

المركز الديمقراطي العربي: برلين - ألمانيا

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



R N/VIR. 336 - 451.B

المركز الديمقراطي العربي

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي



INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INTERPRETATIVE JUDGEMENT

R N/VIR. 336 - 451.B



DEMOCRATIC ARAB CENTER

Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112

<http://democraticac.de>

TEL: 0049-CODE

030-89005468/030- 89899419/030-57348845

MOBILTELEFON: 0049174278717

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal
Interpretative Judgement

دورية علمية دولية محكمة

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

International Journal of Legal Interpretative Judgement

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين، تعد المجلة بمثابة مرجع علمي للباحثين والمتخصصين لنشر بحوثهم المحكمة في مختلف الشؤون الفقهية والقضائية وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد القضائي وإجراءات التقاضي، وطرق الإثبات، بالإضافة إلى الفروع القانونية والفقهية المرتبطة بذلك، كعلوم الشريعة والقانون، والسياسة الشرعية والقضائية والأنظمة الدستورية وغير ذلك.

تصدر بشكل دوري ولها هيئة علمية دولية فاعلة تشرف على عملها وتشمل مجموعة كبيرة لأفضل الأكاديميين من عدة دول، حيث تشرف على تحكيم الأبحاث الواردة إلى المجلة. وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، وإلى لائحة داخلية تنظّم عمل التحكيم، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.



المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية

Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

International Journal of Legal
Interpretative Judgement

International Journal of Legal Interpretative Judgement

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

الهيئة المشرفة على المجلة

رئيس المركز الديمقراطي العربي:

أ. عمار شرعان

رئيس التحرير:

د. سهيل الأحمد - عميد كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

رئيس اللجنة العلمية:

د. فاتن دويرية، دكتوراه تخصص القانون العام جامعة عبد المالك السعدي، المملكة المغربية

نائب رئيس التحرير:

أ. محمد كميل، استاذ القانون الجنائي، جامعة فلسطين الاهلية، فلسطين

نائب رئيس التحرير التنفيذي:

ذ. كريم عايش، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا

البريد الالكتروني للمجلة:

judgement@democraticac.de

International Journal of Legal Interpretative Judgement

Nationales ISSN-Zentrum für Deutschland

ISSN 2748-5056

المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن المركز الديمقراطي العربي- برلين، تعد المجلة بمثابة مرجع علمي للباحثين والمتخصصين لنشر بحوثهم المحكمة في مختلف الشؤون الفقهية والقضائية وسلك القضاء، سواء أكان ذلك في مجال القانون والفقه والقضاء خاصة الاجتهاد القضائي وإجراءات التقاضي، وطرق الإثبات، بالإضافة إلى الفروع القانونية والفقهية المرتبطة بذلك، كعلوم الشريعة والقانون، والسياسة الشرعية والقضائية والأنظمة الدستورية وغير ذلك.

تصدر بشكل دوري ولها هيئة علمية دولية فاعلة تشرف على عملها وتشمل مجموعة كبيرة لأفضل الأكاديميين من عدة دول ، حيث تشرف على تحكيم الأبحاث الواردة إلى المجلة . وتستند المجلة إلى ميثاق أخلاقي لقواعد النشر فيها، وإلى لائحة داخلية تنظم عمل التحكيم ، كما تعتمد "المجلة الدولية للاجتهاد القضائي" في انتقاء محتويات أعدادها المواصفات الشكلية والموضوعية للمجلات الدولية المحكمة.

الترميز الدولي للمجلة: ISSN 2748-5056

اللجنة العلمية :

- أ.د نافع الحسن – أستاذ القانون الدولي- جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين
- أ.د ماهر خضير- عضو المحكمة العليا الشرعية- ديوان قاضي القضاة. فلسطين
- أ.د جمال الكيلاني، أستاذ الفقه والتشريع، عميد كلية الشريعة، جامعة النجاح. فلسطين
- أ. د حسين الترتوري، جامعة الخليل. فلسطين
- أ.د عودة عبد الله- أستاذ التفسير- جامعة النجاح الوطنية- فلسطين
- د.يعيش تمام شوقي، رئيس تحرير مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، الجزائر.
- د غانم عبد دهش، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق.
- د. معداوي نجية، أستاذة مشاركة، كلية الحقوق، جامعة البليدة، الجزائر
- د. عبد الله محمود- أستاذ مشارك – كلية القانون- جامعة الاستقلال- فلسطين.
- د. أسامة دراج - كلية القانون – جامعة الاستقلال، فلسطين
- د. محمود سلامة، أستاذ القانون الخاص، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د. محمد عمارنة- أستاذ القانون التجاري- جامعة القدس.
- د. كمال ناجرة- أستاذ القانون الجنائي المساعد- فلسطين.
- د. علي أبو مارية، أستاذ مشارك القانون الخاص- عميد الدراسات العليا، جامعة فلسطين الأهلية.
- د. محمد صعبانة، أستاذ مساعد في القانون الخاص، عميد شؤون الطلبة، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- سلام سميرة، محاضر_ أ، تخصص قانون دولي انساني، جامعة عباس لغرور خنثلة، الجزائر.
- د. ميثم منفي كاظم العميدي، أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الكاظم، العراق.
- د. محمد جمعة، قاضي إستئناف بمجلس الدولة، مصر.
- د. ميسون طه حسين، استاذ مساعد، كلية القانون، جامعته الكاظم، العراق.
- د. يوسف سعدون محمد، تخصص قانون مدني وإجراءات قضائية، كلية أقسام ميسان، قسم القانون، العراق
- د. أوان عبد الله محمود الفيضي، الاستاذ المساعد في كلية الحقوق- جامعة الموصل، الموصل – جمهورية العراق
- د. حكمت عمارنة، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د. غسان عليان، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.
- د. علاء السرطاوي، أستاذ الفقه وأصوله، جامعة فلسطين الأهلية. فلسطين.
- د.نضال العوادة، دكتوراه في العلوم الجنائية - النيابة العامة الفلسطينية،
- د. مهند استيتي – عميد كلية الشريعة – جامعة الخليل
- د. جمال أبو سالم – رئيس قسم الفقه - جامعة القدس
- د. أنس أبو العون- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية
- د.خير الدين طالب- كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية

- د. حمزة إسماعيل، كلية الحقوق – الجامعة العربية الأمريكية.
- د. سامية عبد اللاوي، أستاذ محاضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة.
- د. حازم زيود. جامعة فلسطين التقنية. فلسطين
- د علي مراد، أستاذ مساعد، قانون، علاقات دولية، جامعة بيروت العربية،
- د. عائشة عبد الحميد- أستاذة محاضرة - كلية الحقوق - جامعة الشاذلي بن جديد الطارف. الجزائر،
- د. عبد اللطيف ربابعة، أستاذ مشارك في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين
- د. محمد بدوسي، أستاذ مساعد في القانون الجنائي، جامعة الاستقلال، فلسطين.

مواعيد استقبال المقالات لأعداد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي

يتم الاعلن عن مواعيد الاستقبال على موقع المركز الديمقراطي العربي وصفحته الرسمية على فيسبوك

شروط النشر:

- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة الدولية للاجتهاد القضائي، وألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- تنشر المقالات باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يأتي : اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني.
- كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.
- وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
- اتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يأتي: لقب الكاتب، اسم الكاتب، عنوان الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، ص.
- توثق المراجع حسب الترتيب الهجائي في نهاية المقال وتصنف إلى:
- 1 – مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4- المواقع الإلكترونية)
- 2- المراجع باللغة الأجنبية : (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4- المواقع الإلكترونية)
- 3- طريقة كتابة المراجع:
- -الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر، سنة النشر، الصفحة.
- -المقال: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
- الأحاديث النبوية: اسم المؤلف، عنوان الكتاب، الباب، رقم الحديث، رقم الطبعة، بلد النشر، دار النشر، سنة النشر، الصفحة.
- المواقع الإلكترونية: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني
- – رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، اسم الجامعة، اسم الكلية، السنة.
- – إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر
- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4)، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالآتي:

- نوع الخط هو Sakal Majalla (حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيس، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة للهوامش).
- أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman 12.
- ترك هوامش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.
- يتراوح عدد كلمات البحث من 4000 كلمة إلى 7000 كلمة
- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني: judgement@democraticac.de
- يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.
- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور أعلاه.
- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
- لا يرسل المقال إلى هيئة التحكيم في حالة عدم اتباع كل شروط النشر.
- تعبر المضامين الواردة في المقال عن آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.

فهرس العدد

الصفحة	المحتويات
	الكلمة الافتتاحية
11	الطبيعة القانونية للعمليات الافتراضية الرقمية "دراسة قانونية تحليلية مقارنة" المستشار القانوني- د. كمال نجايرة- أستاذ القانون الجنائي المساعد- فلسطين
40	رقابة القضاء الدستوري الفلسطيني على القوانين الأجنبية السارية في فلسطين : تعليقاً على الحكم الدستوري رقم 1 لسنة 2014 الصادر من لدن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية بجلسة 2014/05/26م محمد خالد عوده، محامي، وباحث ماجستير، برنامج القانون الخاص، جامعة الأزهر بغزة
54	إشكاليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة وعائدات الإجرام المهربة إلى الخارج ط.د. كريم معروف، جامعة أحمد زبانة/غليزان، الجزائر
75	الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لذوي الإعاقة طبقاً للقواعد القانونية وأحكام المحكمة الدستورية العليا سامح سعد محمد حسن علي - دكتوراه القانون العام- كلية الحقوق جامعة الإسكندرية-المحاضر بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية
95	دور قوانين الجرائم الإلكترونية في الحد من سرقة المحتوى الصحفي في المواقع الإلكترونية ط. د: وائل زياد أحمد الشرع- جامعة محمد الأول في وجدة، المغرب
107	القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بين الضرورة والدستورية ط. د. ايهاب محمد خلايلة - محاضر في كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية أ.محمود فرج الله باحث قانوني في السلك القضائي -فلسطين
140	إدارة مخاطر شركات التأمين التكافلي في فلسطين (دراسة حالة شركة التكافل الفلسطينية للتأمين) أ.سعد محمد أرزيقات- كلية العلوم الادارية والمالية - جامعة فلسطين الاهلية معاذ راضي ثلجي / طالب سنة رابعة تخصص تأمين وإدارة المخاطر - جامعة فلسطين الاهلية
167	الفساد واثره على عقود الاستثمار الاجنبي في العراق الباحث الأول : م.د علي كاظم مزهر - جامعة المصطفى الاهلية - العراق الباحث الثاني : م.د استبرق محمد حمزة - كلية القانون - جامعة المعقل - العراق
183	التدابير الشرعية المتعلقة برعاية المسنين من المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني ط. ب. (حنين خليل يوسف موسى وجمانة عارف هاشم قرجة) - كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية د. سهيل الأحمد- عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين
197	الجهاد في تفسير المنار (دراسة تحليلية نقدية) أ.د. عودة عبد عودة عبد الله- جامعة النجاح الوطنية - فلسطين هادي بهجت صبري- جامعة النجاح الوطنية - فلسطين
227	دور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال أسارة أمجد عبد الهادي اطميزي- تخصص قانون عام- كلية الحقوق - جامعة القدس- فلسطين

الكلمة الافتتاحية

د. سهيل الأحمد

رئيس التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛ فإنه يسعد فريق المجلة الدولية للاجتهاد القضائي أن يضع بني أيدي قرائها الأفاضل العدد الثالث، سبتمبر – أيلول 2021، حيث تضمن العدد مجموعة مميزة من المقالات التي تم انتقاؤها بدقة من ضمن العديد من المقالات الواردة لهيئة التحرير، إذ تعتمد المجلة الدولية للاجتهاد القضائي في انتقائها على المعايير العلمية المتبعة والمعمول بها في الدراسات الأكاديمية المعروفة، وقد اشتمل هذا العدد على مجموعة من الدراسات والأبحاث العلمية المتعددة في بابها القانوني والشرعي والاجتهادي.

الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية الرقمية

"دراسة قانونية تحليلية مقارنة"

The legal nature of digital virtual currencies

"A comparative legal study"

المستشار القانوني- د. كمال ناججرة- أستاذ القانون الجنائي المساعد- فلسطين

Legal Consultant- Dr. Kamal Najajra-Assistant Professor of Criminal Law

E-mail: Dr.kamalnajajra@gmail.com

ملخص:

انتشر التعامل بالنقود الافتراضية الرقمية في كثير من دول العالم (عملة ليس لها وجود مادي يتم تداولها عبر الإنترنت فقط ويتم توليدها من خلال برامج خاصة في الحاسب الآلي)، ومع ذلك لا يزال غالبية الأفراد غير ملمين بخصائص ومزايا ومخاطر هذه العملات، ولذا فقد هدفت الدراسة لبيان حقيقة النقود الافتراضية وأنواعها وخصائصها، مع تحليل أبرز الآثار الاقتصادية الناشئة عن انتشارها واستخدامها كوسيلة دفع حديثة، وقد توصلت الدراسة لعدد من النتائج من أهمها: ضعف البنية التحتية لهذه النقود مما جعلها عرضة لتقلبات حادة في أسعارها عند أدنى المواقف والأحداث الاقتصادية، كما أن عدم وجود جهة مركزية تنظم عمليات إصدارها وتدعمها وتحميها عند الأزمات ساهم في زيادة التذبذبات في أسعار صرفها، وكان من أهم مقترحات الدراسة ضرورة وجود تنسيق وتعاون نقدي دولي يعمل على وضع الأطر الكفيلة بحماية المتعاملين بهذه النقود، مع العمل على صياغة اتفاقيات وقوانين تضبط إصدار هذه النقود وآليات تداولها على المستوى الدولي والاقليمي والوطني، وكذا سرعة قيام سلطة النقد بإصدار توجيهات ارشادية توعوية تبين مخاطر هذه العملات، مع إصدار تعليمات إلزامية تمنع تداول هذه العملات على المستوى الوطني، لحين الوصول لضوابط دولية بشأنها.

الكلمات المفتاحية: العملات الافتراضية، الإلكترونية، النقود الرقمية، الطبيعة القانونية، جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

Abstract:

Dealing with digital virtual money has spread in many countries of the world (a currency that does not have a physical presence that is traded online only and is generated through special programs in the computer), yet the majority of individuals are still not familiar with the characteristics, advantages and risks of these currencies, and therefore the study aimed To clarify the reality of virtual money and its types and characteristics, with an analysis of the most prominent economic effects arising from its spread and use as a modern means of payment. The presence of a central authority that regulates, supports and protects its issuance in times of crises contributed to the increase in fluctuations in its exchange rates, and one of the most important proposals of the study was the need for international monetary coordination and cooperation that works on developing frameworks to protect dealers with this money, while working on the formulation of agreements and laws that control the issuance of this money and mechanisms Their circulation at the international, regional and national levels, as well as the speed with which the Monetary Authority issues educational guidelines showing the risks of these currencies, with the issuance of mandatory instructions to prevent These currencies are traded at the national level, until international controls are reached.

Keywords: virtual currencies, electronic money, digital money, legal nature, money laundering and terrorist financing crimes.

مقدمة

أثارت العملات الافتراضية أو الإلكترونية أو النقود الرقمية، ضجة وجدالاً واسعاً في نطاق التعاملات المالية، لما يثور حولها من قضايا فنية وقانونية وشرعية وأمنية، وحول مشروعية التعامل بها من عدمه، فلا يوجد تشريع ينظم تداول العملات الافتراضية والتعامل بها، ولذا فتحديد مدى قانونية ذلك يقتضي الرجوع إلى التشريعات والقرارات التنظيمية القائمة والسارية.

وتشكل العملات أحد أهم وأبرز مظاهر استقلال الدولة، وذلك من خلال استخدامها للقيام باستيراد ما يلزم من احتياجاتها، وتصدير ما يفيض عنها وعليه فهي تستغني عن تبعيتها للغير كون المجتمع بحاجة لأداة للتبادل على الصعيدين الداخلي والخارجي، وهذه الأداة تعتبر مقياساً لسعر السلع والخدمات، وبدون النقود فإن النشاط الانساني وحركة الاقتصاد الوطني والعالمي لا يمكن أن يؤدي وظائفه، وبلا شك فإن تبعية العملة الوطنية وعدم استقلاله الواقعي؛ بل والقانوني، يرسخ لتبعية الدولة ويجعل استقلالها شكلياً، وعلى الرغم من ازدياد الدول المستقلة، فإن تعدد العملات النقدية التي يتم التعامل بها بين الدول وتحكم بعض الدول والمؤسسات في تحديد قيمتها ما يشكل عائقاً أمام إنشاء السوق الحرة⁽¹⁾.

⁽¹⁾د. أشرف توفيق شمس الدين، مخاطر العملات الافتراضية في نظر السياسة الجنائية بين الشريعة والواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(654).

ثانيًا: إشكالية الدراسة:

لدراسة اشكاليات عدة في مقدمتها؛ انتفاء التقنيات الكافية المنظمة للمسألة محل البحث في ظل تعاظم انتشارها وتوغل أبعادها، ثاني هذه الاشكاليات هي انغماس هذه العملات في الجهالة.

ثالثًا: أهداف الدراسة:

يشق البحث طريقه إلى النور شاحداً بذلك همم المسؤولين، ومبيناً تبعات المسألة وأبعادها للمتعاملين بهذه العملات بصفة خاصة، ولأفراد المجتمع بصفه عامة عبر تسليط الضوء على أبرز ما يحيط بالعملات الافتراضية في جانبها القانوني من مسائل بغرض اللحاق بركب هذه العملات، بعدما أضحت واقعاً ملموساً يُراودنا مهما حاولنا غض الطرف عنه.

ضف إلى ذلك التصدي المباشر للمسائل محل التناول بالبحث والتأصيل في سبيل الوصول إلى أنسب الرؤى المفوضية إلى نتائج محددة وتوصيات مستندة في ذلك إلى أسس قانونية وعملية وواقعية رصينة.

رابعًا: منهجية الدراسة:

تتطلب دراسة العملات الافتراضية من الناحية القانونية التطرق إلى بعض المسائل التي لا يتصور أن يكتمل بناء بهذه الأوصاف بدونها؛ وهي تساؤلات منطقية سيسعى البحث للإجابة عليها وهي ماهية العملات الرقمية، ثم طبيعتها القانونية، مع بيان ما يميزها عن غيرها من العملات وما آلية عملها.

