إحدى طرق التعبير، أو باستخدام أي من الوسائل، وذلك لتحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة". بينما ورد النص على جريمة التكفير في القانون التونسي في الفصل (14) من القسم الثاني من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015م، بقولها: "يعد مرتكباً لجريمة إرهابية كل من يرتكب فعلاً من الأفعال الآتية: ثامناً- التكفير أو الدعوة إليه أو التحريض على الكراهية أو التباعد بين الأجناس والأديان والمذاهب أو الدعوة إليهما". من النص نلاحظ أن المشرع التونسي لم يربط بين استغلال الدين وتكفير الآخرين، كما فعل المشرع الإماراتي، وإنما جرم فعل التكفير أو الدعوة إليه سواء اتخذ صورة استغلال الدين أم لا. ومن ثم نتناول جريمة استغلال الدين في رمي الأفراد والجماعات بالكفر في القانون الإماراتي في مطلبين، نتناول في أولهما أركان الجريمة، ونتناول في ثانيهما العقوبة المقررة للجريمة، مع الإشارة إلى معالجة المشرع التونسي لجريمة التكفير أو الدعوة إليه من حيث أركانها والعقوبات المقررة لها.

المطلب الأول

¹ عبد المنعم مصطفى حليلة "قواعد في التكفير" 1994، ص 6-7، منشور على الموقع:

<http://www.abubaseer.bizland.com/books/read/b16.pdf>

² د/ عفيفي البوني "حان زمن التجريم القانوني لفتاوى تكفير التفكير والإبداع" مجلة المسار، اتحاد الكتاب التونسيين، العدد 91، 2010، ص 96.

³ القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015، مؤرخ في 7 أوت 2015، يتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، منشور، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 7 أوت 2015، عدد 63، ص 2165.

أركان الجريمة

لا تخرج أركان هذه الجريمة عن ركنيها المادي والمعنوي، مع خصوصية كل منهما، حيث نجد الركن المادي في هذه الجريمة يتميز بعناصره الخاصة. كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم ينص صراحة على اشتراط العمد في الجريمة محل الدراسة، مما يثير تساؤلاً مهماً حول مدى مسؤولية الجاني عنها في صورة غير عمدية.

الفرع الأول

الركن المادي

تبدو سياسة المشرع الإماراتي واضحة في تحديد صورة الفعل الإجرامي المكون للركن المادي للجريمة، فقد حدده في فعل "استغلال الدين في رمي الأفراد والجماعات بالكفر". بينما لم يحدده المشرع التونسي على هذا النحو، وإنما جرم التكفير أو الدعوة إليه دون ارتباطه باستغلال الدين، كما ذكرنا سابقاً. كما حصر المشرع الإماراتي الرمي بصفة الكفر مستبعداً غيرها من الصفات الأخرى، ولو كانت قريبة منه، وهو ما يميز هذه الجريمة عن جريمة السب أو القذف، والتي تقوم بالصاق عيب أو تعبير يحط من قدر الشخص أو يخذش شخصه⁽⁴⁾. كما تطلب المشرع الإماراتي استخدام الجاني أيًا من طرق التعبير أو غيرها من الوسائل. كما تثير دراسة الركن المادي لهذه الجريمة تساؤلاً حول مدى تطلب تحقق نتيجة معينة لفعل الجاني، وعليه نعرض لهذه العناصر التي يتميز بها الركن المادي للجريمة.

أولاً- الفعل الإجرامي

لما كان الفعل الإجرامي يشمل كل نشاط يمارسه الجاني يعبر به عن إرادته الإجرامية⁽⁵⁾، وهو الذي يكشف عن درجة الخطورة الإجرامية المتوفرة في مرتكبه⁽⁶⁾، فإنه يتطلب من المشرع تحديده على وجه الدقة. وهذا ما فعله المشرع الإماراتي حقيقة، حيث كان دقيقاً في الصياغة التي تعبر عن سياسته في تجريم فعل تكفير الآخرين، بالنظر إلى خطورته على الفرد والمجتمع؛ حيث يرى المشرع أن الجاني يعتمد إلى وصف الناس بالكفر مستغلاً الدين في تحقيق أغراضه ومصالحه الخاصة. وكأن المشرع يرى أن الجاني يرتدي عباءة الدين، ويدعي علمه بكل ما قيل في مسألة التكفير في الفقه الإسلامي، بهدف دفع الناس إلى الاعتقاد بصواب فكره، ورجاحة رأيه في وصف الآخرين بالكفر. بينما اختلف مسلك المشرع التونسي؛ حيث عاقب على التكفير المطلق، ويقصد به اصطلاحاً: رمي الآخرين بالكفر، وسلخهم عن الإسلام، ونسبتهم إليه ورميهم بالكفر⁽⁷⁾. كما عاقب على الدعوة إليه بأي وسيلة كانت، دون اشتراط أن يأتي فعل الجاني في صورة استغلال الدين.

ولا شك أن دراسة الفعل الإجرامي للجريمة محل الدراسة تقتضي بيان مفهوم المصطلحات التالية:

- 1- استغلال: يراد به الانتفاع بشيء بطريقة غير أخلاقية. استغلَّ الشَّخصَ: انتفع منه بغير حق؛ لجاهه أو نفوذه، وجنى من ورائه أغراضاً شخصيّة، يقال: استغلالُ النفوذ أي: استِعمالُ النفوذِ مَطِيئَةً لِتَحْقِيقِ مَآرِبِ شَخْصِيَّةٍ⁽⁸⁾.

⁴ راجع: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 329 لسنة : 2012 قضائية بتاريخ : 20-5-2013، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 16 لسنة : 2014 قضائية بتاريخ : 17-1-2014، حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 455 لسنة : 2003 قضائية بتاريخ : 20-3-2004، حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 194 لسنة : 2009 قضائية بتاريخ : 25-2009-5.

⁵ راجع: د/ شريف سيد كامل، قانون العقوبات الاتحادي، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، النظرية العامة للجزاء الجنائي، من مطبوعات جامعة الجزيرة-دبي، 2009، رقم 91، ص104.

⁶ راجع: د/ علي حموده، شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، من مطبوعات اكااديمية شرطة دبي، 2007، ص282.

⁷ د/ بسام الصياغ، مرجع سابق، ص47.

⁸ يقصد به لغة: مصدر استغَلَّ، استغَلَّ يستغَلُّ، استغَلَّ / استغَلَّ، استغَلَّ، فهو مُستغَلٌّ، والمستغَلُّ مُستغَلٌّ.

مفاد ذلك أن المشرع الإماراتي استعمل فعل (استغل) ليعبر بوضوح عن قصد الجاني في استغلال الدين بشكل غير صحيح لتحقيق مآرب وأغراض شخصية، غالباً ما تكون غير مشروعة، أو تشوبها شائبة حول سلامة نية الجاني، ومقصده في استغلال الدين.

2- الدين⁽⁹⁾: هو ما يعتنقه الإنسان ويعتقده، ويدين به من أمور الغيب والشهادة. وفي الاصطلاح الإسلامي: يراد به التسليم لله تعالى والانقياد له. والدين هو ملة الإسلام وعقيدة التوحيد التي هي دين جميع المرسلين من لدن آدم ونوح إلى خاتم النبيين محمد صلى الله عليه وسلم. قال الله تعالى: "إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ" (آل عمران: 19).

وفي الفكر الغربي يقصد بالدين: خدمة وعبادة الرب أو الالتزام والتفاني في الايمان الديني، والذي يشير إلى عقيدة معينة، والمعرفة العقائدية بالرب؛ وعليه يعد الدين ارتباطاً بين الانسان والرب وفقاً لمعتقداته الخاصة، والتقيّد بسلوك معين وفق أخلاق معينة، والالتزام بطقوس محددة، مثل الصلاة⁽¹⁰⁾. وقد حصره البعض في الديانات الإلهية الثلاث، اليهودية، المسيحية، والإسلام، مبرراً ذلك بفكرة التوحيد الغربي للدين، باعتباره جزءاً من التنشئة الاجتماعية⁽¹¹⁾.

وقد عرفه بعض علماء الأديان بأنه "الشرع الإلهي المتلقى عن طريق الوحي" وهو ما يقتصر على الأديان السماوية فقط، اليهودية، النصرانية، والإسلام. ويرى بعضهم أن الدين "عبارة عن الإيمان والعبادة مهما كانا، فإيمان الوثنيين دين"⁽¹²⁾؛ معنى ذلك أن كل ما يتخذه الناس ويتعبدون له يصح أن يسمى ديناً، سواء أكان صحيحاً، أم باطلاً، بدليل قوله عز وجل: "وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ"⁽¹³⁾ وقوله عز وجل: "لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ"⁽¹⁴⁾ فسمّى الله ما عليه مشركو العرب من الوثنية ديناً. بينما نجد المشرع الإماراتي يحصر الدين في الأديان السماوية، الإسلام والنصرانية واليهودية⁽¹⁵⁾، مع ملاحظة أن المشرع الإماراتي لم يضع تعريفاً محدداً للدين. وقد أشار البعض إلى أن معظم تشريعات مكافحة التمييز في الولايات المتحدة، وكندا، وأستراليا والتي حظرت التمييز على أساس الدين تركت تحديد مفهوم الدين للمحاكم في بعض القضايا بتوجيهات من لجنة إنفاذ القانون، فليس من الممكن وضع تعريف موحد وعالمي للدين⁽¹⁶⁾.

⁹ يقصد به لغة: اسمٌ لجميع ما يُعبد به الله، والجمع أديان، يقال: دان بالإسلام: اتَّخَذَهُ دِينًا، وتَعَبَّدَ بِهِ، واعتنقه، الأديان: جمع دين، والدين في اللغة بمعنى: الطاعة والانقياد.

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

ويقصد به في القاموس الإنجليزي: الإيمان بوجود إله أو الهة، خالق هذا الكون ويستطيع التحكم في كل أحداثه، كما يراد به أنظمة للعبادة تؤسس على الإيمان بوجود الرب، مثل: المسيحية أو الإسلام.

Oxford Wordpower Dictionary, Oxford University Press, New York, third edition, 2011, P: 658.

ويشير البعض إلى أن لفظ الدين في اللغة له معانٍ كثيرة: يطلق تارة ويراد منه الجزاء، ومنه قوله تعالى "مالك يوم الدين" (الفتح 4). أي يوم الجزاء، يوم القيامة، ويطلق تارة ثانية ويراد منه الحكم والسلطان، ومنه قوله تعالى "ما كان ليأخذ أخاه في دين الملك" (يوسف من الآية 76)، أي في حكمه وسلطانه. ويطلق تارة ثالثة ويراد منه العادة والشأن، ويطلق رابعة ويراد منه الطاعة والانقياد، يقال: دان ديناً وديانة، أي خضع، وذل، وأطاع، ويطلق خامسة ويراد منه ما يتدين به الإنسان، يقال: دان بكذا، أي اتَّخَذَهُ دِينًا وتَعَبَّدَ بِهِ.

أنظر: محمد حسين الذهبي "الدين والتدين" مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، المجلد 1، 1975م، ص49، د/ نماء محمد البنا "الدين والتدين: المفهوم والتصورات دراسة تأصيلية من الكتاب والسنة" مؤتة للبحوث والدراسات، العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 27، العدد 6.

Peter TARLOW "The Interaction of religion and terrorism" International Journal Of Safety and Security in ¹⁰ Tourism/Hospitality, 2017, P:11, available at:

http://www.palermo.edu/Archivos_content/2017/Economicas/journal-tourism/edicion16/PAPER-2.pdf

Michael BERGUNDER "What is Religion? The Unexplained Subject Matter of Religious Studies, Method and Theory in the Study of Religion, No: 26, 2014, P: 250, available at: <http://www2.tf.jcu.cz/~klapetek/religion.pdf>

¹² أنظر: محمد حسين الذهبي، مرجع سابق، ص50، د/ نماء محمد البنا، مرجع سابق.

¹³ سورة آل عمران: 85.

¹⁴ سورة الكافرون: 6.

¹⁵ المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015م في شأن مكافحة التمييز والكرهية.

Hepple and Choudhury, Tackling Religious Discrimination: Practical Implications for Policy Makers and Legislators" Home Office Research Studies, London, Feb. 2001, P: 27, available at:

<http://www.religionlaw.co.uk/reportae.pdf>

3- رمي: يراد به استغلال الدين في اتهام الناس بالكفر أو نسبتهم إليهم، أو قذفهم بالكفر. ونعتقد أن استخدام المشرع الإماراتي لفظ (رمي) يدل بوضوح على مقصد المشرع في تجريم فعل استغلال الدين في اتهام الآخرين بالكفر، بدون بينة أو دليل، بما يحمل في طياته معنى الافتراء والكذب، أو البهتان. ويؤكد ذلك أن المشرع اشترط أن يكون فعل الجاني بهدف تحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة.

وبهذا يتفق موقف المشرع الإماراتي مع الفقه الاسلامي في ضوابط التكفير؛ حيث استقر على أنه حق لله تعالى ولرسوله (صلى الله عليه وسلم) فلا يطلق التكفير في مسألة أو على معين إلا بدليل من الكتاب والسنة، ولا يكفر بمعصية، ولا ذنب، ولا بمجرد بغض، أو كراهية، أو لشهوة، أو لشبهة، فلا بد من دليل شرعي، وحجة، وبرهان⁽¹⁷⁾. فمن ثبت إسلامه بيقين، لا يحكم بكفره إلا بيقين، وهذا مبني على القاعدة الفقهية، اليقين لا يزول بالشك⁽¹⁸⁾.

كما أن منهج السلف لم يسر على تكفير من لا يستحق التكفير من المسلمين من أهل الكبائر، أي لا يكفرون أحداً من أهل البدع، ولا يفسقونه إلا بدليل، ويحذرون أعظم التحذير من التبديع والتفسيق لأحد إلا بدليل، فيقولون: ليس كل من قال، أو فعل الكفر أو الفسق يكون كافراً أو فاسقاً، حتى تثبت عليه الحجة بذلك⁽¹⁹⁾. وذكر ابن تيمية رحمه الله "وليس لأحد أن يكفر أحداً من المسلمين، وإن أخطأ وغلط؛ حتى تقام عليه الحجة، وتبين له المحجة، ومن ثبت إسلامه بيقين لم يزل ذلك عنه بالشك؛ بل لا يزول إلا بعد إقامة الحجة، وإزالة الشبهة"⁽²⁰⁾.

4- الكفر:

يراد به اصطلاحاً لدى علماء الإسلام نقيض الايمان وضده، وهو الكفر بالله تعالى وبأنعمه⁽²¹⁾، أو هو عدم تصديق الرسول (صلى الله عليه وسلم) بشيء مما علم بالضرورة من الدين⁽²²⁾. وقد ذكر ابن الوزير أن أصل الكفر هو التكذيب المتعمد لشيء من كتب الله تعالى المعلومة أو لأحد من رسله عليهم السلام، أو لشيء مما جاؤوا به إذا كان ذلك الأمر المكذب به معلوماً بالضرورة من الدين⁽²³⁾. كما قال ابن تيمية (رحمه الله): "الكفر عدم الايمان، باتفاق المسلمين، سواء اعتقد نقيضه وتكلم به، أو لم يعتقد شيئاً ولم يتكلم"⁽²⁴⁾. كما قال: "الكفر عدم الايمان بالله ورسوله، سواء أكان معه تكذيب أو لم يكن معه تكذيب بل شك وريب، أو إعراض عن هذا كله حسداً أو كبراً، أو اتباعاً لبعض الأهواء الصارفة عن إتباع الرسالة"⁽²⁵⁾. وقد أوضح بعض العلماء مفهوم الكفر ببيان مفهوم الكافر قائلاً: "إن كل من ينكر القرآن أو بعض ما جاء به، وكذلك سنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أو بعض ما جاء بها من أحاديث صحيحة فهو كافر، كل ذلك معلوم لنا بالضرورة"⁽²⁶⁾.

17 /د/ محمد بن عمر بن سالم بازمول، مرجع سابق، ص42.

18 المرجع السابق، ص54.

19 الشيخ الدكتور/ عبد السلام بن سالم بن رجاء السحيمي "فكر التكفير قديماً وحديثاً" الطبعة الأولى، دار الأمام أحمد، القاهرة، 1426 هـ، 2005م، ص9.

20 ابن تيمية "مجموع الفتاوى" المجلد 12، 1425 هـ، 2004م، ص466.

21 عبد المنعم مصطفى حليلة، مرجع سابق، ص11، /د/ نوال بنت عبد العزيز العبد "ضوابط التكفير في ضوء السنة النبوية" ص9، منشور على الموقع الإلكتروني:

file:///C:/Users/Admin/Downloads/dhwabit-altakfeer%20(1).pdf

22 /د/ بسام الصباغ "بلاء التكفير" الطبعة الأولى، دار البشائر، دمشق، 2008، ص47.

23 أبي عبد الله محمد بن المرتضى اليماني المشهور بابن الوزير "إثبات الحق على الخلق" الطبعة الثانية، 1987م، 1407 هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ص376.

24 ابن تيمية "مجموع الفتاوى" المجلد العشرون، 2004م، 1425 هـ، ص86.

25 ابن تيمية "مجموع الفتاوى" المجلد الثاني عشر، 2004م، 1425 هـ، ص335.

26 /د/ عبد الخالق إبراهيم اسماعيل "الاسلام وقضية التكفير" المجلة العلمية، كلية أصول الدين والدعوة، الزقازيق، مصر، العدد 1، 1988، ص65.

مجلة العلوم القانونية – العدد السابع – العدد الرابع عشر – يوليو 2021

وينقسم الكفر إلى نوعين: الكفر الأكبر، والكفر الأصغر. فالأول يراد به: الكفر الذي يخرج صاحبه من ملة الإسلام، ويكون صاحبه تاركاً لدينه مفارقاً للجماعة⁽²⁷⁾. كما ذكر البعض أنه تجرى عليه في الدنيا أحكام الكفر إن كان كفره أصلياً، وأحكام الردة إن كان كفره طارئاً بعد إسلامه. وفي الآخرة يكون جزاؤه نار جهنم خالداً فيها أبداً. وتندرج تحت هذا النوع من الكفر أصناف عديدة للكفر منها: كفر العناد، وكفر الإنكار، وكفر الكبر، وكفر الجحود، وكفر النفاق، وكفر التكذيب والاستحلال، وكفر البغض والكره، وكفر الطعن والاستهزاء، وأخيراً كفر الإباء والإعراض⁽²⁸⁾. فمن أتى كفره من جهة أي نوع أو سبب من هذه الأسباب المكفرة، كان كافراً مخرجاً من الملة، وإن اجتمع فيه أكثر من نوع أو سبب من تلك الأسباب كان كافراً كفراً مغتظاً أو مركباً، فالكفر منه المجرد، والمغلظ، والمركب يعلو بعضها البعض⁽²⁹⁾.

أما الكفر الأصغر فهو كفر دون كفر، أي كفر لا يخرج صاحبه من الملة، ولا يسلبه صفة الإسلام وحرمة وحصانته، وهو في الآخرة يترك لمشيئة الله تعالى، إن شاء عذبه، وإن شاء عفا عنه. ويطلق عليه الكفر العملي الأصغر، أو كفر النعمة، أو كفر دون كفر. هذا مع ملاحظة أن كفر النعمة منه ما يكون كفراً أصغر لا يخرج صاحبه من الملة، عندما يكون سببه الانشغال بالنعمة عن واهبها، أو عدم القيام بحقوقها على الوجه الشرعي الصحيح، ومنه ما يكون كفراً يخرج صاحبه من الملة، وذلك عندما يجحد واهب النعمة وفضله عليه، ويرد الفضل إلى نفسه وجهده، أو علمه دون الله تعالى، كما ورد في قصة قارون، أنه قال، قال تعالى: "قَالَ إِنَّمَا أُوتِيتُهُ عَلَىٰ عِلْمٍ عِنْدِي" (القصص 78)، ثم قال عنه المولى عز وجل: "وَيَكَاَنَّهُ لَا يُفْلِحُ الْكَافِرُونَ" (القصص 82)⁽³⁰⁾.

والكفر اصطلاحاً لدى الفكر الغربي يأخذ مظاهر عديدة منها، الالحاد، والذي ينطوي على رفض أي شكل من أشكال التوحيد، أو عدم الإيمان بوجود الله⁽³¹⁾؛ لأن الملحد يتصل من الاعتقاد بوجود الله أو الآلهة عموماً⁽³²⁾، ويؤسس نظره بأنه من المستحيل معرفة وجود الله، لعدم وجود أدلة كافية لاستنتاج ذلك⁽³³⁾، وقد يأخذ صورة التشكيك في وجود الله، وهو ما يعرف بالشك الديني⁽³⁴⁾. وثمة مذهب يرى أن المعرفة الحقيقية أو المعرفة في مجال معين غير مؤكدة، لذلك يكون لدى المتشكك عدم التسليم بفكرة وجود الله، إذ أن معرفة وجود الله غير قابلة للتحقق، أي غير مؤكدة، لأن عقيدة المتشككين لا تتقبل أي شيء لا يمكن التحقق منه تجريبياً⁽³⁵⁾، كما قد يأخذ صورة الزندقة، والتي لا ترفض الاعتقاد بوجود الله نفسه، وإنما تعارض وترفض أفعال من يؤمنون بذلك⁽³⁶⁾.

وقد عرض البعض لمفهوم الكفر في الكتاب المقدس، وعبر عنه بأنه عدم الإيمان بالله وكلامه، وعدم الإيمان بموسى (عليه السلام) والأنبياء (عليهم السلام) وعدم الإيمان بالبعث بعد الموت، وعدم الإيمان بالمعجزات التي يدعيها الله أنبياءه، وعدم الإيمان بوعد الله في كلامه، فقد وعد الله بني إسرائيل بالأرض، ولكنه حكم عليهم بعدم دخول أرضهم أربعين عاماً بسبب عدم إيمانهم⁽³⁷⁾.

27 /د/ محمد بن عمر بن سالم بازمول، "المحكم والمتشابه في التكفير والجهاد" ص42، منشور على الموقع:

http://www.salafidemontreal.com/doc/Mouhkam_moutashabih_Takfir.pdf

28 حول هذه الأصناف من الكفر انظر: ابن قيم الجوزية "تهذيب مدارج السالكين" تحقيق/ أحمد أحمد جاد، الطبعة الثانية، دار الدعوة للطبع والنشر، الإسكندرية، 2008، ص120-122، عبد المنعم مصطفى حليلة، مرجع سابق، هامش ص 12، 13.

29 المرجع السابق، ص13.

30 المرجع السابق، ص13-15.

31 Jonathan Jong "Understanding Unbelief call for proposals – information sheet" p:2.

32 Bert Thompson, "The Many Faces, and Causes, of Unbelief" second edition, Apologetics Press, 2004, P: 9.

33 ibid, P: 15.

34 Tom Flynn (Ed), Excerpted from THE NEW ENCYCLOPEDIA OF UNBELIEF, Amherst New York:

Prometheus Books, 2007, Pages: 760-766. Entry by Frank L. Pasquale.

35 Bert Thompson, "The Many Faces, and Causes, of Unbelief, op. cit., P: 20.

36 ibid, P: 24.

37 Biblical Counseling Database, Unbelief, available at:

http://biblicalcounselingdatabase.net/unbelief/?upm_export=pdf

هذا وقد عرفت محكمة الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية الكفر تفصيلاً في أحد أحكامها⁽³⁸⁾، في معرض تعريفها للردة، حيث ذكرت المحكمة أن: "المقرر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الردة هي الرجوع عن دين الإسلام؛ وركنها التصريح بالكفر، إما بلفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه. ويعتبر كافرًا كل من استخف بالقرآن الكريم أو السنة النبوية أو استهزأ بهما أو جدهما أو كذبهما، أو أثبت أو نفى خلاف ما جاء فيهما مع علمه بذلك عناداً أو مكابرة أو شكاً في شيء من ذلك، أو عبد أحداً غير الله أو أشرك معه غيره، أو أنكر وجود الله أو أيا من خلقه مما أخبر عنه الله في القرآن الكريم، أو جحد نبوة محمد (صلى الله عليه وسلم) أو عموم رسالته للناس كافة، أو شك في صدقه، أو أتى المحرمات مستحلاً لها دون شبهة، أو امتنع عن إتيان فعل يوجب الإسلام إذا أنكر هذا الفعل أو جحد أو استحل عدم إتيانه..."

بعد استعراض مفهوم المصطلحات السابقة يمكن القول إن المشرع الإماراتي تعامل مع تجريم تكفير الناس بمنتهى الدقة والحذر، سواء في صياغة الفعل المجرم، أو في بيان حدود التجريم، وهو ما يتفق مع سياسة الفقه الإسلامي في التحذير من تكفير المسلم المعين بدون بينة أو برهان، من كتاب أو سنة. يتبين ذلك من الملاحظات التالية على نص المادة (10) سالف الذكر فيما يتعلق بصياغة الفعل الإجرامي:

- أن المشرع الإماراتي لم يجرم فعل تكفير الناس مجرداً، وإنما عاقب المشرع الإماراتي على فعل استغلال الدين في تكفير الغير. ومفاد ذلك أن المشرع الإماراتي حرص على مواجهة ظاهرة التدين الزائف، الذي يهدف صاحبه من ورائه لتحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة، عن طريق رمي الناس بالكفر، على الرغم من العلم بنتائجه الخطيرة على الشخص المرمي به، سواء من حيث إهدار دمه، والتفريق بينه وبين زوجه إلى غير ذلك من تبعات التكفير.

هذا مع ملاحظة أن وصف الآخر بالكفر مجرداً من استغلال الدين قد تقوم به جريمة السب، أو جريمة القذف إذا جاء في صورة إسناد واقعة الكفر لشخص مما يؤدي إلى ازدرائه واحتقاره بين الناس.

بينما يمكن القول إن المشرع التونسي تعامل مع ظاهرة التكفير بشيء من الإطلاق، بمعنى أنه جرم فعل التكفير والدعوة إليه مطلقاً، بما يشمل التكفير المطلق⁽³⁹⁾ والتكفير المعين، وبالنسبة للأخير لم يحدد صفة معينة في المجني عليه.

- أن المشرع الإماراتي حصر التجريم في نسبة الكفر إلى الأفراد أو الجماعات، ومن ثم لا ينصرف التجريم إلى نسبة الفسق، أو الفحش، أو العصيان، أو الظلم إلى المجني عليه أو عليهم. وخيراً فعل المشرع الإماراتي بالنظر إلى النتائج الخطيرة المترتبة على التكفير، بخلاف رمي الناس بالفسق وغيره، وهذا ما دفع الفقه الإسلامي إلى التحذير من التكفير تحديداً.

- أن الجريمة محل الدراسة من الجرائم الإيجابية، التي تقع بفعل إجرامي إيجابي، أي بحركة عضوية من الجاني، يتبين ذلك من لفظ (رمي)، ومن ثم لا يتصور وقوع الجريمة بسلوك سلبي، أي بالامتناع⁽⁴⁰⁾.

ثانياً- عدم اشتراط صفة معينة في المجني عليه:

يلاحظ من نص المادة (10) سالف الذكر أن المشرع الإماراتي أطلق موضوع الجريمة، حيث عبر عنه بالأفراد أو الجماعات، دون اشتراط صفة معينة في المجني عليه أو عليهم، مثل صفة الإسلام، كما هو مستقر عليه في الفقه الإسلامي عند بحث مسألة التكفير. فقد اهتم فقهاء الإسلام بوضع ضوابط وقواعد لتكفير المسلم تحديداً، دون التعرض لبحث مسألة تكفير غير المسلم من أهل الأديان، السماوية منها وغير السماوية.

³⁸ محكمة الأحوال الشخصية، الطعون أرقام 475، 478، 481، لسنة 65 قضائية، بجلسة 5 أغسطس 1996م، بند 21، ص1147.
³⁹ يقصد به الحكم بالكفر على القول أو الفعل أو الاعتقاد الذي يناهض أصل الإسلام وعلى فاعليها على سبيل الإطلاق وبدون تحديد أحد بعينه، أنظر:

د/ نوال بنت عبد العزيز العبد، مرجع سابق، ص34.
⁴⁰ راجع: د/ مؤيد محمد القضاة، شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، القسم العام، الكتاب الأول، الجريمة، المشاركة الإجرامية، والمسؤولية الجزائية، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، ص111-113، د/ شريف سيد كامل، مرجع سابق، رقم 93-94، ص106-109، د/ علي حموده، مرجع سابق، ص282-289.

وقد استند فقهاء الأمة الذين حذروا من تكفير المسلم بغير دليل ولا برهان إلى جملة أحاديث نبوية صريحة الدلالة في تحذير الرسول (صلى الله عليه وسلم) من تكفير المؤمن، من هذه الأحاديث:

عن أبي هريرة (رضى الله عنه) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: إذا قال الرجل لأخيه: يا كافر فقد باء بها أحدهما⁽⁴¹⁾. وعن ابن عمر (رضى الله عنهما) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "أيما أمري قال لأخيه: يا كافر؛ فقد باء بها أحدهما، فإن كان كما قال، وإلا رجعت عليه"⁽⁴²⁾. وقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "سباب المسلم فسوق، وقتاله كفر"⁽⁴³⁾. وعن ثابت بن الضحاك عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "ولعن المؤمن كفتله، ومن رمى مؤمناً بكفر فهو كقتله"⁽⁴⁴⁾. من تلك الأحاديث يتبين بوضوح تحذيره (صلى الله عليه وسلم) من التهاون في نسبة المسلم الكفر إلى أخيه المسلم.

ونعتقد أن مسلك المشرع الإماراتي يجد تبريره في مواجهة ظاهرة الغلو في التكفير التي اجتاحت العالم العربي خصوصاً، والإسلامي عموماً، والتي انحصرت بشكل واضح في ظهور تيارات وجماعات انتهجت النهج التكفيري لكل أفراد المجتمع المسلم. فقد انشغل هؤلاء بتكفير بعضهم لبعض، مما جلب للدول العربية والإسلامية دماراً فكرياً، واجتماعياً، واقتصادياً، وأمنياً عانت منه ومازالت دول المنطقة العربية.

كما قد يفسر مسلك المشرع الإماراتي بحرصه على مواجهة كل ما من شأنه إثارة مشاعر الكراهية والتمييز بين أفراد المجتمع على أساس الدين أو ما يعرف بالتمييز الديني⁽⁴⁵⁾. فالتعايش السلمي بين أفراد المجتمع الواحد يقتضي عدم التعرض لمعتقد الآخر ودينه، بما يجنب الدولة ما عانت منه غيرها من دول المنطقة، والتي انشغلت بوضع قوانين وعقوبات مغلظة للجرائم الإرهابية، ومنحت جهات الضبط والتحقيق سلطات استثنائية واسعة النطاق، دون الاهتمام بمواجهة فعل رمي الناس بالكفر تشريعياً، واكتفت بمواجهته إعلامياً، أو على مستوى المؤسسات الدينية. من ذلك الموقف المصري، حيث اكتفى بإصدار القرار بقانون رقم (94) لسنة 2015م، في شأن مكافحة الإرهاب⁽⁴⁶⁾، والذي خلا من أي نص يجرم تكفير الناس.

وتؤكد الدراسات أن التمييز الديني وما يترتب عليه من آثار اجتماعية خطيرة لا يقتصر على المنطقة العربية فحسب، بل تعاني منه دول الاتحاد الأوروبي، حيث يؤكد أن التمييز على أساس المعتقد والمظهر أو الشكل الديني، وما يترتب عليه من معاملة غير لائقة، وغير عادلة أمر شائع في أوروبا، وغالبا ما يتولد من التحامل والتعصب، خصوصا في حق الأقليات الدينية⁽⁴⁷⁾.

كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعا عند تحديد المجني عليهم بقوله "أفراد أو جماعات"، وهذا ما يؤكد عدم انسحاب التجريم إلى ما يعرف بالتكفير المطلق، مثل القول بأن إتيان فعل أو نطق قول معين يعد كفراً، دون وصف شخص محدد بالكفر. بخلاف المشرع التونسي الذي جرم التكفير عموماً أو الدعوة إليه، واعتبره من الجرائم الإرهابية، بموجب الفصل (14) من الأساسي عدد 26 لسنة 2015م المتعلق بمكافحة الإرهاب وغسل الأموال.

41 أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب: من كفر أخاه بغير تأويل فهو كما قال، حديث رقم (6103).

42 أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب: من كفر أخاه بغير تأويل فهو كما قال، حديث رقم (6104)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب: بيان حال من قال لأخيه المسلم: يا كافر، حديث رقم (60).

43 صحيح البخاري برقم (48) وصحيح مسلم برقم (64).

44 أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب: من كفر أخاه بغير تأويل فهو كما قال، حديث رقم (6105).

45 يشير المصطلح إلى التمييز غير اللائق في حق الأشخاص على أساس انتمائهم الديني أو إيمانهم الشخصي أو عدم إيمانهم أو على مظهرهم الديني أو على انتماءاتهم الدينية المقترضة.

Stella COGLIEVINA, "Religious Discrimination and Legal Protection in the European Union" (ENAR)

European Network Against Racism, Fact Sheet N° 34, Oct. 2007, P:1, available at:

https://slidelegend.com/fact-sheet-on-religious-discrimination-enar-ireland_5a116cfc1723dd9dff2aa6cc.html

46 قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (94) لسنة 2015م، بإصدار قانون مكافحة الإرهاب، الجريدة الرسمية، العدد (33) مكرراً، في 15 أغسطس

2015م.

Stella COGLIEVINA, "Religious Discrimination and Legal Protection in the European Union" op. cit., P:1. 47

ويمكن القول إن مسلك المشرع الإماراتي يتفق مع منهج الفقه الإسلامي؛ حيث فرق العلماء بين التكفير المطلق وتكفير المعين، بحيث لا يكفر شخص بعينه حتى تتوفر في حقه شروط وتنتفي موانع⁽⁴⁸⁾. يقول ابن تيمية (رحمه الله): "إن القول قد يكون كفراً فيطلق القول بتكفير صاحبه، ويقال: من قال كذا فهو كافر؛ لكن الشخص المعين الذي قاله لا يحكم بكفره، حتى تقوم عليه الحجة التي يكفر تاركها"⁽⁴⁹⁾. وذكر (رحمه الله) في موضع آخر "ولكن تكفير الواحد المعين منهم والحكم بتخليده في النار موقوف على ثبوت شروط التكفير وانتفاء موانعه، فإننا نطلق القول بنصوص الوعد، والوعيد، والتكفير، والتفسيق، ولا نحكم للمعين بدخوله في ذلك العام حتى يقوم المقتضي الذي لا معارض له"⁽⁵⁰⁾. كما ذكر في موضع ثالث "إني من أعظم الناس نهياً عن أن ينسب معين إلى تكفير أو تفسيق أو معصية، إلا إذا علم أنه قد قامت عليه الحجة الرسالية التي إذا خالفها كان كافراً تارة، وفاسقاً أخرى، وعاصياً أخرى"⁽⁵¹⁾.

ثالثاً- طرق ووسائل ارتكاب الفعل الإجرامي:

تتجلى سياسة المشرع الإماراتي في مواجهة فعل رمي الناس بالكفر واضحة جلية في حرصه على عدم تحديد الطرق والوسائل التي يتصور ارتكاب الفعل الإجرامي بها؛ حيث لم يشترط استخدام الجاني لطريقة أو وسيلة محددة في رمي الأفراد والجماعات بالكفر. فقد نص على قيام الجريمة باستخدام أي من طرق التعبير أو باستخدام أي من الوسائل، وقد حددها بموجب المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015م، في شأن مكافحة التمييز والكرهية، حيث نصت على أن:

طرق التعبير: القول، أو الكتابة، أو الرسم، أو الإشارة، أو التصوير، أو الغناء، أو التمثيل، أو الإيماء.
الوسائل: شبكة المعلومات، أو شبكات الاتصالات، أو المواقع الالكترونية، أو المواد الصناعية، أو وسائل تقنية المعلومات، أو أية وسيلة من الوسائل المقروءة، أو المسموعة، أو المرئية.

من العرض السابق لطرق التعبير والوسائل يتبين بوضوح حرص المشرع الإماراتي على احتواء كافة الطرق والوسائل التي يتصور استخدامها من الجاني، بحيث لا يفلت من العقاب بذريعة استخدام وسيلة مستحدثة لم ينظر إليها المشرع، وخيراً فعل المشرع الإماراتي.

كذلك فعل المشرع التونسي؛ حيث لم يشترط ارتكاب فعل التكفير أو الدعوة إليه بطرق معينة أو وسائل محددة، ومن ثم تقع الجريمة بأي وسيلة؛ شفاهاً أم كتابة، في علانية أم في غير علانية. وإن كنا نعتقد أن الغاية من التجريم تحت وصف الجرائم الإرهابية تفترض الدعوة إلى التكفير بطريقة من طرق التعبير العلانية، بحيث تصل إلى شريحة كبيرة من شرائح المجتمع؛ ومن ثم لا نعتقد قيام الجريمة - كجريمة إرهابية- إذا اقتصر فعل الجاني على إبداء رأيه في حكم تكفير شخص من عامة الناس.

رابعاً- عدم اشتراط تحقق نتيجة معينة:

نعتقد أن جريمة استغلال الدين في رمي الأفراد والجماعات بالكفر من الجرائم الشكلية التي لا تتطلب تحقق نتيجة مادية معينة، بحيث نجد المشرع يعاقب على مجرد وقوع الفعل من الجاني، دون توقف ذلك على حدوث نتيجة إجرامية مادية معينة تترتب على فعله⁽⁵²⁾. ومن ثم تقع الجريمة كاملة بمجرد قيام الجاني

48 سعيد بن محمد معلوي "ضوابط في التكفير"، مرجع سابق، ص273.

49 ابن تيمية "مجموع الفتاوى" المجلد 23، 1425 هـ، 2004م، ص345.

50 ابن تيمية "مجموع الفتاوى" المجلد 28، 1425 هـ، 2004م، ص500-501.

51 ابن تيمية "مجموع الفتاوى" المجلد 3، الجزء الثاني، 1425 هـ، 2004م، ص229.

كما روي في الحكم بكفر الحاكم عن عبادة بن الصامت، أنه قال: "دعانا النبي (صلى الله عليه وسلم) فبايعناه، فقال: فيما أخذ علينا أن بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحا عندكم من الله فيه برهان" أخرجه البخاري في كتاب الفتن، حديث رقم (7056)، ومسلم في كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، حديث رقم (1709).

فالحديث يقرر أن الأصل في الحاكم المسلم الحكم بإسلامه، وأن مجرد الظن والشك لا يصح معه الحكم بكفر الحاكم المسلم، إلا ببرهان، ويراد به ثبوت الشروط وانتفاء الموانع وقيام الحجة على ذلك، فالقاعدة أن من يثبت إسلامه بيقين لا يزول عنه إلا بيقين. د/ محمد بن عمر بن سالم بازمول، مرجع سابق، ص69.

⁵² راجع: د/علي حموده، مرجع سابق، ص295، 296، د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، بدون ناشر، طبعة 1992، ص245.

باستغلال الدين في نسبة الكفر إلى الأفراد أو الجماعات، بقصد تحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة، دون اشتراط تمكن الجاني من تحقيق ما يسعى إليه. ويترتب على ذلك أن هذه الجريمة لا يتصور قيام الشروع فيها⁽⁵³⁾، إذ أن إقدام الجاني على استغلال الدين في نسبة الكفر إلى شخص ما أو جماعة ما يعتبر جريمة تامة، أما إذا وقف فعله عند حد محاولة استغلال الدين في ذلك فهو غير معاقب عليه بوصف الشروع.

ينطبق الأمر نفسه على جريمة التكفير والدعوة إليه المنصوص عليها في الفصل (14) من القانون التونسي سالف الذكر، حيث عالجه المشرع التونسي ضمن جرائم الإرهاب، ولم يحدها في نتيجة إجرامية معينة، وذلك من منطلق أن شيوع التكفير في المجتمع يقوض ركائزه، ويضعف بنيانه، ويضر بالسلم الاجتماعي فيه؛ ومن ثم نجد المشرع التونسي لا يشترط لقيام الجريمة أن يسعى الجاني إلى تحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة، كما فعل نظيره الإماراتي، وإنما أطلق ذلك حتى لا يفلت الجاني من العقوبة المقررة إذا أثبت ارتكاب فعل التكفير أو الدعوة إليه قربة إلى الله، لا يبغى من ورائه أي مصلحة خاصة أو غرض غير مشروع. بينما نلاحظ أن الدعوة إلى التكفير- الصورة الثانية للتجريم- تتطلب أن تصل الدعوة إلى الآخرين، بما يحقق اقتناعهم بها واعتناقهم إياها، ومن ثم لا تقع الجريمة كاملة- في هذه الصورة- إذا لم تصل هذه الدعوة إلى جمهور الناس، كما لو قام الجاني بتكفير أفراد أو جماعات أو طائفة في مذكرات أو خواطر شخصية يحتفظ بها لنفسه، دون أن ينشرها أو يعرضها على الناس بوسيلة تعد من قبيل الدعوة إلى التكفير.

الفرع الثاني

الركن المعنوي

أولاً- القصد الجنائي:

نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم ينص صراحة على اشتراط العمد في هذه الجريمة، وهو ما يثير تساؤلاً حول مدى وقوعها بصورة غير عمدية، ومع ذلك نعتقد أنها من الجرائم العمدية، التي يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي، بعنصريه؛ العلم والإرادة، أي يعلم الجاني أن ما ينسبه إلى المجني عليه أو عليهم يعد كفراً، سواء أكان كفراً أكبر، يخرج صاحبه من ملة الإسلام، أم كان كفراً أصغر لا يخرج من الملة، بالتوضيح السابق. ومن ثم لا تقوم الجريمة إذا كان الجاني يعتقد في أن ما ينسبه للمجني عليه يعد فسقاً، أو عصياناً، أو ظلماً، لا يصل إلى الكفر.

كما يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الرمي بالكفر، باستخدام إحدى طرق التعبير؛ قولاً، أو كتابةً، أو رسماً، أو إشارةً، أو تصويراً، أو غناءً، أو تمثيلاً، أو إيماءً، أو باستخدام إحدى الوسائل المشار إليها في المادة الأولى، سالف الذكر، والتي تتمثل في الوسائل المستحدثّة في التعبير، باستخدام وسائل التقنية الحديثة، من ذلك: شبكة الانترنت، وشبكات الاتصالات، ووسائل تقنية المعلومات، وغير ذلك.

⁵³ د/ علي حموده، مرجع سابق، ص312.

ثانياً- مدى تصور ارتكاب الجريمة بصورة غير عمدية:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي في قانون العقوبات الاتحادي رقم (3) لسنة 1987م، قد نص على تحمل الجاني مسؤولية الجريمة التي ارتكبها سواء كانت عمداً أم خطأ، ما لم يشترط القانون العمد صراحة⁽⁵⁴⁾، وبهذا نجد الفقه الجنائي يؤكد على أن المشرع الإماراتي جعل الأصل مسؤولية الجاني عن جريمته عمداً أو خطأ، والاستثناء هو العمد، بالنص الصريح على توفره⁽⁵⁵⁾.

هذا ما يثير التساؤل حول مدى تصور قيام جريمة استغلال الدين في رمي الأفراد أو الجماعات بالكفر في صورة غير عمدية؟ خاصة وأن المشرع الإماراتي لم ينص صراحة على وقوع الجريمة عمداً في المادة (10) من قانون مكافحة التمييز والكراهية، وإن كنا نعتقد أن فعل (استغلال الدين) يفترض العمد من الجاني، فلا يقع الاستغلال خطأً، وإنما يقتضي علم الجاني بما يستغله، ولما يستغله، أي علمه بالوسيلة محل الاستغلال، وهي الدين، والغرض من الاستغلال وهو رمي الناس بالكفر؛ ومن ثمة لا يتصور وقوع الجريمة في صورة غير عمدية.

ومما يؤكد وجهة نظرنا، أن المشرع الإماراتي اشترط أن يهدف الجاني من فعله باستغلال الدين تحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة، وهذا ما يفترض سوء النية من الجاني، وسوء النية هو درجة من درجات العمد⁽⁵⁶⁾، ومن ثم لا تقوم الجريمة في حق الجاني إلا إذا ارتكب فعله ليس لتحقيق مصلحة خاصة به أو غرض غير مشروع، كما لو قام بفعله بقصد الفتوى التي لا يهدف من ورائها لأي شيء، لاسيما ونحن في زمن كثرت فيه الفتاوى، ممن يعلم ومن لا يعلم؛ ولذلك أحسن المشرع صنعاً بتجريم فعل الإفتاء إذا كانت الفتوى تؤدي إلى الإخلال بالنظام العام أو تعريض حياة إنسان أو سلامته أو أمنه أو حريته للخطر، وتشدّد العقوبة إذا ترتب على فعل الجاني ضرر أيا كان⁽⁵⁷⁾.

54 المادة (43) من قانون العقوبات الاتحادي.

55 د/ علي حموده، مرجع سابق، ص430.

56 كان ذلك بمناسبة جريمة إعطاء شيك بدون رصيد، حيث أشارت المحكمة إلى أن سوء النية يفترض علم الساحب بعدم وجود رصيد قابل للوفاء، انظر: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 61 لسنة : 10 قضائية بتاريخ : 12-10-1988، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 41 لسنة : 18 قضائية بتاريخ : 27-11-1996

57 بموجب المادة (201) مكررا (1) التي أضيفت إلى قانون العقوبات بمقتضى المرسوم بقانون اتحادي رقم (7) لسنة 2016م، في شأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي.

ثالثاً. نوع القصد الجنائي:

من العرض السابق يتبين بوضوح أن المشرع الإماراتي قد تطلب أن يكون غرض الجاني وباعته على ارتكاب الجريمة هو تحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة⁽⁵⁸⁾؛ ومن ثم نقطع بأن القصد الجنائي المتطلب لقيام الجريمة هو قصد خاص، يحتاج إلى نية خاصة، بالإضافة إلى عنصري العلم والإرادة من الجاني⁽⁵⁹⁾. ويعد ذلك استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بعدم الاعتداد بالباعث على الجريمة⁽⁶⁰⁾، حيث يسأل الجاني عن جريمته سواء أكان باعته نبيلاً أم دنياً، مع اختلاف في تقدير العقوبة. ويلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يشترط أن يهدف الجاني من فعل استغلال الدين في رمي الأفراد أو الجماعات بالكفر تحقيق مصالح خاصة له، أو لغيره، ومن ثم تقع الجريمة إذا قام الجاني باستغلال الدين في إسناد الكفر إلى شخص أو جماعة لتحقيق مصلحة خاصة لأحد الأشخاص أو الجماعات. كما لو قام بفعله بهدف الدعاية الانتخابية لأحد المرشحين على حساب مرشح آخر غير مسلم، أو بهدف التفريق بين المجني عليه وبين زوجته ليتزوجها آخر، أو قام بجريمته مقابل المال، فيعد ذلك مصلحة خاصة له.

كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يحدد الأغراض غير المشروعة التي يسعى الجاني إلى تحقيقها من وراء جريمته، ومن ثم تقع الجريمة، سواء كان هذا الغرض ينحصر في الكيد للمجني عليه، أو إذلاله، أو تخويفه، أو إجباره على ترك أمر معين، أو كان هذا الغرض أبعد من ذلك يصل إلى حد الإخلال بالأمن والنظام العام، وإشاعة البغض والكرهية بين الناس، أو إحداث فتنة تخل بالأمن القومي أو تخل بالهدوء والسكينة. وقد يكون الغرض غير المشروع في صورة جذب الشباب إلى الانتماء لجماعة تتخذ النهج التكفيري مسلماً لتحقيق مآربها، وذلك بالضغط على المشاعر الدينية لدى الشباب بتأويل بعض الآيات القرآنية تأويلاً يحقق هدفه في تجنيد الشباب وجذبهم إلى تلك الجماعة التكفيرية.

بينما يختلف الأمر بالنسبة للقصد الجنائي في جريمة التكفير أو الدعوة إليه في القانون التونسي سالف الذكر، حيث يأخذ صورة القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، ولا يحتاج إلى نية أو باعث خاص. ويستقر القضاء الإماراتي على أن قيام القصد الجنائي أو عدم قيامه من المسائل التي تتعلق بالوقائع التي يخضع الفصل فيها لمحكمة الموضوع من غير معقب عليها، وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها، وأن تقييم قضاها على أسباب سائغة تكفي لحمله⁽⁶¹⁾، والمحكمة غير ملزمة بالتحدث استقلالاً عن القصد الجنائي إذ يكفي أن يشير إليه الحكم ضمناً عند تحصيله لوقائع الدعوى أو تقديره لأدلتها⁽⁶²⁾.

المطلب الثاني

العقوبة المقررة للجريمة

ميّز المشرع الإماراتي في العقوبة بين فعل رمي الأفراد والجماعات بالكفر لتحقيق مصالح أو أغراض غير مشروعة، وبين فعل الرمي بالكفر إذا اقترن بتحريض على القتل؛ حيث شدد العقوبة في الفرض الثاني، وخيراً فعل المشرع الإماراتي؛ وذلك للخطورة الإجرامية للجاني، الذي لم يكتف باستغلال الدين في

⁵⁸ نعتقد أن مسلك المشرع الإماراتي يستمد من الآية الكريمة قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا صَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَىٰ إِلَيْكُمْ السَّلَامَ لَسْتُ مُؤْمِنًا تُبَيِّنُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَابِمٌ كَثِيرَةٌ" (النساء، من الآية 94)، فالآية الكريمة واضحة في أن الإنسان قد يرمي غيره بالكفر لغرض دنيوي، ومغرم من مغامم الدنيا.

⁵⁹ يتميز القصد الخاص بالاعتداد بغاية معينة يلزم أن يستهدفها الجاني في سبيل أن يعتبر قصده جنائياً، بخلاف القصد العام، حيث لا عبرة بالغاية التي يسعى الجاني إليها أو بالباعث الذي دفعه إليها. راجع: د/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، ط 1995، ص 773.

⁶⁰ المادة (40) من قانون العقوبات الاتحادي.

⁶¹ راجع: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 290 لسنة: 22 قضائية بتاريخ: 13-10-2001، حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 444 لسنة: 2006 قضائية بتاريخ: 12-2-2007، حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 194 لسنة: 2010 قضائية بتاريخ: 10-5-2010.

⁶² راجع: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 416 لسنة: 2014 قضائية بتاريخ: 2-2-2015، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 452 لسنة: 2013 قضائية بتاريخ: 10-11-2014، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 428 لسنة: 2018 قضائية بتاريخ: 5-11-2018.

رمي الناس بالكفر لتحقيق مصالح خاصة بل ذهب إلى أبعد من ذلك، وقرن فعله بالتحريض على القتل، وهو يتوقع أن تحريضه سوف يلقى استجابة من الغير في قتل من رُمي بالكفر.

كذلك فعل المشرع التونسي؛ حيث ميز في العقوبة المقررة لجريمة التكفير أو الدعوة إليه بحسب النتيجة المترتبة على فعل الجاني، حيث قرر عقوبة بسيطة حال ارتكاب الفعل دون إلحاق أضرار بدنية بالمجني عليه، بينما قرر عقوبة مشددة إذا ترتبت هذه الأضرار البدنية بالمجني عليه، مع اختلاف درجة التشديد بحسب جسامة هذه الأضرار.

الفرع الأول

العقوبة البسيطة

حددت المادة (10) سالفه الذكر هذه العقوبة بالسجن المؤقت، من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة. ويلاحظ أن المشرع الإماراتي اكتفى بالعقوبة السالبة للحرية، ولم يقرر عقوبة الغرامة على المحكوم عليه، على الرغم من أن الجاني قد يقوم باستغلال الدين في رمي الأفراد أو الجماعات بغرض تحقيق مكاسب مالية، كما لو ارتكب جريمته في برنامج تلفزيوني على إحدى القنوات الخاصة التي تعتمد أرباحها على ما تعرضه من إعلانات تجارية، ويتوقف حجم ومدة الإعلانات على تقديم موضوعات مثيرة للجدل، وتجذب المشاهدين؛ لذلك قد يعتمد الجاني رمي أفراد معينين أو جماعة معينة بالكفر ليشير اهتمام المشاهدين، لاسيما أولئك الذين يبحثون عن مثل هذه الموضوعات؛ وعليه نعتقد أن تقرير عقوبة الغرامة كعقوبة تكميلية بالإضافة إلى السجن المؤقت يحقق معنى الجزاء على جريمة استغلال الدين في رمي الناس بالكفر، ويحقق غرض العقوبة في تحقيق الردع العام بزر كل من تسول له نفسه استغلال الدين في تحقيق أرباح مالية هائلة من وراء رمي الناس بالكفر؛ لذلك نوصي بضرورة تدخل المشرع الإماراتي بالنص على عقوبة الغرامة بالإضافة للعقوبة السالبة للحرية، مع جعلها من قبيل الغرامة النسبية، التي ترتبط بما حققه أو حاول الجاني تحقيقه من أرباح أو فائدة مالية من جريمته.

بينما نصت الفقرة الأخيرة من الفصل (14)، من القسم الثاني، من القانون التونسي على عقوبة السجن من عام إلى خمسة أعوام، وبخطية (غرامة) من خمسة آلاف دينار إلى عشرة آلاف دينار كل من يقترف الفعل المشار إليه بالصورتين الثانية أو الثامنة. وقد خص المشرع التونسي الصورة الثامنة بالتكفير أو الدعوة إليه. ونعتقد حسن مسلك المشرع التونسي؛ حيث قد يستهدف الجاني من دعوته تحقيق مكاسب مالية من وراء فعله، كما لو انتمى الجاني إلى جماعة متطرفة، وطلبت منه الدعوة إلى تكفير كل من لا ينتمي إلى هذه الجماعة، وذلك مقابل دخل ثابت يدفع له، أو كان الجاني يعمل في قناة فضائية تطلب منه تقديم برامج تلفزيونية تعمل على نشر نهج التكفير أو الدعوة إليه، وذلك مقابل راتب أو دخل سنوي أو شهري يدفع له.

كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي لم ينص على عقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو باسمه، فقد يرتكب الجاني فعل استغلال الدين في رمي أفراد أو جماعات معينة لحساب إحدى القنوات الفضائية بغرض تحقيق أرباح هائلة من زيادة حجم الإعلانات؛ ومن ثم يكون المشرع الإماراتي قد أغفل تقرير غرامة محددة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو باسمه. وقد يفسر ذلك بأن المشرع اكتفى بالغرامة العامة المقررة كعقوبة للشخص الاعتباري والمنصوص عليها في المادة (65) من المرسوم بقانون اتحادي بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي، حيث حددتها في الغرامة التي لا يزيد حدها الأقصى عن خمسمائة ألف درهم⁽⁶³⁾. لذلك نوصي بأن ينص المشرع الإماراتي على عقوبة خاصة

⁶³ جدير بالذكر أن المشرع الإماراتي قد ضاعف مقدار الغرامة المقررة على الشخص الاعتباري إذا ارتكبت لحسابه أو باسمه، حيث كانت الغرامة التي لا يزيد حدها الأقصى عن خمسين ألف درهم، وقد قدر المشرع الإماراتي أن هذه الغرامة غير كافية لتحقيق أغراض العقوبة، لاسيما غرض الردع الخاص والردع العام، حيث أصبحت غير مؤلمة ولا تناسب ما تدره المؤسسات الإعلامية من وراء الإعلانات التجارية. أنظر: د/ محمد نور الدين سيد "قيادة يقظة... ودولة آمنة، إطلالة على المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016، في شأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي" مقالة منشورة، مجلة الميزان، وزارة العدل، الإمارات، العدد 195، السنة 18، أكتوبر 2016، ص41، 42.

للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو باسمه، على غرار ما فعل في العديد من الجرائم المستحدثة من ذلك: الاتجار بالبشر، وغسل الأموال، وجرائم تقنية المعلومات، وغير ذلك.

الفرع الثاني

العقوبة المشددة

أورد المشرع الإماراتي ظرفاً مشدداً للعقوبة المقررة لجريمة استغلال الدين في رمي الأفراد أو الجماعات بالكفر، حيث نصت المادة (10) في فقرتها الثانية على أنه "وتكون العقوبة الإعدام إذا اقترن الرمي بالكفر تحريضاً على القتل فوقعت الجريمة نتيجة لذلك".

اقتران الرمي بالكفر بالتحريض على القتل:

إيماناً من المشرع الإماراتي بخطورة ظاهرة التكفير وما يقترن بها من التحريض على العنف والقتل فقد حرص على تشديد العقوبة إذا اقترن فعل الجاني بالتحريض على القتل، ووقع القتل بناء على هذا التحريض، مع توفر القصد الجنائي لدى الجاني.

1- **المقصود بالاقتران:** يراد به أن يصدر من الجاني فعل الرمي بالكفر والتحريض على القتل خلال فترة زمنية متقاربة، بحيث يكون فعلاً الرمي والتحريض متقاربين متلازمين، وبالتالي إذا صدر من الجاني فعل الرمي بالكفر ثم مرت فترة زمنية دون أن يصدر منه تحريض على القتل فلا يتوافر التشديد. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي لم يحدد الفترة الزمنية التي يجب أن يقع التحريض على القتل خلالها حتى يتحقق الاقتران. ويقرر الفقه أن هذه المسألة تترك للمحكمة المختصة، أي للسلطة التقديرية للقاضي، فهو من يقدر ما إذا كانت التحريض على القتل مقترناً مع فعل الرمي بالكفر أم لا⁽⁶⁴⁾.

ونعتقد أن فعل الجاني في الرمي بالكفر المقترن بالتحريض على القتل يأتي في صورة نسبة الكفر إلى شخص أو اتهامه به مع التأكيد على أن حكم الله فيه هو القتل، وأن على كل مسلم إنفاذ حكم الله في هذا الكافر، مما يدفع شخصاً ما إلى قتله بناء على ذلك.

2- **موضوع التحريض:** حدده المشرع الإماراتي بالتحريض على القتل، ونعتقد في حسن مسلك المشرع في ذلك، بالنظر إلى العقوبة المشددة، وهي الإعدام، مما يقتضي أن يكون فعل الجاني على درجة من الجسامية يبرر هذه العقوبة المغلظة، ومن ثم لا يتوافر الظرف المشدد إذا كان موضوع التحريض يقتصر على الإيذاء أو الإضرار بالغير، دون أن يصل الأمر إلى القتل.

وعلى الرغم من حرص المشرع الإماراتي على تشديد العقوبة حال اقتران الرمي بالكفر بالتحريض على القتل إلا أنه أغفل تشديد العقوبة إذا اقترن فعل الجاني بالتحريض على العنف دون القتل، بالنظر إلى خطورة ذلك. كما لو حرض على إلحاق الأذى أو الضرر البدني أو المادي بالشخص المرمي بالكفر. وهذا عكس ما فعل المشرع التونسي، حيث شدد العقوبة إذا ترتب على التكفير أو الدعوة إليه أضراراً بدنية، وجعل العقوبة المشددة متدرجة، تتوقف جسامتها على جسامتها الأضرار البدنية المترتبة على فعل الجاني؛ فقد جعل المشرع التونسي عقوبة جريمة التكفير أو الدعوة إليه السجن ببقية العمر وخطية قدرها 150 ألف دينار إذا تسبب فعل الجاني في إلحاق أضرار بدنية، تتمثل في الجروح أو الضرب أو غير ذلك من أنواع العنف التي لم تكن داخلة في الفصلين 218، 319، من المجلة الجزائية التونسية⁽⁶⁵⁾. بينما جعل العقوبة السجن عشرين عاماً وخطية قدرها 100 ألف دينار إذا تسبب فعل الجاني في إلحاق أضرار بدنية من جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف المقررة بالفصلين 218، 319 من المجلة الجزائية التونسية⁽⁶⁶⁾.

⁶⁴ أنظر: د/ ممدوح خليل البحر "الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الإماراتي وفقاً لآخر التعديلات" الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، وإثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص57.

⁶⁵ صادرة بالرائد الرسمي عدد 79 المؤرخ في أول أكتوبر 1913م، وتمت المصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها بالقانون عدد 46 لسنة 2005، والمؤرخ في 6 جوان 2005.

⁶⁶ تفق هذا الفصل بالقانون عدد 72 لسنة 1993، المؤرخ في 12 جويلية 1993.

3- وقوع القتل نتيجة لتحريض الجاني: يلاحظ أن المشرع الإماراتي اشترط لتوافر التشديد وقوع القتل فعلاً، ومن ثم لا يكفي الفعل لاستحقاق الجاني العقوبة المشددة -وهي الإعدام- إذا اقتصر فعله على التحريض على القتل ولم يقع القتل فعلاً، فلم يكتف المشرع بالتحريض على القتل في ذاته لتشديد العقوبة.

كما اشترط المشرع أن تتوافر بين التحريض والقتل علاقة سببية، بمعنى أن يقع القتل نتيجة لتحريض الجاني؛ ومن ثم لا يتوافر الظرف المشدد إذا وقع القتل ليس كنتيجة للتحريض، كما لو قُتل الشخص المرمي بالكفر لسبب آخر غير التحريض المقترن بالرمي بالكفر.

يقترن ذلك من مسلك المشرع التونسي حيث جعل عقوبة جريمة التكفير أو الدعوة إليه الإعدام وخطية قدرها 200 ألف دينار إذا تسبب فعل الجاني في موت شخص، وخيراً فعل المشرع التونسي، بالنظر إلى جسامة النتيجة المترتبة على فعل الجاني، لاسيما وأن فعل التكفير أو الدعوة إليه قد يؤدي إلى حدوث ذلك، إذ أن الحكم بتكفير المسلم قد يترتب عليه قيام أحد الأشخاص بقتل من حكم بتكفيره، على اعتبار كونه مرتدأً. وقد زاد المشرع التونسي على عقوبة الإعدام وجوب الحكم بخطية قدرها 200 ألف دينار، وخيراً فعل المشرع التونسي، بالنظر إلى ما يمكن أن يحققه الجاني من مكاسب مالية نظير جريمته.

4- توفر القصد الجنائي: يشترط اقتران نية المحرض بتحقيق النتيجة التي يسعى إليها من فعل التحريض، ومن ثم لا يتوافر التشديد إلا بانصراف قصده إلى تحقق القتل بتحريضه على ذلك، مستغلاً الدين في رمي المجني عليه بالكفر، مبتغياً من ذلك قتله⁽⁶⁷⁾.

وفي مجال تقييم مسلك المشرع الإماراتي أعتقد أن مسلكه يجد تبريره في أن الرمي بالكفر المقترن بالتحريض على القتل ووقوع القتل كنتيجة لذلك يعد من قبيل التعدد المعنوي للجرائم، حيث تقوم الجريمتان بنشاط واحد. ووفقاً لنص المادة (87) من قانون العقوبات الاتحادي: يستحق الجاني العقوبة الأشد⁽⁶⁸⁾، ووفقاً للقواعد العامة في المشاركة الإجرامية فإن من اشترك في جريمة عليه عقوبتها⁽⁶⁹⁾، والقتل الواقع نتيجة للتحريض يغلب أن يكون مع سبق الإصرار؛ حيث يعتنق القاتل رأي الجاني الذي رمى المجني عليه بالكفر، ويؤمّن بصحته ولزوم اتباعه، وتنفيذ حكم الله في الكافر بالقتل، كما أكد على ذلك الجاني، ويغلب أن يقع القتل مع التصميم وعقد العزم عليه وتدبير وسائله وتنفيذه بهدوء ورؤية، وعليه يستحق القاتل عقوبة الإعدام، ويستحق من حرّضه العقوبة ذاتها كذلك.

كما نعتقد أن المشرع الإماراتي قد جانبه الصواب في عدم تشديد العقوبة حال ارتكاب فعل استغلال الدين في رمي الناس بالكفر المقترن بالتحريض على القتل حتى ولو لم يقع القتل بناء على هذا التحريض، أي لم يترتب على التحريض أثر؛ إذ نعتقد وجوب تشديد العقوبة بمجرد التحريض على القتل، وبتصور أن تصل العقوبة المشددة إلى السجن المؤبد، لذا نوصي بضرورة تدخل المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (10) سالفة الذكر بإضافة عقوبة مشددة لفعل الجاني إذا اقترن بالتحريض على القتل ولو لم يترتب عليه أثر.

⁶⁷ راجع في ذلك: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 114 لسنة : 2014 قضائية بتاريخ : 20-4-2015

⁶⁸ جاء بنص هذه المادة "إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها".

⁶⁹ جاء في نص المادة (47) عقوبات اتحادي "من اشترك في جريمة بوصفه شريكاً مباشراً أو متسبباً عوقب بعقوبتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

المبحث الثاني

تجريم استغلال الدين في ترويح الفكر المتطرف أو المثير للفتنة

تمهيد وتقسيم:

باتت ظاهرة شيوع الأفكار المتطرفة أو المثيرة للفتنة تحظى باهتمام واسع النطاق، على كافة الأصعدة والمستويات، وبحثت سبل المواجهة الأمنية والتشريعية لهذه المعضلة، وعليه نجد المشرع الجنائي يجرم استغلال الدين في الترويح للأفكار المتطرفة أو المثيرة للفتنة، وقد عالجها ضمن جرائم الإرهاب مقرراً لها عقوبات خاصة، وإجراءات جنائية خاصة.

وتجد هذه المسألة أهميتها في خطورة شيوع الأفكار المتطرفة أو المثيرة للفتنة، والتي باتت تهدد العالم في أمنه واستقراره، وتعود بالأذهان إلى فترات الخراب والدمار التي شهدتها بعض الدول، وما خلفته من أعمال العنف التي اتخذتها الجماعات المتطرفة نهجاً وسبيلاً للتعبير عن فكرها المتطرف أو الإرهابي، إذ أن الفكر الإنساني عندما ينحرف أو يتجه نحو الغلو والتشدد يترجم إلى جرائم عنف قد تصل إلى قتل الأبرياء، وتدمير الممتلكات، وترويع الأمنيين، وتهديد الأمن القومي للدول، وغير ذلك من المظاهر التي لا تقبلها قوانين ولا تقرها شرائع⁽⁷⁰⁾.

ومن ثم نتناول جريمة استغلال الدين في الترويح للأفكار المتطرفة أو المثيرة للفتنة في كل من القانون الإماراتي ونظيره المصري في مطلبين، نتناول في الأول أركان الجريمة، ونتناول في ثانيهما العقوبة المقررة للجريمة.

المطلب الأول

أركان الجريمة

لا تخرج أركان هذه الجريمة عن ركنين أساسيين، وهما: الركن المادي، بعناصره الفعل الإجرامي وموضوع الجريمة، مع مناقشة طبيعة الجريمة على اعتبار كونها من الجرائم ذات النتيجة أم من الجرائم الشكلية، ثم الركن المعنوي، والذي يأخذ صورة القصد الجنائي، بعنصره العلم والارادة، مع مناقشة نوع القصد المتطلب لقيام الجريمة، ومناقشة مدى تصور وقوع الجريمة في صورة غير عمدية.

⁷⁰ د/ مسفر بن علي الفحطاني "التطرف الفكري... وأزمة الوعي الديني" بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات" في الفترة من 22-25 جماد الأول، 1430 هـ، كرسي الأمير نايف بن عبد العزيز لدراسات الأمن الفكري، جامعة الملك سعود، ص2.

الفرع الأول

الركن المادي

أولاً- الفعل الإجرامي:

عبر كل من المشرعين المصري والإماراتي عن الركن المادي لهذه الجريمة بفعل استغلال الدين في الترويج لأفكار من شأنها إثارة أمور معينة، ومن ثم نعتقد أن الوقوف على مضمون الفعل الإجرامي للجريمة محل الدراسة يقتضي منا التعرض لمفهوم كل من المصطلحات التالية:

1- استغلال: ذكرنا في معرض الحديث عن الفعل الإجرامي لجريمة استغلال الدين في رمي الأفراد والجماعات بالكفر أن فعل الاستغلال يراد به الانتفاع بشيء بطريقة غير أخلاقية، يقال: استغلال النفوذ أي: استعمل النفوذ مَطِيَّةً لِحَقِّيقِ مَآرَبِ شَخْصِيَّةٍ⁽⁷¹⁾، كما أوضحنا أيضاً- أن المشرع الإماراتي إنما أراد من استخدام مصطلح (استغل) التعبير بوضوح عن قصد الجاني في تحقيق مصالح وأغراض شخصية، غالباً ما تكون غير مشروعة، أو تشوبها شائبة حول سلامة نية الجاني، ومقصده في استغلال الدين.

وقد أشار البعض إلى خطورة استغلال الدين أو المعتقد، مؤكداً أنه من أخطر أنواع الاستغلال، حيث إنه عند المعتقد يقف العقل عن التفكير والتدبر، ويكون البديل هو الانصياع والطاعة لهذا المعتقد بدون تفكير أو روية. وقد عمدت الجماعات إلى استغلال الدين من أجل الترويج لأفكار ومعتقدات متطرفة تستهدف منها إثارة الفتنة، وترويع الأمنين، والإضرار بالسلم الاجتماعي والوحدة الوطنية، والقيام بأعمال تنافي صحيح الشرع والفطرة السوية⁽⁷²⁾.

وقد عرض البعض لفكرة استغلال الدين كوسيلة لتحقيق أغراض ومصالح خاصة في مجال السياسة، مؤرخاً لتطور هذه الفكرة على مر عصور الدولة الإسلامية قديماً، وعلى مدار مراحل التطورات السياسية التي اجتاحت العالم، وغيرت من أنظمة حاكمة في دول معينة تحت ستار الدين، أو أقامت دولاً ذات صبغة دينية محضة، وكان الدين صار في وجهة نظر هذا البعض وسيلة استغللتها دول وأجهزة استخباراتية للتلاعب بمستقبل دول، ونشر الفوضى، وتغيير أنظمة الحكم فيها⁽⁷³⁾.

كما ربط البعض بين استغلال الدين والفكر المتطرف، ذاكراً أن أصحاب الفكر المتطرف قد خطفوا الدين، وأن على أهل الاعتدال استعادته من المتطرفين، وأنه يجب البحث عن سبل تحول دون استغلال الدين من خلال مجابهة الفكر المتطرف، ويتحقق ذلك بيقظة المؤسسات الدينية المعتدلة بالدولة، وبالبعد بالخطاب الديني عن التطرف والتعصب، والرجوع به إلى الاعتدال والوسطية⁽⁷⁴⁾.

2- الدين: كما ذكرنا أيضاً- المراد بمصطلح (الدين) ما يعتنقه الإنسان ويعتقده ويدين به من أمور الغيب والشهادة. وفي الفكر الغربي يقصد بالدين: خدمة وعبادة الرب أو الالتزام والتفاني في الإيمان الديني، والذي يشير إلى عقيدة معينة، والمعرفة العقائدية بالرب، وعليه يعد الدين ارتباطاً بين الإنسان

⁷¹ راجع المبحث الأول من البحث ص5.

⁷² عبد العزيز خريبط، مقال بعنوان، الاستغلال الإيديولوجي والتطرف الديني، جريدة الشاهد، الكويت، الأربعاء، 8 مارس 2017، تم الاطلاع على المقال بتاريخ 8/ يناير 2018م، منشور على الرابط الإلكتروني:

http://alshahedkw.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=16253:%D8%A7%D9%84%D8

⁷³ عادل عامر، مقال بعنوان، استغلال الدين في السياسة، منشور على موقع ديوان العرب، بتاريخ 26 كانون الثاني (يناير) 2013م، تم الدخول على الموقع بتاريخ 9 كانون الثاني (يناير) 2018م، منشور على الرابط:

<http://www.diwalarab.com/spip.php?article35923>

⁷⁴ رضوان السيد، مقال بعنوان، المؤسسات الدينية وسياسات الدين والدولة، الشرق الأوسط، قناة العربية، الجمعة 18 ربيع الأول 1436هـ، 9 يناير 2015م، تم الاطلاع على المقال بتاريخ 8 يناير 2018م، منشور على الرابط:

<https://www.alarabiya.net/servlet/aa/pdf/d9091cac-805e-4e3f-a557-8b99c1e0fde9>

والرب وفقا لمعتقداته الخاصة، والتقيد بسلوك معين وفق أخلاق معينة، والالتزام بطقوس محددة، مثل الصلاة⁽⁷⁵⁾. كما ذكرنا أن المشرع الإماراتي حصر الدين في الأديان السماوية، الإسلام والنصرانية واليهودية⁽⁷⁶⁾، دون وضع تعريف محدد له، وهو ما يتفق مع سياسة التشريعات الغربية، مثل: تشريعات مكافحة التمييز في الولايات المتحدة، وكندا وأستراليا⁽⁷⁷⁾.

3- **الترويج:** مصطلح حديث العهد، استخدم في مجال تسويق المنتجات، وقد حاول العديد من الدارسين والباحثين الإمام بجوانبه وخصائصه وتعريفه. فقد عرفه البعض⁽⁷⁸⁾ بأنه جميع النشاطات التي تمارسها الشركة من أجل الاتصال بالمستهلكين المستهدفين ومحاولة إقناعهم بشراء المنتج⁽⁷⁹⁾. كما عرفه البعض بأنه "مجموعة من الجهود الترويجية التي تسعى لتعريف الجمهور وإقناعهم بأنواع المنتجات المراد تسويقها"⁽⁸⁰⁾. أو بأنه "تقديم أو عرض لموضوع أو مجموعة من المواضيع للجمهور من أجل ترسيخ أو تغيير المواقف والآراء لذلك الجمهور"⁽⁸¹⁾. ونعتقد أن مصطلح الترويج في الجريمة محل الدراسة ينصرف إلى كل نشاط يمارسه الجاني باستخدام أي وسيلة بغرض إيصال أفكاره إلى الناس، وتعريفهم بها، والعمل على إقناعهم بها، كما يشمل كل نشاط يمارسه الجاني بغرض تزيين أفكاره في نظر الناس وإقناعهم بها.

هذا وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا عن فعل الترويج بقولها: "الترويج هو فعل من شأنه تحسين ونشر هذه الأغراض (الأغراض الإرهابية) والتقليل من عدم قبولها لدى المجموع..."⁽⁸²⁾، كما يتحقق بأي سلوك يصدر من الجاني يعبر فيه بأي طريقة يجرى بها تناقل المعاني والمشاعر بين الناس شفهيًا أو كتابيًا، وينطوي هذا التعبير على نشر الأغراض المنصوص عليها⁽⁸³⁾.

كما نعتقد أن مصطلح (الترويج) أكثر دلالة من مصطلح (الدعوة) الذي استخدمه المشرع التونسي في جريمة التكفير أو الدعوة إليه، والتي ورد النص عليها في الفصل (14) من القسم الثاني من القانون الأساسي التونسي عدد 26 لسنة 2015م⁽⁸⁴⁾، بقولها: "يعد مرتكبا لجريمة إرهابية كل من يرتكب فعلا من الأفعال الآتية: ثامناً- التكفير أو الدعوة إليه أو التحريض على الكراهية أو التباغض بين الأجناس والأديان والمذاهب أو الدعوة إليهما".

نلاحظ أن المصطلح الأول يسعى فيه الجاني إلى إقناع الجمهور بأفكاره المتعلقة بالتكفير، بينما المصطلح الثاني يسعى فيه الجاني إلى الدعاية لآرائه الدينية المتعلقة بالتكفير، مع استعمال وسيلة تضمن وصول أفكاره وآرائه إليهم. في حين نرى بعض الفقه يعرف الترويج بأنه كل دعوة إلى الأخذ بمبدأ من المبادئ أو مذهب من المذاهب والإرشاد إليه والحث على الأخذ به⁽⁸⁵⁾.