يضاف على ما سبق فإن البحث سلك طرق أخرى مجيباً على بعض التساؤلات ذات الصلة؛ ما مدى قانونية العملات الافتراضية من الناحيتين النظرية أو الواقعية؟ وهل توجد امكانية تطبيق قواعد القانون على هذه العملات؟ وماهي مواقف دول العالم والمنظمات الدولية؟ وهل من دور للتعاون الدولي بخصوص العملات الافتراضية في ظل ما بين هذه العملات وفكرة العالمية من تشابك؟ وهل توجد سبل محددة لهذا التعاون؟

يضاف إلى ما سبق طرق البحث بعض التساؤلات المفصلية التي شغلت- وما فتئت تشغل- بال الكثيرين، ولقد حرصت على وضع كل تساؤل منها في مكانه المناسب بالبحث في تسلسل منطقي، وبحسب ما يخدم أجزاء البحث، ووازي ما سبق السعي صوب الوصول إلى إجابات قانونية أو منطقية أو واقعية عن هذه الأسئلة، ووفق ما كان ملائماً.

خامسًا: منهج الدراسة:

بُنيت الدراسة - وهي في سبيل معالجة الموضوع- على ثلاث مناهج، حسب ما كان منها مُعيّناً ومناسباً لموضوع البحث؛ أولهما: هو المنهج المقارن؛ إذ أثرى الدراسة إجراء المقارنة بين مواقف العديد من الدول من مسألة العملات الافتراضية من زاوية مدى قانونيتها، ثم الوقوف عند مواقف بعض هذه الدول تحديداً، حسب ما ارتأيته مثيراً للأهمية، وداعياً لذكره.

وثانيهما: هو المنهج التحليلي؛ إذ سعت الدراسة إلى إجراء تحليل مناسب للمسائل التي كانت محلّاً لذلك، مع عرض بعض الآراء التي خدمت البحث، وبُينت ما أقيمت عليه من حجج أيما وجدت.

وثالثهما: هو المنهج التأصيلي؛ وذلك عبر إجراء التدقيق والملاحظة لبعض التطبيقات من خلال دراستها وتحليلها، ثم محاولة الوصول إلى قواعد عامة تحكمها.

سادسًا: خطة الدراسة:

وبعد سعي حثيث وبحث دقيق كي يخرج موضوع الدراسة إلى النور- يحدوني الأمل في أن يجد فيه القارئ ضالته- جاءت منهجية الدراسة كما يأتي:

المبحث الأول: ماهية العملات الافتراضية.

المبحث الثاني: مدى قانونية العملات الافتراضية.

المبحث الأول : ماهية العملات الافتراضية الرقمية

تمهيد وتقسيم:

ارتأيت أنه من الأنسب عدم الخوض في الدراسة دون التوقف عند قليل من معالمها بالبيان؛ ولذلك عُنون المبحث الأول بالعنوان المذكور بإعتباره قد جاء مُعَبِّدًا طريق المبحث الثاني الذي هو صلب الموضوع.

ولقد تناول المبحث الأول ماهية العملات الافتراضية، وطبيعتها القانونية، مميِّزًا بينها وبين غيرها من العملات في مطلب أول، ومبيِّنًا خصائص هذه العملات من منظور مالها وما عليها في مطلب ثانٍ، ومستوقفًا عند آلية عملها في مطلبٍ ثالث، وبذا تكون الصورة قد وضُحت في ذهن القارئ على نحو يُمكن من الدخول حينئذ في لباب الموضوع.

المطلب الأول : ماهية العملات الافتراضية الرقمية وطبيعتها القانونية

من المتعارف عليه في وقتنا الحالي هو وجود نوعين من العملات أحدهما التقليدية والأخرى الرقمية، فبالنسبة للعملات التقليدية تكون خاضعة لحكومة محددة بمعنى أنها مركزية ولا يتم نقلها إلا عن طريق البنوك، وبالنسبة للعملات الرقمية تختلف عن العملات التقليدية في كل الجوانب.

وتعدّ العملة الافتراضية واحدة من أكبر الظواهر المالية في وقتنا الراهن، ففي حين فجّر ارتفاع قيمتها السوقية الصاروخي أحلام الثراء السريع لدى الكثيرين أثار المخاوف من انفجار فقاعة المضاربة الضخمة في هذه السوق.

والعملة الافتراضية ليس لها وجود ملموس، ولا يمكن رصد حركتها بالأسواق الدولية لكونها تتداول عبر الأشخاص والمؤسسات عن طريق الإنترنت، وتستخدم التشفير وقاعدة بيانات تسمح بتحويل الأموال بسرعة وسرية خارج نظام الدفع المركزي التقليدي، وتتميز بأنها عملة لا مركزية، أي لا يتحكم بها غير مستخدمها، ولا تملك رقما متسلسلا ولا تخضع لسيطرة الحكومات والبنوك المركزية كالعملات التقليدية، بل يتم التعامل بها فقط عبر شبكة الإنترنت دون وجود فيزيائي لها، وبالتالي تم تجاوز نظام التداول النقدي التقليدي بعملة غير ملموسة، بعيدة عن أعين السلطات الرسمية، أو وجود تغطية من الذهب أو عملات أجنبية تدعمها وإعادة الناس إلى عالم بلا قيود.

ونتناول البحث في هذا المطلب ببيان ماهية العملات الافتراضية في الفرع الأول، ثم وضّح أبرز ما قيل عن طبيعتها القانونية، ومميِّزًا عقب ذلك أبرز خصائص هذه العملات التي تميزت بها دونًا عن غيرها.

الفرع الأول : ماهية العملات الافتراضية

ونستعرض هنا مفهوم العملات الافتراضية ونشأتها وأشهر أنواعها، مخاطرها، ومميزاتها:

أولاً: التعريف: أعطيت عدة تعريفات للعملات الافتراضية ونقتصر على ذكر أكثرها دقة واحاطة بالمفهوم:

فالعملة الافتراضية عملة رقمية مجهولة المنشأ، كونها لا تملك رقما متسلسلا، ولا أية وسيلة أخرى تتيح تتبعها، وقد وسمت بالافتراضية نسبة إلى الواقع الافتراضي، بعد أن انتشرت تقنية الافتراضية وبدأت تحاكي الواقع، وكأنها حقيقة، وهي لا تعدو كونها وحدات رقمية مشفرة، لاعتمادها على مبادئ التشفير، ومن ثم فليس لها وجود مادي محسوس، بل

ينحصر وجودها في الوسط الافتراضي، فلزم كون الإنترنت وسطاً للتداول بها، ولا يعرف شيء عن الجهات التي تصدر هذه العملات ومثيلاتها، وهي عملة غير مغطاة بأصول ملموسة، وإصدارها غير مقيد بقيود أو ضوابط البنوك المركزية، لاعتمادها في ظهورها وتداولها على فضاء مطلق عبر الشبكة العالمية "الإنترنت"، فخرجت بذلك سلطات الجهات الرقابية والهيئات المالية، سواء في ذلك العلمية منها والمحلية⁽¹⁾.

وعرفت المفوضية الأوروبية "العملة الافتراضية" بأنها "قيمة نقدية مخزنة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية كبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر، مقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها، يتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية، بهدف إحداث تحويلات إلكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة"⁽²⁾.

وقد عرّفها البنك المركزي الأوروبي بأنها "مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً"⁽³⁾.

وقد تم تعريفها كذلك بأنها: "عملة رقمية افتراضية (ليس لها كيان مادي ملموس أو وجود فيزيائي) منتجة بواسطة برامج حاسوبية ولا تخضع للسيطرة أو التحكم فيها من جانب بنك مركزي أو أي إدارة رسمية دولية، ويتم استخدامها عن طريق الإنترنت في عمليات الشراء والبيع أو تحويلها إلى عملات أخرى، وتلقى قبولاً اختيارياً لدى المتعاملين بها"⁽⁴⁾.

وتم تعريفها في كتاب (ثورة سلسلة الكتل - Blockchain Revolution) على يد الكاتب دون تابسكوت وأخوه على أنها عبارة "عن دفتر حسابات إلكتروني غير قابل للتلاعب به للمعاملات الاقتصادية التي يمكن برمجتها، ليس لتسجيل المعاملات المالية فقط، بل لكل شيء له قيمة".

بمعنى أن كل تعامل اقتصادي أو مالي يحدث على النظام يتم تسجيله وتشفيره في كتلة، وربطها بالكتل الأخرى لتكوين سلسلة الكتل.

ولوحظ في الآونة الأخيرة ارتفاع القيمة السوقية لتلك العملات بمعدلات عالية، وتداولها بدرجة تفوق الاستثمارات في العملات الورقية، ما دفع كثيراً من المسؤولين الحكوميين في العالم إلى التحذير من مخاطر تداولها، في ظل عدم وجود ضوابط قانونية تحمي المستثمرين.

أن التحول الرقمي صار واقعاً ملموساً في العديد من التعاملات المالية، وأنه لا شك بأن العملات الرقمية ستصبح بديلاً لنظيرتها التقليدية في المستقبل القريب، وأنه في ظل عدم معرفة مصدر هذه العملات ومن يقف وراءها، وعدم

(1) د. علي أحمد المهدي، د. اسماعيل كاظم العيسوي، أبعاد العملة الافتراضية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(521).

(2) European Commission "proposal for European parliament and council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution" Brussels, 1998, COM(98)727, p.72

(3) محمد ربيع محمد صابر الحافي، العملات الرقمية بين الشريعة والواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(430).

(4) عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز البحوث: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وأثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، العدد(1)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، يناير، 2017م، ص(21-22).

إمكانية تتبع عملية تداولها، ستظل الثقة بها مهزوزة، لذا من الضروري وضع تشريعات وضوابط قانونية تنظم عملية تداولها، لحفظ حقوق المتعاملين بها.

أن العالم منقسم حول هذه العملات، فالبعض يراها مستقبلاً حتمياً، وفريق آخر يعتبرها نوعاً من الاحتيال، وستنتهي عاجلاً أم آجلاً، لافتاً إلى أن هناك ما يقارب 1800 عملة إلكترونية حالية، قيمتها السوقية نحو 256 مليار دولار، وتمثل عملة «بيتكوين» 42% منها.

وعليه فقد أثارت العملات الافتراضية أو الإلكترونية أو النقود الرقمية، ضجة وجدلاً واسعاً في نطاق التعاملات المالية، لما يثور حولها من قضايا فنية وقانونية وشرعية وأمنية، وحول مشروعية التعامل بها من عدمه.

ثانياً: التطور التاريخي للعملات الافتراضية⁽¹⁾:

في العام 1977 ظهرت خوارزمية RSA وهي من اختراع الثلاثي ليونارد أدلمان وأدي شامير وروناuld ريفست في معهد ماساتشوستس للتقنية والتي أعلن عنها حينها وتم نشر ورقة اختراعها، وهي في اختصارها تتكون من 3 أحرف هي الأحرف الأولى لأسمائهم. الفائدة من هذه الخوارزمية التي شكلت النواة الأولى لهذه العملات هي أنها تسمح بتلقي الإيرادات والأموال عن طريقها، بعدها بسنوات طويلة وبالضبط عام 1993 اختراع عالم الرياضيات ديفيد تشوم-E "cash"، ما يقال بأنها أول عملة مشفرة إلكترونية وهي التي اعتمدت على التشفير. وبعدها عمل ديفيد تشوم على جمع الأموال لتمويل فكرته ونجح بالطبع في إنشاء شركة "DigiCash" التي تدير هذه العملة الرقمية المركزية، إلا أنه وبسبب تأخر التجارة الإلكترونية وعدم تنامها كثيراً في ذلك الوقت لم يتمكن من اقناع الشركات والتجار باستخدام عملته.

خلال 1997 اختراع آدم باك نظام للحد من البريد الإلكتروني المزعج ويدعى Hashcash وهو الذي تم دمجها أيضاً في خوارزمية وشفرة العملات الرقمية مع تطويره بالطبع.

خلال 1999 تم إطلاق أول بنك إلكتروني وتحدث عن باي بال الذي يساعد في تحويل الأموال عبر الإنترنت وقد عزز نجاحه وإقبال الناس عليه في التأكيد على ضرورة إطلاق عملات رقمية وإلكترونية تستخدم في تحويل الأموال.

في أكتوبر 2008 وفي ظل الأزمة العالمية المالية نشر شخص مجهول يدعى ساتوشي ناكاموتو ورقة يتحدث فيها عن طرق تحويل الأموال بدون مراقبة الحكومات والسلطات المالية. كما تم إنشاء البلوك تشين من طرف شخص مجهول والذي يقال أيضاً أنه يمكن أن يكون اسماً مستعاراً لمجموعة من الأشخاص عملوا على هذه التقنية التي أثارت أنظار البنوك والمؤسسات المالية.

(1) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي: التنظيم القانوني للعملات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م، ص(7-9). د. كمال النيص: دور العملات الافتراضية في تمويل الإرهاب " بحث مقدم للندوة العلمية حول "العملات الافتراضية وسيلة لتمويل الإرهاب"، والتي نظمها معهد فلسطين لأبحاث الأمن القومي، رام الله - فلسطين، 2019، ص(8-9). د. طارق محمد السقا، بين مطرقة التسارع التكنولوجي وسندان المخاطر التقنية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(843-852). د. عويسي أمين، د. معتوق جمال، د. العيفة عبد الحق، مستقبل النقود في العالم الإسلامي "الدينار الإسلامي المشفر"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(888).

Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz: National Security Implications of Virtual Currency, Examining the Potential for Non-state Actor Deployment, Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif, 2015, P(5).

عام 2009 وبالضبط خلال شهر يناير تمكن ذلك الشخص الذي يقف وراء بيتكوين من تعدين 50 وحدة منها وبعدها بأيام تمت أول صفقة للعملة بين ناكاموتو وهال فيني.

عام 2011 وصل سعر بيتكوين إلى 1 دولار أي أنها تساوت معها في القيمة وهذا حسب تداولات بورصة "MTGOX" وبعدها ظلت تتزايد قيمة هذه العملة. بعد ذلك بدأت تظهر عملات رقمية جديدة منافسة للعملة الأصلية ومبنية على البلوك تشين مع قدوم كل واحدة منها بتقنية بلوك تشين مخصصة ومطورة ومعدلة لصالحها، وضمن هذه الأسماء نجد الريبل "XRP" التي تأسست عام 2012 ثم لايتكوين والإيثريوم هذه الأخيرة تأسست عام 2015 حتى أصبح عددها أكثر من 1590 عملة رقمية الآن.

ثالثاً: أشهر أنواعها العملات الافتراضية:

خلال سنوات النجاح للعملة الافتراضية تم اصدار عملات رقمية أهمها: البيتكوين، الإيثريوم، البيتكوين كاش، البيتكوين جولد، الريبل، الداش، المونيرو وغيرها من العملات الرقمية ليصل عددها اليوم الى أكثر من 1800 عملة رقمية، والعملات الافتراضية الأكثر شيوعاً⁽¹⁾:

1- بيتكوين: العملة الرقمية الأولى.

2- إيثريوم: عملة اقترنت من الاكتمال قابلة للبرمجة تتيح للمطورين بناء مختلف التطبيقات والتقنيات الموزعة التي لن تعمل مع بيتكوين.

3- ريبل: على عكس معظم العملات الرقمية، فإنها لا تستخدم بلوكتشين من أجل التوصل إلى إجماع الشبكة على نطاق واسع للمعاملات. بدلاً من ذلك، يتم تنفيذ عملية إجماع تكرارية، مما يجعلها أسرع من بيتكوين ولكن أيضاً يجعلها عرضة لهجمات الاختراق.

4- بيتكوين كاش: هي ناتج انقسام كلي لبيتكوين وتدعمها أكبر شركة تعدين بيتكوين وشركة لتصنيع رقائيق أسيك لتعدين بيتكوين. ولم يفت على تواجدها شهرين فقط حتى ارتفعت بالفعل إلى أعلى خمس عملات رقمية من حيث القيمة السوقية.

5- نيم: على عكس معظم العملات الرقمية الأخرى التي تستخدم خوارزمية إثبات العمل، فإنها تستخدم إثبات الأهمية، الأمر الذي يتطلب من المستخدمين بالفعل تملك كميات معينة من العملات من أجل أن يكونوا قادرين على الحصول على عملات جديدة. وهي تشجع المستخدمين على إنفاق أموالهم وتبعية المعاملات لتحديد مدى أهمية مستخدم معين لشبكة نيم بشكل عام.

⁽¹⁾ عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي، مرجع سابق، ص(7-9). د. كمال النيص، مرجع سابق، ص(8-9). د. عبد العزيز شويش عبد الحميد، د. ابراهيم محمد أحمد، أثر العملات الافتراضية في السياسة النقدية للبنوك المركزية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة"، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(782-783). د. نصر الدين أحمد محمد سراج، محددات الإفصاح عن آثار التغيرات في أسعار صرف العملات الافتراضية في التقارير المالية لمنشآت الأعمال، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة"، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(571-572). عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث: النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، العدد(1)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، يناير، 2017م، ص(29-30).

Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, Op. cit., P(8-9), P(5-14).

6-لايتكوين: هي عملة رقمية تم إنشاؤها بنية أن تكون "الفضة الرقمية" مقارنةً بوصف بيتكوين بأنها "الذهب الرقمي" وهي أيضاً ناتج انقسام كلي لبيتكوين، ولكن على عكس سابقتها، يمكنها توليد الكتل أربع مرات أسرع وتتمتع بأربع مرات الحد الأقصى لعدد العملات بعدد يبلغ ٨٤ مليون.

7-أيوتا: وتُسمى تكنولوجيا دفتر الحسابات المتقدمة لهذه العملة الرقمية "تانغل" وهي تُلزم المرسل في أي صفقة بالقيام بدليل على العمل يوافق على صفقتين. وهكذا، أزال أيتوتا المعدنين المكرسين من هذه العملية.

8-نيو: هي شبكة العقد الذكية التي تسمح لجميع أنواع العقود المالية وتطبيقات الأطراف الثالثة الموزعة ليتم تطويرها على رأسها. ولديها العديد من الأهداف نفسها مثل إيثريوم، ولكن تم تطويرها في الصين، الأمر الذي قد يعطيها بعض المزايا بسبب تحسن العلاقة مع الهيئات التنظيمية الصينية والشركات المحلية.

9-داس: هي شبكة من مستويين. المستوى الأول هو القائمون بالتعدين الذين يعملون على تأمين الشبكة وتسجيل المعاملات، في حين أن الثانية تتكون من "عقد رئيسية" تقوم بترحيل المعاملات وتمكين معاملات من نوع "الإرسال الفوري" و "الإرسال الخاص". والأول هو أسرع بكثير من بيتكوين، في حين أن الأخير مجهول تمامًا.

10-كتوم: هي اندماج بين تقنيات بيتكوين وإيثريوم تستهدف تطبيقات الأعمال. وتفتخر الشبكة بامتلاكها موثوقية بيتكوين، في حين تسمح باستخدام العقود الذكية والتطبيقات الموزعة، كثيرًا مثلما يكون عليه الأمر ضمن شبكة إيثريوم.

11-مونيرو: عملة رقمية ذات قدرات على إجراء المعاملات الخاصة وهي واحدة من المجتمعات الأكثر نشاطًا، ويرجع ذلك إلى انفتاحها ومزايا التركيز على الخصوصية.

12-إيثريوم كلاسيك: نسخة أصلية من إيثريوم. وقد حدث الانقسام بعد أن تم الاستيلاء على منظمة ذاتية الحكم لامركزية مبنية على أساس شبكة إيثريوم الأصلية.

13- عملة داج كوين – Dagcoin: هي عملة رقمية مشفرة، تعتبر الأسرع في التحويل والتداول في العالم، وبأقل عمولة، وأول عملة رقمية معترف بها من قبل حكومة إستونيا والعالم، ويوجد فريق كامل ومتطور ليس لهم الا التطوير المستمر لعملة داج كوين وفق تصارع المستقبل، وهي عملة إلكترونية يمكن مقارنتها بالعملات الأخرى، مثل الدولار أو اليورو، لكن مع عدة فوارق أساسية. ومن أبرز مميزات هذه العملة أنها إلكترونية مسجلة قانونياً ويعرف أصحابها على عكس البيتكوين، وتداول داج كوين عبر الإنترنت فقط، عدد فئاتها تسعة مليار وحدة.

رابعاً: عملة البيتكوين (Bitcoin) كأحد أهم العملات الافتراضية:

البيتكوين وهو مصطلح تقني يعني التعامل المباشر بين مستخدم وآخر دون وجود وسيط، تسميتها تتألف من (بيت BIT) و (كوين COIN) أي عملة وقد طرحت للتداول لأول مرة في عام 2009م بهدف تغيير الاقتصاد العالمي بنفس الطريقة التي غيرت بها شبكة الويب أساليب النشر وفق ما عبر عنه القائمون عليها، وهي عبارة عن عملة إلكترونية يمكن مقارنتها بالعملات الأخرى مثل الدولار أو اليورو، لكن مع عدة فوارق رئيسية، من أبرزها أن هذه العملة هي عبارة عن عملة افتراضية بشكل كامل، يتم تداولها عبر الإنترنت فقط دون وجود فيزيائي أو حسي لها، كما تختلف عن العملات التقليدية بعدم وجود هيئة تنظيمية مركزية تقف خلفها، لكن يمكن استخدامها مثل أي عملة أخرى للشراء عبر الإنترنت أو حتى تحويلها إلى العملات التقليدية. فهي تصدر في صورة بيانات إلكترونية مخزنة على بطاقة ذكية أو

قرص صلب؛ بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون الحاجة إلى امتلاك حساب بنكي. بدأ استعمالها كبديل عن العملات النقدية الورقية في بعض الدول⁽¹⁾.

-بماذا تختلف عملة البيتكوين (Bitcoin) عن العملات المعروفة ؟

تختلف عملة البيتكوين (Bitcoin) عن باقي العملات كالبيورو والدولار؛ بأنها عملة إلكترونية بشكل كامل، يتداولها الناس عبر شبكة الويب فقط دون وجود فيزيائي لها، حيث لا تطبع أو تصك. وهي عملة لا وجود لأي سيطرة عليها فهي تنتج بشكل رقمي من قبل الناس والشركات من دون أي تدخل من قبل جهات مالية أو مصرفية أو رقابية. تحويل العمليات يتم بدون وجود وسيط (أي بدون تدخل البنك) وبدون رسوم تحويل وبدون الحاجة لاستخدام اسمك الحقيقي، وباتت مقبولة لدى الكثير من التجار، كما يمكن استخدامها لشراء الأشياء بشكل إلكتروني.

كما أن أجهزة الصراف الآلي للبيتكوين لم تنتشر بعد في كثير من المناطق حول العالم، كذلك تتيح هذه العملة للمتطرفين الاحتفاظ بالمال وتحويله دون سلطة مركزية.

- تمييز العملات الافتراضية عن غيرها⁽²⁾:

وجه الاختلاف	العملات الافتراضية	العملات الإلزامية أو التقليدية
طريقة وجودها	رقمية افتراضية مشفرة	مادية فيزيائية
نطاق استخدامها	عالمي	ترتبط بدولة او مجموعة دول "اليورو"
طريقة عرضها	تعرض على الأشخاص في عملية التعدين وبرامج التعدين	تعرض بواسطة البنوك المركزية
كيفية ضخها	تضخ مباشرة في سوق العملات الرقمية	تضخ في الاقتصاد من خلال السندات وغيرها من الأوراق المالية الأخرى
مدى تأثيرها بالاقتصاد المحيط	لا تتأثر بالسياسة النقدية إلى حد بعيد	تتأثر بشكل مباشر بالتضخم وبأسعار الفائدة
طريقة إصدارها	عن طريق التعدين	من قبل الحكومات

- أهداف التعامل بالعملة الافتراضية:

⁽¹⁾د. عويس أمين، د. معتوق جمال ، د. العيفة عبد الحق: مستقبل النقود في العالم الإسلامي "الدينار الإسلامي المشفر" ، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان" ، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة ، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة ، 2019م، ص(890). جوشوا بارون، وآخرون، مرجع سابق، ص(11-12).

⁽²⁾د. محمد مطلق محمد عساف: "من التحديات التي تواجه المصارف الإسلامية سوق العملات الافتراضية"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثامن لكلية الشريعة بجامعة النجاح الوطنية بعنوان "الصيرفة الإسلامية في فلسطين بين الواقع والمأمول، نابلس، فلسطين، 2018م، ص(7-8). د. عبد العزيز شويش عبد الحميد، د. ابراهيم محمد أحمد، مرجع سابق، ص(784). د. أحمد إبراهيم دهشان، مرجع سابق، ص(833). د. طارق محمد السقا، مرجع سابق، ص(854). د. أحمد معبوط ، مرجع سابق، ص(386).

في ضوء ما تقدم فإن أهداف التعامل بالعملية الافتراضية يمكن حصرها في الآتي⁽¹⁾:

- 1- ترسيخ ثورة العصر الرقمي، وتحقيق الديمقراطية المالية.
- 2- الاستقلال عن البنوك المركزية والمؤسسات المالية الوطنية والدولية، والتخلص من رقابتها.
- 3- تشكيل نظام نقدي افتراضي مواز للنظام النقدي التقليدي الدولي.
- 4- تحقيق عالمية النقد الافتراضي، وعالمية التداول به، من خلال العالم الافتراضي.
- 5- تجاوز مخاطر التداول بالعملات التي تصدرها الحكومات، كخطر تضخم العملة، وما ينتج عنه من انخفاض قيمة العملة وارتفاع قيم السلع والخدمات.
- 6- ترسيخ الملكية الخاصة المحضة، ومن آثار ذلك رفض لمفهوم المشاركة في تلك الملكية تحت مسمى الرسوم والضرائب والعمولات.

المطلب الثاني : خصائص العملات الافتراضية

توجد بعض السمات التي تنطبق على العملات الافتراضية ولا تنطبق على غيرها؛ وقد آثرت ألا أتناولها تحت بند مزاياها وعيوبها؛ لأن القول نسبي مرن؛ فما قد يراه البعض ميزة قد يراه الآخر بمثابة خلل فيها، وفي تعبير أدق وعلى حد تعبير كريستين لا جارد مدير صندوق النقد الدولي، والتي اختزلت الموقف بقولها: "إن سبب جاذبية الأصول المشفرة، أو ما يسميه البعض العملات المشفرة، هو نفسه ما يجعلها أصولاً خطيرة"⁽²⁾.

وعليه توجد بعض الخصائص التي تتسم بها العملات الافتراضية والتي نتناولها "أولاً"، وكذا بعض المخاطر المحيطة بها "ثانياً"؛ وثالثاً: مميزات العملات لافتراضية، ومخاطر الاستثمار في العملات لافتراضية "رابعاً" وقد سعت لإجمالها على النحو التالي:

أولاً: الخصائص التي تتسم بها العملات الافتراضية:

1- العالمية: فهي لا ترتبط بنطاق جغرافي معين، ولا تنتمي لدولة معينة، ولا يقوم بطباعتها بنك مركزي معين، وعلى خلاف التعاملات البنكية الاعتيادية فإن عمليات البيع والشراء تتسم بالسرية والأمان، ولا يمكن مراقبتها أو التدخل فيها، كما يمكن امتلاك العديد من الحسابات والمحافظ بدون أن تكون متصلة باسم أو عنوان⁽³⁾.

(1) د. علي أحمد المهدي، د. اسماعيل كاظم العيسوي، مرجع سابق، ص(522).

(2) د. هايدي عيسى حسن علي حسن، الحاجة لمظلة تشريعية لمارد الدفع الرقمي الحاضر والمستقبل، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(699).

(3) د. حكوم السنية، د. بأحمد ربيع، مالية العملة الافتراضية ومدى انطباقها على النقود من حيث الوظائف (البتكوين نموذجاً) دراسة شرعية اقتصادية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(923). د. لمياء محمد رسلان: مالية العملات الافتراضية وأثارها الشرعية" حالة البتكوين نموذجاً"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(461).

- 2- سرعة تحويل المال و انخفاض قيمة الرسوم: فبدلاً من الحاجة إلى وسيط لنقل المال، الذي يقوم بخصم نسبة منه ، تتم هذه العملية من خلال رمز العملة بدون وسيط وتسمى بـ P2P أو الند بالند، إلى جانب أنه لا يمكن تجميدها أو مصادرتها ،ويمكنُ مبادلتها بالعملات الورقية مثل الدولار واليورو من خلال عملياتٍ مُشَقَّرَة عبر الإنترنت⁽¹⁾.
- 3-صعوبة التعقب: والتي تعد من أهم الميزات التي تجعل هذا النمط من العملات جاذبة للعناصر الإرهابية، وجماعات الجريمة المنظمة، وغسل الأموال، وتجارة المخدرات والأسلحة، حيث يصعب تعقب تلك المعاملات بغرض تحديد الأطراف، والجهات المتعاملة، وغموض السلع والمنتجات المستخدمة في عملية التبادل⁽²⁾.
- 4- اللامركزية: وهذا يعني أنها لا تخضع لرقابة البنك المركزي أو غيره من البنوك ولا تتقيد بمواعيد رسمية وذلك لإمكانية تداولها 24 باليوم وسبعة ايام بالأسبوع وهذا يجعل استخدامها متاح على مدار الوقت.
- 5-سهولة الانضمام: سهولة الحصول عليها من خلال انشاء حسابات على الانترنت.
- 6-السرية التامة: يعتمد النظام الرقمي على إخفاء المعلومات عن كل التعاملات المالية الافتراضية وعن المتعاملين⁽³⁾.
- 7-الشفافية التامة: وذلك بسبب حفظ كل الحركات المالية والمتعاملين بها في دفتر حساب هو "البلوك تشين"⁽⁴⁾.
- 8-رمزية رسوم التحويل: بالمقارنة مع رسوم التحويل بين البنوك التجارية فالتحويلات المالية بالعملات الافتراضية منخفضة جداً او معدومة⁽⁵⁾.
- 9-سهولة عملية التحويل والاستقبال المالي⁽⁶⁾: تتطلب عمليات التحويل ثواني وذلك للاعتماد على نظام رقمي متطور وسهل الاستخدام.
- 10-عدم القابلية للرجوع: يعمل نظام تحويل العملات الافتراضية في طريق واحد بحيث لا يمكن اعادتها الى مرسلها الا في حاله اعاده المرسل اليه.
- 11-حرية الدفع: من الممكن إرسال واستقبال أي مبلغ من الأموال لحظياً؛ من أو إلى أي مكان في العالم ،وفي أي وقت فلا حد زمني أو مكاني يحددها.
- 12-مخاطر أقل للتجار: تعد سرية العملات وعدم قابلية استرجاع المعاملات الافتراضية الا من خلال قيام المرسل اليه ارجاعها وسيلة آمنه في التعاملات التجارية⁽⁷⁾.
- 13-الأمن والتحكم: يتمتع مستخدمو العملات الافتراضية بالتحكم الكامل في معاملاتهم؛ ومن المستحيل للتجار أن يفرضوا عنوة رسوماً غير معلن عنها أو غير مرغوب بها، كما يمكن أن يحدث مع وسائل الدفع الأخرى⁽⁸⁾.
- 14-التقلب: يشهد مجتمع العملات الافتراضية عادة تحركات سعرية كبيرة ومفاجئة ،ولكنها رغم ذلك تظل جاذبة.

(1) د. حكوم السنية، د. بأحمد رقيس، مرجع سابق، ص(924).

(2) د. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني: العملات الافتراضية، بحث منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية-الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، المجلد (26)، العدد الأول، 2018م، ص(20).

(3) د. لمياء محمد رسلان: ، مرجع سابق ، ص(461). ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(504).

(4) د. حكوم السنية، د. بأحمد رقيس، مرجع سابق، ص(924).

(5) د. لمياء محمد رسلان، مرجع سابق ، ص(461).

(6) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(504).

(7) د. حكوم السنية، د. بأحمد رقيس، مرجع سابق، ص(924).

(8) د. أحمد معبوط ، ، مرجع سابق ، ص(386).

15- استحالة تزوير هذه العملة⁽¹⁾.

16- اتساع حجم التداول التجاري.

17- رفع مستوى التعليم التقني والتكنولوجي.

ثانياً: مخاطر العملات الافتراضية:

ثمة مخاطر تنتج عن التعامل بهذه العملات يتعين الإشارة إليها كي تكتمل محاور الفكرة في ذهن القارئ، وعليه فمن أبرز مخاطر العملات الافتراضية⁽²⁾:

1- المخاطر التنظيمية: وذلك من خلال استغلال العملات الافتراضية في صفقات غير مشروعة؛ كغسل الأموال، التهرب من الضرائب، وأي نشاطات احتيالية أخرى.

2- المخاطر المتعلقة بالحماية: تشكل البيئة الحاضنة للعملات الافتراضية وذلك خلال الجرائم التي ترتكب في العالم الرقمي؛ كالقرصنة، الفيروسات، خلل التشغيل.

3- مخاطر التأمين: ان عدم وجود قيمة موازية للعملات الافتراضية كالذهب مثلاً يشكك في الضمانات الائتمانية للعملات على عكس العملات التقليدية.

4- مخاطر الاحتيال: هناك فرص كبيرة لسوء استغلال العملات الافتراضية من خلال الوسائل الاحتيالية.

5- مخاطر السوق: تعتمد العملات الافتراضية على عدد مستخدميها تناسباً طردياً بحيث كلما زاد عدد المستخدمين ازداد سعرها والعكس صحيح، وهذا يشكل إحدى المخاطر التي يمكن أن تؤدي إلى خسائر كبيرة.

6- مخاطر الضرائب: ان بقاء التعاملات التجارية بالعملات الافتراضية طي السرية يحجب البيانات الحقيقية التي بناء عليه تفرض الضرائب، وبالتالي لا تتمكن الدولة من استيفاء حقها من الضرائب بالإضافة إلى عجزها عن حماية الاستثمار.

7- مخاطر الخسارة: ان البيئة التي تعمل بها العملات الافتراضية محفوفة بالمخاطر وبالتالي في حالة الخسارة لا يمكن الحصول على تعويض.

8- فقدان أو السرقة: يمكن فقدان العملة الرقمية من خلال الخرق الأمني، أو خطأ المستخدم، أو الفشل التكنولوجي في محفظة العملة الرقمية، فعند حدوث ذلك، فلا يمكن استعادة العملة الرقمية، نشير إلى أن هناك مخاطر عدة ترتبط بتداول هذه العملات في ظل عدم وجود ضوابط، منها إمكانية قرصنة مقاصد هذه العملات، مشيراً إلى أن عمليات القرصنة التي تعرضت لها قدرت بنحو 1.7 مليار دولار منذ عام 2011، ولا توجد ضمانات لحماية أموال المستثمرين من عمليات القرصنة التي تتزايد باستمرار.

9- الاحتيال أو الاستخدام غير المصرح به: عموماً، يمكن لشخص ما حصل بطريقة احتيالية على بيانات الملكية الخاصة بصاحب محفظة النقود الرقمية - مثل كلمة السر - أن ينفق منها، حينئذ لا يمكن عكس المعاملات في معظم العملات، حتى لو كانت نتيجة الاحتيال أو الاستخدام غير المصرح به.

⁽¹⁾ ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(531).

⁽²⁾ د. أحمد إبراهيم دهشان، مرجع سابق، ص(837-839). د. لمياء محمد رسلان، مرجع سابق، ص(462). د. مراد بن صغير، مرجع سابق، ص(582-583).

10- الخطأ في معالجة المعاملات: في حالة تنفيذ مدفوعات بطريق الخطأ، مثل الدفع إلى مستفيد آخر، أو تحويل مبلغ غير صحيح، أو عدم إتمام المعاملة في الوقت المناسب، بسبب خطأ منصة محفظة العملة أو غيرها من الأسباب الفنية، فإنه في معظم أنظمة العملات الرقمية، لا يمكن عكس المعاملة الخطأ، ولا يكون للمتعامل حق الرجوع على الأطراف الأخرى.

11- أخطاء مرتبطة بمنصات التعامل: لا تتوفر آلية تأمين لتعويض أصحاب المحافظ في حالة إخفاق المنصة الإلكترونية التي تنفذ عمليات المحفظة، أو في حال الأعطال التي لا يمكن معها الوصول إلى المحفظة.

5- قابلية الاستخدام لغسل الأموال وتمويل الإرهاب والأنشطة الإجرامية المتصلة بالإنترنت: العملات الرقمية هي عملات مُشفرة، يتم تسجيل المعاملات والتعريف بهوية المستخدمين فقط من خلال «عناوين» رقمية افتراضية تصدرها أنظمة التعامل بالعملات الرقمية، والتي لا يمكن أن تعكس الهوية الحقيقية للمتعاملين.

على هذا النحو، تعتبر معاملات العملات الرقمية أكثر مجهولية من الأنواع الأخرى من وسائل الدفع عبر الإنترنت، لذلك يمكن إساءة استخدام العملات الرقمية، كوسيلة لغسل الأموال وتمويل الإرهاب والتهرب الضريبي وغير ذلك من أشكال النشاط غير المشروع، نظراً لصعوبة تتبع معاملات العملة الرقمية، مما يجعل التعامل أكثر قابلية للاستخدام من قبل غاسلي الأموال أو ممولي الإرهاب.