Peter TARLOW "The Interaction of religion and terrorism" op. cit., P:11, available at: http://www.palermo.edu/Archivos_content/2017/Economicas/journal-tourism/edicion16/PAPER-2.pdf

⁷⁶ المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015م في شأن مكافحة التمييز والكراهية.

Hepple and Choudhury, Tackling Religious Discrimination: Practical Implications for Policy Makers and Legislators" op. cit., P: 27, available at: <http://www.religionlaw.co.uk/reportae.pdf>

⁷⁸ أنظر: ناجي معلا "الأصول العلمية للترويج التجاري والاعلان" الدار الجامعية، الأردن، 1996، ص1.

⁷⁹ أنظر: فهد سليم الخطيب، محمد سليمان عواد "مبادئ التسويق (مفاهيم أساسية) دار الفكر، عمان، الأردن، 2000، ص6.

⁸⁰ مجيد مصطفى منصور "علاقة الترويج الإلكتروني بالحصص السوقية لدى المصارف في شمال الضفة الغربية" مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الانسانية، 2011، المجلد 13، العدد 81، ص985.

⁸¹ نظام موسى سويدان، شفيق ابراهيم حداد "التسويق مفاهيم معاصرة" دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص332، مشار إليه لدى قصي على الضمور "المسؤولية الجزائية عن الأفعال غير المشروعة للوسيط المالي" رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الاردن، 2009، هامش رقم (1)، ص81.

⁸² المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 237 لسنة : 33 قضائية بتاريخ : 30-5-2005

⁸³ المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 11 لسنة : 2012 قضائية بتاريخ : 14-5-2012

⁸⁴ القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015، مؤرخ في 7 أوت 2015، يتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، منشور، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 7 أوت 2015، عدد 63، ص2165.

⁸⁵ د/ محسن فواد فرج "جرائم الفكر والرأي والنشر" الطبعة الأولى، دار الغد العربي، القاهرة، 1987، ص216.

وليس أدل على إمكانية استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة أو مثيرة للفتنة أو مخلة بالوحدة الوطنية أو مضرة بالسلم الاجتماعي -مما قامت به بعض التيارات الدينية في مصر من الترويج لفكرة الخروج في مظاهرات غاضبة على النظام السائد تحت شعار ديني بأن مشاركة المسلمين في هذه التظاهرات ضرورة شرعية لا يجوز تأخيرها، وناشد هذا كل العلماء والدعاة بالمشاركة في تلك التظاهرات تشجيعاً للشباب على الخروج.⁽⁸⁶⁾

هذا وقد أحال النائب العام الإماراتي المتهم (م....) جزءاً من دولة إلى المحكمة العليا لمحاكمته عما أسند إليه من اتهامات؛ حيث إنه استغل الدين في الترويج لأفكار من شأنها إثارة الفتنة والإضرار بالوحدة الوطنية بتعمد إذاعة أخبار وشائعات كاذبة، وبث دعاية مثيرة ومغرضة؛ بأن ادعى كذباً في حديث أذيع على قناة فضائية معروفة بمعاداتها لمذهب الإسلام السني وفرض هذا التوجه على سلطاتها.⁽⁸⁷⁾

ثانياً- موضوع الترويج:

اشترط المشرع الإماراتي لقيام الجريمة أن تكون الأفكار التي يروجها الجاني من شأنها أن تثير الفتنة أو تضر بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي. ومما لا شك فيه أن التكفير من الأفكار التي يترتب عليها ذلك، إذ أن التكفير إذا تعلق بديانة معينة أو بطائفة أو مذهب معين في المجتمع يؤدي إلى إثارة الفتنة بين أفراد المجتمع وإشاعة مشاعر الكراهية مما يضر بشكل واضح بالوحدة الوطنية والسلم الاجتماعي، لاسيما في دولة تتنوع فيها الديانات مثل دولة الإمارات التي تتعدد فيها الجنسيات وتتنوع فيها الديانات.

موقف المشرع المصري:

وحول موقف المشرع المصري نجده أكثر وضوحاً من نظيره الإماراتي في تحديد مضمون الترويج للأفكار المتطرفة التي يقصد الجاني منها إثارة الفتنة أو تحقير أو ازدراء الأديان⁽⁸⁸⁾ السماوية أو الطوائف المنتمية إليها. ومما لا شك فيه أن الفكر التكفيري الذي استخدمته بعض الجماعات كوسيلة لإحداث الفتنة أو التحقير من طائفة دينية معينة، يعد من الأفكار التي قصدها المشرع المصري بالتجريم. فقد عانى المجتمع المصري، وما زال، من شيوع هذا الفكر، لاسيما وأن نار الفتنة بين المصريين (مسلمين وأقباط) يسعى الكثيرون إلى إشعالها وتغذيتها بالأفكار المتطرفة.

في هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية برفض الطعن في الحكم الذي أدان الطاعن بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (98) فقرة (و) عقوبات مصري. وتتلخص وقائع القضية في قيام الطاعن بالترويج لأفكار متطرفة زاعماً أنها أحكام شرعية، مبناهما وجوب سب المسيحيين والاعتداء عليهم بالقول؛ رداً على ما نسب لبعض أقباط المهجر من إنتاج فيلم مسيء للرسول (صلى الله عليه وسلم)؛ إذ أورد بتصريحه (سب من سبنا هو واجب شرعي) واستطرد مقرأً بتمزيقه الإنجيل باعتباره الكتاب المقدس للمسيحيين. كما استخدم ألفاظاً مشينة نحو مقدسات الدين المسيحي ومعتقداته مصرحاً قائلاً: "هذه المرة مزقت كتابهم المقدس للمرة المقبلة سأحضر حفدي لكي يتبول عليه أمام الكاتدرائية إن لم يرتدعوا". كما وجه دعوات تحريضية وإثارية ضد الطوائف المسيحية....". وقد أدانته محكمة الموضوع بجريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة بقصد إثارة الفتنة، وتحقير وازدراء الدين المسيحي، والإضرار بالوحدة الوطنية⁽⁸⁹⁾.

وإحاقاً للحق، لا يمكن حصر الأفكار المتطرفة أو المثيرة للفتنة في تلك الأفكار المدعى كذباً نسبتها للدين الإسلامي، بل نجد بعض الوقائع التي تتضمن الترويج لأفكار تتعلق بديانة أخرى، فقد اتهمت النيابة العامة المصرية قبطياً بأنه استغل الدين في الترويج لأفكار متطرفة بقصد إثارة الفتنة والإضرار بالوحدة

86 د/ هاني خميس أحمد عبده، الدين والثورات السياسية، الحالة المصرية نموذجاً، روى استراتيجياً، يونيو 2013، ص50، 51.

87 مجلة الشاهد، الكويت، عدد 9 مارس 2015، تم الاطلاع على المقال بتاريخ 9 يناير 2017م.

88 أشار البعض إلى أن المعنى اللغوي والاصطلاحي لفعل ازدراء الأديان يتمحور في الاحتقار والانتقاص والعيب، أنظر: داودي مخلوف "ازدراء الأديان بين الموقف الحالي للقانون الدولي وموقف الفقه الإسلامي الدولي" مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، عدد 16، ديسمبر 2013، ص326.

89 محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 21602 لسنة 84 ق، بجلسة الأحد الموافق 22 مارس 2015م.

الوطنية والسلام الاجتماعي وطالبت عقابه بالمادة (98) (و) عقوبات. وقضت محكمة جنح فارسكور بجمهورية مصر العربية غيابيا بحبس المتهم سنة وكفالة مائة جنيه مع إيقاف التنفيذ. وقد طعن المحكوم عليه بالمعارضة، وقضت المحكمة بتأييد الحكم المعارض فيه، ثم طعن بالاستئناف، وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف. وانتهت المحكمة الى أن "التهمة ثابتة في حق المتهم أخذاً بأقوال المجني عليه... بأن المتهم أحدث بشفرة حلقة بيده اليميني علامة على شكل صليب، وذكر أنه سيحدث بالكهرباء أخرى مماثلة ووعده بإعطائه نقوداً إن هو اعتنق المسيحية، ومن قول والد المجني عليه بأن المتهم هو الذي أحدث العلامة بيد ابنه..."

بينما قضت محكمة النقض بنقض الحكم، قائلة: "وإذا كان هذا الذي أجمله الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه، على المساق المتقدم، لا يكفي بياناً للواقعة وتدليلاً عليها على النحو الذي يتطلبه القانون، ذلك أنه اكتفى بسرد أقوال المجني عليه ووالده ولم يوضح مدى مطابقتها للأهداف المؤتممة في القانون، ولم يبين من واقع هذه الأقوال الترويج- بأي طريقة من الطرق- للأفكار المتطرفة، ولا أبان ماهية تلك الأفكار التي أدان الطاعن بالترويج لها، ولا كذلك استظهر كيف أن القصد منها كان إثارة الفتنة والإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي، فإنه يكون قاصراً عن استظهار العناصر المكونة للجريمة التي أدين الطاعن بها كما هي معروفة في القانون... وإذا كان ما تقدم، فإن الحكم يكون معيباً بما يبطله..."⁽⁹⁰⁾.

ثالثاً- استعمال الجاني وسيلة للترويج:

ذكر المشرعان المصري والإماراتي وسيلة القول⁽⁹¹⁾ ومن أنماطه: الخطابة، المناظرة، الندوة والمناقشة، المحاضرة، حكاية النوادر والقصص، إلقاء كلمات في الاجتماعات. كما ذكرا وسيلة الكتابة⁽⁹²⁾ في ترويج الأفكار التي تثير الفتنة أو تضر بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، أو تحقر أحد الأديان السماوية أو طائفة تنتمي إليه. ثم أطلقا وسائل ارتكاب الفعل الإجرامي؛ حيث أورد كل منهما بعبارة (بأي وسيلة أخرى) وخيراً فعلاً؛ بحيث يستوعب التجريم ما قد يستعمله الجاني من وسائل التعبير غير القول والكتابة، ومن ذلك: الرسم أو التصوير أو الغناء أو التمثيل⁽⁹³⁾. ويمكن إضافة الرسوم المتحركة أو ألعاب الفيديو، أو الجرافيك، وغير ذلك من الوسائل المستحدثة، التي أضحت وسائل وطرقاً للتعبير، لها تأثيرها على الجمهور، لاسيما فئة الشباب. في حين نجد المحكمة الاتحادية العليا تؤكد على أن كلمة "الترويج" تحمل معنى العلانية ويكون ذلك بأي وسيلة من وسائل الإعلام كالكتابة أو بأية طريقة أخرى⁽⁹⁴⁾.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية برفض الطعن على الحكم الذي أدان الطاعن بارتكابه جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة والمنصوص عليها في المادة (98) فقرة (و) عقوبات، مستندا في الإدانة إلى أقوال الشهود واعتراف المتهم والحديث الصحفي، فضلا عن التسجيلات المرئية والصوتية المنسوبة إليه. وقد رفضت محكمة النقض النعي على الحكم في أنه استند إلى التسجيلات المرئية والصوتية وما تضمنته من مقاطع تؤكد احترام الطاعن للكتاب الذي يؤمن به مسيحيو مصر، وأن الواقعة موجهة في حقيقتها إلى القس الأمريكي الذي اعتاد حرق المصحف الشريف، والتي تنفي التهمة عنه. وقد

⁹⁰ أحكام محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم: 41774 لسنة 59 قضائية بجلسة 7-1-1996.

⁹¹ صورة التعبير المنطوق ويقصد به الإفصاح أو الإبانة عما يجول في خاطر الإنسان من خلال استخدام اللسان، وهو مهارة التحدث أو الأداء العفوي الطبيعي المقنع لإيصال ما يريده الفرد إلى غيره.

د/عبد الجليل حسن صرصور "التعبير: أنواعه، وظائفه، وطرق تطويره" مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الانسانية، غزة، فلسطين، المجلد 10، عدد1، 2006، ص8.

⁹² صورة التعبير المكتوب ويقصد به قناة من قنوات الاتصال الإنساني، ومن أهم أدواته التي يتم من خلالها الاتصال بين الفرد والجماعة الذين تفصلهم عنهم المسافات الزمنية أو المكانية، وذلك من خلال استخدام القلم أو غيره من الأجهزة التكنولوجية الحديثة. أنظر: المرجع السابق، ص13، 14.

⁹³ ورد ذكر هذه الطرق في المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم 2 لسنة 2015، في شأن مكافحة التمييز والكرهية.

⁹⁴ أحكام المحكمة الاتحادية العليا الاماراتية - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 237 لسنة: 33 قضائية بتاريخ: 30-5-2005

ذكرت المحكمة أن استناد محكمة الموضوع إلى هذه التسجيلات كان تزييداً، إذ يكفيها الاستناد إلى أقوال الشهود والحديث الصحفي المنسوب إلى الطاعن⁽⁹⁵⁾.

وفي حكم مغاير لمحكمة النقض المصرية قضت فيه بنقض الحكم الذي أدان الطاعن في جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة، على سند قيامه باستغلال الدين في برنامجه التلفزيوني للترويج لأفكار متطرفة بقصد إثارة الفتنة والتحقير وازدراء الدين الإسلامي عموماً والعلماء والفقهاء والأئمة والتابعين، خصوصاً الذين أخذوا على عاتقهم نقل السنة النبوية المطهرة، مما يضر بالوحدة الوطنية ويحدث الفتنة، ويؤدي إلى تكدير السلم العام. وذكرت محكمة النقض أن حكم الإدانة اكتفى بسرد أقوال المجني عليه ووالده، دون أن يبين بأي طريقة من الطرق تم الترويج للأفكار المتطرفة، ومن ثم اعتبرته المحكمة معيباً يتعين نقضه⁽⁹⁶⁾.

ونظراً لخطورة استخدام الإمكانات التي تقدمها شبكة الانترنت ووسائل التواصل الاجتماعي ووسائل تقنية المعلومات في الترويج للأفكار المتطرفة، نجدهما يعاقبان على ذلك بنص خاص في صورة جريمة خاصة، وهي جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه، أو نشر معلومات على شبكة المعلومات أو وسائل تقنية المعلومات بغرض الترويج لبرامج وأفكار متطرفة أو مثيرة للفتنة، وقرراً لها عقوبة خاصة⁽⁹⁷⁾.

الفرع الثاني الركن المعنوي

أولاً- القصد الجنائي:

نعتمد أن جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي هي جريمة عمدية⁽⁹⁸⁾. يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي، بعنصريه العلم والإرادة، بمعنى أن يعلم الجاني أنه يستغل الدين في الترويج لأفكار متطرفة تؤدي إلى إثارة الفتنة بين الناس في المجتمع، أو في نشر أفكار تضر بالوحدة الوطنية بين شرائح المجتمع وطوائفه، أو تضر بالسلم الاجتماعي وبالتعايش السلمي بين الناس على اختلاف أجناسهم وأديانهم ومعتقداتهم. ومن ثم لا تقوم الجريمة إذا ثبت أن الجاني كان يجهل طبيعة الأفكار التي يروج لها؛ كما لو قدم شخص برنامجاً إذاعياً وروج فيه لموضوع التكفير عموماً أو تكفير طائفة أو فئة ما في المجتمع على سبيل التنبيه إلى خطورته أو عرض التطور التاريخي للفكر التكفيري في الدولة الإسلامية، مستعرضاً بداية ظهوره والحركات التي انتهجته أو مارسه على مر التاريخ، دون أن يدرك أن من شأن ترويج هذا الفكر إثارة الفتنة أو التحقير من شأن دين معين أو طائفة تنتمي إليه أو الإضرار بالوحدة الوطنية.

ولا يكفي توفر علم الجاني وإنما يجب اتجاه إرادته إلى استغلال الدين في الترويج لهذه الأفكار. ومن ثم لا تقع الجريمة إذا اقتصر فعل الجاني على كتابة خواتمه أو فكره في موضوع التكفير في مذكرات خاصة به، يحتفظ بها لنفسه، دون أن يقوم بنشرها بين الناس ويحاول إقناعهم بها. فلا ينطبق التجريم على فعل الجاني إذا اقتصر على كتابة هذه الأفكار أو تدوينها كخواتم خاصة بكتابتها، وإنما عاقب القانون على ترويج تلك الأفكار بشكل يحمل إصرار الجاني على محاولة إقناع الناس بأفكاره في موضوع التكفير أو حتى أفكار غيره، مع قيامه بتزيين هذه الأفكار وترويجها.

ثانياً- نوع القصد الجنائي:

⁹⁵ انظر : حكم محكمة النقض المصرية برفض الطعن في الحكم الصادر في قضية الجنحة رقم 36800 لسنة 2012م جنح أول مدينة نصر، والمستأنفة برقم 11402 لسنة 2013م جنح مستأنف شرق القاهرة، سبقت الإشارة إليه.

⁹⁶ أحكام محكمة النقض المصرية، جلسة 7 يناير 1996م، في الطعن رقم 41774 لسنة 59 قضائية، سبقت الإشارة إليه.

⁹⁷ حيث عاقب عليها المشرع الإماراتي بموجب نص المادة (24) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012م، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، بينما عاقب عليها المشرع المصري بموجب المادة (29) من القانون رقم (94) لسنة 2015 بإصدار قانون مكافحة الإرهاب⁽⁹⁷⁾.

⁹⁸ المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 237 لسنة : 33 قضائية بتاريخ : 30-5-2005

نعتمد أن القصد الجنائي المتطلب لهذه الجريمة في القانون الإماراتي هو قصد جنائي عام، يكفي لقيامه توافر عنصري العلم والإرادة، ولا يحتاج نية خاصة لدى الجاني، بمعنى تقوم الجريمة بمجرد علمه بأن من شأن الأفكار التي يروجها إثارة الفتنة بين الناس، أو من شأنها الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، بغض النظر عن غايته أو باعته على ترويح هذه الأفكار. ومن ثم تقوم الجريمة في حق من يستغل الدين في ترويح الفكر المتطرف دون اشتراط أن يكون باعته على ذلك إحداث الفتنة، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، أي دون تطلب نية إحداث الفتنة أو نية الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، إذ نعتقد أن هذه النية يفترض توفرها بمجرد علم الجاني بطبيعة الأفكار التي يروجها، مع اتجاه إرادته إلى ارتكاب ذلك.

في حين نجد المشرع المصري كان أكثر وضوحاً، حيث تطلب لقيام الجريمة توفر القصد الجنائي الخاص، حيث اشترط أن يرتكب الجاني فعل استغلال الدين في الترويح لأفكار متطرفة بقصد إثارة الفتنة أو تحقير أو ازدراء أحد الأديان السماوية أو الطوائف الدينية المنتمية إليها، أو الإضرار بالوحدة الوطنية. ومن ثم لا تقوم الجريمة -وفق القانون المصري- إذا ثبت أن الجاني لم يقصد من استغلال الدين والترويح للأفكار المتطرفة إحداث أي مما ذكر آنفاً، كما لو قدم الجاني للتكفير كمسألة فقهية مجردة من أي نية أو قصد في إحداث فتنة أو التحقير من أي دين أو طائفة تنتمي إليه.

المطلب الثاني

العقوبة المقررة على الجريمة

اختلفت سياسة كل من المشرع الإماراتي ونظيره المصري في العقاب على الجريمة محل الدراسة، حيث جعل منها المشرع الإماراتي جنائية، وعاقب عليها بالسجن المؤقت، بينما حصرها المشرع المصري في الجناح المشددة، وعاقب عليها بالحبس بحد أقصى يزيد عن القواعد العامة، كما اختلفت سياستهما في إيراد ظروف مشددة للعقوبة المقررة للجريمة أو أعمار معفية من العقاب، هذا بالإضافة إلى أن كلا منهما لم يقرر عقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة باسمه أو لمصلحته أو لحسابه. ومن ثم نعرض في هذا المطلب للعقوبة البسيطة لهذه الجريمة، في القانونين الإماراتي والمصري، ثم نعرض لأحكام تشديد العقوبة والإعفاء منها.

الفرع الأول

العقوبة البسيطة

أولاً- العقوبة في القانون الإماراتي:

حددت العقوبة البسيطة في القانون الإماراتي في المادة (182) مكرراً من المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016م في شأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات بالسجن الذي لا يقل عن عشر سنوات. ونعتقد أن المشرع الإماراتي قد راعى خطورة فعل الجاني في الترويح لأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، ومنها الأفكار التي تدعو إلى نشر ثقافة التمييز والتفريق بين الناس على أي أساس، ولو على أساس الدين أو الأصل أو العرق أو اللون، ومنها الأفكار التي تدعو إلى نشر ثقافة تكفير أتباع الديانات الأخرى، أو تكفير طائفة معينة من ديانة ما، فعدّل العقوبة المقررة للجريمة في صورتها البسيطة؛ حيث رفع الحد الأدنى لعقوبة السجن، بحيث لا يقل عن عشر سنوات، بدلاً من ثلاث سنوات⁽⁹⁹⁾، مع ترك العقوبة بحددها الأقصى المقرر لعقوبة السجن، بما لا يزيد على خمس عشرة سنة، وفق القواعد العامة.

⁹⁹ يلاحظ أن هذه العقوبة عدلت بموجب المادة المذكورة من المرسوم حيث كانت العقوبة المنصوص عليها في المادة (182) مكرراً من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987م السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات.

ونلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يقرر عقوبة الغرامة في الجريمة محل الدراسة كعقوبة تكميلية، مكتفياً بالعقوبة السالبة للحرية؛ ولذلك نعتقد أن مسلكه يحتاج إلى إعادة نظر، لاسيما وأن الجريمة محل الدراسة أصبحت من الجرائم التي قد تدر لمرتكبها أرباحاً وفوائد عظيمة، سواء أكانت نقدية أم عينية.

فمن المتصور في الواقع العملي أن يقوم الجاني باستغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة تخدم مصالح أشخاص بعينهم، وذلك نظير مقابل مالي، سواء في صورة راتب محدد للجاني مقابل ترويج هذه الأفكار، أو كان في صورة مكافآت مالية نقدية أم عينية تصرف له نظير فعله، كما لو كان الجاني يعمل لدى مؤسسة إعلامية تنتمي إلى حزب سياسي معين أو إلى طائفة دينية معينة، وطلب منه تقديم برامج حوارية، يستغل فيها الدين في الترويج لأفكار تخدم مصالح هذا الحزب، أو تطعن في عقائد الطوائف الدينية الأخرى، وذلك نظير راتب مجز يتقاضاه من إدارة المؤسسة الإعلامية.

وعليه نوصي بضرورة تدخل المشرع الإماراتي بالنص على الغرامة كعقوبة تكميلية للجريمة محل الدراسة، إضافة إلى عقوبة السجن، ومع الأخذ بفكرة الغرامة النسبية⁽¹⁰⁰⁾، بوضع حد أدنى لا تقل عنه، دون وضع حد أقصى لها، بحيث يتم ربطه بما حققه الجاني أو حاول تحقيقه من أرباح أو فوائد من وراء جرمته.

كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يقرر عقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو باسمه، كما لو قام مسؤول في مؤسسة إعلامية خاصة بعرض برامج دينية تروج لأفكار متطرفة أو مثيرة للفتنة بهدف عرض أكبر مساحة إعلانية تدر عليها أرباحاً هائلة، وقد أثبتت التجربة العملية قيام بعض المؤسسات الإعلامية بعرض برامج دينية في قنوات فضائية تابعة لها، تطعن في مسلمات وثوابت ديانة معينة، مما قد يثير الفتنة ويضر الأمن العام والسلم الاجتماعي.

وقد يفسر ذلك باكتفاء المشرع الإماراتي بالعقوبة العامة المقررة للشخص الاعتباري في نص المادة (65) عقوبات اتحادي، حيث قررت عقوبة الغرامة التي لا يزيد حدها الأقصى على خمسمائة ألف درهم، بالإضافة إلى عقوبة المصادرة والتدابير الجنائية المقررة للجريمة قانوناً⁽¹⁰¹⁾. ونعتقد أن مسلك المشرع الإماراتي يحتاج إلى إعادة نظر، وكان الأجدر به أن يأخذ بفكرة الغرامة النسبية، والتي تقوم على فكرة الربط بين الفائدة التي حققها الجاني أو حاول تحقيقها من الجريمة، أو ربطها بالضرر الذي أصاب المجتمع من ارتكاب الجريمة، ومن ثم نوصي بضرورة تدخل المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (182) مكرراً من المرسوم سالفة الذكر، بحيث يقرر عقوبة الغرامة النسبية، كعقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت باسمه جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة أو مثيرة للفتنة.

ثانياً- العقوبة في القانون المصري:

حُدثت العقوبة البسيطة في القانون المصري في المادة (98) (و) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937م بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تجاوز خمس سنوات، أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز ألف جنيه.

ويلاحظ أن العقوبة المقررة للجريمة في القانون المصري لا تتناسب البتة مع خطورتها وجسامتها، فقد جعل المشرع المصري من هذه الجريمة الخطيرة جنحة، وعاقب عليها بالحبس، مع رفع الحد الأدنى للحبس عن الحد الأدنى العام الذي لا يقل عن أربع وعشرين ساعة، كما رفع الحد الأقصى عن الحد الأقصى العام الذي لا يزيد على ثلاث سنوات؛ ومن ثم تعد الجريمة من الجناح المشددة. ونلاحظ أيضاً أن المشرع المصري جعل الحبس جوازياً للقاضي، إن شاء قضى به، وإن شاء اكتفى بالغرامة، التي لا يقل حدها الأدنى

¹⁰⁰ راجع: د/ محمد شلال العاني، أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، النظرية العامة للعقوبة، دراسة تأصيلية فقهية موازنة، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2012، ص114، 115.

¹⁰¹ جدير بالذكر أن المادة (65) عقوبات المشار إليها أعلاه قد عدلت بموجب المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 2016م في شأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي، حيث ضاعفت عقوبة الغرامة بعشر أمثالها، فجعل الحد الأقصى للغرامة خمسمائة ألف درهم بدلاً من خمسين ألف درهم.

مجلة العلوم القانونية - العدد الرابع عشر - يوليو 2021

عن خمسمائة جنيه ولا يزيد حدها الأقصى على ألف جنيه، هذا ما يؤكد وجهة نظرنا في عدم تناسب هذه العقوبة مع جسامة الجريمة، مما يفقد تلك العقوبة قيمتها الرادعة، ويعجزها عن تحقيق أغراضها، سواء الردع العام أو الخاص.

وقد يبرر مسلك المشرع المصري بالنظر إلى زمن النص على الجريمة، حيث أضيفت بموجب القانون رقم 29 لسنة 1982م، وعلى الرغم من تعديله بموجب القانون رقم 147 لسنة 2006م، والذي حذف عبارة "أو التحبيذ" و "السلام الاجتماعي" إلا أن المشرع المصري لم يلتفت إلى ضرورة تغليب العقوبة بما يتناسب مع جسامة الجريمة، لاسيما وأن المجتمع المصري قد عانى من تبعات استغلال الدين في الترويج لهذه الأفكار، والتي من شأنها إثارة الفتنة والإضرار بالوحدة الوطنية في المجتمع المصري، كذلك التي تطعن في عقائد وثوابت ديانة معينة، وتحقر اعتقاد أصحابها، أو تلك التي تنفي عن أهل ديانة وصف الإيمان، لا اعتقادهم في أمور معينة يراها الجناة كفراً بيئاً. ولا شك أن لهذه الأفكار آثاراً سلبية على وحدة المجتمع المصري، وفيها إثارة الفتنة، وتغذية مشاعر الكراهية، والحض على التمييز بين أفراد المجتمع الواحد. وعليه نوصي بأن يسرع المشرع المصري بتغليب العقوبة المقررة للجريمة، مع جعلها جنائية يعاقب عليها بالسجن، مع وضع حد أدنى لا يقل عنه، وذلك على غرار ما فعل المشرع الإماراتي.

الفرع الثاني

أحكام تشديد العقوبة والإعفاء منها

لما كانت الجريمة محل الدراسة تصنف ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، فإنها تنطبق عليها أحكام التشديد والإعفاء المنصوص عليها في نهاية الفصل الثاني الخاص بالجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي في قانون العقوبات الاتحادي. من ذلك: تشديد العقوبة حال ارتكاب الجريمة زمن الحرب بقصد إعانة العدو أو الإضرار بالعمليات الحربية. وعلى النقيض، إعفاء الجاني الذي يبادر بالإبلاغ عن الجريمة قبل اكتشافها من العقوبة المقررة لها. ومن ثم نعرض لهذا الظرف المشدد، ونقيضه العذر المعفي من العقاب.

أولاً- الظرف المشدد للعقوبة:

ورد النص على هذا الظرف في المادة (199) عقوبات اتحادي، بقولها: "للمحكمة أن تحكم بالإعدام في أية جنائية منصوص عليها في هذا الفصل إذا وقعت في زمن الحرب بقصد إعانة العدو أو الإضرار بالعمليات الحربية للقوات المسلحة، وكان من شأنها تحقيق الغرض المنشود". من النص السابق يتبين أن المشرع الإماراتي، على خلاف نظيره المصري، قد أورد ظرفاً مشدداً عاماً للجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، يتمثل في وقوع أي منها في زمن الحرب بقصد إعانة العدو أو الإضرار بالعمليات الحربية للقوات المسلحة للدولة. ومن ثم يكون هذا الظرف ليس خاصاً بالجريمة محل الدراسة على وجه الخصوص، ولكنه يخص الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي كلها، ونعرض فيما يلي لأحكام التشديد حال توفر الظرف المشدد على النحو التالي:

أ) **علة التشديد:** يشير بعض الفقه إلى أن التشديد يقوم على اعتبار أن اقتراف أي من الجرائم المضرة بأمن الدولة في زمن الحرب قد يضر بأمن الدولة الخارجي ضرراً بليغاً، بل قد يؤدي إلى هزيمتها في الصراع القائم بينها وبين غيرها من الدول، وطالما أن الدولة في معرض الدفاع عن كيانها في العائلة الدولية في أحوال الأوقات فلها أن تقدر بعين النظر خطورة هذه الجرائم حال ارتكابها في زمن الحرب⁽¹⁰²⁾.

ب) طبيعة الظرف المشدد:

¹⁰² د/ أحمد رفعت خفاجي، زمن الحرب في قانون العقوبات، المجلة المصرية للقانون الدولي، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 13، عدد 1957، رقم 1، ص 177.

يتبين من صياغة نص المادة (199) سالفة الذكر أن الظرف المشدد المنصوص عليه هو من الظروف المشددة الخاصة، إذ أنه خاص بنوعية محددة من الجرائم وهي الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، دون غيرها من الجرائم الأخرى العادية، هذا مع ملاحظة أنه، وإن كان خاصاً بهذه النوعية من الجرائم، فإنه عام بالنظر إليها، أي أنه لا يخص جريمة محددة بعينها من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، وإنما يشملها جميعاً، كما أشرنا سابقاً.

كما يتبين أنه من الظروف المشددة الجوازية، بمعنى أن التشديد بناء عليها يكون جوازيًا بحسب السلطة التقديرية للمحكمة، إن شاءت شددت العقوبة، وإن شاءت قضت بالعقوبة دون تشديد. ونعتقد أن مسلك المشرع الإماراتي في هذه المسألة محل نظر، نظراً لخطورة ارتكاب الجريمة في زمن الحرب، وبالقدر الذي ذكره المشرع؛ ومن ثم نعتقد أنه من الأجدر بالمشرع النص على جعل التشديد وجوبياً على المحكمة.

(ت) شروط التشديد:

1- **وقوع الجريمة في زمن الحرب:** لا يتوفر التشديد حال ارتكاب الجريمة في زمن السلم، كما لا يتوفر التشديد حال وقوع الجريمة في فترة الاضطرابات الداخلية أو الثورات، إذ أن التشديد لا يجوز التوسع فيه، ولا يجوز القياس عليه، هذا مع الأخذ في الاعتبار ما أشار إليه بعض الفقهاء⁽¹⁰³⁾ من أن فكرة ذاتية القانون الجنائي تدفع إلى الاعتقاد بأن مفهوم زمن الحرب في قانون العقوبات يختلف عن مفهومه في القانون الدولي؛ حيث لا يعتبر الكفاح المسلح حرباً في القانون الدولي إلا إذا كان قائماً بين دولتين، بينما يعد كذلك في قانون العقوبات إذا كان قائماً بين الدولة وجماعة من الأفراد.

2- **توفر قصد خاص لدى الجاني:** اشترط المشرع الإماراتي لتشديد العقوبة أن يكون قصد الجاني من ارتكاب أي من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، ومنها الجريمة محل الدراسة، أن يكون قصده إعاقة العدو، أو الإضرار بالعمليات الحربية للقوات المسلحة بالدولة، وكان من شأنها تحقيق الغرض المنشود منها. ولا تشديد إذا لم يتوفر لدى الجاني هذا القصد الخاص، ويجب على النيابة العامة التثبت في توفر القصد لدى المتهم، وتخضع في ذلك لرقابة محكمة الموضوع.

(ث) العقوبة المشددة:

جعلها المشرع الإماراتي الإعدام بدلاً من السجن الذي لا يقل عن عشر سنوات. وهنا نجد المشرع الإماراتي قد قفز بالعقوبة درجتين، من السجن إلى الإعدام. ونعتقد أن مسلك المشرع الإماراتي يكشف عن تقديره لخطورة ارتكاب الجريمة محل الدراسة وغيرها من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي في زمن الحرب، وبالقدر الذي ذكره. فمما لا شك فيه أن قيام الجاني بالترويج للأفكار التي من شأنها إثارة الفتنة أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلم الاجتماعي في زمن الحرب له عظيم الأثر على معنويات الشعب والقوات المسلحة للدولة، مما يؤثر سلباً على أدائها وتنفيذ الجنود للعمليات الحربية القتالية المكلفين بها أثناء الحرب. ويمكن التمثيل على ذلك، بما لو قام الجاني باستغلال الدين في الترويج لفكر متطرف يميز بين أفراد القوات بحسب الطائفة التي ينتمون إليها، والقول بأن القتلى من طائفة معينة شهداء في سبيل الله، وغيرهم يموتون ميتة جاهلية، وقتالهم بالقوات المسلحة عمل خاسر، لا جزاء له. فلا شك أن مثل هذه الأفكار تفتت في عضد القوات المسلحة، وتؤثر سلباً على معنويات الجند، مما يؤثر على عملياتها الحربية، ويعاون العدو في حربه مع القوات المسلحة للدولة.

¹⁰³ د/ أحمد رفعت خفاجي، مرجع سابق، رقم 8، ص 185.

كذلك من يروج لفكر ملحد، ينكر وجود الله، والثواب والعقاب، والجنة والنار، وأن القتال في الحرب فيه ضياع للحياة بدون طائل أو فائدة، مما يضعف عزيمة الجند، ويغذي فيهم روح الأنانية وحب الذات، ويفقدهم روح التضحية فداءً للوطن، ونصرة للحق.

ثانياً. العذر المخفف أو المعفي من العقوبة:

ورد النص على هذا العذر في المادة (201) مكرر (9) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016 سالف الذكر، بقولها: "تحكم المحكمة بناء على طلب النائب العام أو من تلقاء نفسها، بتخفيف العقوبة أو الإغفاء منها، عن أدلى من الجناة إلى السلطات القضائية أو الإدارية بمعلومات تتعلق بأي جريمة ماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي، متى أدى ذلك إلى الكشف عنها أو عن مرتكبيها أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم"⁽¹⁰⁴⁾.

تبدو الحكمة من التخفيف أو الإغفاء من العقوبة في حرص المشرع الإماراتي على كشف الجريمة محل الدراسة والحيلولة دون إتمام ارتكابها وضبط الجناة وتقديمهم إلى المحاكمة، وإقامة الدليل عليهم، خاصة وأن هذه الجرائم يسهل إخفاؤها ويصعب الوقوف على أدلتها يقيناً، ومن ثم يهدف الإغفاء إلى تحقيق مصلحة المجتمع في كشف تلك الجرائم.

أ) حدود سلطة المحكمة حال توفر العذر:

1- تخفيف العقوبة:

من صياغة نص المادة (201) عقوبات اتحادي، سألقة الذكر، نجد أن المشرع منح المحكمة سلطة تخفيف العقوبة المقررة للجريمة محل الدراسة، باعتبارها من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي. وقد جعل التخفيف جوازيًا للمحكمة، بحسب سلطتها التقديرية، مع الأخذ في الاعتبار القيود التي أوردتها المشرع على سلطة المحكمة في التخفيف في شأن الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي والداخلي، والمنصوص عليها في المادة (201) مكرر (6) من المرسوم رقم 7 لسنة 2016 سالف الذكر، ومن ذلك: استثناء هذه الجرائم من أحكام التخفيف⁽¹⁰⁵⁾:

لا يجوز تطبيق الأعدار المنصوص عليها في المادة (96 عقوبات) على الجريمة محل الدراسة، وهي: حادثة سن المجرم، ارتكاب الجريمة لبواعث غير شريرة، أو بناء على استفزاز خطير من المجني عليه، وخيراً فعل المشرع الإماراتي؛ إذ أن هذه الأعدار لا تتناسب مع الجرائم الماسة بأمن الدولة عموماً والجريمة محل الدراسة خصوصاً، فلا يتصور أن يرتكب جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار متطرفة أو مثيرة للفتنة حدث أقل من 18 سنة، كما لا يتصور وقوع الجريمة إلا لبواعث غير شريرة، كما لا يتصور وقوعها بناء على استفزاز أياً كانت درجته من المجني عليه، إذ أن الجريمة محل الدراسة هي من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، التي لا تقع على شخص مجني عليه محدد، وإنما تنال من المصالح العليا للدولة.

لا يجوز تطبيق أحكام التخفيف المنصوص عليها في المادة (97 عقوبات)، ومن ثم لا يجوز تخفيف العقوبة المقررة للجريمة، وهي السجن المؤقت الذي لا يقل عن عشر سنوات، والنزول بها إلى عقوبة الحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر⁽¹⁰⁶⁾. ولا يجوز للمحكمة إذا رأت التخفيف حال توفر العذر محل الدراسة أن تنزل بالعقوبة المقررة لجريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة إلى عقوبة الحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر.

¹⁰⁴ ألغيت هذه المادة بموجب المرسوم المشار إليه، وكانت تنص على أنه "يعفى من العقوبة من بادر من الجناة في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية عن وقوع الجريمة قبل الكشف عنها، فإذا حصل الإبلاغ بعد الكشف عن الجريمة جاز للمحكمة إغفاؤه من العقاب متى أدى الإبلاغ إلى ضبط باقي الجناة".

¹⁰⁵ د/ محمد نور الدين سيد "قيادة يقظة... ودولة آمنة، إطلالة على المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي" الجزء الثاني، مجلة الميزان، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة، العدد 197، السنة 18، ديسمبر 2016، ص41، 42.

¹⁰⁶ يلاحظ أن المادة (97) عقوبات اتحادي قد عدلت بموجب المرسوم رقم (7) لسنة 2016م سالف الذكر، راجع: د/ محمد نور الدين سيد "قيادة يقظة... ودولة آمنة، إطلالة على المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي" الجزء الأول، مجلة الميزان، وزارة العدل، الإمارات العربية المتحدة، العدد 195، السنة 18، أكتوبر 2016، ص44.

2- الإعفاء من العقوبة:

لا يقف أثر توفر العذر محل الدراسة عند تخفيف العقوبة ولكن المشرع الإماراتي منح المحكمة سلطة العفو عن العقوبة المقررة لجريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة، ويلاحظ أن الإعفاء أو التخفيف، على النحو السالف بيانه، وجوبي على المحكمة، ومن ثم لا يمكنها إغفال توفر العذر⁽¹⁰⁷⁾.

ب) شروط العذر المخفف أو المعفي من العقوبة: نظرا لخطورة أثر العذر محل الدراسة فقد أحاطه المشرع الإماراتي بعدة شروط، وهي:

1- تقضي المحكمة بالتخفيف أو الإعفاء بطلب من النائب العام أو من تلقاء نفسها:

على خلاف ما جرى عليه العمل⁽¹⁰⁸⁾ من أن تقدير التخفيف أو الإعفاء هو سلطة مطلقة للمحكمة لا يباينها فيه أحد، نجد المشرع الإماراتي في المادة (201) مكرر (9) ينص على منح النائب العام سلطة طلب التخفيف أو الإعفاء، فتتضي المحكمة به بناء على طلبه. ونعتقد أنه مسلك غريب وغير مبرر من المشرع الإماراتي، وقد تدارك ذلك فقرر أن المحكمة لها أن تقضي بالتخفيف أو الإعفاء من تلقاء نفسها، وهو الأصل، إلا أن المشرع قدم القضاء بالتخفيف أو الإعفاء بناء على طلب النائب العام على حقها في القضاء بذلك من تلقاء نفسها.

2- أن يتم الإبلاغ قبل الكشف عن الجريمة:

يقصد بالإبلاغ: إخبار السلطات الإدارية أو القضائية بكافة المعلومات المتعلقة بالجريمة، من حيث أسماء الجناة، فاعلين أم شركاء، وموضوع الجريمة وما يتعلق به⁽¹⁰⁹⁾. ومن ثم نعتقد أن المشرع الإماراتي قصد الإبلاغ عن الجريمة بعد تمام تنفيذها أو على الأقل البدء فيه، يؤيد ذلك أن الهدف من الإبلاغ هو مساعدة السلطات في كشف الحقيقة بشأنها.

ويشير بعض الفقه إلى شرط أن يكون الجاني المبلغ هو البادئ بالإبلاغ، فمن أبلغ السلطات بعد ذلك بنفس الأخبار والمعلومات فإنه لا يستفيد من الإعفاء؛ لأنها لن تفيد السلطات المختصة، ما لم تكن المعلومات التي ذكرها جديدة ومفيدة في كشف تفاصيل أكثر عن الجريمة، وضبط الجناة⁽¹¹⁰⁾.

2- يقدم الإبلاغ إلى السلطات المختصة:

يشترط أن يكون الإبلاغ مقدما إلى السلطات المختصة، ويقصد بها السلطات القضائية أو الإدارية⁽¹¹¹⁾؛ لأن ذلك يحقق المساعدة في كشف أمر الجريمة وضبط مرتكبيها، ويقصد بالسلطات القضائية: النيابة العامة وجهات تلقي البلاغات والتحقيق فيها، ويقصد بالسلطات الإدارية: سلطات الأمن والضبط القضائي⁽¹¹²⁾.

3- يؤدي الإبلاغ إلى كشف عن مرتكبي الجريمة أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم:

يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يكن ينص على ضرورة أن يؤدي الإبلاغ إلى القبض على الجناة، أي ينتج أثره في تمكين السلطات المختصة من ضبط الجناة الآخرين، إلا أنه تدارك ذلك، ونص صراحة على اشتراط أن يحقق الإبلاغ أثره في كشف مرتكبي الجريمة وإثباتها عليهم، بتقديم الدليل ضدهم، كما لو قدم

¹⁰⁷ المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 575 لسنة: 2018 قضائية بتاريخ: 9-11-2018، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 510 لسنة: 2013 قضائية بتاريخ: 29-12-2014، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم: 333 لسنة: 2018 قضائية بتاريخ: 25-6-2018.

¹⁰⁸ يتبين ذلك من خلال استقراء نصوص القوانين العقابية التي نصت على سلطة المحكمة في تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها في العديد من الجرائم، وقد تباينت هذه النصوص في مدى منح المحكمة سلطة تقديرية أو حرمانها منها، ومع ذلك أجمعت هذه النصوص على أن سلطة التخفيف أو الإعفاء للمحكمة دون توقف ذلك على طلب من النائب العام أو من غيره.

¹⁰⁹ أنظر: د/ مجدي محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1997، رقم 318، ص518.
¹¹⁰ يستند هذا الفقه إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم 112 لسنة 1957، أن المادة (84) مكررا تنص على أن يعفى من العقوبة من كان الأول في تبليغ السلطات المختصة عن الجريمة قبل تنفيذها أو الشروع فيها، إذ بهذا التبليغ يتسنى لتلك السلطات أن تمنع تنفيذ الجناية أو الجنحة، والقبض على الجناة، وفي درء الضرر الذي كان يلحق الدولة من تنفيذ تلك الجريمة نوع من التكفير عن ذنب الاشتراك في تحضيرها.

¹¹¹ د/ أحمد فتحي سرور "الوسيط في قانون العقوبات"، الجزء الأول، القسم العام، ص 168.
¹¹² د/ مأمون سلامه، قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار الفكر العربي، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، 1982-1983، ص66.

الجاني المبلغ تسجيلا أو مكاتبات بينه وبين باقي الجناة، كما اشترط أن يؤدي الإبلاغ إلى تمكين السلطات من القبض على الجناة أو أحدهم، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الإبلاغ صادقا مفصلاً وشاملاً لعناصر الجريمة، ومحدداً لدور كل من ساهم فيها،⁽¹¹³⁾. أما إذا كان الإبلاغ كاذباً، أو مجملاً، أو مرسلأ، أو أخفى فيه الجاني المبلغ معلومات هامة وجوهرية تتعلق بأشخاص الجناة الآخرين وأماكنهم، وطريقة الوصول إليهم فلا يستفيد المبلغ من الإعفاء⁽¹¹⁴⁾.

فقد ذكرت محكمة تمييز دبي "أنه يشترط في جميع حالات الإعفاء الوجوبية والجوازية تمكين السلطات من القبض على الجناة بما يلزم معه أن يكون الإخبار قد اتسم بالجدية والكفاية ووصل بالفعل إلى ضبط الجناة، فلا يكفي أن يصدر من الجاني في حق آخرين قول مرسل عارٍ عن الدليل وإلا انفسح المجال للإصاق الاتهامات جزافاً بغية الإعفاء من العقاب وهو ما ينأى عنه قصد الشارع"⁽¹¹⁵⁾.

وقد ذكرت المحكمة الاتحادية العليا: "أن هذا الإعفاء هو نوع من المكافأة أجاز الشارع منحها لكل من يؤدي خدمة للعدالة، فإذا لم يتحقق صدق التبليغ، بأن كان غير متسم بالجدية، فلا يستحق صاحبه الإعفاء؛ لانتهاء مقوماته، وعدم تحقق حكمة التشريع. والفصل في ذلك وفي جواز الإعفاء من سلطة قاضي الموضوع، وله في ذلك التقدير المطلق، ما دام يقيمه على ما ينتجه من عناصر الدعوى"⁽¹¹⁶⁾.

وفي الأخير نلاحظ أن المشرع الإماراتي ساوى في الشروط بين التخفيف والإعفاء، وإن كنا نعتقد أنه من الأفضل أن يميز الإعفاء بشروط أكثر من التخفيف، كما لو اشترط للأخير مجرد الإبلاغ عن الجريمة مما يؤدي إلى كشفها، بينما يشترط للإعفاء زيادة على ذلك أن يؤدي الإبلاغ إلى القبض على الجناة أو أحدهم، وإقامة الدليل أو إثبات الجريمة عليهم.

¹¹³ د/ مأمون سلامة، قانون العقوبات – القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 138 – 139، د/ أمال عثمان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، 1989، ص 106.

¹¹⁴ أوضحت المحكمة الاتحادية العليا أن القانون اشترط لتحقق موجبات الإعفاء المنصوص عليه... أن يكون إبلاغ الجاني هو الذي مكّن السلطات من القبض على غيره من الجناة أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة، فموضوع الإبلاغ في هذه الحالة يتجاوز مجرد التعريف بالجناة إلى المعلومات صحيحة تؤدي بذاتها إلى القبض على المتهمين. راجع: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 139 لسنة : 32 قضائية بتاريخ : 2004-5-17.

¹¹⁵ حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 140 لسنة : 2004 قضائية بتاريخ : 2004-9-25.

¹¹⁶ من أحكامها: المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 396 لسنة : 2013 قضائية بتاريخ : 2014-11-17، المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 75 لسنة : 23 قضائية بتاريخ : 2003-5-31، كما سألها في ذلك اتجاه محكمة تمييز دبي، ومن أحكامها: حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 375 لسنة : 2005 قضائية بتاريخ : 2005-11-12، حكومة دبي | محكمة التمييز - الأحكام الجزائية | الطعن رقم : 109 لسنة : 2000 قضائية بتاريخ : 2000-7-8.

الخاتمة

انتهى الباحث من دراسته لهذا الموضوع إلى جملة نتائج وتوصيات، نرجو من العلي القدير أن تلقى أذانا صاغية، وأن يتسع لها صدر المشرع الإماراتي في أخذ هذه النتائج وتلك التوصيات بعين الاعتبار.

أولاً- النتائج:

- 1- أن الحكم بتكفير المسلم تترتب عليه أحكام خطيرة، منها حل دمه وماله، والتفريق بينه وبين زوجته، وقطع الصلة بينه وبين عموم المسلمين، لا يرث ولا يورث، لا تنطبق عليه أحكام الجنازة حال موته، من غسل أو دفن أو صلاة.
 - 2- واجه المشرع الإماراتي استغلال الدين في تكفير الناس بموجب المادة (10) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2015م في شأن مكافحة التمييز والكرهية، ويلاحظ على معالجة المشرع الإماراتي لهذه الجريمة ما يلي:
 - أن المشرع الإماراتي اشترط لقيام هذه الجريمة أن يأخذ فعل الجاني صورة استغلال الدين، وإلا قام في حقه وصف جريمته السب أو القذف بحسب توفر أركان أي منهما، بخلاف مسلك المشرع التونسي الذي جرم التكفير أو الدعوة إليه دون اشتراط استغلال الدين.
 - أن جريمة رمي الأفراد والجماعات بالكفر المنصوص عليها في المادة السابقة لا تقوم في حق الجاني إذا رمى المجني عليهم بأوصاف غير الكفر، مثل: الفسق، الفجور، الفحش، العصيان، الظلم، وقد تقوم بهذه الأوصاف جريمة السب أو القذف حال توفر أركان أي منهما.
 - أن المشرع الإماراتي اشترط توجيه الجاني فعله إلى شخص معين، ومن ثم لا تقوم الجريمة إذا أخذ فعل الجاني صورة التكفير المطلق، عكس ما فعل المشرع التونسي، فإنه لم يشترط تحديد شخص معين، كما يلاحظ أن المشرع لم يشترط صفة معينة في المجني عليه أو عليهم، ومن ثم يستوي أن يوجه الجاني فعله إلى مسلم أو غير مسلم.
 - أن الجريمة المشار إليها من الجرائم العمدية، التي يتطلب القانون لقيامها توفر القصد الجنائي الخاص، بعناصره، العلم والإرادة، بالإضافة إلى قصد تحقيق مصالح خاصة أو أغراض غير مشروعة.
 - أن المشرع الإماراتي لم يقرر عقوبة الغرامة مكتفياً بعقوبة السجن المؤقت، خلاف ما فعل المشرع التونسي؛ حيث قرر عقوبة مالية بالإضافة إلى العقوبة السالبة للحرية. كما لم ينص المشرع الإماراتي على عقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو لمصلحته أو باسمه، وأخيراً، نجده يشدد العقوبة إذا اقترن فعل الجاني بالتحريض على القتل، ووقع القتل نتيجة لذلك.
 - لم يشدد المشرع الإماراتي العقوبة حال ارتكاب فعل استغلال الدين في رمي الأفراد والجماعات بالكفر المقترن بالتحريض على القتل حتى ولو لم يقع القتل بناء على هذا التحريض، أي لم يترتب على التحريض أثر.
 - 3- كما واجه المشرع الإماراتي استغلال الدين بتجريم فعل استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة أو أفكار متطرفة، كما هو الحال في القانون المصري، مع وجود اختلافات في سياسة كل منهما، حيث جعل المشرع الإماراتي موضوع الجريمة الأفكار المثيرة للفتنة أو تضر بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، بينما حدده المشرع المصري بالأفكار المتطرفة.
- كما نلاحظ أن المشرع الإماراتي اكتفى بتوافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، دون اشتراط توافر نية خاصة، بخلاف موقف المشرع المصري، الذي تطلب القصد الخاص، حيث اشترط أن يكون قصد الجاني إثارة الفتنة أو تحقير أو ازدراء أحد الأديان السماوية، أو الطوائف الدينية المنتمية إليها، أو الإضرار بالوحدة الوطنية.

- 4- قرر المشرع الإماراتي عقوبة مغلظة لجريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة، وهي السجن بما لا يقل عن عشر سنوات، ولم يقرر عقوبة الغرامة، كعقوبة تكميلية، كما لم يقرر عقوبة خاصة للشخص الاعتباري، مكتفياً بالعقوبة العامة المقررة في قانون العقوبات.
- وفي المقابل، نجد المشرع المصري يقرر عقوبة لا تتناسب البتة مع جسامة الجريمة وخطورتها، هي عقوبة الحبس الذي لا يقل عن ستة أشهر ولا يزيد على خمس سنوات، أو الغرامة التي لا تقل عن 500 جنيه، ولا تزيد على 1000 جنيه. ومن ثم جعل الجريمة من قبيل الجرح المشددة، بخلاف المشرع الإماراتي الذي جعلها من الجنايات المشددة، وقد وصل المشرع الإماراتي بالعقوبة إلى الإعدام، حال ارتكاب الجريمة في زمن الحرب، برغم جعل التشديد جوازيًا للمحكمة، بينما لم يفعل المشرع المصري شيئاً من ذلك.
- 5- قرر المشرع الإماراتي التخفيف أو الاعفاء من العقوبة المقررة لجريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة، لكل من أدلى من الجناة إلى السلطات القضائية أو الإدارية بمعلومات تتعلق بالجريمة، متى أدى ذلك إلى الكشف عنها أو عن مرتكبيها أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم. هذا مع ملاحظة أن المشرع الإماراتي ساوى في تلك الشروط بين التخفيف والإعفاء.

ثانياً. التوصيات:

- 1- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بإعادة النظر في تجريم تكفير الغير سواء اتخذ صورة استغلال الدين أم لا، كما فعل نظيره المشرع التونسي.
- 2- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بالنص على عقوبة الغرامة بالإضافة للعقوبة السالبة للحرية المقررة لجريمة رمي الأفراد والجماعات بالكفر، مع جعلها في صورة الغرامة النسبية مع وضع حد أدنى لا تقل عنه، وربط الحد الأقصى بما حققه أو حاول الجاني تحقيقه من فائدة أو ربح مالي من ارتكاب الجريمة.
- 3- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بالنص على عقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة لحسابه أو باسمه، على غرار ما فعل في العديد من الجرائم المستحدثة.
- 4- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (10) سالف الذكر بإضافة عقوبة مشددة لفعل الجاني إذا اقترن بالتحريض على العنف أو إلحاق الأذى بالمجني عليهم، مثلما فعل المشرع التونسي، كما لم يقرر المشرع الإماراتي عقوبة مشددة إذا ارتكب فعل الجاني بالتحريض على القتل ولو لم يترتب عليه أثر.
- 5- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بالنص على الغرامة كعقوبة تكميلية لجريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة، بالإضافة إلى عقوبة السجن، ومع الأخذ بفكرة الغرامة النسبية، مع النص على عقوبة خاصة للشخص الاعتباري إذا ارتكبت باسمه أو لحسابه أو لمصلحته.
- 6- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (199) عقوبات بحيث يجعل التشديد حال ارتكاب جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة في زمن الحرب وجوبياً.
- 7- يقترح الباحث أن يقوم المشرع الإماراتي بتعديل نص المادة (201) مكرر (9) والنص صراحة على التمييز من حيث الشروط بين التخفيف والإعفاء عند الإبلاغ عن جريمة استغلال الدين في الترويج لأفكار مثيرة للفتنة.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً- المراجع والمصادر العربية:

أ) المراجع العامة:

- 1- ابن تيمية (2004) "مجموع الفتاوى" المجلد 23، 1425هـ.
- 2- ابن تيمية(2004) "مجموع الفتاوى" المجلد 12، 1425هـ.
- 3- ابن تيمية (2004)"مجموع الفتاوى" المجلد 28، 1425هـ.
- 4- ابن تيمية(2004) "مجموع الفتاوى" المجلد 3، 1425هـ.
- 5- ابن قيم الجوزية (2008) "تهذيب مدارج السالكين" تحقيق/ أحمد أحمد جاد، الطبعة الثانية، دار الدعوة للطبع والنشر، الاسكندرية.
- 6- أبي عبد الله محمد بن المرتضى اليماني المشهور بابن الوزير(1987) "إيثار الحق على الخلق" الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1407هـ.
- 7- أحمد فتحي سرور"الوسيط في قانون العقوبات"، "الجزء الأول، القسم العام، وبدون ناشر.
- 8- أمال عثمان (1989) شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، القاهرة، بدون ناشر.
- 9- رمسيس بهنام (1995) النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف.
- 10- شريف سيد كامل(2009) قانون العقوبات الاتحادي، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، النظرية العامة للجزاء الجنائي، من مطبوعات جامعة الجزيرة - دبي.
- 11- علي حموده (2007) شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، من مطبوعات اكاديمية شرطة دبي.
- 12- فهد سليم الخطيب، محمد سليمان عواد (2000) "مبادئ التسويق (مفاهيم أساسية) دار الفكر، عمان، الأردن.
- 13- فوزية عبد الستار(1992) شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، بدون ناشر.
- 14- مأمون سلامه (1981) قانون العقوبات - القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 15- مأمون سلامه (1983) قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار الفكر العربي، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة.
- 16- مجدي محب حافظ(2007) "القذف والسب" دراسة تأصيلية تحليلية في التشريع المصري والتشريعات العربية والتشريعات الاجنبية في ضوء الفقه وأحكام القضاء في مائة عام" دار العدالة، القاهرة.
- 17- مجدي محب حافظ(1997) الحماية الجنائية لأسرار الدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.
- 18- محمد شلال العاني(2012) أحكام القسم العام في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، النظرية العامة للعقوبة، دراسة تأصيلية فقهية موازنة، مكتبة الجامعة، الشارقة.
- 19- ممدوح خليل البحر(2009) "الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الإماراتي وفقا لآخر التعديلات" الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة، وإثراء للنشر والتوزيع، الأردن.
- 20- مؤيد محمد القضاة، شرح قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، القسم العام، الكتاب الأول، الجريمة، المشاركة الاجرامية، والمسؤولية الجزائية، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، الشارقة.
- 21- ناجي معلا(1996) "الأصول العلمية للترويج التجاري والاعلان" الدار الجامعية، الأردن.

22- نظام موسى سويدان(2013) شفيق ابراهيم حداد "التسويق مفاهيم معاصرة" دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.

ب) المراجع المتخصصة:

- 1- محسن فؤاد فرج (1987) "جرائم الفكر والرأي والنشر" الطبعة الأولى، دار الغد العربي، القاهرة.
- 2- بسام الصباغ(2008) "بلاء التكفير" الطبعة الأولى، دار البشائر، دمشق.
- 3- عبد السلام بن سالم بن رجاء السحيمي (2005) "فكر التكفير قديما وحديثا" الطبعة الأولى، دار الأمام أحمد، القاهرة.

ت) الرسائل العلمية:

- 1- قصي على الضمور(2009) "المسؤولية الجزائية عن الأفعال غير المشروعة للوسيط المالي" رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الاردن.

ث) المجلات والدوريات:

- 1- أحمد رفعت خفاجي(1957) زمن الحرب في قانون العقوبات، المجلة المصرية للقانون الدولي، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 13.
- 2- داودي مخلوف(2013) "ازدراء الأديان بين موقف الحالي للقانون الدولي وموقف الفقه الاسلامي الدولي" مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، عدد 16، ديسمبر 2013.

- 3- سعيد بن محمد معلوي(2006) "خطورة التكفير" حولية كلية المعلمين، أبها، السعودية، العدد السابع.
- 4- عبد الجليل حسن صرصور (2006) "التعبير: أنواعه، وظائفه، وطرق تطويره" مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الانسانية، غزة، فلسطين، المجلد 10، عدد(1).

- 5- عبد الخالق ابراهيم اسماعيل(1988) "الاسلام وقضية التكفير" المجلة العلمية، كلية أصول الدين والدعوة، الزقازيق، مصر، العدد(1).

- 6- عبد العزيز خريبط (2017) مقال بعنوان، الاستغلال الإيديولوجي والتطرف الديني، جريدة الشاهد، الكويت، الأربعاء، 8 مارس 2017.

- 7- عفيفي البوني (2010)"حان زمن التجريم القانوني لفتاوى تكفير التفكير والابداع" مجلة المسار، اتحاد الكتاب التونسيين، العدد 91.

- 8- مجلة الشاهد، الكويت، عدد 9 مارس 2015، تم الاطلاع على المقال بتاريخ 9 يناير 2017م.

- 9- مجيد مصطفى منصو(2011) "علاقة الترويج الالكتروني بالحصة السوقية لدى المصارف في شمال الضفة الغربية" مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الانسانية، المجلد 13، العدد 81.

- 10- محمد نور الدين سيد (2016) "قيادة يقظة...ودولة آمنة، إطلالة على المرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016، في شأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الاتحادي" مقالة منشورة، مجلة الميزان، وزارة العدل، الإمارات، العدد 195، السنة 18، أكتوبر 2016.

- 11- نماء محمد البنا "الدين والتدين: المفهوم والتصورات دراسة تأصيلية من الكتاب والسنة" مؤتة للبحوث والدراسات، العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد27، العدد6.

- 12- هاني خميس أحمد عبده(2013) الدين والثورات السياسية، الحالة المصرية نموذجاً، روى استراتيجية، عدد يونيه.

ج) المؤتمرات العلمية:

- 1- مسفر بن على القحطاني "التطرف الفكري... وأزمة الوعي الديني" بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات" في الفترة من 22-25 جماد الأول، 1430هـ، كرسي الأمير نايف بن عبد العزيز لدراسات الأمن الفكري، جامعة الملك سعود.

ح) مواقع الانترنت:

1- حسن نيازي الصيفي، استخدام داعش للإعلام الاجتماعي، Arab Media & Society (issue 21, spring 2016), منشور على الرابط الإلكتروني:

http://www.arabmediasociety.com/articles/downloads/20160601120115_.pdf

2- رضوان السيد، المؤسسات الدينية وسياسات الدين والدولة، الشرق الأوسط، قناة العربية، الجمعة 18 ربيع الأول 1436هـ، 9 يناير 2015م، تم الاطلاع على المقال بتاريخ 8 يناير 2018م، منشور على الرابط الإلكتروني:

<https://aawsat.com/home/article/261811/>

3- عادل عامر، استغلال الدين في السياسة، منشور على موقع ديوان العرب، بتاريخ 26 كانون الثاني (يناير) 2013م، تم الدخول على الموقع بتاريخ 9 كانون الثاني (يناير) 2018م.

<http://www.diwanalarab.com/spip.php?article35923>

4- عبد العزيز خريبط، مقال بعنوان، الاستغلال الإيديولوجي والتطرف الديني، جريدة الشاهد، الكويت، الاربعاء، 8 مارس 2017، تم الاطلاع على المقال بتاريخ 8/ يناير 2018م، منشور على الرابط الإلكتروني:

http://alshahedkw.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=16253:%D8%A7%D9%84%D8

5- عبد المنعم مصطفى حليلة "قواعد في التكفير" 1994، منشور على الموقع:

<http://www.abubaseer.bizland.com/books/read/b16.pdf>

6- محمد بن عمر بن سالم بازمول، "المحكم والمتشابه في التكفير والجهاد" ص42، منشور على الموقع:

http://www.salafidemontreal.com/doc/Mouhkam_moutashabih_Takfir.pdf

7- محمد حسين الذهبي "الدين والتدين" مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، المجلد 1، 1975م، منشور على الرابط:

<http://Search.mandumah.com/Record/427802>

8- نوال بنت عبد العزيز العبد "ضوابط التكفير في ضوء السنة النبوية، منشور على الموقع الإلكتروني:

[file:///C:/Users/Admin/Downloads/dhwabit-altakfeer%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/dhwabit-altakfeer%20(1).pdf)

خ) أحكام المحاكم:

- محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم : 41774 لسنة 59 قضائية بجلسة 7 يناير 1996.

- محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم : 22647 لسنة : 84 قضائية بجلسة 18 نوفمبر 2015.

- محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم 21602 لسنة 84 ق، بجلسة 22 مارس 2015م.

- محكمة الأحوال الشخصية، الطعون أرقام 475، 478، 481، لسنة 65 قضائية، بجلسة 5 أغسطس 1996م.

- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 396 لسنة 2013 قضائية بجلسة: 11-17-2014.

- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 61 لسنة 10 قضائية بجلسة: 10-12-1988.

- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 41 لسنة 18 قضائية بجلسة: 1996-11-27

السنة السابعة - العدد الرابع عشر - يوليو 2021

مجلة العلوم القانونية

- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 147 لسنة 25 قضائية بجلسة: 1-29-2005.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 75 لسنة 23 قضائية بجلسة: 31مايو2003.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 290 لسنة 22 قضائية بجلسة: 10-13-2001.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 416 لسنة 2014 قضائية بجلسة: 2-2-2015.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 452 لسنة 2013 قضائية بجلسة: 10-11-2014.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 428 لسنة 2018 قضائية بجلسة: 5-11-2018.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 114 لسنة 2014 قضائية بجلسة: 20-4-2015.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم : 237 لسنة : 33 قضائية بجلسة: 30-5-2005.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم : 11 لسنة : 2012 قضائية بجلسة: 14-5-2012.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 575 لسنة 2018 قضائية بجلسة: 9-11-2018.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 510 لسنة 2013 قضائية بجلسة: 29-12-2014.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 333 لسنة 2018 قضائية بجلسة: 25-6-2018.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 139 لسنة 32 قضائية بجلسة: 17-5-2004.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 329 لسنة 2012 قضائية بجلسة: 20-5-2013.
- المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 16 لسنة 2014 قضائية بجلسة: 17-1-2014،
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 375 لسنة 2005 قضائية بجلسة: 12نوفمبر2005.
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 109 لسنة 2000 قضائية بجلسة: 8 يوليو2000.
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 140 لسنة 2004 قضائية بجلسة 25سبتمبر2004.
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 444 لسنة 2006 قضائية بجلسة: 12-2-2007.
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 194 لسنة 2010 قضائية بجلسة: 10-5-2010.
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 455 لسنة 2003 قضائية بجلسة: 20-3-2004.
- محكمة تمييز دبي، الأحكام الجزائية، الطعن رقم: 194 لسنة 2009 قضائية بجلسة: 25-5-2009.

ثانياً. المراجع الأجنبية:

- 1- B. Hepple and T. Choudhury, Tackling Religious Discrimination: Practical Implications for Policy Makers and Legislators” Home Office Research Studies, London, Feb. 2001, available at: :
<http://www.religionlaw.co.uk/reportae.pdf>
- 2- Bert Thompson, “The Many Faces, and Causes, of Unbelief” second edition, Apologetics Press, 2004, available at:
http://apologeticspress.org/pdfs/e-books_pdf/many_faces.pdf
- 3- Biblical Counseling Database, Unbelief, available at:
http://biblicalcounselingdatabase.net/unbelief/?upm_export=pdf
- 4- Heiner Biielefeldt, Asma Jahangir, Abdelfattah Amor, Angelo d’Almeida Ribeiro, “Rapporteur’s Digest on Freedom of Religion or Belief” the United Nations, Human Rights Council, Geneva, 10 march, 2011, available at:
<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/RapporteursDigestFreedomReligionBelief.pdf>
- 5- Jonathan Jong “Understanding Unbelief call for proposals – information sheet” available at: https://www.ucl.ac.uk/non-religious-belief/pdfs/pdfs/RFP1_Information_sheet.pdf
- 6- Michael BERGUNDER “What is Religion? The Unexplained Subject Matter of Religious Studies, Method and Theory in the Study of Religion, No: 26, 2014, available at: <http://www2.tf.jcu.cz/~klapetek/religion.pdf>
- 7- Oxford Wordpower Dictionary, Oxford University Press, New York, third edition, 2011.
- 8- Peter TARLOW “The Interaction of religion and terrorism” International Journal Of Safety and Security in Tourism/Hospitality,2017, available at: http://www.palermo.edu/Archivos_content/2017/Economicas/journal-tourism/edicion16/PAPER-2.pdf
- 9- Stella COGLIEVINA, “Religious Discrimination and Legal Protection in the European Union” (ENAR) European Network Against Racism, Fact Sheet N° 34, Oct. 2007, available at: https://slidelegend.com/fact-sheet-on-religious-discrimination-enar-ireland_5a116cfc1723dd9dff2aa6cc.html
- 10- Tom Flynn (Ed), Excerpted from THE NEW ENCYCLOPEDIA OF UNBELIEF , Amherst New York: Prometheus Books, 2007, Entry by Frank L. Pasquale., available at:
<http://www.trincoll.edu/Academics/centers/isscc/Documents/Unbelief%20and%20Irreligion,%20Empirical%20Study%20and%20Neglect%20of.pdf>

Romanization of Arabic references

Almarajie walmasadir alearabia

A) Almarajie Aleama:

السنة السابعة – العدد الرابع عشر – يوليو 2021

مجلة العلوم القانونية

- 1- Ibn Taymiyyah (2004) Majmoo 'al-Fatawa vol. 23, 1425 AH.
- 2- Ibn Taymiyyah (2004) Majmoo 'al-Fatawa vol. 12, 1425 AH.
- 3- Ibn Taymiyyah (2004) Majmoo 'al-Fatawa vol. 28, 1425 AH.
- 4- Ibn Taymiyyah (2004) Majmoo 'al-Fatawa vol. 3, 1425 AH.
- 5- Ibn qiam aljawzia (2008) "thadhib madarij alssalikin" tahqiq / 'ahmad 'ahmad jadin , altabeat al'uwlaa , dar aldaewat liltabe walnashr , alaskndrya.
- 6- Abi eabd allah muhamad bin almurtadaa alyamanii almashahur biaibn alwazir(1987) "'iyathar alhaqi ealaa alkhulq" altibeat althaaniati, dar alkutub aleilmiat, biarawt, 1407h.
- 7- Ahmad fathi surur"alusit fi qanun aleuqubat", "aljuz' al'awali, alqism aleami, bidun nashir.
- 8- Amal euthman (1989) sharah qanun aleuqubat , alqism alkhasi, alqahirat, bidun nashir.
- 9- Ramsis bahunam (1995) alnazariat aleamat lilqanun aljanayiyi, munsha'at almuearif.
- 10- Sharif syd kaml(2009) qanun aleuqubat alaitihadii, alqism aleami, alnazariat aleamat liljarimati, alnazariat aleamat liljaza' aljanayiyi, min matbueat jamieat aljazirat - daby.
- 11- Eali humuduh (2007) sharah al'ahkam aleamat liqanun aleuqubat alaitihadii lidawlat al'imarat alearabiat almutahidat , alqism aleamu , aljuz' al'awal , alnazariat aleamat liljarimat , matbueat akadymyt shurtatan daby.
- 12- Fahd salim alkhatib , muhamad sulayman ewad (2000) "mbadi altaswiq (mfahim 'asasy) dar alfikr , eamman , al'urdunn.
- 13- Fawziat eabd alsitar (1992) sharah qanun aleuqubat , alqism aleamu , alnazariat aleamat liljarimat , bidun nashir.
- 14- Mamun salamih (1981) qanun aleuqubat - alqism alkhasi , aljarayim , aljarayim aleamat , dar alfikr alearabii , alqahirat.
- 15- Mamun salamih (1983) qanun aleuqubat , alqism alkhasu , alqahrt , dar alfikr alearabii , aljuz' al'awal , aljarayim almadarat bialmusaeadat aleamat.
- 16- Majdi mahaba hafiz (2007) "alqadhaf walsaba" dirasat tasiliat tahliliat fi altashrie almisrii waltashrieat alearabiat waltashrieat al'ajnabiat fi daw' alfaqih wa'ahkam alqada' fi najaeat eam "dar aleadalat , alqahirat.
- 17- Majdi mahaba hafiz (1997) , alhimayat aljinayiyat lilmuhakamat , aldawlat almisriat aleamat lilkitab , alqahirat.
- 18- Muhamad shallal aleani (2012) 'ahkam alqism aleami fi qanun aleuqubat alaitihadii al'iimaratii , alnazariat aleamat lileuqubat , dirasat tasiliatan faqhiat muazanat , maktabat aljamieat , alshaariqat.

- 19- Mamduh khalil al-bahr (2009) al-jarayim al-waqieat ealaa al'ashkhas fi qanun aleuqubat al'iimaratii , wa'iithra' llnashr waltawzie , al'urdunn.
- 20- Muayid muhamad alqudat , sharah qanun aleuqubat alaitihadii al'iimaratii , alqism aleamu , alkitab al'awal , aljarimat walmintaqat aljazaiyyat , altibeat al'uwlaa , maktabat aljamieat , alshaariqat.
- 21- Naji muealaa (1996) "alaanswl aleilmiaat liltarwij altijarii walaielan" muasasat aljamieat , al'urdunn.
- 22- Nizam musaa sawidan (2013) shafiq 'iibrahim hidad "altaswiq mafahim mueasr" dar alhamid llnashr waltawzie , eamaan.

B) Almarajie Almutkhasst:

- 1- Muhsin fuad firj (1987) "jrayim alfikr walraay walnashr" altibeat al'uwlaa , dar alghad alearabiu , alqahirat.
- 2- Bisam alsabagh (2008) "bla' altakfira" altibeat al'uwlaa , dar albashayr , dimashq.
- 3- Eabd alsalam bin salim bin raja' alsahimi (2005) "fkur altakfir qadimaan wahaditha" al'uwlaa , dar al'amam 'ahmad , alqahirat

C) Alrasayil Aleilmia

- 1- Qasi ealaa aldumur (2009) "almaswuwliat aljizaiyyat ean al'afeal ghyr almashrueat lilwasit almali" risalat majstir , jamieat alshrq al'awsat lildirasat aleulya , al'urdunn.

D) Almajallat Waldawriat:

- 2- Ahmad rafaat khafaji (1957) zaman alharb fi qanun aleuqubat , qanun alqanun aleami lilqanun alduwalii lilqanun raqm 13.
- 3- Dawdy makhluf (2013) "azdira' al'adyan bayn mawqif alqanun alhalii walmawqif alfaqih al'iislaami aldwy" majalat alhuquq waleulum al'iinsaniat , jamieatan ziaan eashur bialjilfat , aljazayir , eadad 16 , disambir 2013.
- 4- Saeid bin muhamad maelui (2006) "khturt altkfy" hawliat kuliyat almuealimin , 'abuha , alsewdyt , aleadad alsaabie.
- 5- Abd aljalil hasan sarsur (2006) "altebyr: 'anwaeih , wazayifuh , waturuq tatwiruh" majalat jamieat al'aqsa , silsilat aleulum al'iinsaniat , filastin , ghazat , almajalid 10 , eadad (1).
- 6- Abd alkhalig 'iibrahim 'iismaeil (1988) "alaslama waqadiat altkfy" almajalat aleilmia , 'usul aldiyn waldaawat , alzaqaziq , misr , aleadad (1).
- 7- Abd aleaziz khribit (2017) maqal bieunwan , alaistighlal al'iidiu waltataruf aldiyniu , jaridat alshshahid , alkuayt , al'arbiea' , 8 maris 2017.
- 8- Afifi albuni (2010) "han zaman altajrim alqanuniawaa takfir altakfir walaibdae" majalat almasar , aithad alkuttab altuwnisiyn , aleadad 91.
- 9- Majalat alshshahid , alkuayt , eadad 9 maris 2015 , tama alatlae ealaa almaqal 9 yanayir 2017 m.