هذه الثغرات ليست نظرية فقط، ولكن تم استغلالها بالفعل في الممارسة العملية، فالعملات الرقمية غالباً ما تكون «العملة» المفضلة في النشاط الإجرامي المتصل بالإنترنت.

ثالثاً: مميزات العملات لافتراضية⁽¹⁾:

1- السرعة الفائقة، حيث يتم تحويل ما تريد من مال في أقل من ثواني، على عكس طريقة البنوك التقليدية التي تستغرق فترات طويلة قد تصل إلى أيام.

2- التكلفة المنخفضة جداً، حيث تكلف عمليات تحويل الأموال بالبيتكوين تقريباً مجانية أو مبلغ لا يُذكر.

3- الحماية والشفافية، حيث إن كل عملية اقتصادية أو مالية يتم حفظها في كتلة وتوزيعها على ملايين الحواسيب حول العالم، مما يجعل عملية اختراقها مستحيلة عملياً، كما أن العملية المالية تتم أمام العالم كله مما يجعل محاولات التلاعب بها مستحيلة.

4- لا مركزية أي غير تابعة لأي بنك مركزي.

رابعاً: ماهي مخاطر الاستثمار في العملات لافتراضية⁽²⁾:

1- عدم وجود جهة رسمية مؤسسية: لا يوجد أي جهة رسمية أو حكومية تنظم عملية التداول بهذه العملة، وإنما أسسها مبرمج ياباني باسم مستعار، وهو أمر مقلق ولا يعطي أي ضمانات، ومن الممكن أن يحظر التداول بها في أي لحظة، وعندها ستخسر كل أموالك.

(1) Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, Op. cit., P(8-9).

د. جمال عبد العزيز عمر العثمان: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية والموقف التشريعي منها، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة"، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(600-601).

(2) Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, Op. cit., P(8-9).

أن من المخاطر كذلك عدم وجود جهة مشرفة على عمليات التداول التي تتم جميعها عبر الإنترنت دون وسيط، ما يجعل أموال المستثمرين على المحك، خصوصاً أن 56% من شركات تداول هذه العملات أغلقت خلال أربعة أشهر من الإعلان عنها، وتبين أن كثيراً منها كان يقوم بالتلاعب، في ظل عدم توافر غطاء لحماية المتداولين، لافتاً إلى أنه مقابل كل عملة رقمية تنجح وتجد طريقها للتداول، هناك خمس عملات فاشلة.

2- قيمة العملة متأرجحة ومعرضة للسرقة: تتعرض العملة الافتراضية لمخاطر سعر صرف الدولار وباقي العملات الأجنبية من الإيداع إلى السحب وتقلبات ارتفاع وانخفاض أسعار العملات. إضافة إلى أن هذه العملة لا تعتمد على دولة ما أو اقتصاد حقيقي، لذلك لا أحد يستطيع أن يضمن قيمة فعلية أو حقيقية لها، وإنما تتغير قيمتها بحسب عدد المتداولين وهو أشبه بالاستثمار في سوق الأسهم وهو أمر بالغ الخطورة. أموال وأرباح البيتكوين المودعة عرضة للسرقة من خلال القرصنة حتى من محفظة الوسيط الرقمية.

3- عمليات غسل أموال وتمويل الارهاب: يعد هذا النوع من العملات هدفاً رئيسياً للأنشطة الإجرامية العالمية، وهذا لأنها غير قابلة للتتبع، وبإمكان أي شخص يستطيع شراء هذه العملة وتحويلها وإعادة بيعها بسهولة، فهذا يفتح الباب لعمليات غسل أموال وتمويل الارهاب وهو أمر بالغ الخطورة أيضاً، وقد تتورط في إحدى الصفقات دون أن تدري⁽¹⁾.

4- بيع ممنوعات: في الآونة الأخيرة قامت المباحث الفيدرالية الأمريكية بغلق موقع يقوم ببيع الممنوعات عن طريق قبول عملة البيتكوين، وصادر أكثر من 28.5 مليون دولار، وهو أمر يدعو للقلق، وقد يضع علامات استفهام على كل من يستخدم هذه العملة.

5- إفلاس شركات المحافظ: لأنها عملة افتراضية فلا بد من وجود محفظة إلكترونية، ومنذ عام تقريباً أعلنت إحدى أكبر شركات المحافظ الإلكترونية إفلاسها في اليابان، ما أدى إلى خسارة العديد من المتداولين لأموالهم بشكل كامل، ولم يعوضوا لأن هذه الشركات تعمل بدون ضمانات بنكية أو حكومية.

المبحث الثاني : مدى قانونية العملات الافتراضية

تمهيد وتقسيم:

مما لا شك فيه ان الوضع القانوني للعملات الافتراضية يختلف من دولة لأخرى وذلك لاختلاف النظم الاقتصادية والمالية لكل دولة منها من تشدد ومنها من قنن ذلك بشكل جزئي ومنها من جرم التعامل بها، وعليه نستعرض في هذا المبحث الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية في مطلب أول، وتتناول موقف بعض الدول في نظرتها لهذه العملات في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية

تختلف الأوراق النقدية عن بقية انواع الأوراق التي تمثل قيمة معينة ويتم التعامل بها فهي تختلف عن الأوراق التجارية والأوراق المالية، ولعل جوهر هذا الاختلاف هو اصدار هذه العملة بقانون وطبعتها بشكلية معينة تصدر عن البنك المركزي وهو ما يجعلها ملزمة القبول لدى الفرد بحيث لا يستطيع احد رفضها في التعامل، ان هذا الاختلاف يثير تساؤلا حول طبيعة القيمة المالية المخزنة إلكترونياً ذلك انها قد تصدر من البنك المركزي وقد تصدر من مؤسسات مالية أخرى، وهو ما يجعل عدها نقوداً يلزم الافراد بقبولها في التعامل امرا محل نظر .

⁽¹⁾ سلوى محمود أبو ضيف احمد: النقود الالكترونية واثرا على المعاملات المالية "دراسة فقهية واقتصادية"، المجلة العلمية لجامعة 6 أكتوبر، مجلد (4)، العدد (1)، الصفحات (83-91)، 2017م، ص (88).

Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz Op. cit., P.(20-21).

لذا اثارت الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية جدلا كبيرا فيما بين فقهاء القانون، على الرغم من اتفاقها على اهمية هذه النقود في التجارة الالكترونية، وانحصر وجه الخلاف في انه هل من الممكن ان تؤدي النقود الالكترونية نفس الوظائف التي تؤديها النقود الحقيقية ؟ وهل هي نوع جديد من النقود ام انها واحدة من النقود الورقية او الافتراضية ؟

من الملاحظ حدوث تطور تدريجي لموقف المشرع من العملات الافتراضية أصدرت «السلطة المصرفية الأوروبية» عدة بيانات إخبارية بشأن العملات الافتراضية، وكان أولها في ديسمبر 2013م حيث حذرت الجمهور من هذه العملات، مع التأكيد على عدم خضوعها لأي تنظيم خاص وان تداولها يعرض مستعملها لأخطار متنوعة⁽¹⁾.

ونظرا لأهمية موضوع العملات الافتراضية فقد استمرت "السلطة المصرفية الأوروبية" في توجيهاتها وبياناتها، وفي 4 يوليو 2014م نشرت بيانا اختياريا وتقتصر من خلاله : اجراء تحليل معمق للأخطار الناتجة عن التعامل بالعملات الافتراضية، واعتماد منهجية تدريجية على المستوى التنظيمي، وأشارت إلى أن العملات الافتراضية تتميز في انخفاض تكلفتها، ومن ناحية أخرى فإن مخاطرها المالية والتقنية المرتبطة بها كبيره، وهذا كله نتيجة لغياب التنظيم القانوني الملازم للتعامل مع العملات الافتراضية⁽²⁾.

وعليه فالملاحظ أن موقف "السلطة المصرفية الأوروبية" مر بمرحلتين؛ الأولى تعاملت بحذر شديد مع هذا النوع من العملات نظرا لحدوثها، ولما أظهر تبادلها من أخطار مالية وتقنية وتجارية وقانونية، وفي المرحلة الثانية انتقلت إلى التعامل مع الواقع الاقتصادي والمالي الذي فرضته عليها منصات التعامل بالعملات الافتراضية، مما جعلها تدعو إلى الإتيان بتنظيم خاص وبشكل تدريجي.

وفي تطور آخر قدمت " محكمة العدل الأوروبية " في قرارها بتاريخ 22 أكتوبر 2015م توضيحا مهما بخصوص الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية، حيث أكدت بواسطته على أن " الإعفاءات الواردة النص عليها في الفقرة الأولى من المادة(135) من التوجيه الأوروبي رقم(2006/112/CE) الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ 28 نوفمبر 2006 بشأن النظام الموحد للضريبة على القيمة المضافة، تطبق على العملات التقليدية والعملات الرقمية التي لها صفة وسيلة اداء قانونية إذ تجد هذه العملات مصدر قوتها في العلاقة التعاقدية التي تربط اطراف المعاملة".

وعرف القانون الأوروبي تطورا هاما إبتداء من سنة 2018م حيث اعتمد تعريفا شاملا للعملات الافتراضية بواسطة التوجيه رقم(2018/843)، والذي نص على أنه " يتعلق مصطلح عملة افتراضية بالتمثيل الرقمي لقيمة غير موزعة أو مضمونه من طرف مصرف، أو مصرف مركزي أو سلطة مركزية أو سلطة عامة، والتي لا ترتبط بعمله قانونية، ولا تحظى بالنظام القانوني لعملة وطنية أو اجنبية، غير انها رغم ذلك تقبل من طرف اشخاص يتمتعون بالشخصية القانونية على أساس أنها وسيلة للمبادلة، والتي يمكن تحويلها وتخزينها ومصادرتها الكترونيا".

ومما لا شك فيه أن التحول الإيجابي لموقف الاتحاد الأوروبي جاء استجابة للمستجدات التشريعية والتنظيمية التي عرفتها العملات الافتراضية في كثير من الاسواق المالية المتنافسة .

ومن الملاحظ إن أبرز الخطوات التي اتخذتها فرنسا والذي يعد استشعار لأهمية تنظيم العملات الافتراضية القرار رقم(13-2003) الصادر بتاريخ 10 يناير 2003م عن "لجنة التنظيم المصرفي والمالي"، حيث اعتبرت من خلاله العملات

⁽¹⁾ محمد الهادي المكنوزي، صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية "دراسة على ضوء موقف المشرعين الفرنسي والأوروبي"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م، ص(534).

⁽²⁾ المرجع سابق، ص(535).

الافتراضية "سند دين قائم على الثقة"، مما يؤدي بشكل رضائي وخاص إلى إنشاء نوع جديد من العملات، فهذا القرار الأولي، ساهم حينئذ في توضيح الخصائص العامة للعملات الافتراضية، وفي تقديم تكييف مبدئي لطبيعتها القانونية، حيث إعتبر المصرف المركزي الفرنسي في ديسمبر 2013 "البتكوين عملة افتراضية غير منظمة، مما يحرمها من الاستفادة من الاحكام القانونية المتعلقة بالسعر الرسمي للعملة"⁽¹⁾.

بعد ذلك اعتمدت "سلطة المراقبة الحذرة" التابعة للمصرف المركزي الفرنسي بتاريخ 29 يناير 2014م الموقف رقم (01-P-2014) الذي يلاحظ عليه إنه يتطابق تماما مع البيانات الاخبارية المشار إليه اعلاه الذي اصدرته "السلطة المصرفية الاوروبية"، وأخذ بعين الاعتبار أن "المصرف الفرنسي" عاد ليوزع بيانا اخباريا بتاريخ 5 مارس 2018م أكد بواسطته على ان كل انواع العملات الافتراضية المتداولة في العالم عبارة عن اصول مشفرة لا تستخدم للوظائف الاساسية للعملات، مما يعكس الموقف الحذر للسلطات المصرفية الفرنسية من التعامل بهذا النوع من العملات، وانسجاما مع هذا التوجه وسبق لـ "سلطة الاسواق المالية الفرنسية" أن نشرت بيانا اختياريا بتاريخ 4 يوليو 2014 بخصوص ما سمته بـ "خريطة 2014 المتعلقة بالأخطار والتوجهات في الاسواق المالية"، فبعدما عدت فيه اجابيات العملات الافتراضية والمتمثلة في انخفاض تكلفة المعاملة، وسرعة التنفيذ والصفة شبه الدولية والمستقلة عن النظام المصرفي التقليدي، بينت ايضا من خلاله: ان التعامل بهذا النوع من العملات يشكل إحدى عوامل عدم الاستقرار المالي، كما انها مصدر لأخطار قانونية وتنظيمية في ظل افتقارها لإطار تشريعي، اضافة إلى أخطار أخرى تظهر على مستوى السوق أو السيولة والمحاسبة وفي حالات الإمتناع عن التنفيذ⁽²⁾.

إن الاستنتاج الأساسي الذي يمكن الوصول إليه هو افتقار العملات الافتراضية لتنظيم قانوني يصعب من تحديد طبيعتها القانونية، من أجل هذا، وكخطوة استباقية، تدخلت السلطات المصرفية الفرنسية لعرض رقابة على منصات تداول العملات الافتراضية، مع ربط الآثار الناتجة عن التعامل بهذا النوع من العملات بعض النصوص القانونية، خاصة تلك المتعلقة بغسل الاموال وتمويل الإرهاب.

من خلال متابعة القوانين المتعلقة بالعملات الافتراضية فانه حتى اللحظة لم يتم الاتفاق على تكييف قانوني للعملات الافتراضية، ذلك نظرا للاختلافات العديدة من نواحي متعددة، حيث يعتبرها البعض "عملة" والبعض الآخر "سلعة"....، وعليه نتناول بشيء من التفصيل الآراء التي قيلت في التكييف القانوني للعملات الافتراضية وهي:

أولاً: العملات الافتراضية "عملة": حيث تعتبر إحدى طرق الدفع وبديلاً للعملات التقليدية، وهذا ما يمكن استنتاجه من ان عدد كبير من المحلات التجارية اعتمدته كأداة للدفع، وبما أن العملات الافتراضية "عملة" فينبغي ألا تفرض عليها ضريبة⁽³⁾.

ترى الدول التي صرحت باعتمادها كألمانيا وامتداداً لهذه العملات انها عمله وحججهم تتمثل في⁽⁴⁾: إن المتعاملين بها تعارفوا عليها بأنها عملة، أي إنها مغطاة بسلة عملات، يمكن الشراء بها، مما يدل على انها ذات قيمة، تؤدي وظيفة النقود من حيث اعتبارها مخزناً للقيمة، تعمل وفق آلية العملات الحقيقية من حيث الاصدار والتداول والتسعير لقيمتها.

⁽¹⁾ محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص (536-537).

⁽²⁾ المرجع سابق، ص (537-538).

⁽³⁾ د. محمود احمد ابراهيم الشرفاوي، مفهوم الاعمال المصرفية الالكترونية واهم تطبيقاتها، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003، ص 29، م. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الالكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص 35-36.

⁽⁴⁾ د. احمد سفر، انظمة الدفع الالكترونية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2008، ص (51). د. علي أحمد المهدي، د. اسماعيل كاظم العيسوي، مرجع سابق، ص (524).

في المقابل فإن المتعارف عن العملات "التقليدية" المتداولة وحتى يطلق عليه عملة فإنها تتميز بالعديد من الخصائص المميزة لها ومنها: خزين القيمة، ولها قوة إيرادية، ووسيلة دفع وشراء، وبيع وتداول، وتتمتع بالغطاء المالي والمعنوي من دولة الاصدار، وهذا بلا شك لا يتوافر في العملات الافتراضية والتي تفتقر لهذه الخصائص.

وعليه لا تعتبر العملات الافتراضية كسائر العملات التقليدية وذلك⁽¹⁾:

- النقود تشكل مظهراً من مظاهر السيادة لدى الدولة، وذلك ان حق اصدار النقود محصور بالدولة، بل هو ابرز واهم واجباتها الاقتصادية ووظائفها السلطانية المالية.

- العملات الافتراضية لا تعبر عن قيمة سيادية، لأنه لا تصدر عن أي بنك، كما لا تخضع لأي تنظيم أو رقابة من بنك أو مؤسسة مالية.

- اصدار العملات الافتراضية هو من افراد مجهولين بأسماء مستعارة وغير حقيقية، دون أي ضوابط أو قواعد تنظيمية لإصدارها، لان الهدف من اصدارها هو تحقيق الربح سواء من عملية الاصدار في حد ذاتها أو من عمولات التمويل، مما قد يشجع على النصب والاحتيال المالي، فضلاً عن استعمالها لأعمال غير مشروع كغسل الاموال.

ثانياً: العملات الافتراضية "سلعة": التكييف الاقرب حسب هذا الرأي ان العملات الافتراضية هي "سلعة"، وذلك لان قيمة العملة الافتراضية لا ترتبط حصراً بأداء اقتصاد معين، كما انه ليس للتغيرات في اسعار الفائدة وزيادة الامدادات النقدية سوى تأثير غير مباشر على قيمتها، فهي سلعة كونها ليست صادرة عن أي بنك مركزي أو مؤسسة مالية فهي عبارة عن سلعة محل بيع وشراء.

ونشير إلى أن اليابان إعتمدت هذه الطبيعة القانونية، فمنحت "Bitcoin" صفة السلعة أو الشيء الخاضع للضريبة⁽²⁾.

من الملاحظ أن العملات الافتراضية لا تتمتع بقيمة في ذاتها المجردة، كما ان تعريف السلعة هي كل ماعدا الأثمان، وقد أريد للعملة أن تكون ثمناً، فلا يصح أن تعامل معاملة السلعة، لأن المفروض إنها لا تقصد لذاتها⁽³⁾.

بلا شك فإن القصد من وراء انشاء العملات الافتراضية كان اعتبارها ثمناً وليس ان تكون سلعة، لأنه ليس لها قيمة مجردة في ذاتها، فضلاً على ان تعريف السلع هي كل ماعدا الأثمان، وما يجري من تداولها وقبولها كأثمان للمبيعات وذلك ليس بقصد ذاتها وإنما تعبر عنه من فقيمة نقدية لأحدى العملات الحقيقية المعروفة كالدولار واليورو أو الدولار أو غيرها، ولا شك ان هذا هو ضابط الفرق بين النقد وسائر الاموال⁽⁴⁾.

وعليه فهذا الرأي يقر بأن التعامل مع العملات الافتراضية يتم في المقام الاول بالنظر إليها على إنها سلعة، أي انه استثمار عائده من المضاربة على ارتفاع وانخفاض قيمتها⁽⁵⁾.