- 10- Majid mustafaa mansu (2011) "ielaqat aleunwan al'iiliktruniu bialhisat alsuwqiat fi shamal aldifat alghrby" majalat jamieat al'azhar bighazat , silsilat aleulum al'iinsaniat , almujalid 13 , aleadad 81.
- 11- Muhamad nur aldiyn syd (2016) "qyadat yuqaza ... wadawlat aminat , 'iitlalat ealaa almarsum biqanun aithadiin raqm 7 lisanat 2016 , fi shan taedil bed 'ahkam alqanun alaithady" muqalatan manshuratan , majalat almizan , wizarat aleadl , al'iimarat , aleadad 195 , alsanat 18 , 'uktubar 2016.
- 12- Nima' muhamad albna "aldyn waltidiyn: almafhum waltasawurat dirasatan tasiliat min alkitab walsana" mutatan lilbuhuth waldirasat , aleulum al'iinsaniat , almujalad 27 , aleadad 6.
- 13- Hani khamis 'ahmad eabdah (2013) aldiyn walthuwrat alsiyasiat , alhalat nmwdhjaan nmwdhjaan , rawy namudhaj , eadad alsighat.

E) Almutamarat Aleilamiat:

- 1- masfar bin alqahtani "altataruf alfikrii ... wa'azmat aldyny" bahath muqadim lilmutamar alwatanii al'awal lil'amn alfikrii "alimafahim waltahadiyata" fi alftrat min 22-25 , kursia nayif bin eabd aleaziz lidirasat al'amn alfikrii , jamieat almalik sued.

F) Mawaqie Alantarnt:

- 1- Hasan niazi alsyfyu , aistikhdam daeish lil'ielam alaijtimaeei , 21 al'ielam alearabiu walmujtamae ('iisadar rbye 2016) manshur ealaa alrrabit alalkitruni:
[http://www.arabmediasociety.com/articles/downloads/20160601120115 . pdf](http://www.arabmediasociety.com/articles/downloads/20160601120115.pdf)
- 2- Ridwan alsyd , almuasasat walshuwuwn aldiyniat waldawlat , alshrq al'awsat , qanat alerbyt , aljumeat 18 rbye al'awal 1436 h , 9 yanayir 2015 m , tama alaitlae ealaa almaqal bitarikh 8 yanayir 2018 m , manshur ealaa alrrabit alalkitruni:
<https://aawsat.com/home/article/261811/>
- 3- Adil eamir , aistighlal aldiyn fi alsiyasat , manshur ealaa mawqie diwan alearab , bitarikh 26 kanun alththani (ynayr) 2013 m , tama aldukhul ealaa almawqie bitarikh 9 kanun alththani (ynayr) 2018 m.
<http://www.diwanalarab.com/spip.php?article35923>
- 4- Abd aleaziz khrybit , maqal , altaelim , 'iidiulujiun waltataruf aldiyniu , jaridat alshshahid , alkuayt , al'arbiea' , 8 maris 2017 , alaitlae ealaa almaqal bitarikh 8 / yanayir 2018 m , manshur ealaa alrrabit alalkitruni:
[http://alshahedkw.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=16253: %D8%A7%D9%84%D8](http://alshahedkw.com/index.php?option=com_k2&view=item&id=16253:%D8%A7%D9%84%D8)
- 5- Abd almuneim mustafaa halima "qwaed fi altkfyr" 1994 , manshur ealaa almuqae

<http://www.abubaseer.bizland.com/books/read/b16.pdf>

6- muhamad bin eumar bin salim bazmul , "almahakum walmutashabih fi altakfir waljihad" s 42 , manshur ealaa almuqae:

http://www.salafidemontreal.com/doc/Mouhkam_moutashabih_Takfir.pdf

7- Muhamad husayn aldhababi "aldayn waltidin" majalat albihwth al'iislatmat , almujalad 1 , 1975 m , manshur ealaa alrabt:

<http://Search.mandumah.com/Record/427802>

8- Nuwwal bnt eabd aleaziz aleid "dwabt altakfir fi daw' alsanat alnubawiat , manshur ealaa almawqie alalkitruni:

[file:///C:/Users/Admin/Downloads/dhwabit-altakfeer%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/dhwabit-altakfeer%20(1).pdf)

G) Al'ahkam:

1- Mahkamat alnaqd almisriat , alldayirat aljinayiyat , altaen raqm: 41774 lisanat 59 qadayiyatan bijalsat 7 yanayir 1996.

2- Mahkamat alnaqd almisriat , alldayirat aljinayiyat , altaen raqm: 22647 lsnt: 84 qadayiyatan bijalsat 18 nufimbir 2015.

3- Mahkamat alnaqd almisriat , alldayirat aljinayiyat , altaen raqm 21602 lisanat 84 q , bijalsat 22 maris 2015 m.

4- Mahkamat al'ahwal alshakhsiat , altueun altaeun 475 al'arqam , 478 , 481 , lisanat 65 qadayiyatan , bijalsat 5 'aghustus 1996 m.

5- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 396 lisanat 2013 qadayiyat bijlst: 17-02-2015.

6- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 61 lisanat 10 qadayiyat bijlst: 12-10-1988.

7- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 41 lisanat 18 qadayiyat bijlst: 27-11-1996

8- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 147 lisanat 25 qadayiyat bijlst: 29-1-2005.

9- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 75 lisanat 23 qadayiyat bijlsat: 31 mayu 2003.

10- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 290 lisanat 22 qadayiyat bijlst: 13-10-2001.

11- Almahkamat alaitihadia , aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 416 lisanat 2014 qadayiyat bijlst: 2-2-2015.

12- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 452 lisanat 2013 qadayiyat bijlst: 10-02-2015.

13- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 428 lisanat 2018 qadayiyat bjlst: 5-11-2018.

14- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizayiyat , altaen raqm: 114 lisanat 2014 qadayiyat bijlst: 20-4-2015.

- 15- - Almahkamat alaitihadia aleulya, al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 237 lasnt: 33 qadayiyat bijlst: 30-5-2005.
- 16- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 11 lisunat: 2012 qadayiyat bijlst: 14-5-2012.
- 17- Almahkamat alaitihadia aleulya, al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 575 lisanat 2018 qadayiyat bijlst: 9-11-2018.
- 18- Almahkamat alaitihadia aleulya, al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 510 lisanat 2013 qadayiyat bijlst: 29-12-2014.
- 19- Almahkamat alaitihadia aleulya, al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 333 lisanat 2018 qadayiyat bijlst: 25-6-2018.
- 20- Almahkamat alaitihadia aleulya , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 139 lisanat 32 qadayiyat bijlst: 17-5-2004.
- 21- Almahkamat alaitihadia aleulya, al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 329 lisanat 2012 qadayiyat bijlst: 20-5-2013.
- 22- Almahkamat alaitihadia aleulya, al'ahkam aljizaiyyat , altaen rqm: 16 lisanat 2014 qadayiyat bajlsat: 17-1-2014 ,
- 23- Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 375 lisanat 2005 qadayiyat bijlst: 12 nufimbir 2005.
- 24- Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 109 lisanat 2000 qadayiyat bijlsat: 8 yuliu 2000.
- 25- Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 140 lisanat 2004 qadayiyatan bijalsat 25 sibtambar 2004.
- 26- Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 444 lisanat 2006 qadayiyat bijlst: 12-2-2007.
- 27- Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 194 lisanat 2010 qadayiyat bijlst: 10-5-2010.
- 28- Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 455 lisanat 2003 qadayiyat bijlst: 20-3-2004.
- 29- -Mahkamat tamyiz dubayin , al'ahkam aljizaiyyat , altaen raqm: 194 lisanat 2009 qadayiyat bijlst: 25-5-2009.

النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية المعالجة إلكترونياً
دراسة تحليلية مقارنة في ضوء اللائحة الأوروبية وبعض التشريعات ذات العلاقة

الدكتور محمد حسن عبد الله علي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون – جامعة العلوم والتقنية في الفجيرة

تاريخ القبول: 2021/5/5

تاريخ التسليم: 2021/4/13

**The legal system for protecting processing personal data
electronically
A comparative analytical study under the European regulations
and relevant legislation.**

**Dr. Mohammed Hasson Abdullah Ali
Assistant Professor of Civil Law
College of Law -University of Science and Technology of Fujairah.**

ملخص: تناول البحث اللائحة الأوربية رقم 2016/679 لحماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية، وحرية نقل هذه البيانات والتي دخلت حيز النفاذ في 14 مايو 2018 بوصفها تنظيمًا تشريعيًا شاملاً لحماية البيانات الشخصية في سياق المعالجة التقنية لها.

وبين البحث المفاهيم الأساسية، والحقوق المقررة لأصحاب البيانات والالتزامات المفروضة على القائمين بمعالجة البيانات، والسلطة المختصة بالإشراف والمراقبة على معالجة البيانات، والجزاء المترتبة على مخالفة أحكامها في دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي والمصري وقانون مركز دبي المالي العالمي.

Abstract: The research covered the European Regulation No. 679/2016 for protecting Natural Persons concerning the processing of personal data, and the freedom to transfer this data, which entered into force on May 14, 2018, as a comprehensive legislative tool for protecting personal data in the context of its technical processing. It highlighted the basic concepts and rights of data holders, the obligations imposed on data processors, the authority competent to supervise and control data processing, and the penalties for violating its provisions in a comparative study with the French and Egyptian laws and the DIFC law.

وتبنى الاتحاد إصدار لائحة (Regulation) خلافا لنظام التوجيه (Directive) نظراً لأن معاهدة تأسيس الاتحاد الأوروبي تمنح اللائحة قوة التنفيذ المباشر بمجرد صدورها في نطاق الدول الأعضاء (الأثر الملزم والفوري immediate binding effect). بخلاف التوجيه الذي يتمتع بحسب المعاهدة بتأثير إرشادي؛ حيث يتطلب الأمر أن تصدر الدول الأعضاء تشريعات منفذة للقواعد الإرشادية التي يتضمنها التوجيه¹.

وجاءت اللائحة بتنظيم تشريعي مفصل ابتداءً بتعريف المصطلحات والمفاهيم، وتحديد نطاق تطبيق اللائحة المكاني والموضوعي والشخصي، والمبادئ الواجب مراعاتها عند إجراء المعالجة للبيانات الشخصية، والحقوق التي يتمتع بها أصحاب البيانات الشخصية، والسلطات التي تراقب مدى توافق معالجة البيانات في نطاق كل دولة مع ما تقرره اللائحة من ضوابط والتزامات، وبيان المخالفات وتحديد الجزاءات المترتبة عليها.

وتأثراً باللائحة الأوروبية واستجابة للتحديات المفروضة على حماية البيانات الشخصية عربياً أصدر المشرع المصري القانون رقم (151) لسنة 2020 بإصدار قانون حماية البيانات الشخصية. وأصدر مركز دبي المالي العالمي القانون رقم (5) لعام 2020 لحماية البيانات DATA PROTECTION LA. وتم تعديل القانون الفرنسي الخاص بالمعلوماتية والحريات لعام 1978 ليصبح: القانون رقم 17-78 المؤرخ في 6 يناير 1978 المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات والمعدل بموجب الأمر رقم 1125-2018 المؤرخ 12 كانون الأول 2018.

6 المادة 288 من معاهدة إنشاء الاتحاد الأوروبي. انظر تفصيلاً الموقع الرسمي للاتحاد الأوروبي: https://europa.eu/european-union/law/legal-acts_en. وقد سبق أن أصدر الاتحاد توجيهها لنفس الغرض في عام 1995. بيد أن التوجيه السابق لم يكن بالشمول والإلزام الذي تميزت به اللائحة. ولذلك تضمنت اللائحة إلغاء التوجيه السابق رقم 46/95 الصادر في 24 أكتوبر 1994 (Directive 95/46/EC) والذي كان معنياً بحماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية. انظر حول التفاوت في تنفيذ أحكام التوجيه الأوروبي بين الدول الأعضاء: فريد ه. كيت. الخصوصية في عصر المعلومات، ترجمة محمد محمود شهاب، مركز الأهرام للترجمة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999، ص 64-65.

أهمية البحث:

جاءت اللائحة بتنظيم شامل ومفصل غير مسبوق لمختلف الجوانب التنظيمية والإجرائية والأحكام الموضوعية للحماية القانونية للبيانات الشخصية؛ في سياق معالجتها، والمخالفات والجزاءات المترتبة عليها. وتضمنت اللائحة 170 حيثية و99 مادة، مما يتطلب الإحاطة بمختلف جوانب هذا النظام القانوني المركب، وبيان تفاصيل أهم جوانبه الموضوعية والإجرائية، لا سيما أن التشريع الوحيد في المجال الصادر في دولة الإمارات هو قانون رقم (26) لسنة 2015 بشأن تنظيم نشر وتبادل البيانات بشكل عام في إمارة دبي وليس البيانات الشخصية تحديداً. ويقصر التشريع الخاص بمركز دبي المالي العالمي على التطبيق في نطاق اختصاصه.

ولذلك فإن بحث النظام القانوني لحماية البيانات الشخصية في اللائحة وفي التشريع الفرنسي والمصري سوف يساعد على بلورة مشروع قانون اتحادي لحماية البيانات الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

مشكلة البحث:

يحاول الباحث الإجابة على سؤال أساسي مفاده: ما هو التنظيم القانوني الجديد الذي جاءت به اللائحة والتشريعات المتأثرة بها، والذي استدعى إلغاء التوجيه السابق وكل التشريعات الوطنية التي كانت نافذة قبله؟ وماهي أوجه الشمول والإحاطة بكل الجوانب القانونية لمعالجة البيانات الشخصية؟ مما يجعله نموذجاً إرشادياً تحذري به الدول الواقعة خارج الاتحاد الأوروبي -ومنها الدول العربية- في تشريعها لحماية البيانات الشخصية في سياق معالجتها.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحديد وتوضيح المفاهيم والمبادئ التي تحكم معالجة البيانات الشخصية طبقاً للائحة الأوربية والتشريعات محل الدراسة، ومعرفة الحقوق التي يتمتع بها صاحب البيانات، والضمانات التي تضمن تحقق وحماية هذه الحقوق، للخروج بالنتائج والتوصيات الملائمة للمشروع الإماراتي، لتبني أهم الأحكام الواردة في هذه اللائحة والتشريعات ذات العلاقة، وإمكانية الاستفادة منها لتجاوز أوجه النقص أو الغموض الذي قد يكون شاب بعض أحكامها.

منهج الدراسة:

استخدم الباحث المنهج الوصفي والتحليلي للوقوف على أهم نصوص اللائحة، والتشريعات محل الدراسة، وإبراز الأحكام التي تتضمنها، ومقارنتها بأحكام التشريعات السابقة والأحكام القضائية التي صدرت بناء عليها أو بناء على التوجيه السابق في بعض الدول الأوربية، للتوصل إلى تفسير النصوص واستنباط دلالاتها.

نطاق الدراسة: تتناول الدراسة اللائحة الأوربية رقم 2016/679 لحماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحرية نقل هذه البيانات والقانون الفرنسي رقم 78-17 المؤرخ في 6 يناير 1978 المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات والمعدل بموجب الأمر رقم 2018-1125 المؤرخ 12 كانون الأول 2018، والقانون المصري رقم (151) لسنة 2020 بإصدار قانون

حماية البيانات الشخصية، وقانون مركز دبي المالي العالمي رقم (5) لعام 2020 لحماية البيانات والذي يقتصر تطبيقه في نطاق المركز.

وعليه نقسم البحث إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: الأحكام العامة لمعالجة البيانات الشخصية

المبحث الثاني: ضوابط معالجة البيانات الشخصية

المبحث الثالث: حقوق صاحب البيانات الشخصية

المبحث الرابع: الجوانب التنظيمية والجزائية

المبحث الأول

الأحكام العامة لمعالجة البيانات الشخصية

نتناول بداية نطاق تطبيق تشريعات حماية البيانات الشخصية (مطلب أول) ثم المفاهيم الأساسية التي تضمنتها، حيث تعتبر معرفتها ومعرفة معانيها ودلالاتها ضرورية لضمان التطبيق الصحيح والفعال لأحكامها (مطلب ثان).

المطلب الأول

نطاق تطبيق تشريعات حماية البيانات الشخصية

نتناول نطاق التطبيق الوارد في اللائحة الأوروبية ومقارنته بالتشريع الفرنسي والمصري ونخصص للنطاق الشخصي (فرعاً أول) وللنطاق الموضوعي (فرعاً ثانياً) وللنطاق الإقليمي (فرعاً ثالثاً).

الفرع الأول النطاق الشخصي:

تقتصر البيانات محل الحماية على بيانات الأشخاص الطبيعيين وحدهم دون الاعتباريين². ولم تميز اللائحة والتشريعات الأخرى محل الدراسة بين المواطن والأجنبي من أصحاب البيانات، فكل عملية معالجة تتم لبيانات شخص يقيم في دولة من دول الاتحاد الأوروبي تكون محلاً لتطبيق اللائحة؛ حيث نصت اللائحة على وجوب احترام مبادئ وقواعد حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة بياناتهم الشخصية، بغض النظر عن جنسيتهم أو مكان إقامتهم³.

ومن جانب القائمين بالمعالجة من متحكمين ومعالجين وحائزين فإن اللائحة يتم تطبيقها على كل قائم بالمعالجة تأسس في دولة من دول الاتحاد أو له نشاط فيها، كما تطبق على كل قائم بالمعالجة ولو كان موجوداً خارج دول الاتحاد الأوروبي- طالما أن البيانات محل المعالجة تخص مواطناً أو مقيماً في دولة من دول الاتحاد الأوروبي⁴. وكذلك فعل المشرع الفرنسي⁵.

ونصت المادة الثانية من مواد إصدار القانون المصري على أن يعمل بأحكامه في شأن حماية البيانات الشخصية المعالجة إلكترونياً جزئياً أو كلياً لدى أي حائز أو متحكم أو معالج لها بدون أن يشير النص إلى جنسية المتحكم أو المعالج، ولكن يفهم من نص المادة (5) الخاصة بالتزامات المعالج (البند 12) بالتزام المعالج خارج جمهورية مصر العربية بتعيين ممثل له في الدولة - انحصار تطبيق القانون على القائمين بالمعالجة المسجلين في الدولة.

الفرع الثاني: النطاق الموضوعي:

7 الحيثية رقم (1) من اللائحة. والمادة (1) من القانون المصري، المادة (19) من القانون الفرنسي، المادة (6) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

8 الحيثية رقم (2) من اللائحة. المادة (2) من القانون المصري، البند (1) من المادة (3) من القانون الفرنسي.

9 الحيثية رقم (24) من اللائحة.

10 البند (2) من المادة (3) من القانون الفرنسي.

نصت اللائحة على نطاق تطبيقها الموضوعي والذي حددته بالقول: "تسري هذه اللائحة على معالجة البيانات الشخصية كلياً أو جزئياً بالوسائل الآلية وبغير الوسائل الآلية للبيانات الشخصية التي تشكل جزءاً من نظام حفظ الملفات أو يقصد منها أن تشكل جزءاً من نظام حفظ الملفات"⁶.

من الملاحظ أن اللائحة لم تقتصر على المعالجة بالوسائل الآلية فقط، وإنما يمكن أن تكون معالجة البيانات بوسائل يدوية، حيث نصت اللائحة في التمهيد على ضرورة أن تكون حماية الأشخاص الطبيعيين محايدة من الناحية التكنولوجية، ولا ينبغي أن تعتمد على التقنيات المستخدمة، إذ يجب أن تطبق على حماية الأشخاص الطبيعيين عند معالجة بياناتهم الشخصية من خلال وسائل آلية بالإضافة إلى المعالجة اليدوية، إذا كانت البيانات الشخصية جزءاً من نظام حفظ الملفات أو من المفترض أن تكون جزءاً منه⁷.

ولا تطبق اللائحة على الملفات أو طريقة إعدادها. بيد أنه من الملاحظ -وإن نصت اللائحة على المعالجة اليدوية- إلا أنها اشترطت أن يكون مآلها الحفظ في نظام تقني. وعليه فإذا كانت المعالجة للبيانات يدوية وحفظها في أرشيف ورقي تقليدي، فإنه لا محل لتطبيق أحكام اللائحة بحسب النص المشار إليه.

وكذلك حرص المشرع الفرنسي على تحديد نطاق تطبيق أحكام التشريع على المعالجة الآلية لجميع البيانات الشخصية أو جزء منها، وكذلك على المعالجة غير الآلية للبيانات الشخصية الواردة أو المطلوب ظهورها في الملفات⁸.

وعرف المشرع الفرنسي ملف البيانات الشخصية بأنه: أي مجموعة منظمة من البيانات الشخصية التي يمكن الوصول إليها وفقاً لمعايير محددة، سواء كانت هذه المجموعة مركزية أو لامركزية أو موزعة وظيفياً أو جغرافياً⁹. وحدد المشرع المصري في المادة الأولى من قانون الإصدار نطاق تطبيق القانون على المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية كلياً أو جزئياً لدى أي حائز أو متحكم أو معالج لها. واستغنى المشرع المصري عن الخوض في تحديد المقصود بالملفات في نظام تكنولوجيا المعلومات أو النص على المعالجة اليدوية التي تؤول لاحقاً إلى نظام ملفات إلكتروني، وذلك بقوله (المعالجة الإلكترونية الكلية أو الجزئية).

واستنتجت اللائحة والتشريعات محل الدراسة من نطاق تطبيقها قضايا حماية الحقوق والحريات الأساسية، واستعمال البيانات الشخصية في الأنشطة الواقعة خارج نطاق السلطة التشريعية، مثل الأنشطة المتعلقة بالأمن القومي والأنشطة المتعلقة بالسياسة الخارجية والأمنية¹⁰. كذلك لا تطبق التشريعات محل الدراسة على معالجة البيانات الشخصية من قبل شخص طبيعي في سياق نشاط شخصي أو منزلي بحث غير مرتبط بنشاط تجاري أو مهني، ولكن تنطبق اللائحة

11 المادة (2) من اللائحة. وتقابلها المادة (2) من القانون الفرنسي رقم 78-17 لعام 1978 بكافة تعديلاته حتى 12 أكتوبر 2020. والمادة 1 من مواد الإصدار للقانون المصري والمادة 6 من قانون مركز دبي العالمي.

12 الحثية 15 من اللائحة. وأنظر تفصيلاً موسوعة ويكيبيديا. https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85_%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%81%D8%A7%D8%AA

13 المادة 2 من القانون الفرنسي.

14 المادة 2 من القانون الفرنسي.

15 الحثية 18 من اللائحة. وتقابلها المادة 42 من القانون الفرنسي والمادة الثالثة من مواد الإصدار في القانون المصري.

على المتحكم في البيانات أو المعالج لها اللذين يوفران وسائل معالجة البيانات الشخصية لمثل هذه الأنشطة الشخصية أو المنزلية¹¹.

وفي حكم لمحكمة العدل الأوروبية قررت أنه: "عندما يتم تصوير محيط المنزل بواسطة كاميرا فيديو متصلة بالمنزل، بغرض اكتشاف اللصوص، لن يتم اعتبار ذلك على أنه "نشاط شخصي أو عائلي محض"¹². ولا تطبق اللائحة على معالجة البيانات الشخصية من قبل السلطات المختصة بمكافحة الجريمة متى كانت هذه المعالجة لغرض منع وقوع جريمة أو التحقيق فيها أو محاولة اكتشافها أو محاكمة مرتكبها أو تنفيذ عقوبات بما في ذلك الحماية ضد التهديدات التي يتعرض لها الأمن العام والوقاية منها¹³.

الفرع الثالث: النطاق الإقليمي:

نصت المادة (3) من اللائحة على النطاق الإقليمي بالقول:

1. تسري اللائحة على معالجة البيانات الشخصية في سياق أنشطة كل متحكم في البيانات أو معالج لها تم تأسيسهما في إحدى دول الاتحاد، بغض النظر عما إذا كانت المعالجة تتم في نطاق الاتحاد أم لا.

2. تنطبق هذه اللائحة على معالجة البيانات الشخصية للأشخاص الموجودين في الاتحاد من خلال متحكم في البيانات أو معالج لها غير منشأين في الاتحاد، متى تعلق أنشطة المعالجة بما يلي:

(أ) عرض السلع أو الخدمات لأصحاب البيانات، بغض النظر عما إذا كان مطلوباً منهم دفع المقابل في الاتحاد أو خارجه؛ أو

(ب) مراقبة سلوك أصحاب البيانات الواقع داخل الاتحاد.

3. تنطبق هذه اللائحة على معالجة البيانات الشخصية من قبل متحكم لم يتأسس في الاتحاد، ولكن في مكان ينطبق فيه قانون الدول الأعضاء بموجب القانون الدولي العام.

ويثير نطاق تطبيق اللائحة اعتراضات، لا سيما فيما يتعلق بتطبيقها على متحكم أو معالج لم ينشأ أي منهما في الاتحاد وليس له مقر في الاتحاد، ومع ذلك سوف تطبق عليه اللائحة طالما أن نشاطه له علاقة بتقديم منتجات أو خدمات لأشخاص موجودين في دول الاتحاد كما هو منصوص عليه أعلاه¹⁴.

ويهدف المشرع إلى توفير الحماية للبيانات الشخصية عند معالجتها من متحكم في البيانات أو معالج لها خارج نطاق دول الاتحاد الأوروبي، متى كانت هذه البيانات تخص مواطناً أو مقيماً في إحدى دول الاتحاد، وذلك حتى لا يكون مبرر عدم وجود المتحكم أو المعالج في إحدى دول الاتحاد سبباً للحيلولة دون تطبيق أحكام اللائحة، لاسيما وأن نطاق التطبيق للائحة هو العلاقات التي تحكمها تقنيات تكنولوجيا المعلومات التي تتم عن بعد.

¹⁶الحيثية 18 من اللائحة. البند (1) من المادة الثالثة من مواد إصدار القانون المصري. البند (4) من المادة 6 من قانون مركز دبي المالي العالمي.

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0212>.

¹⁸ Chris Jay Hoofnagle, Bart van der Sloot & Frederik Zuiderveen Borgesius, The European Information & Communications Union general data protection regulation: what it is and what it means, Technology Law. Volume 28, 2019 - Issue 1.p.75.

¹⁹ Paul Lanois, Time to forget: EU privacy rules and the right to request the deletion of data on the internet. Journal of Internet Law. October 2014 p. 20-24. Lindroos-Hovinheimo, S. Legal Subjectivity and the 'Right to be forgotten': A Rancièrian Analysis of Google. *Law Critique* 27, 289-301 (2016)

ولم ينص القانون المصري على مثل هذا الحكم الذي كان جديراً بالأخذ به. وهو الحكم الذي استفاد منه قانون مركز دبي المالي العالمي، عندما حدد نطاق تطبيق القانون على كل متحكم أو معالج يوجد في المركز وإن كانت معالجة البيانات تتم خارج المركز، وعلى كل معالجة تتم في المركز، ولو كان من يقوم بها متحكم أو معالج من خارج المركز¹⁵.

وعلى الرغم من أن اللائحة لم تعرف المقصود بـ "مراقبة السلوك monitoring the behavior" ولكن يمكن الاستدلال على المقصود بمراقبة سلوك الأفراد من خلال الرجوع إلى الحثية رقم 24 من اللائحة التي تنص على: "أن تخضع لهذه اللائحة معالجة البيانات الشخصية لأصحابها الموجودين في الاتحاد بواسطة متحكم لم ينشأ في الاتحاد عندما يتعلق الأمر بمراقبة سلوك أصحاب البيانات عند اتصالهم بشبكة الانترنت ومحاولة المتحكمين أو معالجي البيانات إعداد ملف (بروفایل) خاص بالشخص لاستخدامه في تحليل رغباته وأفضلياته عند التسوق والقرارات التي يمكن أن يتخذها بهذا الشأن"¹⁶.

وسيتناول ضوابط إعداد ملفات شخصية (البروفایل أو الترميط) لأصحاب البيانات عند بحث ضوابط المعالجة وحق أصحاب البيانات في الاعتراض عليها.

المطلب الثاني

المفاهيم الأساسية المرتبطة بمعالجة البيانات الشخصية

نتناول أهم المفاهيم الأساسية في اللائحة والتشريعات الأخرى التي توضح الكثير من الأحكام الواردة في اللائحة وكيفية تطبيقها. ومن هذه المفاهيم: البيانات الشخصية (فرع أول)، معالجة البيانات الشخصية (فرع ثانٍ)، البيانات الحساسة (فرع ثالث)، المتحكم، المعالج، متلقي البيانات (حائز البيانات في القانون المصري) (فرع رابع).

الفرع الأول: مفهوم البيانات الشخصية:

عرفت المادة (4) من اللائحة البيانات الشخصية بأنها: "أي معلومات تتعلق بشخص طبيعي معين أو قابل للتعين "صاحب البيانات"؛ والشخص الطبيعي الذي يمكن تعيينه هو الشخص الذي يمكن تحديده، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وبشكل خاص بالرجوع إلى معرف مثل: الاسم أو رقم التعريف الشخصي أو بيانات الموقع أو معرف عبر الإنترنت أو إلى واحد أو أكثر من العوامل المحددة للهوية الجسدية، الفيزيولوجية، الجينية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية لهذا الشخص الطبيعي".

وعرفها المشرع المصري بأنها: "أي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد، أو يمكن تحديده بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بين هذه البيانات وأي بيانات أخرى كالاسم، أو الصوت، أو الصورة، أو رقم تعريف، أو محدد للهوية عبر الإنترنت، أو أي بيانات تحدد الهوية النفسية، أو الصحية، أو الاقتصادية، أو الثقافية، أو الاجتماعية"¹⁷.

وأحال المشرع الفرنسي إلى التعريف الوارد في اللائحة.

20 المادة (3) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

21 انظر ص 33 من البحث حول حق صاحب البيانات في الاعتراض على معالجة البيانات الهادفة لأغراض التسويق المباشر.

22 المادة (1) من القانون المصري.

وجاء التعريف في متن قانون مركز دبي العالمي موجزاً كالاتي: "أي معلومات تشير إلى شخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده"¹⁸.

ونعتقد أنه تأثر بالمشروع الأوروبي إذ استخدم تعبير معلومات عوضاً عن بيانات، وهو ذات التعريف الذي تتبناه منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية للبيانات الشخصية: "أي معلومات تتعلق بشخص محدد أو قابل للتحديد (صاحب البيانات)".

وهذا التعريف لم يطرأ عليه تعديل منذ إصدار الإرشادات الخاصة بحماية الخصوصية في عام 1980 من القرن الفائت بالرغم من إجراء تعديلات عليها تم آخرها في عام 2013¹⁹.

ونلاحظ أن المشروع الأوروبي وقانون مركز دبي المالي العالمي، وكذلك منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية – بخلاف المشروع المصري- لم يميزوا بين البيانات Data والمعلومات Information حيث عرفوا البيانات بأنها: معلومات.

ومن المتعارف عليه في علوم المعلومات وتقنياتها أن البيان هو حقيقة أو معطى مجرد لم تتم معالجته، كاسم الشخص أو عنوانه أو رقم هاتفه. وتعرف المعلومات بوصفها بيانات تمت معالجتها؛ فالمعلومات هي بيانات تم إعدادها وتنظيمها في سياق معين مفيد لاستخدامها لغاية معينة²⁰.

وإن كان هذا التمييز لا يحفل به اللغويون فإنه مفهوم ومبدأ أساسي في تكنولوجيا المعلومات، واللائحة والتشريعات ذات العلاقة معنية به، حيث إنها تستهدف حماية البيانات الشخصية في سياق معالجتها بتكنولوجيا المعلومات²¹. وهو الأمر الذي حرص عليه المشروع المصري بالنص على (بيانات) وليس معلومات.

ويرغم إحالة المشروع الفرنسي تعريف البيانات الشخصية إلى المادة (4) في اللائحة الأوربية، إلا أنه يستخدم تعبير (البيانات ذات الطابع الشخصي de données à caractère personnel) فهل يختلف عن تعبير: البيانات الشخصية de données personnel ، personal data الوارد في اللائحة وبقية التشريعات؟

ربما يكون المشروع الفرنسي حريصاً على التمييز بين البيانات الاسمية وهي البيانات الثابتة عن الشخص الطبيعي: الاسم، الخصائص الحيوية، وتلك التي ترتبط به من خلال وسائل يستخدمها، كرقم الهاتف والسيارة وجهاز الحاسوب. ولذلك يستنتج البعض أن التعريف الوارد في اللائحة يستخدم الإحالة إلى بيانات يمكن ربطها بشخص معين لتحديد هويته، وأنه استثنى بيانات ليست مرتبطة بهويته الشخصية ولكنها تساعد على تحديد هوية الشخص بشكل غير مباشر، كرقم تسجيل السيارة وأرقام الهواتف الثابتة والمحمولة ورقم الحساب المصرفي²².

23 وفي الجدول الملحق بالتشريع والخاص بتعريف المصطلحات يعرف قانون مركز دبي المالي العالمي الشخص الطبيعي الذي يمكن تحديده Identifiable Natural Person بأنه: الشخص الطبيعي الذي يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر، على وجه الخصوص بالرجوع إلى معرف مثل الاسم أو رقم التعريف أو بيانات الموقع أو معرف عبر الإنترنت أو إلى واحد أو أكثر من العوامل المحددة لبيولوجيته، الهوية الجسدية أو الحيوية أو الفسيولوجية أو العقلية أو الجينية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية.

https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf.

25 أنظر تفصيلاً في التمييز بين البيانات والمعلومات المصادر التالية:

https://www.diffen.com/difference/Data_vs_Information, <https://www.computerhope.com/issues/ch001629.htm>
<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/data?q=data>

26 على الرغم أن المدلول اللغوي المجرد يشير إليهما بشكل مترادف انظر قاموساً هاماً هو قاموس أكسفورد الذي يعرف البيانات Data: Facts or information, especially when examined and used to find out things or to make decisions.

27 منى الأشقر، محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2018، ص 76.

والراجع في تقديري أن كل بيان مباشر أو غير مباشر متعلق بالشخص يعد بياناً من بياناته الشخصية نظراً لأن التعريف -سواء الوارد في اللائحة أو في القانون المصري أو في قانون مركز دبي المالي العالمي- نص على أن هذه البيانات متعلقة بشخص معين أو قابل للتعين، وبالتالي فإن قابلية الشخص للتعين تضم بيانات الهوية الشخصية المباشرة والبيانات المرتبطة بالشخص كرقم هاتفه أو رقم سيارته أو رقم حسابه المصرفي أو رقم حسابه.

من الملاحظ أن التعاريف في اللائحة وفي القانون المصري تقدم لنا البيانات التي يمكن استخدامها للتعرف على صاحب البيانات على سبيل المثال وليس الحصر. ومن هذه البيانات:

- اسم الشخص.
- رقم التعريف الشخصي (Identification Number) سواء كان رقم بطاقة الهوية الشخصية أو رقم بطاقة التأمين أو رقم الملف الصحي وغيرها من المعرفات الشخصية.
- بيانات الموقع (Location Data) كالبيانات المحددة بنظام التعرف عبر الأقمار الصناعية (GPS) ²³.

- معرف عبر الانترنت (Online Identifier) كالهوية الشخصية المستخدمة في وسائل التواصل الاجتماعي كالفيس بوك و تويتر وغيرها وكذلك عنوان البريد الإلكتروني.

ومن البيانات أو المعرفات الجديدة التي لم يتضمنها التوجيه السابق: الهوية الجينية حيث كان يتضمن التعريف الوارد في التوجيه السابق الهوية الفسيولوجية ²⁴. وغفل المشرع المصري كذلك عن الإشارة إلى بيانات الهوية الجينية في تعريف البيانات الشخصية ونص عليها في تعريفه للبيانات الحساسة ²⁵.

الفرع الثاني: معالجة البيانات الشخصية:

تم تعريف المعالجة لدى المشرع الأوروبي بأنها:

"أي عملية أو مجموعة عمليات يتم إجراؤها على البيانات الشخصية أو على مجموعات من البيانات الشخصية، سواء كانت بواسطة وسائل آلية أو غيرها مثل: جمعها أو تسجيلها أو تنظيمها أو هيكلتها أو تخزينها أو تعديلها أو تحويلها أو استرجاعها أو مراجعتها أو استخدامها أو الكشف عنها عن طريق إرسالها أو نشرها أو إتاحتها بأي طريقة أخرى أو فرزها أو تجميعها أو تقييدها أو حذفها أو إنهاؤها ²⁶."

وتبنى المشرع الفرنسي هذا التعريف، بينما عرف المشرع المصري المعالجة بالقول:

"أي عملية إلكترونية أو تقنية لكتابة البيانات الشخصية، أو تجميعها، أو تسجيلها، أو حفظها، أو تخزينها، أو دمجها، أو عرضها، أو إرسالها، أو استقبالها، أو تداولها، أو نشرها، أو محوها، أو

28 اختصار لـ Global Positioning System نظام التموضع العالمي.

Kart Pormeister, Genetic Data and The research exemption: Is the GDPR going too far?

P.138-139. International Data Privacy Law, 2017, Vol.7, NO. 29

30 انظر ص 16-17 من البحث.

31 المادة 4 الفقرة (2) وهو ذات التعريف الوارد في قانون مركز دبي المالي العالمي.

تغييرها، أو تعديلها، أو استرجاعها، أو تحليلها، وذلك باستخدام أي وسيط من الوسائط أو الأجهزة الإلكترونية أو التقنية سواء تم ذلك كلياً أو جزئياً²⁷.

فالتجميع للبيانات يعد بذاته معالجة لها، وهو ما يؤدي ضرورة التمييز بين البيانات بوصفها حقائق أو معطيات مجردة لم تتم معالجتها والبيانات التي تتحول بعد معالجتها إلى معلومات مفيدة.

وتشمل هذه المعالجة "التنميط profiling" الذي يتكون من أي شكل من أشكال المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي تقمّ الجوانب الشخصية المتعلقة بالشخص الطبيعي، ولا سيما التحليل الذي يؤدي للتنبؤ بالجوانب المتعلقة بأداء صاحب البيانات في العمل أو بالوضع الاقتصادي أو الصحي أو التفضيلات الشخصية أو الاهتمامات أو السلوك أو الموقع أو التحركات، حيث تنتج عن هذه المعالجة آثار قانونية تتعلق به أو تؤثر عليه²⁸.

وتتضمن المعالجة طيفاً واسعاً من الأفعال والإجراءات مثل: التجميع المبدئي للبيانات وحتى التدمير النهائي لها، وتخزينها وأي استخدام لها مثل: مطابقة البيانات، Data matching وتبادل البيانات Data Sharing واستخراج البيانات Data mining وتخزين البيانات المجمعة من مصادر متنوعة Data Warehousing حتى تسجيل صور الأشخاص من خلال الدوائر التلفزيونية المغلقة CCTV يعد معالجة للبيانات. وهذا التعريف مماثل للتعريف الوارد في التوجيه الملغي والذي على أساسه قرر القضاء البريطاني: "أن المعالجة تتضمن كل شيء تم فعله بمعلومات المدعي بواسطة المدعي عليه مثل نشر هذه المعلومات في قالب مطبوع"²⁹.

وفي ذات الاتجاه قررت محكمة العدل الأوروبية: "أن إدراج أسماء أشخاص في صفحة انترنت يعد معالجة لبياناتهم الشخصية، وإن كانت العملية قد تمت، جزئياً على الأقل، بشكل آلي بسبب تحميل الصفحة إلى الخادم (سيرفر)"³⁰.

ويمتد مفهوم معالجة البيانات الشخصية إلى كل صور التعامل مع كل ما يصدر من الأشخاص من آراء أو أفكار أو معلومات. ففي حكم صادر عن محكمة العدل الأوروبية قررت: "أن الإجابات المكتوبة في ورقة الاختبار وتعليقات الشخص الذي قام بفحص الإجابات وتقييمها تعد معالجة للبيانات الشخصية لمن أدى الاختبار"³¹.

وعرف المشرع الأوروبي (تقييد المعالجة processing restriction) بأنها: "التأشير على البيانات الشخصية المخزنة بهدف الحد من معالجتها في المستقبل"³². حيث يعد تقييد المعالجة حقاً من حقوق صاحب البيانات له أن يمارسه في حالات معينة³³. ولم يتضمن القانون المصري ولا قانون مركز دبي العالمي تعريفاً لتقييد المعالجة.

الفرع الثالث: البيانات الحساسة:

32 المادة (1) من القانون.

33 المادة 4 الفقرة (4)

9. [2002] EWHC 34 Campbell v Mirror Group Newspapers في هذه القضية رفعت السيدة كامبل

دعوى على صحيفة (ميرور) البريطانية والتي نشرت بيانات متعلقة بجلسات علاج كامبل من الإدمان.

35 [2004] Lindqvist (case C-101/01) في هذه القضية كانت السيدة ليند كفيست قد أنشأت صفحة ويب تتضمن معلومات شخصية حول

أشخاص تابعين للكنيسة التي تشرف عليها وكانت المحكمة الوطنية السويدية قد أحالت القضية إلى محكمة العدل الأوروبية للإجابة على سؤال:

هل يعد إدراج أسماء الأشخاص وبيانات متعلقة بهم على صفحة انترنت خاصة بمعالجة لبيانات شخصية بوسائل آلية كلياً أو جزئياً؟

36 Judgment in Case C-434/16 Peter Nowak v Data Protection commissioner.

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170140en.pdf>

37 المادة 4 الفقرة (3). من اللائحة.

38 أنظر ص 33 من البحث.

نصت اللائحة الأوروبية على فئات خاصة من البيانات الشخصية (البيانات الحساسة) وهي التي لا تجوز معالجتها إلا في حالات خاصة وهي: "البيانات الشخصية التي تفصح عن الأصل العرقي أو الاثني أو الآراء السياسية أو المعتقدات الدينية أو الفلسفية أو العضوية النقابية والبيانات الجينية والبيانات البيومترية التي تحدد هوية الشخص الطبيعي بشكل منفرد أو البيانات المتعلقة بالصحة أو البيانات المتعلقة بالطبيعة والحياة الجنسية للشخص أو الميول الجنسية له"³⁴.

وعرفها المشرع المصري بأنها: "البيانات التي تفصح عن الصحة النفسية أو العقلية أو البدنية أو الجينية أو بيانات القياسات الحيوية "البيومترية" أو البيانات المالية أو المعتقدات الدينية أو الآراء السياسية أو الحالة الأمنية، وفي جميع الأحوال تعد بيانات الأطفال بيانات حساسة".

ويبدو التفاوت في التعريفين واضحاً حيث تطابقاً في النص على بعض البيانات واختلفاً في البعض الآخر؛ فالمشرع الأوروبي يشير إلى البيانات التي تفصح عن الأصل العرقي أو الاثني أو العضوية النقابية والبيانات المتعلقة بالطبيعة أو الحياة الجنسية وهي بيانات لم يشر إليها المشرع المصري. ومن جانب آخر يشير المشرع المصري إلى بيانات الحالة الأمنية وهو ما لم تنشر إليه اللائحة الأوروبية والتشريع الفرنسي.

ولا شك أن هذا التفاوت يعكس فلسفة المشرع وأولوياته وقيم المجتمع. بيد أنه من الواجب في تقدير الباحث النص عليها لأنها تمس جوانب شديدة التعلق بخصوصية الإنسان.

39 المادة 9 الفقرة (1) من اللائحة.

الفرع الرابع: تعريف المتحكم والمعالج للبيانات الشخصية:

تم تعريف المتحكم (controller) بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري أو السلطة العامة أو الوكالة أو أي هيئة أخرى تحدد لوحدها أو بالاشتراك مع غيرها أغراض ووسائل معالجة البيانات الشخصية"³⁵. وهو ذات التعريف الذي نص عليه قانون مركز دبي المالي العالمي³⁶.

وعرفه المشرع المصري بأنه: "أي شخص طبيعي أو اعتباري يكون له -بحكم أو طبيعة عمله- الحق في الحصول على البيانات الشخصية، وتحديد طريقة وأسلوب ومعايير الاحتفاظ بها أو معالجتها والتحكم فيها طبقاً للغرض المحدد أو نشاطه"³⁷.

ويلاحظ أن تعريف المشرع المصري قصر حق المتحكم في معالجة البيانات باعتباره ناجماً عما تمليه واجبات عمله أو ما تقتضيه طبيعة وظيفته، وبالتالي سوف يخرج عن نطاق مفهوم المتحكم في البيانات على سبيل المثال: الشخص الطبيعي الذي يدير صفحة أو مجموعة من الأعضاء على إحدى وسائل التواصل الاجتماعي كالفيس بوك. ولذلك نرى المشرع المصري يضيف طرفاً جديداً هو "حائز البيانات" الذي يعرفه بأنه: "أي شخص طبيعي أو اعتباري يحوز ويحتفظ قانونياً أو فعلياً ببيانات شخصية في أي صورة من الصور، أو على أي وسيلة تخزين؛ سواءً أكان هو المنشئ للبيانات، أم انتقلت إليه حيازتها بأي صورة".

بينما نصت اللائحة على تعريف متلقي البيانات "Recipient" بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري أو السلطة العامة أو الوكالة أو أي هيئة أخرى يتم الإفصاح عن البيانات الشخصية لها، سواء كانت طرفاً ثالثاً أم لا³⁸. والفرق واضح بين الحائز في القانون المصري والمتلقي في اللائحة الأوروبية؛ حيث أكد المشرع المصري على أن الحائز قد يحوز البيانات بصورة قانونية أو فعلية، بينما يشير المشرع الأوروبي إلى أن المتلقي طرف تم الإفصاح له بالبيانات مما يشير إلى حصوله على البيانات بصورة قانونية.

واكتفى المشرع الأوروبي بالنص على معالجة البيانات باعتبار أن المعالجة تشمل كل صور التعامل مع البيانات كما أسلفنا. بيد أن المشرع المصري أضاف صوراً لنشاط المتحكم في البيانات توحى بأنها مختلفة عن مفهوم معالجة البيانات عندما نص على: الحصول على البيانات، وتحديد طريقة وأسلوب ومعايير الاحتفاظ بها، أو معالجتها والتحكم فيها طبقاً للغرض المحدد أو نشاطه ونعتقد أنه كان يكفي النص على معالجة البيانات التي تشمل الحق في الحصول عليها وطريقة وأسلوب ومعايير الاحتفاظ بها والتحكم فيها. وهي أعمال قد نص عليها عند تعريفه لمفهوم المعالجة. ووفقاً لهذه التعاريف فكل تاجر فرد أو مهني أو شركة أو مؤسسة عامة كانت أو خاصة تتعامل مع بيانات الأفراد تعد متحكماً في البيانات.

وعرف المشرع الأوروبي المعالج (processor) بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري أو السلطة العامة أو الوكالة أو أي هيئة أخرى تعالج البيانات الشخصية نيابة عن المتحكم³⁹.

40 المادة (4) الفقرة (7). من اللائحة.

Any person who alone or jointly with others determines the purposes and means of the Processing of Personal data.14

42 المادة (1) من القانون.

43 المادة 4 الفقرة (9).

44 المادة (4) الفقرة (8).

وجاء تعريف المشرع المصري غير بعيد منه حيث عرف المعالج بأنه: "أي شخص طبيعي أو اعتباري مختص بطبيعة عمله بمعالجة البيانات الشخصية لصالحه أو لصالح المتحكم بالاتفاق معه ووفقاً لتعليماته".

ويحسب للمشرع المصري أنه أضاف أن معالجة المعالج للبيانات قد تكون لمصلحته وليس لمصلحة المتحكم، بيد أنه ساير المشرع الأوروبي في وجوب أن تكون المعالجة بالاتفاق مع المتحكم ووفقاً لتعليماته. وعليه فإن كل طرف ثالث يقوم بمعالجة البيانات الشخصية بناء على تعليمات المتحكم الذي يحدد أغراض ووسائل المعالجة فإن هذا الطرف يعد معالماً للبيانات وليس متحكماً فيها.

المبحث الثاني

ضوابط الحصول على البيانات الشخصية

وصف المشرع الأوروبي هذه الضوابط بأنها مبادئ، نظراً لأنها وثيقة الصلة بمختلف جوانب معالجة البيانات الشخصية؛ حيث نصت عليها اللائحة في الفصل الثاني منها وحددت بشكل مجمل في المادة (5) والتي جاءت تحت عنوان: المبادئ المتعلقة بمعالجة البيانات الشخصية Principles relating to processing of personal data. وقد نصت على ضرورة أن تكون كل معالجة للبيانات الشخصية مشروعة وعادلة، وأن تنفذ بطريقة شفافة، وأن يتم ترشيد استخدام البيانات، وأن تتم معالجة البيانات في حدود الأغراض التي جمعت لأجلها مع مراعاة دقتها. وهذه هي المبادئ ذاتها المنصوص عليها في المادة (4) من القانون الفرنسي، والمادة (9) من قانون مركز دبي المالي العالمي. ونص عليها المشرع المصري بوصفها شروطاً لإجراء المعالجة في المادة (3) من القانون. وسنبدأ بدراسة هذه المبادئ تباعاً وهي مبدأ المشروعية والعدالة والشفافية في المعالجة (مطلب أول) ومعالجة البيانات في حدود الغرض (مطلب ثانٍ) وترشيد استخدام البيانات (مطلب ثالث) ودقة البيانات (مطلب رابع). **المطلب الأول**

مبدأ المشروعية والعدالة والشفافية في المعالجة

Lawfulness, fairness transparency, Principle

يجب أن تكون أي معالجة للبيانات الشخصية مشروعة وعادلة وشفافة⁴⁰، ويرتبط هذا المبدأ بكل جوانب المعالجة للبيانات الشخصية. وتتوفر المعالجة على أساسها القانوني -بحسب اللائحة- متى كانت متوافقة مع شرط من الشروط المنصوص عليها. هذا بينما نص المشرع المصري على أن الأساس القانوني للمعالجة هو موافقة صاحب البيانات الصريحة أو في الأحوال المنصوص عليها قانوناً⁴¹.

وتفرض التشريعات محل الدراسة على المتحكم في البيانات أن يكون قادراً على التحقق والتثبت من توافر هذه الشروط قبل البدء في أي إجراء من إجراءات المعالجة. وتكون المعالجة مشروعة إذا تمت بموافقة صاحب البيانات، أو كانت المعالجة ضرورية لإبرام أو تنفيذ عقد يكون

45 البند (أ) من الفقرة (1) من المادة (5) من اللائحة. المادة (6) من القانون المصري والمادة (5) من القانون الفرنسي والمادة (10) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

46 المادة 6 من اللائحة. المادة (2) من القانون المصري.

صاحب البيانات طرفاً فيه، أو إذا كانت المعالجة ضرورية لتنفيذ التزام قانوني ملقى على عاتق المتحكم، أو لحماية المصالح الحيوية لصاحب البيانات أو لشخص طبيعي آخر أو لتنفيذ مهمة تقتضيها مصلحة عامة. وكذلك إذا كانت المعالجة ضرورية لتحقيق المصالح المشروعة التي يسعى لتحقيقها المتحكم شريطة ألا تتعارض هذه المصالح مع المصالح أو الحقوق والحريات الأساسية لصاحب البيانات المطلوب حمايتها، ولا سيما في الأحوال التي يكون فيها صاحب البيانات طفلاً⁴².

وكما سبق القول تحظر التشريعات محل الدراسة معالجة البيانات الشخصية ذات الطبيعة الخاصة (البيانات الحساسة) وهي البيانات المرتبطة بالصحة والمعتقدات الدينية والأصل العرقي والآراء السياسية..... الخ إلا في الأحوال الآتية:

- إذا أعطى صاحب البيانات موافقة صريحة على معالجتها لغرض محدد أو أكثر⁴³.
- أو كانت المعالجة ضرورية لأغراض تنفيذ الالتزامات وممارسة الحقوق الخاصة للمتحكم أو صاحب البيانات في مجال علاقات العمل والضمان الاجتماعي⁴⁴.
- أو إذا كانت المعالجة ضرورية لحماية المصالح الحيوية لصاحب البيانات أو لشخص طبيعي آخر حيث يكون صاحب البيانات غير قادر جسدياً أو قانونياً على منح الموافقة⁴⁵.
- أو أن يتم تنفيذ المعالجة في سياق أنشطة المتحكم المشروعة، مع ضمانات مناسبة من قبل مؤسسة أو جمعية أو أي هيئة أخرى غير هادفة للربح تنشط بهدف سياسي أو فلسفي أو ديني أو نقابي، بشرط أن تكون المعالجة متعلقة فقط بالأعضاء أو لأعضاء سابقين في الجمعية أو للأشخاص الذين لديهم اتصال منتظم بها⁴⁶.
- أو أن تكون المعالجة تتعلق بالبيانات الشخصية التي يتم نشرها بشكل واضح من قبل صاحب البيانات⁴⁷.
- أو أن المعالجة ضرورية لاستعمال الحق في اللجوء للقضاء، أو عندما تعمل المحاكم بصفقتها القضائية⁴⁸.
- أو أن المعالجة ضرورية لأسباب تتعلق بمصلحة عامة هامة، على أساس قانون الاتحاد أو الدول الأعضاء الذي يتناسب مع الهدف المنشود، ومع احترام جوهر الحق في حماية البيانات، وتوفير تدابير مناسبة ومحددة لحماية الحقوق الأساسية ومصالح صاحب البيانات⁴⁹.
- أو أن المعالجة ضرورية لأغراض الطب الوقائي أو المهني، لتقييم قدرة الموظف على العمل، والتشخيص الطبي، وتوفير الرعاية الصحية أو الرعاية الاجتماعية أو العلاج أو إدارة نظم وخدمات الرعاية الصحية أو الاجتماعية على أساس قانون الاتحاد أو الدولة العضو، أو بموجب عقد مع اختصاصي صحي مع الخضوع للشروط والضمانات المشار إليها في الفقرة (3 من المادة 9).

47 البند (و) من الفقرة (1) من المادة (6) من اللائحة. المادة (12) من القانون المصري تلزم القائم على معالجة بيانات طفل بالحصول على موافقة ولي الأمر. البند (6) من المادة (5) من القانون الفرنسي.

48 البند (أ) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. المادة (12) من القانون المصري. البند (أ) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

49 البند (ب) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. يحيل المشرع الفرنسي إلى تطبيق جميع الاستثناءات على حظر معالجة البيانات الحساسة إلى اللائحة. المادة (12) من القانون المصري. البند (ب) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

50 البند (ج) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة والبند (2) من المادة (5) من القانون الفرنسي. البند (ج) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

51 البند (د) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. البند (4) من المادة (5) من القانون الفرنسي. البند (د) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

52 البند (هـ) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة وأحال المشرع الفرنسي في البند (2) من المادة (5) من القانون إلى بقية الاستثناءات الواردة في اللائحة. البند (هـ) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

53 البند (و) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. البند (و) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

54 البند (ز) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. البند (ز) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

- أو أن المعالجة ضرورية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في مجال الصحة العامة، مثل الحماية من التهديدات الخطيرة عبر الحدود للصحة أو ضمان مستويات عالية من جودة وسلامة الرعاية الصحية والمنتجات الطبية أو الأجهزة الطبية على أساس قانون الاتحاد أو قانون الدول الأعضاء الذي ينص على تدابير مناسبة ومحددة لحماية حقوق وحرية موضوع البيانات، ولا سيما السرية المهنية⁵⁰.
- أو أن المعالجة ضرورية لأغراض الأرشيف في المصلحة العامة، أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو الأغراض الإحصائية⁵¹.
- أن تكون المعالجة مطلوبة لحماية أفراد الجمهور من عدم الأمانة أو سوء التصرف أو عدم الكفاءة أو أي سلوك غير لائق من قبل الأشخاص الذين يقدمون الخدمات المصرفية أو خدمات التأمين أو الاستثمار أو الاستشارات الإدارية أو خدمات تكنولوجيا المعلومات أو المحاسبة أو غيرها من الخدمات الأنشطة التجارية (سواء بشكل شخصي أو غير مباشر عن طريق الاستعانة بوسائل من مصادر خارجية)، بما في ذلك أي خسارة مالية ناتجة عن ذلك⁵².
- أن تكون المعالجة متناسبة وضرورية لحماية صاحب البيانات من التحيز المحتمل أو اتخاذ القرارات غير الدقيقة، حيث ستزداد هذه المخاطر بغض النظر عما إذا كانت البيانات الشخصية الحساسة قد تمت معالجتها أم لا⁵³.

والاستثناءان الأخيران لم تنص عليهما اللائحة الأوربية وبالتالي القانون الفرنسي، ولا القانون المصري، وإنما نص عليهما قانون مركز دبي المالي العالمي نظراً لخصوصية المركز وطبيعة نشاطه بوصفه مركزاً للنشاط التجاري العالمي والذي يحرص على جذب استثمارات وتعاملات من مختلف أنحاء العالم.

ولن تكون المعالجة عادلة إذا تم الحصول على البيانات الشخصية من صاحبها عن طريق التضليل misleading أو كانت معالجة البيانات خارج نطاق التوقعات المعقولة لصاحبها Reasonable expectations أو مثلت المعالجة انتهاكاً لقوانين أو التزامات قانونية أخرى. وتتقضي عدالة المعالجة ألا يتم خداع أو تضليل صاحب البيانات بالغرض المقصود من المعالجة. وتتوفر حالة التضليل والخداع حتى لو تم الحصول على البيانات من غير صاحبها طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية. وطبقاً لتوجيه المجلس الأوروبي رقم 93/13 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فإن الموافقة على الشروط الموضوعية مسبقاً من قبل بائع أو مزود خدمة، يجب أن تصاغ بلغة واضحة وبسيطة وألا تحتوي شروطاً تعسفية، وأن يتمكن صاحب البيانات من إبداء الموافقة عليها بسهولة⁵⁴.

وللحصول على موافقة الشخص صاحب البيانات، يجب أن يكون عالماً بهوية المتحكم وأغراض المعالجة للبيانات الشخصية. ولضمان منح الموافقة عن إرادة حرة غير متأثرة بأي ضغط، يجب أن

55 البند (ح) من الفقرة (2) من المادة 9 من اللائحة. والبند (ج) من المادة (11) من قانون مركز دبي العالمي.
56.. انظر تفصيلاً لدى: سارة علي رمال، الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2018، ص 36 وما بعدها.
57 البند (ط) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. البند (ط) من المادة (11) من قانون مركز دبي المالي العالمي.
58 البند (ي) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة.

59 COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts المادة 5-من التوجيه تنص: في حالة العقود التي تكون فيها جميع أو بعض الشروط المقدمة للمستهلك مكتوبة، تجب صياغة=

هذه الشروط دائماً بلغة واضحة ومفهومة. عندما يكون هناك شك في معنى مصطلح ما، يسود التفسير الأكثر ملاءمة للمستهلك. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013>

يكون هناك توازن بين إرادة صاحب البيانات والمتحكم، لاسيما إذا كانت المتحكم يمثل سلطة عامة أو صاحب عمل. ولا تعد الموافقة قانونية وصحيحة إذا لم يكن متاحاً لصاحب البيانات أن يقدم موافقته لكل العمليات التفصيلية التي تتضمنها معالجة البيانات⁵⁵.

وفيما يتعلق بعرض خدمات مجتمع المعلومات مباشرة على طفل، حرص المشرع الأوروبي على تأكيد مشروعية معالجة البيانات الشخصية للطفل -دون تمييز بين بيانات عادية أو حساسة - عندما يبلغ الطفل 16 سنة على الأقل. وإذا كان عمر الطفل أقل من 16 سنة، فإن هذه المعالجة لا تكون مشروعة إلا إذا تم منح الموافقة أو التصريح بها ممن له الولاية أو الوصاية على الطفل⁵⁶.

بينما نص المشرع المصري على مشروعية معالجة بيانات الطفل الحساسة إذا تمت بموافقة ولي الأمر⁵⁷. وكان مستحسنًا لو قيد المشرع المصري معالجة البيانات الشخصية للطفل أيًا كانت طبيعتها بموافقة ولي الأمر مع مراعاة الفرق بين البيانات العادية التي تمكن معالجتها بموافقة الطفل وحده عند سن معينة والبيانات الحساسة التي تتطلب موافقة ولي الأمر دون استثناء.

وبالنسبة لشفافية المعالجة توجب اللائحة على المتحكم أن يتخذ التدابير المناسبة لتقديم أي معلومات تتعلق بالتعامل مع صاحب البيانات في صورة موجزة وشفافة وسهلة الفهم ويمكن الوصول إليها بسهولة، وذلك باستخدام لغة واضحة وبسيطة⁵⁸.

فلا بد أن تكون لغة التواصل والتعامل مع صاحب البيانات خالية من أي غموض أو مصطلحات أو عبارات تقنية، وأن تحتوي على معلومات كافية لتوضيح الغرض من المعالجة، وألا تؤدي إلى أي سوء فهم. ويرى البعض أنه ينبغي أن تكون بلغة ولهجة البلد الذي ينتمي إليه الشخص صاحب البيانات موضوع المعالجة⁵⁹.

وتزيد الحاجة للوضوح والدقة عندما يتعلق الأمر بالتعامل مع الأطفال فلا بد أن تكون لغة التعامل معهم بسيطة وواضحة يسهل للطفل إدراكها. وتسمح اللائحة باستخدام الرموز الشائعة الاستخدام لتقديم صورة أكثر وضوحاً وفهماً لجمهور المتعاملين⁶⁰.

ويلزم مبدأ الشفافية المتحكم أو معالج البيانات بإعلام صاحب البيانات محل المعالجة بحقوقه وهي: الحق في الوصول إلى البيانات، والحق في تصحيحها، والحق في حذفها، والحق في تقييد معالجتها أو الاعتراض على المعالجة، والحق في نقلها، والحق في ألا تخضع البيانات لنظام آلي للمعالجة.

60 الفقرات (1,2) من اللائحة. المادة (2) (د) والبند (19) من المادة (6) من القانون المصري. المادة (12) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

61 الفقرة (7) من المادة (12) من اللائحة.

62 المادة (12) من القانون المصري.

63 البند (1) من المادة (12) من اللائحة.

64 حول الموازنة بين المصالح المتعارضة لكل من صاحب البيانات الشخصية والمتحكم في البيانات وحق الجمهور في الحصول على المعلومات انظر تفصيلاً:

Daphne Keller, The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation, Berkeley Technology Law Journal. Vol.3:297. 2018. P, 300-378.

65 Petter Carey, Data Protection, fifth edition, Oxford, 2018.p.44-45

المطلب الثاني

مبدأ ترشيد معالجة البيانات

Data Minimization

تُلزم اللائحة والتشريعات محل المقارنة كل من يتصدى لمعالجة البيانات الشخصية أن يلتزم بجمع ذلك القدر من البيانات الملائم والمرتببط بغرض أو أغراض المعالجة⁶¹ وهذا ما أطلقت اللائحة عليه مبدأ (Data Minimization) والذي يمكن ترجمته بمبدأ الترشيح في معالجة البيانات.

وكان التوجيه السابق ينص على عدم الإفراط في جمع البيانات محل المعالجة Excessive Processing⁶² وهو قيد غير محدد، فالقيد في اللائحة يُلزم المتحكم بالبيانات والمعالج لها بعدم تجاوز المعالجة لأغراضها المحددة.

وهذا القيد أكثر تحديداً ودقة من النص على حظر الإفراط في المعالجة، حيث إن اللائحة حددت معيار ارتباط المعالجة بالحاجة إليها أو الغرض منها. أما النص على عدم الإفراط في المعالجة فيفتح باب التأويلات المتعددة لتحديد المقصود بالإفراط.

وعليه لتحديد مدى التزام المتحكم أو المعالج بمبدأ ترشيح المعالجة لا بد من التأكد من غرض/ أغراض المعالجة، وهل تتم المعالجة تنفيذاً له، على سبيل المثال: قد يكون جمع البيانات الشخصية عند كتابة نموذج التقدم لشغل وظيفة معينة الغرض منه أن يتخذ رب العمل قراراً بإدراج المتقدم في قائمة الخاضعين للمقابلات الشخصية أم لا. وقد يكون الغرض من جمع البيانات من زبون قام بشراء منتج بواسطة موقع على شبكة الإنترنت هو إتمام عملية الشراء ودفع الثمن وتوصيل المنتج له، وكذلك إمكانية إرسال عروض تسويقية أخرى له. ولذلك عندما تكون الأغراض (الأهداف) من المعالجة واضحة، فإن الخطوة الثانية هي الإجابة على سؤال: هل كل إجراء من إجراءات المعالجة يحقق هذه الأغراض أم لا؟ والمؤسسة (المتحكم أو المعالج) التي تجمع أو تستخدم أي بيانات شخصية غير مطلوبة لأغراض المعالجة المحددة تكون قد انتهكت مبدأ ترشيح معالجة البيانات.

ولا يطبق مبدأ ترشيح معالجة البيانات عند جمع البيانات فقط، بل يطبق في كل مراحل وأنواع معالجة البيانات. فقد يتم جمع البيانات بشكل قانوني غير أن استخداماتها اللاحقة تكون غير قانونية. فعلى سبيل المثال إذا كان الغرض من المعالجة يحتم الاطلاع عليها من نفر قليل لدى المتحكم أو المعالج فلا ينبغي أن تتاح لغيرهم. وطلب الإفصاح عن بيانات ترخيص قيادة السيارة لوظيفة لا علاقة لها بقيادة سيارة يكون انتهاكاً للمبدأ⁶³. ولا يقبل من وحدة تحكم أو معالج القول: إن صاحب البيانات قدم بياناته طوعاً لسؤال اختياري في نموذج معين قام بكتابته.

المطلب الثالث

مبدأ المعالجة في حدود الغرض

Purpose Limitation

66 البند (ب) من المادة (5) من اللائحة. البند (1) من المادة (3) من القانون المصري. البند (ج) من الفقرة (2) من المادة (14) من قانون مركز دبي المالي العالمي.

67 انظر تفصيلاً في الحثية 28 من التوجيه السابق.

63 Petter Carey, p.34.

يتطلب هذا المبدأ أن يكون جمع البيانات لأغراض محددة وواضحة ومشروعة. ويتفرع هذا المبدأ إلى شقين:

النق الأول: يفرض التزاماً على المتحكم بأن يحدد أهداف (أغراض) المعالجة بشكل واضح، وأن تكون هذه الأهداف مشروعة.

النق الثاني: يتطلب ألا تكون معالجة البيانات بوسيلة تتعارض مع أهداف جمعها⁶⁴.

وكانت "لجنة المادة 29" قد وضعت توصية للمتحكمين في البيانات بأن يتم الأخذ في الحسبان كل الظروف المحيطة بالمعالجة عند تقرير مدى توافق المعالجة الإضافية لأغراض المعالجة الأصلية⁶⁵. وعلى وجه الخصوص العوامل الآتية:

- 1- العلاقة بين الأغراض التي جمعت البيانات الشخصية لأجلها وأغراض المعالجة الإضافية.
- 2- السياق الذي جمعت فيه البيانات الشخصية والتوقعات المعقولة لأصحاب البيانات لاستخداماتها الإضافية.
- 3- طبيعة البيانات الشخصية وأثر المعالجة الإضافية على أصحاب البيانات.
- 4- الضمانات المقدمة من المتحكمين في البيانات لضمان معالجة عادلة ومنع أي تأثير غير مبرر على أصحاب البيانات.

وقد وضعت اللائحة معياراً لأنماط معينة من المراجعة لا ينبغي النظر إليها بأنها غير متوافقة مع أهداف هذا المبدأ، ويتحدد هذا المعيار في استهداف المعالجة للأهداف الآتية:

- أرشفة البيانات للمصلحة العامة.
- أهداف البحث العلمي والتاريخي.
- الأهداف الإحصائية.

وعليه فإن الالتزام بالغرض/ الأغراض التي جمعت البيانات لأجلها يحول دون استخدام المتحكم أو المعالج لبيانات أخرى أو نقلها للغير لاستخدامها في أغراض غير متوافقة مع أغراض المعالجة الأصلية. ويعد بيع البيانات الشخصية للغير بغرض معالجتها لأغراض أخرى انتهاكاً لهذا المبدأ ولحقوق أصحاب البيانات.

ويعتقد الباحث أن التمييز بين البحث العلمي والتاريخي غير جائز فالبحث العلمي واحد سواء كان في العلوم الطبيعية أو الإنسانية ومنها التاريخ.

المطلب الرابع

مبدأ دقة البيانات

Data Accuracy

⁶⁴ Ibid. p. 35.
⁶⁵ كان الاتحاد الأوروبي قد شكل لجنة استشارية خاصة للمساعدة في تفسير وتطبيق نصوص التوجيه السابق سميت بلجنة المادة 29 Working Party Article 29 وذلك لأن المادة 29 من التوجيه السابق قد نصت على تشكيلها وتم استبدالها بمجلس حماية البيانات وفقاً لللائحة.

Francoise Gilbert, Article 29 Working Party Supports European Court of Justice "Right to be forgotten," Rule. The computer & Internet Lawyer. Volume 31. Number 8. August 2014.

لم يرد في اللائحة تعريف لمبدأ دقة البيانات ولكنها نصت على ضرورة أن تكون البيانات دقيقة ومحدثة عند الحاجة:

“Personal Data must be accurate and, where necessary, kept out to date”.

ونص قانون حماية البيانات البريطاني لعام 2018 على أنه: "يجب تمييز البيانات الشخصية القائمة على الحقائق، قدر الإمكان، عن البيانات الشخصية القائمة على التقييمات الشخصية"⁶⁶.

وحرص المشرع البريطاني على وجوب تمييز البيانات الشخصية المتعلقة بفئات مختلفة من أصحاب البيانات هي:

(أ) الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جريمة أو أنهم سيرتكبون جريمة.

(ب) الأشخاص المدانون بارتكاب جريمة.

(ج) الأشخاص الذين قد يكونون ضحايا لجريمة أو قد يصبحون ضحايا لجريمة.

(د) الشهود أو الأشخاص الآخرون الذين لديهم معلومات عن الجرائم⁶⁷.

وأوجب المشرع البريطاني اتخاذ جميع الخطوات المعقولة لضمان عدم نقل أو إتاحة البيانات الشخصية غير الدقيقة أو غير المكتملة أو التي لم تعد محدثة لأي غرض من أغراض تطبيق القانون. ولتحقيق ذلك نص المشرع على وجوب مراعاة الآتي:

(أ) التحقق من نوعية البيانات الشخصية قبل إرسالها أو إتاحتها،

(ب) في جميع عمليات نقل البيانات الشخصية، يجب إدراج المعلومات اللازمة التي تمكن المتلقي من تقييم درجة دقة واكتمال وموثوقية البيانات ومدى تحديثها،

(ج) إذا تبين بعد إرسال البيانات الشخصية أن البيانات غير صحيحة أو أن الإرسال غير قانوني، يجب إخطار المستلم دون تأخير⁶⁸.

وأشار قانون مركز دبي المالي العالمي إلى مبدأ دقة البيانات في معرض النص على حق صاحب البيانات في تقييد المعالجة إذا كانت بياناته غير دقيقة⁶⁹. وإن كان يفهم بالمخالفة لدلالة النص أن حق صاحب البيانات في تصحيح بياناته -والذي تنص عليه كل التشريعات محل المقارنة- هو التزام مقابل على من يقوم بمعالجة البيانات بتحري الدقة فيها⁷⁰.

والالتزام بضمان أن تكون البيانات دقيقة ومحدثة هو التزام واقع على المتحكم ولا يمكن تفويضه للغير، فإشعار المتحكم لأصحاب البيانات عند الشروع في معالجتها بإبلاغه بأي تغيير في البيانات لا يحول دون قيام مسؤوليته عن عدم تحديثها.

وكانت اللائحة في تمهيدها قد نصت على وجوب تطبيق أحكامها على الأشخاص الطبيعيين المواطنين والمقيمين في دول الاتحاد الأوروبي دون الأشخاص الاعتباريين⁷¹. واشترطت أن يكون الشخص الطبيعي معيناً أو قابلاً للتعيين، ولذا لا يمكن تطبيق اللائحة على معلومات متعلقة بشخص

71 الفقرة (2) من المادة 38 من القانون.

72 الفقرة (3) من نفس المادة.

73 الفقرة 5 من المادة 38 من القانون البريطاني.

74 البند (أ) من الفقرة (1) من المادة 35 من قانون مركز دبي.

75 البند (3) من المادة (2) من القانون المصري الذي ينص على حق صاحب البيانات في طلب تصحيح البيانات.

76 الحيثية 14 من اللائحة.

مجهول، مثل المعلومات مجهولة المصدر التي تجمع في الاستبيانات للأغراض الإحصائية والبحثية. بيد أن اللائحة تبيح استخدام الاسم المستعار والذي يمكن أن يقلل من المخاطر التي يتعرض لها أصحاب البيانات ويساعد المتحكمين في البيانات ومعالجتها على الوفاء بالتزامات حماية البيانات، ولكن استخدام الاسم المستعار لا يمكن أن يكون ذريعة للتقصير في إجراءات الحماية المفروضة على المتحكمين في البيانات والمعالجين لها⁷².

ويُلزم المتحكم أو المعالج باتخاذ إجراءات تقنية وتنظيمية للإبقاء على بيانات صاحب الاسم المستعار غير متاحة لجميع العاملين لديه، وعليهما أن يحددا الأشخاص المخولين بمعرفة هوية الشخص الحقيقية⁷³.

كما تشير اللائحة إلى ارتباط الأشخاص الطبيعيين بالمعرفات التي توفرها أجهزتهم وتطبيقاتهم وأدواتهم وبروتوكولاتهم عبر الإنترنت، مثل عناوين بروتوكول الإنترنت أو ملفات تعريف الارتباط⁷⁴ والتي يمكن-خاصة عند جمعها مع المعرفات والمعلومات الأخرى التي تتلقاها الخوادم-أن تُستخدم لإنشاء ملفات تعريف للأشخاص الطبيعيين وتحديدهم.

المبحث الثالث

حقوق صاحب البيانات

نصت اللائحة والتشريعات محل الدراسة على مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها صاحب البيانات؛ وهي حق صاحب البيانات في الوصول إلى بياناته محل المعالجة، والحق في نقل البيانات، والحق في تصحيح البيانات، والحق في حذفها (الحق في النسيان)، والحق في تقييدها، والحق في الاعتراض على معالجة البيانات، والحق في منع التحكم الآلي في البيانات. وسنتناول هذه الحقوق تباعاً في مطلبين نخصص (المطلب الأول) لكل ما تقدم ذكره من حقوق ما عدا الحق في حذف البيانات الذي نخصص له مطلباً مستقلاً هو (المطلب الثاني) نظراً لأهميته وإثارته للجدل ونختم بمناقشة حماية الحق في خصوصية السلامة البدنية في (مطلب ثالث).

77 الحثية 28 من اللائحة.

78 الحثية 29 من اللائحة.