ثالثاً: العملات الافتراضية "أداة تبادل وليست أداة دفع": حيث إن أدوات التبادل هي التي تتطلب عملية اضافية من قبل مصدرها تتمثل في الدفع النهائي، فالشيك مثلاً هو أداة تبادل، اما أداة الدفع فلا يتم بعدها أي مطالبة قانونية،

(1) سلوى محمود أبو ضيف احمد، مرجع سابق، ص(88). محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص(579-580).

(2) د. علي أحمد المهداوي، د. اسماعيل كاظم العيساوي، مرجع سابق، ص(525).

(3) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص(530).

(4) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص(578).

(5) د. هايدي عيسى حسن علي حسن، مرجع سابق، ص(699).

والعملة الافتراضية ليست أداة تبادل ولا أداة دفع نهائي؛ لأنه لا يتم إلغاء قيمتها حتى لا تنسخ من أداة إلى أداة كما يحصل عن طريق طرف ثالث متحكم في الحوالات النقدية الصادرة عن بطاقة الفيزا مثلاً⁽¹⁾.

ووسائل التبادل " أدوات الدفع الأولي كالشيكات وبطاقات الائتمان " وان كانت تؤدي إلى العملية المالية إلا إنها تتطلب عملية اضافية من قبل مصدرها تتمثل في الدفع النهائي، والذي لا يتم بعده أي مطالبه قانونية، ولا شك ان العملات الافتراضية بمفهومها العام ووصفها الحالي لا تعتبر أداة تبادل ولا أداة دفع نهائي، لأنه لا سبيل لتحصيل الاموال "النقود الحقيقية" في اخر المطاف، بمعنى لا يتم توفير هذه النقود لصالح الجهة المستفيدة، حتى لا تنسخ من أداة إلى أداة⁽²⁾.

رابعاً: العملات الافتراضية وسيلة دفع في شكل نقود خاصة: يبدو ان التكيف الاقوى وهو ما رجحه الكثير ان العملات الافتراضية تعتبر وسيلة دفع ونقود جديد من نوع خاص، نظرا لإمكانية قيامها بشكلها الحالي بجزء من وظائف النقود، فضلا عن تعامل كثير من الافراد والمتاجر والمواقع الالكترونية بها، في انتظار ضبطها ووضع الأطر القانونية والتنظيمية لتداولها باعتراف وموافقة المؤسسات المالية وحكومات الدول، وفي انتظار ذلك تظل العملات الافتراضية في رأينا تفتقد للمقومات القانونية والتنظيمية والفنية لاعتبارها عملية قابلة للتداول بصفة رسمية وشرعية، ان إمكانية قيامها بوظائف النقود ولو بشكل جزئي بالشكل الحالي وبشكل أكبر مستقبلا، وذلك اذا خضعت للمتطلبات القانونية والامنية وتم تدارك العيوب التقنية، فهذا يؤدي الى اعتراف الدول بوجودها في الاسواق ضمن الاطر والانظمة الحاكمة لكل دولة⁽³⁾.

وعليه نرى بأن العملات الافتراضية الرقمية هي عملات خاصة تتطور خارج نطاق سلطة الدولة، ودون المرور بالمسالك المعتمدة لتداول العملات التي لها سعر قانوني، وفي مجال جغرافي اكثر اتساعا، من خلال استعمالها لشبكات مفتوحة بشكل يجعلها لا تحتاج إلى الاستعانة بوسيط، فافتقاد العملات الافتراضية الرقمية لتنظيم قانوني محكم أدى إلى احتدام النقاش الفقهي بخصوص طبيعتها القانونية بالرغم من تقديم العديد من التكييفات القانونية، غير أن الحقيقة القانونية الوحيدة التي يمكن الجزم بها، أن تداول العملات الافتراضية يُعتبر تصرفا قانونيا يدخل في دائرة الانشطة التجارية المنصبة على التعامل بالأموال المعنوية وتقديم الخدمات المالية.

المطلب الثاني: الموقف الدولي والوطني تجاه العملات الافتراضية

تمهيد وتقسيم:

أدت التطورات في صناعة العملات الرقمية إلى استجابات متنوعة من المشرعين في مختلف أنحاء العالم، فركزت كل جهة على جزء معين من عالم التشفير، وفي مجال تداول هذه العملات تركز القوانين على الطريقة التي يتم بها تداول العملات الرقمية، وقد بدأت بعض الدول في إصدار قوانين جديدة في هذا الإطار، ونستعرض مدى الاستجابة الدولية للعملات الافتراضية من خلال الفرع الاول، ونتناول عدد من النماذج العربية في التعامل مع العملات الافتراضية في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مدى الاستجابة الدولية للعملات الافتراضية

(1) د. خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 77، ود. د. شريف غنام، محفظة النقود الالكترونية "رؤية مستقبلية"، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003، ص 119. ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص (530).

(2) محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص (537-538).

(3) ظلال أم الخير أحمد تيسير كعيد، مرجع سابق، ص (531).

نظرا لطبيعة العملات الافتراضية وعدم وجود بنك مركزي أو مؤسسة حكومية أو دولية رسمية تصدر هذه العملة وتنظم تعاملاتها فهي لا تخضع لأي تشريع وليس لها أي اطار او حماية قانونية، وبالتالي يتعين من أجل تحديد طبيعتها القانونية ان بين حجم ودرجة تبنيها من قبل افراد المجتمع الدولي، حيث ان حادثة العملات الافتراضية وتعقيدها التقني، وكونها غير مدعومة من البنوك المركزية أو ايه جهة رقابية حكومية مثل العملة التقليدية كان موقف الدول والمنظمات الحكومية وغير الحكومية متباينا بشأن السماح باستخدامها وتداولها، ولمواجهة مثل هذه المستجدات اتخذت مجموعة من التدابير تقدمت بها هيئات عالمية كانت بدورها متباينة بين مرحب بهذه العملات ومتشائم منها:

-**صندوق النقد الدولي:** صرحت امينته العامة "كريستين لا غارد": "أن الصندوق نظر في مسألة العملات الرقمية بشكل عام دون تقييمات تتعلق بمناطق معينة، ونرى هناك منافع قد تحققها العملات المشفرة والتكنولوجيا التي تقوم عليها... لكن هذه العملات يمكن أن تشكل مخاطر كبيرة باعتبارها أدوات محتملة لغسل الاموال وتمويل الارهاب والتهرب الضريبي والاحتيال، ونحن نرى- على لسان لا غارد دائما- ان العملات المشفرة ينبغي أن تخضع لإجراءات تنظيمية ورقابية ملائمة ومن أهم هذه التحديات التي ستواجه السلطات في أي بلد، هي كيفية احتواء المخاطر دون خلق الابتكار ويمكنها اعتماد مناهج تنظيمية ورقابية محددة في التعامل مع العملات المشفرة بناء على تقييمها للمخاطر وسيكون من الضروري في هذا الصدد زيادة المناقشات وتوثيق التعاون على الصعيد الدولي"⁽¹⁾.

ألمانيا: تعد أولى الدول التي اعترفت رسميا بأن البيتكوين نوع من النقود الالكترونية، وهو ما سمح للحكومة الألمانية بفرض ضريبة على ارباح الشركات التي تتعامل بهذه العملات، كما منحت محكمة العدل الأوروبية هذه العملة بعض الشرعية في اكتوبر 2015م، عندما حكمت باعتبار البيتكوين عمله تقابل السلعة، وبالتالي فهي معقاه من ضرائب القيمة المضافة عندما يبادل اليورو مقابل البيتكوين⁽²⁾.

-**الصين:** حيث كانت من أكبر أسواق العملات الافتراضية في العالم، فقد منعت التعامل بالبيتكوين في اواخر عام 2017م على الرغم من انها تتطلع قبل هذا التاريخ لان تكون رائدة تكنولوجيا البلوك تشين⁽³⁾.

-**امريكا:** منعت البيتكوين مع امكانية تتبع الاشخاص التي تقوم بطرح تداولات بها تزوير او تعاملات غير مسجلة لأنها تؤثر على استقرار السوق⁽⁴⁾.

-**صندوق النقد العربي:** وهو الذراع الفني في المجال المالي والنقدي لجامعة الدول العربية، له موقف واضح حول هذه العملات لصعوبة تحديده في هذه المرحلة من التعامل مع العملات الافتراضية، وقد صرح رئيس مجلس الصندوق خلال الدورة العادية (41) لمجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربي المنعقد في دولة الامارات العربية المتحدة " ان التنامي الكبير في استخدام العملات الافتراضية في الآونة الأخيرة يفرض تحديات على البنوك المركزية العربية، ولعل تنامي استخدام العملات الافتراضية بما في ذلك على صعيد التحويلات عبر الحدود وتداعيات ذلك على استقرار القطاع المالي والمصرفي، يفرض تحديات على المصارف المركزية"⁽⁵⁾.

هذه بعض النماذج التي تبين التباين الواضح في المواقف اتجاه العملات الافتراضية والتي تعكس حجم التخوف الذي يحيط بسوق هذه العملات، وهو ما يبرر رفض غالبية الدول لها.

(1) عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي، مرجع سابق، ص(24). هايدي عيسى حسن علي حسن، ص (716).

(2) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص(555).

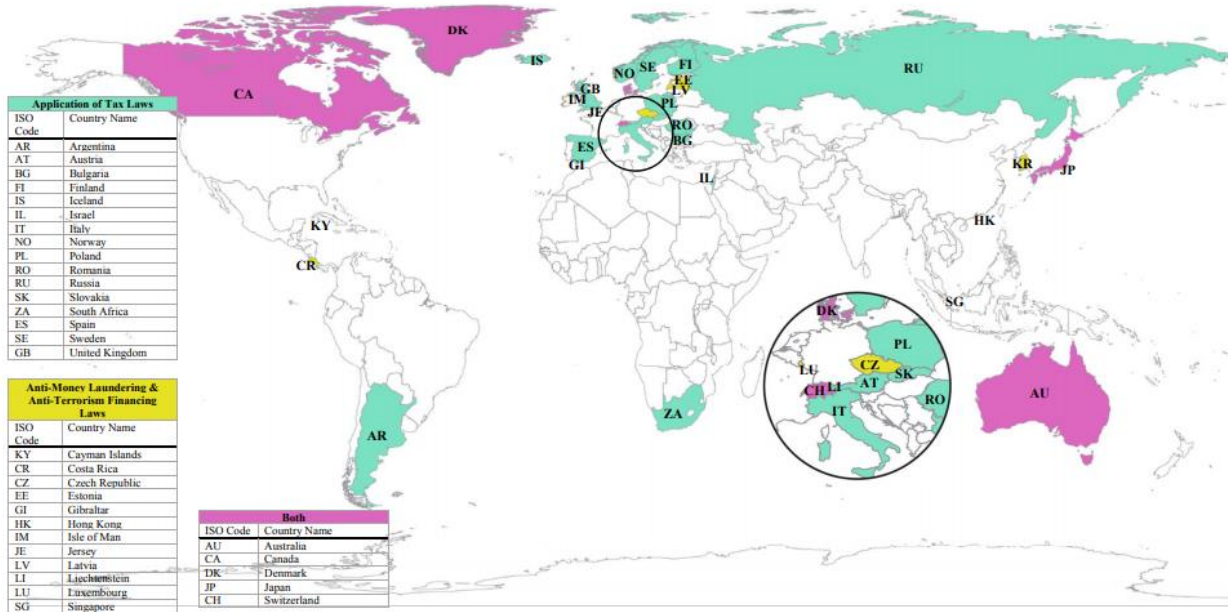
(3) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص(555). د. طارق محمد السقا، مرجع سابق، ص (870).

(4) عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحوث، مرجع سابق، ص(44-45).

(5) د. بلاق محمد، مرجع سابق، ص(555).

صورة توضيحية للإطار التنظيمي الذي تخضع له العملات الرقمية⁽¹⁾

Regulation of Cryptocurrency Around the World



Regulatory Framework for Cryptocurrencies:

Application of Tax Laws, Anti-Money Laundering/Anti-Terrorism Financing Laws, or Both



Source: Created by the Law Library of Congress based on information provided in this report.

الموقف التشريعي للدول من العملات الافتراضية:

تنقسم الدول في شأن الموقف من العملات الافتراضية وفقا لما تم نشره في موقع "هاو ما تش" مدعوما بخريطة توضح مدى قبول مختلف الدول حول العالم للعملات الافتراضية "البيتكوين خصوصا" بين الدول التي تحظر هذا النوع من العملات، والدول التي وضعت قيودا على تنظيم استخدامها، والدول الداعمة والمؤيدة لاستخدامها، وكذلك الدول التي اتخذت موقفا محايدا من هذه العملات⁽²⁾:

- تعتبر روسيا أكبر الدول التي تحظر العملات الافتراضية وبشكل خاص عملة البيتكوين تليها بوليفيا والاكوادور، وأفغانستان والجزائر والمغرب.

- دول وضعت قيود على تنظيم استخدامها: الصين المكسيك زامبيا موريشيوس وجزر المالديف والسعودية ومصر.

- الدول الداعمة للعملات الافتراضية: الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، استراليا، البرازيل، تشيلي، جنوب افريقيا، كوبا، أيسلندا، النرويج، اليابان ونيوزلندا، وبريطانيا، أيرلندا، فرنسا، إيران، تركيا، تاوان، هونغ كونج، ليبيا، العراق.

- الدول التي اتخذت موقفا محايدا من العملات الافتراضية: كازخستان، الهند، باكستان، كينيا، الجابون، فنزويلا، كولومبيا، بيرو، بارجواي، الأرجنتين، فيتنام، ماليزيا، اندونيسيا، وتونس.

- الموقف الرسمي: لا يوجد تشريع يجرم التعامل بالعملات الافتراضية.

⁽¹⁾ تقرير قانوني تحت عنوان "تنظيم العملات الرقمية حول العالم" - يونيو 2018 - مكتبة الكونجرس الأمريكي

⁽²⁾ محمد الهادي المكنوزي، مرجع سابق، ص(604).

أطلقت البنوك المركزية باعتبارها الجهات العليا المختصة بتنظيم القطاع المصرفي⁽¹⁾ تحذيراتها بشأن التعامل بالعملات الافتراضية .

أما من الناحية الشرعية: فقد أصدرت دار الإفتاء بياناً تحرم فيه تداول العملة الرقمية المشفرة "بيتكوين"، والتعامل معها بالبيع والشراء والإجارة والاشتراك فيها. وقال مفتي مصر، إن السبب يعود إلى "عدم اعتبارها كوسيط مقبول للتبادل من الجهات المختصة، ولما تشتمل عليه من الضرر الناشئ عن الغرر والجهالة والغش في مصرفها ومعيّارها وقيمتها، فضلاً عما تؤدي إليه ممارستها من مخاطر عالية على الأفراد والدول"⁽²⁾.

رغم تحذيرات البنك المركزي المصري المتكررة من التعامل على العملات الافتراضية مثل "البيتكوين" فإن الوضع على أرض الواقع يشير إلى اختراق المصريين هذا المجال بقوة من خلال وسطاء داخل وخارج مصر، وبالرغم من تحذيرات البنك المركزي المصري من التعامل في كافة أنواع العملات الافتراضية المشفرة ومنها البيتكوين، إلا أن ذلك لم يمنع ظهور بؤادر انتشارها في مصر.

وأرجع البنك المركزي ذلك إلى عدم اتخاذ إجراءات حاسمة نحو إقرار عدم مشروعية هذه العملات، حيث لم تعلن الحكومة المصرية أو مجلس النواب عن إصدار قانون يمنع رسمياً التعامل بالبيتكوين أو غيره من العملات الرقمية ويفرض عقوبة على المتعاملين بها مع توضيح كامل لمبررات الموقف المصري، من حيث مدى خطورة تداول هذه العملة على الموقف المالي لكل من الأفراد والاقتصاد المصري برمته.

بالإضافة إلى انقسام دول العالم سواء المتقدم أو النامي حول الاعتراف الرسمي بهذه العملة. فقد أعلنت كل من ألمانيا واليابان الاعتراف رسمياً بالبيتكوين كعملة رقمية، كما فرضت ألمانيا ضرائب على أرباح الشركات من الاتجار في البيتكوين، وسمحت كندا بتداول البيتكوين وإن كانت لم تعترف به رسمياً. أما إنجلترا فهي في طريقها إلى إصدار عملة رقمية مشفرة مرتبطة بالإسترليني، مما يعني قبولها لهذا النوع من العملات عموماً.

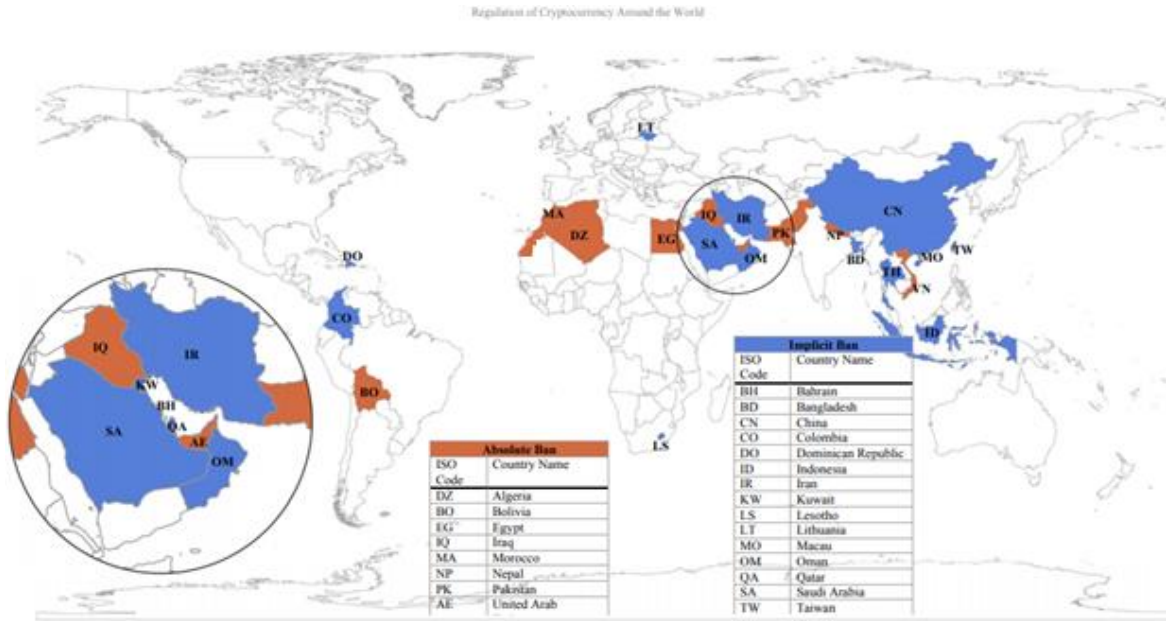
⁽¹⁾ جاء نص تحذير سلطة النقد الفلسطينية "البنك المركزي" على النحو الآتي:

"يهدف الحفاظ على نظام مالي مستقر ومتين، وحرصاً من سلطة النقد على الحفاظ على أموال المواطنين، فإنها تحذر المواطنين من التعامل بما يسمى العملات الافتراضية بكافة أشكالها وخصوصاً البيتكوين، وذلك لما تحمله هذه العملات من مخاطر مرتفعة جداً كونها غير مضمونة من قبل أية جهة كانت وهي عالية التذبذب الأمر الذي قد يلحق خسائر مالية فادحة بالمتعاملين بها، إضافة إلى أن كافة الجهات والأطراف التي تقدم وتتعامل بهذه العملات غير خاضعة أو مرخصة من قبل أي جهة رقابية.

وعليه فإن سلطة النقد تدعو المواطنين لعدم التعامل بهذه العملات سواء بهدف الاستثمار أو الادخار أو التبادل التجاري أو غيرها من المعاملات المالية، وذلك حماية لهم من التعرض آلية خسائر أو مخاطر مالية".

⁽²⁾ دار الإفتاء المصرية: فتوى حول "تداول عملة البيتكوين والتعامل بها"، الرقم المسلسل (4205)، صدرت الفتوى بتاريخ 2017/12/28م.

صورة توضيحية للوضع القانوني للعملات الرقمية⁽¹⁾



Legal Status of Cryptocurrencies

Source: Created by the Law Library of Congress based on information provided in this report.



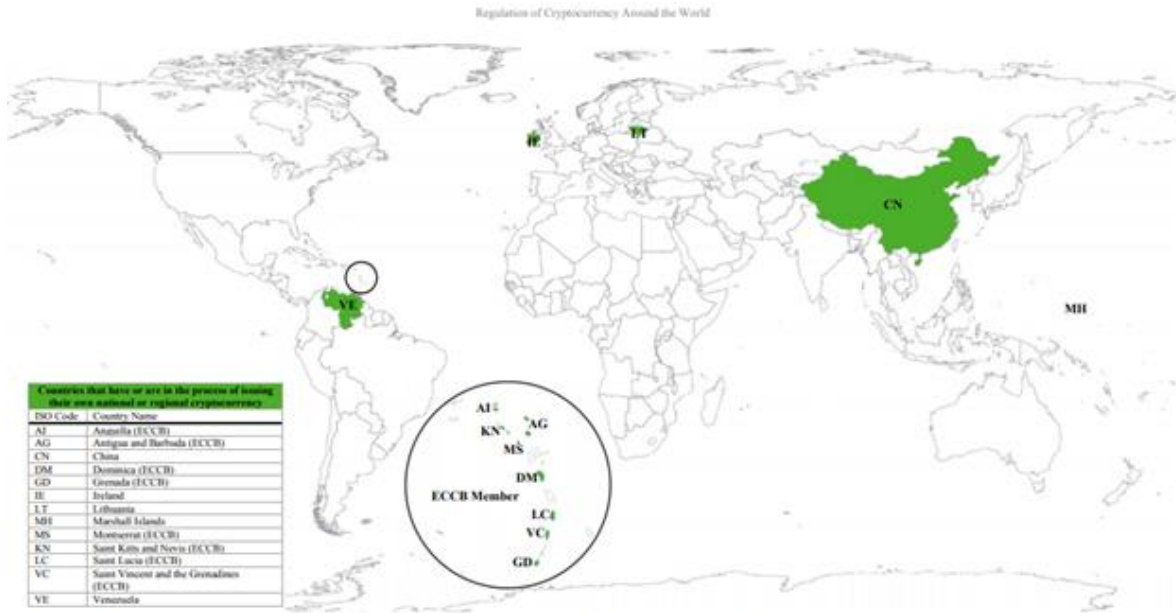
الفرع الثاني : نماذج عربية في التعامل مع العملات الافتراضية

1- لبنان: حيث بدأت لبنان التحضير لإطلاق عملتها الرقمية، على أن تكون صادرة من البنك المركزي، وأن يكون استعمالها محليا فقط، والهدف منها تسهيل أساليب الدفع وتفعيل التكنولوجيا المالية وتوفير الكلفة على المستهلك، وسيكون البنك المركزي في لبنان، مسؤولا عن إصدار العملة الرقمية، ومشرفا على تعاملاتها بين العملاء والبنوك العاملة في السوق المحلية.

2- قطر: "اي- دينار I-DINAR": أطلقت الدوحة في وقت سابق منصتها الإلكترونية لتبادل العملات الرقمية المدفوعة والتي تحمل اسم «أي دينار»، وذلك على هامش فعاليات مؤتمر الدوحة الخامس للمال الإسلامي، ولا تعتبر منصة "اي- دينار I-DINAR" عملة رقمية فحسب، بل لها مقابل عيني حقيقي من الذهب، وعلى هذا النحو لا يعد رمز I-Dinar الرقمي شكلا من أشكال محفظة الذهب الإلكترونية لكن يمكن استخدامه كقاسم مشترك لتنفيذ وتسوية العديد من العمليات المالية وأعمال الصرف والتجارة.

⁽¹⁾ تقرير قانوني تحت عنوان "تنظيم العملات الرقمية حول العالم" - يونيو 2018 - مكتبة الكونجرس الأمريكي

صورة توضيحية للدول التي لديها أو بصدد إصدار عملات رقمية وطنية أو إقليمية⁽¹⁾.



Countries that Have or Are Issuing National or Regional Cryptocurrencies

Source & Note: Created by the Law Library of Congress based on information provided in this report. As discussed in the report, the Eastern Caribbean Central Bank (ECCB), which is the monetary authority for eight island economies in the Eastern Caribbean Currency Union, has entered into an agreement for the development of a digital currency for member states.

⁽¹⁾ تقرير قانوني تحت عنوان "تنظيم العملات الرقمية حول العالم" – يونيو 2018 – مكتبة الكونغرس الأمريكي

الخاتمة

تناول البحث موضوعاً حيويًا أصبح حديث الساعة؛ العملات الافتراضية "المشفرة أو المُعمّاة"، وهو موضوع جد شائك ومعقد؛ أضى محل أنظار وتعامل الكثيرين ممن وقعوا في حلم الحصول على الثروة بدون جهد أو مقومات.

وعلى الرغم من سطوع نجم هذه العملات في الأفق فإن الحقيقة هي أن موضوعها ما زال بحاجة لأن يُكشف الستار عن كثير من أبعاده؛ وبخاصة بعدما لم يحل الغموض المحاط بهذه العملات من ذيوعها المستعر. وعليه فالوضع القائم أضى ذا حاجة ماسة إلى تنظيم شامل لكافة جوانب هذه العملات؛ من ذلك التنظيم الشرعي والتشريعي والمصرفي، مع الاعتراف بأن موضوع الدراسة لا يوفيه حقه لا بحث ولا حتى أبحاث، بعدما برحت تبعات هذه العملات قيد البحث والمراجعة.

وإذعائاً منا للشروط الشكلية للبحث؛ فقد سَعِيتُ إلى معالجة مسألة العملات الافتراضية في جانبها القانوني، محاولاً تناول ما ارتأيت أن فكرته تصقل البحث وتوصله بدون إسهاب أو إيجاز - وعساني أكون قد وفقت - يحدوني الأمل في أن يسهم البحث في حماية حقوق المتعاملين بهذه العملات ومن غُرر بهم، وكذا ردع المحتالين بإيجاد العقاب المناسب عبر تدخل الجهات المختصة. وبغض النظر كون الحكومات ذاتها ستُقر التعامل بهذه العملات أولاً، فإننا ندرك أن هذا شأن جلل يتعين أن يسبقه ضرورة تحري الدقة في ظل المخاطر المحيطة بهذه العملات؛ حتى وإن حملت هذه المخاطر نفسها بُعداً إيجابياً في بعض أحوالها.

وفي سبيل ذلك استُهل البحث بمقدمة اشتملت على إطلالة على موضوع الدراسة وأهميتها، ثم إشكاليات الدراسة وأهدافها، تبعها عرض لمنهجية الدراسة، وبيان حدودها التي رُسمت لها، ثم عرض المنهج الأنسب الذي سلكته، مُكللة ما سبق بتوضيح خطتها.

وقسّمت الدراسة بعد ذلك إلى مبحثين؛ أولهما: سعى ليضع اللبنة الأولى من لبنات البحث مبيّناً ماهية العملات الافتراضية وطبيعتها القانونية، وكذا سبل التمييز بينها وبين العملات الأخرى، وتوضيح ما للعملات الافتراضية وما عليها، مع التطرق لآلية عملها؛ لتكون جل هذه المسائل نقطة انطلاق إلى فكرة البحث الأساسية التي ما كان لنا أن ندخل فيها دون هذه التوطئة.

واشتمل ثانيهما: على صلب الموضوع؛ شارحاً مدى قانونية العملات الافتراضية من الناحيتين النظرية والواقعية، وموضحاً مدى تطبيق قواعد القانون على هذه العملات، ثم مبيناً أحدث مواقف دول العالم من العملات الافتراضية، كما لم يفث الدراسة تأكيد أهمية دور التعاون الدولي بخصوص العملات الافتراضية.

وبعد أن وصلت - بحمد الله ومنته - لهذه المرحلة، أحمل إليه من نتائج وتوصيات فيما يلي:

أولاً: أبرز نتائج الدراسة:

- من الممكن استخدام العملات الافتراضية بشكل إيجابي في ظل حاجة السوق لها، بشرط توفير غطاء قانوني يوفر حماية للمستثمرين، ويضمن عدم استخدامها في الجريمة بكل أشكالها، حيث أن هناك مشكلة سيولة في العالم أجمع، ويمكن أن تحل هذه العملات الإشكالية، خصوصاً أن هناك كثيراً من الأشخاص لا يمكنهم استثمار المبالغ البسيطة، وهذا ما توفره عملية تداول العملات الرقمية.

- من بين أبرز التحديات المعاصرة التي تواجه التصدي للإرهاب اعتماد التنظيمات الإرهابية على التقنيات التكنولوجية الحديثة، سواء في التسليح أو في استقطاب عناصر موالية جديدة أو حتى في عمليات التمويل والدعم، سواء ذلك الدعم الذي تحصل عليه التنظيمات من دول وجهات داعمة للإرهاب، أو ذلك الذي تجنيه بنفسها من خلال استغلال

ثروات المناطق التي كانت تلك التنظيمات تسيطر عليها، وكذا عمليات غسيل الأموال بالتواطؤ مع دول وجهات صاحبة مصلحة تُسهل تلك العمليات.

-العملات الافتراضية تمثل ممراً خلفياً لتمويل الإرهاب بعيداً عن أعين الرقابة ورصد التدفقات المالية عبر البنوك المركزية والجهات ذات الصلة، وعلى رغم ما تتمتع به تلك العملات من مزايا باعتبارها إحدى منصات التمويل الحديثة التي يمكن توظيفها بصورة إيجابية، إلا أن عدم خضوعها لرقابة حقيقية يجعلها فرصة أمام التنظيمات الإرهابية والدول الداعمة للإرهاب كأداة تمويلية جديدة.

-ثمة العديد من الشواهد المرتبطة باستخدام وتوظيف العملات الافتراضية في دعم وتمويل الإرهاب، تدفع إلى دق ناقوس الخطر بشأن مخاطر تداول تلك العملات في إطار بعيد عن الرقابة على رغم ما تتمتع به من مزايا مختلفة، والعملات الافتراضية تعد من العملات التي يصعب تتبع قيودها ومعرفة الممولين والممولين بها، كما أنها لا تخضع لرقابة البنوك المركزية ومعايير ومتطلبات إصدار وتداول العملات التقليدية، لذا يمكن القول إنها إحدى أدوات «التمويل القذر» الذي يسعى طرفا العلاقة إلى إخفاءها عن الجهات الرقابية وإخفاء كل من له علاقة بها، وربما يكون هذا الأمر من مسببات ازدهارها عالمياً.

-الخطورة في العملات الرقمية تكمن في كونها عملات لا تمارس البنوك المركزية أية رقابة عليها، وبالتالي عملية تمويل الإرهاب وغسيل الأموال وأية أنشطة مشبوهة وغير شرعية يُمكن أن تتم من خلالها، على أساس عدم وجود رقابة عليها، وبالتالي يتم استخدامها في أية تجارة غير مشروعة.

- ضعف البنية التحتية لهذه النقود مما جعلها عرضها لتقلبات حادة في أسعارها عند أدنى المواقف والأحداث الاقتصادية.

- أن عدم وجود جهة مركزية تنظم عمليات إصدارها وتدعمها وتحميها عند الأزمات ساهم في زيادة التذبذبات في أسعار صرفها.

-أن التصدي والمنع للعملات الافتراضية لا يمكن أن يستمر لفترة طويلة حيث من المتوقع أن تنتشر هذه العملات بصورة كبيرة في المستقبل.

ثانياً: التوصيات:

-يتعين توسيع نطاق القوانين المتعلقة بغسل الأموال وتمويل الإرهاب لتشمل منصات التعامل بالعملات الافتراضية - يتعين على المستوى الاجرائي تدخل السلطات المصرفية والمالية المعنية، قصد إقرار نظام لمنح التراخيص المتعلقة بمنصات تداول العملات الافتراضية، مما من شأنه ان يسمح باعتماد نظام للرقابة المسبقة.

-خلق آلية وطنية للتعب العملات الافتراضية داخليا ودوليا .

وينبغي اتخاذ عدد من التدابير الاستباقية والإجراءات الاحترازية للحد من التبعات السلبية لاستخدام العملات الافتراضية، خاصة البيتيكوين، ومنع توظيف الجماعات والمنظمات الإرهابية للميزات النسبية التي توفرها هذه العملات. ومن بين تلك الإجراءات:

- على الدولة ايجاد التشريعات اللازمة لتنظيم التعامل بالعملات الافتراضية ووضع القوانين التي تساهم في تجريم مرتكبي الجرائم المتعلقة بهذه العملات.

- العمل على وضع تشريعات وضوابط قانونية تنظم عملية تداولها، لحفظ حقوق المتعاملين بها.

- إجراء العديد من الدراسات الفنية للتوصل إلى قرار مبني على أسس علمية سليمة ويتواءم مع المتغيرات العالمية، وذلك في ضوء ما تم طرحه من عدم الإجماع الدولي على مدى أمان أو خطورة التعامل في مثل هذه العملات.
- حث الجهات المصرفية على توفير معلومات كافية عن آليات الاستثمار في العملات الرقمية وإيجابياتها ومخاطرها.
- تعزيز الوعي المجتمعي بمخاطر المواقع المروجة لتلك العملات، ووسائل التواصل الاجتماعي، دون التأكد من ترخيصها، وتوخي الحذر في التعامل بتلك العملات قبل معرفة مصادرها، أو استخدامها في أعمال غير مشروعة.
- توفير برامج تدريبية وورش عمل متخصصة للطواقم العاملة في المؤسسات الأمنية و المدنية ذات الاختصاص حول كيفية التعامل مع الجرائم التي تنتج عن استخدام العملات الافتراضية.
- دراسة الاتفاقيات والقرارات الدولية والاقليمية فيما يتعلق بمكافحة جريمة تمويل الارهاب وتوصيات فريق العمل المالي الدولي "Financial Action Task Force (FATF)" وتوجيهات الاتحاد الاوروبي⁽¹⁾ ومجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا "Middle East & North Africa Financial Action Task Force".
- إخضاع العملات الافتراضية إلى رقابة البنوك المركزية كإحدى منصات التمويل، ووضع محاذير واضحة وضوابط لعدم استغلالها في تمويل الإرهاب، بحيث يتم منح تراخيص للمتعاملين بها تحت رقابة البنوك المركزية.
- إصدار عملة وطنية رقمية مشفرة باستخدام تقنية «بلوك تشين»، وتشكيل لجنة وطنية عليا لتطوير القوانين والتشريعات، ووضع إطار قانوني لتنظيم تداول هذه العملات وفق استراتيجيات وطنية للتعاملات الرقمية، وتعديل قوانين غسل الأموال ومكافحة الإرهاب بإدراج مواد تمنع استخدام العملات الرقمية في تمويل هذه الجرائم أو توفير غطاء لها.
- ضرورة وجود تنسيق وتعاون نقدي دولي يعمل على وضع الأطر الكفيلة بحماية المتعاملين بهذه النقود.
- العمل على صياغة قوانين تضبط إصدار هذه النقود وآليات تداولها على المستوى الدولي.
- سرعة قيام سلطة النقد بإصدار توجيهات ارشادية توعية تبين مخاطر هذه العملات، مع إصدار تعليمات إلزامية تمنع تداول هذه العملات على المستوى المحلي، لحين الوصول لضوابط دولية بشأنها.

⁽¹⁾ صدر قرار الاتحاد الأوروبي الخامس لمكافحة غسل الأموال وأصبح ساريًا يوم ٩ يوليو، حسبما ورد في تقرير كوينتيليغراف ألمانيا يوم ١٠ يوليو. وستضع التدابير ضمن التوجيه إطارًا قانونيًا جديدًا للمراقبين الماليين الأوروبيين لتنظيم العملات الرقمية من أجل الحماية من غسل الأموال وتمويل الإرهابيين. فإن القواعد الجديدة تسن شروط الشفافية الأكثر صرامة الموجهة نحو استخدام "المدفوعات مجهولة الهوية من خلال البطاقات مسبقة الدفع" و "منصات صرف العملات الافتراضية" لأغراض غسل الأموال أو تمويل الإرهاب. حيث ذكرت المفوضية الأوروبية ما يلي: "يزيد التوجيه الخامس لمكافحة غسل الأموال من التعاون وتبادل المعلومات بين مكافحة غسل الأموال (AML) والمشرفين الحذرين، بما في ذلك مع البنك المركزي الأوروبي".

كما تكتب المفوضية أنه من أجل ضمان الحماية المناسبة ضد الاستخدام المحتمل غير المشروع للعملات الرقمية، ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة على مراقبة كيفية استخدامها: "لأغراض مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب (AML/CFT)، ينبغي أن تكون السلطات المختصة قادرة، من خلال الكيانات المزمرة، على مراقبة استخدام العملات الافتراضية".

ومن أجل أن يتمكن المنظّمون من مراقبة العملات الافتراضية بشكل فعال، تقول اللجنة أنه ينبغي أن يكون المنظّمون قادرين على ربط عناوين العملات مع المالكين، ويجب أن يشكّلوا آلية للإبلاغ الذاتي: "مكافحة المخاطر المتعلقة بعدم الكشف عن الهوية، ينبغي أن تكون وحدات الاستخبارات المالية الوطنية (FIUs) قادرة على الحصول على معلومات تسمح لها بربط عناوين العملات الافتراضية بهوية مالك العملة الافتراضية. وبالإضافة إلى ذلك، ينبغي مواصلة تقييم إمكانية السماح للمستخدمين بالكشف عن أنفسهم للسلطات المعنية على أساس طوعي".