79 (Cookies) ملف تعريف الارتباط ويعرف أيضاً بسجل التتبع أو سجل المتصفح هو قطعة نصية صغيرة مخزنة على حاسوب المستخدم من قبل المتصفح يتضمن المواقع والصفحات التي ولج إليها المستخدم وبالتالي معرفة الأسئلة أو الطلبات أو الموضوعات التي كان يبحث عنها المستخدم. أنظر تفصيلاً موسوعاً ويكيبيديا.

المطلب الأول

حقوق صاحب البيانات أثناء المعالجة

نتناول الحق في الوصول للبيانات (الفرع الأول) والحق في نقل البيانات (الفرع الثاني) والحق في تصحيح البيانات (الفرع الثالث) والحق في الاعتراض على التسويق المباشر للبيانات (الفرع الرابع)

الفرع الأول: الحق في الوصول للبيانات Right of access by the data subject

يكون لصاحب البيانات الحق في الوصول إلى البيانات التي يحوزها المتحكم أو المعالج، والاطلاع عليها⁷⁵. وهذا الالتزام الواقع على المتحكم يقضي بتمكين أصحاب البيانات من الوصول إلى بياناتهم مع كل المعلومات الضرورية المتعلقة بمعالجة هذه البيانات. وهو عبء إداري ومالي على المتحكم.

ويعد هذا الحق وسيلة مؤثرة لتمكين الأفراد من التوصل إلى كميات هائلة من بياناتهم محل المعالجة في مختلف المؤسسات والشركات، ويمكن هذا الحق صاحب البيانات -عند طلبه- من أن يكون على علم دائم دون تأخير بأن بياناته تعالج من قبل المتحكم ذاته أو من معالج ينوب عنه، ولا يكف صاحب البيانات بتقديم أسباب تبرر طلبه⁷⁶.

وطلب الاستعلام عن البيانات محل المعالجة -بحسب اللائحة- مجاني لأول مرة. وبالنسبة لأي نسخ إضافية يطلبها صاحب البيانات قد يفرض المتحكم رسوماً معقولة استناداً إلى التكاليف الإدارية⁷⁷.

ونص القانون المصري على مقابل تكلفة الخدمة المقدمة لصاحب البيانات من المتحكم أو المعالج فيما يخص ممارسته لحقوقه باستثناء العلم بأي خرق أو انتهاك لبياناته الشخصية. حيث نص القانون على أن يتولى مركز حماية البيانات الشخصية تحديد هذا المقابل بما لا يتجاوز عشرين ألف جنيه⁷⁸. بينما اقتضت اللائحة الأوروبية على تقرير تكلفة معقولة على الطلبات الإضافية دون تحديد معين.

وتنص اللائحة أيضاً على أنه إذا كان الطلب لا أساس له بشكل واضح أو مبالغاً فيه (manifestly unfounded or excessive) فإن مقدم الطلب يتحمل تبعاته المالية. ولم توضح اللائحة المقصود بأن الطلب لا أساس له بشكل واضح أو مبالغ فيه. بيد أن البعض يرى أن الطلب الذي سيلقي على عاتق المتحكم عبئاً واضحاً كأن يكون متكرراً دون مبرر، أو بهدف إزعاج ومضايقة العاملين لدى المتحكم فهو لا محالة واقع في نطاق الطلبات المبالغ فيها على الأقل.

وكانت المحكمة العليا في بريطانيا قد قررت أن: "المتحكم ملزم بأن يبذل جهداً معقولاً ومتناسباً للبحث عن المعلومة المطلوبة من صاحب البيانات، على ألا يكون هذا البحث مستنفداً كل وقت وجهد المتحكم. وليس بالضرورة أن يقوم بكل ما هو ضروري وممكن -حسب تعبير المحكمة- (أن

80 المادة (15) من اللائحة. البند (1) من المادة (2) من القانون المصري. المادة (49) من القانون الفرنسي تحيل إلى المادة

(15) من اللائحة. البند (أ) من الفقرة (1) من المادة (33) من قانون المركز.

Deer-v-University of Oxford [2017] EWCA (Civ) 121. 76

82 الفقرة (4) من المادة (15) من اللائحة.

83 المادة 2 من القانون المصري.

يقلب كل حجر لتحقيق هذا الطلب) “leave no stone unturned”
79

ويقع عبء إثبات أن الطلب ليس له أساس واضح أو أنه مبالغ فيه على المتحكم حيث إن صاحب البيانات يستعمل حقاً مشروعاً، ومن يرى تجاوزاً أو تعسفاً في استعمال حق يقع عليه عبء إثبات ذلك.

وقد جمع قانون مركز دبي المالي العالمي الحق في الوصول والحق في التصحيح والحق في الحذف في نص واحد (المادة 33 من القانون) وفرض على المتحكم في البيانات تقديم الآتي لصاحب البيانات دون مقابل:

1- تأكيد كتابي بشأن ما إذا كانت البيانات الشخصية المتعلقة به تتم معالجتها، والمعلومات فيما يتعلق بأغراض المعالجة، وفئات البيانات الشخصية المعنية، والمستلمين أو فئات المستلمين الذين يتم الكشف عن البيانات الشخصية لهم.

2- نسخة من البيانات الشخصية التي تخضع للمعالجة في شكل إلكتروني وأي معلومات

متوفرة فيما يتعلق بمصدرها، بما في ذلك المعلومات المحدثة.

3- تصحيح البيانات الشخصية.

نطاق الحق:

يخول هذا الحق صاحب البيانات معرفة ما إذا كانت بياناته الشخصية محل معالجة أم لا، وهل تعالج من قبل المتحكم ذاته أو معالج ينوب عنه؟ كما أنه يتيح له الوصول إلى بياناته بالإضافة إلى معرفة المعلومات المتعلقة بمعالجة البيانات. وعلّة تقرير هذا الحق بحسب اللائحة هي كون صاحب البيانات على بينة ويقين من شرعية المعالجة To be aware of and verifying lawfulness of processing⁸⁰.

وهناك الكثير من الأحكام القضائية التي قررت -بناء على التوجيه الأوربي السابق- أن الهدف الدقيق من طلب أصحاب البيانات التوصل إلى بياناتهم هو تمكينهم من التحقق من دقة البيانات، وأن معالجتها تتم بشكل قانوني. فقد قررت محكمة الاستئناف البريطانية في قضية ديورانت أن: "الغرض من تخويل الفرد الحق في التوصل إلى بياناته هو تمكينه من التثبت مما إذا كانت معالجة المتحكم لهذه البيانات غير قانونية وتنتهك خصوصيته. فإذا كان الامر كذلك يكون من حقه اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحمايتها"⁸¹.

ولا يمكن حجب البيانات عن صاحبها بحجة أنها معلومة له أو أنه قد تم الحصول عليها منه في بادئ الأمر⁸². ولا يلزم المتحكم بالاستجابة لطلب لن يسفر عن بيانات شخصية، ولا لطلب بيانات مستثناة من الكشف والإعلان. ويجب أن يضمن المتحكم عدم استخدام أجهزة الاتصال الشخصية لعامليه أو حسابات البريد الإلكتروني الشخصية الخاصة بهم في اتصالات العمل.

وينبغي إعلام صاحب البيانات بالقرارات المتخذة بالوسائل الآلية مثل: أنظمة البنوك فلايد من إعلام صاحب البيانات بألية عمل الأنظمة الآلية التي تعالج بياناته والتي يمكن أن تنتج عنها قرارات لها آثار سلبية بالنسبة إليه. ومثال على ما تقدم ألية اتخاذ القرار بشأن الرصيد المكتسب للعميل (Credit Scoring).

وعندما ترتبط بيانات أحد الأشخاص بغيره كالبيانات المتعلقة بعدة مستأجرين لمبنى، أو تقرير كتبه شخص عن شخص آخر بحكم وظيفته، أو شكوى مقدمة من زميل ضد آخر في منشأة ما، ففي كل هذه الحالات ينبغي على المتحكم أن يقدم البيانات التي تخص صاحبها فقط ويحجب عنه ما يخص غيره⁸³.

ويثور التساؤل: هل يقصد بحق صاحب البيانات في التوصل إلى بياناته الشخصية محل المعالجة هو الوصول إلى الملفات أو المستندات التي تحتوي على البيانات الشخصية مثل: رسائل البريد الإلكتروني والخطابات والعقود والسجلات... إلخ؟ أم المقصود الحصول على البيانات ذاتها دون الوسيط الذي يحتويها؟ والرأي الراجح أن الملفات أو المستندات لا تعد "بيانات شخصية" ولكنها "الوسيط" الذي يتم تخزين البيانات عليه⁸⁴.

86 الحثية 63 من اللائحة.

87 Johnson v MDU (2007) EWCA Civ 262. Durant v FSA [2003]EWCA Civ 1746. Dr Cécile Deer v The university of Oxford [2017] EWCA Civ 121.

88

Peter Carey, Data Protection, Oxford University Press, 2018. P.13.

89

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dbef2017-2532-48fe-a391->

90 أنظر هذا التساؤل لدى

[1c9aa0c0e737](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1c9aa0c0e737)

ويدعم هذا الرأي نصُّ الحثية 63 من اللائحة التي حددت الهدف من تقرير الحق في الوصول إلى البيانات وهو التحقق من أن معالجتها تتم بشكل قانوني، وعليه فإن الوصول إلى المستندات التي تحتوي البيانات ليس هدفاً لذاته.

وفي قرار للمحكمة الإدارية الاتحادية في النمسا قضى بتصحيح قرار صادر عن الهيئة النمساوية لحماية البيانات والذي كان يُلزم البنك بتقديم نسخ مكررة من كشوفات الحساب لمقدم الطلب. حيث أكدت على أن "البنك ليس ملزماً بتقديم النسخ المكررة المطلوبة من كشوف الحساب، وإنما المقصود هو الوصول إلى البيانات الشخصية المحددة الواردة في تلك الكشوف"⁸⁵.

الفرع الثاني: الحق في نقل البيانات:

هذا الالتزام مرتبط بالحق في الوصول إلى البيانات، حيث يخول صاحب البيانات استلام البيانات الشخصية التي قدمها للمتحم في قالب منظم وشائع الاستخدام ومقروء بالأجهزة الإلكترونية، يمكن من خلاله إرسال هذه البيانات لمتحم آخر. ويهدف هذا الحق إلى تسهيل قدرة أصحاب البيانات على نقل وإرسال بياناتهم الشخصية من نظام تكنولوجيا معلومات إلى آخر والتبديل بين مزودي الخدمات⁸⁶.

نطاق الحق:

لا يطبق هذا الحق إلا على البيانات الشخصية التي قدمها صاحبها، وتمت معالجتها آلياً، وكان الأساس القانوني للمعالجة هو موافقة صاحب البيانات أو أن معالجة البيانات كانت ضرورية لإبرام أو تنفيذ عقد يكون صاحب البيانات طرفاً فيه.

ويتضمن هذا الحق البيانات المعالجة بواسطة مزود خدمة عامة أو مزود خدمة على الإنترنت في سياق تزويد خدمة تعاقدية، ويمكن أن تمتد إلى بيانات معالجة بواسطة رب عمل لإبرام عقد مع عامل (صاحب البيانات) على سبيل المثال: السيرة الذاتية المقدمة من العامل عند التقدم لشغل وظيفة أو في نطاق العلاقات المالية بين رب العمل والعامل.

والحق في نقل البيانات مقيد بتوافر الإمكانية التقنية لتحقيقه، ولن يجد سبيلاً للتطبيق عندما تعالج سلطة عامة البيانات الشخصية تنفيذاً لإحدى مهامها الهادفة لتحقيق مصلحة عامة.

الفرع الثالث: الحق في تصحيح البيانات Right to rectification :

تمنح اللائحة والتشريعات محل المقارنة أصحاب البيانات الشخصية الحق في تصحيح بياناتهم الشخصية إذا كانت غير دقيقة أو غير مكتملة⁸⁷. وهذا الحق وثيق الصلة بالالتزام المتحم والمعالج باتخاذ كل الإجراءات المعقولة لضمان دقة البيانات الشخصية. وعند ممارسة هذا الحق فإن المتحم مطالب بإعلام أي مستلم للبيانات: موظفيه، المعالجين، ولكل من كشفت له البيانات الشخصية، بالتصحيح الذي تم، ما لم يكن هذا الإعلام مستحيلاً أو يتطلب جهداً لا يتناسب مع أهمية التصحيح المطلوب. ولا بد من إعلام صاحب البيانات بكل هؤلاء الأطراف الذين اطلعوا على بياناته.

91 في عام 2017، طلب المدعي (عميل البنك) من المدعي عليه (البنك) معلومات تتعلق بدفعاته إلى مستلم معين خلال السنوات الخمس السابقة. وافق المدعي عليه على تقديم نسخ مكررة من كشوف الحساب مقابل رسم قدره 30 يورو سنوياً (والذي سُمح له بفرضه بموجب لائحة خدمة الدفع السارية). ومع ذلك، لم يكن المدعي على استعداد لدفع هذه الرسوم وطلب البيانات مرة أخرى مع الإشارة صراحة إلى حقه في الوصول بموجب قانون حماية البيانات النمساوي (المطبق آنذاك). لم يمثل المدعي عليه لطلب وصول المدعي ولكنه كرر استعداده لتقديم كشوف الحساب فقط عند استلام الرسوم. اعتبر المدعي هذا انتهاكاً لحقه في الوصول وقدم شكوى إلى ADPA.

92 المادة (16) من اللائحة. انظر ص 24 من البحث.

93 المادة 5-فقرة 1 البند (د).

وجمع المشرع المصري الحق في تصحيح البيانات وتعديلها ومحوها والإضافة إليها وتحديثها في بند واحد بخلاف اللائحة والقانون الفرنسي⁸⁸.

الفرع الرابع: الحق في الاعتراض على التسويق المباشر للبيانات:

يخول هذا الحق صاحب البيانات أن يطلب من المتحكم التوقف عن استخدام بياناته لأغراض تسويقية مباشرة. ويتضمن هذا الحق سلطة منع أي محاولة تحديد نمطي لاهتمامات وأذواق وميول أصحاب البيانات. ويتضمن هذا الحق الاعتراض على معالجة البيانات لأغراض التسويق، وكل محاولات استخدام البيانات الشخصية لأغراض التسويق في مختلف وسائل الإعلام؛ سواء عبر التواصل الشخصي بالبريد العادي أو الإلكتروني أو من خلال الفاكس أو الرسائل النصية القصيرة أو عبر الإعلان على مواقع الانترنت. وينحصر استخدام هذا الحق أمام المتحكمين الذين يستخدمون البيانات الشخصية لأغراض التسويق المباشر.

ونظم المشرع المصري التسويق الإلكتروني المباشر للبيانات في فصل مستقل (الفصل الثامن، المواد 17,18) حيث اشترط المشرع المصري لإجراء التسويق الإلكتروني للبيانات الشخصية الشروط الآتية:

- 1- الحصول على موافقة من الشخص المعني بالبيانات.
 - 2- أن يتضمن الاتصال هوية منشئه ومرسله.
 - 3- أن يكون للمرسل عنوان صحيح وكاف للوصول إليه.
 - 4- الإشارة إلى أن الاتصال الإلكتروني مرسل لأغراض التسويق المباشر.
 - 5- وضع آليات واضحة وميسرة لتمكين الشخص المعني بالبيانات من رفض الاتصال الإلكتروني أو العدول عن موافقته لإرسالها.
- وألزم المشرع المصري كل مرسل لأي اتصال إلكتروني بغرض التسويق الإلكتروني بالالتزامات الآتية:
- 1- الغرض التسويقي المحدد.

- 2- عدم الإفصاح عن بيانات الاتصال للشخص المعني بالبيانات⁸⁹.
- 3- الاحتفاظ بسجلات إلكترونية مثبت بها موافقة الشخص المعني بالبيانات وتعديلاتها، أو عدم اعتراضه على استمراره، بشأن الاتصال الإلكتروني التسويقي وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ آخر إرسال⁹⁰.

وعليه لا بد أن يكون اعتراض صاحب البيانات على معالجة بياناته لأغراض التسويق المباشر شاملاً لكل أوجه المعالجة في مختلف وسائل الاتصال، فلا يجوز مثلاً أن يكون اعتراضه محصوراً على وسيلة دون أخرى كأن يرفض استلام رسائل عبر البريد الإلكتروني فقط دون أن يؤكد أنه لا يقبل كل أنواع المعالجة وعبر مختلف وسائل الإعلام والاتصال الاجتماعي.

والجدير بالملاحظة أن غياب أي اعتراض على استلام مواد تسويقية بواسطة شخص محدد لا يعني بالضرورة أن إرسال مثل هذه المواد لهذا الشخص سوف يعد إجراءً مشروعاً، فالتسويق

94 البند (3) من المادة (2) من القانون المصري.

95 نعتقد أن الصياغة لم تكن موفقة فالأجدر القول: عدم الإفصاح عن بيانات الاتصال الخاصة بالشخص المعني بالبيانات

وليس للشخص المعني بالبيانات.

96 المواد 17, 18 من القانون المصري وأحال المشرع المصري إلى اللائحة التنفيذية للقانون لتحديد القواعد والشروط والضوابط المتعلقة بالتسويق الإلكتروني المباشر.

المباشر بالبريد الإلكتروني أو الهاتف أو الفاكس لابد أن يتوافق مع مقتضيات الخصوصية الإلكترونية التي نص عليها التوجيه الخاص بالخصوصية الإلكترونية⁹¹.

وقد استهدف التوجيه المذكور حماية حقوق الأفراد في الخصوصية والسرية أثناء معالجة بياناتهم من فئة محددة وهي المؤسسات الخاصة بتقديم خدمات الاتصال بكافة أنواعها (الهاتف الثابت والنقال والفاكس والإنترنت).

نطاق الحق:

يطبق الحق على كل البيانات الشخصية المعالجة لأغراض التسويق المباشر. وعلى الرغم من عدم تعريف اللائحة للتسويق المباشر Direct marketing فإنه من الواضح أنه يشير إلى كل المواد الإعلانية والتسويقية التي توجه نحو مستلم محدد. ويتضمن التسويق المباشر بشكل مؤكد نقل مواد إعلانية تجارية لأشخاص معينين بواسطة طائفة من الوسائل تتضمن: البريد الإلكتروني، الفاكس، الرسائل الهاتفية... ولا ينحصر مفهوم التسويق المباشر في الترويج لسلع وخدمات أو للأعمال التجارية.

وفي بريطانيا تم تبني مفهوم واسع لتعريف التسويق المباشر باعتباره يتضمن أي تواصل هادف يتم من مؤسسة إلى فرد يتضمن أهداف وقيم المؤسسة، بل إن المفهوم تم توسيعه ليشمل الحملات السياسية الانتخابية بالإضافة إلى تواصل المؤسسات الخيرية مع المتبرعين المحتملين لإعلامهم بأنشطتها⁹². فهذا الحق لا يقتصر على رفض استلام مواد تسويقية، وإنما يمتد لكل الأنشطة السابقة والمرتبطة بإرسال المواد التسويقية مثل: جمع البيانات، تجهيز الملف الشخصي (البروفایل) فرز البيانات.....الخ⁹³.

والحق في الاعتراض على استخدام البيانات الشخصية لأغراض التسويق المباشر حق مطلق لم تنص اللائحة على أية قيود عليه أو استثناءات منه.

المطلب الثاني

الحق في طلب حذف البيانات

Right to erasure (right to be forgotten)

كان هذا الحق قبل تنظيمه في اللائحة الأوروبية محل جدل بين مؤيد ومعارض في أوساط الفقه والقضاء⁹⁴. بيد أنه استقر أمره وفضّلت شروطه في اللائحة، وأصبح من حق صاحب البيانات -وفقاً للمادة (17) من اللائحة- أن يطلب من المتحكم محو البيانات الشخصية المتعلقة به دون تأخير. ويلتزم المتحكم بمحو البيانات الشخصية في الحالات التالية:

- 1- إذا لم تعد البيانات الشخصية ضرورية للأغراض التي من أجلها تم تجميعها أو معالجتها⁹⁵.
- 2- إذا كانت معالجة البيانات قد تمت بموافقة مسبقة من صاحبها⁹⁶.

97DIRECTIVE 2002/58/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 July 2002

ويشار إليه اختصاراً: E-privacy Directive(2002/58/EC)

89Peter Carey, Data Protection, Op.cit. p.141.

99 المرجع السابق. ص 142.

100 أنظر تفصيلاً: عبد الهادي فوزي العوضي، الحق في الدخول في طبي النسيان على شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

101 البند (a) من الفقرة (1) المادة 17 من اللائحة.

102 البند (b) من الفقرة (1) المادة 17 من اللائحة.

3- إذا اعترض صاحب البيانات على المعالجة، ولا توجد أي أسس قانونية تحول دون الاعتراض على المعالجة⁹⁷.

4- إذا كانت المعالجة للبيانات الشخصية قد تمت بشكل غير قانوني⁹⁸.

5- إذا التزم المسؤول عن المعالجة بمحو البيانات الشخصية امتثالاً للالتزام قانوني⁹⁹.

6- إذا تم جمع البيانات الشخصية فيما يتعلق بعرض خدمات مجتمع المعلومات المشار إليها في المادة (8) الفقرة (1)¹⁰⁰.

وهي نفس الحالات المنصوص عليها في الفقرة (2) المادة (33) من قانون مركز دبي المالي العالمي. ويلتزم المتحكم في البيانات بتنفيذ طلب الحذف في الحالات المذكورة أعلاه حتى إن لم يترتب على استمرار المعالجة ضرر بصاحب البيانات. وأحال المشرع الفرنسي في المادة (51) من القانون إلى المادة (17) في اللائحة بشأن شروط ممارسة الحق في الحذف للبيانات الشخصية.

ولم ينص القانون المصري بشكل مباشر على حالات ممارسة صاحب البيانات للحق في طلب الحذف. وهو الأمر الذي كان جديراً بالعناية لما يمثله هذا الحق من أهمية، ولما يثيره من جدل واعتراض لدى البعض. وسنتناول هذه الحالات بالتفصيل:

أولاً: انقضاء الحاجة من البيانات الشخصية:

لما كان واجباً على المتحكم في البيانات تحديد الأغراض التي لأجلها تُجمع وتعالج البيانات الشخصية بحيث تكون واضحة ومشروعة وكافية وذات صلة ومحدودة بالقدر اللازم لأغراض المعالجة،¹⁰¹ فإنه يكون من حق صاحب البيانات المطالبة بحذفها من ملفات المتحكم إذا انتهك الأخير هذه الشروط، وأهمها إذا لم تعد البيانات الشخصية ضرورية فيما يتعلق بالأغراض التي تم تجميعها أو معالجتها من أجلها، أو كانت الفترة التي احتفظ فيها المتحكم بالبيانات أطول من مما يلزم لتحقيق أغراض المعالجة المعلنة مسبقاً¹⁰².

وكان القضاء الألماني سابقاً لتقرير هذا الحق ففي عام 1984 قررت محكمة العمل الفيدرالية أن حق طالب الوظيفة في تقرير مصير معلوماته الشخصية قد ينتهك إذا كانت الشركة التي رفضت توظيفه تحتفظ ببياناته بشكل غير محدد ولم تثبت أن لها مصلحة مشروعة في الاحتفاظ بها¹⁰³. وتعد المعالجة الإضافية لأغراض الأرشفة والتوثيق للمصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو

103 البند (c) من الفقرة (1) المادة 17 من اللائحة.

104 البند (d) من الفقرة (1) المادة 17 من اللائحة.

105 البند (e) من الفقرة (1) المادة 17 من اللائحة.

106 البند (f) من الفقرة (1) المادة 17 من اللائحة.

107 انظر ص 24-25 من البحث المبدأ المتعلق بضرورة ترشيح البيانات Data Minimization . انظر تفصيلاً أيضاً:

SHLOMIT YANISKY-RAVID, TO READ OR NOT TO READ: PRIVACY WITHIN SOCIAL NETWORKS, THE ENTITLEMENT OF EMPLOYEES TO A VIRTUAL "PRIVATE ZONE," AND THE BALLOON THEORY, AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol. 64: issue 1, 2014. p.65-66.

108 وإن كان المشرع المصري لم ينص بشكل مباشر على حالات المطالبة بحذف البيانات الشخصية غير أنه نص على شروط معالجة البيانات ومن بينها: ألا يتم الاحتفاظ بها لمدة أطول من المدة اللازمة للوفاء بالغرض المحدد لها (البند 4 من المادة 3 من القانون).

109 الحكم مشار إليه لدى:

Claudia Kodde, Germany's 'Right to be forgotten' – between the freedom of expression and the Right to informational self-determination, International Review of Law, Computers & Technology, 2016 Vol. 30, Nos. 1–2, 17–31, <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2015.1125154>

التاريخي أو للأغراض الإحصائية من الاستثناءات التي أقرتها التشريعات¹⁰⁴. ومن أجل التثبت من أن الغرض من المعالجة الإضافية متوافق مع الغرض أو الأغراض الأصلية للمعالجة فإنه يجب على المتحكم -بعد استيفاء جميع المتطلبات القانونية للمعالجة الأصلية- أن يأخذ في الاعتبار الأمور التالية:

- 1- أي رابط بين تلك المعالجة الإضافية المقصودة والمعالجة الأصلية.
- 2- السياق الذي جمعت في إطاره البيانات الشخصية، ولاسيما التوقعات المعقولة لصاحب البيانات استناداً إلى علاقته بالمتحكم فيما يتعلق بالاستخدامات الإضافية للبيانات.
- 3- وجود ضمانات مناسبة في كل من عمليات المعالجة الأصلية والمعالجة اللاحقة.
- 4- عندما تكون المعالجة قد تمت بناء على موافقة صاحب البيانات أو بناء على أساس قانوني على مستوى الاتحاد أو إحدى الدول الأعضاء.

5- عندما تكون المعالجة قد تمت بناء على موافقة صاحب البيانات أو بناء على أساس قانوني على مستوى الاتحاد أو إحدى الدول الأعضاء فإن المعالجة الإضافية تكون مشروعة ولو لم تكن متوافقة مع الغرض الأصلي للمعالجة إذا كانت تعد تدبيراً ضرورياً وملائماً لضمان أهداف تقتضيها المصلحة العامة، مع ضمان مراعاة المبادئ المنصوص عليها في اللائحة ومن أهمها حق صاحب البيانات في الاعتراض.

ويعد كل من المعالجة الإضافية والإرسال عملاً مشروعاً إذا أشار المتحكم إلى احتمال وقوع أعمال إجرامية أو تهديدات للأمن العام تقتضي تحويل البيانات الشخصية -سواء في حالات فردية أو جماعية- إلى سلطة مختصة. ولكن يجب حظر مثل هذا الإرسال للبيانات من قبل المتحكم أو إجراء مزيد من المعالجة إذا لم تكن المعالجة متوافقة مع التزام قانوني أو مهني أو أي التزام بالسرية¹⁰⁵.

ثانياً: إذا كانت معالجة البيانات قد تمت بموافقة مسبقة من صاحبها:

عندما تُعتمد المعالجة بناء على موافقة صاحب البيانات، يجب أن يكون المتحكم قادراً على إثبات أن صاحب البيانات قد وافق على معالجة بياناته الشخصية¹⁰⁶. ويحق لصاحب البيانات الرجوع عن موافقته في أي وقت، ولا يؤثر ذلك على قانونية المعالجة التي تمت قبل الرجوع عنها. وقبل إعطاء الموافقة، يجب إخطار صاحب البيانات بحقه في الرجوع عنها ويجب أن يكون الرجوع ميسراً مثلما كان منح الموافقة. ولصاحب البيانات الرجوع عن موافقته على معالجة بياناته لغرض أو أغراض محددة حيث لا يوجد أساس قانوني آخر للإبقاء على البيانات قيد المعالجة.

ثالثاً: اعتراض صاحب البيانات على المعالجة عندما تنعدم الأسس القانونية الملزمة للمعالجة أو إذا كانت المعالجة تستهدف التمييز¹⁰⁷. ويجب ألا يقوم المتحكم بعد ذلك بمعالجة البيانات الشخصية إلا إذا أثبت المتحكم أسباباً مشروعة مقنعة للمعالجة التي تتجاوز المصالح والحقوق والحريات الخاصة بصاحب البيانات، أو لتقديم الدعاوى القانونية أو ممارستها أو الرد عليها¹⁰⁸.

110 البند (ي) من الفقرة (2) من المادة (9) من اللائحة. المادة 3 من مواد اصدار القانون المصري.

111 الحثية (50) من اللائحة.

112 الفقرة (1) من المادة (7) من اللائحة.

113 الفقرة (4) من المادة (7) من اللائحة. البند (2) من المادة من القانون المصري. المادة 32 من قانون مركز دبي.

114 عملاً بالفقرة (1) من المادة (21) من اللائحة والمادة (10) من قانون مركز دبي. انظر ص 19-24 من البحث مبدأ

رابعاً: إذا كانت المعالجة للبيانات الشخصية قد تمت بشكل غير قانوني.

خامساً: يجب على المسؤول عن المعالجة محو البيانات الشخصية امتثالاً لالتزام قانوني مفروض عليه في قانون يخضع له المسؤول عن المعالجة في الاتحاد أو إحدى الدول الأعضاء. فإذا كانت المعالجة تتم امتثالاً لالتزام قانوني يخضع له المتحكم أو من يقوم بمعالجة البيانات أو عندما تكون المعالجة ضرورية لأداء مهمة تقتضيها المصلحة العامة أو في سياق ممارسة سلطة عامة لمهامها فإن كل ذلك يعد أساساً قانونياً لإجراء المعالجة.

كما تعد معالجة البيانات الشخصية مشروعة إذا كان من الضروري إجراؤها حماية لمصلحة تتعلق بحياة صاحب البيانات أو شخص طبيعي آخر. ولا ينبغي أن تتم أي معالجة من حيث المبدأ عندما لا يكون هناك أساس قانوني آخر لإجرائها إلا إذا كان في المعالجة تحقيق لمصلحة عامة، أو لمصلحة صاحب البيانات ذاته عندما تتعلق بتحقيق أغراض إنسانية كدرء الأوبئة والحد من انتشارها أو في حالات الطوارئ الإنسانية خاصة الكوارث الطبيعية والحروب. كما تعد المعالجة مشروعة إذا كان الغرض منها الوقاية والحماية من الأعمال الضارة بأمن الشبكات وأنظمة المعلومات أو معالجة هذه الاضرار¹⁰⁹.

وعندما يجعل المتحكم البيانات الشخصية متاحة للعموم ثم يصبح ملزماً بالحذف، فإنه يجب عليه مع الأخذ في الاعتبار التكنولوجيا المتاحة وتكلفة التنفيذ-اتخاذ خطوات معقولة، بما في ذلك التدابير التقنية، لإبلاغ المتحكمين أو المعالجين الآخرين الذين يقومون بمعالجة البيانات الشخصية بحذفها وإزالة أي روابط تؤدي إليها أو إلى نسخ منها.

المطلب الثالث

الحق في حماية السلامة البدنية

أكد المشرع الأوروبي في اللائحة على ضرورة احترام حقوق الإنسان الأساسية، ومراعاة الحريات والمبادئ المعترف بها في ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، وألا تتعارض مع حماية البيانات الشخصية¹¹⁰.

وينص الميثاق -بالإضافة إلى الحق في الخصوصية وحماية البيانات الشخصية- على الحق في الحياة والسلامة البدنية والعقلية للشخص. ويعد حقاً أساسياً من حقوق الإنسان الحصول على الرعاية الصحية والعلاج الطبي.

وفي هذا السياق وتفعيلاً لمبدأ التوازن بين حماية البيانات الشخصية والحقوق الأساسية الأخرى نلاحظ أن اللائحة صنفّت البيانات الصحية ضمن البيانات الحساسة التي تتطلب معالجتها موافقة

مشروعية المعالجة

115 الحيتية الثانية والرابعة من اللائحة.

116 الفقرة (1) من المادة (3) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي. ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي بالإنجليزية: Charter of

Fundamental Rights of the European Union) هو ميثاق يؤكد على الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية لمواطني الاتحاد

الأوروبي وللجان الخاضعين للقانون الأوروبي. صيغ هذا الميثاق ضمن الاتفاقية الأوروبية واعتمده البرلمان الأوروبي ومجلس الوزراء والمفوضية

الأوروبية في 7 ديسمبر عام 2000

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D9%8A%D8%AB%D8%A7%D9%82_%D8%A7%D9%84%

صريحة من صاحبها، غير أن هذه الموافقة لا تعد ضرورية عندما يتعلق الأمر بمواجهة التهديدات التي تواجهها الصحة العامة من أوبئة وأمراض معدية.

وكانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد قررت "أن حماية البيانات الشخصية، بما في ذلك المعلومات الطبية، لها أهمية أساسية لتمتع الشخص بالحقوق في احترام حياته الخاصة والعائلية، وأن احترام سرية البيانات الصحية هو مبدأ حيوي في النظم القانونية لجميع الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية.

ويعتبر احترام سرية البيانات الصحية أمراً بالغ الأهمية، ليس فقط لحماية خصوصية المريض، ولكن أيضاً للحفاظ على خصوصية ذلك الشخص وثقته في مهنة الطب والخدمات الصحية بشكل عام. ومع ذلك، فإن مصالح المريض والمجتمع ككل في حماية سرية البيانات الطبية قد تفوقها مصلحة التحقيق والملاحقة القضائية في الجريمة وفي إجراءات المحكمة، إذا تبين أن هذه المصالح لها أهمية أكبر"¹¹¹.

وتعد أيضاً معالجة البيانات الشخصية أمراً قانونياً عندما يكون من الضروري حماية مصلحة ضرورية لحياة صاحب البيانات ذاته أو حياة شخص طبيعي آخر، وكذلك عندما تكون المعالجة ضرورية للأغراض الإنسانية، بما في ذلك مراقبة الأوبئة وانتشارها أو في حالات الطوارئ الإنسانية، ولا سيما في حالات الكوارث الطبيعية أو التي من صنع الإنسان¹¹².

المبحث الرابع

الجوانب التنظيمية لحماية البيانات الشخصية

نصت اللائحة والتشريعات محل الدراسة على إطار تنظيمي إجرائي جزائي محكم يحيط بمعالجة البيانات الشخصية في كافة جوانبها ويخلق سياجاً منيعاً من الحماية لها ولضمان تنفيذ هذه المعالجة دون تجاوز أو تهاون بحقوق أصحابها.

وأبرز جوانب هذا التنظيم هو خضوع كل القائمين على معالجة البيانات الشخصية لسلطة رقابية واحدة على مستوى الدولة، وضرورة تعيين موظف خاص بحماية البيانات الشخصية في كل مؤسسة عامة أو خاصة، وأخيراً الغرامات العالية المفروضة على مختلف المخالفات. ويمكن تصنيف هذه الجوانب التنظيمية إلى جوانب وقائية وأخرى علاجية.

نتناول الجوانب التنظيمية الوقائية في مطلب أول، والجوانب التنظيمية العلاجية في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

الجوانب التنظيمية الوقائية لحماية البيانات الشخصية

نصت اللائحة على إنشاء مجلس خاص بحماية البيانات الشخصية على مستوى الاتحاد الأوروبي (فرع أول) وأوجبت على كل متحكم ومعالج للبيانات يتجاوز عدد موظفيه 250 أن يعين مسؤولاً عن حماية البيانات (فرع ثانٍ)

الفرع الأول: مجلس حماية البيانات:

نصت اللائحة على إنشاء مجلس خاص بحماية البيانات الشخصية على مستوى الاتحاد الأوروبي بوصفه واحداً من هيئات الاتحاد ويتمتع بشخصية قانونية مستقلة (القسم الثالث، المادة 68 من اللائحة) حيث يتمتع بعضويته مشرف حماية البيانات في الاتحاد وجميع رؤوس السلطات الرقابية الوطنية في دول الاتحاد أو من يمثلهم (الفقرة (3) من المادة 68).

ويحق للمفوضية الأوروبية European Commission أن تشارك في أعمال المجلس دون أن يكون لها حق التصويت. وتتمثل المهمة الأساسية للمجلس في ضمان التطبيق الصحيح والمتسق لأحكام اللائحة في مختلف الدول الأعضاء¹¹³.

وعلى المستوى المحلي فإن الهيئة الوطنية للمعلوماتية والحريات في فرنسا هي السلطة الوطنية الإشرافية على تطبيق قانون حماية البيانات الشخصية¹¹⁴. وأوجب المشرع المصري إنشاء مركز لحماية البيانات الشخصية يتولى مسؤولية تنفيذ ومراقبة تنفيذ قانون حماية البيانات الشخصية، وهو هيئة اقتصادية عامة تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة¹¹⁵.

وجاء القسم الثاني من اللائحة بعنوان (الاتساق Consistency) والذي ألزم الدول الأعضاء بالتنسيق والتعاون بين السلطات الرقابية على حماية البيانات الشخصية في دول الاتحاد مع الدول الأخرى ومع المفوضية عند الاقتضاء.

وكانت اللائحة قد ألزمت الدول الأعضاء بإنشاء سلطة رقابية وطنية تكون مسؤولة عن مراقبة تطبيق اللائحة لضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية للأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة للبيانات الشخصية وتسهيل التدفق الحر لها داخل الاتحاد¹¹⁶.

وتتمتع كل سلطة رقابية وطنية بالاستقلال التام ولا تخضع لغير أحكام اللائحة في أدائها لمهامها¹¹⁷. ويمارس أعضاء اللجنة مهامهم وسلطاتهم المنبثقة من اللائحة بصورة مستقلة وليس لهم أن يلتمسوا أو يخضعوا لأي تأثير خارجي¹¹⁸.

ويتم تعيين أعضاء السلطة الرقابية بصورة شفافة من خلال خيارات متنوعة نصت عليها اللائحة من حق كل دولة عضو أن تختار منها وهي:

-التعيين بواسطة السلطة التشريعية (البرلمانات).

-السلطة التنفيذية (الحكومة).

-رئيس الدولة؛ أو

-هيئة مستقلة مكلفة بالتعيين بموجب قانون الدولة العضو.

وحرص المشرع الفرنسي على منح الهيئة الوطنية للمعلوماتية والحريات استقلالية تامة في عملها حيث جعل قوامها من أعضاء يمثلون مختلف السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ومنظمات

119 انظر تفصيلاً المواد 70 , 71 من اللائحة.

120 المادة (8) من القانون الفرنسي.

121 المادة (19) من القانون المصري.

122 المادة 63 من اللائحة، 123 الفقرة (1) من المادة (51) من اللائحة.5

123 الفقرة (1) من المادة (52) من اللائحة.

124 الفقرة (2) من المادة (52) من اللائحة.

المجتمع المدني¹¹⁹، بينما رأى المشرع المصري أن يكون مركز حماية البيانات الشخصية هيئة حكومية خاضعة لوزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات¹²⁰.

وتختص السلطة الرقابية بمراقبة كل أنواع معالجة البيانات الشخصية التي تقوم بها السلطات العامة أو الخاصة باستثناء تلك المعالجات الخارجة عن نطاق تطبيق التشريعات، وكذلك المعالجات التي تجريها المحاكم في نطاق اختصاصها القضائي¹²¹.

الفرع الثاني: موظف حماية البيانات:

تُلزم اللائحة المتحكم والمعالج بتعيين مسؤول عن حماية البيانات في الأحوال التالية:

(أ) إذا كانت المعالجة للبيانات الشخصية تتم بواسطة سلطة أو هيئة عامة، باستثناء المحاكم التي تتصرف بصفقتها القضائية؛

(ب) إذا كانت الأنشطة الأساسية للمتحكم أو المعالج من خلال عمليات المعالجة تتطلب، بحكم طبيعتها ونطاقها و/ أو أغراضها، مراقبة منتظمة ومستمرة لأصحاب البيانات؛ أو

(ج) إذا كانت الأنشطة الأساسية للمتحكم أو المعالج معالجة الفئات الخاصة للبيانات.

وتفرض اللائحة على المؤسسات/ الشركات التي لديها أكثر من 250 موظفاً أن تقوم بتعيين موظف لحماية البيانات¹²².

ولم يقيد المشرع المصري تعيين موظف حماية البيانات لدى المتحكم في البيانات أو المعالج لها بأحوال معينة أو بعدد موظفيه، وإنما جاء النص مطلقاً، بأن يلتزم الممثل القانوني للشخص الاعتباري لأي متحكم أو معالج بأن يعين موظفاً مختصاً مسؤولاً عن حماية البيانات الشخصية¹²³.

وتجيز اللائحة لمجموعة من الشركات تعيين مسؤول حماية بيانات واحد شريطة أن يسهل الوصول إلى مسؤول حماية البيانات من كل مؤسسة¹²⁴. وعندما يكون المتحكم أو المعالج سلطة أو هيئة عامة، يجوز تعيين مسؤول حماية بيانات واحد للعديد من هذه السلطات أو الهيئات، مع مراعاة حجمها وهيكلها التنظيمي¹²⁵.

ويتم تعيين مسؤول حماية البيانات على أساس الصفات المهنية، وعلى وجه الخصوص، المعرفة الخاصة بقوانين وممارسات حماية البيانات، والقدرة على الوفاء بالمهام المشار إليها في اللائحة¹²⁶.

وتجيز اللائحة لموظف حماية البيانات أن يكون موظفاً في المؤسسة/ الشركة أو مقاول خدمة مستقلاً. وفي كل الأحوال يُلزم المتحكم أو المعالج بإبلاغ السلطة الرقابية ببيانات الاتصال بموظف حماية البيانات¹²⁷. ويظهر ميل المشرع المصري – كما أشرنا سلفاً – لأن يكون موظف حماية البيانات جزءاً الكيان القانوني والوظيفي للمتحكم أو المعالج للبيانات.

وتُلزم اللائحة المتحكم والمعالج بدعم مسؤول حماية البيانات في أداء مهامه من خلال توفير الموارد اللازمة لتنفيذ تلك المهام والوصول إلى البيانات الشخصية وعمليات المعالجة¹²⁸، ويضمن

125 المادة (9) من القانون الفرنسي.

126 المادة (19) من القانون المصري.

127 الفقرة (3) من المادة (55) من اللائحة. المادة الثالثة من مواد إصدار القانون المصري.

128 المادة (37) من اللائحة.

129 المادة (8) من القانون المصري.

130 البند (2) من المادة (37) من اللائحة.

131 البند (3) من المادة (37) من اللائحة.

132 البند (5) من المادة (37) من اللائحة.

133 البند (6) من المادة (37) من اللائحة.

134 الفقرة (2) من المادة (38) من اللائحة.

المتحكم أو المعالج أن مسؤول حماية البيانات لا يتلقى أي تعليمات تتعلق بممارسة مهامه، ولا يجوز عزله أو معاقبته من قبل المتحكم أو المعالج بسبب أداء مهامه، ويجب على مسؤول حماية البيانات تقديم تقرير مباشر إلى أعلى مستوى إداري لدى المتحكم أو المعالج¹²⁹. وتتمثل أبرز مهام موظف حماية البيانات الواردة في اللائحة في الآتي:

(أ) إبلاغ وإسداء المشورة إلى المتحكم أو المعالج والعاملين لديهما الذين يقومون بمعالجة البيانات بالتزاماتهم التي تفرضها اللائحة وغيرها من أحكام حماية البيانات الخاصة.

(ب) مراقبة الالتزام بأحكام اللائحة، مع أحكام حماية البيانات الأخرى في الاتحاد أو الدول الأعضاء وسياسات المتحكم أو المعالج فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية، بما في ذلك تحديد المسؤوليات وزيادة الوعي وتدريب المشاركين في عمليات المعالجة والمراجعات ذات الصلة.

(ج) تقديم المشورة عند الطلب فيما يتعلق بدراسة تقييم تأثير حماية البيانات ومراقبة تنفيذ هذا التقييم.

(د) التعاون مع السلطة الرقابية¹³⁰.

ونص المشرع المصري على المهام المذكورة أيضاً ولكنه أضاف التزاماً على مسؤول حماية البيانات لا نجد له صدى في اللائحة الأوربية حيث ألزمه بإجراء التقييم والفحص الدوري لنظم حماية البيانات ومنع اختراقها¹³¹. وهو التزام تقني حرصت اللائحة على أن يكون من التزامات المتحكم أو المعالج ذاته وليس موظف حماية البيانات الشخصية؛ إذ تُلزم اللائحة المتحكم والمعالج باتخاذ كافة الإجراءات التقنية والتنظيمية اللازمة لضمان أمن معالجة البيانات والإبلاغ عن الاختراقات التي تحدث لأنظمتها وشبكاتها وأجهزتها للسلطة الرقابية في موعد لا يتجاوز 72 ساعة بعد علمه بها¹³².

135 الفقرة (3) من المادة (38) من اللائحة.

136 المادة (39) من اللائحة.

137 البند (1) من المادة (9) من القانون المصري.

138 المواد (32, 33) من اللائحة.

المطلب الثاني

الجوانب التنظيمية العلاجية لحماية البيانات الشخصية

نصت اللائحة على الحماية المدنية للبيانات الشخصية (فرع أول) والحماية الجزائية لها (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: الحماية المدنية للبيانات الشخصية:

تنص اللائحة على حق كل شخص عانى من ضرر مادي أو غير مادي نتيجة لانتهاك أحكام اللائحة في الحصول على تعويض من المتحكم أو المعالج عن الضرر الذي لحق به¹³³. ويعتبر كل متحكم شارك في المعالجة مسؤولاً عن الضرر الناتج عن المعالجة المخالفة لأحكام اللائحة، ويكون المعالج مسؤولاً عن الضرر الناجم عن المعالجة فقط في الحالات التي لا يمتثل فيها للالتزامات هذه اللائحة الموجهة تحديداً إلى المعالجين أو حيث يكون قد تصرف في خارج نطاق التعليمات الموجهة له من المتحكم أو بالمخالفة لها¹³⁴. ويعفى المتحكم أو المعالج من المسؤولية إذا ثبت أنه ليس مسؤولاً بأي حال عن الفعل الذي أدى إلى حدوث الضرر.

وعندما يكون هناك أكثر من متحكم أو معالج، أو كان كل من المتحكم والمعالج يشاركون في نفس المعالجة حينها يكونون مسؤولين عن أي ضرر ناتج عن المعالجة، ويتحمل كل متحكم أو معالج المسؤولية بالتضامن عن الضرر من أجل ضمان تعويض فعال لأصحاب البيانات¹³⁵.

وفي حكم حديث لمحكمة العدل الأوروبية عالج مسألة الاشتراك في معالجة البيانات تحقيقاً لمصالح مشتركة قضى باعتبار: "مشغل موقع الويب الذي يحتوي على زر الإعجاب بصفحة في الفيس بوك متحكماً في البيانات بالاشتراك مع فيسبوك فيما يتعلق بجمع البيانات الشخصية للزوار على موقع الويب ونقلها إلى فيسبوك. وعلى النقيض من ذلك، فإن هذا المشغل ليس، من حيث المبدأ، متحكماً في البيانات فيما يتعلق بالمعالجة اللاحقة لتلك البيانات التي يقوم بها فيسبوك وحده"¹³⁶.

وتتلخص وقائع القضية التي نظرتها المحكمة العليا في درسدون وأحالتها لمحكمة العدل الأوروبية للرد على تساؤلها بشأن قيام بائع تجزئة ألماني يبيع الملابس عبر الإنترنت في موقعه على الويب بوضع زر "الإعجاب" على Facebook، وكانت النتيجة أنه عندما يتعامل أحد الزائرين مع موقع بائع الأزياء يتم نقل البيانات الشخصية للزائر إلى Facebook، وكان هذا الإرسال يحدث دون علم ذلك الزائر وبغض النظر عما إذا كان هو أو هي عضواً في الشبكة الاجتماعية Facebook.

اعترضت جمعية حماية مصالح المستهلكين الألمانية على بائع الأزياء لقيامه بنقل بيانات الشخصية للزوار إلى Facebook Ireland دون موافقتهم وفي انتهاك صريح لواجب الإبلاغ عن عملية نقل البيانات إلى متحكم أو معالج آخر المنصوص عليه في اللائحة.

139 الفقرة (1) من المادة 82.

140 الفقرة (2) من المادة 82.

141 الفقرة (4) من المادة 82.

. 142 Judgment in Case C-40/17 Fashion ID GmbH & Co. KG v Verbraucherzentrale NRW eV. RELEASE No 99/19 Luxembourg, 29 July 2019. Court of Justice of the European Union PRESS <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190099en.pdf>.

الفرع الثاني: الحماية الجزائية للبيانات الشخصية:

نصت اللائحة على غرامات تبدأ من 10 مليون يورو أو 2% من الدخل السنوي للمؤسسة/ الشركة على مستوى العالم أيهما أعلى في حالة إخلال المتحكم بالبيانات أو المعالج لها بالالتزامات الآتية
:137

1-الالتزام بشروط معالجة البيانات الشخصية للأطفال¹³⁸.
ب-الالتزام بتنفيذ التدابير الفنية والتنظيمية المناسبة لحماية حقوق وحرريات أصحاب البيانات أثناء المعالجة¹³⁹.

ج-الالتزام بتحديد المسؤوليات المشتركة عند إجراء المعالجة بين المتحكم والمعالج أو بين أكثر من متحكم¹⁴⁰.

د-التزام المعالج بعدم إشراك معالج آخر بدون إذن كتابي مسبق محدد أو عام من المتحكم¹⁴¹.
ه-الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات الشخصية¹⁴².

و-الالتزام بالإبلاغ للسلطة الرقابية الوطنية وصاحب البيانات عن الاختراقات لأنظمة المتحكم أو المعالج الماسة بالبيانات الشخصية خلال 72 ساعة من وقوعها¹⁴³.

ز-الالتزام بإجراء تقييم أثر المعالجة على حماية البيانات الشخصية في الحالات التي يتوجب القيام بها¹⁴⁴.

ح-الالتزام بتعيين موظف حماية البيانات الشخصية¹⁴⁵.

ط-الالتزام بالحصول على شهادة اعتماد معالجة البيانات الشخصية من السلطة المختصة¹⁴⁶.

ي-الالتزام بعدم الإخلال بقواعد مدونة السلوك¹⁴⁷.

وتصل الغرامة إلى 20,000,000 مليون يورو أو 4% من الدخل السنوي للمؤسسة/ الشركة على مستوى العالم أيهما أعلى في حالة إخلال المتحكم بالبيانات أو المعالج لها بالالتزامات الآتية:

أ-الالتزام بالمبادئ الأساسية لمعالجة البيانات الشخصية وشروط الحصول على موافقة صاحب البيانات الشخصية على معالجه بياناته¹⁴⁸.

ب-الالتزام باحترام ومراعاة حقوق صاحب البيانات الشخصية طبقاً للمواد 12-22 من اللائحة.

143 المادة 83 من اللائحة.

144 الفقرة (1) من المادة 8 من اللائحة

145 المواد 25 , 32 من اللائحة.

146 المادة 26 من اللائحة.

147 المادة 26 من اللائحة.

148 الفقرة (2) من المادة 28 من اللائحة..

149 البند (ب) من الفقرة (3) من المادة 28 من اللائحة.

150 الفقرة (1) من المادة 33 والفقرة (1) من المادة 34 من اللائحة.

151 المادة 35 من اللائحة.

152 المادة 38 من اللائحة.

153 المواد 42 , 43 من اللائحة.

154 المادة 40 من اللائحة.

ج- الالتزام بعدم نقل البيانات الشخصية لطرف ثالث في دولة أخرى أو منظمة دولية دون موافقة صريحة من صاحب البيانات الشخصية¹⁴⁹.

د- الالتزام بتنفيذ ضمانات التوفيق بين الحق في حماية البيانات الشخصية بموجب اللائحة مع الحق في حرية التعبير والمعلومات، بما في ذلك معالجة البيانات الشخصية للأغراض الصحفية وأغراض التعبير الأكاديمي والفني أو الأدبي¹⁵⁰.
هـ الالتزام بالامتثال لتعليمات السلطة الرقابية بتقديم معلومات عن كيفية معالجة البيانات وأسلوب حمايتها¹⁵¹.

ويعاقب القانون المصري بالغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه كل من جمع أو عالج أو أفشى أو أتاح أو تداول بيانات شخصية معالجة الكترونياً بأي وسيلة من الوسائل في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بدون موافقة صاحب البيانات. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة شهور وبغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز مليوني جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا ارتكب ذلك مقابل الحصول على منفعة مادية أو أدبية، أو بقصد تعريض صاحب البيانات للخطر أو الضرر (المادة 36 من القانون).

ويعاقب بغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون جنيه، كل حائز أو متحكم أو معالج امتنع دون مقتضى من القانون عن تمكين صاحب البيانات من ممارسة حقوقه. ويعاقب بغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز مليوني جنيه كل من جمع بيانات شخصية دون توافر الشروط القانونية لجمعها (المادة 37 من القانون).

ويعاقب بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثة ملايين جنيه، كل متحكم أو معالج لم يلتزم بواجباته المنصوص عليها في القانون (المادة 38 من القانون).

ويعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز مليوني جنيه، كل ممثل قانوني للشخص الاعتباري لم يلتزم بإحدى واجباته المنصوص عليها في المادة (8) من القانون (المادة 39 من القانون)¹⁵².

ويعاقب بغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه ولا تجاوز مليوني جنيه كل مسؤول حماية بيانات شخصية لم يلتزم بمقتضيات وظيفته المنصوص عليها في القانون.

ويعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة شهور وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسة ملايين جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل حائز أو متحكم أو معالج جمع أو تداول أو عالج أو أفشى أو خزن أو نقل أو حفظ بيانات شخصية حساسة بدون موافقة صاحب البيانات أو في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

155 انظر ص 20 وما بعدها من البحث.

156 تنص اللائحة في الفصل التاسع منها: المواد من 85 – 91 على التزام الدول الأعضاء في قوانينها وتنفيذها لللائحة على التوفيق بين حماية البيانات الشخصية وحرية التعبير والحق في الحصول على المعلومات ومتطلبات البحث العلمي. وفي سبيل تحقيق مثل هذا التوفيق والتوازن نصت اللائحة على الاستثناءات الواردة على مبادئ المعالجة وحقوق أصحاب البيانات من جانب، ونصت على الضمانات الواجب توافرها عند ممارسة هذه الاستثناءات حفاظاً على حقوق وحرية أصحاب البيانات.

157 الفقرتان (1,2) من المادة 58 من اللائحة.

158 تنص المادة 39 من القانون المصري على أنه متى كان المتحكم أو المعالج شخصاً اعتبارياً فلا بد لممثله القانوني أن يقوم بتعيين مسئول مختص عن حماية البيانات الشخصية.

الخاتمة:

أولاً: النتائج:

-تمثل اللائحة بكل أحكامها مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية حقوق وحرية ومصالح الأفراد الذين يتم جمع بياناتهم الشخصية، والهدف النهائي من تشريعها هو ضمان العدالة والشفافية في معالجة البيانات وفي نتائج هذه المعالجة.

-لم يميز المشرع الأوروبي وقانون مركز دبي المالي العالمي بين مفهوم البيانات والمعلومات في تعريفه للبيانات الشخصية، وهو أمر ينبغي استدراكه لديه أو عند الاسترشاد باللائحة لوضع تشريع في بلد آخر.

- عند تعريفه للمتحمك في البيانات، اكتفى المشرع الأوروبي بالنص على معالجة البيانات باعتبار أن المعالجة تشمل كل صور التعامل مع البيانات، بيد أن المشرع المصري أضاف صوراً لنشاط المتحمك في البيانات توحى بأنها مختلفة عن مفهوم معالجة البيانات عندما نص على: "الحصول على البيانات، وتحديد طريقة وأسلوب ومعايير الاحتفاظ بها أو معالجتها والتحكم فيها طبقاً للغرض المحدد أو نشاطه".

-توسع المشرع الأوروبي في تحديد نطاق تطبيق اللائحة الإقليمية مستهدفاً كل متحمك أو معالج للبيانات يقوم بمعالجة بيانات شخصية تتعلق بمواطن أو مقيم في إحدى دول الاتحاد ولو لم يكن المتحمك أو المعالج قد تأسس في إحدى دول الاتحاد وليس له مقر أو فرع فيها، وحتى لو لم يكن البلد العضو هو مركز النشاط الفعلي له، مما يعد خروجاً على المعايير التقليدية المتعارف في تحديد نطاق تطبيق التشريعات، وهو أمر محمود فرضته في تقدير الباحث طبيعة شبكة الإنترنت التي تسمح بمعالجة البيانات عن بعد.

- اختلفت تحديدات التشريعات لاسيما اللائحة الأوروبية والقانون المصري لمضمون البيانات الحساسة؛ فالمشرع الأوروبي يشير إلى البيانات التي تفصح عن الأصل العرقي أو الاثني أو العضوية النقابية والبيانات المتعلقة بالطبيعة أو الحياة الجنسية وهي بيانات لم يشر إليها المشرع المصري. ومن جانب آخر يشير المشرع المصري إلى بيانات الحالة الأمنية وهو مالم تشر إليه اللائحة الأوروبية والتشريع الفرنسي.

- أخضع المشرع الأوروبي والتشريعات محل الدراسة معالجة البيانات الشخصية لضوابط (مبادئ) ينبغي مراعاتها من قبل كل متحمك في البيانات أو معالج لها أهمها: مشروعية وعدالة وشفافية المعالجة، وإجراء المعالجة في حدود الغرض منها، والتحقق من دقة البيانات، وترشيد استخدامها.

- منح المشرع الأوروبي والتشريعات محل الدراسة أصحاب البيانات حقوقاً لا بد أن يلتزم كل متحمك أو معالج للبيانات الشخصية باحترامها، وجاء بعضها مطلقاً مثل حق صاحب البيانات في رفض معالجة بياناته لأغراض التسويق، وتميزت الحقوق الأخرى ببعض القيود عند ممارستها مثل مراعاة المعالجة التي تتم لمصلحة عامة أو تنفيذاً لواجب قانوني ملزم للمتحمك في البيانات أو مراعاة لقيود الأرشفة والبحث العلمي والإحصائي.

- لم ينص القانون المصري بشكل مباشر على حالات ممارسة صاحب البيانات للحق في طلب الحذف كما هو الحال في بقية التشريعات.

- نص القانون المصري على مقابل تكلفة الخدمة المقدمة لصاحب البيانات من المتحمك أو المعالج فيما يخص ممارسة صاحب البيانات لحقوقه باستثناء العلم بأي خرق أو انتهاك لبياناته الشخصية؛ حيث نص القانون على أن يتولى مركز حماية البيانات الشخصية تحديد هذا المقابل بما لا يتجاوز

عشرين ألف جنيه، بينما اقتصرت اللائحة الأوروبية على تقرير تكلفة معقولة على الطلبات الإضافية دون تحديد معين.

- اشترط المشرع الأوروبي والتشريعات محل الدراسة تأسيس مؤسسة عامة مهمتها مراقبة كل عمليات معالجة البيانات الشخصية التي تتم بواسطة السلطات العامة والمؤسسات الخاصة ومنحها الكثير من السلطات والضمانات مما يوفر لها ممارسة مهامها باستقلال وحيدة تامة. ويحسب للمشرع الفرنسي أن جعل قوام تشكيل هذه السلطة من ممثلي السلطات التشريعية والقضائية واكتفى المشرع المصري بتشكيل قوام مركز حماية البيانات الشخصية من ممثلي السلطة التنفيذية.
- لم يقيد المشرع المصري تعيين موظف حماية البيانات لدى المتحكم في البيانات أو المعالج لها بأحوال معينة أو بعدد موظفيه، وإنما جاء النص مطلقاً، بأن يلتزم الممثل القانوني للشخص الاعتباري لأي متحكم أو معالج بأن يعين موظفاً مختصاً مسؤولاً عن حماية البيانات الشخصية.
- فرض المشرع الأوروبي غرامات باهظة على كل المخالفات التي نصت عليها اللائحة لردع محاولات الاستغلال غير المشروع للبيانات الشخصية في أغراض وأهداف غير مشروعة تمس بحق صاحب البيانات في حماية بياناته الشخصية والسيطرة عليها. وجاءت الغرامات في القانون المصري متوازنة ومراعية ظروف مختلف القائمين على معالجة البيانات الشخصية.

ثانياً: التوصيات:

- نوصي المشرع الإماراتي بالآتي:
- إصدار تشريع موحد متكامل لحماية البيانات الشخصية في سياق معالجتها على غرار اللائحة الأوروبية.
- وضع تعريف للبيانات الشخصية بوصفها معطيات أو حقائق قابلة للمعالجة واستدراك عدم التمييز بين البيانات والمعلومات الذي وقع فيه المشرع الأوروبي.
- تعريف معالجة البيانات كما جاء في اللائحة الأوروبية وأحكام القضاء الأوروبي بوصفها جميع أنواع التعامل مع البيانات الشخصية.
- تعريف المقصود "بحائز البيانات" كما جاء في القانون المصري.
- الاستفادة من اللائحة الأوروبية والقانون المصري في تحديد مضمون البيانات الحساسة المشار إليها في التشريعين.
- التوسع في تحديد نطاق تطبيق التشريع الإماراتي المأمول على غرار اللائحة الأوروبية نظراً للطبيعة العالمية لنشاط أبرز المتحكمين والمعالجين للبيانات الشخصية على شبكة الانترنت.
- التمييز في ضوابط المعالجة بين البيانات العادية والبيانات الحساسة مع مراعاة أن تكون معالجة بيانات الأطفال بموافقة ولي الأمر لكل أنواع البيانات.
- النص على حقوق صاحب البيانات ومنها الحق في الحذف وتحديد حالاته على غرار المشرع الأوروبي.
- إعادة النظر في صياغة القيود الواردة على حقوق أصحاب البيانات الشخصية والمتمثلة في متطلبات البحث العلمي والتاريخي والاكتفاء بالقول: متطلبات البحث العلمي حيث أنها تشمل كل العلوم الطبيعية والإنسانية ومنها التاريخ.
- إشراك ممثلي السلطة القضائية في نطاق المؤسسة المعنية بمراقبة مشروع معالجة البيانات الشخصية.
- تحديد وظيفة موظف حماية البيانات في نطاق الجوانب القانونية وتظل الحماية الفنية مسؤولية كل متحكم أو معالج أو حائز للبيانات.

- النص على تعيين موظف حماية البيانات لدى المتحكم في البيانات أو المعالج لها دون قيد عدد الموظفين لديه الذي نصت عليه اللائحة الأوربية.
- عدم التقيد بمقدار الغرامات الواردة في اللائحة وتقديرها حسب ما يقتضيه تطبيق التشريع في نطاق دولة الإمارات العربية المتحدة.

المراجع: أولاً: باللغة العربية:

- 1- سارة علي رمال، الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2018.
- 2- عبد الهادي فوزي العوضي، الحق في الدخول في طبي النسيان على شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- 3- فريد ه. كيت. ترجمة محمد محمود شهاب، الخصوصية في عصر المعلومات، مركز الأهرام للترجمة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999.
- 4- منى الأشقر، محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2018.

ثانياً : باللغة الإنجليزية:

- 1-Claudia Kodde, Germany's 'Right to be forgotten' – between the freedom of expression and the right to informational self-determination, International Review of Law, Computers & Technology, 2016 Vol. 30, Nos. 1–2, 17–31.
- 2-Chris Jay Hoofnagle, Bart van der Sloot & Frederik Zuiderveen Borgesius, The European Union general data protection regulation: what it is and what it means, Information & Communications Technology Law. Volume 28, 2019 . [Issue 1](#).
- 3-Daphne Keller, The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation, Berkeley Technology Law Journal. Vol.3:297.2018.
- 4-Edward S. Dove, The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era, The Journal of Law Medicine & Ethics · December 2018.
- 5- Françoise Gilbert, Article 29 Working Party Supports European Court of Justice "Right to be Forgotten" Rule. The computer & Internet Lawyer. Volume 31. Number 8. August 2014.
- 6-Kart Pormeister, Genetic Data and the research exemption: Is the GDPR going too far? International Data Privacy Law, 2017, Vol.7, N0.2.
- 7-Leenes Ronald, Van Brakel Rosamunde, [Gutwirth Serge](#), Data Protection and Privacy, Hart Pub Ltd, US, 2020.
- 8-Paul Lanois, Time to forget: EU privacy rules and the right to request the deletion of data on the internet. Journal of Internet Law. October 2014
- 9-Peter Carey, Data protection, fifth edition, Oxford.2018.
- 10-Susanna Lindroos-Hovinheimo, Legal Subjectivity and the 'Right to be Forgotten, Law Critique (2016) 27:289–301. <https://doi.org/10.1007/s10978-016-9185-0>.

11-SHLOMIT YANISKY-RAVID, TO READ OR NOT TO READ: PRIVACY WITHIN SOCIAL NETWORKS, THE ENTITLEMENT OF EMPLOYEES TO A VIRTUAL “PRIVATE ZONE,” AND THE BALLOON THEORY, AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol. 64: issue 1,2014.

12-Sidi Mohamed Sidi Ahmed and Duryana Mohamed, DATA IN THE INTERNET OF THINGS ERA: THE PROPERTIZATION OF DATA IN LIGHT OF CONTEMPORARY BUSINESS PRACTICES, International Journal of Business and Society, Vol. 21 S1, 2020, 81-94.

13-W. Gregory Voss, One Year and Loads of Data Later, Where Are We? An Update on the proposed European General Data Protection Regulation, Journal of Internet. Vol 16. Number 10.

المواقع الإلكترونية:

1-<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31993L0013>.

2-https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

3-<https://www.dimofinf.net/blo>

4-<https://ar.wizcase.com/blog>.

5-https://www.diffen.com/difference/Data_vs_Information.

6-<https://www.computerhope.com/issues/ch001629.htm>.

7- <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-12/cp170140en.pdf>.

8-<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dbef2017-2532-48fe-a391-1c9aa0c0e737>.

9-<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>.

الموسوعات والمعاجم:

1-موسوعة ويكيبيديا <https://ar.wikipedia.org>

أكسفورد:

2-معجم

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/data?q=data>.

3-معجم جوجل (Google Dictionary)

<https://chrome.google.com/webstore/detail/google-dictionary-by-goog/mgijmajocgfcbeboacabfgobmjgjoja?hl=en>.

النتشريات:

1-REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

2-Law n ° 78-17 of January 6, 1978, relating to data processing, files and freedoms.

3-DATA PROTECTION LAW DIFC LAW NO. 5 OF 2020.

4- القانون المصري رقم (151) لسنة 2020 بإصدار قانون حماية البيانات الشخصية.

5-COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

6-DIRECTIVE 2002/58/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) :E-privacy Directive(2002/58/EC).

7-COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

8-Charter of Fundamental Rights of the European Union.

9-Convention for the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms.

10-Data Protection Act 1998 is up to date with all changes known to be in force on or before 20 June 2020.

الأحكام القضائية:

1- Campbell v Mirror Group Newspapers [2002] EWHC 299

2- Lindqvist (case C-101/01 [2004]

3-Judgment in Case C-434/16 Peter Nowak v Data Protection commissioner.

4-Deer-v-University of Oxford [2017] EWCA (Civ) 121.

5-Ezsias v Welsh Ministers [2007] All ER (D) 65.

6-Johnson v MDU (2007) EWCA Civ 262. Durant v FSA [2003] EWCA Civ 1746.

7-Dr Cécile Deer v the university of Oxford [2017] EWCA Civ 121.

8-AVILKINA AND OTHERS v. RUSSIA.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-120071%22%7D>.

9-Judgment in Case C-40/17 Fashion ID GmbH & Co. KG v erbraucherzentrale NRW eV. Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 99/19 Luxembourg, 29 July 2019.

10-C-212/13 František Ryněš v. Úřad pro ochranu osobních údajů [2014] ECLI:EU:C: 2014:2428.

Romanization of Arabic references

1. Sara eali rimal, alhaqu fi alkluswsyt fi aleasr alraqamii, manshurat alhalbii alhuquq, bayrut, al'uwlaa 2018 ،
2. Abdo alHadi Fawzi AlAwadi, alhaqu fi alnisain fi aleasr alraqamii, Dar AlNahda AlArabiya, , alkiarah, 2014.
3. Freed . Kaith , alkluswsyt fi aleasr almalomatiah, markiz alahram litargamah waalnshir, al'uwlaa ,alkiarah, 1999.
4. Mona alshqar, Mahmoud Jabbour, paynat shakhsaih waalkawaneen alarabiah, almarkiz alarabi le alpohouth alkanoniah walkathiayah, gamiat aldowal alarabiah, alkiarah, 2018.

المحاكم الجنائية الدولية الخاصة
المحكمة الخاصة بكمبوديا أنموذجاً

الدكتور شيروان علي محمود
أستاذ مدرس في كلية القانون- قسم القانون العام
جامعة السليمانية – العراق

تاريخ التسليم: 2021/3/26 تاريخ القبول: 2021/5/23

**Special international criminal courts
The Special Court for Cambodia as a model**

**Dr. Sherwan Ali Mahmoud
College of Law - Department of Public Law
Sulaymaniyah University - Iraq**

الملخص

يتناول هذا البحث أنموذجا جديدا من القضاء الجنائي الدولي، وهو المحاكم المختلطة، ومن بين هذه المحاكم المختلطة تم اختيار الدوائر (الغرف) الاستثنائية لكمبوديا، وهي المحكمة المختلطة التي تم تشكيلها في سياق السلطة القضائية الكمبودية، لمحكمة مرتكبي الجرائم الدولية في حق الشعب الكمبودي، من جانب السلطة الحاكمة (الخمير الحمر) خلال عامي 1975-1979. وطبقت المحكمة القانون الجنائي الكمبودي وبعض المعاهدات الدولية التي صادقت عليها على القضايا المرفوعة إليها، واستطاعت توقيع العقاب بحق البعض من المتهمين الكبار الكمبوديين، أما البعض الآخر منهم فإما توفته المنية أو لم تطله الملاحقات القضائية بسبب قوانين العفو التي أصدرتها حكومة كمبوديا أو عدم قدرة المحكمة على إحضارهم أمام العدالة.

الكلمات المفتاحية: المحاكم المختلطة، الدوائر الاستثنائية الكمبودية، الخمير الحمر، الجرائم الدولية، الأمم المتحدة.

Abstract

This research deals with a new model of international criminal justice, which is the mixed courts, and among these mixed courts the exceptional chambers (chambers) for Cambodia were chosen, which is the mixed court that was formed in the context of the Cambodian judiciary, to try the perpetrators of international crimes against the Cambodian people, by The ruling authority (the Khmer Rouge) during the years 1975-1979, and the court applied the Cambodian criminal law along with some international treaties that Cambodia has ratified on the cases brought before this court, and the court was able to punish some of the major Cambodian defendants, some of whom died without being affected. Prosecutions due to amnesty laws issued by the Cambodian government and the court's inability to bring them to justice.

Key words: Mixed Courts, Cambodian Extraordinary Chambers, the Khmer Rouge, International Crimes, and the United Nations.

المقدمة

إن فكرة إنشاء محاكم جنائية دولية لم تكن مستساغة في ظل مجتمع دولي أقر مجموعة من المبادئ، كالسيادة والحصانة وعدم التسليم وإقليمية القانون الجنائي، كل هذا أجّل فكرة إقامة هيئات قضائية دولية، إلى أن تجرع العالم مرارة الحربين العالميتين وخاصة الثانية، لتنبور لأول مرة فكرة إقامة العدالة الجنائية الدولية لتكريس عدم الإفلات من العقاب. وتظهر أهمية تحقيق العدالة لضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، والذي لا يمكن أن يترجم على أرض الواقع إلا بتجريم هذه الانتهاكات ووضع الآليات القانونية والقضائية اللازمة لضمان متابعة ومعاقبة مرتكبيها. وتوالت المحاولات لإنشاء قضاء دولي جنائي لقمع هذه الانتهاكات، إذ تقتضي العدالة الجنائية بوجود هيئات قضائية منشأة قبل ارتكاب الجرائم المعاقب عليها، كما يتطلب مبدأ الشرعية وجود النص التجريمي قبل الجريمة، إلا أن خصوصية الجرائم الدولية وخطورتها دعت إلى خلق محاكم مؤقتة لمعاقبة المسؤولين على تلك الجرائم، فعقب الحرب العالمية الثانية دعت دول الحلفاء بعد انتصارها في الحرب إلى إنشاء محاكم مؤقتة تقرر فيها المسؤولية عن جرائم الحرب، وهو ما حصل فعلاً حيث أنشئت محاكم مؤقتة في كل من ألمانيا (المحكمة العسكرية لنورمبرغ) وطوكيو (محكمة طوكيو) أسفرت كلتاهما عن تقرير أهم مبادئ المسؤولية الجنائية الفردية عن الجرائم الدولية.

منذ ذلك الحين ولعقود طويلة ارتكبت جرائم دولية خطيرة تصور أصحابها أن المحاكم المؤقتة مجرد ظاهرة لن تتكرر، حيث وقعت عدة انتهاكات وجرائم دولية بقيت بلا عقاب، فتمادت عدة دول في خرق التزاماتها الدولية وارتكبت جرائم إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية في كل من يوغسلافيا ورواندا، بحيث عادت للواجهة فكرة القضاء الجنائي المؤقت بتدخل مجلس الأمن الدولي، والذي أصدر قرارات بإنشاء محاكم جنائية دولية متخصصة في الدولتين قصد تحقيق السلم والأمن الدوليين، ليعيد للأذهان فكرة العدالة الجنائية الدولية. وحققت الأمم المتحدة خطوات مهمة في وضع إطار عالمي للمساءلة عن الجرائم الدولية الخطيرة. ومهدت المحكمتان الجنائيتان الدوليتان الخاصتان، المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، اللتان أنشأهما مجلس الأمن، الطريق لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

لم تقتصر العدالة الجنائية الدولية على إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، بل استحدثت وسائل حديثة للمعاقبة على الجرائم الدولية ولتحقيق العدالة الجنائية الدولية، منها اللجوء إلى إنشاء محاكم جنائية تعرف بالمحاكم الجنائية المدولة أو المختلطة، لأنها تجمع بين عناصر وطنية وأخرى دولية، وقد ساهمت بدورها في منع إفلات الجناة من العقاب مع محاولة خلق التوازن بين السيادة الوطنية وإحلال العدالة الدولية. وهناك سوابق عدّة في العالم في مجال تشكيل محاكم جنائية دولية (مختلطة) متخصصة في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية تحت إشراف دولي، منها المحكمة الجنائية الخاصة بسيراليون، الغرف الخاصة بمحاكمة الخمير الحمر بكمبوديا، الغرفة الخاصة بتييمور الشرقية. وبما أن عدد هذه المحاكم الخاصة كثير ومتعدد، ارتأينا تحديد نطاق البحث بدراسة المحكمة الخاصة بكمبوديا.

أولاً/ أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في دراسة نموذج جديد من العدالة الجنائية الدولية، والتي تتمثل في إنشاء محاكم دولية جنائية مختلطة، أو ما يسمى بالهجينة أو المدولة أو ذات الطابع الدولي. وهذه المحاكم المختلطة تتميز بوجود خليط من القضاة المحليين والدوليين جنبا إلى جنب، يعملون معا من أجل تحقيق العدالة لضحايا الجرائم الدولية. وتتشكل هذه المحاكم بناء على مشاورات ومفاوضات بين حكومة محلية حصلت فيها جرائم دولية، وبين ممثل منظمة الأمم المتحدة الذي يقدم الدعم والمساعدات المادية والمعنوية للمحكمة المختلطة ويرفد المحكمة بقضاة دوليين أكفاء. وبما أن المحاكم المختلطة تصنف إلى أنواع كثيرة، فقد وقع الاختيار على الدوائر (الغرف) الاستثنائية لكمبوديا لتكون موضوعاً لمدار البحث.

ثانيا/ إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث في تقصي مدى قدرة المحكمة المختلطة الخاصة بكمبوديا على النهوض بالواجب الملقى على عاتقها والمتمثل في منع الجناة من الإفلات من العقاب. لذا تتحتم دراسة هذه المحكمة لمعرفة قدرتها على مواجهة التحديات الكثيرة التي واجهتها في طريق أداء عملها، من حيث توفيق الانسجام بين القضاة المحليين والدوليين لكي يعملوا كفريق عمل واحدة لتحقيق الهدف المنشود، وكذلك كيفية توفير الموارد المالية الضرورية لتيسير عمل المحكمة، وأيضا قدرة هذه المحكمة على العمل بشكل مستقل بعيدا عن التدخلات والتأثيرات الخارجية، التي تحاول الحد من عملها أو التدخل في شؤونها، وكذلك تحديد نجاح أو فشل المحكمة الخاصة بكمبوديا في ملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية التي وقعت في كمبوديا، وبيان الأثر الإيجابي أو السلبي الذي تركته المحكمة على المجتمع الكمبودي في تحقيق العدالة الجنائية لضحايا الجرائم الدولية.

ثالثا/ فرضية البحث: إن المشاورات والمفاوضات التي استمرت بين حكومة كمبوديا وممثل منظمة الأمم المتحدة، والتنازلات التي قدمها الطرفان من أجل الوصول إلى صيغة مقبولة من الطرفين من أجل إنشاء محكمة مختلطة ضمن السلطة القضائية الكمبودية، والتي عرفت فيما بعد بـ(الدوائر الاستثنائية لكمبوديا) أو (محكمة الخمير الحمر) أو (الغرف الاستثنائية لكمبوديا)، قد تمثل فرضية مقبولة لحل إشكالية منع مرتكبي الجرائم الدولية الواقعة في الفترة ما بين 1975 و1979 في كمبوديا من الإفلات من العقاب، بحيث تحفظ لكمبوديا سيادتها الوطنية على قضائها لمحاكمة مرتكبي تلك الجرائم الدولية بحق شعبها، كما قد ترضي الجهات الدولية من خلال مشاركة دولية في عمل المحكمة لحفظ واحترام المعايير الدولية في إجراء محاكمات تتسم بالعدالة والشفافية والاستقلالية.

رابعا/ منهجية البحث: تم الاعتماد على المنهج التحليلي كمنهج أساس في هذه الدراسة، لتحليل النصوص القانونية ذات الصلة. كما تم الاعتماد على المنهج التاريخي كمنهج فرعي للإشارة إلى أهم الأحداث والوقائع والجرائم التي كان لها أثر كبير على تأسيس المحكمة وتحديد اختصاص المحكمة نوعيا وشخصيا.

خامسا/ نطاق البحث: يتحدد نطاق البحث بدراسة المحكمة الخاصة بكمبوديا، ولا يتطرق إلى الأنواع الأخرى من المحاكم المختلطة مثل: المحكمة الخاصة بتييمور الشرقية، سيراليون، كوسوفو، لبنان، وغيرها.

سادسا/ هيكلية البحث: من أجل الإحاطة بموضوع البحث من أغلب جوانبه ارتأينا تقسيم خطة البحث إلى مطلبين أساسيين، بحيث أفردنا المطلب الأول لتأسيس المحكمة وهيكليتها، وذلك في فرعين مستقلين، كما خصصنا المطلب الثاني لتوضيح اختصاص المحكمة وأهم تطبيقاتها القضائية في فرعين مستقلين.

المطلب الأول

الإطار الشكلي للمحكمة الخاصة بكمبوديا

سوف يتم استعراض أهم الأحداث والوقائع والجرائم الدولية التي ارتكبت في كمبوديا خلال الاعوام 1975-1979 أثناء فترة حكم الخمير الحمر، والتي كان لها دور كبير في تحديد اختصاص المحكمة نوعيا وشخصيا وزمنيا. كما سيتم التطرق إلى دور الأمم المتحدة في هذا المجال، والمفاوضات والمشاورات التي جرت بين حكومة كمبوديا وممثل منظمة الأمم المتحدة من أجل الوصول إلى اتفاق لتشكيل محكمة مختلطة في إطار السلطة القضائية الكمبودية. كما سنبين هيكلية المحكمة المشكلة في فرعين مستقلين، بحيث يتناول الفرع الأول تأسيس المحكمة، ويخصص الفرع الثاني لهيكليتها:

الفرع الأول

تأسيس المحكمة الخاصة بكمبوديا

خلال فترة حكم الخمير الحمر في كمبوديا الديمقراطية برئاسة (بول بوت)، التي دامت من (1975 إلى 1979) ارتكبت منظمة الخمير الحمر جرائم دولية وانتهاكات للقانون الدولي ولحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وقد بلغ عدد ضحايا الحرب الأهلية الكمبودية التي لم تنته إلا بتدخل فيتنام في كانون الأول 1978⁽¹⁾ نحو مليوني قتيل من تعداد 8,4 مليون نسمة⁽²⁾.

وظلت هذه الجرائم فترة طويلة بمنأى عن العقاب طيلة سنوات طويلة، ولم تقع محاكمة للمسؤولين عن هذه الجرائم طالما كان للخمير الحمر السيطرة التامة على مقاليد الحكم. وحتى بعد سقوط نظام (بول بوت) زعيم الخمير الحمر عام 1979 لم تتم محاكمة هؤلاء الأشخاص بسبب اعتبارات دولية وداخلية⁽³⁾. أثناء مداوات مجلس الأمن بشأن الحالة في كمبوديا، أيدت الدول الاشتراكية، وهي الاتحاد السوفييتي – السابق- وبولندا وكوبا و تشيكوسلوفاكيا السابقة، وألمانيا الديمقراطية- السابقة- وبلغاريا⁽⁴⁾ التدخل الفيتنامي العسكري في كمبوديا، نتيجة الممارسات غير الإنسانية التي مارستها عصابة (بول بوت) في كمبوديا، ولكون الهدف الأساس من التدخل الفيتنامي في كمبوديا سنة 1978، إنقاذ الشعب من الإبادة على يد نظام (بول بوت)⁽⁵⁾.

جدير بالذكر أنه، بعد هجوم الجيش الفيتنامي بتاريخ 1979/1/7 والسيطرة على كمبوديا، هرب الخمير الحمر إلى أدهال كمبوديا واستمروا في حرب عصابات ضد الحكومة الجديدة، وذلك بدعم من الولايات المتحدة الأمريكية والصين، أما (بول بوت) ووزير خارجيته (إينج ساري) فقد هربا إلى الحدود الكمبودية التايلاندية، حيث طلب زعيم الخمير الحمر اللجوء السياسي من تايلاند التي منحتة إياه بسبب عدائها لفيتنام⁽⁶⁾. وفي ظل الحكومة الكمبودية الجديدة الموالية لفيتنام، تمت محاكمة كل من (بول بوت) ووزير خارجيته غيابيا، وحكم عليهما بالإعدام. إلا أن هذه المحاكمة لم تكن تتمتع بالنزاهة ولم تتوفر فيها أبسط قواعد المحاكمة

¹ إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 90، العدد 870، 2008، ص 87. والخمير الحمر حزب سياسي حكم كمبوديا الديمقراطية خلال أعوام 1975-1979، وهو عبارة عن حلف لمجموعة أحزاب شيوعية، تطورت لاحقا لتشكيل الحزب الشيوعي، وعرفت أيضا باسم منظمة حزب الخمير الشيوعي أو الجيش الوطني لكمبوديا الديمقراطية. والخمير الحمر مسؤول عن موت حوالي مليوني شخص بقيادة زعيمها بول بوت. للمزيد ينظر: بوفرقان حمامة، جزاء مخالفة قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 125.

² بشير نبيل، المسؤولية الدولية في عالم متغير، ط1، مطبعة عبير، القاهرة، 1994، ص 374.

³ عبدالله علي عيو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الانسان، ط1، دجلة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 255-256.

⁴ رجدال أحمد، حماية حقوق الإنسان من التدخل الدولي الإنساني إلى مسؤولية الحماية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة احمد بوقرة، بومرداس، 2016، ص 33.

ويمكننا التمييز في هذا الشأن بين ثلاثة أنماط للتدخل الإنساني؛ تدخل إنساني دولي جماعي بتفويض من مجلس الأمن، وتدخل إنساني إقليمي تضطلع به منظمة إقليمية مع مراعاة أحكام ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة في هذا الخصوص باستخدام القوة، وتدخل إنساني أحادي دون تفويض من مجلس الأمن تضطلع به سواء دولة أو مجموعة من الدول،... وتمثلت هذه التدخلات بدرجات أساسية في التدخلات الأحادية بالقوة دون تفويض من مجلس الأمن كالتدخل الفيتنامي في كمبوديا عام 1978. للمزيد ينظر: عماد جاد، التدخل الدولي، مجلة الديمقراطية، العدد 2، سنة 2001، ص 58.

⁵ ديوكرا إدريس، مبدأ التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 314.

⁶ احمد محمد المهدي بالله، النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص 227.

العادلة. ولم يتم قبول المحكمة الشعبية الثورية التي حاكمت (بول بوت) رئيس خمير الحمر، و(إينج ساري) وزير الخارجية، في 1979، ولا الاعتراف بها من قبل شعب كمبوديا، وهو ما جعل الشعب الكمبودي يرفض هذه المحاكمات التي اعتبرها نظام عدالة فرضه (المحرر- الغازي) الفيتنامي⁽⁷⁾.

بعد انسحاب القوات الفيتنامية من كمبوديا ابتداء من سنة 1989 وإجراء انتخابات ديمقراطية سنة 1993، رجعت فكرة محاكمة الخمير الحمر على جرائمهم المرتكبة خلال حكمهم، وأعلن عن ذلك رسمياً ابتداء من سنة 1997، حيث أعربت الحكومة الكمبودية عن نيتها محاكمة الخمير الحمر بمساعدة الأمم المتحدة⁽⁸⁾. كما فرض مجلس الأمن حظراً على البترول وعلى السلع البترولية في المناطق التي يسيطر عليها الخمير الحمر في (كمبوديا)، وذلك بغاية الضغط عليهم من أجل إلقاء السلاح والدخول في المصالحة الوطنية⁽⁹⁾.

جدير بالإشارة أنه لم تقتصر النتائج السلبية التي خلفتها الحرب الأهلية الكمبودية على إيقاع عدد هائل من الضحايا في صفوف الكمبوديين بسبب الجرائم الدولية التي ارتكبتها الخمير الحمر في فترة حكمهم، بل تعدتها إلى سقوط أعداد هائلة أخرى من الضحايا المدنيين وتعطيل وصول الإمدادات الطبية والإنسانية، نتيجة تحول جزء كبير من الأراضي إلى حقول ألغام⁽¹⁰⁾. كما انتشرت ظاهرة الإجرام المنظم بسبب الفقر وتدني مستويات المعيشة وخصوصاً ظاهرة بيع الفتيات الصغيرات في السن⁽¹¹⁾.

لعبت عناصر حقوق الإنسان دوراً متميزاً في عمليات حفظ السلام في كمبوديا حيث شجعت السلطات الكمبودية على الانضمام إلى المعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، وهو ما تحقق سنة 1992، حيث صادقت كمبوديا على العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان. كما قامت تلك العناصر بعدة حملات توعية وتربية في مجال حقوق الإنسان وتنظيم عدة دورات تكوينية للموظفين ورجال القانون والقضاء والشرطة والمحامين، وقامت بالتحقيق في العديد من الانتهاكات⁽¹²⁾.

في سنة 1991 أرسلت الأمم المتحدة بعثة إلى كمبوديا عرفت بتسمية (MIPRENUC). وقد كان الغرض منها مساعدة الكمبوديين للحد من النزاع الداخلي وتقديم المساعدة والمشورة للإعداد لانتخابات حرة، والمساعدة كذلك في بناء أجهزة الدولة التي دمرتها الحرب الأهلية، وخصوصاً الأجهزة القضائية⁽¹³⁾.

استدعى النظام المختل وظيفياً للعدالة الجنائية الموروث عن الخمير الحمر إصلاحاً قانونياً مهماً خلال فترة انتداب السلطة الانتقالية للأمم المتحدة في كمبوديا (1992-1993) (UNTAC)، وكذلك في أعقاب هذه الفترة. ومن بين المجالات التي استهدفها هذا التشريع القانون والإجراءات الجنائية وسلطات الشرطة وكذلك نظام السجون والمحاكم. غير أن قانون السلطة الانتقالية للأمم المتحدة في كمبوديا (UNTAC)، وهو الجزء الأول من الإصلاح القانوني الذي تم تطبيقه خلال المرحلة الانتقالية للبلاد- تعرض لانتقادات واسعة لافتقاره إلى الوضوح وتناقضه مع قوانين أخرى وعدم اتساقه مع الأحكام الأساسية لحقوق الإنسان⁽¹⁴⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه في إطار المفهوم الواسع لتهديد السلم وتطبيق الفصل السابع لأغراض إنسانية، بدأ مجلس الأمن يشرف على نشاطات ذات طابع داخلي تتمثل في العمل على إقامة أنظمة سياسية ديمقراطية من خلال مساعدة الدول على إجراء انتخابات حرة ونزيهة، وبالتالي تطور دور مجلس الأمن عما كان عليه

⁷ إيريك سوتاس، مصدر سابق، ص 88-89.

⁸ بوشمال صندرة، الجرائم ضد الإنسانية ضمن اجتهاد المحاكم الجنائية الدولية والوطنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص 131.

⁹ سولاف سليم، الجزاءات الدولية غير العسكرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2006، ص 78.

¹⁰ جودي وليمز، الألغام الأرضية والتدابير الرامية إلى إزالتها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، السنة الثامنة، العدد 43، 1995، ص 286-287.

¹¹ د.محمود شريف بسبوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية ماهيتها ووسائل مكافحتها دولياً وعربياً، دار الشروق، القاهرة، 1998، ص 86.

¹² عباس عبدالأمير إبراهيم العامري، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 127.

¹³ فاطمة بلعيش، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، 2008، ص 44.

¹⁴ فيفيان أوكونر وكوليت روش، القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المجلد الثاني، مطبعة معهد الولايات المتحدة للسلام، واشنطن، 2011، ص 6-7.

أثناء الحرب الباردة ليصب اهتمامه على الخيارات السياسية للدول عن طريق إعادة السلم أو بنائه بدولة ما، وليس المحافظة عليه فقط، وهو الوضع الذي عرف تطبيقه في كمبوديا. ومن جهة أخرى قد لا يتوافر في الدولة التي حدث فيها التدخل العسكري نظام قضائي يؤدي عمله على الوجه الصحيح، مما جعل الأمم المتحدة تدرك بشكل متزايد - خاصة منذ عملية سلطة الأمم المتحدة الانتقالية في كمبوديا - أهمية إعادة ترتيب النظم القضائية في أسرع وقت ممكن بعد التدخل من خلال إنشاء المحاكم الجنائية المختلطة. وأخيرا فإنه إذا كان للقوة المتدخلة ولاية حماية حقوق الإنسان ومنع وقوع المزيد من الانتهاكات، فإنه دون وجود نظام يعاقب منتهكي هذه الحقوق، فستصبح مهام القوة غير قابلة للتحقيق، كما أنها ستفقد مصداقيتها محليا ودوليا⁽¹⁵⁾.

إن تدويل النزاعات لا يعود إلى تدخل دولة أجنبية وإنما إلى تدخل قوات منظمة دولية كالأمم المتحدة أو منظمة إقليمية قررت التدخل لأسباب إنسانية بإرسال قواتها الدولية لحل النزاع المسلح الداخلي مع وضع حلول أو تسوية يتم التفاوض بشأنها لحل كل النزاع كما حصل مع كمبوديا، حيث انتهى النزاع المسلح فيها بوضع اتفاقية باريس عام 1991⁽¹⁶⁾. وأنهت اتفاقية باريس المؤرخة في 1991/10/23 الحرب الأهلية في كمبوديا، بحضور (19) دولة، من بينها الأعضاء الدائمون في مجلس الأمن وجمهورية كمبوديا الديمقراطية وكل المجموعات الكمبودية المتنافسة بمن فيهم الخمير الحمر⁽¹⁷⁾، ودعت اتفاقية باريس إلى إنشاء سلطة الأمم المتحدة المؤقتة في كمبوديا (UNTAC) مهمتها تنظيم انتخابات حرة، نزيهة، وحيادية. وتم إجراء الانتخابات في الفترة ما بين 1993/5/28-23، تحت رقابة (UNTAC) وتشكلت حكومة جديدة من بين مختلف الأطراف الكمبودية الحاضرة في اتفاق باريس للسلام، لكن لم تظهر فكرة محاكمة الخمير الحمر إلا بتاريخ 1997/1/21، حين بعث رئيس وزراء كمبوديا (هون سن) (HUN SEN) خطابا إلى الأمين العام للأمم المتحدة يطلب فيه المساعدة في محاكمة كل المسؤولين عن الجرائم الدولية المرتكبة أثناء حكم الخمير الحمر⁽¹⁸⁾.

بعد قرابة عشرين سنة من سقوط نظام الخمير الحمر، قامت حكومة كمبوديا بتاريخ 1997/1/21، بطلب المساعدة من الأمم المتحدة لمحاكمة المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة خلال فترة حكم الخمير الحمر⁽¹⁹⁾، وطلبت الجمعية العامة من الأمين العام للأمم المتحدة، أن ينظر في طلب السلطات الكمبودية المساعدة على مواجهة الانتهاكات الخطيرة الماضية للقانونين الكمبودي والدولي، بما في ذلك إمكانية قيام الأمين العام بتعيين فريق من الخبراء لتقييم الأدلة الموجودة واقتراح تدابير أخرى⁽²⁰⁾.

بناء على طلب الجمعية العامة، قام الأمين العام بتعيين فريق للخبراء من ثلاثة أعضاء لتقييم الأدلة، بهدف تحديد طبيعة الجرائم التي ارتكبتها الخمير الحمر، وتقييم إمكانية تتبعهم واستكشاف الخيارات القانونية لتقديمهم إلى العدالة أمام هيئة قضائية دولية أو وطنية.

زار فريق الخبراء كمبوديا وتايلند خلال الفترة 1998/11/24-14، وقدم تقريره إلى الأمين العام في 1999/2/22. وقد جاء فيه أن الأدلة التي تم جمعها تثبت ارتكاب جرائم خطيرة بموجب القانون الدولي والكمبودي، وأن هناك ما يكفي من الأدلة وشهادات الشهود لتبرير اتخاذ إجراءات قانونية ضد الخمير الحمر لارتكابهم تلك الجرائم. كما تم تكييف تلك الجرائم بأنها من صنف جرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية وجرائم الحرب والعمل القسري والتعذيب والجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المحميين دوليا، بالإضافة إلى

¹⁵ حساني خالد، مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبدالرحمن ميرة، مجلة سداسية محكمة، السنة الثالثة، المجلد الخامس، العدد الأول، بجاية، 2012، ص 25-26.

¹⁶ مولود أحمد مصلح، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كوبنهاغن، 2008، ص 50.

¹⁷ احمد محمد المهدي بالله، مصدر سابق، ص 228.

¹⁸ بوشمال صندرة، مصدر سابق، ص 132.

¹⁹ محزم شوقي، إنفاذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 93.

²⁰ قرار الجمعية العامة رقم 135/52 حول حالة حقوق الإنسان في كمبوديا، الفقرة السادسة عشرة، تأريخ الزيارة 2016/9/18، رقم الوثيقة:

A/52/49، متاح على شبكة الإنترنت على الموقع:

<http://www.un.org/arabic/documents/GARes/52/res52135.htm>

الجرائم المندرجة في إطار القانون الكمبودي. كما اقترح الخبراء الخيارات القانونية التالية لتقديم قادة الخمير الحمر إلى العدالة: أ/إنشاء محكمة بموجب القانون الكمبودي، ب/ إنشاء مجلس الأمن أو الجمعية العامة لمحكمة بوصفها محكمة دولية مخصصة، ج/ خيار مختلط يشمل إنشاء محكمة كمبودية تحت إدارة الأمم المتحدة، د/ إنشاء محكمة دولية بمعاهدة متعددة الأطراف⁽²¹⁾.

رفضت الحكومة الكمبودية توصية فريق الخبراء⁽²²⁾ بإنشاء محكمة دولية على غرار المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة ورواندا. في المقابل أصدرت كمبوديا قانونا بتاريخ 2001/8/10، أنشأت بموجبه دوائر استثنائية داخل المحاكم الكمبودية لمتابعة الجرائم التي ارتكبت خلال الفترة المعروفة فيها البلد كمبوديا الديمقراطية، لكن بعد إضفاء الاتفاق بين حكومة كمبوديا والأمم المتحدة على إنشاء الدوائر الاستثنائية، ومع بروز الحاجة من جديد لمساعدة الأمم المتحدة على المستويين القانوني والمالي⁽²³⁾، تبين عدم قدرة كمبوديا على القيام بتلك المحاكمات لوحدها دون مساعدة الأمم المتحدة، ما جعل الحكومة الكمبودية تعتمد إلى تعديل القانون المذكور.

وكانت محكمة كمبوديا (محكمة الخمير الحمر)، موضوع مفاوضات معقدة بين السلطات الكمبودية والأمم المتحدة دامت لأكثر من عامين⁽²⁴⁾، طلبت خلالها الأمم المتحدة بعض التعديلات في النظام القضائي الكمبودي ليتلاءم مع القانون الدولي. وقد رفضت كمبوديا هذه التعديلات التي اعتبرتها تمس من سيادتها القضائية⁽²⁵⁾. نتيجة لذلك، لم تبد الحكومة الكمبودية حماسا يذكر طيلة تلك المفاوضات فضلا عن غياب الالتزام الفعال والإيجابي بتنفيذ إنشاء الدوائر الاستثنائية وتفعيلها وكفالة قيامها بعملها على نحو مستمر⁽²⁶⁾. بعد مفاوضات شاقة وتنازلات متبادلة تم التوصل، في شهر تموز 2000، إلى مذكرة تفاهم بين الأمين العام للأمم المتحدة والحكومة الكمبودية تتضمن مشروعا لصيغة المحكمة الاتفاقية⁽²⁷⁾. كما توصلت الحكومة الكمبودية والأمم المتحدة إلى اتفاق بأن تتم المحاكمات عن الجرائم المرتكبة خلال فترة كمبوديا الديمقراطية وفق القانون الكمبودي، فتم إبرام اتفاقية ثنائية الأطراف لإنشاء الغرف الاستثنائية داخل النظام القضائي الداخلي الكمبودي في 2003/6/6. ثم صدر قرار عن الأمم المتحدة بتاريخ 2003/5/13، يتضمن الموافقة على الاتفاق الموقع بينها وبين الحكومة الكمبودية على تشكيل المحكمة وما يتعلق بها من إجراءات⁽²⁸⁾.

²¹ ياسر حسن كلزي، المواجهة الدولية والوطنية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص445. ولهذا الغرض عين كوفي عنان الأمين العام للأمم المتحدة - في حينه - عام 1998، فريقا من الخبراء لدراسة وتقييم إمكانية إنشاء محكمة كمبودية، وقدمت لجنة الخبراء تقريرها في آذار/1999، تناولت من خلاله أدلة على ارتكاب عدة جرائم دولية بكمبوديا، وأكدت على أهمية المساءلة القانونية باقتياد المتهمين أمام جهات قضائية، وضرورة مساعدة حكومة تايلاند في إلقاء القبض عليهم. واقتُرحت اللجنة ضمن تقريرها عدة خيارات لمحكمة الخمير الحمر، من بينها أن تكون المحكمة دولية عن طريق محكمة خاصة تابعة للأمم المتحدة في دولة أخرى غير كمبوديا، لأن المحاكم الكمبودية تفقر إلى القدرة والاستقلالية، إلا أن الحكومة الكمبودية رفضت هذا الاقتراح وكذا الاقتراحات الأخرى الصادرة عن الأمم المتحدة، فتدخلت الولايات المتحدة الأمريكية وأنهت المفاوضات بين الطرفين وتم الاتفاق على إنشاء محكمة كمبودية وطنية ذات تمثيل دولي محدود، وافق عليه البرلمان الوطني في 2001، وأقر ما سمي بالقانون المتعلق بإنشاء دوائر استثنائية في محاكم كمبوديا لمحكمة الجرائم المرتكبة خلال فترة حكم كمبوديا الديمقراطية، إلا أن الأمم المتحدة وأمام تقاعس الحكومة الكمبودية عن محاكمة الخمير الحمر، استأنفت المحادثات بتاريخ 2003/3/14 في بنوم بنه بشأن مشروع اتفاق لإنشاء محكمة خاصة تم التوصل إليه في 2003/3/18، ووقع الطرفان مشروع اتفاقية بشأن محاكمة الخمير الحمر اعتمدهت الأمم المتحدة، كما صادق عليه البرلمان الكمبودي وعدل بموجبه قانون 2001، فأصدر قانونا ثانيا في 2004/10/17 يتماشى مع الاتفاق المبرم مع الأمم المتحدة. للمزيد ينظر: بوشمال صندرة، مصدر سابق، ص131 - 133.

²² تقرير الأمين العام عن محاكمات الخمير الحمر، وثائق الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة، الدورة السابعة والخمسون، البند 109/ب من جدول الأعمال، بتاريخ 2003/3/31، ص4، رقم الوثيقة: A/57/769.

²³ بوروية سامية، معاقبة الجرائم ضد الإنسانية بين القانون الدولي والقانون الداخلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص322.

²⁴ ايلينا بيجيتش، المساءلة عن الجرائم الدولية من الترخيم إلى الواقع، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من اعداد 2002، ص188-190.

²⁵ د. ليلى نقولا، المحكمة الخاصة بلبنان نظرة تقييمية على ضوء التجارب الأخرى، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، العدد الثاني، بيروت، 2014، ص54-55.

²⁶ تقرير الأمين العام عن محاكمات الخمير الحمر، وثائق الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة، الدورة السابعة والخمسون، البند 109/ب من جدول الأعمال، بتاريخ 2003/3/31، ص6، رقم الوثيقة: A/57/769.

²⁷ عصماني ليلى، التعاون الدولي لقمع الجرائم الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013، ص62.

²⁸ مخلط بلقاسم، محاكمة مرتكبي جرائم الحرب أمام المحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، نابل، 2015، ص185.

وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها (228/57) بتاريخ 2003/5/13، على مشروع الاتفاق بين الأمم المتحدة وحكومة كمبوديا الملكية بشأن المحاكمة بموجب القانون الكمبودي على الجرائم المرتكبة خلال فترة حكم كمبوتشيا الديمقراطية، وحث الأمين العام، حكومة كمبوديا الملكية على اتخاذ جميع التدابير اللازمة لبدء نفاذ الاتفاق وتطبيقه، وتم توقيع الاتفاقية في 2003/6/6، في (بنوم بنه)، بين حكومة كمبوديا والأمم المتحدة، ووفقا للمادة (30) من الاتفاق يستلزم الاتفاق أن تصدق عليه السلطات الدستورية المختصة، وفي 2005/4/28 أرسل الأمين العام للأمم المتحدة إشعارا إلى حكومة كمبوديا، يفيد باستيفاء الأمم المتحدة للشروط القانونية لبدء نفاذ الاتفاق المبرم بينها وبين الحكومة الملكية الكمبودية، المتعلق بالمحاكمة بموجب القانون الكمبودي، على الجرائم التي ارتكبت في عهد نظام كمبوتشيا الديمقراطية، بناء على الاتفاق الموقع في بنوم بنه في 2003/6/6، وتبعاً لذلك، بدأ نفاذ الاتفاق في 2005/4/29، في اليوم التالي للإشعار (454)، وفقا للمادة (32) منه. وكذلك أيضا بعثت حكومة كمبوديا إشعارا بموجب تلك المادة في 2005/11/16⁽²⁹⁾. وقد بدأت هذه الدوائر عملها في 2006 في كمبوديا⁽³⁰⁾.

وجدير بالذكر أن الدوائر الاستثنائية لكمبوديا، رغم أنها أنشئت في ظل المحاكم الكمبودية القائمة وفق القانون الكمبودي، إلا أنها تتصف بالصفة الدولية لكونها أنشئت وفق اتفاقية دولية بين الأمم المتحدة والحكومة الكمبودية، ولكن رغم ذلك تبقى هذه المحكمة غير ملزمة للدول في مجال التعاون معها، وهذا عكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمحكمتي يوغسلافيا، ورواندا اللتان أسستا عن طريق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة⁽³¹⁾.

سميت الغرف التي ستتولى المحاكمة (الغرف الاستثنائية في المحاكم الكمبودية)، وفي العام ٢٠٠٤ تمّ تعديل قانون كمبودي داخلي كان قد أقرّ في العام ٢٠٠١، لكي تقبل الأمم المتحدة بالإجراءات التي تتبعها هذه (الغرف الاستثنائية داخل المحاكم الكمبودية، المُخصّصة لمحاكمة مرتكبي الجرائم المُرتكبة في ظلّ نظام الخمير الحمر)، لكن التقدم كان بطيئاً، فبسبب الفقر الشديد الذي تعانيه كمبوديا، وعجزها عن إيفاء حصتها للمساهمة في تمويل المحكمة للبدء بعملها، قامت بعض الدول المانحة بزيادة حصتها في تمويل المحكمة، إلى أن بدأت عملها بتعيين القضاة في أيار 2006، وقاموا بأداء قسم اليمين في 2006/7/1، الذي اعتبر التاريخ الفعلي لبدء عمل المحكمة⁽³²⁾. وقبل ذلك في 2003، قررت الأمم المتحدة وحكومة كمبوديا تعيين موعد للمحاكمات في 2007، وكانت الخطة تقضي بإنشاء محكمة تتألف من سبعة عشر كمبودياً وثمانية أعضاء دوليين⁽³³⁾.

نتيجة التنازلات الكثيرة التي قدمتها الأمم المتحدة بشأن إنشاء محكمة كمبوديا، بدا للكثيرين أن هذه المنظمة قد جازفت بسمعتها الدولية كراعية لحقوق الإنسان أو حامية ومشجعة على حمايتها، لأنها قدمت تنازلات كبيرة للحكومة الكمبودية بخصوص قبولها لكثير من شروط الكمبوديين حول تشكيل الدوائر الاستثنائية في إطار السلطة القضائية الكمبودية، التي يغلب عليها الطابع المحلي والمشاركة الثانوية للأمم المتحدة في تشكيلتها، وهذا الأمر يظهر جلياً، في عدد القضاة الذين سيعينون من جانب السلطة القضائية الكمبودية ليعملوا في (غرف) الدوائر الاستثنائية، والتي ستكون الغلبة فيها للقضاة الكمبوديين، وهذا بالتأكيد سيؤثر سلباً على المحاكمات التي ستجريها تلك الدوائر من ناحية احترام المعايير الدولية والتي من أهمها: الشفافية، العدالة، الاستقلالية، والحيادية. وهذه المبادئ المهمة لن تطبق بسبب التدخل الحكومي الكمبودي،

²⁹ ياسر حسن كلزي، مصدر سابق، ص 454-455.

³⁰ من وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل، الدورة السادسة، الصادر بتاريخ 2009/9/16، ص 7. رقم الوثيقة:

A/HRC/WG.6/6/KHM/1

³¹ إيلان فايزة، علاقة مجلس الأمن بالقضاء الجنائي الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 69.

³² د. ليلي نقولا، مصدر سابق، ص 54-55.

³³ إيريك سوتاس، مصدر سابق، ص 88-89.

وتقديم الرشاوي وغيرها من الأمور الأخرى المعروفة في البلدان الخارجة من الصراعات الداخلية، والتي تعاني أصلاً من ضعف أجهزتها القضائية. ويبدو أن الأمم المتحدة لم ترسخ لهذا الأمر طواعية، بل قبلت بها بسبب التدخل والضغط الأمريكي خلال تلك الفترة من أجل التوصل إلى صيغة يتوافق عليها الطرفان، بمعنى أن السياسة ورعاية المصالح انتصرت على المبادئ والقانون.

أما بخصوص عملية جمع الأدلة حول الجرائم الدولية التي ارتكبت في كمبوديا أثناء فترة حكم الخمير الحمر، فقد أوضح السيد (تشانغ) ممثل دولة كمبوديا الملكية في المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي، أن هذه العملية قد بدأت في الوقت الذي لم يكن فيه الوضع في البلد قد استقر تماماً، مما طرح تحديات تتعلق بالأمن السياسي والتواصل. علاوة على ذلك، فقد أحجم الضحايا في بادئ الأمر، عن تقديم شكاوهم بالنظر إلى أن الإبادة الجماعية قد ظلت دائماً فعلاً سياسياً، لكن بالرغم من كل ذلك، تم تجميع أكثر من مليون وثيقة وفيلم، على امتداد فترة (15) عاماً. كما وضعت خرائط لنحو ٢٠ ألف مقبرة جماعية تم فتحها، كما جرى تحديد مكان (196) سجناً من السجون، وأجريت مقابلات بشأن (10000) شخص مرتكب لجرائم⁽³⁴⁾.

في بيان مشترك صدر في 2009/2/23، عن اجتماع بين الممثلين السامين للحكومة الملكية في كمبوديا والأمم المتحدة، أعرب عن الترحيب بالمنجزات الهامة التي حققتها الدوائر الاستثنائية بعد بدء الجلسات العامة للمحاكمة الأولى أمام هذه الدوائر، واعترف البيان بالتقدم المحرز في معالجة مسألة الإفلات من العقاب على جرائم نظام الخمير الحمر البائد، ويؤمل أن تصبح هذه الدوائر الاستثنائية محكمة نموذجية في النظم القضائية في المستقبل⁽³⁵⁾.

يتبين مما سبق أن الدوائر الاستثنائية الكمبودية تشكلت بعد مرور حوالي ثلاثين سنة من ارتكاب الجرائم، وهذا الأمر بالتأكيد سيكون له مردود سيئ على شهادة الشهود الذين سيمثلون أمام المحكمة للإدلاء بشهاداتهم، بمعنى أن مرور كل تلك الفترة الطويلة على ارتكاب الجرائم كيف ستؤثر على ذكريات الشهود ورغبتهم في الإدلاء بشهاداتهم؟ وما هي قيمة الدليل الثبوتية المأخوذة من شهادة مرت عليها حوالي ثلاثين سنة؟ هذا الأمر بالتأكيد سيكون أمراً صعباً لأي محكمة كانت، سواء أكانت دولية أم وطنية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مرور كل تلك المدة سيؤثر سلباً على عمر المتهمين، بمعنى هل سيتحملون المحاكمة؟ وهل يستطيعون الدفاع عن أنفسهم؟ وهذا الأمر ثبت بوفاة بعض المتهمين حتى قبل إلقاء القبض عليهم، أو وفاتهم قبل انتهاء إجراءات المحاكمة بحقهم، وبعضهم عانى الخرف العقلي، بسبب كبر سنه. كما أن هناك نقطة أخرى تنبغي الإشارة إليها، ألا وهي مشكلة الفساد والرشوة وتدخل الحكومة في عمل المحكمة، بمعنى آخر مسألة شفافية واستقلالية المحكمة وكذلك نقص تمويل المحكمة، وهذه الأمور ستؤثر بالتأكيد على عمل وأداء المحكمة المشكّلة، ومردودها المنتظر من جانب الشعب الكمبودي والمراقبين الدوليين. بقي أن نبين أن تشكيلة المحكمة المختلطة من حيث وجود قضاة وطنيين جنباً إلى جنب مع قضاة دوليين، لها فوائد علمية وعملية لا يمكن إنكارها، ولكنها في الوقت نفسه قد تثير إشكاليات عديدة تصعب من مهمة المحكمة، منها: كيفية حل الخلافات بين القضاة الوطنيين والدوليين في عملية صنع القرار أو الحكم؟ ففي حالة تشبث كل جانب برأيه الخاص المعارض، قد يؤدي إلى عدم صدور القرار أو الحكم.

الفرع الثاني

³⁴ المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المنعقد خلال الفترة من 5/31 إلى 2010/6/11، منشورات المحكمة الجنائية الدولية، 2010، ص145، رقم الوثيقة: RC/9/11.

³⁵ التقرير الوطني المقدم وفقاً للفقرة 15/أ من مرفق قرار مجلس حقوق الإنسان 1/5 كمبوديا، وثائق مجلس حقوق الإنسان التابع للجمعية العامة للأمم المتحدة، الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل، الدورة السادسة، ص7، بتاريخ 2009/9/16، رقم الوثيقة: A/HRC/WG.6/6/KHM/1.

الهيكل التنظيمي للمحكمة الخاصة بكمبوديا

يطلق على المحكمة الخاصة بكمبوديا (الغرف الاستثنائية للمحاكم الكمبودية) وهي جزء من النظام القضائي الكمبودي، لكنها ينظر إليها على أنها محكمة مختلطة وقوية، نظراً لمشاركة المجتمع الدولي الفعالة في تنظيمها⁽³⁶⁾، وتقع مقر الدوائر الاستثنائية في مدينة (بنوم بنه) بكمبوديا، وتشكل من قضاة وطنيين ودوليين، وتطبق القانون الوطني كأصل والقانون الدولي عند الحاجة⁽³⁷⁾.

تتألف هذه الغرف الاستثنائية من خمسة قضاة دوليين، تم اختيارهم من ضمن قائمة بأسماء سبعة اقترحها الأمين العام للأمم المتحدة، وسبعة قضاة كمبوديين؛ فهناك طابع مختلط للقضاة على مستوى الدوائر الاستثنائية. أما القانون المطبق فهو قانون العقوبات الكمبودي والقواعد العرفية للقانون الدولي الإنساني، والاتفاقيات التي انضمت إليها كمبوديا وأصبحت جزءاً من قانونها⁽³⁸⁾. وموظفو الدوائر في المحاكم الاستثنائية، بمن فيهم المدعون العامون والقضاة، يمثلون جزءاً من نظام المحاكم الكمبودية ويتمتعون بوضع خاص، ويستقدمون من كمبوديا والمجتمع الدولي على السواء، ويعين جميع القضاة والمدعين العامين من قبل المجلس الأعلى للقضاء، ويختار الدوليون من مرشحي الأمين العام للأمم المتحدة، وبالتالي يمكن لكمبوديا أن تبت إلى حد ما في تعيين القضاة الدوليين، والقضاة المحققين والمدعين العامين، بيد أنه لا يوجد للأمم المتحدة قول في تعيين النظراء الكمبوديين⁽³⁹⁾.

جاء قانون الدوائر الكمبودية الاستثنائية في محاكم كمبوديا في ثمان وأربعين مادة موزعة على سبعة عشر فصلاً، بين تشكيل هذه الدوائر، واختصاصاتها، والأجهزة العاملة فيها من مدعين عامين، وقضاة محققين، وقضاة حكم وشؤون إدارية⁽⁴⁰⁾:

1/ تشكيل الدوائر: تنص المادة الثانية على أن ((تشكل دوائر استثنائية في المحاكمة القائمة، وهي بالتحديد محكمة الموضوع، والمحكمة العليا))، أي أن التقاضي يكون على درجتين: 1/ محكمة الموضوع باعتبارها محكمة درجة أولى وتتكون من خمسة قضاة ثلاثة قضاة كمبوديين وقاضيين دوليين اثنين، ويكون أحد القضاة الكمبوديين رئيساً. 2/ محكمة الاستئناف (المحكمة العليا) وتتكون من سبعة قضاة أربعة كمبوديين وثلاثة قضاة دوليين، ويكون أحد الكمبوديين رئيساً⁽⁴¹⁾.

اقتضى قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في كمبوديا الصادر بتاريخ 2004/10/27 أن يتم تعيين القضاة الكمبوديين من قبل المجلس الأعلى للقضاء الكمبودي الذي يقوم بتعيين سبعة قضاة كمبوديين على الأقل، للعمل في الدوائر الاستثنائية. كما يعين المجلس قضاة كمبوديين احتياطيين، ويعين المجلس كذلك، رئيسي الدائرتين الابتدائية والاستئنافية من القضاة الكمبوديين، ويحل القضاة الكمبوديون الاحتياطيون محل القضاة الكمبوديين الأصليين في حالة غيابهم، أما القضاة الدوليون فيقدم الأمين العام للأمم المتحدة قائمة بأسماء لا تقل عن سبعة مرشحين من القضاة الدوليين إلى المجلس الأعلى، ليعين المجلس خمسة منهم كقضاة أصليين ليبقى اثنان احتياطيين⁽⁴²⁾.

يتخذ قضاة الدوائر الاستثنائية قراراتهم بالإجماع، فإن لم يكن هذا ممكناً، يطبق ما يلي: أ/ يستلزم اتخاذ الدائرة الاستثنائية الابتدائية لقرارها أصواتاً مؤيدة من أربعة قضاة على الأقل، ب/ يستلزم اتخاذ الدائرة

³⁶ بوفرقان حمامة، مصدر سابق، ص126.

³⁷ بشور فتية، جرائم حقوق الإنسان بين الاختصاص الدولي والاختصاص العالمي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص17.

³⁸ بوفرقان حمامة، مصدر سابق، ص128.

³⁹ إيلا فائزة، مصدر سابق، ص102.

⁴⁰ قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في المحاكم الكمبودية، والذي يتضمن التعديلات التي طرأت عليها بتاريخ 2004/9/27 بموجب الوثيقة المرقمة: NS/RKM/1004/006، تاريخ الزيارة: 2021/3/3، متاح على الموقع الرسمي للمحكمة الخاصة بكمبوديا، على الرابط الإلكتروني:

https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

⁴¹ المادة 9 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁴² المادة 11 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

الاستثنائية الاستثنائية لقرارها أصواتا مؤيدة من خمسة قضاة على الأقل، وفي حالة عدم وجود إجماع يشفع قرار الدائرة الاستثنائية بأراء الأغلبية والأقلية⁽⁴³⁾، والسبب في اتباع هذه الآلية هو أن القضاة الكمبوديين يشكلون الأغلبية لذلك لا يمكن اتخاذ قرار ما لم يوافق عليه واحد من القضاة الدوليين على الأقل⁽⁴⁴⁾.

وإذا كانت الأغلبية المطلوبة لدى كل غرفة لاتخاذ قراراتها تضمن استقلالية المحكمة، فإن تكليف المجلس الأعلى للقضاة الكمبودي بمهمة التعيين، أثار التساؤل حول معايير الاختيار؛ فإذا كان التعيين الذي يقوم به الأمين العام للأمم المتحدة خاضعا للمبادئ التي أعلنتها الأمم المتحدة بشأن استقلالية السلطة القضائية، فإن ما يعين من قضاة من طرف أجهزة حكومية، أو سياسية، لا يدعو إلى الاطمئنان، ويبدو أن الانتخاب هو أفضل وسيلة لاختيار قضاة المحاكم الدولية، وهذا ما كرسته محكمتا يوغسلافيا- سابقا -ورواندا الجنائيتين الدوليتين، والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة⁽⁴⁵⁾.

وكان من الأفضل الاتفاق على مسألة عدد القضاة في غرف الدوائر الاستثنائية بشكل مختلف، أي حتى لو سلمنا أن الحكومة الكمبودية لا توافق إلا إذا كانت الغلبة للقضاة المحليين الكمبوديين، لأنه كما هو معروف أن الدوائر الاستثنائية تمارس عملها من خلال قضاة محليين ودوليين موزعين على ثلاث غرف وهي: الغرفة التمهيديّة، الغرفة الابتدائية، والغرفة الاستثنائية. والملاحظ أن التوزيع قد تم على أساس الغلبة للقضاة المحليين في جميع الغرف (التمهيديّة، الابتدائية والاستثنائية). وكان يمكن حل الإشكالية -بشرط موافقة الحكومة الكمبودية- على النحو الآتي: إعطاء الغلبة للقضاة الكمبوديين في الغرفتين التمهيديّة والابتدائية، مقابل إعطاء الغلبة للقضاة الدوليين في الغرفة الاستثنائية، بحيث يستطيع القضاة الدوليون تصحيح أي خطأ قانوني أو أي مخالفة للمعايير الدولية باعتبارهم يملكون الغلبة في الغرفة الاستثنائية.

2/ المدعون العامون: يتكون مكتب الادعاء العام من مدع عام كمبودي ومدع عام دولي، يعملان سوية كمدعين عامين لتحضير لوائح الاتهام ضد المشتبه فيهم أمام الدوائر الاستثنائية⁽⁴⁶⁾.

ويقوم المجلس الأعلى للهيئات القضائية بتعيين مدعين عامين كمبوديين عاملين وآخرين احتياطيين للاستعانة بهم عند الضرورة، وذلك من بين القضاة الكمبوديين المحترفين. ويحل المدعون العامون الاحتياطيون محل المدعين العاملين العاملين بشكل منتظم في حالة غيابهم أو انسحابهم، ويمكن أن يستمر المدعون الاحتياطيون في تأدية مهامهم الحالية في المحاكم المعيّنين بها. أما المدعي العام الدولي فيقوم المجلس الأعلى للهيئات القضائية، بناء على ترشيح من الأمين العام للأمم المتحدة، بتعيين مدع عام أجنبي واحد يكون له حق الحضور أمام الدوائر الاستثنائية الثلاث، ويقوم الأمين العام للأمم المتحدة بتقديم قائمة تضم ما لا يقل عن مرشحين أجبيين اثنين لمنصب المدعي العام الأجنبي المشارك إلى حكومة كمبوديا الملكية، ويعين المجلس الأعلى للهيئات القضائية من بينهم مدعيا عاما عاملا وآخر احتياطيا⁽⁴⁷⁾. وللمدعين العاملين أمام الدائرة الاستثنائية الابتدائية الحق في استئناف أحكامها أمام الدائرة الاستثنائية، كما أن للمدعين العاملين أمام الدائرة الاستثنائية الحق في استئناف أحكامها أمام الدائرة الاستثنائية العليا⁽⁴⁸⁾.

ويقوم كل من المدعي العام الدولي والكمبودي بتوجيه الاتهامات طبقا لقانون الإجراءات الكمبودي، ولهما الحق في الاستعانة باتباع قواعد الإجراءات المعروفة على النطاق الدولي، وإذا حصل أي خلاف بين قضاة التحقيق أو المدعين العاملين يتم حله بواسطة غرفة المحاكمة، التي تتكون من خمسة قضاة؛ ثلاثة منهم

⁴³ المادة 14 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

Suzannah Linton: Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice, Criminal Law ⁴⁴

Forum 12: Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2001, p192.

⁴⁵ بشور فتحة، مصدر سابق، ص 292.

⁴⁶ المادة 16 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁴⁷ المادة 18 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁴⁸ المادة 17 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

كمبوديون، واثان منهم دوليون، وهؤلاء القضاة الخمسة الإضافيون تتمحور مهمتهم في حل النزاع الذي يحصل بين القضاة الكمبوديين والدوليين، أو بين المدعين العامين، أو بين قضاة التحقيق⁽⁴⁹⁾.

3/ **هيئة التحقيق:** إلى جانب الدوائر المذكورة أعلاه، هناك هيئة التحقيق التي تتكون من قاض دولي وقاض كمبودي، ويكونان مسؤولين بصورة مشتركة عن التحقيقات بموجب الأدلة التي يحصلون عليها من مصادر مختلفة، ويعملون بموجب الإجراءات الكمبودية، ويجوز اتباع القواعد الإجرائية المقامة على المستوى الدولي، ويعين المجلس الأعلى للهيئة القضائية قضاة التحقيق، وقضاة تحقيق احتياطيين ليحلوا محل قضاة التحقيق العاملين بشكل منتظم في حالة غيابهم أو انسحابهم. ولقضاة التحقيق الاحتياطيين أن يستمروا في تأدية عملهم الحالي في المحاكم المعينين بها. كما يعين المجلس الأعلى للهيئة القضائية قاضي التحقيق، الأجنبي لمدة سريان التحقيقات، وذلك بناء على ترشيح من الأمين العام، ويقوم الأمين العام للأمم المتحدة بتقديم قائمة تضم ما لا يقل عن مرشحين اثنين لمنصب قاضي التحقيق الأجنبي إلى حكومة كمبوديا الملكية، يعين منهم المجلس الأعلى للهيئة القضائية قاضي تحقيق جلسة وقاضي تحقيق احتياطيا⁽⁵⁰⁾.

ويلاحظ ان قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية لكمبوديا المعدل، قد أولى أهمية كبيرة لمسألة تعيين قضاة احتياطيين – محليين كانوا أم دوليين – لجميع الغرف في المحكمة، وهذا مسلك محمود، لأن الغاية منها استمرارية عمل المحكمة وعدم توقفها بسبب غياب القضاة الأصليين في جميع غرف المحكمة، لأي سبب كان، أو تحت أي ظرف طارئ كان.

4/ **مكتب الشؤون الإدارية:** يقوم مكتب الشؤون الإدارية بالإشراف على أعمال القضاة، وقضاة التحقيق والمدعين العامين للدوائر الاستثنائية، ويعين مدير كمبودي كمدير لمكتب الشؤون الإدارية، كما يعين له نائب مدير أجنبي وموظفون آخرون حسب الحاجة. ويعين مدير مكتب الشؤون الإدارية لمدة سنتين من قبل حكومة كمبوديا الملكية ويكون قابلاً لإعادة التعيين. ويكون مدير المكتب مسؤولاً عن مختلف جوانب مكتب الشؤون الإدارية⁽⁵¹⁾. وينبغي أن يكون نائب مدير الشؤون الإدارية الأجنبي مرشحاً من قبل الأمين العام على أن تقوم بتعيينه حكومة كمبوديا الملكية، ويكون مسؤولاً عن توظيف جميع الموظفين الدوليين وإدارة العناصر الدولية في الدوائر الاستثنائية، وقضاة التحقيق المشاركين، والمدعين العامين المشاركين، وموظفي الإدارة⁽⁵²⁾.

وقبل الخوض في مسألة اختصاصات المحكمة في المطلب الثاني، تنبغي الإشارة إلى أن البعض سجل عدداً من الملاحظات على هيكلية المحكمة منها: 1/ قانون المحكمة لا توجد به آلية لحماية ودعم الضحايا والشهود، 2/ قانون المحكمة يحتوي على إجراءات لتعويض الضحايا، لكن طريق التعويض تبقى مبهمه، وفي بعض الحالات لا تتوافق مع القانون الدولي، 3/ كما أن قانون المحكمة لا توجد فيه إجراءات لحماية الأشخاص الذين تعرضوا لاعتداءات جنسية⁽⁵³⁾.

4949 دخالد عكاب حسون، المحاكم الجنائية المدولة في نطاق القانون الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الحادي عشر، 2011، ص 43-44.

⁵⁰ في حالة خلاف بين قاضي التحقيق تمضي المحاكمة قدما ما لم يطلب قاضيا التحقيق أو أحدهما في غضون ثلاثين يوماً تسوية الخلاف طبقاً للقواعد التالية: أولاً/ يقدم قاضيا التحقيق بيانات كتابية بوقائع وأسباب اختلاف مواقفهما إلى مدير مكتب الشؤون الإدارية، ويجري حل الخلاف مباشرة بواسطة الدائرة التمهيدية المشار إليها في المادة 20. ثانياً/ لدى تلقي البيانات يعقد مدير مكتب الشؤون الإدارية على الفور اجتماعاً للدائرة التمهيدية ويبلغ أعضائها بهذه البيانات. ثالثاً/ يتطلب اتخاذ الدائرة التمهيدية قراراً دون طعن، أن تكون أصوات أربعة قضاة على الأقل مؤيدة للقرار، ويبلغ القرار إلى مكتب الشؤون الإدارية، الذي يقوم بنشره وإبلاغه إلى قاضي التحقيق، ويقوم على الفور بالمضي في الإجراءات وفقاً لقرار الدائرة. وإذا لم تتوفر الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرار يمضي التحقيق قدماً. رابعاً/ يقوم قاضيا التحقيق بالتحقيقات على أساس المعلومات التي حصلوا عليها من أي مصدر، بما في ذلك الحكومة، ووكالات الأمم المتحدة، أو المنظمات غير الحكومية. خامساً/ لقاضي التحقيق سلطة استجواب المتهمين، والضحايا والشهود، وجمع الأدلة طبقاً للإجراءات السارية، ولقاضي التحقيق، إذا ما كان ضرورياً، إصدار الأمر إلى المدعين العامين باستجواب الشهود. سادساً/ عند إجراء التحقيقات فإن قضاة التحقيق المشاركين ربما يطلبون مساعدة الحكومة الملكية في كمبوديا إذا كانت مثل هذه المساعدة مفيدة للمحاكمة، ويجب تقديم هذه المساعدة. سابعاً/ أي خلاف بين قضاة التحقيق أو المدعين العامين يكون حله عن طريق الدائرة التمهيدية التي تتكون من خمسة قضاة، ثلاثة كمبوديين واثان دوليين وهؤلاء القضاة الخمسة الإضافيون مهمتهم حل النزاع بين القضاة الدوليين والكمبوديين، أو بين المدعين العامين أو بين المحققين ويتم اختيارهم بنفس طريقة اختيار القضاة في الغرف الثلاث. للمزيد ينظر: المادتان 23 و 26 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁵¹ المادتان 30 و 31 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁵² ياسر حسن كلزي، مصدر سابق، ص 452.

⁵³ بن بو عبدالله مونية، المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية، ط1، دار اليازوري العلمية، عمان، 2013، ص 81.

المطلب الثاني

الإطار الموضوعي للمحكمة الخاصة بكمبوديا

في هذا المطلب سنحاول توضيح اختصاصات المحكمة الخاصة بكمبوديا من حيث الموضوع، الأشخاص، الزمان، والمكان، وعليه سنقسم المطلب إلى أربعة فروع مستقلة:

الفرع الأول

الاختصاص النوعي (المادي)

صنف قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في كمبوديا الصادر بتاريخ 2004/10/27، الجرائم موضوع اختصاصها في المواد من (2) إلى (8) المتعلقة بالاختصاص الموضوعي للغرف الاستثنائية، وتتمثل في جرائم الإبادة الجماعية التي وردت في المادة (4) بالمفهوم الوارد في اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري لعام 1948، وفي الجرائم ضد الإنسانية وكذلك جرائم الحرب في المادتين (5 و6)، اللتين اعتبرتا انتهاكات جسيمة لاتفاقية جنيف 1949. كما تضمن القانون في المادة (7) منه جرائم هدم الممتلكات الثقافية بالتأسيس على اتفاقية لاهاي 1954 الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، وأخيراً الجرائم الموجهة ضد الشخصيات التي تستفيد من الحماية الدولية وذلك في المادة (8) منه، بالتأسيس على اتفاقية فينا 1961، المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية. وتختص الغرف، بالإضافة إلى ذلك، بنظر الجرائم الواردة في القانون الجنائي الكمبودي لسنة 1956، الذي كان ساري المفعول في الفترة التي ساد فيها نظام حكم الخمير الحمر، منها القتل، التعذيب، الاضطهاد الديني، وهذا ما أشارت إليه المادة (3) من قانون 2004/10/24⁽⁵⁴⁾.

تختص المحكمة، موضوعياً، بجرائم الإبادة المعروفة في اتفاقية منع إبادة الجنس البشري والمعاقبة عليها لسنة 1948⁽⁵⁵⁾، فالغرف الاستثنائية للمحاكم الكمبودية تختص بالنظر في جريمة الإبادة الجماعية الواردة في المادة (4) من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية مع إشارة محددة إلى التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية لمنع ومعاقبة جريمة إبادة الجنس البشري لعام 1948⁽⁵⁶⁾، فقد اعتمد على التعريف المنصوص عليه في اتفاقية 1948 باعتبارها كانت سارية المفعول وقت حدوث الجرائم المراد ملاحقتها، والتي تمت في الفترة بين 1975-1979، حيث تعد كمبوديا طرفاً في تلك الاتفاقية بعدما صادقت عليها في 1951. غير أن الملاحظ أن الأفعال التي وقعت خلال مرحلة حكم الخمير الحمر لا تتلاءم مع التعريف الوارد في الاتفاقية لاستبعاده استهداف الجماعات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، في حين أن الأفعال المرتكبة في تلك المرحلة كانت موجهة ضد جميع سكان كمبوديا بمن فيهم الأقليات الصينية والفيتنامية والتشامية، هذا مع العلم أن الطبقة السياسية والاجتماعية هي التي كانت مستهدفة في الحقيقة⁽⁵⁷⁾.

لذا يرى جانب من الفقه، أن جريمة الإبادة الجماعية حسب التعريف الذي جاء في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948، لا تنطبق بحرفيتها على أغلب الأعمال المرتكبة في كمبوديا، على الرغم من وجود أدلة كثيرة تشير إلى أن الاعتداءات التي حصلت على جماعات عرقية ودينية – مثل

⁵⁴ بوفران حمامة، مصدر سابق، ص127. عليه تختص المحكمة بالجرائم المرتكبة في كمبوديا، والمنصوص عليها في قانون العقوبات الكمبودي لسنة 1956، والتي ارتكبت خلال الفترة 1975/4/17 لغاية 1979/1/6، وخاصة جرائم: القتل المنصوص عليها في المواد 503، 501، 504، 505، 506، 507، 508، والتعذيب المنصوص عليها في المادة 500، والاضطهاد الديني المنصوص عليها في المادتين 209، 210. ينظر: المادة 3 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁵⁵ محزم شوقي، مصدر سابق، ص93. و... أفعال الإبادة الجماعية التي لا تسقط بالتقادم، تعني أي أعمال ترتكب بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، مثل: قتل أفراد الجماعة، التسبب في ضرر جسدي أو عقلي خطير لأفراد المجموعة، إخضاع الجماعة عمداً لظروف معيشية يقصد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً، فرض إجراءات تهدف إلى منع الإنجاب داخل الجماعة، نقل الأطفال قسراً من مجموعة إلى أخرى، يعاقب بموجب هذه المادة على الأفعال التالية: محاولات ارتكاب أعمال إبادة جماعية، التمرار لارتكاب أعمال إبادة جماعية، المشاركة في أعمال إبادة جماعية.. للمزيد ينظر: المادة 4 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁵⁶ إيلا فابرة، مصدر سابق، ص61.

⁵⁷ جرائم الخمير الحمر، هل يمكننا التحدث قانوناً عن الإبادة الجماعية؟، مجلة دي ترائيل، 2008/9/17، ص5-6، متاح على الموقع الإلكتروني:

المسلمين- والكام والفيتناميين والنسك البوذيين، تتوافق مع معيار الاتفاقية أعلاه، وهو العمل الذي تتجه نية المنفذين - نية تدمير- هذه الجماعات كلياً أو جزئياً⁽⁵⁸⁾.

أما بخصوص الجرائم ضد الإنسانية، فقد تبني قانون الدوائر الاستثنائية التعريف الوارد في النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية لرواندا⁽⁵⁹⁾، إلا أنه يلاحظ اختلاف النص التأسيسي للدوائر الاستثنائية لمحكمة كمبوديا عن نص محكمة رواندا في نقطتين مهمتين بخصوص الجرائم ضد الإنسانية، تمثلت الأولى والأهم في أنه أبدل الهجوم الواسع النطاق والمنهجي، بالهجوم الواسع النطاق أو المنهجي، مما يعني أن أحد الشرطين كاف دون الآخر، أما الثانية فهي ملاحظة شكلية، تتمثل في تكرار شرط التمييز على أساس عرقي أو اثني أو قومي، مرتين، الأولى قبل تعداد الأفعال التي تعتبر جرائم ضد الإنسانية، ويعتقد أن هذا التكرار غير مفيد⁽⁶⁰⁾... ويمكن اعتبار القانون الكمبودي للمحكمة أخذ بالتطورات الحادثة في الجرائم ضد الإنسانية باشتراطه أحد الإطارين، مع الاحتفاظ بالشرط المقيد الثاني لذلك التعريف، لا سيما اشتراط وقوع الهجمات ضد السكان بسبب انتمائهم الوطني أو السياسي أو الاثني أو العرقي أو الديني⁽⁶¹⁾.

هذا ويعد تعريف الجرائم ضد الإنسانية وفقاً لقانون الدوائر الاستثنائية تعريفاً غامضاً ومحيراً، على أساس أنه يطرح مشكل المساس بمبدأ الشرعية الذي حاول رجال القانون تقاويه بخصوص الجرائم ضد الإنسانية منذ ظهور هذا المصطلح، إذ كان على الدوائر الاستثنائية أثناء محاكمتها لقادة الخمير الحمر أن تطبق القانون الكمبودي أو القانون الدولي العرفي، اللذين كانا سائدين في فترة ارتكاب الجرائم، أي في الفترة ما بين 1975-1979، بينما لم تكن الجرائم ضد الإنسانية في تلك الفترة مقننة في أي من الاتفاقيات الدولية ولم يكن هناك إلا سوابق قضائية صادرة عن هيئات خاصة⁽⁶²⁾.

وكذلك تنظر المحكمة، بموجب المادة السادسة، في الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف، وهذه الانتهاكات تتطلب وجود نزاع دولي، وهذا ما لم يكن موجوداً في كمبوديا عدا حالات معينة من المناوشات بين الخمير الحمر والقرى التايلندية، أما ممارسات الخمير الحمر في الداخل ضد المدنيين فتتطبق عليها المادة الثالثة

⁵⁸ د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص 44.

⁵⁹ إيلايل فايزة، مصدر سابق، ص 62.

ويقصد بـ الجرائم ضد الإنسانية، التي لا تسقط بالتقادم، هي أي أفعال ترتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، على أسس قومية أو سياسية أو عرقية أو دينية، مثل: القتل، الإبادة، الاسترقاق، الإبعاد، الاحتجاز، التعذيب، الاغتصاب، الاضطهاد لأسباب سياسية وعرقية ودينية، الأفعال اللاإنسانية الأخرى. للمزيد ينظر: المادة 5 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل. أما بخصوص انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف، فقد نص قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية على أنه: تتمتع الدوائر الاستثنائية بصلاحيات محاكمة جميع المشتبه بهم الذين ارتكبوا أو أمروا بارتكاب انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف الأربعة المؤرخة في 1949/8/12 مثل ارتكاب الأفعال الآتية: القتل العمد، التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، التسبب عمداً في معاناة شديدة أو إصابة خطيرة بالجسم أو بالصحة، تدمير الممتلكات والحاق أضرار جسيمة بها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبطريقة غير مشروعة وتعسفية، إجبار أسير حرب أو مدني على الخدمة في قوات العدو، تعمد حرمان أسير حرب أو مدني من حقه في محاكمة عادلة وقانونية، الترحيل غير القانوني أو النقل أو الحبس غير القانوني لمدني، اخذ المدنيين كرهائن. للمزيد ينظر: المادة 6 من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية المعدل.

⁶⁰ ريتا فوزي عيد، المحاكم الجزائية الدولية الخاصة بين السيادة والعدالة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص 50.

⁶¹ مارية عمر اوي، ردع الجرائم الدولية بين القضاء الدولي والقضاء الوطني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص 252 - 253.

⁶² تعد المادة 5 من قانون الدوائر الاستثنائية لسنة 2001 صورة طبق الأصل للمادة 3 من نظام محكمة رواندا من ناحية الأفعال المحظورة ومن ناحية نطاق ارتكاب هذه الأفعال، إذ إنه أخذ بالطابع التناوبي بخصوص الهجوم، أي أن يكون واسعاً أو منهجياً وأقر بالصفة التمييزية لكل الأفعال وليس فقط بالنسبة لأفعال الاضطهاد، لكن السؤال الذي يطرح نفسه، هو إمكانية تطبيق هذا النص الحديث على أفعال ارتكبت في الماضي؟ بينما كان من الأجدر اقتباس المادة 6 من لائحة نورمبرغ، لأنها الأنسب من ناحية أنها تمثل فعلاً انعكاساً للقانون الدولي العرفي لتلك الفترة، إلا أنه من ناحية أخرى، فإن تطبيق نص المادة 6 من لائحة محكمة نورمبرغ على الجرائم المرتكبة في كمبوديا سوف يثير إشكالات أخرى تتمثل في اشتراطه مسألة ارتباط الجرائم ضد الإنسانية بالنزاعات المسلحة الدولية الحروب وما قد ينتج عن ذلك من إفلات العديد من قادة الخمير الحمر من الملاحقة والعقاب، كما أن اشتراط العنصر التمييزي الوارد في المادة 5 المنقول من نص المادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا، كذلك سوف يستبعد بعض الجرائم المرتكبة من قبل الخمير الحمر من دائرة الجرائم ضد الإنسانية، ومحاولة لتفادي كل هذه الانتقادات، أرادت الأمم المتحدة خلال الاتفاق المبرم بينها وبين الحكومة الكمبودية سنة 2003 تعويض تعريف الجرائم ضد الإنسانية المنقول من نظام رواندا بنص المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي يستبعد كلا من الصفة التمييزية بالنسبة لكل الأفعال المجرمة وكذا الارتباط مع النزاع المسلح، إلا أن ذلك قد استبعد على أساس أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم يكن موجوداً في الفترة ما بين 1975-1979، وتعريف الجرائم ضد الإنسانية الوارد به لم يكن انعكاساً للقانون الدولي العرفي لتلك الفترة، وجاء نص المادة 5 الوارد في تعديل سنة 2004 لقانون إنشاء الدوائر الاستثنائية، مطابقاً لنص المادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا على الرغم من أنه يثير نفس الانتقادات التي أدت إلى استبعاد نص المادة 7 من نظام روما الأساسي الذي يعد أوسع وأشمل. للمزيد ينظر: بوشمال صندرة، مصدر سابق، ص 136 - 137.

المشتركة من اتفاقيات جنيف، وانتهاكات قوانين وعادات وأعراف الحرب باعتبارها نزاعاً مسلحاً داخلياً، ولكن لم يشر قانون المحكمة إلى ذلك، وتتنظر المحكمة أيضاً بموجب المادة السابعة في جريمة تدمير الممتلكات الثقافية والحضارية خلال النزاع المسلح طبقاً لاتفاقية لاهاي لعام 1954، التي صادقت عليها كمبوديا عام 1962، وقد تم تدمير معظم الإرث الحضاري خلال عهد الخمير الحمر⁽⁶³⁾. وتجدر الإشارة إلى أن قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية اكتفى بالإشارة إلى انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، وذلك تماشياً مع ما توصل إليه فريق الخبراء بأن الأعمال المرتكبة ضد الفيتناميين في فيتنام وكمبوديا تقي بمعيار الانتهاكات الجسيمة بموجب المادة (147) من اتفاقية جنيف الرابعة، ولذا فهي جرائم حرب، كما تنطبق المادة نفسها على الجرائم المرتكبة في حق القرويين التايلنديين⁽⁶⁴⁾.

يستخلص مما سبق أن عمل الدوائر الاستثنائية فيما يخص الاختصاص النوعي يدور حول ما جاء في القانون الداخلي لردع جرائم القانون الدولي، من جهة، مع الأخذ بمبدأ الاختصاص الثانوي الدولي المتعلق بمحاربة الجرائم المتعلقة بالقانون العام الأكثر خطورة، من جهة أخرى. عليه يمكن القول إن الدوائر الاستثنائية تأخذ بالجرائم الدولية المنصوص عليها في القانون الوطني، فهي تقوم بنوع من التطبيق المنقح للقانون الدولي والمتمثل في الجرائم الدولية، مثل جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وكذا التعذيب وغيرها⁽⁶⁵⁾.

كما يتبين أن القانون المطبق في المحكمة بالدرجة الأساس هو القانون الجنائي الكمبودي، بشقيه الموضوعي والإجرائي، وكما هو معلوم أن كمبوديا كانت مستعمرة فرنسية قبل إعلان استقلالها سنة 1953 وتشكيل دولة كمبوديا الملكية، التي اعتمدت على القانون الجنائي الفرنسي في صياغة قانونها الجنائي. ويرى الكثير من المختصين أن القانون الجنائي الكمبودي به العديد من الثغرات القانونية التي تمنعه من أن يوفر أبسط المعايير الدولية لحماية حقوق الإنسان، وخاصة في الشق الإجرائي منها، بحيث هناك قصور واضح حول كيفية الوصول إلى الأدلة، وكيفية تعيين المحامين، والحق في مواجهة المتهمين، وكيفية استجواب الشهود، وعدم ضمان استقلالية المحكمة، والمدعين العامين، وعدم توفير الحماية الكافية للشهود، والحق في الاستعانة بالمرجم، وغيرها كثير.. وبشكل عام عدم توفير الضمانات الكافية للمتهمين.

الفرع الثاني

⁶³ ياسر حسن كلزي، مصدر سابق، ص 453-454.

⁶⁴ إذ تعرف المادة 147 من الاتفاقية الرابعة لجنيف جرائم الحرب بالانتهاكات الجسيمة التي تشير إليها المادة السابقة، وهي التي تتضمن أحد الأفعال التالية إذا اقترفت ضد أشخاص محميين أو ممتلكات محمية بالاتفاقية، القتل العمد، التعذيب، أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة، وتعمد إحداث الأم شديدة أو الإضرار الخطير بالسلامة البدنية أو بالصحة، والنفي أو النقل غير المشروع، والحجز غير المشروع، وإكراه الشخص المحمي على الخدمة في القوات المسلحة بالدولة المعادية، أو حرمانه من حقه في أن يحاكم بصورة قانونية وغير متحيزة وفقاً للتعليمات الواردة في هذه الاتفاقية وأخذ الرهائن، وتدمير واعتصاب الممتلكات على نحو لا تبرره ضرورات حربية على نطاق كبير بطريقة غير شرعية وتعسفية. وقد تم استبعاد جميع الانتهاكات الأخرى غير المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف، والمعترف بها في القانون الدولي، وهذا الاستبعاد كان حفاظاً على تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لكون الأفعال ارتكبت قديماً. أما فيما يخص النزاعات غير الدولية، فقد خلا قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية الكمبودية من أي إشارة للمادة 3 من الاتفاقية الثالثة لاتفاقيات جنيف لعام 1949. للمزيد ينظر: مارية عمر اوي، مصدر سابق، ص 256.

⁶⁵ بن بو عبدالله مونية، مصدر سابق، ص 97-98.

الاختصاص الشخصي

أما الاختصاص الشخصي للمحكمة، فيقوم على متابعة كبار المسؤولين في حكومة (بول بوت) عن الجرائم المذكورة بما فيها الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، دون محاكمة المسؤولين الأجانب الذين ساندوا ودعموا نظام (بول بوت)، كما أن الغرف لا تختص بمحاكمة الأشخاص الاعتبارية⁽⁶⁶⁾. بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في كمبوديا، والتي تعيد حرفيا مضمون لائحة 2004/5/13، للجمعية العامة للأمم المتحدة، بمحاكمة كبار الزعماء وغيرهم ممن يتحملون القدر الأكبر من المسؤولية عن الجرائم والانتهاكات الخطيرة للقانون الجنائي الكمبودي والقانون الدولي الإنساني، وكذا الاتفاقيات الدولية المعترف بها الخاصة بكمبوديا. ويعكس اختصاص الدوائر الاستثنائية بهذه المجموعة القليلة من الأفراد الغرض الأصلي لهدفها، وهو تقديم أبرز القادة من نظام (بول بوت) إلى العدالة، كما يعكس القدرات والموارد المحدودة للدوائر الاستثنائية لإجراء أعمال التحقيق والمحاكمة⁽⁶⁷⁾.

ويلاحظ أن هذه المحكمة تختص فقط بمحاكمة كبار الزعماء وغيرهم ممن يتحملون القدر الأكبر من المسؤولية عن الجرائم والانتهاكات الخطيرة للقانون الجنائي الكمبودي، والقانون الدولي الإنساني والعرفي، وكذا الاتفاقيات الدولية المعترف بها الخاصة بكمبوديا... والأشخاص الذين تتم متابعتهم أمام الغرف الاستثنائية هم زعماء قادة الخمير الحمر لكمبوديا الديمقراطية، وكبار المسؤولين عن الجرائم المتعددة في المواد من (2) إلى (8) المرتكبة في الفترة من 1975 إلى 1979، فهاتان الطائفتان من الأشخاص فقط تمكن ملاحقتهن قضائيا أمام هذه الغرف الاستثنائية وهما: 1/ القادة الذين مارسوا وظائف رسمية في الحكومة، 2/ كبار المسؤولين عن الجرائم الذين ارتكبوا واحدة أو أكثر من الجرائم التي تم تعدادها في المواد من (3) إلى (8) من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية لكمبوديا، وبهذا المفهوم فالكثير من القادة العسكريين تمكن متابعتهم أمام الغرف الاستثنائية⁽⁶⁸⁾.

كما أن المحكمة أنشئت لمتابعة صف معين من المسؤولين عن هذه الجرائم، وهم الذين يحتلون مناصب عليا لدى الجهات المسلحة المتنازعة، أو الذين ارتكبوا جرائم على نطاق واسع، ولو كانت لديهم رتبة أقل، فهذه المحاكم تختص بصف معين من الجناة، وفي بعض الحالات، ومن جنسيات محددة... وكذلك تختص الغرف الخاصة بكمبوديا، أيضا، بمتابعة قادة الحزب الديمقراطي⁽⁶⁹⁾.

وقد أعطى هذا التحديد في الاختصاص الشخصي ذريعة لمجموعة من الانتقادات على لسان العديد من خبراء القانون الدولي، حيث إن مفهوم الأشخاص الذين يتحملون أكبر قدر من المسؤولية لا تعني فقط المسؤولين من الخمير الحمر بل تشمل أيضا كبار القادة من جمهورية كمبوديا الديمقراطية، غير أن خبراء القانون الدولي يؤكدون أن الواقع العملي أثبت أن هذه المحكمة موجهة ضد المتهمين من الخمير الحمر فقط⁽⁷⁰⁾.

وقد بينت المادة (29) من قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في كمبوديا، ضوابط المسؤولية الجنائية الفردية بقولها: ((أي متهم خطط، أو حرض، أو أمر، أو ساعد، أو شجع، أو ارتكب أيًا من الجرائم المشار في المواد من (3) إلى (8) من هذا القانون، يكون مسؤولا بشكل فردي عن الجريمة. إن مركز أو مكانة أي مشتبه فيه لن تعفيه من مسؤوليته الجنائية، ولن تشكل سببا لتخفيف عقوبته، وكون ارتكاب أي من الأفعال المشار إليها في المواد من (3) إلى (8) من هذا القانون قد ارتكب من مرؤوس لا يعفي رئيسه من المسؤولية الجنائية إذا ما كان المرؤوس خاضعا لإمرة الرئيس وسيطرته الفعليتين، وإذا ما كان الرئيس قد علم أو يفترض أن يكون قد علم، بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين، بأن مرؤوسه قد ارتكب أو على وشك أن يرتكب هذه الجرائم،

⁶⁶ محزم شوقي، مصدر سابق، ص 93.

⁶⁷ إيلا فائزة، مصدر سابق، ص 61.

⁶⁸ بوفرقان حمامة، مصدر سابق، ص 126-128.

⁶⁹ بشور فتيحة، مصدر سابق، ص 211.

⁷⁰ بن بو عبدالله مونية، مصدر سابق، ص 98.

إذا لم يتخذ الرئيس جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم، أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمحاكمة، وما دام المتهم قد تصرف امتثالاً لأوامر من حكومة كمبوديا الديمقراطية أو رئيسه فلن يعفيه ذلك من مسؤوليته الجنائية الدولية)).