مع ذلك، سيتم استبعاد ما يسمى "العملات المحلية"، التي تستخدم فقط إلى حدٍ محدود (مثل داخل مدينة أو منطقة) أو من قبل عدد قليل فقط من المستخدمين، من التصنيف كعملات افتراضية بموجب التوجيه الجديد. كما قدمت مفوضية الاتحاد الأوروبي ملخصًا للتوجيه الجديد في تقريرٍ رسمي نُشر بشكل منفصل. مع تصاعد التوجيه الجديد، لدى الدول الأعضاء الآن ١٨ شهرًا لاعتماد التشريع الجديد لقوانينها الوطنية الخاصة. وكانت المجموعة المكونة من ٢٨ عضوًا قد وافقت على شروط التوجيه الجديد في أبريل من هذا العام.

المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب:

- د. احمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان ، 2008م.
د. نسرين عبد الحميد نبیه، الجانب الالكتروني للقانون التجاري ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008م.

ثانياً: الرسائل العلمية:

عبد الله ناصر عبيد نصيري الزعابي: التنظيم القانوني للعملات الرقمية المستحدثة في التشريع الإماراتي والمقارن "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م.

ثالثاً: الأبحاث العلمية:

1. د. أحمد إبراهيم دهشان، العملات الافتراضية إشكالياتها وآثارها على الاقتصاد المحلي والعالمي، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
2. د. أحمد معبوط ، الآثار الشرعية لتداول النقود الافتراضية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
3. د. أشرف توفيق شمس الدين، مخاطر العملات الافتراضية في نظر السياسة الجنائية بين الشريعة و الواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
4. د. بلاق محمد: العملات الافتراضية في التشريع الجزائري... الواقع والآفاق ، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
5. د. جمال عبد العزيز عمر العثمان: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية والموقف التشريعي منها، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة "مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
6. د. حكوم السنية، د. بأحمد رفيس ، مالية العملة الافتراضية ومدى انطباقها على النقود من حيث الوظائف (البتكوين أنموذجاً)دراسة شرعية اقتصادية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة، 2019م.

- الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
7. د. لمياء محمد رسلان: مالية العملات الافتراضية وآثارها الشرعية " حالة البتكوين نموذجا"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
8. د. طارق محمد السقا، بين مطرقة التسارع التكنولوجي وسندان المخاطر التقنية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
9. د. عبد العزيز شويش عبد الحميد، د. ابراهيم محمد أحمد، أثر العملات الافتراضية في السياسة النقدية للبنوك المركزية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
10. د. علي أحمد المهداوي، د. اسماعيل كاظم العيساوي، أبعاد العملة الافتراضية، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
11. د. عويسي أمين، د. معتوق جمال، د. العيفة عبد الحق، مستقبل النقود في العالم الإسلامي "الدينار الإسلامي المشفر"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
12. د. كمال النيص: دور العملات الافتراضية في تمويل الارهاب " بحث مقدم للندوة العلمية حول "العملات الافتراضية وسيلة لتمويل الارهاب"، والتي نظمتها معهد فلسطين لأبحاث الأمن القومي، رام الله - فلسطين، 2019م.
13. د. محمد الهادي المكنوزي، صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية "دراسة على ضوء موقف المشرعين الفرنسي والاوروبي"، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
14. د. محمد ربيع محمد صابر الحافي، العملات الرقمية بين الشريعة و الواقع، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان

- "، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
15. د. محمد مطلق محمد عساف: "من التحديات التي تواجه المصارف الاسلامية سوق العملات الافتراضية"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثامن لكلية الشريعة بجامعة النجاح الوطنية بعنوان "الصيرفة الاسلامية في فلسطين بين الواقع والمأمول، نابلس، فلسطين، 2018م
16. د. محمود احمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الاعمال المصرفية الالكترونية واهم تطبيقاتها، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003.
17. د. نصر الدين أحمد محمد سراج، محددات الإفصاح عن آثار التغيرات في أسعار صرف العملات الافتراضية في التقارير المالية لمنشآت الأعمال، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.
18. د. هايدي عيسى حسن علي حسن، الحاجة لمظلة تشريعية لمارد الدفع الرقمي الحاضر والمستقبل، بحث مقدم لـ المؤتمر الدولي الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة الشارقة بعنوان "العملات الافتراضية في الميزان"، والتي نظمتها جامعة الشارقة " مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، الشارقة، دولة الامارات العربية المتحدة، في الفترة: من 16 - 17 إبريل 2019م، إصدارات جامعة الشارقة، 2019م.

رابعاً: الدوريات:

1. د. أكرم عبد الرزاق جاسم المشهداني: العملات الافتراضية، بحث منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية- الاكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، المجلد (26)، العدد الأول، 2018م.
2. د. سلوى محمود أبو ضيف احمد: النقود الالكترونية واثرها على المعاملات المالية "دراسة فقهية واقتصادية، المجلة العلمية لجامعة 6 أكتوبر، مجلد (4)، العدد (1)، الصفحات (83-91)، 2017م.
3. د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث: النقود الافتراضية مفهوماً وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، العدد (1)، كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية، يناير، 2017م.

المراجع الاجنبية:

1. European Central Bank (1998), " Report on electronicmoney". Frankfurt , Germany , August.
2. European Commission " proposal for European parliament and council Directives on the taking up , the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution " Brussels ,1998, COM(98)727. .
3. Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz National Security Implications of Virtual Currency: Examining the Potential for Non-state Actor Deployment, Published by the RAND Corporation, Santa Monica, Calif, 2015.

رقابة القضاء الدستوري الفلسطيني على القوانين الأجنبية السارية في فلسطين

تعليقاً على الحكم الدستوري رقم 1 لسنة 2014 الصادر من لدن المحكمة العليا الفلسطينية

بصفتها محكمة دستورية بجلسة 2014/05/26م

Palestinian constitutional control over foreign laws in force in Palestine

Comment on Constitutional Judgement No. 1 of 2014 issued by the
Palestinian Supreme Court as a court the hearing 26/05/2014

محمد خالد عوده، محامي، وباحث ماجستير، برنامج القانون الخاص، جامعة الأزهر بغزة

Mohammed Khaled Ouda, Lawyer and master's degree student in Private law Al_ Azhar University Gaza.

ملخص:

تعتبر المنظومة القانونية الفلسطينية منظومةً قانونية متنوعة، تشتمل على رزمةٍ من القوانين الأجنبية السارية على أراضيها حتى هذه اللحظة، نتيجة لما خلفته الحكومات المتتالية التي سيطرت عليها، وثارَت مسألة رقابة القضاء الدستوري على هذه القوانين وقضت المحكمة العليا بصفتها الدستورية في الحكم الدستوري رقم 1 لسنة 2014 الصادر بجلسة 2014/05/26م بأن رقابتها تكون مغلوطة عن بحث دستورية هذه القوانين على اعتبارها قوانين ليست وطنية، فكانت هذه الدراسة تعليقاً على هذا الحكم الذي خلصنا فيها إلى مجانية هذا القضاء للصواب.

الكلمات المفتاحية: الرقابة الدستورية، المحكمة الدستورية، القوانين الأجنبية.

Summary:

The Palestinian legal system is a diverse legal system, including on a package of foreign laws in force on its territory to date, as a result of what the successive governments I controlled, the issue of oversight of these laws by the constitutional judiciary arose, the Supreme Court ruled in its constitutional capacity in Constitutional Judgement No. 1 of 2014 of 26/05/2014, that its censorship is absent from the consideration of the constitutionality of these laws as non-national laws, this study was a comment on this judgement, in which we found that this justice was not right.

Keywords: Constitutional Control, Constitutional Court, Foreign Laws.

المقدمة

عانت المنظومة التشريعية الفلسطينية جانباً من التعقيد الشديد؛ وما ذلك إلا مَعْبَئة خضوع الشعب الفلسطيني لحكومات متعددة ومتنوعة عبر حقبة تاريخية متوالية، فقد خضعت فلسطين لحكم الدولة الإسلامية العثمانية التي طبقت قوانينها على الأراضي الفلسطينية والتي لا يزال منها ما هو مطبق حتى اللحظة مثل مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ المأخوذة عن الفقه الحنفي. وبعد سقوط الدولة العثمانية ومع صدور قرار عصبة الأمم بتاريخ 24 يوليو 1922م خضعت فلسطين للانتداب (الاحتلال) البريطاني والذي فرض على الفلسطينيين رزمة من القوانين كانت على النسخ الإنجليزي، واتسمت هذه القوانين بالعسف والجور، وجاءت تخدم أهدافه الاستعمارية تمهيداً لإنشاء وطن قومي لليهود⁽²⁾، وهذه القوانين نسخت بعض القوانين السابقة وأبقت على بعضها ومن أشهر القوانين البريطانية التي طبقت على الأراضي الفلسطينية هو قانون العقوبات الفلسطيني ولا زال هذا القانون مطبقاً في قطاع غزة حتى هذه اللحظة، وبعد أن انتهى دور هذا الانتداب الظالم بتسليم ثلثي أراضي فلسطين التاريخية للكيان الصهيوني الغاشم قام الأخير بسن قوانين جديدة تخدم احتلاله وسلطانه الغاصب، وطبقها على الأراضي المحتلة، وخلال هذه الحقبة تبقى من فلسطين التاريخية جزئين منفصلين (الضفة الغربية وقطاع غزة)، خضعت الضفة حينها للحكم الأردني وأصبحت جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية، وخضع قطاع غزة للإدارة المصرية، في الضفة الغربية تم تطبيق القوانين الأردنية ومنها قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960م⁽³⁾ وقانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962م⁽⁴⁾ وتعديلاته، ولا زال العمل بهما ساريًا في أراضي الضفة الغربية حتى لحظة كتابة هذه السطور، هكذا حتى أنشأت السلطة الوطنية الفلسطينية عام 1994م التي ورثت منظومة تشريعية متنوعة الأشكال والألوان فصدر عن الرئيس الفلسطيني/ ياسر عرفات في حينه القرار رقم (1) لسنة 1994م⁽⁵⁾، والذي جاء في المادة (1) منه: "يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5م، في الأراضي الفلسطينية (الضفة الغربية وقطاع غزة)، حتى يتم توحيدها"، وعليه تم إلغاء معظم التشريعات الصادرة إبان فترة الاحتلال الإسرائيلي، وبقي العمل بكافة القوانين الأجنبية السابقة على أراضي السلطة الفلسطينية، إلى أن يتم تغييرها، وكان الأمل يرمي إلى نزع واجتثاث هذه القوانين الاستبدادية التي خلفها الاستعمار وإصدار قوانين موحدة تطبق على كل الأراضي الفلسطينية، وبعد أن جرت أول انتخابات سياسية عامة في الضفة وغزة لانتخاب رئيس للسلطة الوطنية الفلسطينية وأعضاء للمجلس التشريعي، كانت الخطوة الأولى لتوحيد النظام القانوني في فلسطين، وبالفعل تم إصدار العديد من التشريعات الفلسطينية تحمل

(1) مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293هـ، من مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني)، تاريخ المصدر: 1930، لم يرد ذكر الجهات التي وضعت والتي أصدرت النص ولا يوجد تاريخ توقيع، المقتضى منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegCard.aspx?id=3905>، تاريخ الزيارة 2021/07/05، الساعة 11:54م، بتوقيت فلسطين.

(2) جرادة، عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، الطبعة الثانية، غزة، مكتبة آفاق، 2013م، ص 47. الديراوي، طارق وآخرين، واقع النظام القانوني في قطاع غزة، (بدون رقم طبعة)، غزة، 2015م، ص 20.

(3) المطبق في المحافظات الشمالية، المنشور بتاريخ 1960/05/01م في العدد (1487) من الجريد الرسمية الأردنية (الحكم الأردني).

(4) المطبق في المحافظات الشمالية، المنشور بتاريخ 1962/01/25م، في العدد (1591) من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني).

(5) وهو قرار بشأن استمرار العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية حتى يتم توحيدها، المنشور في العدد (1) من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، بتاريخ 1994/11/20 صفحة (10).

لأول مرة الطابع الفلسطيني، إلا أن الظروف السياسية والعسكرية والدولية وانقسام البيت الفلسطيني، حاقت بهذا المشروع الوطني الضخم وأثرت عليه سلباً، فلا زالت بعض القوانين الأجنبية المفصلية رهن السريان على أراضي فلسطين حتى اللحظة.

أولاً: موضوع الدراسة.

الأصل في سلطة المشرع أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتعتبر تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية بتنظيم موضوع معين فإن القواعد القانونية التي تصدر عن أيهما في هذا النطاق لا يجوز أن تنال من الحدود التي خطها الدستور، سواء بنقضها أو انتقاصها وإلا كان ذلك عدواناً على الدستور وجب رده، ويبدو واضحاً عندما تكون هذه القواعد صادرة عن المشرع الوطني ولكن الحالة الفلسطينية أفرزت فرضية جديدة وهي مخالفة القواعد القانونية الأجنبية السارية في فلسطين للقواعد الدستورية، فما هو الحال تجاه القواعد الأجنبية السارية في فلسطين؟ هل ستكون خاضعة للرقابة الدستورية الفلسطينية؟

هذا الأمر كان محل بحث لدى القضاء الدستوري الفلسطيني في الحكم الدستوري محل الدراسة الراهنة الذي حمل الرقم 1 لسنة 2014 الصادر من لدن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية بجلسة 2014/05/26م⁽¹⁾، الذي خلص إلى أن مجال البحث في دستورية القوانين الأردنية أو في بعض أحكامها التي لا تزال سارية في الضفة الغربية بالنظر إلى القوانين الوطنية الصادرة عن السلطة الوطنية الفلسطينية _ القانون الأساسي وغيره _ أمر غير وارد، فسلطنا الضوء على هذا الحكم بالتعليق فجاءت هذه الدراسة بعنوان " رقابة القضاء الدستوري الفلسطيني على القوانين الأجنبية السارية في فلسطين، تعليقاً على الحكم الدستوري رقم 1 لسنة 2014 الصادر من لدن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية بجلسة 2014/05/26م".

ثالثاً: أهمية الدراسة.

1. تنبع أهمية وأسباب التعليق في الإشكاليات العملية التي سيرتها صلاحية هذا الحكم عند اعتراض المتنازعين نصوصاً قانونية تخالف المبادئ الدستورية، خاصة في ظل القوانين الجزائية التي تكون مظنة انتهاك الحقوق والحريات لا سيما وأن القوانين العقابية السارية على الأراضي الفلسطينية غزيرة بالمخالفات الدستورية، فهل سيكون للقضاء الدستوري دورٌ سلبى حيال هذه المخالفات، وتبقى الحقوق والحريات عُرضةً للنيل منها؟

2. كما تكمن أهمية الدراسة الراهنة في أن الحكم قام بتحسين القوانين الأجنبية السارية في الأراضي الفلسطينية، وهو ما تأباه المبادئ الدستورية التي وضعت للمشرع تخوفاً عند سن تشريعاته لا ينبغي عليه تخطيها.

⁽¹⁾ المنشور في العدد (119) من الوقائع الفلسطينية - رام الله (السلطة الوطنية الفلسطينية)، بتاريخ 2016/03/29م، ص (66).

ثالثاً: إشكالية الدراسة.

تتمثل مشكلة هذا التعليق في سؤال أساسي للبحث وهو: مدى خضوع القوانين الأجنبية السارية في فلسطين لرقابة القضاء الدستوري الفلسطيني؟

ويتفرع سؤال فرعي آخر وهو:

- هل أصبحت القوانين الأجنبية السارية في فلسطين قوانين وطنية؟

رابعاً: هيكلية الدراسة.

وسنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى أربعة محاور الأول مطوية حكم المحكمة الدستورية، والثاني نذكر فيه وقائع الحكم محل الدراسة، والثالث سيكون لتوضيح المبادئ القانونية التي أوردها الحكم، والرابع سيخصص لتحليل هذه المبادئ والتعليق عليها، ثم ننتهي بخاتمة موجزة لهذا التعليق.

المحور الأول: مطوية حكم المحكمة الدستورية

السلطة الوطنية الفلسطينية

السلطة القضائية

المحكمة العليا بصفتها الدستورية

طعن دستوري

رقم 1/2014.

الحكم

الصادر عن المحكمة العليا صاحبة الولاية المؤقتة في النظر في الطعون الدستورية والمأذونة بإجراء المحاكمة، وإصدار الحكم باسم الشعب العربي الفلسطيني.

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي على مهنا.

وعضوية السادة القضاة: سامي صرصور، إيمان ناصر الدين، فتحي أبو سرور، محمد سامح الدويك، عدنان الشعيبي، حلمي الكخن.

الطاعن: ن. ر/ نابلس.

وكيلاه المحاميان: ش. ف/ رام الله.

المطعون ضدهم:

1. رئيس دولة فلسطين بالإضافة لوظيفة/ رام الله.
2. مجلس الوزراء/ الحكومة الفلسطينية بالإضافة لوظيفته.
3. رئيس مجلس الوزارة بالإضافة لوظيفته.
4. المجلس التشريعي بالإضافة لوظيفته.
5. دائرة الجمارك والمكوس ممثلة بمدير دائرة الجمارك والمكوس بالإضافة لوظيفته.
6. وزارة المالية ممثلة بوزير المالية بالإضافة لوظيفته.
7. النائب العام بالإضافة لوظيفته.

الإجراءات

بتاريخ 2014/1/23، تقدم الطاعن بهذا الطعن الدستوري للطعن بدستورية المادتين (167، 168/3) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، وذلك بعد أن رفضت محكمة الجمارك البدائية الدفع المقدم من وكيله بعدم دستورية المواد المذكورة، وذلك في الدعوى الجمركية المسجلة لدى المحكمة ضد الطاعن تحت رقم (2012/29) والتي موضوعها: تغيير مستندات مكلف بتقديمها وتقديم مستندات مزورة بقصد الحصول على رسوم أدنى، التهرب من إجراءات المعاملات الجمركية.