جدير بالإشارة أن النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بكمبوديا خالف عدداً من المبادئ الدولية الجنائية المستقرة للأمم المتحدة، ومنها مبدأ عدم محاكمة الشخص عن الجريمة ذاتها مرتين، فإن هذه المحكمة لم تأخذ هذا المبدأ بعين الاعتبار؛ فقد سمحت المحكمة بإعادة محاكمة أحد المسؤولين من الخمير الحمر (إينج ساري)، الذي سبق أن حوكم من قبل المحاكم الكمبودية عن الجريمة ذاتها، وقد أعيدت محاكمته في ظروف مثيرة للجدل، بحجة أن المحاكمة السابقة كانت صورية⁽⁷¹⁾.

ومما سبق يتبين أنه تم حصر الاختصاص الشخصي للمحكمة بمحاكمة فئتين من المتهمين: كبار قادة الخمير الحمر، والأشخاص ذوي المسؤولية الكبرى في ارتكاب تلك الجرائم، وهذا الأمر كان هناك ما يبرره، لأن كمبوديا كانت خارجة لتوها من حرب أهلية، وقيام المحكمة بمساءلة كل من كان مسؤولاً عن ارتكاب الجرائم بحق الشعب الكمبودي سيؤدي إلى خلق البلبلة وإثارة المخاوف من قيام حرب أهلية جديدة بسبب كثرة المتهمين المسؤولين عن تلك الجرائم وكل حسب درجة مسؤوليته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن قدرة المحكمة ومواردها المتاحة لا تساعد على مساءلة كل من كان مسؤولاً عن ارتكاب تلك الجرائم الذين قد تصل أعدادهم لآلاف، ولكن رغم كل ما قيل من مبررات فإنها لا تقلل من مخاطر وجود مرتكبي تلك الجرائم داخل المجتمع الكمبودي، وحتى في المناصب الحكومية الكمبودية، وقد تؤثر سلباً على السلم الاجتماعي، وتخلق شعوراً بعدم الرضا عن عمل المحكمة وعدم تحقيق العدالة الجنائية بسبب إفلات الكثير من الجناة من العقاب.

الفرع الثالث

الاختصاص الزمني

تختص الغرف الخاصة بكمبوديا بمتابعة كبار المسؤولين في الحزب الديمقراطي للخمير الحمر عن انتهاكات القانون الجنائي الكمبودي، و القانون الدولي الإنساني، و قواعد قانون الدولي الاتفاقي والعرفي المعترف بها من طرف كمبوديا، والمرتكبة في الفترة ما بين 17/4/1975 و 6/1/1979⁽⁷²⁾.

وهذا الاختصاص الزمني قد حددته المادة الأولى من قانون المحكمة كما سبق وأن أشرنا من تاريخ 17/4/1975 إلى 6/1/1979 وهي الفترة التي أخذت بعين الاعتبار الأحداث الرئيسية المرتكبة في كمبوديا، ذلك أن فتح الاختصاص لمدة أطول من تلك المحددة، تفتح المجال أمام دعاوى كثيرة تفوق بكثير تلك الجرائم المرتكبة من جانب الخمير الحمر، فلا الحكومة الحالية في كمبوديا ولا القوى الكبرى الإقليمية في المنطقة – التي لها دخل في النزاعات في كمبوديا- لها مصلحة في أن تعرض على العدالة⁽⁷³⁾.

الفرع الرابع

الاختصاص المكاني

الدوائر الاستثنائية للمحاكم الكمبودية ليس لها اختصاص مكاني محدد كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا السابقة، والمحكمة الدولية الجنائية لرواندا، والمحكمة الدولية الجنائية لسيراليون⁽⁷⁴⁾، وتمتد الولاية القضائية للمحاكم الجنائية الدولية الخاصة والمؤقتة على نطاق جغرافي محدود يخص فقط النزاعات التي نشأت لقمع الجرائم التي ارتكبت في إطارها حيث لا يمكنها العمل خارج هذه الحدود... إذ تختص الغرف الخاصة لكمبوديا بالجرائم المرتكبة في كمبوديا⁽⁷⁵⁾.

71 د. خالد عكاب حسون، مصدر سابق، ص 46.

72 بشور فتية، مصدر سابق، ص 204-205.

73 بن بو عبدالله مونية، مصدر سابق، ص 99-100.

74 إيلا فائزة، مصدر سابق، ص 61.

75 بشور فتية، مصدر سابق، ص 210.

إن قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في كمبوديا لم يشر صراحة إلى الاختصاص المكاني لهذه المحكمة، بل يفهم ذلك ضمنا من موادها، عندما يشير إلى تطبيق القانون الجنائي الكمبودي على الأشخاص الكمبوديين الذين ارتكبوا جرائم بحق الشعب الكمبودي، ولكن رغم ذلك كان من الأجدر حسم ذلك الأمر، والنص صراحة على الاختصاص المكاني للمحكمة الخاصة بكمبوديا، بأنها تختص مكانيا بالجرائم المرتكبة خلال أعوام 1975 لغاية 1975 على الإقليم الكمبودي فقط.

وللحيلولة دون إنشاء محكمة دولية جنائية لقضية الخمير الحمر، ركزت الحكومة الكمبودية على أولوية قانونها الداخلي في محاكمة مرتكبي جرائم الخمير الحمر، والتي وقعت على أراضيها- الإقليم الكمبودي- غير أن جزءا لا يستهان به من الجرائم وقعت خارج أراضي كمبوديا، خصوصا الأفعال المرتكبة ضد شعب جمهورية كمبودتشيا- Kampuchea krom – وهي مقاطعة فيتنامية طالب بها الخمير الحمر في ذلك الحين، وبالتالي فإن هذه الجرائم لا تمكن ملاحقتها أمام هذه المحكمة إلا في حالة ما إذا سعت المحكمة إلى عقد اختصاصها المكاني على أساس الولاية خارج الإقليم الكمبودي، وهي الحالة التي لم تستعمل لحد الآن⁽⁷⁶⁾. على النقيض من هذا الرأي الأخير، هناك من يرى أنه بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الخمير الحمر خارج إقليم كمبوديا، فالدوائر الاستثنائية يمكنها اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الكمبودي فيما يخص الاختصاص خارج إقليمها⁽⁷⁷⁾.

ويظهر مما سبق ذكره أن الدوائر الاستثنائية شابهها الكثير من النقص والعيوب الإجرائية، وخاصة في مجال التدخل الحكومي والفساد، والحماية الإجرائية المحدودة، بمعنى عدم قدرتها على تلبية المعايير الدولية للمحاكمة العادلة، وهذا يعني أن المحكمة قد فشلت من منظور حماية حقوق الإنسان. ورغم كل تلك الانتقادات التي وجهناها للدوائر الاستثنائية الكمبودية، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن بعض الجوانب الإيجابية للمحكمة، ومنها: 1/ دور المحكمة في مكافحة الفساد، 2/ دور المحكمة في نشر ثقافة إنهاء الإفلات من العقاب، 3/ بناء القدرات القضائية الكمبودية، بمساعدة الخبرات الدولية، من خلال منح الفرصة للمحامين والقضاة المحليين الكمبوديين من أجل العمل في الدوائر الاستثنائية الكمبودية؛ بمعنى العمل في إطار النظام القانوني الدولي الجنائي الذي يتميز بخلوه من الفساد وخضوعه لسيادة القانون، وهذا الأمر قد يؤدي مستقبلا إلى تعزيز احترام سيادة القانون في كمبوديا، 4/ إعادة ثقة الشعب الكمبودي في المؤسسات المحلية الكمبودية من خلال التوعية الواسعة التي قامت بها الدوائر الاستثنائية بمساعدة المنظمات الدولية الداعمة لعمل المحكمة. واستنادا إلى ما ذكر يمكن القول إن المحكمة أو بالأصح الدوائر الاستثنائية الكمبودية كانت ناجحة في عملها من منظور اجتماعي.

الخاتمة

⁷⁶ بن بو عبدالله مونية، مصدر سابق، ص 100.

⁷⁷ بوشمال صندرة، مصدر سابق، ص 133.

في إطار كتابة هذا البحث توصلنا إلى عدد من النتائج والمقترحات، سنوجزها على شكل نقاط محددة، على النحو الآتي:
أ/ الاستنتاجات:

1. تشكلت الدوائر الاستثنائية في المحاكم الكمبودية المعروفة بالدوائر الاستثنائية الكمبودية، أو الغرف الاستثنائية الكمبودية، أو المحكمة الخاصة بكمبوديا، أو محكمة الخمير الحمر، وهي محكمة مختلطة (هجينة، مدولة، ذات طابع دولي) -نتيجة مفاوضات شاقة ومطولة بين الحكومة الكمبودية وممثل منظمة الأمم المتحدة، لغاية محاكمة القادة والمسؤولين الكبار من حزب الخمير الحمر الحاكم، بسبب الجرائم الدولية التي ارتكبوها في حق الشعب الكمبودي خلال فترة حكمهم الممتدة ما بين أعوام 1975 لغاية 1979.
2. كانت الغلبة في تركيبة الدوائر الاستثنائية للقضاة الكمبوديين، مع دور ثانوي للقضاة الدوليين. كما أوكلت رئاسة جميع الغرف (التمهيدية، الابتدائية، الاستئنافية) للقضاة الكمبوديين. لكن، ولكيلا ينفرد القضاة الكمبوديون بالقرار داخل تلك الغرف، اشترطت موافقة قاض دولي واحد -على الأقل- على القرار أو الحكم الصادر من تلك الغرف.
3. تم توجيه عدد من الانتقادات إلى إجراءات المحاكمة بسبب عدم التزامها بالمعايير الدولية للمحاكمات العادلة، وخاصة فيما يتعلق بالشفافية والحيادية والاستقلالية، وبالأخص فيما يتعلق بحماية الشهود، واحترام حقوق المتهم وغيرها... نتيجة لكل ذلك، عدت المحكمة غير ناجحة في أدائها بالنسبة لحماية حقوق الإنسان، واللوم الأكبر هنا يقع على الأمم المتحدة التي رضخت للمطالب الكمبودية بخصوص تشكيلة المحكمة، وهذا الأمر ما كان له أن يتم لولا الضغوط التي مارستها الولايات المتحدة الأمريكية من أجل الوصول إلى اتفاق بين الأمم المتحدة والحكومة الكمبودية.
4. من جانب آخر تمت الإشادة بدور المحكمة في ملاحقة ومعاقبة بعض كبار مرتكبي الجرائم الدولية، وفي نشر ثقافة عدم الإفلات من العقاب، وتطوير القدرات القانونية للقضاة والمحامين الكمبوديين، وتوعية المجتمع الكمبودي بالجرائم المرتكبة بحقه، أي يمكن عد المحكمة ناجحة من حيث الأثر الاجتماعي الذي تركته في المجتمع الكمبودي.

ب/ المقترحات:

1. إن نموذج المحاكم المختلطة (الهجينة، المدولة، ذات الطابع الدولي)، يعد من النماذج الناجحة من العدالة الجنائية الدولية لمكافحة الجرائم الدولية، شريطة أن تتم مراعاة التوازن في الاتفاق بين الحكومة المحلية التي وقعت فيها الجرائم الدولية وممثل منظمة الأمم المتحدة، بمعنى أن المحاكم المختلطة ستكون أكثر تأثيراً وفعالية في مواجهة إفلات الجناة من العقاب إذا تهيأت وسائل ومستلزمات نجاحها؛ من ذلك مثلاً أن يكون مقر المحكمة المشكلة خارج الدولة التي وقعت فيها الجرائم، لكي تكون بعيداً عن التدخلات الحكومية (السياسية) في عملها، وكذلك أن تكون الغلبة في الدوائر والغرف المشكلة في المحكمة المختلطة للقضاة الدوليين حفاظاً على المعايير الدولية للمحاكمات العادلة.
2. إن التعاون الدولي ضروري جداً من أجل نجاح أي محكمة دولية جنائية، وخاصة في حالة هروب الجناة من الدولة التي ارتكبوا فيها الجرائم الدولية، لذا، تزامناً مع المشاورات والمفاوضات التي تجريها الأمم المتحدة مع الحكومة المحلية التي تكون ضحية الجرائم الدولية من أجل تشكيل محكمة مختلطة، يفضل العمل داخل الجمعية العامة التي تضم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة من أجل وضع صيغة للتعاون بين الدول التي هرب إليها الجناة، من أجل تسليمهم إلى المحكمة المختلطة، لتقادي هروب الجناة من العقاب.

3. لا بد أن يقوم مجلس الأمن بدور إيجابي، تأسيساً على سلطته القانونية والأخلاقية، من أجل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وذلك من خلال منع ارتكاب الجرائم الدولية بحق الشعوب المغلوبة على أمرها، أو إيقافها في حالة وجود انتهاكات لحقوق الإنسان، وكذلك الضغط على الدول التي لجأ إليها مرتكبو الجرائم الدولية من أجل تسليمهم للعدالة الجنائية الدولية.

المصادر

أ/ الكتب العربية:

- بشير نبيل، المسؤولية الدولية في عالم متغير، ط1، مطبعة عبير، القاهرة، 1994.
- بن بوعبدالله مونية، المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية، ط1، دار اليازوري العلمية، عمان، 2013.
- د. بوكرا إدريس، مبدأ التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- عباس عبدالأمير إبراهيم العامري، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
- عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الانسان، ط1، دجلة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- فيفيان أوكونر وكوليت روش، القوانين النموذجية للعدالة الجنائية خلال الفترات اللاحقة للصراعات، المجلد الثاني، مطبعة معهد الولايات المتحدة للسلام، واشنطن، 2011.
- د. محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية ماهيتها ووسائل مكافحتها دوليا وعربيا، دار الشروق، القاهرة، 1998.

ب/ الكتب باللغة الانكليزية:

- Suzannah Linton: Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice, Criminal Law Forum 12: Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands, 2001,

ج/ الرسائل الجامعية:

- احمد محمد المهدي بالله، النظرية العامة للقضاء الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009.
- إيلال فايزة، علاقة مجلس الأمن بالقضاء الجنائي الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- بشور فتيحة، جرائم حقوق الإنسان بين الاختصاص الدولي والاختصاص العالمي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.
- بوروبة سامية، معاقبة الجرائم ضد الإنسانية بين القانون الدولي والقانون الداخلي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
- بوشمال صندرة، الجرائم ضد الإنسانية ضمن اجتهاد المحاكم الجنائية الدولية والوطنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2017.
- بوفرقان حمامة، جزاء مخالفة قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
- رجدال أحمد، حماية حقوق الإنسان من التدخل الدولي الإنساني إلى مسؤولية الحماية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2016.
- سولاف سليم، الجزاءات الدولية غير العسكرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006.

- فاطمة بلعيش، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، 2008.
- عصماني ليلي، التعاون الدولي لقمع الجرائم الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013.
- مارية عمر اوي، ردع الجرائم الدولية بين القضاء الدولي والقضاء الوطني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.
- محزم شوقي، إنفاذ قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
- مخلط بلقاسم، محاكمة مرتكبي جرائم الحرب أمام المحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015.
- مولود أحمد مصلىح، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، كوبنهاغن، 2008.
- ياسر حسن كلزي، المواجهة الدولية والوطنية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009.

د/ المجالات العلمية:

- ايلينا بيجيتش، المساءلة عن الجرائم الدولية من التخمين إلى الواقع، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002، ص 188-190.
- جودي وليمز، الألغام الأرضية والتدابير الرامية إلى إزالتها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، السنة الثامنة، العدد 43، 1995.
- حساني خالد، مبدأ السيادة بين التدخل الإنساني ومسؤولية الحماية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، مجلة سداسية محكمة، السنة الثالثة، المجلد الخامس، العدد الأول، بجاية، 2012.
- د. خالد عكاب حسون، المحاكم الجنائية المدولة في نطاق القانون الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الحادي عشر، 2011.
- عماد جاد، التدخل الدولي، مجلة الديمقراطية، العدد الثاني، 2001.
- د. ليلي نقولا، المحكمة الخاصة بلبنان نظرة تقييمية على ضوء التجارب الأخرى، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، العدد الثاني، بيروت، 2014.
- جرائم الخمير الحمر، هل يمكننا التحدث قانوناً عن الإبادة الجماعية؟، مجلة دي ترايل، 2008/9/17، ص 5-6، متاح على الموقع الإلكتروني:

www.trial-ch.org

هـ/ القوانين والانظمة:

- قانون إنشاء الدوائر الاستثنائية في المحاكم الكمبودية، الذي يتضمن التعديلات التي طرأت عليها بتاريخ 2004/9/27 بموجب الوثيقة المرقمة: (NS/RKM/1004/006)، تأريخ الزيارة: 2021/3/3، متاح على الموقع الرسمي للمحكمة الخاصة بكمبوديا، على الرابط الإلكتروني:

https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

و/ المنشورات الدولية:

- إيريك سوتاس، العدالة الانتقالية والعقوبات، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 90، العدد 870، 2008.

- المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المنعقد خلال الفترة من 5/31 إلى 2010/6/11، منشورات المحكمة الجنائية الدولية، 2010، ص145، رقم الوثيقة: RC/9/11. ح/ الموثيق والقرارات والتقارير الدولية:

- قرار الجمعية العامة رقم (135/52) حول حالة حقوق الإنسان في كمبوديا، الفقرة السادسة عشرة، تأريخ الزيارة 2016/9/18، رقم الوثيقة: A/52/49، متاح على شبكة الإنترنت على الموقع:

<http://www.un.org/arabic/documents/GARes/52/res52135.htm>

- تقرير الأمين العام عن محاكمات الخمير الحمر، وثائق الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة، الدورة السابعة والخمسون، البند (109/ب) من جدول الأعمال، بتاريخ 2003/3/31، ص4، رقم الوثيقة: A/57/ 769.

- التقرير الوطني المقدم وفقا للفقرة (15/أ) من مرفق قرار مجلس حقوق الإنسان (1/5) كمبوديا، وثائق مجلس حقوق الإنسان التابع للجمعية العامة للأمم المتحدة، الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل، الدورة السادسة، ص7، بتاريخ 2009/9/16، رقم الوثيقة: A/HRC/WG.6/6/KHM/1.

- تقرير منظمة العفو الدولية لعام 2010، رقم الوثيقة: POL 10/001/2010.
- من وثائق الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، الفريق العامل المعني بالاستعراض الدوري الشامل، الدورة السادسة، الصادر بتاريخ 2009/9/16، ص7. رقم الوثيقة: A/HRC/WG.6/6/KHM/1

ط/ المواقع الالكترونية:

- الموقع الرسمي للمحكمة الخاصة بكمبوديا، على الرابط الالكتروني:

<https://www.eccc.gov.kh/en/articles/press-release-national-co-prosecutor-passing-convicted-person-kaing-guek-eav-alias-duch>

Romanization of Arabic references

A. alikutub alearabiatu:

- Bashir nabil, almaswuwliat aldawliat fi ealam mutaghayir, t 1, matbaeat eabir, alqahirat, 1994.

- Bukra 'iidris, mabda tabie fi alqanun alduwalii almueasir, almuasasat alwataniat lilkitab, aljazayir, 1990.

- Eabaas eabdial'amir 'iibrahim aleamiri, himayat huquq al'iinsan fi alqanun alduwlii, t 1, manshurat alhalabi alhuquqiat t bir 2016.

- Eabdallah eali sultan, dawr alqanun aljinayiyi alduwalii aljinayiyi fi himayat huquq alansan, 1, dajlatan llnashr waltuwzin, 2007
- Fifian 'uwkunar wakulit rush, alqawanin alnamudhajat lileadalat aljinayiyat khilal fatrat alnatrat lilsiraeat, aljamlayn alnamudhajat lileadalat aljinayiyat khilal alfatarat lilsiraeat, aljumalldiyn aldawia
- Mahmud sharif bisyuni, aljarimat eabr alwataniat mahiataha wawasayil mukafahatiha dualiana waearabiana, dar alshuruq, alqarat qarat 1998.

B. alrasayil aljamieiatu:

- Ahmad muhamad almuhtadi biallah, alnazariat aleamat lilqanun alduwalii aljinayiyi, 'utruhat dukturah, kuliyyat alhuquq, jamieat alqahirat jamieat alqahirat,
- 'iilal fayzat, majlis al'amn bialqada' aljinayiyi alduwalii, risalat majistir, kuliyyat alhuquq alsiyasiat alsiyasimat mieyu zud
- Bashuwr fatihat, jarayim huquq al'iinsan bayn aliakhtisas aldawlii waliakhtisas alealamii, dukturah, kuliyyat alhaqmazae 2014
- Burubat samiat, mueaqabat jarayim dida al'iinsaniat bayn alqanun alduwalii walqanun aldaakhilii, 'utruhat dukturah dukturah alqanun alduwalii walqanun aldaakhilii, 'utruhat dukturah jaqarat zi 2016
- Jarayim dida al'iinsaniat dimn aijtihad almahakim aljinayiyat alduwaliat walwataniat, 'utruhat diktijrah, min aijtihad almahakim alduwaliat walwataniat, nanin alwashm, almahakim alduwaliat walwataniat, 'utruhat diktajurah nanan nunat dukturah qnan
- Bufirqan hamamat, jaza'an mukhalifat qawaeid alqanun alduwalii al'iinsanii fi alnizaeat almusalahat alduwaliati, risalat majistir, kuliyyat alhuquqi, jamieat mawlud maemiri, tizi wuzu 2010.
- rijdal 'ahmad , himayat huquq al'iinsan altuwnisii , maswuwlat maswuwliat , risalat majistir , maswuwliat maswuwlat , maswuwliat maswuwlat , risalat majistir , maswuwliat alhimayat , duliun 'iilaa maswuwliat alhimayat , risalat majistir , jaliat almuhamaruq
- Swlaf salim, aljaza'at alduwliat ghayr aleaskariat, risalat majistir, kuliyyat alhuquq, jamieat saed dahlab, alblidat, 2006.

- Fatimat baleish, himayat 'asraa alharb fi alqanun alduwalii al'iinsanii, risalat majistir, kuliyyat aleulum alqanuniyat fi alqanun alduwalii al'iinsanii, risalat majistir, kuliyyat aleulum aleieatat shaeil eiat waniyat wal'iidib, biat walia
- Easmani laylaa, altaeawun alduwliu liqame aljarayim alduwliat, 'utruhat dukturah, kuliyyat alhuquq waleulum alsiyasiyat, naham 2013
- Maryt eamrawi, rade aljarayim alduwaliyat bayn alqada' alduwlii walqada' alwatani, 'utruhat dukturah, kuliyyat alhuquq waleulum alsiyasiati, jamieat muhamad khaydar, bisakrati, 2016.
- Mahzam shawqi, qawaeid alqanun alduwalii alduwalii, risalat majistir, kuliyyat alhuquq waleulum alsiyaniwn alduwliu aleinsaniu, risalat majistir, kuliyyat alhuquq waleulukat alsiyasiyat, jamieir mihara dun jamieir mihara dada
- Mukhalit bilqasim, muhakamat murtakibi jarayim alharb 'amam almahkamat aljinayiyat alduwaliyat, 'utruhat dukturah, kuliyyat alhujimiqamiyat, jamieat alhajqim, dualiat, 'utruhat dukturah, kuliyyat alhajqim alalalib liat alhajqim kalalib dualiat, 'utruhat diktiqimat alalalib kuliyyat alhajqim nalalib
- Mawlud 'Ahmad maslah, alealaqat bayn alqanun alduwalii walqanun alduwlii lihuquq al'iinsan, risalat majistir, kuliyyat alqanun w alsiyasiyat, al'akadimiya alarabiya almaftuhat fi aldaanimark, kubinhaghin 2008.
- Yasir hasan kilzi, almuajahat alduwaliyat walwataniyat liaintihakat alqanun alduwalii al'iinsanii, duliun duliun walwataniyat liaintihakat alqanun alduwalii, 'utruhat dalalurah, kuliyyat alalir alwarah j kuliyyat al'arib aleayb,

C. almajalaat aleilmiatu:

- Aljarayim alduwliat lilsalib al'ahmar, almusa'alat, aljarayim alduwliat lilsalib al'ahmaru.
- Judi walimz, 'iizalat al'algham al'ardiat alati zurieat fi 'iizalatiha, almajalat alduwliat lilsalib al'ahmar, alsanat althaadinat, e 43.
- hasaani khalid , mabda alsiyadat , aleladad al'awal , bijayat , almajalat al'akadimiya alqanuniyat , jamieat eabdalrahman mirat , majalat sudasiyat almahkamat , alsanat althaalihat , almujalad alkhamis , aleladad al'awal , bijayat , 2012.
- Khalid eakaab hasuwn, almahakim aljinayiyat almudawilat fi nitaq alqanun alduwalii, majalat jamieat tikrit aleulum alqanuniyat waly alqanun alduwalii, majalat jamieat tikrit lileulum alqanuniyat yamlalald aldadualia
- Eimad jad, altuwn aldawliu, majalat aldiymuqratiyat, aleladad althaani, 2001.

- Laylaa niqwla, almahkamat alkhasat bilubnan nazrat taqyimiya ealaa daw' altajarib al'ukhree, majalat alhuquq alsiyasiya, kuliyat alhuquq alsiyasiya wal'iidariya, aljamiyat allubnaniya, aleadad althaani, bayrut, 2014.

التزامات أطراف حساب ضمان التطوير العقاري
دراسة نقدية

الدكتورة مريم احمد الصندل
أستاذ مساعد في قانون الإجراءات المدنية
جامعة الشارقة – دولة الإمارات العربية المتحدة

تاريخ القبول: 2021/5/23

تاريخ التسليم: 2021/2/13

**Obligations of the real estate development escrow account parties
-Critical study**

**Dr. Mariam Ahmed Al-Sandal
Assistant Professor of Civil Procedure Law
University of Sharjah - United Arab Emirates**

الملخص باللغة العربية:

النهضة العمرانية في دولة الإمارات العربية المتحدة متسارعة في قطاع البناء والتشييد، بل وتعتبر الأسرع في منطقة الشرق الأوسط، من حيث النمو والازدهار؛ فالأعمال الإنشائية مستمرة بشكل كبير ونوعي لتحاكي النهضة الاقتصادية في الدولة. وقد ظهرت الكثير من المشاريع العمرانية على مستوى إمارات الدولة، ولم يعد بيع المشاريع يقتصر على المشاريع الجاهزة للتسليم، بل ظهر ما يُعرف بالبيع على الخارطة، وهو بيع المشروع قبل تمامه، بل وأحياناً كثيرة قبل بدء العمل به، لذلك سعى المشرع جاهداً لملاحقة هذا التطور الهائل في مجال التطوير العقاري، بسن تشريعات تحفظ حقوق أطراف العلاقة، ومنها إلزام المطور العقاري بفتح حساب الضمان العقاري. وبالرغم من تأكيد تلك التشريعات على التزامات أطراف حساب ضمان التطوير العقاري، إلا أنه مازالت هناك حاجة لضبط بعض المسائل المتعلقة بحساب الضمان منها ربط السحب من الحساب بنسبة إنجاز معينة، وإلزام المطور العقاري بإعلام المستثمرين أو المشتريين بأي رهن على المشروع سواء كان سابقاً أم لاحقاً على التعاقد.

الكلمات المفتاحية: التطوير العقاري، حساب الضمان، أمين حساب الضمان، مبلغ الضمان.

Abstract:

The urban renaissance in the United Arab Emirates is accelerating in the building and construction sector, and is considered the fastest in the Middle East region, in terms of growth and prosperity. Many urban projects have emerged at the level of the emirates of the state, and the sale of projects is no longer limited to projects ready for delivery. Rather, what is known as selling appears on the map, which is the sale of the project before its completion, and sometimes even before it is started. Therefore, the legislator strived to pursue this tremendous development in the field of real estate development, by enacting legislation that preserves the rights of the parties to the relationship, including obliging the real estate developer to open the real estate escrow account. Despite the confirmation of these legislations on the obligations of the parties to the real estate development escrow account, there is still a need to control some issues related to the escrow account, including linking the withdrawal from the account to a certain completion rate, and the real estate developer is obligated to inform investors or buyers of any mortgage on the project, whether it is prior or later on Contracting.

Key words: real estate development, escrow account, escrow account secretary, guarantee amount.

1. موضوع البحث وأهميته:

يعد التطوير العقاري من أهم المواضيع المطروحة في وقتنا الحاضر نتيجة تطور هذا القطاع بشكل كبير وسريع، فهو من أهم نظم الاستثمار الحديثة التي فرضت نفسها في مجال الاستثمارات العقارية. ومع تسارع وتيرة إطلاق المشاريع العقارية، وكثرة مغريات الاستثمار العقاري، ورغبة المستثمرين في الاستثمار في هذا المجال على وجه التحديد لما يتميز به من مميزات تفوق مميزات أي مجال استثماري آخر، ومنها على سبيل المثال، السهولة إذا ما قورن بالأسهم مثلاً، وسهولة الحصول على التمويل؛ فقروض التمويل العقاري جزء رئيسي من نموذج أعمال أي مصرف، والأرباح المالية التي يحققها على المدى الطويل، مع هذا المميزات سعت التشريعات لاستحداث وسائل مناسبة تضمن وفاء كل طرف بالتزاماته تجاه الآخر، أو فسخ

العقد بين الأطراف و ضمان إعادة الحال إلى ما كان عليه عند التعاقد. ويعتبر حساب الضمان الذي ألزمت به التشريعات المطور العقاري أحد تلك الوسائل التي يمكن من خلالها الحفاظ على حقوق المشتريين، والمستثمرين، ومقرضي المطور العقاري على وجه الخصوص، بالإضافة إلى ضمان سير المشاريع العقارية والتطوير العقاري في طريق تنشيط الحركة التجارية والاقتصادية في الدولة.

إشكالية البحث:

إشكالات حسابات الضمان في مجال التطوير العقاري تتمثل في عدة أمور أولها: أن إيداع الأموال فيها يتم من خلال المطور العقاري أو الوسيط، وهو ما يمثل ثغرة قانونية؛ يمكن أن تستغل بشكل سيء. وثانيها: أن بعض التشريعات سمحت للمطور العقاري بالأخذ من حساب الضمان دون أن تربط ذلك بنسبة إنجاز معينة؛ الأمر الذي يترتب عليه المساس بحقوق المستثمرين أو المشتريين في حال عدم إنجاز المشروع أو إلغائه، خاصة مع غياب نص يلزم المطور العقاري بتقديم ضمان مصرفي يضمن حقوق المشتريين والمستثمرين في حال عدم إنجاز المشروع. يضاف لذلك أن المشرع غفل عن إلزام المطور العقاري بإعلام المستثمرين أو المشتريين، بأي رهن كان قد وقع على المشروع قبل التعاقد، أو يقع عليه بعد التعاقد.

2. أهداف البحث:

يهدف هذا البحث لتحقيق ما يلي:

- بيان مفهوم حساب الضمان، وتمييزه عن خطاب الضمان.
- التعرف على التزامات المطور العقاري في إمارة دبي وإمارة أبو ظبي.
- التعرف على التزامات أمين حساب الضمان في إمارة دبي وإمارة أبو ظبي.

3. الدراسات السابقة:

- أ. محمد زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء- دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط1، 1989.
- ب. احمد محمد احمد إدريس، ضرورة التسجيل العقاري، رسالة ماجستير، أكاديمية شرطة دبي، 2007.
- ج. مراد محمود المواجدة، التنظيم القانوني العقاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الآفاق المشرقة ناشرون، 2016، دبي.

4. نطاق البحث:

سيقتصر البحث على دراسة موضوع التزامات أطراف حساب ضمان التطوير العقاري وفق ما جاء في بعض التشريعات المحلية في دولة الإمارات، منها القانون رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، والقانون رقم (3) لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي، بالإضافة إلى بعض القواعد العامة الواردة في التشريعات الأخرى مثل: قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985 وتعديلاته، وقانون المعاملات التجارية رقم 13 لسنة 1992 وتعديلاته.

5. مناهج البحث:

إن الإلمام بموضوع حساب الضمان يتطلب الأخذ بالمناهج التالية: المنهج الوصفي: والذي من خلاله يتم جمع كافة المعلومات المتعلقة بالموضوع، والمنهج التحليلي: بهدف تحليل النصوص والأحكام المتعلقة بالتزامات أطراف حساب الضمان، والمنهج النقدي: من خلال بيان الآراء الواردة في هذا الشأن وإبداء الرأي فيها.

6. خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث، والتوصل لحل إشكالياته بصورة عملية، سنعالج التزامات أطراف حساب الضمان من خلال مطلب تمهيدي ومبحثين، نُعرف في المطلب التمهيدي حساب الضمان، ونميزه عن خطاب الضمان، مجلة العلوم القانونية

ومن ثم نحدد سماته. وفي المبحث الأول نتناول التزامات المطور العقاري، ونقسمه لثلاثة مطالب. والمبحث الثاني نناقش فيه التزامات أمين الحساب، وذلك في أربعة مطالب. وعليه ستكون الخطة كما يلي: المطلب التمهيدي: مفهوم حساب الضمان. المبحث الأول: التزامات المطور العقاري. المبحث الثاني: التزامات أمين حساب الضمان.

المطلب التمهيدي: مفهوم حساب الضمان

تمهيد وتقسيم:

حساب ضمان المشروع العقاري يتعلق بالبيع على الخارطة فبعد أن يُتم المطور العقاري كافة الإجراءات المتعلقة بترخيص البناء والتطوير (يكون على استعداد للبدء في تشييد العقارات، ومن ثم يعلن للجمهور عن استعداده لبيع هذه العقارات، وبطبيعة الحال يكون ذلك قبل الشروع في عملية البناء، أو بعدها بزمان يسير)،⁽¹⁾ ويعد إنشاء حساب الضمان من أول التزامات المطور العقاري في حال رغبته في بيع العقارات على الخارطة. ولعلنا أولاً نتعرف على حساب الضمان، من خلال بيان تعريفه، ومن ثم نميّزه عن خطاب الضمان.

أولاً: تعريف حساب الضمان:

يعد حساب الضمان أحد العمليات المصرفية المستحدثة التي نظمها المشرع وألزم بها المصارف والمطور العقاري⁽²⁾، حيث يقوم حساب الضمان على أن يقدم المطور العقاري غطاء بنكي لضمان حقوق المستثمرين⁽³⁾.

وفي ضوء هذا الفهم عرّف المشرع في إمارة دبي حساب الضمان بأنه: "الحساب المصرفي الخاص بالمشروع العقاري الذي تودع فيه المبالغ المدفوعة من المشترين لوحدات على الخارطة أو من الممولين للمشروع"⁽⁴⁾.

كما عرّفه المشرع في أبو ظبي بأنه: "الحساب المصرفي الخاص بمشروع التطوير العقاري، والذي تودع فيه المبالغ المدفوعة من المشترين للوحدات العقارية المباعة على المخطط أو دفعات القروض التي تدفع من الممولين لأغراض تمويل مشروع التطوير العقاري"⁽⁵⁾.

واستناداً لتلك التعريفات يعتبر حساب الضمان حساباً مصرفياً خاصاً متولداً عن نشاط تجاري في مجال الاستثمارات العقارية، بالرغم من أن هذا العقد لم ينظم ضمن قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (13) لسنة 1993، وإنما ورد في قوانين محلية لتنظيم هذا الحساب المصرفي،⁽⁶⁾ بهدف توفير الراحة والطمأنينة في تعاملات المشترين، أو المستثمرين، أو من يقدم القروض للمطور العقاري، مع المطور العقاري، بأن تلك الأموال المدفوعة والتي تمثل جزءاً من قيمة العقار المرغوب في شرائه، أو الأموال المراد تخصيصها لإتمام تنفيذ ذلك العقار - حسب الأحوال - لن تستخدم لأمر آخرى، وأنها ستستخدم لذلك المشروع على وجه الخصوص دون غيره.

وعلى الرغم من استقرار الفقه على استبعاد شراء وبيع العقارات من نطاق الأعمال التجارية؛ وذلك إما بسبب طبيعة العقار ذاته، أو على اعتبار عدم ذكر أي نوع من أنواع العقارات في الأمثلة التي وردت في سياق النصوص التشريعية التي أسبغت الطبيعة التجارية على عمليات الشراء من أجل البيع، فإن الأرباح الطائلة التي تحققها المضاربة العقارية في العصر الحالي جعلت بعض التشريعات تسبغ الطبيعة التجارية على شراء

¹ محمد البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، ط 3، 2005، 182.

² بينما يرى البعض أنها عمليات مستحدثة ابتدعتها المصارف. آلاء النعيمي، العمليات المصرفية، الأفاق المشرقة، 2010، 17.

³ ولاء الدين إبراهيم، التطوير العقاري - دراسة مقارنة، منشورات دار القضاء - أبو ظبي، ط 1، 2014.

⁴ قانون حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي رقم 8 الصادر في سنة 2007.

⁵ قانون رقم 3 لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

⁶ في أبو ظبي صدر القانون رقم 3 لسنة 2015، ووردت ضمنه القواعد القانونية المتعلقة بحساب الضمان. وفي دبي صدر قانون حسابات ضمان التطوير العقاري رقم 8 لسنة 2007. وفي الشارقة نظم حساب الضمان بقرار المجلس التنفيذي رقم 25 لسنة 2011. وصدر في إمارة رأس الخيمة كذلك المرسوم الأميري رقم 22 لسنة 2008 وهو متعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة رأس الخيمة.

وبيع الأراضي أو العقارات بقصد الربح، وذلك إذا ما جاءت على سبيل الاحتراف⁷. وقد أكد المشرع الإماراتي على ذلك في نص المادة (6 / 6) من قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993 حيث جاء فيه أنه: "تعد الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف: 6. شراء وبيع الأراضي أو العقارات بقصد الربح من بيعها بحالتها الأصلية أو بعد تحويلها أو تجزئتها".

وعليه يعتبر المطور العقاري (البائع) والمستثمرون أو المشترون طرفاً في العلاقة التعاقدية، ويعتبر البنك طرفاً ثالثاً يحتفظ بالأموال المدفوعة من قبل المستثمرين أو المشتريين، لحين التأكد من وفاء المطور العقاري بالتزاماته. ويسهم هذا الإجراء في الحفاظ على أموال المستثمرين والمشتريين لحين إنجاز مراحل معينة من البناء، كما يضمن صرفها لهذا المشروع على وجه الخصوص. ويترتب على إساءة استخدامها من قبل المطور العقاري المسجل لدى الدائرة المختصة، تعرضه لجزاءات وعقوبات مختلفة كما سنرى لاحقاً.

ثانياً: خطاب الضمان:

يُعرف خطاب الضمان بأنه: "تعهد صادر عن البنك بناء على طلب عميله، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد، بأن يدفع مبلغاً معيناً، إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب⁽⁸⁾. وهو تعهد كتابي بمقتضاه يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام يلقي على عاتق العميل المكفول، وضماناً لوفائه تجاه ذلك الطرف⁽⁹⁾.

ويرى معظم الفقه أن خطاب الضمان مهما اختلفت صيغ وعبارات تعريفه فإنها تجمع على أن الالتزام الناشئ عنه في ذمة البنك التزام أصيل منبث الصلة عن التزام العميل، وعلى أساس ذلك يعرف بأنه صك من البنك بناء على طلب العميل يتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المستفيد دون قيد أو شرط⁽¹⁰⁾.

ثالثاً: تمييز حساب الضمان عن خطاب الضمان:

توجد بين حساب الضمان وخطاب الضمان أوجه شبه وأوجه اختلاف؛ ومن أوجه التشابه بينهما أنهما عقدان يردان على مبلغ معين من النقود، وأحد أطراف العقد هو مصرف أو بنك دائماً، وخطاب الضمان يصدر بناءً على طلب العميل، وكذلك غالباً فتح حساب الضمان. ومن نقاط التشابه ضرورة وجود أمين الحساب الذي جاء تعريفه في القانون المحلي لإمارة دبي والمتعلق بحسابات الضمان، بأنه هو: "المؤسسة المالية أو المصرفية المعتمدة من الدائرة لإدارة حساب الضمان"، وهو كذلك في إمارة أبو ظبي إذ ورد تعريف أمين الحساب بأنه: "البنك أو المصرف أو المؤسسة المالية المعتمدة من الدائرة لإدارة حساب ضمان المشروع وفق أحكام هذا القانون". وكذلك يعد تخصيص هذه الأموال لأمر معين من أوجه الشبه بينهما؛ إذ إن خطاب الضمان يتضمن إيداع نقود لتغطية التزام معين، أو ضمان دين معين، أو للوفاء بدين العميل، بينما حساب الضمان تودع النقود فيه وتخصص لتغطية تكاليف إنشاء أو بناء وحدات عقارية بيعت على الخارطة، أو إيداع القروض التي حصل عليها المطور لإتمام المشروع¹¹.

أما أوجه الاختلاف بينهما فتتمثل في أن خطاب الضمان، باعتباره من العمليات المصرفية، نُظِم في القانون الاتحادي المتعلق بالمعاملات التجارية رقم (18) لسنة 1993⁽¹²⁾، بينما نُظِم حساب الضمان في قوانين محلية متعددة. كما أن خطاب الضمان يلتزم فيه البنك بإصدار الخطاب باسم مستفيد معين ويلتزم من خلاله البنك

8 نجاة بضراني، الائتمان المصرفي بطرق التوقيع، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، 1988، ص 10. وفي هذا الخصوص قالت محكمة نقض أبوظبي إن: "من المقرر أيضاً وعلى ما تفيد المادة 414 من قانون المعاملات التجارية فإن خطاب الضمان هو تعهد يصدر من البنك الضامن بناء على طلب عميل له الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط - ما لم يكن خطاب الضمان مشروطاً. إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في خطاب الضمان، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله - بما مفاده- أن الأصل أن يُصدر البنك خطاب الضمان غير متضمن لأية شروط، وفي هذه الحالة يكون للمستفيد منه الحق في صرف قيمته بمجرد طلبه ذلك من البنك المصدر له خلال مدة سربرانه، أما إذا صدر خطاب الضمان متضمناً شروطاً أو لزاماً لتقديم مستندات للبنك المصدر فلا يحق للمستفيد منه صرف قيمته إلا بعد تنفيذه لهذه الشروط أو تقديمه تلك المستندات إلى البنك المذكور. ويقع عبء إثبات أن خطاب الضمان قد صدر متضمناً شروطاً أو لزاماً لتقديم مستندات للبنك المصدر في حالة النزاع بين العميل الأمر والمستفيد على عاتق العميل الأمر باعتباره يدعي خلافاً للأصل وهو حق المستفيد في صرف قيمة خطاب الضمان من البنك المصدر له بمجرد طلبه خلال مدته. كما أن من المقرر أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً يحكمه خطاب الضمان مادام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالجوء إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد". محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم 161 لسنة 2012، الدائرة التجارية، بتاريخ: 19 / 6 / 2013، المكتب الفني 6، رقم الجزء 3، رقم الصفحة 1304.

9 سميحة القيلوبي، القانون التجاري، عمليات البنوك، الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 11.

10 أحمد الشيتي، فاروق الغلاب، خطابات الضمان والكفالات المصرفية، بحث منشور في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس، 1996، القاهرة، ص 59 و 60.

11 في ذات المعنى ينظر: زينة عبد الجبار، دور حساب الضمان في تحقيق الائتمان، مجلة صوت القانون، العدد 6، 2016.

12 جاء في نص المادة 414 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي أن: "خطاب الضمان تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر المستفيد دون قيد أو شرط ما لم يكن خطاب الضمان مشروطاً إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله".

بأداء مبلغ معين من النقود إذا طلب المستفيد ذلك⁽¹³⁾، أما حساب الضمان فتتخصص مهمة البنك أو المؤسسة المالية في تجميع الأموال التي يدفعها المشترون، أو الأموال المقدمة كقرض للمطور العقاري، فهو أمين على تلك الأموال ولا يحق له التصرف فيها، فهي مملوكة للمطور حصراً. ويمتاز خطاب الضمان بأنه يتسم بالسرية، باعتباره من العمليات المصرفية، وذلك على خلاف حساب الضمان الذي يتسم بالعلانية النسبية التي فرضها المشرع، وأعطى من خلالها للمشتري ولممثلي الجهات الرسمية الحق في الاطلاع على السجلات والحصول على نسخة منها¹⁴.

¹³ جاء لدى: أحمد الجندي، شرح قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، درا الكتب القانونية، الكتاب الأول، 2015، 474، أن: خطاب الضمان يتضمن علاقات ثلاث، علاقة عميل المصرف بالمستفيد، وعلاقة المصرف بعميله الذي يطلب إصدار خطاب الضمان، وأخيراً علاقة المصرف بالمستفيد من خطاب الضمان، وهذه العلاقة الأخيرة مصدرها الوحيد هو خطاب الضمان الذي يحقق مصلحة لأطرافه الثلاثة".

¹⁴ في ذات المعنى ينظر: زينة عبدالجبار، مرجع سابق.

المبحث الأول: التزامات المطور العقاري

كل عقد يرتب حقوقاً والتزامات في ذمة أطرافه، وما يمثل حقاً لطرف هو ذاته يعتبر التزاماً على الطرف الآخر، وكذلك الحال في حساب الضمان، فهو يرتب التزامات متبادلة في ذمة أطرافه. نتعرض في هذا المبحث لالتزامات أحد أطراف حساب الضمان وهو المطور العقاري.

المطلب الأول: إيداع الأموال المتحصلة من تنفيذ المشروع والمتعلقة به في حساب الضمان

أول ما يلتزم به المطور العقاري -بعد فتح حساب الضمان- هو إيداع كافة المبالغ المتحصلة من المستثمرين أو المشترين أو من الممولين في حساب الضمان الخاص بالمشروع. جاء ذلك في كلا القانونين محل الدراسة، ولذا سنناقشه في الفروع التالية:

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

يلتزم المطور بأن يودع كافة المبالغ المسلمة له من قبل المودعين، أو تلك التي يحصل عليها مقابل رهن متعلق بالمشروع، أو المبالغ التي تمثل قروضا يطلبها المطور لصالح المشروع، جميعها في حساب ضمان المشروع⁽¹⁵⁾.

ومتى كان للمطور العقاري أكثر من مشروع عقاري فعليه أن يلتزم بفتح حساب ضمان خاص بكل مشروع، وعليه فليس له أن يستخدم أموال أحد المشاريع في تمويل وتشغيل مشروع آخر غير المشروع المفتوح باسمه الحساب⁽¹⁶⁾.

ويعاقب المطور العقاري في حال استلامه للمبالغ دون إيداعها في حساب الضمان؛ فإذا استلم المطور العقاري مبالغ لصالح المشروع من قبل المودعين؛ سواء كانوا مشترين أو مستثمرين، أو من قبل المقرضين أو الممولين، ولم يودعها في حساب الضمان، وثبت بحكم قضائي أنه اختلسها أو استعملها أو بدها فيما لا يخص المشروع -عوقب بالحبس والغرامة بحد أدنى 100.000 درهم، أو بأحد هاتين العقوبتين. ومن الملاحظ أن المشرع المحلي لإمارة دبي لم يحدد الحد الأقصى للغرامة وترك الأمر لتقدير القاضي بحسب كل دعوى على

¹⁵ المادة 1 / 7 من قانون رقم 8 لسنة 2007، المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري.
¹⁶ المادة 2 / 9 من ال قانون رقم 8 لسنة 2007، المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري.

حده، كما ترك المجال مفتوحاً لعقوبة أشد ينص عليها أي تشريع آخر⁽¹⁷⁾. ويترتب على ثبوت تلك الجرائم في حق المطور العقاري عقوبة تأديبية تتمثل في شطبه من الجدول⁽¹⁸⁾.

وبموجب القانون لن يُسمح للمطورين العقاريين بإنشاء أي مشروع أو الحصول على أي ودائع من دون وجود ضمان على أن الأموال التي يجري تجميعها لهذا المشروع، سيجري استخدامها بالشكل الصحيح المنصوص عليه في القانون. وسيجري التعامل مع جميع المشكلات المتصلة بمجال العقارات بما فيها التأخيرات وعدم توافر التمويل اللازم، وهي المشكلات التي تسببت في إضعاف ثقة المستثمر في السوق، سيجري التعامل معها بشكل وثيق من قبل هيئة التنظيم العقاري⁽¹⁹⁾، وهي هيئة حكومية تعمل تحت مظلة دائرة الأراضي والأملاك⁽²⁰⁾.

وللمشتري في حال مخالفة المطور العقاري لالتزامه بإيداع المبالغ المدفوعة له من قبل المشتري في حساب ضمان المشروع، أن يتمتع عن سداد باقي ثمن الوحدة العقارية – المبيع – لدفع المطور إلى تنفيذ التزامه. كما له أن يطلب من المحكمة أن تفسخ العقد بينه وبين المطور، ويعاد الحال إلى ما كان عليه عند التعاقد، باسترداد ما دفعه المشتري من ثمن⁽²¹⁾.

ويترتب على استلام المطور العقاري مبالغ مالية كجزء من ثمن وحدات عقارية دون أن يتم تسجيل المشروع العقاري في السجل المبدئي لدائرة التنظيم العقاري، اعتبار العلاقة التعاقدية بين الطرفين قد وقعت باطلاً لما

¹⁷ المادة 4 / 16 من القانون رقم 8 لسنة 2007، المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأن: "الحكم المطعون فيه قد أورد تبريراً لقضائه بالبراءة بما قوله ولما كان الثابت بكتاب دائرة الأراضي والأملاك المؤرخ في 28 / 2 / 2010 أن شركة للعقارات وهي للوساطة العقارية التي تعاقدها معها المجني عليه وشركة وهي شركة مالكة لمشروع برج غير مسجلتين بسجل المطورين العقاريين في دبي ومن ثم فإن أحكام القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري بإمارة دبي لا تسري على واقعة الدعوى. لما كان ذلك، وكان القانون أعلاه الذي أشار إليه الحكم قد نص في المادة 2 من أن المطور هو الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بمزاولة نشاط شراء وبيع العقارات بغرض تطويرها ويشمل المطور الرئيسي أو الفرعي، وجاء في المادة 3 منه أنه تسري أحكام هذا القانون على المطور الذي يقوم ببيع الوحدات على الخارطة في مشاريع التطوير العقاري بالإمارة واستلام دفعات من المشتريين أو الممولين مقابل ذلك، في حين أوجبت المادة 6 منه أن على المطور الراغب في بيع وحدات على الخارطة تقديم طلب إلى الدائرة لفتح حساب الضمان مرفقاً به 1 2 3 4 وجاءت المادة 9 من ذات القانون على أن يفتح حساب الضمان باسم المشروع ويكون مخصصاً حصرياً لأغراض إنشاء المشروع العقاري. وجرمت المادة 16 من القانون ذاته في الفقرة الرابعة منه كل من يختلس أو يستعمل بدون وجه حق أو يبدد دفعات مالية سلمت له لأغراض إقامة المشروعات والعقارية، ثم أورد المشرع في المادة 18 في الفصل الخامس من هذا القانون أن على المطورين القائمين وقت العمل بأحكام هذا القانون القيام بتوفيق أوضاعهم بما يتفق وأحكامه خلال ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية والذي تم بتاريخ 6 مايو 2007 بما مؤداه وفقاً لصريح هذه النصوص بأنه على كل مرخص له سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يزاول نشاط شراء وبيع العقارات بإمارة دبي والذي يعرف مصطلحاً بالمطور العقاري وغير مسجل لدى دائرة الأراضي والأملاك ضرورة الالتزام خلال مدة ستة أشهر بتوفيق أوضاعه بما يتفق ونصوص القانون، ويحظر عليه بعد فوات هذه المدة بيع أو شراء الوحدات العقارية على مجرد مخطط أو خارطة المشروع واستلام دفعات مالية من المشتريين أو الممولين لحجز هذه العقارات وإيداعها باسم شركته العقارية الخاصة دون القيام بتسجيل هذه المشاريع وإيداع هذه الدفعات من الأموال في حساب الضمان العقاري بما يضمن حقوق المشتريين ويكف يد المتلاعبين في هذا القطاع. لما كان ذلك، وكان البين من مطالعة المفردات المضمومة أن المطعون ضده هو مالك شركتين اتخذتا من بيع وشراء العقارات والتسويق العقاري نشاطاً لهما وبأن مالكيهما المطعون ضده قد عرض بيع وحدات عقارية على المخطط في مشروع برج ثم إبرام اتفاقية بيع عدد سبعة طوابق مع المجني عليه بتاريخ 20 / 9 / 2008 بالمبلغ المبين بالأوراق وقام المطعون ضده وفي ظل سريان قانون حساب الضمان العقاري وبعد مرور الأشهر الستة التي حددها القانون لتوفيق أوضاع المطورين العقاريين بما يتفق وأحكامه باستلام مبالغ من المجني عليه وإيداعها في حساب إحدى شركاته دون أن يبادر بتسجيل هذا المشروع لدى دائرة الأراضي والأملاك على النحو الذي ورد في خطاب هذه الدائرة وإيداع المبلغ الذي تسلمه من المجني عليه في حساب الضمان العقاري فإن الواقعة تشكل الجريمة المعاقب عليها بالمادة 4 / 16 من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري لإمارة دبي، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فيما انتهى إليه وقضى ببراءة المطعون ضده على اعتبار أن الواقعة غير مؤثمة فقد أخطأ في تطبيق صحيح القانون مما يستوجب نقضه. لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه لمحكمة الموضوع أن تقضي بالبراءة متى تشككت في ثبوت الاتهام إلا أن حد ذلك أن يكون قد أحاطت بظروف الدعوى عن بصر وبصيرة وخلا حكمها من الخطأ في تطبيق القانون وعيوب التسبب وكان الحكم المطعون فيه فيما انساق إليه من خطأ في تطبيق القانون أثناء بحثه عناصر الجريمة قد حجب ذلك عن تمحيص أدلتها مما يتعين معه أن يكون مع النقض الإحالة". محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 141 لسنة 2015، الدائرة الجزائية، تاريخ: 23 / 3 / 2015، المكتب الفني 26، صفحة 112.

¹⁸ المادة 17 من القانون رقم 8 لسنة 2007، المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري.

¹⁹ هو النزاع التنظيمي لدائرة الأراضي والأملاك؛ إذ تتبع مؤسسة التنظيم العقاري لدائرة الأراضي والأملاك في دبي، وتتولى المؤسسة مسؤولية تنظيم القطاع العقاري والمساهمة في إعداد الإستراتيجيات المتعلقة بهذا القطاع وتنظيم عمل الشركات التي تدير العقارات والمجمعات السكنية وتنظيم عمل الوسطاء العقاريين وجمعية الملاك وإصدار اللوائح التنظيمية لتأهيل مكاتب الوساطة وتسجيل وتصديق عقود إيجار الوحدات العقارية وترخيص مكاتب مزاولة أنشطة التطوير العقاري. هذه المعلومة متوفرة على الموقع الإلكتروني لدائرة الأراضي والأملاك بدبي www.dubailand.gov.ae آخر زيارة بتاريخ: 24 / 3 / 2018.

²⁰ سنان الجبوري، المسؤولية المدنية للمطور العقاري - دراسة في ضوء قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 72.

²¹ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 46 لسنة 2009، مدني، تاريخ: 24 / 10 / 2010، مكتب فني 21، رقم الجزء 2، صفحة 1347.

اعتراها من غش وتدليس بسبب إخفاء الجهة المدعى عليها عمدا واقعة عدم تسجيل المشروع في السجل الخاص لدى دائرة التنظيم العقاري، ويلتزم المطور العقاري في هذه الحالة بإعادة المبالغ المستلمة⁽²²⁾. كما يلتزم المطور العقاري بأن يرد المبالغ المستلمة في حال إخلاله بالتزامه بتسليم المبيع للمشتري، وأن يكون هذا التسليم وفقا لطبيعة المبيع وما تم الاتفاق عليه في العقد أو ما جرى به العرف. ويضمن البائع الوفاء بالتزامه بالتسليم والعمل بجميع القواعد القانونية التي تحكمه بصفة عامة حتى وإن خلا العقد من اشتراطه أو النص عليه، ولا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لالتزامه بالتسليم أو الإعفاء منه مسبقا وإلا فسد البيع لهذا الشرط، ويكون من حق المشتري في حالة عدم وفاء البائع بالتسليم الرجوع عليه طبقا للقواعد العامة بطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ وذلك بحسب الأحوال⁽²³⁾.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي

أول التزامات المطور، بعد فتح حساب الضمان ومباشرة عملية البيع على الخريطة، هو إيداع المبالغ المتحصلة من عمليات البيع تلك في حساب الضمان⁽²⁴⁾. وفي سبيل تحقيق هذا الالتزام، ألزم المشرع المطور العقاري بتزويد أمين حساب ضمان المشروع بكافة التفاصيل المتعلقة بالوحدات العقارية المباعة على الخارطة، وأسعار بيعها، وما تم تسلمه من مبالغ⁽²⁵⁾.

وإن تولى المطور العقاري تطوير أكثر من مشروع عقاري، التزم بفتح حساب ضمان خاص بكل مشروع، وحُرْم من استخدام أي أموال من أي حساب فيها لتمويل مشروع آخر، إذ الاستفادة من الأموال المودعة في حساب الضمان تقتصر على المشروع ذاته دون غيره⁽²⁶⁾.

وأعطى القانون المحلي لإمارة أبو ظبي الحق لأي شخص أودع أموالاً في حساب الضمان في الاطلاع على بيانات الحساب الخاصة به والمحفوظة لدى أمين الحساب، والحصول على نسخ منها⁽²⁷⁾.

ويترتب على مخالفة هذا الالتزام تعرض المطور العقاري لعقوبة الغرامة التي لا تقل عن 100.000 (مائة ألف) درهم ولا تتجاوز 2.000.000 (مليون) درهم إذا امتنع عن دفع أية مبالغ مستحقة عليه في حساب ضمان المشروع، أو اختلس أو استعمل بدون وجه حق أو بدد دفعات مالية سلمت له لأغراض إقامة مشروعات التطوير العقاري. بالإضافة إلى ما يمكن أن يتعرض له المطور العقاري من عقوبات إدارية تتمثل في إلغاء الترخيص، أو إيقافه، أو شطب القيد في حال مخالفته لأحكام قانون التنظيم العقاري ولوائح⁽²⁸⁾.

ونتساءل هنا ماذا لو أن المطور العقاري أخل بالتزامه ببدء المشروع بعد استلامه للمبالغ المدفوعة من قبل المستثمرين والمشتريين، فهل يُلزم في هذه الحالة المستثمرون أو المشترون بالاستمرار بدفع الأقساط المقررة؟ الحقيقة أن محكمة نقض أبو ظبي أكدت على أن عدم بدء المشروع في الوقت المحدد يعتبر إخلالاً من المطور العقاري بالتزاماته، ولا يترك تحديد ميعاد استلام الوحدات رهناً بمشيئته، وبالتالي للمستثمرين أو المشتريين في هذه الحالة الحق في الامتناع عن سداد الأقساط⁽²⁹⁾.

الفرع الثالث: وجه المقارنة في شأن هذا الالتزام

يُعد التزام المطور بإيداع الأموال المتحصلة والمتعلقة بتنفيذ المشروع في حساب الضمان من أهم الالتزامات؛ إذ الغرض من هذا الحساب في الأصل الحفاظ على أموال المشروع من أن تُصرف في

22 محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 49 لسنة 2010، عقاري، تاريخ: 24 / 10 / 2010، المكتب الفني 21، رقم الجزء 2، رقم الصفحة 1359.

23 محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 336 لسنة 2013، تاريخ: 19 / 1 / 2014، مكتب فني 25، الجزء رقم 1، رقم الصفحة 75.

24 نص المادة 5 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

25 المادة 8 / 5 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

26 المادة 3 / 18 من القانون رقم 3 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي.

27 المادة 22 من القانون رقم 3 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي.

28 مضمون ذلك ورد في المادتين 79 و 80 من القانون رقم 3 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي.

29 محكمة نقض أبوظبي، الطعن رقم 1394 لسنة 2009، الدائرة المدنية، تاريخ: 28 / 2 / 2010، المكتب الفني رقم 4، الجزء رقم 1، صفحة

غير ما خصصت له، إلا أن ترك الأمر في يد المطور العقاري يُمثل ثغرة قانونية يمكن أن تُستغل بشكل سيء؛ فقد يستلم المطور العقاري تلك المبالغ دون أن يودعها في حساب الضمان، والواقع العملي مليء بمثل هذه الحالات، والتي تثبت من خلال الأحكام القضائية⁽³⁰⁾.

لذلك نفضل في هذا الشأن أن يتولى هذه المهمة المستثمر نفسه، أو المشتري، أو الجهة مقدمة القروض للمشروع العقاري، بدلاً من تسليم الأموال للمطور ومن ثم قيامه هو بإيداعها في الحساب. وذلك من خلال تزويد المستثمر، أو المشتري، أو الجهة المقرضة - حسب الأحوال - بكل التفاصيل المتعلقة بهذا الحساب والجهة التي تديره، ومن ثم يتم إيداع المبالغ المطلوبة مباشرة في الحساب، ويخطر المطور بما يفيد القيام بالسداد، سواء كان ذلك عند الحجز أم أثناء تسديد الأقساط، بالإضافة إلى إشعار الدائرة المختصة بذلك لقيود ذلك في السجل. فذلك سيضمن مسألة دخول كافة الأموال المتعلقة بالمشروع في حساب الضمان، وعدم تلاعب المطور العقاري في ذلك. كما يمثل وسيلة إثبات للمستثمر أو المشتري لسداده للمبالغ المترتبة في ذمته للمطور.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن ذلك التصرف - إيداع المبالغ في حساب الضمان مباشرة - سيؤثر على الطبيعة القانونية لها؛ فإن قلنا إن هذه المبالغ هي ثمن المبيع فليس لنا أن نحرم المطور العقاري من قبضها، لذلك يمكننا تعليق تسليم المبالغ للمطور العقاري على شرط واقف في البداية وهو مباشرة العمل في المشروع، ومن ثم يُسلم أمين الحساب المبالغ للمطور بحسب نسبة الإنجاز المحققة، وبناءً على تقرير يثبت ذلك، ويُعلق تسليم المبالغ للمطور العقاري على شرط فاسخ في حال تخلفه عن تنفيذ هذا الالتزام وهو إنجاز المشروع خلال مدة معينة، يتمثل هذا الشرط في إعادة الأموال للمشتريين أو المستثمرين. وتجري في هذه الحالة أحكام الشرط المعلق⁽³¹⁾.

ويعتبر أمين الحساب في هذه الحالة طرفاً ثالثاً في العلاقة، وهو بمثابة الضامن وتجري عليه الأحكام العامة المتعلقة بالضمان؛ وعليه فإنه يلتزم برد المبالغ للمشتريين إن لم يُنجز المطور العقاري المشروع خلال المدة المتفق عليها⁽³²⁾، وبالتالي يلتزم أمين الحساب في حال عدم تحقق الشرط الفاسخ - وهو إنجاز المشروع خلال مدة معينة - بإعادة المبالغ للمشتريين.

وقد تميز القانون المحلي لإمارة أبو ظبي عن نظيره في دبي بمسألة إطلاع المشتريين والمستثمرين على السجلات المحاسبية الخاصة بهم والحصول على نسخ منها، إذ جعل المشرع في إمارة دبي الأمر جوازياً

³⁰ ورد في بعض الأحكام القضائية ما يدل على أن ترك مهمة إيداع المبالغ في حساب الضمان على المطور يؤدي إلى حدوث تلاعب في الأموال. ومن ذلك ما جاء في أحد أحكام محكمة دبي للتمييز من أن: "الحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى وما تتوافر به كافة العناصر القانونية للجريمة التي دان للطاعن بها وأورد على ثبوتها في حقه أدلة سائغة لها معيناها الصحيح من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها مستمدة من شهادة المجني عليه من أنه اشترى من شركة الطاعن الوحدة رقم 311 بمشروع جيهان 9 العائد لشركة... للعقارات ودفع مبلغ 210 ألف درهم بموجب نموذج حجز في 2008/5/15 إلا أنه ثبت من تقرير المراجعة الحسابية أن المبلغ الذي أودع باسم المجني عليه في حساب شركة... في بنك... حتى 2009/9/30 هو مبلغ 144,304 درهم واختلس الطاعن باقي المبلغ وقدره 65,696 درهم وأقر الطاعن باستلامه هذا المبلغ. لما كان ذلك وكانت المادة السابعة من القانون 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي تنص على أنه ينشأ حساب الضمان بموجب اتفاقية خطية بين المطور وأمين الحساب يتم بموجبها إيداع المبالغ المدفوعة من المشتريين لوحدة على الخارطة أو من الممولين وذلك في حساب خاص يفتح لدى أمين الحساب باسم المشروع العقاري وكانت المادة 16 / 4 من القانون سالف البيان تنص على أنه على عدم الإخلال بأي عقوبات منصوص عليها في أي تشريع آخر يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن 100 ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين كل من اختلس أو استعمل أو بدد دفعات مالية سلمت له لأغراض إقامة المشروعات العقارية وكان الثابت أن الطاعن قد اختلس مبلغ 65,696 درهم من المبالغ المسلمة إليه لإقامة المشروع الخاص بالمجني عليه إضراراً به فمن ثم تكون جميع أركان الجريمة المسندة إلى الطاعن قد توافرت ويكون دفاعه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير أدلة الدعوى وتكوين المحكمة لمعتقدهما مما لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز. لما كان ما تقدم، فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعين الرفض". محكمة التمييز، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 223 لسنة 2010 قضائية، تاريخ الجلسة: 2010 / 5 / 31.

³¹ ورد لدى: علي المهداوي، الموجز في شرح أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، 2015، 235، أنه: "نصت المادة 422 ق. م. م. التصرف المعلق هو ما كان مقيداً بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلية ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط، ونصت المادة 423 منه: يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدياً على خطر الوجود لا متحققاً ولا مستحيلًا، ونصت المادة 424 منه: يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو أحل حراماً أو حرم حلالاً أو خالف النظام العام أو الآداب وهذه النصوص ذكرت شروطاً ثلاثة للحكم بصحة التعليق، وهي أن تكون الواقعة الشرط المعلق أمراً مستقبلاً، واحتمالياً، ومشروعاً. ويضاف لها وبخصوص الشرط الواقف فقط، شرط رابع متفق عليه، وهو أن تكون الواقعة المستقبلية غير متوقفة على محض إرادة المدين".

³² جاء في نص المادة 426 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 أنه: "يزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده ويلتزم الدائن برد ما أخذ فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزماً بالضمان".

للمشتري أو المستثمر، بينما جعل المشرع في أبو ظبي الأمر إلزامياً على أمين الحساب؛ فعليه تزويدهم بتفاصيل وكشوف حساب عن بيانات الحساب الخاصة بهم، والمبالغ التي دفعوها. وهذا أفضل إذ سيكون المشتري أو المستثمر على اطلاع دائم على العمليات الحسابية الخاصة به دون أن يتحمل عناء المطالبة بتلك السجلات، خاصة إن كان لا يعلم بحقه في ذلك، أو لأي سبب آخر. وسيتمكن من مراقبة مسألة إيداع الأموال التي سلمها للمطور في حساب الضمان، وسيكتشف أي مخالفه في ذلك مباشرةً.

نستفيد مما سبق تناوله أن الوضع الحالي في البيع على الخارطة وما يتعلق به من أحكام غير قادر على مواجهة التحديات الجديدة، فالمشرع اعتمد على حسن النية، وأسرى القواعد العامة للبيع والشراء على هذا النوع من البيوع؛ إلا أن التحديات الجديدة تستدعي التدخل والتجديد والتغيير.

المطلب الثاني: الالتزام بالإفصاح والشفافية

الالتزام بالإفصاح والشفافية من قبل المطور العقاري يتطلب الكشف عن المعاملات التي تتم بشأن المشروع ولها تأثير مباشر عليه، وتتمثل هذه المعاملات في عمليات الرهن والحصول على قرض لمصلحة المشروع⁽³³⁾.

يعتبر التزام المطور العقاري بتمويل المشاريع العقارية في نطاق البيع على الخارطة من أهم الالتزامات الملقاة على عاتقه، ويمكن اعتبار الجانب المالي للمطور العقاري هو العائق أمام إنجاز هذا النوع من المشاريع، لذلك يلجأ المطور العقاري لأموال المشترين أو المستثمرين لحل هذه المشكلة من خلال البيع على الخارطة. كما يلجأ إلى الحصول على القروض لإتمام عملية إنجاز المشاريع العقارية⁽³⁴⁾.

إذاً قد يلجأ المطور العقاري لطلب قرض من المصرف أو من قبل شركات التمويل في سبيل إتمام المشروع⁽³⁵⁾، ويمكن للمصرف أو شركة التمويل أن تطلب من المطور العقاري تأمينات لضمان سداد القرض، وهذا الضمان لا يمكن أن يكون حساب ضمان المشروع وما فيه من أموال، وإنما من الممكن أن يكون المشروع العقاري ذاته، بحيث يتم رهن المشروع مقابل الحصول على القرض.

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

يلتزم المطور بالإفصاح عن القروض التي يحصل عليها بضمان المشروع العقاري، أي أن ضمان الدائنين هنا هو المشروع العقاري ذاته وليس حساب الضمان، وتلتزم الجهات المقرضة بإيداع هذه الأموال في حساب الضمان حتى يلتزم ويُجبر المطور العقاري عند السحب منها أن يغطي نفقات بناء وإنشاء المشروع المخصص له الحساب، وليست مشاريع أخرى يملكها المطور⁽³⁶⁾.

جاء في نص المادة (13) من قانون حسابات الضمان أنه: "إذا قام المطور برهن المشروع للحصول على قرض من مؤسسات أو شركات التمويل فيجب على هذه المؤسسات والشركات أن تودع مبلغ القرض في حساب الضمان وذلك للتصرف فيه وفقاً لأحكام هذا القانون". ولم يرد في القانون المحلي لإمارة دبي المتعلق بحسابات الضمان أي نص آخر بشأن رهن المشروع والقروض المتحصل عليها؛ وبالتالي نرجع في أحكام ذلك للقواعد العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية.

³³ جاء لدى: حمدي عبدالمنعم، العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم 18 لسنة 1993، دار النهضة العربية، ط 1، د. ن، 198، أنه: "يعتبر القرض مضموناً إذا ما قدم العميل للمصرف أصلاً عينياً كرهن أو تأمين، مثل البضائع والعقارات والأوراق التجارية. وذلك لضمان وفائه بالدين عند استحقاقه".

³⁴ ذات المعنى لدى: مهدي شعوة، الالتزامات القانونية للمراقبين العقاريين في مجال إنجاز السكن، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 42، 2014، 529.

³⁵ وقد جاء في المادة 409 من القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 1993، بشأن إصدار قانون المعاملات التجارية أن: "1. القرض المصرفي عقد بمقتضاه يقوم المصرف بتسليم المقرض مبلغاً من النقود على سبيل القرض أو بقبده في الجانب الدائن لحسابه في المصرف وفق الشروط والأجال المتفق عليها. 2. ويجوز أن يكون القرض مضموناً بتأمينات. 3. ويلتزم المقرض بسداد القرض وفوائده للمصرف في المواعيد وبالشروط المتفق عليها".³⁶ زينة عبدالجبار، مرجع سابق.

فلو افترضنا أن المطور العقاري حصل على قرض من مصرف أو شركة تمويل -سواء قبل البدء في الإنجاز أي أن نسبة الإنجاز حينها كانت 0% أو بعد تحقيق نسبة من الإنجاز؛ أياً كانت- ورهن أرض المشروع ضماناً لذلك القرض، فيسري نص المادة (1407) ق. م. م في هذه الحالة والتي جاء فيها أنه: "يشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون من أبنية وغراس وعقارات بالتخصيص وكل ما يستحدث عليه من إنشاءات بعد العقد"⁽³⁷⁾. وبالتالي فإن الرهن الذي أجراه المطور العقاري (يمتد إلى جميع الملحقات المعتبرة عقاراً، وإن لم تذكر في عقد الرهن، سواء كانت هذه الملحقات قد اتصلت بالعقار بفعل المالك أو بفعل الغير أو بفعل الطبيعة، وسواء كانت قائمة وقت العقد، أو استحدثت بعد ذلك)⁽³⁸⁾.

وإلزام المصرف أو شركات التمويل بإيداع مبالغ القروض المستحقة للمطور العقاري في حساب الضمان مباشرة، فيه ضمان من أن تلك المبالغ ستفق على المشروع الذي أعطيت القرض بشأنه دون غيره. واستفادة المطور العقاري من تلك الأموال سيقصر على المشروع، فلن يستفيد منها بشكل شخصي، ولا حتى لمصلحة أي مشروع آخر -وإن كان من ضمن مشاريع المطور العقاري نفسه- بما أنها ستخضع لرقابة أمين الحساب، وستصرف للمطور وفق شروط معينه.

ويلاحظ أنه لم يرد في قانون حسابات الضمان نص يلزم المطور العقاري بإعلام صاحب الوحدة العقارية؛ سواء كان مستثماً أم مستثمراً بعملية الرهن السابقة أو اللاحقة التي تمت على المشروع؛ ولعل ذلك ناتجاً عن كون الرهن حقا عينيا لا يتم إلا بالتسجيل، ويحتج به أمام الكافة ويفترض علمهم به. وبالرغم من ذلك نقول إنه يجب إلزام المطور العقاري بإعلام المشتري أو المستثمر بأي رهن يتم على المشروع سواء كان سابقاً أو لاحقاً على عملية التعاقد مع المطور.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي

القاعدة في هذا الشأن، وفق القانون المتعلق بالتطوير العقاري في أبو ظبي، عدم جواز رهن أرض مشروع التطوير العقاري، أو أي حق عقاري مرتبط بها، ويستثنى من ذلك جواز رهن الأرض أو أي حق عقاري عليها للحصول على تمويل لأغراض بناء ذلك المشروع على وجه التحديد، وعليه ليس للمطور العقاري رهن المشروع إلا في حالة الرغبة في تمويل المشروع نفسه. ولم يترك المشرع الأمر مفتوحاً، وإنما اشترط على المطور العقاري توافر ثلاثة شروط حتى يتمكن من القيام بهذا الرهن، تتمثل هذه الشروط في: 1. إعلام مشتري الوحدة العقارية أن أرض مشروع التطوير العقاري أو الحق العقاري عليها المرتبط بها مرهون، والنص على ذلك صراحة في عقد البيع والشراء. 2. تعهد المطور وموافقة ممول المطور بفك الرهن عن الوحدة العقارية التي قام مشتري الوحدة العقارية بدفع ثمنها كاملاً وإيداعه في حساب ضمان المشروع. 3. التزام البنك أو المؤسسة المالية الممولة بإيداع كامل مبلغ التمويل في حساب ضمان المشروع ولا يجوز دفعها مباشرة للمطور⁽³⁹⁾.

فإذا حصل المطور العقاري في إمارة أبو ظبي على قرض مقابل رهن أرض المشروع، ترتب عليه التزام بإعلام مشتري الوحدة العقارية بذلك، وتأكيد ذلك بالنص عليه صراحة في عقد البيع والشراء. وهذا متصور في حالة تم الرهن قبل إتمام عملية البيع على الخارطة، أي أن عملية الرهن كانت سابقة لعملية البيع، أما في حال كانت عملية الرهن لاحقة لعملية البيع على الخارطة، فلم يُلزم المشرع المطور العقاري بإعلام المشتري بعملية الرهن التي تمت على أرض المشروع، ولم يرد نص بهذا الشأن⁽⁴⁰⁾.

ويترتب على رهن أرض المشروع التزام المطور العقاري بالتعهد بفك الرهن عن الوحدة العقارية التي يسدد المشتري كامل ثمنها، ويتم إيداع الثمن في حساب الضمان. وقد اشترط المشرع بداية أن يكون الممول على

³⁷ القانون رقم 5 لسنة 1985 بشأن إصدار قانون المعاملات المدنية.

³⁸ علي العبيدي، التأمينات الشخصية والعينية وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، 2012، 141.

³⁹ المادة 23 من القانون رقم 3 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

⁴⁰ نعالج هذه المسألة في الفرع التالي من هذا المطلب.

علم بأنه مُلزم بالموافقة على فك الرهن، بعدها يتم تسجيل فك الرهن، وترفع دائرة البلدية إشارة الرهن من السجل العقاري الأولي أو السجل العقاري -حسب الأحوال- وتشطب إشارة الرهن من سند ملكية المال المرهون أو من جزء منه يتعلق به الرهن⁽⁴¹⁾.

كما يُلزم البنك أو المؤسسة المالية الممولة بإيداع كامل مبلغ التمويل المستحق للمطور العقاري في حساب ضمان المشروع، وأكد المشرع على عدم جواز تسليم تلك الأموال للمطور مباشرة⁽⁴²⁾.

ويشمل الرهن التأميني ملحقات المال المرهون من أبنية وأغراس وعقارات بالتخصيص وغيرها وكل ما يستحدث عليه من إنشاءات بعد إبرام العقد ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك⁽⁴³⁾.

الفرع الثالث: وجه المقارنة في شأن هذا الالتزام

بخصوص إيداع الأموال في حساب الضمان، يلاحظ من خلال طرح ما جاء في القانونين محل الدراسة بشأن الرهن الذي يبرمه المطور العقاري مقابل الحصول على تمويل أو قروض من بنك أو من أي شركة تمويل، أن جميعها ألزمت الجهة المقدمة للأموال بإيداعها في حساب الضمان مباشرة، وعدم تسليمها للمطور لضمان صرفها على المشروع ذاته، وضمان إدارة تلك الأموال من قبل أمين الحساب.

وفي شأن إعلام المشتري بالرهن نجد أن القانون الصادر في إمارة أبو ظبي كان أكثر توفيقاً من الآخر الصادر في إمارة دبي؛ إذ ألزم المطور العقاري بإعلام المشتري بعملية الرهن التي تمت للمشروع، والنص على ذلك صراحة في عقد البيع المبرم بين المطور العقاري والمشتري؛ فالمشتري في هذه الحالة يكون على بينة، وله حق الخيار بين إبرام عقد البيع من عدمه، ولا يفاجأ بالرهن بعد التعاقد.

إلا أن مسألة عدم إعلام المشتريين أو المستثمرين بعملية الرهن اللاحقة لعقود البيع للوحدات العقارية على الخارطة هو أمر يؤخذ على المشرعين في أبو ظبي ودبي، وترى الباحثة أنه لا بد من إعلامهم بالرهن سواء كان سابقاً أم لاحقاً لعقود البيع. وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في هذا الشأن، (فالأصل أن العقد إذا استوفى متطلبات صحته ونفاذه، صار لازماً لطرفيه، بحيث لا يجوز لأي منهما التحلل منه بإرادته المنفردة، على أنه قد يكون لأي من طرفي العقد أو كليهما الحق في فسخه دون تراض أو تقاض، فيكون عندئذ عقداً غير لازم)⁽⁴⁴⁾، وبالتالي فإن العقد بالنسبة للمشتري غير لازم، بالرغم من توافر أركان العقد بداية، إذ أن أحد تلك الأركان وهو الرضا قد اختل فيما بعد، فمتى تدخل أمر أثر على رضا أحد الأطراف -وهو مشتري الوحدة العقارية في هذه الحالة- كان العقد غير لازم بالنسبة له، وترتبت آثار العقد غير اللازم، وللمشتري فسخ العقد بإرادته المنفردة في هذه الحالة⁽⁴⁵⁾. كما نرى أن عبء إثبات حصول الإعلام يقع على عاتق المطور العقاري؛ بسبب صعوبة إثبات المشتري له لعدم حصول الإعلام باعتباره واقعه سلبية بالنسبة له.

وحسناً فعل المشرع في أبو ظبي باشتراط أخذ تعهد من المطور العقاري وإلزام الممول بالموافقة السابقة على فك الرهن عن الوحدة العقارية التي سدد المشتري كامل ثمنها، ففي ذلك حفاظاً على حقوق المشتريين والمستثمرين، ولن يترك الأمر لتقدير وقبول المطور والممول.

أما بخصوص مشتريات الرهن فنجد أن المشرع في إمارة أبو ظبي قد أصاب في ترك المجال مفتوحاً للاتفاق على عدم شمولية الرهن لملحقات العقار المرهون من عدمه؛ وبالتالي من الوارد أن يرد الرهن على أرض

41 المادة 8 من قرار رئيس دائرة الشؤون البلدية رقم 249 لسنة 2015.

42 المادة 23 / 3 من القانون رقم 3 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

43 المادة 34 من القانون رقم 3 لسنة 2015، المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

44 عدنان سرحان ويوسف عبيدات، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الأفق المشرقة ناشرون، ط 1، د. ن، 180.

45 وذلك وفق القواعد العامة بشأن العقد غير اللازم، فجاء في نص المادة 218 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 أنه: "يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقيه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض. 2- ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان طبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه".

المشروع مثلاً دون أن يشمل ما يستحدث عليها مستقبلاً من عقارات، فيبقى المشتري محتفظاً بحقه في العقار أو الوحدة العقارية محل عقد البيع بينه وبين المطور.

المطلب الثالث: الالتزام بعقد تسويق المشروع

ليس بالضرورة أن يقوم المطور العقاري بالتسويق للمشروع بنفسه، فله الحق في الاستعانة بالوسيط العقاري للقيام بهذه المهمة، والوسيط العقاري هو الشخص الذي يقوم بموجب عقد الوساطة بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والوساطة في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل عمولة. وقد حددت التشريعات محل الدراسة ضوابط لذلك، ومنها ما هو متعلق بحساب الضمان.

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

أجاز المشرع للمطور العقاري الاستعانة بالوسيط العقاري في تسويق المشروع، وذلك وفق ضوابط معينة⁽⁴⁶⁾، ولكن في هذه الحالة، وفي سبيل الحفاظ على حقوق المستثمرين والمشتريين، أُلزم الوسيط العقاري بإيداع كافة المبالغ التي يتحصل عليها من خلال تسويقه للمشروع في حساب الضمان، وليس له أن يضع تلك الأموال في حسابه الخاص، كما ليس له أن يخضم عمولته من تلك المبالغ قبل إيداعها، ويعد هذا الحظر من النظام العام، ولا يجوز للأطراف مخالفته⁽⁴⁷⁾.

ويحظر على المطور العقاري والوسيط على حد سواء إبرام عقود بيع عرفية⁽⁴⁸⁾ لبيع عقارات أو وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليها بعد من قبل الجهات المختصة، وجزاء مخالفة ذلك هو البطلان، فتبطل كافة العقود العرفية التي تتم على وحدات عقارية على الخارطة لم يوافق عليها⁽⁴⁹⁾.

هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن العقد المبرم بين المطور العقاري والوسيط "لا يدعو أن يكون وكالة عقود، وتسري عليه أحكامها؛ فإذا ما اشتملت مهمة الوسيط العقاري على إبرام الصفقات وتنفيذها باسم المطور ولحسابه فإن الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد الذي أبرم عن طريقه تنصرف إلى المطور، كما أنه - وإن كان يباشر أعماله بقدر من الاستقلال - لا يتحمل مخاطر المشروع وغير مسؤول شخصياً عن تنفيذ التزامات المطور الواردة في العقد الذي سعى في إبرامه، ولا يجوز اختصامه بصفته الشخصية عن أعمال تتعلق بتنفيذ وكالته ما لم يفترن اسمه باسم المطور، ويجب عليه وقت التفاوض، وبحد أقصى عند التعاقد أن يكشف للمشتري عن شخص المطور، ويعرض عليه جميع الأمور الجوهرية المتعلقة بموضوع العقد والتي تعتبر ضرورية لنفي الجهالة عنه، ولا يجوز له أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة التي سعى في إبرامها إلا إذا أذن له المطور في ذلك، ولا يجوز له أن يقبض من المشتري أية مبالغ من ثمن المبيع إلا إذا أعطى له المطور هذا الحق، وفي هذه الحالة يتعين توصيلها إلى المطور طبقاً لما اشترط عليه، وتسري قواعد الأمانة عليه فيما يتعلق بهذا الأمر، ولا يجوز له إبرام عقود عرفية لبيع عقارات أو وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع لم تتم الموافقة عليها من الجهات المختصة، ويكون مسؤولاً عن أية خسائر أو أضرار تلحق بالمشتري نتيجة غش أو خداع أو خطأ صدر عنه، ومن ثم يُسأل في مواجهة المشتري لو قدم له معلومات خاطئة. ومن صور مسؤوليته أن يخفي بسوء نية عن المشتري شخص المطور، ويبرم العقد معه دون أن يوضح أنه يتصرف بوصفه وكلياً عن المطور ولحسابه، وحينئذ يحق للمشتري مقاضاته لمطالبته بالتعويض عما لحقه من خسائر أو أضرار نتيجة إخفاء الوسيط بسوء نية شخص المطور عنه"⁽⁵⁰⁾.

46 نصت المادة 10 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008، على أنه: "إذا رغب المطور الرئيسي أو الفرعي بتسويق مشروعه من خلال وسيط عقاري، فإنه يجب عليه الالتزام بما يلي: 1. أن يكون المشروع المتعاقد على تسويقه من خلال الوسيط العقاري مسجلاً لدى الدائرة. 2. أن يتم التعاقد مع وسيط عقاري معتمد ومرخص وفقاً لللائحة رقم 85 لسنة 2006 بشأن تنظيم سجل الوسطاء العقاريين في إمارة دبي. 3. أن يتم تسجيل عقد تسويق المشروع من خلال الوسيط العقاري لدى الدائرة".

47 نص المادة 12 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008.

48 جاء لدى: رمضان كامل، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الألفية لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، ط 3، 1998، 5، أن: "العقد العرفي هو عقد بيع غير مسجل، فقد شاع في العمل بعد أن يتفق الطرفان البائع والمشتري على البيع أن يفرغاً ذلك الاتفاق في محرر عرفي. وتترتب على العقد العرفي آثار عديدة سواء فيما يتعلق بحقوق والتزامات طرفيه الشخصية، فعقد البيع العرفي لا ينشئ سوى حقوق والتزامات شخصية على عاتق طرفيه، لا بالنسبة للغير، وبالتالي فهو يثير مشكلات عملية لا حصر لها بين البائع والمشتري".

49 المادة 10 من القانون رقم 13 لسنة 2008 المتعلقة بتنظيم السجل العقاري المبدئي.

50 محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 51 لسنة 2009، تاريخ: 10 / 10 / 2010، المكتب الفني رقم 21، الجزء رقم 2، رقم الصفحة 1222.

وعلى المطور أن يتعامل مع وسيط عقاري مسجل في سجل الوسطاء العقاريين، وإلا عوقب بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن 100.000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽⁵¹⁾.

ويحظر على المطور العقاري التسويق لمشروعه العقاري من خلال وسائل الإعلام سواء محلية أو خارجية، أو المشاركة في معارض محلية أو خارجية بهدف الترويج لبيع وحدات أو عقارات على الخارطة، إلا بعد الحصول على تصريح خطي بذلك من قبل دائرة الأراضي والأملاك في دبي. وتنظم مسألة الإعلان في وسائل الإعلام والمشاركة في المعارض من خلال قرارات يصدرها المدير العام في الدائرة⁽⁵²⁾.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي

إذا رغب المطور العقاري في تسويق المشروع العقاري من خلال الوسيط العقاري، فعليه التعاقد مع وسيط مرخص له بذلك. ويلتزم الوسيط بإيداع عقد الوساطة المبرم بينه وبين المطور لدى دائرة شؤون البلدية لقيده ذلك في سجل التطوير العقاري خلال 15 يوماً كحد أقصى من تاريخ إبرام العقد. وليس للوسيط العقاري استلام أية مبالغ ناتجة عن عملية التسويق العقاري قبل ذلك، كما تتدخل الدائرة في تحديد الحد الأقصى للأجر أو العمولة التي يجوز للوسيط تقاضيها من المتعاقد، وذلك وفق قرار يصدره رئيس الدائرة⁽⁵³⁾.

يجب على الوسيط أن يقوم بإيداع كافة المبالغ المالية المتحصلة من البيع في حساب الضمان وبشكل مستقل عن أمواله الخاصة به كأجرته أو عمولته، ولا يجوز له أن يحقق أية منفعة شخصية من المبالغ المودعة في حساب الضمان، كما لا يجوز له سحب أي مبلغ من ذلك الحساب إلا في الحالات التي توافق عليها الدائرة⁽⁵⁴⁾.

لا يجوز للمطور العقاري تسويق المشاريع العقارية المبيعة على المخطط عن طريق الإعلان عبر وسائل الإعلام المحلية أو الأجنبية أو المشاركة في المعارض المحلية أو الأجنبية للترويج لبيع وحدات عقارية على الخارطة في مشاريع التطوير العقاري إلا بعد تحقق شرطين: أولاً: صدور شهادة الموافقة على فتح حساب ضمان المشروع من الدائرة. ثانياً: الحصول على تصريح خطي من دائرة شؤون البلدية، بعد تأكدها من صحة وكفاية المعلومات والمستندات الواردة بالطلب. ويتم ذلك بعد 30 يوماً من تاريخ تقديم طلب الإعلان وفقاً للنموذج المعتمد مستوفياً للمستندات المطلوبة. وتحدد الدائرة شروط الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الأجنبية، والمشاركة في المعارض المحلية أو الأجنبية⁽⁵⁵⁾.

الفرع الثالث: وجه المقارنة في شأن هذا الالتزام

ألزم كلا القانونين الوسيط العقاري في حال الاستعانة به لتسويق المشاريع العقارية، بإيداع المبالغ المسلمة له من قبل المشتريين أو المستثمرين في سبيل شراء وحدات عقارية على الخارطة في حساب الضمان، دون أن يعتمد إلى خصم عمولته منها؛ إذ يعد الوسيط العقاري في هذه الحالة بمثابة الأمين على تلك المبالغ، وتسري عليه قواعد الأمانة، وبالتالي إذا تصرف الوسيط العقاري في تلك الأموال ولم يودعها في حساب الضمان اعتبر خائناً للأمانة وطُبق عليه نص المادة (404) من قانون العقوبات⁽⁵⁶⁾.

وبالمقارنة بين ما ورد في كلا التشريعين، نجد أن قانون إمارة أبو ظبي قد قيّد الوسيط العقاري بالحد الأقصى من العمولة التي له أن يتقاضاها من المتعاقد -المشتري أو المستثمر- ويتم ذلك بموجب قرار يصدره رئيس الدائرة، وهذا القرار يتعلق بكل عقد وساطة على حده؛ بمعنى أن هذا القرار ليس عاماً لكل عقود الوساطة المبرمة بين المطورين العقاريين والوسطاء، وإنما يقتصر على عقد وساطة محدد، إذ من الطبيعي ألا تتساوى قيمة العمولة في كل عقود الوساطة، وإنما تُحدد وفق عدة اعتبارات منها نوع العقار وقيمه وموقعه، وغيرها.

51 المادة 16 من القانون رقم 8 لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

52 المادة 5 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

53 المادة 15 / 2 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

54 المادة 15 / 3 و 4 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

55 المادة 14 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

56 نصت المادة 404 من قانون العقوبات الإماراتي رقم 3 لسنة 1987 وتعديلاته على أنه: "يعاقب بالحبس أو بالغرامة كل من اختلس أو استعمل أو بند مبالغ أو سندات أو أي مال آخر منقول إضراراً بأصحاب الحق عليه متى كان قد سلّم إليه على وجه الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو الوكالة".

وبالتالي فتحديد مبلغ العمولة غير متروك لحرية الوسيط العقاري الأمر الذي يساهم كثيراً في حماية المتعاقد من مبالغة الوسطاء في تحديد العمولة، واستغلال حاجة المتعاقد للعقار. وقد ألزم المشرع في إمارة دبي المطور العقاري والوسيط العقاري بالامتناع عن إبرام أي عقود بيع عرفية للعقارات على الخارطة قبل موافقة الجهات المختصة على هذه المشاريع، بل ورتب على ذلك بطلان هذه العقود، في حين لم يورد المشرع في إمارة أبو ظبي شيئاً من هذا القبيل. واشترط كذلك لتسويق المطور العقاري لهذا النوع من المشاريع العقارية في دبي عن طريق الإعلان داخل الدولة أو خارجها أن يحصل فقط على تصريح خطي بذلك من قبل دائرة الأراضي والأملاك في دبي، بينما يجب على المطور العقاري في إمارة أبو ظبي حتى يسوق لعقاراته داخل أو خارج الدولة أن تصدر شهادة موافقة على فتح حساب ضمان المشروع من الدائرة، ومن ثم الحصول على تصريح خطي من دائرة شؤون البلدية.

المبحث الثاني: التزامات أمين حساب الضمان

بموجب اتفاقية حساب الضمان تقع على عاتق أمين الحساب؛ سواء كان مؤسسة مالية أم بنكا عددٌ من الالتزامات، إلى جانب تلك الالتزامات المفروضة على أمين الحساب قانوناً. نناقش ذلك في مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول: إدارة حساب الضمان

لم تُترك مسألة إدارة حساب الضمان لحرية أطرافه -المطور العقاري وأمين الحساب- بل نُظمت قانوناً، وندت في الفرع الأول إدارة حساب الضمان في إمارة دبي، وفي الفرع الثاني نتعرف على التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي، ومن ثم نقارن بينهما.

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

يتم تحديد شروط إدارة حساب الضمان، وحقوق والتزامات كل من المطور العقاري وأمين الحساب في اتفاقية حساب الضمان المبرمة بينهما.

وتُعد إدارة الأراضي والأملاك في دبي سجلاً خاصاً يسمى "سجل أمناء الحساب" تقيد فيه أسماء أمناء الحسابات الذين تشترط فيهم الكفاءة لإدارة حساب الضمان، ومن خلال ذلك السجل للمطور اختيار أمين الحساب الذي سيباشر إدارة الحساب⁽⁵⁷⁾.

تضمنت المادة (8) من قانون حسابات ضمان التطوير العقاري لإمارة دبي الإجازة لدائرة الأراضي والأملاك بالتأشير على سجل الأرض المملوكة للمطور الرئيسي باتفاقية الشراء المبرمة بينه وبين المطور الفرعي سواء كان ذلك التصرف تم على الأرض كاملة أم على جزء منها. وأجاز كذلك لمشتري الوحدات على الخارطة تقديم طلب للدائرة يتضمن رغبته في التأشير على سجل الأرض المراد إقامة المشروع عليها وفق اتفاقية الشراء التي تتم بينه وبين المطور الفرعي.

⁵⁷ وردت إجراءات اعتماد أمين حساب الضمان على الموقع الإلكتروني لدائرة الأراضي والأملاك وجاء فيها: يشترط في أمين الحساب أن يكون مرخصاً من المصرف المركزي. ويشترط وجود إدارة فنية لمراقبة المشاريع أو التعاقد مع شركة استشارات لعمل هذه المراقبة والمتابعة. ويجب التحاق الموظفين في هذه الوحدة في دورة تدريبية لأمناء الحساب تعرف بدورة حسابات الضمان. ويجب التأكد من التزام أمين الحساب بمعايير التقييم السنوي. ويقدم أمين الحساب الراغب في الاعتماد ما يفيد التزامه بتقديم التقارير الشهرية حسب النماذج والقرارات الصادرة. كما يجب ألا تتجاوز عدد الإنذارات الموجهة للمؤسسة المالية الراغبة في اعتمادها كأمين حساب عن 3 إنذارات خلال السنة المالية الواحدة. وتجب مراجعة تقرير الزيارات الميدانية لأمناء الحساب ومدى الالتزام بتعديل أوضاعهم، بالإضافة إلى التأكد من تقديم قائمة بالموظفين وبيانات الاتصال بشكل ربع سنوي، ووجود وحدة متكاملة لإدارة حساب الضمان في إمارة دبي. ولا بد من وجود نظام إلكتروني خاص بإدارة حسابات الضمان معتمد من المؤسسة. وعلى الراغب في الاعتماد كأمين حساب دفع رسم اعتماد أمين حساب وهو مبلغ 75.020 درهم سنوياً + 10 دراهم معرفة + 10 دراهم رسوم ابتكار، ومن ثم يتم توقيع اتفاقية أمين حساب مع دائرة الأراضي، ثم تصدر شهادة فتح حسابات فرعية لجميع الوحدات العقارية بأسماء المستثمرين لدى أمين الحساب. وردت هذه المعلومات على الموقع الإلكتروني لدائرة الأراضي والأملاك في دبي، www.dubailand.gov.ae، تاريخ آخر زيارة: 1 / 3 / 2018.

وأذن القانون في دبي كذلك لمودعي أموالهم في حسابات الضمان بالاطلاع على السجلات المحاسبية الخاصة بهم، والحصول على نسخ منها. كما أجاز لممثلي الجهات الرسمية الاطلاع على كافة السجلات والحصول على نسخ منها⁽⁵⁸⁾.

و"خول للمشتري اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب فسخ العلاقة التعاقدية بينه وبين المطور في أي من الحالات الآتية: 2. إذا امتنع المطور عن ربط الدفعات بمراحل الإنجاز الإنشائية المقترحة من قبل المؤسسة"⁽⁵⁹⁾.

وأخيراً لا يجوز الحجز على المبالغ المودعة فيه لصالح دائني المطور؛ وفي ذلك مصلحة كبيره للمستثمرين والمشتريين، ومقدمي القروض للمطور إذا ما كان الأمر يتعلق بسواهم من الدائنين⁽⁶⁰⁾.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي

تتم إدارة حساب الضمان من قبل أمين الحساب، الذي يُتبع في اعتماده الإجراءات المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية المتعلقة بحسابات الضمان⁽⁶¹⁾. ويتم توقيع اتفاقية حساب ضمان المشروع من قبل المطور العقاري وأمين الحساب.

فإذا ما وقعت اتفاقية حساب ضمان بين أمين الحساب والمطور العقاري وجب أن يتوفر فيها الحد الأدنى من الشروط والمعايير المنصوص عليها قانوناً⁽⁶²⁾.

ويلتزم أمين الحساب بعد فتح المطور لحساب الضمان وفي سبيل إدارته للحساب، بإعطاء رقم مرجع لكل دفعة في حساب الضمان، كما يجب ذكر رقم الوحدة العقارية ورقم المشروع وفق التفاصيل الواردة في اتفاقية البيع والشراء التي تتم بين المطور والمشتري⁽⁶³⁾. وأجيز لأمين الحساب في هذا الشأن استلام الدفعات نقداً، أو بواسطة شيك، أو تحويل إلكتروني، أو عن طريق بطاقة ائتمانية، أو بأي طريقة أخرى مقبولة لدى المصارف ووفق تعليمات المصرف المركزي النافذة⁽⁶⁴⁾.

وفي شأن سحب المطور العقاري من أموال حساب ضمان المشروع، أكد المشرع على ضرورة الالتزام بشروط وأحكام اتفاقية حساب الضمان، ومنع التصرف في أي مبلغ ما لم يكن المطور قد أنجز ما لا يقل عن (20%) من أعمال التشييد وبناء مشروع التطوير العقاري المعني⁽⁶⁵⁾.

58 المادة 12 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

59 المادة 2 / 20 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي.

60 ورد في المادة 9 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي، أنه: "1. يفتح حساب الضمان باسم المشروع ويكون مخصصاً حصرياً لأغراض إنشاء المشروع العقاري، ولا يجوز الحجز على المبالغ المودعة فيه لصالح دائني المطور. 2. إذا تعددت المشروعات التي ينفذها المطور، يجب فتح حساب ضمان مستقل لكل مشروع على حدة".

61 جاء في المادة 2 من اللائحة التنفيذية المتعلقة بحساب ضمان المشروع أنه: "1- يشترط في أمين الحساب أن يكون بنكاً، أو مصرفاً، أو مؤسسة مالية مخصصة أصولاً من مصرف الإمارات المركزي. 2- على أمين الحساب الراغب في اعتماده من قبل الدائرة تقديم طلب وفق النموذج المعتمد من الدائرة مرفقاً به المستندات الآتية: أ. شهادة تفيد بأنه مرخص ومسجل لدى مصرف الإمارات المركزي للقيام بأعمال تمويل العقارات في الدولة. ب. تعهد من الشخص المخول بالتوقيع لدى أمين الحساب بالالتزام بأحكام اتفاقيات حساب ضمان المشروع المبرمة من قبله بموجب المادة 18 من القانون. ج. شهادة تفيد سداد الرسوم المقررة. د. أية مستندات أو معلومات أخرى تطلبها الدائرة. على الدائرة بعد التحقق من صحة وكفاية المعلومات والمستندات الواردة بالطلب إصدار شهادة اعتماد أمين الحساب".

62 جاء في المادة 2 / 6 من قرار المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 باعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي أنه: "يجب أن تتضمن اتفاقية حساب ضمان المشروع كحد أدنى الشروط والمعايير الآتية: أ. شرط يقضي بالالتزام المطور بإيداع المبالغ المدفوعة من مشتري الوحدات العقارية على المخطط والدفعات المقدمة من مؤولي مشروع التطوير العقاري في حساب ضمان المشروع مباشرة. ب. المعايير التي يتعين تحققها قبل دفع أي مبالغ إلى المطور من حساب ضمان المشروع بما في ذلك المبالغ المستحقة وفق أحكام القانون. ج. طريقة توزيع رصيد الحساب في حال إلغاء مشروع التطوير العقاري وفقاً لأحكام القانون. د. شروط إدارة حساب ضمان المشروع من قبل أمين الحساب وسلطاته وصلاحياته في الدفع من الحساب إلى المطور. هـ. وضع شرط يقضي بربط دفعات المشتري بنسب الإنجاز الفعلي لأعمال التشييد والبناء التي تحسب وفقاً لأحكام المادتين 4 و 5 من هذه اللائحة. والشروط والإجراءات والآليات التنفيذية بخصوص اتفاقية حساب ضمان مشروع التي قد تحددها الدائرة وفق ما تراه مناسباً".

63 المادة 2 / 5 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

64 المادة 3 / 5 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

65 المادة 4 / 5 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

ولدى دائرة شؤون البلدية في أبو ظبي جدول معين يتضمن الحد الأدنى من الأعمال التي يتم اعتمادها لتقدير نسبة الإنجاز، ويلتزم المطور قبل البدء في المشروع بتقديم تلك البيانات على أن تكون معتمده من قبل استشاري المشروع، وللدائرة بعد ذلك تحديد نسبة الإنجاز إما بالاعتماد على تلك البيانات المقدمة من قبل المطور، أو من خلال الاستعانة بمن تراه مناسباً للتأكد من دقة النسب مقارنة مع طبيعة المشروع، ولها في سبيل ذلك أن تعدل عليها⁽⁶⁶⁾.

وجاءت طريقة تحديد نسبة الإنجاز في اللائحة التنفيذية المتعلقة بحساب ضمان المشروع، إذ يتم تقديرها من خلال استشاري تعينه الدائرة على نفقة المطور، مع الأخذ بعين الاعتبار النسبة التي تشكلها المصاريف المتكبدة مقابل إجمالي مصاريف الإنشاء المرصودة في ميزانية المشروع المعني. ويجوز للدائرة أن تطلب من المطور تقديم بيان مدقق من محاسب قانوني بتلك المصاريف في سبيل التأكد من صحة المصاريف المتكبدة⁽⁶⁷⁾. ولا يدخل من ضمن المصاريف المتكبدة لأعمال البناء والتشييد قيمة الأرض الخاضعة للتطوير ولا مصاريف تسويق المشروع⁽⁶⁸⁾.

وبهذا الخصوص نقترح، منعاً لأي تواطؤ قد يحدث بين المطور العقاري والاستشاري، أن يتم تكليف استشاريين أو ثلاثة للقيام بمهمة تقدير نسبة الإنجاز دون أن يشكلوا لجنة؛ إذ يكلف كل منهم على حده ودون علم أي منهم بالآخر بإعداد تقرير سري يتضمن تقدير نسبة الإنجاز ويقدم للدائرة. بهذه الطريقة سيلتزم كل استشاري بتحديد نسبة الإنجاز الصحيحة تجنباً لوجود اختلافات كبيرة بين التقارير يمكن أن تجعله محلاً للشك.

ويجوز للدائرة أمر أمين الحساب بوقف أية مبالغ من حساب الضمان في حال وجدت أن المطور العقاري قد خالف أحكام القانون أو لائحته التنفيذية، أو حتى تعليمات الدائرة. وعلى أمين الحساب التقيد بتعليمات الدائرة⁽⁶⁹⁾. ويلتزم أمين الحساب بعدم إغلاق حساب ضمان المشروع، قبل حصوله على الموافقة بذلك من قبل دائرة شؤون البلدية⁽⁷⁰⁾.

وأجازت اللائحة التنفيذية المتعلقة بحساب ضمان المشروع الصادرة من دائرة شؤون البلدية في أبو ظبي للمطور العقاري سحب أرباح المشروع من حساب الضمان على مرحلتين، هما بعد إكمال إنجاز نسبة (60%) من المشروع، وبعد إكمال إنجاز نسبة (100%) من المشروع، كما يحق له سحب الأرباح جزئياً أو كلياً في حالة الحصول على موافقة بذلك من الدائرة⁽⁷¹⁾.

الفرع الثالث: وجه المقارنة في شأن هذا الالتزام

يلاحظ في القانونين محل الدراسة أنهما أو كلاهما مهمة إدارة الحساب لبنك أو مصرف أو حتى مؤسسة مالية مرخصة، ويعرف حينها بأمين الحساب، وتتم إدارة الحساب بحسب ما ورد في اتفاقية إنشاء الحساب، إلا أن مسألة إدارة الحساب كما وردت في قانون إمارة أبو ظبي أكثر انضباطاً من إدارة الحساب في إمارة دبي⁽⁷²⁾؛ فاتفاقية حساب الضمان لها نموذج محدد في إمارة أبو ظبي يلتزم به الأطراف. وتميز المشرع في أبو ظبي بالنص على الحد الأدنى من المعايير والشروط الواجب توافرها في الاتفاقية، ولم يترك الأمر لحرية الأطراف بالكامل، وهذه الشروط والمعايير ذات أهمية كبيرة جميعها، خاصة تلك المتعلقة بتحديد طريقة توزيع رصيد

66 المادة 1 / 4 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

67 المادة 2 / 4 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

68 المادة 3 / 4 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

69 المادة 3 / 7 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015.

70 المادة 5 / 7 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015.

71 المادة 5 / 5 من قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم 250 لسنة 2015.

⁷² لعل ذلك ناتج عن تاريخ صدور القانون، فقانون إمارة أبو ظبي أحدث من نظيره في دبي، لذلك نجده عالج أموراً من الممكن أنها لم تكن ظاهرة في فترة صدور قانون حسابات الضمان في دبي.

الحساب في حالة إلغاء المشروع، والأخرى التي تحدد سلطات صلاحيات أمين الحساب، وكذلك شرط ربط دفعات المشترين بحسب نسبة الإنجاز.

ونؤيد ما أخذ به المشرع في أبو ظبي في شأن ربط الدفعات التي يلتزم بدفعها المشترين بحسب ما يتم إنجازه من المشروع، في سبيل تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة -البائع والمشتري- فيحقق كل منهم التزامه بما يتوافق مع ما حققه الطرف الآخر، وهذا الإجراء أفضل من ذلك الوارد في دبي؛ بالرغم من أن كلاهما يهدف لذات الأمر، إلا أن المشرع في دبي أعطى للمشتري الحق في رفع دعوى فسخ العقد في حال إخلال المطور بالتزامه بربط السحب من الحساب بنسب الإنجاز، الأمر الذي يترتب عليه دخول المشتري في دوامة التقاضي، بينما يجنب ورود شرط ربط السحب من الحساب بنسب الإنجاز في اتفاقية الحساب والتزام أمين الحساب بذلك -يجنب المشتري مجهود وأموال التقاضي.

كما نؤيد وبشده إلزام المشرع في إمارة أبو ظبي أمين الحساب بعدم صرف أية مبالغ من حساب الضمان قبل أن ينجز المطور العقاري نسبة 20% من أعمال التشييد والبناء، وفق جدول معد في الدائرة، وتثبت نسبة الإنجاز من خلال استشاري معين من قبل الدائرة؛ ففي ذلك ضمانه كبيرة للمشتريين من أن الأموال لن تمس قبل تحقيق المطور لذلك الشرط، هذا من جانب، ومن جانب آخر تحديد نسبة الإنجاز من قبل استشاري تعينه الدائرة وليس استشاري المشروع، يحقق نوعاً من الحياد والمصداقية في ذلك.

كما أن منح الدائرة المختصة صلاحية الأمر بوقف الصرف من حساب الضمان للمطور العقاري أمر في غاية الأهمية، بحيث يكون من صلاحيات الدائرة في حال مخالفة المطور العقاري لالتزاماته المترتبة عليه بناءً على الاتفاقية أو تلك المنصوص عليها قانوناً، حرمان المطور من الاستفادة من الأموال المودعة في الحساب، إلى حين تنفيذ التزاماته. وتزداد أهمية هذا النص في حال غياب النص على تعليق السحب من الحساب بحسب نسبة الإنجاز.

يلاحظ من الشروط والمعايير المفروضة قانوناً على اتفاقية حساب الضمان أن المشرع في أبو ظبي كان أكثر توفيقاً من نظيره في دبي في هذا الشأن؛ إذ ألزم أطراف الاتفاقية على الحد الأدنى من الشروط والمعايير التي من خلالها يتم تحقيق أهداف حساب الضمان المرجوة، والمتمثلة في الحفاظ على حقوق المتعاملين مع المطور العقاري من جانب، وعلى سير قطاع التطوير العقاري بشكل سليم وبعيداً -قدر الإمكان- عما ينتج هذا النوع من التعاملات من مشاكل وقضايا.

وفي شأن بيع المطور الرئيسي لأرض المشروع أو أي جزء منها للمطور الفرعي الوارد في قانون حسابات الضمان في دبي ترى الباحثة أنه من الأفضل ألا يكون أمر التأشير بذلك في سجل الأرض لدى دائرة الأراضي والأملك جوازياً، ويفضل جعله ملزماً للأطراف؛ فالالتزام بالتأشير في سجل الأرض في حالة شراء المطور الفرعي لأرض المشروع بالكامل أو جزء منها يضمن للراغبين في شراء الوحدات العقارية التعرف على وضع العقار المراد التعامل فيه وقبوله أو رفضه قبل إتمام عملية التعاقد، خاصة في حالة كان بيع الوحدات العقارية للمشتريين يتضمن نسبة من أرض المشروع. وجعل التأشير على سجل الأرض المراد إقامة المشروع عليها في اتفاقية البيع المبرمة بين المشتري والمطور الفرعي الزامياً يحقق نوعاً من الضمان للمشتري.

المطلب الثاني: تقديم الكشوف للجهات المختصة

يعد تقديم الكشوف سواء للمشتريين أو الجهات المختصة من التزامات أمين الحساب، وندناؤها كما وردت في قانون حسابات ضمان التطوير العقاري في دبي، وما جاء بشأنها في قانون تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي، ومن ثم نقارن بينهما.

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

يلتزم أمين الحساب، وبشكل دوري، بتقديم كشوفات لدائرة الأراضي والأملك تتضمن الإيرادات والمدفوعات الخاصة بحساب الضمان. هذا فضلاً عن حق الدائرة في مطالبة أمين الحساب في أي وقت

بتزويدها للاطلاع على أية معلومات تراها ضرورية، كما لها أيضا في هذا الشأن أن تستعين بمن تراه مناسباً، وفق تقديرها، كمدقق حسابي مثلاً، لإجراء عملية تدقيق تلك الكشوفات والبيانات.

ولا يتعرض أمين الحساب في حال مخالفته لأحكام قانون الحسابات أو لوائحه التنفيذية للعقوبة مباشرة، وإنما إذا ثبت لدائرة الأراضي والأملاك قيام أمين الحساب بارتكاب أية مخالفة لأحكام هذا القانون أو لوائحه التنفيذية، فعليها أن تخطره بهذه المخالفة خطياً، وتمنحه فرصة لإزالة هذه المخالفة⁽⁷³⁾.

كما يجوز للمودعين أو من ينوب عنهم الاطلاع على السجلات المحاسبية الخاصة بهم، ولهم كذلك الحصول على نسخ منها⁽⁷⁴⁾.

ولم يرد أي نص آخر يرتب أي نوع من أنواع الجزاءات في حال مخالفة أمين حساب الضمان للالتزامه بتقديم الكشوف سواء للمشتريين أو للجهات المختصة.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي

يلتزم أمين الحساب وفق قانون إمارة أبو ظبي بتزويد دائرة شؤون البلدية بكشوف دورية كل ثلاثة أشهر عن كافة إيرادات ومدفوعات حساب الضمان، بالإضافة إلى الالتزام بتزويد الدائرة بتقرير سنوي مدقق من قِبَل محاسب قانوني عن الحساب، والمبالغ التي دفعت ومدى توافيقها مع أحكام قانون تنظيم القطاع العقاري، ومع ما جاء في اتفاقية حساب ضمان المشروع⁽⁷⁵⁾.

ويجوز في هذا الشأن للدائرة في أي وقت، ودون الالتزام بوقت أو مدة معينة، طلب تزويدها من أمين الحساب بكشوفات الإيرادات والمدفوعات، أو أية معلومات أو بيانات ترى ضرورة الاطلاع عليها⁽⁷⁶⁾.

ويترتب على مخالفة أمين الحساب لهذا الالتزام أو أي مخالفة أخرى لأحكام القانون الذي ينظم القطاع العقاري أو لوائحه التنفيذية، أو حتى اتفاقية حساب الضمان، توجيه إخطار من الدائرة لأمين الحساب بما ارتكبه من مخالفة، ويمنح مهلة تحدد في الإخطار لتصحيحها، وعلى أمين الحساب الالتزام بشروط الإخطار وتنفيذها خلال تلك المدة المحددة فيه⁽⁷⁷⁾.

بالإضافة إلى ذلك أعطى القانون المحلي لإمارة أبو ظبي الحق لأي شخص أودع أموالاً في حساب الضمان في الاطلاع على بيانات الحساب الخاصة به والمحفوظة لدى أمين الحساب، والحصول على نسخ منها. وما تميز به المشرع في هذا الجانب هو إلزام أمين الحساب بإعطاء المشتريين تفاصيل وكشوف حساب عن بيانات الحساب الخاصة بهم، والمبالغ التي دفعوها، كما ألزم أمين الحساب في المقابل بتزويد المطور العقاري بكافة الكشوف والبيانات والمعلومات المتعلقة بالمشروع العقاري⁽⁷⁸⁾.

الفرع الثالث: وجه المقارنة في شأن هذا الالتزام

من خلال ما سبق عرضه في الفرعين السابقين بشأن التزام أمين الحساب بتزويد المودعين، والجهات المختصة بكشوف وبيانات عن إيرادات ومدفوعات حساب الضمان نجد أن كلا المشرعين في دبي وأبو ظبي نصا على ذلك، إلا أن المشرع في أبو ظبي أورد تفاصيل أكثر بهذا الشأن؛ إذ أكد على أن تكون تلك الكشوفات دورية كل ثلاثة أشهر، بالإضافة إلى التزام أمين الحساب بتقديم تقرير سنوي مدقق من محاسب قانوني عن الحساب وجميع العمليات التي تمت، ومدى توافيقها مع أحكام القانون، واتفاقية حساب الضمان. ويعتبر تقديم هذا التقرير التزاماً على أمين الحساب، ولا يتوقف تقديمه على طلبه من قبل دائرة البلدية.

73 المادة 11 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

74 المادة 12 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

75 المادة 21 / 1 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

76 المادة 21 / 2 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

77 المادة 21 / 3 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

78 المادة 22 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

ومن هنا نجد أن المشرع في أبو ظبي قد وُفق أكثر في هذا الشأن؛ فهذا الإلزام سيؤدي إلى رقابة أعمال أمين الحساب بشكل دائم ومستمر، الأمر الذي يساهم بشكل كبير في الحفاظ على مصالح المودعين بشكل خاص، والقطاع العقاري بشكل عام، ويساعد في الوقوف على أي مخالفة بهذا الشأن بشكل سريع، ومعالجة الأمر قبل تفاقمه.

وفي شأن تزويد المودعين بالسجلات المحاسبية الخاصة بهم وجدنا أن الأمر جوازي في القوانين محل الدراسة، وترى الباحثة أن لو كان ذلك الأمر إلزامياً لكان أفضل، بمعنى إلزام القانون أمين الحساب بتزويد المودعين بنسخ من تلك السجلات المحاسبية عبر البريد العادي أو الإلكتروني أو أي طريقة أخرى بشكل دوري.

المطلب الثالث: الاحتفاظ بمبلغ ضمان حسن التنفيذ

لا تقتصر حماية المشتري في حالة شراء بناء تحت الإنشاء على مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية، بل تشمل أيضاً مسؤوليته عن ضمان العيوب الظاهرة في البناء المبيع. وهذه الحماية لا تكفلها القواعد العامة لعقد البيع، ولكن يبررها حقيقة أن المشتري لم ير المبيع عند إبرام العقد، ومن ثم تعتبر أي عيوب ظاهرة مستقبلية خفية بالنسبة له، ولا تقع مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الظاهرة إلا إذا ظهر هذا العيب خلال فترة معينة⁽⁷⁹⁾.

ويقصد بعيوب البناء عيوب المواد المستخدمة في البناء (العيوب العادية) وعيوب الصنع أو العيوب التي تشوب عملية البناء ذاتها (عيوب البناء) سواء كانت هذه العيوب خطيرة أم لا⁽⁸⁰⁾. وبذلك يختلف العيب الظاهر عن العيب الخفي؛ إذ يشترط في العيب الخفي أن يمس صلابة البناء أو يجعله غير صالح للغرض الذي خصص له، أما العيب الظاهر فيشمل كل عيب ولو كان بسيطاً⁽⁸¹⁾.

والعيب الظاهر - بهذا المفهوم - يختلف عن عدم مطابقة المبيع للمواصفات⁽⁸²⁾ من حيث طبيعته ومصدره؛ فالعيب الظاهر يمثل خللاً جلياً واضحاً للعيان، أما خلل عدم المطابقة⁽⁸³⁾ فقد يستغرق اكتشافه بعض الوقت⁽⁸⁴⁾، والتزام البائع بمطابقة المبيع للمواصفات يدخل ضمن التزامه بالتسليم المنبثق عن العقد، أما الالتزام بضمان العيوب خفية كانت أو ظاهرة فمصدره القانون⁽⁸⁵⁾.

إن إصلاح العيب متى تحققت مسؤولية البائع عنه ليس أمراً اختيارياً للبائع، وإنما على البائع أن يصلح هذه العيوب شاء أم أبى، فمتى التزم البائع بإقامة البناء وفق مواصفات معينة فإن الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام هو التنفيذ العيني وإصلاح العيوب، متى كان ذلك ممكناً، أما إذا استحال الإصلاح فيتم اللجوء إلى الحلول الأخرى⁽⁸⁶⁾.

من هذا المنطلق نقول إن الالتزام بالاحتفاظ بمبلغ حسن ضمان التنفيذ المفروض قانوناً على المطور العقاري، هو التزام بعدم المساس بمبلغ معين محدد قانوناً، ليبقى في الحساب بعد إنجاز المشروع بهدف تغطية العيوب

79 أحمد الحباري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني، مجلة الحقوق الكويت، المجلد 33، العدد 4، 2009، 289.

80 محمد زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط 1، 1989، 231 - 235.

81 أحمد الحباري، مرجع سابق، ص 289 و 290.

82 جاء لدى: إيمان الشكري، جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع - دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة السادسة، 181 و 182، أن: "نتيجة التفاوت المعرفي والاقتصادي بين البائع المهني والمشتري وما أو جده من هوة واسعة أو تباين كبير بين المهني والمشتري، أدى ذلك إلى بروز حاجة ملحة تمثلت في ضرورة إيجاد وسيلة قانونية يمكن من خلالها تشديد مسؤولية البائع وإلزامه بضمان تسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، وهذا الضمان اصطلاح على تسمية ب ضمان المطابقة، لكونه لا يقتصر على ما يشترطه المتعاقدان في تعاقدهم، وإنما يمتد ويتسع ليشمل ما يقرره المشرع من أحكام لحماية المشتري الذي يعجز عن أن يشترط وجود بعض المواصفات في المبيع حتى يتمكن من إشباع حاجاته التي أقدم على التعاقد من أجلها، سواء على صعيد التشريعات المختلفة، أو على مستوى آراء الفقه وأحكام القضاء.

83 ورد لدى: حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي، مطبعة ذات السلاسل، 1989، 726. تعريف عدم المطابقة بأنه: "تسليم مبيع لا يتطابق مع المعقود عليه" بينما عرفه، حمدي سعد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007، 127، بأنه: "الألا تتوافر في المبيع الصفات التي تم الاتفاق عليها صراحةً أو ضمناً أو تلك الصفات التي كان يتوقع المشتري وجودها في المعقود عليه".

84 أحمد الحباري، مرجع سابق، 290.

85 محمد زهرة، مرجع سابق، 241 و 242.

86 محمد زهرة، مرجع سابق، 270.

الظاهرة التي قد تكتشف بعد تسليم الوحدات العقارية للمشتريين، إذ عادة ما يتم الكشف على العقار بعد مرور سنة من تسليمه للمشتري للوقوف على ما يظهر به من عيوب ظاهرية تحتاج إصلاحاً يلتزم به المطور العقاري، فتتم أعمال الإصلاح تلك من الأموال المحتجزة لدى أمين الحساب، والتي تمثل نسبة 5%، وتعاد تلك الأموال أو المتبقي منها بعد انتهاء الإصلاحات للمطور العقاري⁽⁸⁷⁾. نتناول تفاصيل ذلك في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

لعل أكثر ما يمثل ضماناً حقيقياً للمشتريين بعد البيع والاستلام هو إلزام المشرع المحلي لإمارة دبي أمين الحساب بالاحتفاظ بنسبة (5%) من القيمة الكلية لحساب الضمان، وذلك بعد حصول المطور العقاري على شهادة الإنجاز. وتخصص هذه الأموال لتغطية العيوب الظاهرية، وإصلاحات البناء. ولا تسلم تلك الأموال للمطور العقاري إلا بعد مرور سنة على تسليم العقار للمشتري، في حال عدم استخدامها في إصلاح البناء، أو المتبقي منها، حسب الأحوال⁽⁸⁸⁾.

ومن الفقهاء من يرى -وبحق- أن الاحتفاظ بمبلغ ضمان حسن التنفيذ لا يعني الامتناع عن اللجوء إلى المحكمة المختصة من أجل الحصول على تعويض عن تلك الأضرار التي تلحق بالعملاء، ومطالبتهم بفسخ العقد إذا كانت هناك عيوب جوهرية في العقار محل العقد مستقبلاً⁽⁸⁹⁾.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبو ظبي

يلتزم أمين الحساب بالاحتفاظ بنسبة لا تقل عن (5%) من إجمالي قيمة مشروع التطوير العقاري وذلك كضمان لحسن تنفيذ إصلاح العيوب التي قد تظهر بعد إنجاز المشروع. والقاعدة في هذا الخصوص هي عدم جواز صرف المبلغ المحتفظ به، أو أي جزء منه إلى المطور إلا بعد انقضاء مدة سنة، تحتسب من تاريخ شهادة إنجاز مشروع التطوير العقاري، وتسوية جميع شروط حسن التنفيذ خلال تلك السنة. واستثناء من هذه القاعدة يجوز للدائرة الموافقة على طلب يتقدم به المطور يتضمن رغبته في سحب مبلغ ضمان حسن التنفيذ قبل انقضاء سنة من تاريخ إنجازها، وتشتترط الدائرة للموافقة على هذا الطلب أن يقدم المطور كفالة بنكية تغطي قيمة المبلغ المسحوب⁽⁹⁰⁾.

87 مضمون المادة 26 / 2 من قانون ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي رقم 27 لسنة 2007. والمادة 24 من القانون رقم 3 لسنة 2015 بشأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

88 المادة 14 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

89 مراد محمود المواجدة، التنظيم القانوني العقاري في دولة الإمارات العربية المتحدة إمارة دبي نموذجاً، مكتبة الأفق المشرقة، 2016، 152، 153.

90 المادة 24 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

الفرع الثالث: وجه المقارنة بشأن هذا الالتزام

من خلال تناول ما ورد في كلا التشريعين - محل الدراسة - فيما يتعلق بحبس مبلغ حسن التنفيذ نجد أن كلاهما ألزما المطور العقاري بالاحتفاظ بنسبة (5%) كضمان لحسن تنفيذ إصلاح ما قد يظهر في العقارات من عيوب بعد إنجاز المشروع.

ولكن الاختلاف بينهما كان في أن هذه النسبة تكون من القيمة الكلية لحساب الضمان في إمارة دبي، بينما هي نسبة من إجمالي قيمة المشروع في إمارة أبو ظبي، إذ أن نسبة (5%) من إجمالي قيمة المشروع تمثل مبلغاً أكبر بكثير من ذات النسبة من القيمة الكلية لحساب الضمان؛ إذ قلنا سابقاً أن إيداع المبالغ المتحصلة من البيع على الخارطة، يعد من التزامات المطور العقاري أو الوسيط العقاري في حالة تم التسويق للمشروع من خلاله، الأمر الذي يترتب عليه عدم إيداع كافة المبالغ في حساب الضمان بالرغم من مخالفة ذلك للقانون؛ وبالتالي من الطبيعي أن يقل المبلغ الذي يلتزم أمين الحساب بالاحتفاظ به كضمان لحسن التنفيذ. هذا إلى جانب أن المبلغ المودع في حساب الضمان غير ثابت فهو معرض للنقصان الدائم إذ يستفيد منه المطور العقاري خلال مدة تنفيذ المشروع، بل من الممكن أن يكون تمت الاستفادة منه بشكل كامل عند الانتهاء من إنجاز المشروع.

وبالرغم من ذلك نجد أن النص الوارد في قانون إمارة دبي أكثر انضباطاً من نظيره الوارد في إمارة أبو ظبي؛ لأن القول بالالتزام أمين الحساب بالاحتفاظ بهذه النسبة من قيمة المشروع يعني التزامه بما هو ليس تحت يده، هذا من جانب، ومن جانب آخر قيمة المشروع غير ثابتة فهي مختلفة في بداية المشروع عنها في نهايته، كما أنها تتأثر بشكل كبير بالظروف الاقتصادية للعقارات. لذلك نفضل في هذا الجزء ما جاء في قانون إمارة دبي على نظيره الصادر في إمارة أبو ظبي؛ إذ لأمين الحساب العلم والسيطرة على الحساب - بالرغم من حركته الدائمة وعدم ثباته - فله من خلال صلاحياته في إدارته، الاحتفاظ بهذه النسبة بناء على عمليات حسابية لأموال الحساب.

كما يعتبر من أوجه الاختلاف أن للمطور العقاري الحق في التصرف في ذلك المبلغ بعد انقضاء سنة من تاريخ تسجيل الوحدات العقارية بأسماء المشترين، هذا في دبي، وبعد انقضاء سنة من تاريخ شهادة إنجاز مشروع التطوير العقاري وتسوية جميع شروط حسن التنفيذ خلال تلك السنة، هذا في إمارة أبو ظبي. ولعلنا في هذا الجانب نرجح ما أخذ به المشرع في أبو ظبي بالرغم من أن تاريخ إنجاز المشروع وتقديم شهادة بذلك لا يعني بالضرورة انتقال ملكية المبيع للمشتري والاستفادة منه، واكتشافه للعيوب التي يغطيها مبلغ الضمان⁽⁹¹⁾، إلا أن تعليق الأمر على تسوية جميع شروط حسن التنفيذ خلال تلك السنة، وعدم الاكتفاء بمجرد تقديم شهادة إنجاز يفهم منه أن المشتري قد تسلم المبيع، وأتم المطور التزاماته المتعلقة بالإصلاحات في حال الحاجة لها.

وأخيراً يمكن للمطور العقاري في إمارة أبو ظبي التصرف في ذلك المبلغ قبل تحقق شرط انقضاء مدة السنة تلك، ولكن بشرط أن يقدم كفالة بنكية تغطي قيمة المبلغ المسحوب. ويعد ذلك نوعاً من أنواع التخفيف على المطور العقاري في حال حاجته لسيو له مادية، فمكّنه المشرع من الاستفادة من ذلك المبلغ، ولكن دون الإضرار بحقوق المشترين. وهذا ما يمثل آخر اختلاف بين ما ورد في القانونين محل الدراسة في هذا الخصوص.

المطلب الرابع: المحافظة على حقوق المودعين

91 جاء لدى: هادي الكعبي وسلام عبدالله، ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة، 2007، بحث منشور على شبكة الإنترنت <http://www.uobabylon.edu.iq>، أنه: "يترتب على المشتري بموجب ضمان صلاحية المبيع للعمل عدد من الالتزامات أهمها استعمال المبيع استعمالاً عادياً، فيجب على المشتري أن يستعمل المبيع بالطريقة التي تتفق مع طبيعته، فالخلل اللاحق الذي ينشأ من خطأ المشتري أو من سوء استعماله للمبيع لا يدخل في نطاق ضمان الصلاحية. كما على المشتري أن يقصد البائع لإصلاح الخلل الذي طرأ على المبيع فإذا قام هو بهذه الإصلاحات أو استعان بشخص آخر غير البائع سقط حقه في الضمان".

الغاية من التزام أمين الحساب بالمحافظة على حقوق المودعين، هو عدم استغلال المطور العقاري لتلك الأموال لغير ما خصصت له. ويترتب على ذلك زيادة الثقة في سوق التطوير العقاري وزيادة الاستثمار في هذا المجال. ونتناول في فروع هذا المطلب تفاصيل هذا الالتزام.

الفرع الأول: التنظيم القانوني في إمارة دبي

يلتزم أمين الحساب في حال عدم إكمال المشروع بسبب ظروف طارئة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على حقوق المودعين بما يضمن أحد أمرين؛ إما إكمال المشروع العقاري، وإما إعادة المبالغ المدفوعة للمودعين. ولا يتم ذلك إلا بعد التشاور بين أمين الحساب ودائرة الأراضي والأماك⁽⁹²⁾.

ولنا في ذلك وجهة نظر تتمثل في أنه قد يحدث أمر لا يُعد من قبيل الظروف الطارئة، يؤدي إلى فسخ العقد بين المطور العقاري ومشتري الوحدة العقارية بحكم قضائي، فمن أين سيسترد ذلك المشتري ما دفعه من مبلغ كئمن للوحدة العقارية، خاصة في حال عدم ملاءة المطور العقاري؟ فلم يرد في هذا القانون علاج لحالات الفسخ. وعليه نرى أنه من الضروري إعادة النظر في ذلك، ونقترح أن ينص المشرع في هذا الخصوص على إلزام المطور العقاري برد ثمن العقار المبوع للمشتري من ماله، وفي حال عدم ملاءته، يمكن الرجوع لحساب الضمان والأخذ منه، بالرغم من أن حساب الضمان مخصص لضمان إتمام المشروع وليس ضامناً لذمة المطور، ولكن يمكن الاستناد إلى قاعدة أخذ غير المستحق، وعليه يعاد المبلغ للمشتري. ويلزم المطور بتعويض ذلك النقص الحاصل في حساب الضمان خلال مدة معينة يحددها المشرع، وله في حال عدم الالتزام فرض غرامة مالية على المطور في سبيل ضمان التزام المطور بإعادة المبلغ للحساب. هذا المقترح سيحافظ على حقوق المشتريين الذين اضطروا لفسخ العقد من جهة، وسيشكل حاجزاً لمنع تلاعب المطور واتكاله على أموال المودعين المودعة في حساب الضمان لسداد ديونه المترتبة على ذلك المشروع⁽⁹³⁾.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في إمارة أبوظبي

جاء في قانون التنظيم العقاري أنه في حالة فشل المطور في إكمال مشروع التطوير العقاري يلتزم أمين الحساب بعد حصوله على موافقة الدائرة باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق المودعين بما يضمن إكمال مشروع التطوير العقاري وفق التصاريح الممنوحة له، وقد تشمل تلك التدابير قيام ممول مشروع التطوير العقاري أو مطور آخر بإكماله⁽⁹⁴⁾.

وفي حال تعذر إيجاد أي حل لإكمال مشروع التطوير العقاري خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر، تحتسب من تاريخ موافقة الدائرة، يقوم أمين الحساب بتوزيع المبالغ المتبقية المودعة في حساب ضمان المشروع تحت إشراف الدائرة، ووفقاً لترتيب معين وهو: أ. بدل مصاريف إدارة الحساب غير المسددة الخاصة بأمناء الحساب وبعده أقصى تحدده الدائرة. ب. ممولو مشروع التطوير العقاري ومشترو الوحدات العقارية في المشروع أو ممولوهم وذلك قسمة غرماء في حال عدم كفاية المبالغ الموجودة في حساب ضمان المشروع. ج. مقاولو المشروع والموردون وذلك قسمة غرماء في حال عدم كفاية المبالغ المتبقية في حساب ضمان المشروع. د. المطور العقاري⁽⁹⁵⁾. ويشترط في هذا التوزيع ألا يخل بحق الدائنين في الرجوع على المطور بأي نقصان وفقاً لأحكام الاتفاقيات والعقود المبرمة مع المطور⁽⁹⁶⁾.

وفي سبيل الحفاظ على أموال المودعين، حظر القانون الحجز على الأموال المودعة في حساب ضمان المشروع، بشرط ألا يؤثر ذلك على حق كل من مشتري الوحدة العقارية على المخطط في مشروع التطوير العقاري، والمقاول، وممول المشروع، في المطالبة بالأموال التي دفعها المشتري أو المستحقة للمقاول بموجب عقد المقاول أو التمويل في حالات معينة، وهي: أ. إلغاء المطور العقاري للمشروع أو تخليه عنه.

92 المادة 15 من القانون رقم 8 لسنة 2007 المتعلق بحسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.
93 هذه المعالجة أباها الأستاذ الدكتور: علي المهدي، في محاضرة لطلبة الدكتوراه في جامعة الشارقة بتاريخ: 19 / 2 / 2018، وكانت نتيجة مناقشة أحد الأحكام القضائية الصادرة من محكمة تمييز دبي.

94 المادة 1 / 26 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي.

95 المادة 2 / 26 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي.

96 المادة 3 / 26 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبوظبي.

ب. إيقاف المطور للمشروع واعتبار الدائرة ذلك الإيقاف إلغاءً، أو تخلياً عن المشروع. ج. إلغاء قيد المشروع. د. الحصول على حكم قضائي بات⁽⁹⁷⁾.

الفرع الثالث: وجه المقارنة في شأن هذا الالتزام

يلاحظ فيما سبق بيانه أن المشرع في إمارة دبي ربط مسألة الحفاظ على حقوق المودعين بالعمل على استكمال المشروع أو إعادة المبالغ للمودعين، وذلك في حال وجود حالة طارئة فقط يستحيل معها استكمال المشروع، وهذا الأمر يخلق الكثير من المشاكل والعقبات العملية؛ فمن الوارد أن يتم فسخ العقد بين المطور والمشتري دون وجود حالة طارئة تستدعي ذلك، ومن ثم يدخل المشتري في دوامة محاولة استعادة الأموال التي دفعها للمطور كئتم للوحدة العقارية؛ إذ غالباً ما يطول الأمر. ولم ينص المشرع صراحة على حالة ما إذا كان الفسخ بحكم قضائي.

كما يلاحظ أن المشرع في أبو ظبي ساهم في الحفاظ على حقوق المودعين بشكل مختلف، عندما ألزم أمين الحساب باتخاذ التدابير اللازمة لإكمال المشروع، في حال فشل استكماله من قبل المطور الأصلي، خلال مهلة معينة، أو إعادة الأموال المودعة في حساب الضمان لمستحقيها ومنهم مشترو الوحدات العقارية - كما جاء في نص المادة سالفه الذكر - الذين يسبقون كلا من المقاولين والموردين في استحقاق تلك الأموال، ويتم ذلك كقسمة غرماء في حال عدم كفايتها.

والسماح للمشتريين بتحصيل أموالهم من حساب الضمان يساهم في تجنب مشكلة فسخ العقد واسترداد المشتري ما دفعه من مبالغ، ففي حال الحرمان من التصرف في الأموال المودعة في حالات فسخ العقد، يؤدي ذلك إلى حرمان المشتري - وهو الطرف الأضعف في العلاقة - من الحصول على حقه خاصة في حالة إعسار مدينه المطور العقاري.

وأكثر ما تميز به القانون المحلي لإمارة أبو ظبي بشأن حسابات الضمان عن نظيره في دبي، مسألة الحجز على الأموال المودعة في حساب الضمان، هو ذلك الاستثناء الوارد في نص المادة 20 سالفه الذكر، الذي منح أمين الحساب الحق في الحجز على المبالغ الموجودة في حساب الضمان للحفاظ على حق مشتري الوحدة العقارية المباعة على الخارطة في مشروع التطوير العقاري وغيره في حالات معينة، وهي لا تخرج عن فرضين، الأول: إلغاء المشروع العقاري أو التخلي عنه أياً كان السبب، والثاني: هو الحصول على حكم قضائي بات.

واستناداً لذلك لمشتري الوحدة العقارية المباعة على الخارطة في مشروع التطوير العقاري في حال حصوله على حكم قضائي بات متعلق بفسخ العقد أن يحصل على أمواله المودعة في حساب الضمان، والمدفوعة كئتم للوحدة العقارية تلك، وإن كان الأفضل أن يلزم بدايةً المطور العقاري برد المبلغ من أمواله وليس أموال حساب الضمان كخيار أول، ومن ثم اللجوء كخيار ثان لحساب الضمان في حال إعساره.

97 المادة 20 من القانون رقم 3 لسنة 2015 المتعلق بتنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.

الخاتمة:

أختم بحثي هذا وأوجزه في أن مسألة التطور العقاري في دولة الإمارات تعاني من بعض المشاكل التي يمكن تجاوزها في حال إجراء بعض التعديلات على النصوص القانونية المتعلقة بالتطوير العقاري، لسد الثغرات القانونية التي تظهر في الواقع العملي وتستغل من قبل المطورين العقاريين، وذلك حفاظاً على حقوق المتعاملين معهم من مشتريين أو مستثمرين، وسيساهم ذلك بشكل كبير في التنمية العقارية، وتوليد الثقة في السوق العقاري. وقد توصلنا بعد إعداد هذا البحث لبعض النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

- نص كل من قانون التطوير العقاري في إمارة دبي وأبو ظبي على التزام المطور العقاري بإيداع المبالغ المتحصلة والمتعلقة بتنفيذ المشروع في حساب ضمان المشروع.
- لم يلزم المشرع في إمارة دبي المطور العقاري بتضمين عقد البيع على الخارطة ما يفيد وجود رهن على أرض المشروع في حال وجوده قبل إبرام عقد البيع عكس ما فعل المشرع في إمارة أبو ظبي. ولم يرد في كلا القانونين ما يفيد إعلام مشتري الوحدة العقارية على الخارطة بوجود رهن في حال تم بعد إبرام عقد البيع.
- يلتزم المطور العقاري وفق ما جاء في قانون إمارة دبي وقانون إمارة أبو ظبي بربط المبالغ الواجب دفعها من قبل المشتريين، بحسب نسبة إنجاز المشروع.
- مَنَعَ المشرع في إمارة أبو ظبي المطور العقاري من الاستفادة من الأموال المودعة في حساب الضمان قبل تحقيق نسبة إنجاز في المشروع تتمثل في 20%.

ثانياً: التوصيات:

- نناشد المشرعين في إمارة دبي وأبو ظبي بمنع المطور العقاري والوسيط العقاري من استلام أية مبالغ من المودعين والمستثمرين، وفي المقابل إلزام المودعين والمستثمرين بإيداع المبالغ في حساب ضمان المشروع مباشرةً.
- نوصي المشرع في إمارة دبي بربط صرف مبالغ حساب الضمان للمطور العقاري بتجاوز نسبة الإنجاز 20%، على أن يتم التحقق من ذلك من خلال استشاري يعين من قبل الدائرة وعلى نفقة المطور العقاري كما جاء في قانون التطوير العقاري لإمارة أبو ظبي.
- نتمنى من المشرع في إمارة دبي منح دائرة الأراضي والأموال صلاحية الأمر بوقف السحب من حساب الضمان من حال مخالفة المطور العقاري لالتزاماته المنصوص عليها قانوناً وتلك المتولدة من اتفاقية حساب الضمان.
- نوصي المشرعين في إمارة دبي وأبو ظبي بإلزام المطور العقاري بتقديم ضمان مصرفي للدائرة المختصة من أحد المصارف في الدولة والمعتمدة لدى المصرف المركزي، يساوي 20% من قيمة البناء، ويتم ذلك وفق ضوابط معينة، ثم يفرج عنه بنسب تتناسب مع نسبة إنجاز المشروع. ويفضل تعليق مسألة البيع على الخارطة على تقديم هذا الضمان.
- نرى أنه من الضروري إلزام المطور العقاري بإعلام المستثمرين أو المشتريين بكل عمليات رهن المشروع سواء كانت سابقة على التعاقد معهم أم لاحقة عليه لما في ذلك من حماية لحقوقهم، وتحقيقاً للالتزام بالإفصاح والشفافية.
- يجب على المشرع النص صراحة على حق المستثمر أو المشتري في فسخ العقد في حال عدم إعلامه بعمليات الرهن التي تتم على المشروع سواء كانت سابقة على التعاقد عليه أم لاحقة له.
- نوصي المشرع في إمارة دبي بإلزام أمين الحساب بتزويد المستثمرين والمشتريين بتفاصيل وكشوف حساب عن بيانات الحساب الخاصة بهم، والمبالغ التي دفعوها، كما فعل المشرع في إمارة أبو ظبي.

■ نقترح علاجاً لحالات الفسخ بأن ينص المشرع على إلزام المطور العقاري برد ثمن العقار المبيع للمشتري من ماله الخاص إذا ما فسخ العقد بحكم قضائي، وفي حال عدم ملاءمته يمكن الرجوع لحساب الضمان والأخذ منه، بالرغم من أن حساب الضمان مخصص لضمان إتمام المشروع وليس ضماناً لذمة المطور، ويُلزم المطور بتعويض ذلك النقص الحاصل في حساب الضمان خلال مدة معينة يحددها المشرع.

قائمة المراجع:

الكتب:

1. أحمد الجندي، شرح قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، درا الكتب القانونية، الكتاب الأول، ط 1، 2015.
2. آلاء النعيمي، العمليات المصرفية، الأفق المشرقة، 2010.
3. حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي، مطبعة ذات السلاسل، 1989.
4. حمدي سعد، القيمة العقدية للمستندات الإعلانية - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2007.
5. حمدي عبدالمنعم، العمليات المصرفية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (18) لسنة 1993، دار النهضة العربية.
6. رمضان كامل، المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العرفي، دار الألفية لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، ط 3، 1998.
7. سميحة القيلوبي، القانون التجاري، عمليات البنوك، الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
8. سندس الجبوري، المسؤولية المدنية للمطور العقاري- دراسة في ضوء قوانين إمارة دبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
9. عدنان سرحان و يوسف عبيدات، المصادر الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الأفق المشرقة ناشرون، ط 1.
10. علي المهداوي، الموجز في شرح أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مكتبة الجامعة، 2015.
11. محمد البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، ط 3، 2005.
12. محمد زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء- دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط 1، 1989.

الأبحاث العلمية:

1. أحمد الحياي، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء- دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 33، العدد 4، 2009.
2. أحمد الشيتي، فاروق الغلاب، خطابات الضمان والكفالات المصرفية، بحث منشور في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس، 1996، القاهرة.
3. إيمان الشكري، جزاء إخلال البائع بضمان المطابقة في عقد البيع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة السادسة.
4. زينة عبدالجبار، دور حساب الضمان في تحقيق الائتمان، مجلة صوت القانون، العدد 6، 2016.
5. مهدي شعوة، الالتزامات القانونية للمراقبين العقاريين في مجال إنجاز السكن، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، 2014، العدد 42.

6. هادي الكعبي، و سلام عبدالله، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة، 2007، بحث منشور على شبكة الإنترنت <http://www.uobabylon.edu.iq>.
7. ولاء الدين إبراهيم، التطوير العقاري – دراسة مقارنة، منشورات دار القضاء – أبو ظبي، ط 1، 2014.
- الرسائل العلمية:**
1. مهند البشتاوي، "الأحكام الناظمة لعقد بيع تحت الإنشاء في التشريع الأردني وتشريع إمارة دبي- دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الأردن، جامعة اليرموك، 2017.
 2. نجاة بضراني، الائتمان المصرفي بطرق التوقيع، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، 1988.
- القوانين والقرارات:**
1. القانون رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.
 2. القانون رقم (3) لسنة 2015 في شأن تنظيم القطاع العقاري في إمارة أبو ظبي.
 3. قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (13) لسنة 1993 وتعديلاته.
 4. قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 وتعديلاته.
 5. قانون العقوبات الإماراتي رقم (3) لسنة 1987 وتعديلاته.
 6. اللائحة التنفيذية للقانون رقم (13) لسنة 2008.
 7. قرار رئيس دائرة شؤون البلدية رقم (250) لسنة 2015 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية بشأن حسابات الضمان.

Romanization of Arabic references

alkutubu:

1. Ahmad aljundiu, sharh qanun almueamalat altijariat lidawlat al'iimarat alearabiat almutahidat, dira alkutub alqanuniat, alkitab al'awal, t 1, 2015 .
2. Ala' alnueaymi, aleamaliaat almasrifiat, alafaq almushriqat, 2010.
3. Husam aldiyn al'ahwanii, euqid albaye fi alqanun alkuaytii, matbaeat dhat alsalasil, 1989.
4. Hamdi saed, alqimat aleaqdiat lilmustanadat almalakiat, dirasat muqaranat, dar alkutub alqanuniat, 2007.
5. Hamdi eabdalmuneim, aleamaliaat almasrifiat fi qanun almueamalat altijariat raqm (18) lisanat 1993, dar alnahdat alearabiati.
6. Ramadan kamil, almushkilat aleamaliat alati yuthiruha eaqd albaye aleurfii, dar al'alfiat litawzie alkutub alqanuniat bialminya, t 3, 1998.
7. Samihat alqilubi, alqanun altijariu, eamaliaat albnuk, al'awraq almaliat, dar alnahdat alearabiat, alqahirat, 1986.
8. Sundus aljabuwri, almaswuwliat almadaniat lilmutawir aleaqari- dirasat fi daw' qawanin 'iimarat dubay, dar alnahdat alearabiat, alqahirat, 2015.
9. Eadnan sarhan w yusif eubidat, almasadir al'iradiat lilailtizam qanun almueamalat almadaniat al' iimaratii, al'afaq almushriqat nashirun, t 1.
10. Eali almihdawi, alrayisiu fi sharh al'ahkam fi qanun almueamalat almadaniat alaitihadii, maktabat aljamieat, 2015.

11. Muhamad albutiu , albuyue alshaayieat wa'athar dawabit almabie ealaa shareiatiha , dar alfikr , t 3 , 2005
12. Muhamad zahrata, baye almabani taht al'iinsha' dirasat muqaranat fi alqanun almisrii walfaransii walkuaytii, t 1, 1989.

Al'abhath aleilmiatu:

1. Ahmad alhayaarii, majalat alhuquq, almujalad 33, aleadad 4, 2009.
2. Ahmad alshshyty, faruq alghalaab, aldaman walkafalat almasrifiat, bahath manshur fi kitab mutamar almuhamayn alearab alsaadis, 1996, alqahirati.
3. Iiman alshukri· jaza' 'iikhlaal aldaman almutabiqat fi eaqd albaye, majalat almuhaqiq alhuliu alqanuniat, aleadad 4, alsanat alsaadisati.
4. Zinat eabdaljabaar, dawr hisab aldaman fi nasij hayawiin, majalat sawt alqanun, aleadad 6, 2016.
5. Mahdi shaewat, alealaamat alqanuniat lilmuraqibin aleaqariiyin fi majal 'iinjaz alsakan, majalat aleulum al'iinsaniat, aljazayir, 2014, aleadad 42.
6. Hadi alkaebi, w salam eabdallah, daman salahiat almabie lileamal mudatan mueayanat, 2007, bahath manshur ealaa shabakat al'iintirnit <http://www.uobabylon.edu.iq>.
7. Wala' aldiyn 'iibrahim, altatwir aleaqariu - dirasat muqaranat , manshurat dar alqada' - 'abu zabi , t 1 , 2014.

Alrasayil aleilmiatu:

1. Muhanad albashtawi, "al'ahkamalnaazimat lieaqd albina' fi altashrie al'urduniyi watashrie 'iimarat dibi- dirasat muqaranati", risalat majistir, al'urduni, jamieat alyarmuk, 2017.
2. Najat bidrani, jaykub kafih, CA, risalat dukturah ghayr manshurat, jamieat alqahirat, alqahirat, 1988.

مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة
دراسة فقهية قانونية مقارنة

السيد كامل مصطفى الدكتور رحاب
والإنسانية الإدارية أستاذ مساعد في كلية العلوم
السعودية العربية المملكة - المستقبل جامعة

تاريخ التسليم: 2021/2/20 تاريخ القبول: 2021/4/11

**The extent of incubator's entitlement to the custody fee
(A legal jurisprudential comparative study)**

Dr. Rehab Mostafa Kamel El-Sayed

**Assistant Professor at the College of Administrative and Human
Sciences**

University of Future - Kingdom of Saudi Arabia

ملخص البحث:

تناولت في هذا البحث مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، وذلك في جميع فرضياتها. فتناولت أجره الحضانة حال قيام الزوجية وحال انتهائها، وحال قيام الأم بالحضانة أو غيرها. وتطرقت للآراء الفقهية المختلفة في فرضيات الدراسة، فعرضت للرأي القائل باستحقاق الحاضن أجره عن الحضانة، وما استدلت به من أدلة، وكذلك عرضت للرأي القائل بعدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة، وما ساقه من أدلة، ورجحت الرأي المتماسي مع الواقع المعاصر. كما تطرقت لموقف قوانين الأحوال الشخصية في المسألة التي تناولها البحث، وعلقت على موقف هذه القوانين.

كلمات مفتاحية: الحاضن- المحضون- الحضانة- أجره.

Abstract:

In this research, I studied the extent of incubator's entitlement to the custody fee, in all its hypotheses. I covered the custody fee when the marital relationship continues and when it ends, and when the mother, Is the custodian or some one else. I introduced different jurisprudential views in the study hypotheses, so I presented the opinion saying that the custodian deserves the custody fee and its evidence, as well as I mentioned the opinion saying that custodian didn't deserve the custody fee and what is its evidence, then I agreed to an opinion that optimized contemporary reality. I also referred to the point of view of the Personal Status law regarding the topic of study then I commented on it.

Key words: child- Custody- Wages. Foster -Incubator

بسم الله، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

لقد شرع الله تعالى الزواج ليكون سكنًا ومودة بين الزوجين، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: 21]، والأبناء من أهم ثمار الزواج؛ ولهذا جعل الله عز وجل لهؤلاء الأبناء حقوقًا منذ ولادتهم، ومن هذه الحقوق: الرعاية، والتربية، قال تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء: 24]. وفي هذا البحث أتناول الحضانة، وتكييفها الفقهي، وهل يستحق الحاضن أجره مقابل الحضانة؟ ثم أتطرق للآراء الفقهية المختلفة التي تناولت المسألة، ثم أ طرح مسلك قوانين الأحوال الشخصية فيها.

سبب اختيار الموضوع:

اخترت هذا الموضوع محلاً لبحثي؛ لأهميته؛ حيث وجدته مستحقاً للدراسة والبحث؛ لما له من جانب تطبيقي هام في حياتنا المعاصرة، فما إن تتفك عرى الزوجية إلا ونجد الحاضن يقيم الدعاوى القضائية يطلب الحكم بأجرة الحضانة.

هذا وربما ازداد حماسي لتناول هذا البحث؛ لما لم أجد دراسة متكاملة مستفيضة فيه تجمع بين موقفي الفقه والقانون في هذا الشأن.

إشكالية البحث:

من خلال هذا البحث أود الإجابة على عدة أسئلة مهمة، وهي: هل يستحق الحاضن أجره عن الحضانة؟ وهل يتطابق موقف الفقه الإسلامي في المسألة مع موقف قانون الأحوال الشخصية أم يختلفان؟

أهمية البحث:

أما أهمية البحث؛ فتتمثل في التوصل إلى موقف المذاهب الفقهية من مدى استحقاق الحاضن أجره عن الحضانة، ومقارنة ذلك بموقف القوانين الوضعية.

هدف البحث:

يتمثل هدف البحث في إعداد دراسة متكاملة عن مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة في الفقه والقانون مبتغية في ذلك أن يكون في هذا البحث النفع للمسلمين.

منهج البحث:

- الاعتماد على المنهج الاستقرائي؛ حيث تم جمع الآراء الفقهية من مصادرها المعتمدة.
- الاعتماد على المنهج التحليلي؛ حيث تم تحليل الآراء الفقهية والترجيح فيما بينها.
- الاعتماد على المنهج المقارن، حيث تمت المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة في مسألة البحث من ناحية، وبين الفقه والقانون من ناحية أخرى.
- عزو الآيات القرآنية إلى سورها وأرقامها.
- عزو الأحاديث والآثار إلى مصادرها.

إنّ من المعروف أنّ هذه المسألة الفقهية قد تعرض لها الفقهاء كثيرًا في أبواب الحضانة، وكذلك تناولها بعض المحدثين، إلا أنني لم أجد دراسة متكاملة في الموضوع تجمع بين موقفي الفقه والقانون المقارن، ومن أهم ما وجدت من دراسات ما يلي:

1- بحث بعنوان: الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، للباحث/ حسين رجب محمد مخلف الزيدي، منشور في مجلة التقني، المجلد الرابع والعشرين، العدد العاشر 2011م، من صفحة 143 حتى 163.

تناول البحث أجره الحضانة باختصار شديد، فلم يذكر مختلف الآراء الفقهية، كما اقتصر على ذكر موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وقد أضافت دراستي ما يلي: تناولت المسألة محل البحث باستفاضة، وذكرت جميع الآراء الفقهية فيها وذكرت أسانيدها ورجحت بين الآراء، وتطرقت لموقف معظم قوانين الأحوال الشخصية.

2- بحث بعنوان: حقوق المحضون على الحاضن ونفقتهم، د. محمود محمد سعود كبيسي، مقدم في ندوة "أثر متغيرات العصر على أحكام الحضانة" التي نظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام 1436هـ.

تناول البحث العديد من الأمور المتعلقة بالحضانة، ومنها أجره الحضانة، وذكر الآراء الفقهية المختلفة ولكنه لم يبيّن أسانيد كل رأي ولم يرجح بينها، كما أنّ البحث لم يتطرق لموقف قوانين الأحوال الشخصية من المسألة.

وقد أضافت دراستي ما يلي: ذكرت جميع الآراء الفقهية في المسألة محل الدراسة، وذكرت أسانيدها ورجحت بين الآراء، وتطرقت لموقف معظم قوانين الأحوال الشخصية.

3- بحث بعنوان: أحكام الحضانة، د. عقيل بن عبد الله بن محمد العقيل، منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 37 (صفر - ربيع الأول) 1438هـ - 2016م، في الصفحات من (475 إلى 536)، وقد تناول البحث أجره الحضانة في المبحث الخامس منه باختصار شديد؛ فذكر رأيًا فقهيًا واحدًا في المسألة، وذكر بعض استدلالات أصحاب الرأي عليه، ولم يستوفِ كل الآراء الفقهية في المسألة، كما أنّ الدراسة فقهية خالصة، ولم تتطرق لموقف القانون.

وقد أضافت دراستي ما يلي: عرضت كل الآراء الفقهية في المسألة، وعرضت أدلة كل فريق، وناقشت الأدلة ورجحت، كما تطرقت لموقف القانون.

خطة الدراسة:

مطلب تمهيدي: تعريف الحضانة وتكييفها الشرعي والمستحقون لها.

الفرع الأول: تعريف الحضانة وتكييفها الشرعي.

الفرع الثاني: المستحقون للحضانة.

المبحث الأول: مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: آراء الفقهاء في مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة.

الفرع الأول: الرأي القائل باستحقاق الحاضن أجره الحضانية.

الفرع الثاني: الرأي القائل بعدم استحقاق الحاضن أجره الحضانية.

المطلب الثاني: مسائل متعلقة بأجره الحضانية.

المبحث الثاني: مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانية في قوانين الأحوال الشخصية.

خاتمة: تشمل أهم النتائج والتوصيات.

المطلب التمهيدي

تعريف الحضانة وتكييفها الفقهي والمستحقون لها

قبل الحديث عن مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، أتناول معنى الحضانة لغة، واصطلاحاً، وقانوناً، وتكييفها الفقهي، والمستحقين لها؛ ولذا سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، أتحدث في أولهما عن: معنى الحضانة وتكييفها الفقهي، وأتحدث في ثانيهما عن: المستحقين لها.

الفرع الأول

تعريف الحضانة وتكييفها الفقهي

سأتناول في هذا الفرع تعريف الحضانة وتكييفها الفقهي، وذلك بحسب الآتي:

أولاً: تعريف الحضانة: سأتناول تعريف الحضانة لغة، واصطلاحاً، وقانوناً:

1- تعريف الحضانة لغة: الحِضْن: ما دون الإبط إلى الكَتَشْح (

⁽¹⁾، ومنه احتضانك الشيء كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، والحضانة: مصدر الحضنة والحاضن، وهما اللذان يُربيان الصبي⁽²⁾.

وزاد صاحب الصحاح، فذكر قائلاً: حضنا الشيء: جانباه، ونواحي كل شيء أحضانه⁽³⁾.

وحضن الطائر بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحه⁽⁴⁾.

2- تعريف الحضانة اصطلاحاً: للفقهاء تعريفات عديدة للحضانة.

فقد عرّف الحنفية حضانة الأم ولدها بأنها: "ضمّها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه؛ ليكون عندها، فتقوم بحفظه، وإمساكه، وغسل ثيابه"⁽⁵⁾.

وعند المالكية: "حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه"⁽⁶⁾.

وعرّف الشافعية الحضانة بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه؛ لعدم تمييزه"⁽⁷⁾.

¹ الكَتَشْح: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف، الخليل، أبو عبد الرحمن ابن أحمد بن عمرو بن تميم البصري الفراهيدي، العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال، بدون طبعة وبدون تاريخ، 57/3.

² المرجع السابق، الصفحة نفسها.

³ إسماعيل، أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م، مادة حضن، 210/5.

⁴ زين الدين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، الطبعة: الخامسة، 1420هـ، مادة حضن، 75/1.

⁵ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ، 40/4.

⁶ محمد، ابن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية = شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ، ص: 230.

⁷ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ، 191/5، وعرّفها الشافعية أيضاً: بأنها تنقية بدن الصبي عن الدرن والنجاسات، وغسل الخرق، وثياب البدن، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الذيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428هـ-2007م، 77/8، 78.

وعند الحنابلة الحضانة هي: "حفظ صغير، ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه" (8).

3- تعريف الحضانة قانوناً: عرّفت مدونة الأسرة المغربية رقم 2354 لسنة 1957م في مادتها (97) الحضانة بأنها: (حفظ الولد ممّا يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته وتعليمه)، وجاء في المادة (143) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (28) لسنة 2005م عن الحضانة أنها: (حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حقّ الولي على الولاية على النفس).

والملاحظ في التعريفات المذكورة للحضانة في اللغة والاصطلاح والقانون تقاربها، بالإضافة إلى أنها تشمل الطفل، وكل من لا يستقلّ بأمور نفسه؛ كالمعتوه والمجنون.

التعريف المختار: تعريف الحنابلة؛ لشموله الصغير وكل من لا يستقلّ بأمور نفسه، فضلاً عن أنّه لم يقصر الحضانة على عمل معين؛ إذ شمل تعبير (وتربيته بعمل مصالحه) جميع أعمال الحضانة.

ثانياً: التكيف الفقهي للحضانة: اختلف الفقهاء هل تعتبر الحضانة حقاً للحاضن أم حقاً عليه؟

فبينما ذهب جمهور المالكية (9)، والشافعية (10)، والرواية الأرجح لدى الحنابلة (11) أنها حقّ له، بينما ذهب بعض المالكية إلى أنها حقّ عليه (12).

كما ذهب رأي في المالكية (13) إلى أن الحضانة حقّ لكل من الحاضن والمحضون.

كما ذهب رأي أخير - وهو لبعض المالكية أيضاً (14) - إلى أنّ الحضانة حقّ لله، ويترتب على كونها حقاً لله أنّ الحاضن لا يستطيع إسقاطها.

ولمّا كان معيار وضابط الحق الخالص عند الأصوليين (15) هو استطاعة صاحبه التنازل عنه وإسقاطه، وهو غير موجود في الحضانة، فقد حدا هذا الأمر ببعض العلماء (16) إلى القول: إنّ حقّ الحضانة يعتبر حقاً مشتركاً بين الله والعبد، ويقصد بالأخير كلّ من الحاضن والمحضون.

ويبدو لي أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب. فالحضانة حقّ لله والعبد، أمّا حقّ العبد فيشترك فيه الحاضن والمحضون: فحقّ الحاضن يتمثل في رغبته - خاصة إذا كان الحاضن أمّاً - في تحمّل مسؤولية الصبي الذي تفرضاها الغريزة الأنثوية عموماً، وغريزة الأمومة خصوصاً، وحقّ المحضون، فهو واضح جليّ يتمثل في مصلحته أن يكون ثمّ من ينفعه ويقوم على شؤونه ويرعى مصالحه، وأمّا حقّ الله فيتمثل في حقّ المجتمع ومصلحته في وجود أطفال نشأوا، وتربوا بأسلوب صحيح وواع، ولم يُتركوا للضياع.

8 منصور، ابن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة، بدون تاريخ، ص: 627، وقالوا أيضاً: هي كفالة الأطفال، بمعنى تربيته، وتنشئته، وتنظيفهم، وإصلاح أحوالهم، محمد، ابن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ، 455/4.

9 علي، أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م، 194/4، محمد، أبو القاسم، ابن أحمد بن محمد، الكلبّي الغرناطي، ابن جزّي، القوانين الفقهية، بدون ناشر، 149/1.

10 الحسين، محيي السنة، أبو محمد، ابن مسعود بن محمد بن الفراء، البيهقي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1418 هـ، 390/6.

11 ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع 536/13.

12 عثمان، بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، الناشر: المطبعة التونسية، الطبعة: الأولى، 1339 هـ، 176/2.

13 محمد، ابن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي، الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، الناشر: دار الأفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م، 176/2.

14 الغرناطي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام 176/2.

15 تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، السبكي، الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 1411 هـ - 1991 م، 182/2.

16 يوسف، قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1412 هـ - 1992 م، ص: 407.

الفرع الثاني

المستحقون للحضانة

الأصل أن تثبت الحضانة للأم سواء كانت زوجة أو مطلقة طلاقاً رجعيًا أو بانئنا أو متوفى عنها زوجها؛ وذلك لوفور شفقتها؛ وصبرها على أعباء الرعاية والتربية؛ ولأنها أقدر على بذل ما يحتاج إليه الولد من العاطفة (17).

ودليل ثبوت الحضانة للأم ما روي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباي طأقتي، وأراد أن ينزعه مني، فقال النبي: " أنت أحقّ به ما لم تُنكّجِي " (18)، وما روي أنّ أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال: " ريقها خير له من شهد وعسل عندك، يا عمر " (19).

قاله حين وقعت الفرقة بين عمر رضي الله عنه وامرأته، والصحابه حاضرون متوافرون ولم ينكر أحد عليه ذلك، فحل محل الإجماع (20).

وإذا كان الأصل أن الحضانة للأم، إلا أنّ ذلك لا يمنع أنّ هذا الأصل قد ترد عليه استثناءات، فقد تطرأ ظروف تسقط الحضانة عن الأم (21).

17 الدكتور مصطفى الخنّ، الدكتور مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، الناشر: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م، 192/4.

18 رواه أبو داود في سننه، في كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، حديث رقم 2276، 283/2، والدارقطني في سننه، في كتاب النكاح، باب: المهر، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، حديث رقم 3808، 468/4، وصححه الحاكم في المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 - 1990 م، حديث رقم 2830، 225/2.

19 رواه الزيلعي في نصب الرأية، في باب: حضانة الولد ومن أحق به، وقال عنه: " غريب بهذا اللفظ"، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، 1418 هـ/1997 م، 266/3، ورواه ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، وقال عنه: " لم أجده بهذا اللفظ"، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المنني، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة وتاريخ، حديث رقم 602، 81/2، وورد الأثر بألفاظ أخرى، فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، بلفظ: أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، ثم أتى عليها، وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذها منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: " يا عمر مسحها، وحجرها، وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه"، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، 1409 هـ، حديث رقم 19123، 180/4، ورواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب القضاء، باب: من أحق بالولد بلفظ " كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصمًا، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصمًا يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده، فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، ففاز عنه إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق، فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر الصديق: خل بينها وبينه"، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبوظبي - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م، رقم 2838، 1114/4، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، وزاد: ثم قال أبو بكر: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " لا توله والدة عن ولدها" تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، حديث رقم 15767، 8/8، وهذه الزيادة قال عنها ابن عدي الجرجاني في الكامل في ضعفاء الرجال: " غير محفوظة"، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض - عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ/1997 م، 163/8، وقال ابن الملقن في البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: " حديث مرسل"، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر ابن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، الطبعة: الأولى، 1425 هـ/2004 م، 518/6.

20 محمود، أبو محمد ابن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتالي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م، 645/5.

21 مسقطات الحضانة عند جمهور الفقهاء هي الجنون، والفسق، والعجز عنها لمرض، واختلف الفقهاء في اختلاف الدين، فبينما ذهب الحنفية، والمالكية، ومعهم الظاهرية بجواز الحضانة لغير المسلمة، ذهب الشافعية، والحنابلة أن عدم الإسلام يسقط الحضانة؛ لأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه، وكذلك اختلف الفقهاء في تزوج الأم بأجنبي عن الطفل، فبينما ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والرواية الأرجح لدى الحنابلة، أنها تسقط عنها الحضانة في هذه الحالة سواء كان المحضون ذكرًا أو أنثى، رأى بعض الحنابلة أنها لا تسقط إذا كان المحضون أنثى، بينما تسقط إذا كان ذكرًا، ورأى بعض الظاهرية أنها لا تسقط سواء كان المحضون ذكرًا أو أنثى.

الكاساني، بدائع الصنائع 42/4، محمد، ابن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1414 هـ، 210/5، محمد، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، 528/2، 529، الشربيني، مغني المحتاج 195/5، 196، يحيى، أبو = الحسين ابن أبي الخير بن سالم، العمراني اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ 276/11، موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388 هـ، 238/8، وعلي، أبو محمد ابن أحمد بن سعيد، ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، 143/10.

السنة السابعة - العدد الرابع عشر - يوليو 2021

مجلة العلوم القانونية

ولم يختلف الفقهاء (22) في أنّ النساء أنسب وأقدر على الحضانة من الرجال، كما لم يختلفوا (23) أنّها تثبت بعد الأم لأمهاتها، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فيمن تثبت له.

فعند الحنفية (24) تثبت بعد أمهات الأم، لأم الأب وأمها، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، فالأخت لأب، فالخالدة (25) ثم بنت الأخت، فبنت الأخ، فالعمة، وأمّا الذكور فالحضانة تثبت لهم على ترتيب الإرث.

وعند المالكية (26) تكون الحضانة بعد أم الأم للخالدة، ثم أم الأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للأفضل من العصباء.

وعند الشافعية (27) لأم أبي المحضون، فأمهاتها، فالأخوات، فالخالات، فبنت الأخت، فبنت الأخ، وتثبت للذكور على ترتيب الإرث (28).

وعند الحنابلة تثبت بعد أم الأم للأب، فأمهاته، فخالدة المحضون، ثم أخته من الأبوين، ثم من الأب، ثم من الأم، ثم الأخ فأبناؤه، ثم الخالات، فالعمّات، ومن الذكور على ترتيب الإرث (29).

كما اختلف الفقهاء إذا كان المحضون أنثى، فهل يكون ثمّ حق في الحضانة للذكر غير المحرم كابن العم أم لا؟

فبينما ذهب الحنفية (30)، والمالكية (31)، والحنابلة (32) إلى أنه ليس له الحق في الحضانة، ذهب الشافعية (33) إلى أنّ له الحق في الحضانة ولكن لا تسلّم له المشتهاة، بل لامرأة ثقة يختارها (34).

هذا، وبعد أن تناولنا مفهوم الحضانة، وتكييفها الفقهي، والمستحقين لها، ننتقل إلى الحديث عن مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول

مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة في الفقه الإسلامي

22 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 41/4، الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج 192/5، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 527/2، ابن قدامة، المغني 243/8.

23 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 41/4، الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج 192/5، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 527/2، ابن قدامة، المغني 243/8.

24 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 41/4.

25 وفي رواية لأبي حنيفة أن الخالدة أولى من الأخت لأب، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 41/4.

26 ابن جزري، القوانين الفقهية 149/1.

27 الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج 192/5.

28 للشافعية رأى أنّ الحضانة في الذكور لا تكون إلا للأب، والجد، والأول أرجح، البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي 396/6.

29 موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994م، 245/3.

30 السرخسي، المبسوط 212/5.

31 بهرام، ابن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الذمياطِي المالكي، الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، 1429 هـ، 507/1.

32 ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد 245/3، منصور، ابن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة، بدون تاريخ، 497/5.

33 البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي 397/6.

34 هناك رأى للشافعية أنها لا تثبت لمن فقد المحرمية، عبد الكريم، ابن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الراقعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997م، 105/10.

اتفق الفقهاء على أنه يجوز استئجار حاضنة للصبى، إذا أبت الأم حضانتها أو لم يكن ثم من يحضنه⁽³⁵⁾، وتستحق هذه الحاضنة المستأجرة أجرتها حسبما اتفق عليه.

وقد اختلف الفقهاء هل تكون الحضانة عقدًا مستقلًا أم هي تابعة للرضاع؟ بمعنى إذا استؤجرت الظئر لإرضاع الصبى، هل تكون خدمته وحضانتها داخلة تبعًا في الرضاع أم لا؟ فمنهم من قال⁽³⁶⁾ إن الحضانة تابعة للرضاع، وعليه، فإذا اتفق مع الظئر على الإرضاع فيدخل في ذلك حضانتها وهي ملتزمة بالقيام بشؤونها، لأنّ العرف جار بأنّ المرضعة تحضن الصبى، بينما ذهب البعض⁽³⁷⁾ أنّ العكس هو الصحيح وأنّ اللبن هو التابع للحضانة، وعليه فإذا اتفق على الحضانة، يدخل اللبن تبعًا، وذهب رأي آخر⁽³⁸⁾ أنّه إذا كان العقد على الحضانة، فهو ذاك فقط، إلا أن يتفق صراحة على الرضاع، أو جرى العرف على ذلك.

ويبدو لي أن العرف هو الضابط في ذلك، فإذا كان العرف في بلد أو مكان ما أن يدخل اللبن (الرضاع) ضمن العقد على الحضانة وتابعًا له، فهو كذلك، وإلا فلا يدخل إلا إذا اتفق على ذلك صراحة، وذلك هو الرأي الأقرب للعدل والأضمن لعدم التشاحن بين المتعاقدين.

هذا كله إذا كانت الحاضنة أجنبية، ولكن محل التساؤل هو: هل يجوز حصول الحاضنة - الأم أو غيرها - من مستحقي الحضانة أجره مقابل حضانتها للمحضون؟

لقد اختلفت مذاهب الفقهاء في هذا الأمر، ولعرض هذه المسألة سوف أقوم بتقسيم المبحث لمطالبي: أتناول في أولهما: آراء الفقهاء في مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، وأتناول في ثانيهما: مسائل متعلقة بأجرة الحضانة.

35 علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، 239/3، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكيل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م، 528/7، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، طبعة: 1404هـ/1984م، 261/5، ابن قدامة، المغني 369/5، الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الطبعة: من 1404 - 1427 هـ، 293/1.

36 موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي - الدكتور عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1415هـ، 13/6.

37 ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع 14/6، علي، خواجه أمين أفندي، حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م، 232/4، محمد، أبو الوليد، ابن أحمد، ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م، 318/7، علاء الدين، أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1415 هـ، 330/14.

38 الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 14/4، البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع 498/5، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع 14/6.

المطلب الأول

آراء الفقهاء في مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة

اختلف الفقهاء في مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، فذهب جمهورهم إلى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، في حين ذهب البعض إلى عدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة؛ ولإلزام بكل ذلك فقد تمّ تقسيم هذا المطلب لفرعين، الفرع الأول: الرأي القائل باستحقاق الحاضن أجره الحضانة، والفرع الثاني: الرأي القائل بعدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة.

الفرع الأول

الرأي القائل باستحقاق الحاضن أجره الحضانة

ذهب الحنفية⁽³⁹⁾ إلى أنّ أمّ الصبي إذا كانت في عصمة زوجها لا يجوز لها أن تطلب أجره عن الحضانة، ويتساوى مع ذلك كونها معتدة من طلاق رجعي؛ لأنّ آثار الزواج لازالت باقية. وذهب الشافعية⁽⁴⁰⁾، والحنابلة⁽⁴¹⁾ إلى أنّه يجوز لها أخذ الأجره عن الحضانة، وهي في عصمة زوجها.

واستدل القائلون⁽⁴²⁾ بعدم حقّها في أجره الحضانة، وهي في حبال الزوج أو معتدة من طلاق رجعي، أنّ ذلك مستحق عليها ديانة لا ديناً، فلا يجوز أخذ الأجره عليه، وكذلك لأنّها محبوسة لحق زوجها، وتأخذ نفقة الاحتباس، والاستمتاع بها، فلا يجوز أن يلزم الزوج بدفع عوض آخر لذلك.

أما من ذهب إلى حقّ الزوجة والمعتدة في أخذ أجره عن الحضانة⁽⁴³⁾، فقد استدلو بأنّ الحضانة عقد يصحّ أن تعقده الزوجة مع غير الزوج، فجاز أن تعقده معه، وأخذها أجره الحبس والاستمتاع (النفقة) لا علاقة له بأجره الحضانة، ولأنّ منافعتها في الحضانة غير مستحقة للزوج، بدليل أنّه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها⁽⁴⁴⁾.

أما إذا انتهت عدة أم المحضون، فأصبحت كالأجنبية عن الزوج، فقد ذهب الحنفية⁽⁴⁵⁾، والشافعية⁽⁴⁶⁾، وجمهور الحنابلة⁽⁴⁷⁾ إلى أنّها تستحق الأجره عن الحضانة، ولو لم ترضع، أي أن أجره الحضانة ثابتة ومستقلة عن أجره الرضاع.

أدلة القائلين باستحقاق الحاضن أجره الحضانة:

39 داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ص: 481، حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام 411/1.

40 ذكر الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 225/7.

41 ابن قدامة، المغني 370/5، البهوتي، كشف القناع 562/3.

42 حسن بن عمار بن علي المصري الحنفي الشرنبلالي، حاشية الشرنبلالي، مطبوعة مع كتاب: درر الحكام شرح غرر الأحكام، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، 411/1.

43 ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع 34/6، القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء 431/5.

44 أما المعتدة من طلاق بائن، فهي أيضاً لا تستحق أجره عن الحضانة عند جمهور الحنفية، وذلك لأنّ بعض أحكام النكاح لازالت قائمة، وعليه فهي ملحقة بالمطلقة رجعيًا في عدم استحقاقها الأجره، وذهب رأي آخر وهو الأشهر لديهم أنّها تستحق الأجره، لأنّ آثار النكاح قد انتهت، فألحقت المعتدة البائن بمن انتهت عدتها، فاستحققت أجره عن الحضانة، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز، ابن عابدين، منحة الخالق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، 220/4، محمد أمين ابن عمر بن عبدالعزيز، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، 1412 هـ 561/3.

45 ومن ذلك ما قاله الحصكفي: " تستحق الحاضنة أجره الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه، وهي غير أجره إرضاعه ونفقته"، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين، الحصكفي، الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية 1423 هـ 3 / 560-561، وينظر: زين الدين، ابن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ، 180/4.

46 الشرنبلالي، حاشية الشرنبلالي، مطبوعة مع كتاب: درر الحكام شرح غرر الأحكام 411/1.

47 المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 416/9.

استدل القائلون بحق الحاضن في أجره الحضانة بما يلي:

1- بأن الحضانة حق للحاضن (48)، وذلك لما روي عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال النبي: " أنت أحق به ما لم تنكحي"، فقد قالوا إن قوله صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي" (49) فهذا عندهم دليل على أن الحضانة حق للأم، وطالما الحق لها، فهي تستحق الأجرة عنه، وكذا من باب أولى غير الأم.

2- بأن كل عقد يصح أن تعقده الزوجة مع غير الزوج يصح أن تعقده مع الزوج؛ كالبيع(50).

3- بأن منافع الزوجة من الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج، بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها(51).

4- بأنه يجوز لها أن تأخذ على الحضانة العوض من غيره، فجاز لها أخذه منه (52).

5 - بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: 6] حيث ذهبوا إن هذا النص دليل على أجره الحضانة (53)؛ لأن الأصل أنه لا يجوز أخذ الأجرة على الرضاع، لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة، فلا يجوز أخذ الأجرة على العين، بل على المنفعة، كما أنه لا يجوز استئجار البئر ليشرب ماؤه، أو الأرض ليأكل ثمرها؛ لذا فيحمل النص على المنفعة المترتبة على خدمة المحضون، لأن الحضانة تابعة للرضاع، فما قابل الحضانة كان أجره، وما قابل اللبن كان ثمنًا، وجاء النص بالأجرة؛ تغليبًا للأكثر منهما، لأنه كان من عادات العرب إذا جمعت بين شيئين أن تغلب الأكثر.

الفرع الثاني

الرأي القائل بعدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة

ذهب المالكية (54) إلى أن الحاضن لا يستحق أجره عن الحضانة سواء كانت الأم أم غيرها، جاء في التاج والإكيل: "لا يكلف الأب مع النفقة على الولد النفقة على الجدة والأم ولا أجر حضانتها وإنما عليه نفقة الولد خاصة"(55)، وجاء في مواهب الجليل: "ولا شيء لحاضن لأجلها"(56)، وذهبوا(57) إلى أنه إذا كان الحاضن فقيرًا، وكان للمحضون مال، فإن الحاضن يستحق الإنفاق عليه من مال المحضون، وذلك للفقير لا للحضانة.

48 المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 478/24.

49 سبق تخريج الحديث، ص: 11.

50 ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع 34/6.

51 ابن قدامة، المغني 370/5، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع 34/6.

52 ابن قدامة، المغني 370/5، البهوتي، كشاف القناع 562/3.

53 محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، 232/4، اليمنى، البيان في مذهب الشافعي 478/7.

54 الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 534/2، ابن رشد، المقدمات الممهدة 570/1، محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله، الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، 219/4.

55 المواهب الجليل، التاج والإكيل 605/5.

56 الحطاب الرعيني، مواهب الجليل 221/4.

57 علي، العدوي، أبو الحسن، ابن أحمد بن مكرم الصعدي، العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بدون طبعة، 1414هـ 286/4.

واستدلوا (58) على عدم استحقاق الحاضن أجره عن حضانتها؛ بأنّ الحضانة حق للحاضن، لا حق عليه، ولذا كان عليه أن يؤدي هذا الحق بدون أجره، لأنه لا يستقيم أن يكون من حقه أن يكفله ويؤويه إلى نفسه، ويجب له بذلك عليه حق.

وإلى الرأي نفسه ذهب الظاهرية جاء في المحلى بالآثار: " فإن كانت مطلقة ثلاثاً وأتمت عدتها من الطلاق الرجعي بوضعه: فلها على أبيه الأجره في إرضاعه فقط" (59)، وجاء في موضع آخر: " وإن كانت في غير عصمته - فإن كانت أم ولده فأعتقها، أو منفسخة النكاح بعد صحته بغير طلاق، لكن بما ذكرنا قبل أن النكاح يفسخ به بعد صحته أو موطوءة بعقد فاسد بجهل يلحق فيه الولد بوالده، أو طلقها طلاقاً رجعيًا - وهو رضيع - فلها في كل ذلك على والده النفقة، والكسوة فقط، ولا مزيد" (60).

الترجيح:

ذكرت فيما سبق رأي الفقهاء في أجره الحضانة، وقلت إن هناك من رأي استحقاق الحاضن لها، وهناك من لم ير ذلك، والراجح - والله أعلم - هو الرأي الثاني القائل بعدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة، وذلك سواء أكان الحاضن أمًا أم غيرها، والأم لا تستحق أجره الحضانة سواء كانت زوجة في عصمة زوجها أم معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو انتهت عدتها، وذلك لوجهة ما استدلو به؛ بالإضافة لما يلي:

1- أستدل على عدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة بداية من كلام الفقهاء أنفسهم الذين ذهبوا إلى استحقاقها أجره الحضانة، فقد ذهب جمهورهم إلى أنّ أم المحضون لا تستحق أجره الحضانة إذا كانت في عصمة زوجها، فهذا دليل - في نظري - على عدم استحقاقها هذه الأجره وهي في غير عصمته أيضًا؛ لأنّ الأمر لا يختلف إذا كانت في عصمة أب المحضون أم لا؛ لأنّ الحضانة منفعة للطفل، ولا علاقة للأب بها.

2- الفقهاء الذين ذهبوا إلى استحقاق الأم أجره الحضانة عللوا ذلك بالقول إنّ منافع الزوجة من الحضانة غير مستحقة للزوج، بدليل أنه لا يستطيع إجبارها عليها، وأقول: إذا كان الأمر كذلك وهي غير مستحقة للزوج، فما الفارق بين أن تكون في عصمته أم لا؟ وعليه، يكون الأمر واحدًا في الحالين، وتكون منافع الحضانة مستحقة للطفل سواء كانت أمه في عصمة أبيه أم لا، فلا تستحق - بالتالي - أجره عنها في الحالين.

3- صرح بعض الفقهاء في تعليلهم بعدم استحقاق الأم للأجره حال عدم وجود الأب ولا مال للمحضون، بأن ذلك يعتبر واجبًا عليها، وأقول: إذا كان واجبًا عليها، فهل هو واجب عليها أحيانًا وغير واجب في أحيان أخرى؟ وهل يمكن القول باختلاف طبيعة الحضانة طبقًا ليسار الأب أو إعساره؟، فتكون واجبة على الأم فلا تستحق أجره عنها تارة، ولا تكون واجبة عليها، فيحق لها الأجر تارة أخرى؟

4- قد يقول قائل: إذا كان الإجماع على استحقاق أم الطفل لأجره الرضاع، فما الفارق بينها وبين أجره الحضانة، ولما تستحق الأولى دون الثانية؟ فأجيب على ذلك بأنه قد يكون السبب أنّ الشريفة كانت في هذه الأزمان لا ترضع ولدها، فربما أراد الله عزّ وجلّ حثها على الإرضاع، وذلك لمصلحة الولد تحررًا من أن يكون ثمّ ظروف لا توجد فيها مرضعة تستأجر، وذلك خوفًا على الولد. ولقد رسخ ذلك في الجاهلية، وما زال حتى الآن يعمل ذوو الحسب والنسب والثروة على تفرغ الأمهات للمتعة دون الرضاع، دافعين الولد لمرضعة تقوم بذلك (61).

58 ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة 286/4.

59 ابن حزم، المحلى بالآثار 167/10.

60 ابن حزم، المحلى بالآثار 167/10.

61 محمد، أبو عبد الله ابن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق:

أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م، 173/3

ودليل ذلك ما ذهب إليه المالكية (62) أنّ الشريفة لا تجبر على إرضاع ولدها، إلا أن يكون غير قابل غير ثديها، وكذا ما ذهب إليه القرطبي (63) في تفسير قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 233] حيث رأى أنّ الرضاع يجب عليها ولو لم يشترط، وذلك من قبيل العرف؛ ولأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً إلا أن تكون شريفة ذات ترقّه، فعرفها ألا ترضع، فلا يكون عليها ذلك. ويصير كالشرط أيضاً، وقريب منه ما ذهب إليه ابن عاشور (64) في تفسيره للآية نفسها، وتعليله لتصريحها بلفظ ﴿أَوْلَادَهُنَّ﴾ في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: 233] مع أنّه معلوم، فذهب إلى أنّ ذلك لترغيبهن في الرضاع؛ لأنّ في قوله: ﴿أَوْلَادَهُنَّ﴾ تذكيراً لهن بداعي الحنان والشفقة.

5- أدلّ أيضاً على ذلك بأنّ الفقهاء الذين رأوا عدم حق الأم في أجره الحضانه عند وجود متبرعة بها، ذهبوا إلى أنّ ذلك بخلاف الرضاع، وأنّ لها الحق في أجره الرضاع، حتى لو وجدت حاضنة متبرعة؛ لأنّ ذلك أنفع للولد وإن أضر بماله (65).

6- وأدلّ أيضاً بأنّ الإمام مالك وتلامذته كانوا يقيمون في المدينة، وكانوا يشاهدون سلوك قاطنيها؛ فلذلك كانوا يقدمون عمل أهل المدينة على مصادر تشريعية أخرى (66). وبالتالي، هم أدري هل كان الصحابة والتابعون يدفعون أجراً للحاضن أم لا؟ فضلاً عن أن موضوع أجره الحضانه لم يكن مطروحاً من الأساس ولم يأت به إلا الفقهاء الذين تأثروا بفرض أجر الرضاعة بنص قرآني، فأدخلوا أجره الحضانه في المسألة بالتبعية.

7- لو أنّ الحاضن يستحق أجراً عن حضانته لُنص على ذلك في القرآن الكريم أو في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، كما حدث مع أجره الرضاع، لاسيما وأنّ المسائل المتعلقة بالأسرة من خطبة وزواج وطلاق وخلافه نظمها الله عز وجل في كتابه العزيز تنظيمًا محكمًا؛ لأهميتها؛ ولكونها تمس كيان الأسرة، وما سكت عنه – وهو قليل – أكملته السنة المطهرة.

8- قد يقول قائل: قد يفهم عدم حصول الأم على أجره الحضانه؛ لكونها منوط بها تربية الابن، وتنشئته تنشئة صالحة، وهذا في حد ذاته مطلب لها، كما أنّها تقوم بالتربية والتنشئة بدافع العاطفة والشفقة، ولكن ما ذنب غير الأم من الحاضنين في عدم الحصول على أجره الحضانه؟ فأردّ على ذلك: بأنّ الحاضنين بعد الأم، إمّا جدة المحضون أو أخته أو خالته أو عمته ... إلخ، ومن الرجال بعد الأب، إمّا جدّ المحضون أو أخوه أو عمّه ... إلخ، وكل هؤلاء من قرابة المحضون، وسيقومون بالحضانه بدافع الشفقة والعطف أيضاً. ومن لم يرد منهم الحضانه، فيمكنه بكل سهولة الاعتذار عن ذلك؛ لتذهب الحضانه للذي يليه، فضلاً عن أنّه في الجانب العملي التطبيقي تكون الحضانه غالباً بعد الأم والأب، إمّا لأم الأم أو لأم الأب، وهاتان تكونان أشد الحرص على أن تكون الحضانه لديهما؛ لأنّ كل منهما غالباً تعيش وحيدة، بلا مؤنس، بعد زواج معظم الأبناء، وخلوّ البيت عليها؛ فلذلك تكون حريصة على حضانه الصغير ليؤنس وحدثها ووحشتها؛ حتى إذا شبّ، وأصبحت هي المحتاجة للمساعدة تلقفها بكل حبّ وحنان.

62 الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، 206/4، محمد، أبو الوليد ابن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، 1425 هـ، 79/3.

63 تفسير القرطبي 161/3.

64 محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر التونسي، ابن عاشور، التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، الناشر: الدار التونسية للنشر – تونس، 1984 م، 430/2.

65 ابن عابدين، منحة الخالق 221/4.

66 محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخيتور للأعمال الخيري، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م، 135/9.

هذا ويمكنني الردّ على حجج القائلين بحق الأم في أجره الحضانة بما يلي:

1- أما من استدل بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي " بأن فيه دليلاً على حق الحضانة، وطالما هو حقّ، فيجوز أخذ الأجرة عليه، فأقول: إنّ الحديث دليل على كونه حقاً للحاضن، ولكنه ليس دليلاً على كونه ليس فيه حق للمحضون، والدليل على ذلك اختلاف الفقهاء - رغم صراحة النص- هل تعتبر الحضانة حقاً للحاضن أم المحضون أم لهما معاً؟ وهو الأمر الذي سبقت الإشارة إليه، فلما استدل به أصحاب هذا الرأي على كونه أمراً مسلماً به؟

2- أما ما قيل من أنّ كل عقد يصح للزوجة أن تعقده مع غير الزوج يجوز لها أن تعقده مع أب المحضون، فأرى أنّه ليس بدليل؛ لأنّ الزوجة إذا عقدت هذا العقد مع الغير، فلا يربطها به شيء، ولا بالمحضون، أمّا إذا عقدته مع أب المحضون فيربط بينهما الولد الذي هو ابنها، فكيف يتساوى الأمر في الحالين إذا؟ والثابت أنّ العلاقة الزوجية وما يترتب عليها من آثار لها اعتبار في تغيير بعض الأحكام؛ وليس معنى ذلك عدم صحة هذا العقد حال انعقاده؛ ولكنه غير واجب على أب المحضون؛ لما سبق من تعليل.

3- أما ما قيل من أنها يجوز لها أخذ العوض من غيره، وبالتالي يجوز لها أخذ العوض منه، فإنّه يرد عليه بنفس الردّ السابق، حيث إنّّه لا يعدّ دليلاً مستقلاً عن سابقه.

4- أما ما قيل من أنّ الحضانة كأحد منافع الزوجة غير مستحقة للزوج، بدليل أنّه لا يملك إجبارها عليها، فبالتالي تستحق الأجرة عليها، فأردّ على ذلك بأنّ الحاضن حين استحق الحضانة؛ لم يعد له حقا على المحضون.

5- أما ما قيل من أنّ الأجرة ثابتة بالنص في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ [الطلاق: 6]؛ لأنّ الأجرة تكون على المنافع، والمنفعة المقصودة هنا هي منفعة الحضانة، وذكر الرضاع؛ لأنّه تابع له، فأردّ على ذلك بأنّ تبعية الرضاع للحضانة مختلف فيها؛ والراجح عدم التبعية، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك⁽⁶⁷⁾.

المطلب الثاني

مسائل متعلقة بأجرة الحضانة

عرضت في المطلب الأول من هذا المبحث الآراء التي قيلت في مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، وذكرت أنّ الحنفية، والشافعية، وبعض المالكية، وجمهور الحنابلة يرون استحقاق الحاضن أجره الحضانة حال انتهاء العلاقة الزوجية. ويثور في هذا المقام سؤالان: هل يتغير الموقف- عند أصحاب هذا الرأي- إذا كان هناك من يتبرع بأجرة الحضانة، أم يظلّ الحق للحاضن في الأجرة حتى إذا كان ثمّ من يتبرع بها؟ وهل يظلّ له الحق فيها حتى إذا طلب أكثر من أجره المثل، وهناك من يرتضي أجره المثل؟

ويجب قبل الإجابة على هذين السؤالين أن نعرض أولاً لمسألة مهمة وهي من تجب عليه أجره الحضانة عندهم، ونتناول هذه المسائل الثلاث على النحو التالي:

أولاً: من تجب عليه أجره الحضانة عند مَنْ يرى استحقاق الحاضن لها:

ذهب رأي في الحنفية (68)، ورأي في المالكية (69) ممن ذهبوا إلى أنّ الحاضن يستحق أجره الحضانة على أنّها لا تجب إلا على الأب، بمعنى أنّه إذا لم يكن للمحضون أب، فلا تجب على من عليه نفقته. وذهب أصحاب هذا الرأي من الحنفية إلى أنّ الأمّ لا تستحق الأجر في هذه الحالة، بل ولا تجب في مال المحضون إذا كان له مال؛ وذلك لوجوب التربية عليها، ولكن كلّ ما يحق لها في هذه الحالة هو أن تمتنع عن الحضانة، فيستأجر له حاضنة ويدفع لها من ماله.

وذهب رأي آخر في الحنفية أنّها تجب في مال الصغير ولو كان الأب موجوداً على اعتبار أنّها تابعة للرضاع، وأجره الرضاع تكون في مال الصبي، أما إذا لم يكن للمحضون أباً ولا مآلاً، فتجبر الأمّ في هذه الحالة على الحضانة بلا أجر، لئلا يضيع الولد.

وذهب رأي في الحنفية (70)، ورأي في المالكية (71)، والشافعية (72) أنّها تجب في مال المحضون إذا كان له مال، أما إذا لم يكن له مال، فإنه يكلف بها الأب، وإلا فالملزّم بنفقة الولد من أقاربه.

وذهب الحنابلة (73) إلى أنّها تجب في مال الأب؛ قياساً على أجره الرضاع، لأنّه الملزم بالنفقة على الصبي.

ثانياً: مدى استحقاق الحاضن الأقرب للأجرة عند وجود الحاضن الأبعد متبرعاً:

1- بالنسبة للأمّ: إذا طلبت الأمّ أجره المثل، وهناك من يتبرع بالأجرة، فذهب الحنفية (74) إلى التفرقة بين ما إذا كانت المتبرعة ممن يحق لهن الحضانة، أم أجنبية. فإن كانت من مستحقي الحضانة، فالأمّ تُخَيَّر بين أن تمسكه بلا أجر، أو تدعه لمستحق الحضانة بعدها، فإن رضيت، وإلا فلا حقّ لها في الأجر، ولا في الحضانة (75).

أما إذا كانت المتبرعة بالحضانة أجنبية، فنفرق بين ما إذا كان الأب موسراً أم معسراً، فإن كان موسراً، فالأمّ أولى من الأجنبية على الأرجح من مذهب الحنفية، ولها الأجر من مال الأب. أما إذا كان معسراً لا يستطيع دفع أجره الحضانة لها، فتكون الحضانة للأجنبية ولو كان للمحضون مال، وذلك حتى لا يضارّ الولد في ماله، وقيل بل يدفع من مال الصغير لمصلحته في حضانة الأمّ له، ولكن تعطى الأمّ أجره المثل (76).

68 ابن عابدين، منحة الخالق، 181/4.

69 الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها 194/4.

70 ابن عابدين، منحة الخالق 181/4.

71 الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها 149/4.

72 الشرنبلالي، حاشية الشرنبلالي، مطبوعة مع كتاب: درر الحكام شرح غرر الأحكام 412/1.

73 البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع 496/5.

74 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 222/4، داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي،

الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ص: 498.

75 بعكس الرضاع، فهي أولى عندهم ولو وجدت متبرعة به غير أجنبية، ابن نجيم المصري، البحر الرائق 221/4.

76 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق 222/4، داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ص: 498 ابن عابدين، رد

المحتار على الدر المختار الدر المختار وحاشية ابن عابدين 562/3.

وذهب الرأي الأرجح لدى الشافعية⁽⁷⁷⁾ أنّها لا تستحق الأجرة إذا وجدت حاضنة متبرعة، وتسقط عنها الحضانة للذي يليها إذا أصرت على الأجرة، بل ذهب رأي في الشافعية⁽⁷⁸⁾ أنّ الأب إذا قدر هو على القيام بشؤون الطفل وأمور الحضانة، فلا تستحق الأجرة، وإن أصرت فلا يحق لها الحضانة.

وذهب الحنابلة⁽⁷⁹⁾ إلى أنّ الأمّ أولى في هذه الحالة؛ لأنّها الأكثر شفقة عليه.

2- بالنسبة للحاضن غير الأمّ: لم أجد تصريحاً لدى الفقهاء حال إذا وجد حاضن غير الأمّ متمسكاً بأجرة المثل، مع وجود الأبعد متبرعاً، كأنّ تتمسك أمّ الأمّ (الحاضن الأقرب) بأجرة المثل مع وجود أمّ الأب (الحاضن الأبعد) متبرعة بالحضانة.

ولا مجال للشك أنّ الأمر واضح لدى من قالوا بعدم حق الأمّ في الأجرة مع وجود المتبرعة، لأنّهم إن رفضوا ذلك بالنسبة للأمّ- وهي الأكثر شفقة على ولدها- فالقول بعدم جوازها بالنسبة لغيرها أولى.

أما بالنسبة لمن ذهبوا إلى حقّ الأمّ في الحصول على أجرة المثل مع وجود المتبرعة، فقد علّوه بكونها أكثر شفقة ورحمة بالولد، ولاحتياجه لها أكثر من غيرها، كما سبق القول. وعليه، ولما كان الأمر كذلك، فلم يعد ثمّ مبرراً - في نظري- للقول بحقّ غير الأمّ في الحصول على أجرة المثل في وجود الحاضن المتبرع، ولو كان المطالب بالأجرة أقرب من المتبرع. وبذا، يمكن القول إنّ الفقهاء الذين يرون استحقاق الحاضن أجرة الحضانة، أجمعوا على عدم استحقاق الحاضن الأقرب أجرة المثل مع وجود الأبعد المتبرع، إلا إذا كان الأقرب هو الأمّ.

ثالثاً: إذا طلب الحاضن الأقرب زيادة على أجرة المثل:

1- بالنسبة للأمّ:

إذا طلبت الأمّ زيادة عن أجرة الحاضنة، فقد ذهب الحنفية⁽⁸⁰⁾ إلى أن الأب لا يجبر على هذه الزيادة، وهو مقصود قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ [البقرة: 233] (81) أي لا يجبر على إعطائها أكثر مما تطلبه غيرها من الحاضنات كالعمة والخالة⁽⁸²⁾، بل ولا تؤخذ من مال المحضون إن كان له مال.

وذهب الشافعية⁽⁸³⁾ إلى أنّ حضانة الأمّ تسقط ولا تستحق الأجرة، حال إذا تمسكت بأكثر من أجرة المثل، وهناك من يرضى بأجرة المثل.

أما الحنابلة فرغم أنّهم رأوا حق الأمّ في الحصول على أجرة الحضانة مع وجود متبرعة، كما سبق القول، إلا أنّهم قيّدوا ذلك بأجر المثل⁽⁸⁴⁾، مما يفهم منه أنه لا يجوز لها التمسك بالزيادة على أجرة المثل، وإن طلبتها لا تجاب لها. وعليه، فيكون الاتفاق بين الفقهاء على عدم حق الأمّ في الحصول على زيادة عن أجرة المثل.

77 الشرواني، الإمام عبد الحميد الشرواني، حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني، مطبوعة مع كتاب: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، بدون طبعة، عام النشر: 1357 هـ - 1983 م، 359/8، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، السلمي، الغاية في اختصار النهاية، تحقيق: إياد خالد الطباع، الناشر: دار النوادر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1437 هـ - 2016 م، 246/6.

78 السلمي، الغاية في اختصار النهاية 246/6.

79 البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع 496/5.

80 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين 562/3.

81 العيني، البناية شرح الهداية 697/5.

82 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق 222/4.

83 الشرواني، حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني، مطبوعة مع كتاب: تحفة المحتاج في شرح المنهاج 359/8.

84 البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع 496/5.

2- بالنسبة للحاضن غير الأم:

إذا كان هذا هو الشأن بخصوص الأم، فهو من باب أولى حال وجود الحاضن الأقرب متمسكاً بزيادة عن أجرة المثل في وجود الحاضن الأبعد.

المبحث الثاني

مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية

باستعراض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية تبين أنّ كل القوانين قد أخذت باستحقاق الحاضن أجره الحضانة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

1- مملكة البحرين:

جاء في الفقرة ب من المادة 93 من القانون البحريني رقم 19 لسنة 2009 م: "تستحق الحاضنة التي لها مسكن أو التي اختارت الأجرة بدلاً عن سكنها مع المحضون، أجره تقدر بالاتفاق أو الاجتهاد القضائي مع مراعاة المادتين (45) و(63)".

2- دولة الكويت:

جاء في الفقرة ب من المادة 199 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 م ما نصه: "تجب للحاضنة أجره حضانة حتى يبلغ الصغير سبع سنين، والصغيرة تسعاً".

3- جمهورية السودان:

جاء في المادة 123 من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة 1991 م: "الحضانة عمل تستحق به الحاضنة أجرًا حسب حال العاصب يسارًا وإعسارًا".

4- الجمهورية التونسية:

جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالأمر المؤرخ في 13 أغسطس 1956 م في الفصل 65: "لا تأخذ الحاضنة أجره إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف".

هذا، ونلاحظ أنّ هذه القوانين قد أقرت حقّ الحاضنة صراحة في أجره الحضانة، وإن كان بعضها ذكر لفظ الأمّ، لكن هذا يعني بدهاء استحقاق غيرها للأجرة من باب أولى.

5- جمهورية مصر العربية:

لم تصرح بعض القوانين باستحقاق الحاضن أجره الحضانة، ولكن يبدو من النصّ أنها مستحقة لها، وذلك مثل ما جاء في المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 م المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 م المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 م: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغير اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك"، فيفهم من النصّ أنّ للحاضنة الأجرة طيلة سنّ الحضانة، وهو كما يقرّر النصّ المصري 12 عاما.

6- ليبيا:

كذلك لم ينصّ القانون الليبي صراحة على استحقاق الأمّ أجره الحضانة، ولكن جاءت الإشارة إلى ذلك ضمناً؛ حيث جاء في المادة 69 من القانون الليبي رقم (10) لسنة 1984 م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج

والطلاق وأثارهم أنه: "لا تستحق الأم أجراً على حضانة ولدها ما دامت في عصمة أبية فإذا انفصلت منه أو كانت الحاضنة غير الأم استحققت أجره حضانة...".

ونلاحظ أنّ هذه القوانين كلها قد اتفقت في عدم استحقاق الزوجة ولا المعتدة من طلاق رجعي أجره الحضانة. وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء كما سبق القول، ولكنهم اختلفوا في فترة الطلاق البائن، فبعض هذه القوانين قد أقرت استحقاقها أجره الحضانة في فترة الطلاق البائن؛ عملاً بما ذهب إليه بعض الحنفية وبعض الحنابلة، وبعضها أقرت بعدم استحقاقها للأجرة في هذه الفترة، وهو مذهب الجمهور، ومثال ذلك ما يلي:

- ما جاء في المادة 125 من القانون السوداني من أنه: "لا يستحق الحاضن أجرًا في أي من الحالات الآتية: (أ) كون المحضون أمًا معتدة من طلاق رجعي أو بائن من أب المحضون...".

- ما جاء في الفقرة 3 من مادة 148 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (28) لسنة 2005م من أنه: "لا تستحق الحاضنة أجره حضانة إذا كانت زوجة لأب المحضون أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه".

- ما جاء في المادة 160 من قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر في 1976م من أنه: "لا تستحق الأم أجره للحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي".

- ما جاء في الفقرة 3 من المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لعام 1959م من أنه: "... ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي".

والملاحظ هنا أيضًا أنّ القانون السوداني قد منع الأم الأجرة في فترة الطلاق البائن، وكذلك القانون الإماراتي الذي وإن لم يصرح بذلك، لكنه صرّح بالقول بعدم أحقية الحاضن لأجرة الحضانة حال أن تكون معتدة تستحق في عدتها نفقة منه، وبالنظر في المادة رقم 69 نجد نصّها كالتالي: "تجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق رجعي، والمعتدة من طلاق بائن وهي حامل، ..". وعليه، نستخلص أنه لا يحقّ للمعتدة البائن أجره الحضانة إلا إذا كانت حاملاً؛ طبقاً لنص المادة (69)، وبالتالي فلا تستحق أجره حضانة؛ طبقاً لنص المادة (28). أما القانون العراقي فقد اقتصر على هذا المنع في فترة الطلاق الرجعي فحسب، ممّا يعني - بمفهوم المخالفة- أنّ لها هذا الحق في حال الطلاق البائن⁽⁸⁵⁾، وحذا حذوه القانون الأردني.

- أما بخصوص تقدير أجره الحضانة، فقد اختلفت مواقف القوانين في ذلك، فبعض القوانين قد تركت ذلك لتقدير القاضي عند الاختلاف، كالقانون العراقي، حيث جاء بالمادة 57 فقرة 3 ما نصه: "إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة قدرتها المحكمة"، وكذلك قانون الأحوال الشخصية البحريني رقم 19 لعام 2009م والذي جاء في مادته 93، فقرة ب: "تستحق الحاضنة التي لها مسكن أو التي اختارت الأجرة بدلاً عن سكنها مع المحضون أجره تقدر بالاتفاق أو الاجتهاد القضائي...".

وقد صرحت بعض القوانين أنّ الأجرة تكون بحسب حال من عليه النفقة طبقاً ليساره أو إعساره، وذلك كالقانون السوداني في مادته 124: "الحضانة عمل يستحق به الحاضن أجرًا حسب حال العاصب يسارا وإعسارا".

85 فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعة جامعة السليمانية، العراق، 2004م، ص: 218.

كما وضع القانون الأردني معيارين لذلك، هما قدرة المنفق وأجرة المثل، وذلك كما جاء بالمادة 159 من هذا القانون: "... وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق".

- أما بخصوص المسؤول عن دفع أجره الحضانية للحاضن، فقد اتخذت القوانين ثلاثة مواقف، فمنها من صرّح بتعيين من تجب عليه الأجرة، وذلك كالقانون الأردني، والليبي، حيث جاء في الأول في المادة 159 منه: "أجرة الحضانية على المكلف بنفقة الصغير"، وجاء في الثاني في المادة 69: "... تكون في مال المحضون إن كان له مال وإلا وجبت على أبيه الموسر". ومن هذه القوانين من لم يصرح بالمسؤول عن أجرة الحضانية، بل يفهم ذلك من خلال النصوص التي جاء بها، وذلك كالقانون السوداني، حيث جاء نصّ المادة 123 سابقة الذكر: "الحضانية عمل تستحق به الحاضنة أجرة حسب حال العاصب يسارًا وإعسارًا"، فيفهم من ذلك أنها تجب في مال من تجب عليه نفقة المحضون، وكذلك من هذه القوانين-أخيرًا- من أغفل ذلك، كالقانون البحريني.

تعقيب:

هذا، وأرى أنّ هذه القوانين قد أخفقت فيما ذهبت إليه من تقرير أجره الحضانية للحاضن سواء كانت غير الأم، أو الأم حال انتهاء العلاقة الزوجية؛ وذلك لما سبق أن سقت من مبررات، وما رددت به على حجج القائلين باستحقاقها، بالإضافة إلى ما في ذلك من زيادة العبء على المطلق بلا مبرر، وكأنه وسيلة للانتقام من الزوج لطلاقه زوجته. فما أن تنفك عرى الزوجية إلا ونجد المطلقة وذويها يتكالبون على الزوج ويتقلون كاهله بكل ما يستطيعون النيل منه، متناسين قوله تعالى بعد آية الطلاق في سورة البقرة: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 237]. ومن ضمن ما تطالب به المرأة أجره الحضانية، على الرغم من أنّ النفس السوية يثقل عليها تقبل أن تأخذ الحاضن أجره على رعايتها أبنائها، وإذا سلّمنا بذلك فإنّ الابن حينما يشبّ قد لا يكون لديه انتماء لهذه الأم التي أخذت أجره رعايتها له. وقد يؤثر ذلك في برّه لها؛ وقد قال تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّي أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء: 24]، فضلا عن أنّ مطالبة الأم بأجره الحضانية سيؤجج مشاعر الغضب لدى الأب، وإن كان ينوي إرجاعها فلن يفعل، ولا سيما إن كان له أكثر من ولد، فعليه دفع أجره حضانية لكل واحد منهم، ولا سيما أيضًا إن كان له أولاد من زوجة أخرى، أو كان محدود الدخل، ويكفي تحمله نفقة المحضون وأجره مسكنه؛ إذ أنّ النفقة تشمل المأكل والمسكن والملبس ونحوه ولا يدخل فيها أجره الحضانية(86).

وأخيرًا، فمن المستغرب وجود هذا الإجماع التشريعي في الدول العربية على استحقاق الحاضن أجره الحضانية، حتى تلك الدول التي تأخذ بالمذهب المالكي (أو تقدمه على غيره) مثل الإمارات العربية المتحدة(87)، على الرغم من وجود رأي فقهي معتبر للمالكية، وغيرهم بعدم استحقاق الحاضن أجره عن الحضانية.

خاتمة البحث

تناولت في هذا البحث أجره الحضانية، فقهاً وقانونياً، وتوصلت من خلال هذا البحث إلى نتائج، أهمها:

86 ودليل ذلك أن ابن نجيم المصري قال ما نصه: فعلى هذا تجب على الأب ثلاثة، أجره الرضاع وأجره الحضانية ونفقة الولد، البحر الرائق شرح كنز النقائق 222/4.

ودليله أيضًا ما جاء في بعض قوانين الأحوال الشخصية كالقانون السوداني؛ حيث جاء في المادة 65 منه ما نصه: النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف، وجاء في المادة 124 من القانون ذاته: الحضانية عمل تستحق به الحاضنة أجرًا؛ ولا يخفى أن أفراد مادة لأجره الحضانية قاطع في الدلالة على استقلالها عن النفقة.

87 جاء في الفقرة 3 من المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما نصه: "وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة".

1- الحضانة حق للحاضن؛ وبالتالي لا يجوز إجباره عليها؛ إلا إذا خيف على الولد من الضياع دون حاضن.

2- اختلف الفقهاء حول مدى استحقاق الحاضن أجره الحضانة، فبينما يرى جمهور المالكية، وبعض الحنابلة، وغيرهم عدم استحقاقه أجره الحضانة، يرى جمهور الفقهاء من الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية، وجمهور الحنابلة أنّ الحاضن يستحق الأجره عن حضائته.

3- يرى الباحث عدم استحقاق الحاضن أجره الحضانة في جميع الحالات؛ ترجيحاً لما ذهب إليه جمهور المالكية وبعض الحنابلة وغيرهم.

4- أخذت كل قوانين البلاد العربية بمذهب جمهور الفقهاء باستحقاق الحاضن أجره الحضانة.

5- كل القوانين لم تعط الحق للمتزوجة ولا المعتدة رجعيّاً في أجره الحضانة، بينما اختلفت مواقفها بالنسبة للمعتدة البائن.

أهم التوصيات:

- النظر في قوانين الأحوال الشخصية والعمل على تعديلها بإلغاء النصّ على استحقاق الحاضن أجره عن حضانتها؛ لعدم إلزام مَنْ تجب عليه نفقة المحضون بما لا يلزم.
- أوصي مراكز التوعية الأسرية بتفعيل الدور الذي تقوم به خاصة تجاه الزوجة، لإفهامها أنّه ليس معنى طلاق الزوج لها ولها منه ولد أن تطالبه بأعباء تفوق – في الغالب- قدرته المالية، وأنّ هذا الفعل مكروه شرعاً، خاصة إذا لم يكن ثم أيّ هدف من ورائه إلا انتقامها من زوجها ليس إلا.
- العمل على بناء وتفعيل دور الرعاية في الدولة بشكل أكبر، وذلك لئلا يضيع الولد إذا لم يكن له أم، ولا أب، ولا مال.
- إقامة الندوات والمحاضرات لإفهام الزوجين أن المعروف والفضل والإحسان يجب أن يسود جوّ الحياة الزوجية، سواء أكانت قائمة أم انتهت، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون نية الإيذاء والإضرار واردة فيها، كلّ ذلك في ظلّ قوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 237].

مصادر ومراجع البحث

- 1- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: حمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.
- 2- أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، أبو الفضل، ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة وتاريخ.
- 3- إسماعيل بن حماد الفارابي، أبو نصر الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م.
- 4- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض الدميري، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدِمِيَّاطِيّ المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، 1429 هـ.
- 5- البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة، بدون تاريخ.
- 6- تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 1411 هـ - 1991 م.
- 7- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، قدم للكتاب: محمد يوسف البُتُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، 1418 هـ/1997 م.
- 8- الحافظ أبو أحمد بن عدي الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض-عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية - بيروت-لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ-1997 م.
- 9- حسن بن عمار بن علي المصري الشرنبلالي، الحنفي، حاشية الشرنبلالي، مطبوعة مع كتاب: درر الحكام شرح غرر الأحكام، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 10- الحسين أبو محمد ابن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، محيي السنة، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1418 هـ.
- 11- الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري، أبو عبد الرحمن الفراهيدي، العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 12- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، الطبعة: الخامسة، 1420 هـ.
- 13- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.

- 14- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
- 15- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، مغني المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، طبعة: 1404هـ/1984م.
- 16- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ.
- 17- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان داماد أفندي، المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 18- عبد الكريم، ابن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997م.
- 19- عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، أبو بكر، ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، 1409 هـ.
- 20- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، أبو المعالي الجويني، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428هـ.
- 21- عبد الحميد الشرواني، حاشية الإمام عبد الحميد الشرواني، مطبوعة مع كتاب: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، بدون طبعة، عام النشر: 1357هـ - 1983 م.
- 22- عثمان بن المكي الزبيدي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، الناشر: المطبعة التونسية، الطبعة: الأولى، 1339 هـ.
- 23- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، الغاية في اختصار النهاية، تحقيق: إياد خالد الطباع، الناشر: دار النوادر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1437 هـ - 2016 م.
- 24- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1415 هـ.
- 25- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ.
- 26- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- 27- علي بن أحمد بن مكرم الصعدي، أبو الحسن العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بدون طبعة، 1414هـ.

- 28- علي بن سعيد، أبو الحسن، الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
- 29- علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، أبو الحسن الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.
- 30- علي خواجه أمين أفندي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991 م.
- 31- علي، أبو محمد ابن أحمد بن سعيد، ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 32- عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي، سراج الدين، أبو حفص ابن النحوي، المعروف بابن الملقن، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر ابن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية، الطبعة: الأولى، 1425 هـ-2004 م.
- 33- مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: حمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م.
- 34- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر، ابن عاشور التونسي، التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، الناشر: دار التونسية للنشر - تونس، 1984 م.
- 35- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (الدر المختار وحاشية ابن عابدين)، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، 1412 هـ.
- 36- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، ابن عابدين، منحة الخالق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.
- 37- محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، أبو عبدالله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964 م.
- 38- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، 1414 هـ.
- 39- محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقي فخر الإسلام، المستظهر الشافعي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة، الناشر: مؤسسة الرسالة - دار الأرقم، بيروت - عمان، الطبعة: الأولى، 1980 م.

- 40- محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد القرطبي المقدمات الممهديات، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: 1408هـ.
- 41- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 42- محمد بن أحمد بن محمد، أبو القاسم، الكلبي الغرناطي، ابن جزي، القوانين الفقهية، بدون ناشر.
- 43- محمد بن صالح بن محمد، ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ.
- 44- محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله، الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 45- محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري أبو عبد الله، الحاكم، المعروف بابن البيع، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1990م.
- 46- محمد بن علي بن محمد الحصني الحصكفي، المعروف بعلاء الدين، الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثانية 1423 هـ.
- 47- محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، درر الحکام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- 48- محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م
- 49- محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي، تحفة الحکام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، الناشر: دار الأفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م.
- 50- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكيل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1994م.
- 51- محمد، ابن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350 هـ.
- 52- محمد، أبو الوليد ابن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، 1425 هـ.
- 53- محمد، أبو الوليد ابن أحمد، ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.

- 54- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين، أبو محمد العيني، البناية شرح الهداية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000م.
- 55- مصطفى الخن، ومصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، الناشر: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992 م.
- 56- منصور بن يونس، البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة، بدون تاريخ.
- 57- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ).
- 58- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388 هـ.
- 59- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994م.
- 60- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، تحقيق: الدكتور عبد الله التركي- الدكتور عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1415 هـ.
- 61- يحيى بن أبي الخير بن سالم، أبو الحسين، العمراني اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ.
- 62- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1412 هـ - 1992م.

Romanization of Arabic references

- 1- Ahmad bin alhusayn bin eali bin musaa alkhusrwajirdy alkhirasaniu, 'abu bakr albayhaqi, alsunan alkubraa, tahqiq: hamd eabd alqadir eata, dar alkutub aleilmiat, bayrut - lubnan, altabeat althaalithat, 1424 hi - 2003 mu.
- 2- Ahmad bin eali bin muhamad bin 'ahmad, 'abu alfadl, aibn hajar aleasqalani, aldirayat fi takhrij 'ahadith alhidayat, tahqiq: alsayid eabd Allah hashim alyamani almadanii, dar almaerifat - bayrut, bidun tabeat watarikhi.
- 3- Iismaeil bin hamaad alfarabi, 'abu nasr aljawhari, alsahah taj allughat wasihah alearabiat, tahqiq: 'ahmad eabd alghafur eataar,alnaashir: dar aleilm lilmalayin - bayrut, altabeat alraabieatu: 1407 ha - 1987 mi.
- 4- Bihiram bin eabd allah wasahahaha: 'ahmad najib, najib markaz najib lilmakhtutat alturath, altabeat al'uwlaa, 1429 hu.

- 5- Albuhuti, mansur bin yunis, alrawd almurabae sharh zad almustaqa, dar almuayid, muasasat alrisalat, bidun tabeat, bidun tarikhi.
- 6- Taj aldiyn eabd alwahaab bn taqi aldiyn alsabakia, al'ashbah walnazayir,alnaashir: dar alkutub aleilmiat, altabeat al'uwlaa 1411 ha- 1991 mi.
- 7- Jamal aldiyn 'abu muhamad eabd allah bin yusif bin muhamad alziylei,nasb alraayat li'ahadith alhidayat mae hashiatih min 'ajl al'almaei fi takhrij alziylei,qadim lilkitabi: muhamad yusif albanury,sahhah wawade alhashiati: eabd aleaziz aldiyubandi alfinjani, 'iilaa kitab alhaji, thuma 'akmalaha muhamad yusif alkamilfuriu,tahqiq: muhamad eawaamat,muasasat alrayaan liltibaeat walnashr - bayrut -lubnan / dar alqiblat lilthaqafat al'iislamiati- jidat -alsaueidiat,altabeat al'uwlaa,1418 hi / 1997 mi.
- 8- Alhafiz 'abu 'ahmad bin eadii aljirjanii, alkamil fi dueafa' alrijal, tahqiq: eadil 'ahmad eabd almawjuda-eali muhamad mueawda-eabd alfataah 'abu sanat, dar alkutub aleilmiat - bayruta-lubnan, altabeat al'uwlaa, 1418 ha1997m.
- 9- Hasan bin eamaar bin eali almasrii alsharunbilalii, alhanafiu, hashiat alsharunbilali, mae kitabi: darar alhukaam sharh gharr 'ahkam,alnaashir: dar 'iihya' alkutub alearabiat, bidun tabeat wabidun tabeat wabidun tarikhi.
- 10- Alhusayn 'abu muhamad abn maseud bin muhamad bin muhamad mueawad, dar alkutub aleilmiat, altabeat al'uwlaa 1418 hu.
- 11- Alkhalil bin 'ahmad bin eamriw bin tamim albasari,'abu eabd alfarahidi, aleayn, tahqiq: d mahdi almakhzumi, di.'iibrahim alsaamaraayiy,alnaashir: dar wamaktabat alhilal, bidun tabeat wabidun tabeat tarikhi.
- 12- Zayn aldiyn 'abu eabd allah muhamad bin 'abi bakr bin eabd alqadir alraazi, alhanafiu, mukhtar alsihah, tahqiq: yusif alshaykh muhamad, almaktabat aleasriat, aldaar alnamudhaji, bayrut, altabeat alkhamisat, 1420 hu.
- 13- Zayn aldiyn bin 'iibrahim bin muhamad, abn najim almasrii, albaahr alraayiq sharh kanz aldaqayiq, dar alkitaab al'iislami, altabeat althaaniatu: althaaniat - bidun tarikhi.
- 14- Sulayman bin al'asheath bin bashir bin shidad bin eamrw al'azdi alsijistany,'abu dawud, sunan 'abi dawud, tahqiq: muhamad muhyi aldiyn eabd alhumayd, almaktabat aleasriat, sayda - bayrut.

- 15- Shams aldiyn muhamad bin 'abi aleabaas 'ahmad bin hamzat shihab aldiyn alramlii, mughaniy almuhtaj 'iilaa sharh alminhaj, dar alfikr, bayrut, tabeatun: 1404 hi / 1984 mi.
- 16- Shams aldiyn, muhamad bin 'ahmad alkhatib alshirbinii, mughaniy almuhtaj 'iilaa maerifat maeani 'alfaz alminhaj, dar alkutub aleilmiat, altabeat al'uwlaa, 1415 hi.
- 17- Eabd alrahman bin muhamad bin sulayman damad 'afandi, almadeuu bishaykhi zadah, mujamae al'anhur fi sharh multaqa al'abhar,alnaashir: dar 'iihya' alturath alarabii, altabeati: bidun tabeat wabidun tarikhi.
- 18- Eabd alkarim, abn muhamad bin eabd alkarim, 'abu alqasim alraafieii alqazwiniu, sharah alwajiz almaeruf bialsharh alkabir, tahqiqu: eali muhamad eawad - eadil 'ahmad eabd almawjud, dar alkutub aleilmiat, bayrut - lubnan, altabeat al'uwlaa, 1417 hi - 1997 m.
- 19- Eabd allah bin muhamad bin 'iibrahim bin euthman bin khawasati aleabsi,'abu bakr, aibn 'abi shibat, musanaf abn 'abi shayba (alkutaab almusanaf fi al'ahadith waluathar), tahqiqu: kamal yusuf alhawt, maktabat alrushd - alriyad, altabeat al'uwlaa, 1409 hi.
- 20- Eabd almalik bin eabd allh bin yusif bin muhamad,rukn aldiyn, almulaqab bi'iimam alharamayn, nihayat almatlab fi dirayat almadhhab, haqaqah wasanae faharishu: 'a. d / eabd aleazim alddyb, dar alminhaj, altabeat al'uwlaa, 1428 hu.
- 21- Eabd alhamid alsharawani, hashiat al'iimam eabd alhamid alsharawani, maftuhah mae kitabi: tuhfah almuhtaj fi sharh alminhaj,alnaashiru: almaktabat altijariat alkuabraa bimisr, bidun tabeat, eam alnashri: 1357 hi - 1983 mi.
- 22- Euthman bin almakiyi alzubaydiu altuwzuriu, tawdih al'ahkam sharh tuhfah alhukaam,alnaashir: almatbaeat altuwnisiat, altabeat al'uwlaa, 1339 hu.
- 23- Eizu aldiyn eabd aleaziz bin eabd alsalam alsulamiu, alghayat fi alnihayat, tahqiqu: 'iid khalid altibae,alnaashir: dar alnawadir, bayrut - lubnan, altabeat al'uwlaa, 1437 hi - 2016 mi.
- 24- Eala' aldiyn 'abu alhasan eali bin sulayman almardawii, aldimashqiu alsaalihuu alhanbaliu, al'iinsaf fi maerifat alraajih min alkhilaf, hajr, alqahirat, altabeat al'uwlaa.

- 25- Eala' aldiyn,'abu bakr bin maseud bin 'ahmad alkasaniu, badayie alsanayie fi tartib alsharayie, dar alkutub aleilmiat, altabeat althaaniat, 1406 hi.
- 26- Eali bin 'abi bakr bin eabd aljalil alfirghaniu almarghinaniu,'abu alhasan burhan aldiyn, alhidayat fi sharh bidayat almubtadi, tahqiq: talal yusif, dar ahya' alturath alearabii - bayrut - lubnan.
- 27- Eali bin 'ahmad bin makram alsaeydi,'abu alhasan aleadawiu, hashiat aleadawiu ealaa kifayat altaalib alrabaanii, tahqiq: yusuf alshaykh muhamad albiqaeii, dar alfikr, bidun tabeat, 1414 hu.
- 28- Eali bin saeid, 'abu alhasan, alrajrajiu, mnahj altahsil, natayij litayif altaawil fi sharh almdwant wahali mushkilatiha, aietanaa bihi: 'abu alfadl aldumyatii - 'ahmad bin eali,alnaashir: dar aibn hazm, altabeat al'uwlaa, 1428 hi - 2007 mi.
- 29- Eali bin eumar bin 'ahmad bin mahdiin bin maseud bin alnueman bin dinar albaghdadi, 'abu alhasan aldaaraqutni, sunan aldaaraqutni, tahqiq: shueayb



جامعة عجمان
AJMAN UNIVERSITY

Journal of Legal Sciences

Year Seven - Fourteenth Issue - July 2021

Email: lawmagazine@ajman.ac.ae

A scientific journal that deals with legal, sharia and economic studies

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081



New Public Management: NPM -Critical study



Criminal confrontation with the misuse of religion for atonement and the promotion of extremist ideology - A comparative study



The legal system for protecting processing personal data electronically



Special international criminal courts The Special Court for Cambodia as a model



Obligations of the real estate development escrow account parties - Critical study



The extent of incubator's entitlement to the custody fee - Comparative legal jurisprudence study

Issued by the College of Law - Ajman University - the United Arab Emirates
P.O Box: 346 Ajman, United Arab Emirates, Tel: 0097167056131 or 0037167056325. Fax 0097167056270