تتلخص أسباب الطعن بما يلي:

أولاً: حيث يتم تشكيل المحكمة بموجب القرار الرئاسي الصادر عن الرئيس الفلسطيني، وتم بموجبه إلغاء الأمر العسكري، وتفعيل العمل في محكمة الجمارك، وقد تم تشكيل المحكمة وفقاً لنص المادة (167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 م، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، بأن تتشكل المحكمة من:

1. قاضي يُعين من قبل مجلس القضاء الأعلى بالطريقة التي يعين فيها القضاة النظاميين، يكون رئيساً.
2. عضوين يعينهما مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية، من كبار موظفي الجمارك الذين يحملون شهادة الحقوق (إذا أمكن) لا تقل درجة أي منهما عن السادسة، ولمجلس الوزراء حق بتبديلهما إذا رأى أن الضرورة تقتضي ذلك.
3. عضو بديل يعينه مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية من موظفي الجمارك لا تقل درجته عن السادسة، لإكمال نصاب المحكمة في حال غياب أحد العضوين المذكورين في الفقرة السابق.

1. وبالتالي فإن تشكيل المحكمة بهذه الطريقة هي مخالفة صارخة للقانون الأساسي الفلسطيني⁽¹⁾ الذي نص في المادة (97) منه على: "أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصها، وتصدر الأحكام وفقاً للقانون، وتعلن وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني"، وأيضاً المادة (98) التي نصت: "القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم غير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة".

ثانياً: أن تشكيل المحكمة بهذه المحكمة على النحو سالف البيان مخالف لنص المادة (2) من القانون الأساسي التي نصت على: "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، وإن إشراك موظفين أعضاء في المحكمة يشكل مساساً بهذا المبدأ.

ثالثاً: أن تشكيل المحكمة وفقاً لذلك يتعارض مع قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002م)⁽²⁾ وفقاً لنص المادة (16) التي نصت على: "يشترط فيمن يولي القضاء" 1. أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية 2. أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها.. إلخ"، فالعضوين في هذه المحكمة غير حاصلين على إجازة الحقوق، وكذلك يتعارض مع نص المادة (18) من ذات القانون التي حددت كيفية تعيين وترقية القضاة.

رابعاً: أما بخصوص المادة (3/163) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1963م، التي تبين صلاحيات المحكمة في إصدار الأحكام (تصدر المحكمة أحكامها بالإجماع أو بالأكثرية) فيها مخالفة صارخة للقانون الأساسي الفلسطيني في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، إذ بموجب هذه تعطى الصلاحية للعضوين المنتدبين من قبل وزارة المالية بإمكانية إصدار الحكم دون الأخذ بعين الاعتبار الحكم الذي قد يصدر عن القاضي الذي يرأس الهيئة، وفي ذلك مغالاة ومخالفة للقانون، حيث تصبح وزارة المالية هي الخصم والحكم.

وحيث للطاعن مصلحة في هذا الطعن فإنه يلتمس بالنتيجة قبول الطعن والحكم بعدم دستورية المادتين (167) و(3/168) محل الطعن وإلغاءهما.

من جهتها تقدمت النيابة العامة بصفتها ممثلاً للجهة المطعون ضدها بلاتحة جوابية التمسست بنتيجتها رد دعوى الطاعن شكلاً و/أو موضوعاً، وتضمنه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة لصالح الخزينة.

المحكمة

وقبل معالجتنا للطعن المائل لا بد من التقرير بأهمية موضوعه، سواء ما اتصل منه بالمادة (167) الباحثة في تشكيل محكمة الجمارك البدائية، أو ما اتصل بالمادة (3/168) الباحثة في شكل الحكم الذي يصدر عنها.

(1) القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور في (عدد ممتاز) من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2003/03/19، صفحة (5).

(2) المنشور في العدد (40) من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، بتاريخ 2002/05/18، صفحة (9).

إننا وإن كنا نتفهم الحكمة التشريعية من إشراك موظفين من كبار موظفي الجمارك في هيئة المحكمة التي تنظر الدعاوي الجمركية التي يمتهرها موظفوها إلى جانب ما يمتهره القاضي من دراية ومعرفة بأحكام القانون.

كما وأننا وإن كنا نتطلع أن يكون رأي القاضي حيث يكون حكم الأغلبية.

إلا أننا نجد أن مجال البحث في دستورية القوانين الأردنية أو في بعض أحكامها التي لا تزال سارية في الضفة الغربية بالنظر إلى القوانين الوطنية الصادرة عن السلطة الوطنية الفلسطينية - القانون الأساسي وغيره - أمر غير وارد، ذلك أن النظر بدستورية القوانين ينبغي أن يكون بين قوانين وطنية وفق المفهوم الضمني للمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية⁽¹⁾.

ويترب على خصوصية استمرار تطبيق القوانين الأردنية في الأراضي الفلسطينية أنها تأبى البحث في دستورها متى تعارضت أحكامها مع القانون الأساسي الفلسطيني، باعتبار أن القوانين الأردنية يجب أن ينظر لصحة دستورها بالنظر لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وإنما بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، وهذه الصلاحية لا تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية، وفي هذا السياق فإن ما تملكه المحاكم الوطنية الفلسطينية من صلاحية في النظر بدستورية القوانين الأردنية النافذة في الأراضي الفلسطينية لا يتأتى إلا من خلال الطعن بقرار إنفاذها الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة (1994م)، الذي صدر أبان تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام كافة الأمور، بما في ذلك الشؤون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الأردنية التي كانت مطبقة أمام محاكم الضفة الغربية عشية (4) حزيران 1967م، أو بقرار إنفاذ القوانين الأردنية التي تم تعطيل إنفاذها بالأوامر العسكرية التي صدرت عن سلطة الاحتلال الإسرائيلية.

ولما كان الثابت من أوراق الطعن الدستوري المائل أن الطعن ينصب على عدم دستورية المادتين (168، 167/3) اللتين تضمنهما قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة 1962م والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964م، ولم ينصب على قرار السلطة الوطنية الفلسطينية بإنفاذ هذا القانون فإن الطعن يغدو مستوجبا عدم القبول.

تقرر المحكمة بالأغلبية عدم قبول الطعن ومصادرة مبلغ الكفالة لصالح الخزينة عملاً بأحكام المادة (45) من قانون المحكمة الدستورية، وتضمين الطاعن الرسوم والمصاريف.

حكماً بالأغلبية صدرتدقيقاً باسم الشعب الفلسطيني في 2015/5/26م.

المحور الثاني: الوقائع والإجراءات

أولاً: الوقائع.

تتلخص وقائع الحكم الراهن في أن الطاعن: ن. ر بواسطة وكيله المحاميان: ش. ف، قد أقاما الطعن دستوري رقم 2014/1 لدى المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة دستورية طاعناً بدستورية المادتين (167، 168/3) من قانون

⁽¹⁾ رقم (3) لسنة 2006م، المنشور بتاريخ 2006/03/25م، في العدد (62) من جريدة الوقائع الفلسطينية.

الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964 بمقولة أن تشكيل المحكمة الجمركية تم بموجب القرار الرئاسي الصادر عن الرئيس الفلسطيني، وتم بموجبه إلغاء الأمر العسكري، وتفعيل العمل في محكمة الجمارك، وقد تم تشكيل المحكمة وفقاً لنص المادة (167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 م، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، بأن تتشكل المحكمة من:

1. قاضي يُعين من قبل مجلس القضاء الأعلى بالطريقة التي يعين فيها القضاة النظاميين، يكون رئيساً.
2. عضوين يعينهما مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية، من كبار موظفي الجمارك الذين يحملون شهادة الحقوق (إذا أمكن) لا تقل درجة أي منهما عن السادسة، ومجلس الوزراء حق بتبديلهما إذا رأى أن الضرورة تقتضي ذلك.
3. عضو بديل يعينه مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية من موظفي الجمارك لا تقل درجته عن السادسة، لإكمال نصاب المحكمة في حال غياب أحد العضوين المذكورين في الفقرة السابق.

وأن تشكيل المحكمة بهذه الطريقة هي مخالفة صارخة للقانون الأساسي الفلسطيني الذي نص في المادة (97) منه على: "ان السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصها، وتصدر الأحكام وفقاً للقانون، وتعلن وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني"، وأيضاً المادة (98) التي نصت: "القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم غير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة"، ومخالف لنص المادة (2) من القانون الأساسي التي نصت على: "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، وإن إشراك موظفين أعضاء في المحكمة يشكل مساساً بهذا المبدأ، كما ويتعارض مع قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002م) وفقاً لنص المادة (16) التي نصت على: "يشترط فيمن يولي القضاء" 1. أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية 2. أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها... إلخ"، فالعضوين في هذه المحكمة غير حاصلين على إجازة الحقوق، وكذلك يتعارض مع نص المادة (18) من ذات القانون التي حددت كيفية تعيين وترقية القضاة، أما بخصوص المادة (3/163) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1963م، التي تبين صلاحيات المحكمة في إصدار الأحكام (تصدر المحكمة أحكامها بالإجماع أو بالأكثرية) فيها مخالفة صارخة للقانون الأساسي الفلسطيني في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، إذ بموجب هذه تعطى الصلاحية للعضوين المنتدبين من قبل وزارة المالية بإمكانية إصدار الحكم دون الأخذ بعين الاعتبار الحكم الذي قد يصدر عن القاضي الذي يرأس الهيئة، وفي ذلك مغالاة ومخالفة للقانون، حيث تصبح وزارة المالية هي الخصم والحكم.

والتمس في ختام طعنه الحكم بقبول الطعن والحكم بعدم دستورية المادتين (167) و(3/168) محل الطعن وإلغاءهما.

ثانياً: الإجراءات.

1. أقيمت ضد الطاعن الدعوى الجمركية رقم (2012/29) لدى المحكمة الجمارك البدائية، موضوعها تغيير مستندات مكلف بتقديمها وتقديم مستندات مزورة بقصد الحصول على رسوم أدنى، التهرب من إجراءات المعاملات الجمركية، ولم يذكر الحكم تاريخ تقديم هذه الدعوى.
2. أثار الطاعن في الدعوى الجمركية المرقومة في البند السابق دفعاً بعدم دستورية المادتين (3/168، 167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964، ولم يذكر الحكم تاريخ إثارة هذا الدفع.
3. قررت محكمة الجمارك البدائية رفض الدفع المثار، ولم يذكر الحكم تاريخ صدور هذا القرار.
4. بتاريخ 2014/1/23، تقدم الطاعن بالطعن الدستوري محل الدراسة الراهنة للطعن بدستورية المادتين (3/168، 167) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962، والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964.
5. تقدمت النيابة العامة بصفتها ممثلاً للجهة المطعون ضدها بلائحة جوابية التمسست بنتيجتها رد دعوى الطاعن شكلاً و/أو موضوعاً، وتضمنته الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة لصالح الخزينة، ولم يذكر الحكم تاريخ تقديم هذه اللائحة.
6. بتاريخ 2015/5/26م حكمت المحكمة بالأغلبية عدم قبول الطعن ومصادرة مبلغ الكفالة لصالح الخزينة عملاً بأحكام المادة (45) من قانون المحكمة الدستورية، وتضمن الطاعن الرسوم والمصاريف.

المحور الثالث: المبادئ القانونية التي أوردها الحكم

نجد أن هذا الحكم قد رسخ لعدة مبادئ استعان بها للوصول إلى النتيجة التي صار إليها، ونذكرها على النحو التالي:

1. إن مجال البحث في دستورية القوانين الأردنية أو في بعض أحكامها التي لا تزال سارية في الضفة الغربية بالنظر إلى القوانين الوطنية الصادرة عن السلطة الوطنية الفلسطينية - القانون الأساسي وغيره - أمر غير وارد؛ لأن النظر بدستورية القوانين ينبغي أن يكون بين قوانين وطنية.
2. إن المفهوم الضمني للمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا، يرمي إلى أن القوانين الخاضعة للرقابة هي القوانين الوطنية ليس إلا.
3. إن القوانين الأردنية يجب أن ينظر لصحة دستورتها بالنظر لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وإنما بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، وهذه الصلاحية لا تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية.

4. ما تملكه المحاكم الوطنية الفلسطينية من صلاحية في النظر بدستورية القوانين الأردنية النافذة في الأراضي الفلسطينية لا يتأتى إلا من خلال الطعن بقرار إنفاذها الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة (1994م)، الذي صدر أبان تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام كافة الأمور، بما في ذلك الشؤون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الأردنية التي كانت مطبقة أمام محاكم الضفة الغربية عشية (4) حزيران 1967م، أو بقرار إنفاذ القوانين الأردنية التي تم تعطيل إنفاذها بالأوامر العسكرية التي صدرت عن سلطة الاحتلال الإسرائيلية.

المحور الرابع: تحليل هذه المبادئ والتعليق عليها

أولاً: من حيث الشكل.

نجد أن الحكم محل الدراسة الراهنة عند سرده لإجراءات الحكم ووقائعه لم يذكر تواريخ بعض من هذه الإجراءات، فلم يذكر تاريخ اثاره الدفع من قبل الطاعن أمام محكمة الجمارك البدائية، وكذلك لم يذكر تاريخ القرار الصادر عنها برفضه، ولم يذكر تاريخ تقديم النيابة للاتحتها الجوابية وغيرها.

ذكر الحكم في حيثياته جملة "أن القوانين الأردنية يجب أن ينظر لصحة دستوريته بالنظر لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وإنما بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، وهذه الصلاحية لا تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية"، والصواب لغة أن يقول "أن القوانين الأردنية يجب أن ينظر لصحة دستوريته بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني"، أو أن تقول "أنه صحة القوانين الأردنية لا تنظر في ظل القانون الأساسي الفلسطيني إنما في ظل القانون الدستوري الأردني".

ثانياً: من حيث الموضوع.

لدى مطالعتي للحكم الراهن ولما أقره من مبادئ ولأسباب التي استندت عليها نتيجته، كان لا بد لنا عند تحليل هذه الأسباب أن نضع نصب أعيننا خصوصية الوضع السياسي الفلسطيني لكي نفهم مراد المشرع الدستوري حيال القوانين الأجنبية السارية في فلسطين، فتسلسل الأحداث الحاصلة وتتابع الحكومات المسيطرة على فلسطين، ومن ثم القرارات الصادرة عن إرادة الشعب الفلسطيني تجعلنا نعيد النظر فيما خلص إليه هذا الحكم.

ونحن إذ نسجل ملاحظتنا على هذا الحكم نجد أن المحكمة العليا بصفتها الدستورية قد تخلت عن واجبها الرقابي، الذي لا بد لها أن تسعى إليه ما استطاعت إلى ذلك سبيلاً، فقولها أن قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة 1962م والقانون المعدل له رقم (10) لسنة 1964م، لا يخضع لرقابة القضاء الدستوري الفلسطيني لكونه قانون غير وطني وفقاً للمفهوم الضمني للمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الذي يرمي إلى أن القوانين الخاضعة للرقابة هي القوانين الوطنية ليس إلا، هو قولٌ يعتريه الصحة؛ لأنه مع صدور القرار الرئاسي الصادر عن الرئيس الفلسطيني/ ياسر عرفات رقم (1) لسنة 1994م، والذي جاء في المادة (1) منه: "يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5م، في الأراضي الفلسطينية (الضفة الغربية وقطاع غزة)، حتى

يتم توحيدها"، وقياساً على هذا النص للمحكمة الدستورية رقابة على كل القوانين السارية في فلسطين؛ لأنها تمارس وتطبق على الأراضي الفلسطينية.

والقول أن ما تملكه المحاكم الوطنية الفلسطينية من صلاحية في النظر بدستورية القوانين الأردنية النافذة في الأراضي الفلسطينية لا يتأتى إلا من خلال الطعن بقرار إنفاذها الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة (1994م)، الذي صدر إبان تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام كافة الأمور، بما في ذلك الشؤون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الأردنية التي كانت مطبقة أمام محاكم الضفة الغربية عشية (4) حزيران 1967م، هو قولٌ ترفضه المادة (118) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته التي أبقّت على التشريعات القديمة السارية نافذة المفعول تأكيداً على القرار الرئاسي المذكور، والذي جاء نصها على "فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الأساسي المعدل تظل سارية القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون إلى أن تعدل أو تلغى وفقاً للقانون"، مما يعني أن هذه القوانين هي المطبقة على المنازعات المعروضة على القضاء، شأنها في المركز القانوني شأن القوانين التي سُنت بواسطة السلطة التشريعية الفلسطينية.

ثم لو سلمنا صحة القول أن الطعن لا بد أن يكون في دستورية القرار الرئاسي رقم (1) لسنة 1994م، فإن نتيجة هذا الطعن لن تكون منطقية؛ لأنه لو فرضنا أنه حُكم بعدم دستورية هذا القرار فإن الأمر سيكون بالغ التعقيد سيما أن القوانين الأجنبية هي المعمول بها أصلاً قديماً ولا يوجد قوانين وطنية موقوفة النفاذ لكي تنفذ بديلاً عن هذه القوانين، وهو ما يؤكد أن القوانين الأجنبية قد ألبست ثوب الوطنية، وكأن هذا الحكم بأسبابه هذه قد أعطى الحصانة لهذه القوانين.

ومما يؤكد إكساء هذه القوانين الصبغة الوطنية تعامل السلطة التشريعية معها بالتعديل ففي قطاع غزة مثلاً صدر القانون رقم (16) لسنة 2009 معدل لقانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م وهو قانون بريطاني المنشأ، وفي الضفة الغربية صدر تعديل على قانون العقوبات الفلسطيني المطبق بالضفة الغربية وهو قانون أردني المنشأ بموجب القرار بقانون رقم (10) لسنة 2014م، والقرار رقم (20) لسنة 2014م، مما يدل على بسط رقابة المحكمة الدستورية الفلسطينية على القوانين الأجنبية وتحديداً قانون الجمارك والمكوس⁽¹⁾.

كما أنه من خلال المادة (118) من القانون الأساسي السالف ذكرها يتضح أن غاية الدستور العمل بهذه القوانين بشكل مؤقت ويتضح من ضمنية هذا النص أنه يسعى لإلغائها أو تعديلها وفقاً للقانون، وإنه إن حال دون إلغائها الظروف السياسية العصبية التي تمر بها البلاد فيكون من باب أولى أن تبسط المحكمة الدستورية رقابتها على تلك القوانين فيما لو وجدت مخالفة دستورية فيها، فلا تجتمع الظروف السياسية والدور السلبي للمحكمة الدستورية على الحقوق والحريات.

(1) أنظر الطعن الدستوري رقم 2017/7 الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتاريخ 2018/05/08، الذي بموجبه حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة 167 من قانون الجمارك والمكوس وقبلت الطعن المقدم إليها إذ أن المحكمة شملت رقابتها على القوانين الأجنبية وفقاً لهذا الحكم.

وقول الحكم الراهن أن القوانين الأردنية يجب أن ينظر لصحة دستوريتهما بالنظر لا إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وإنما بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، وهذه الصلاحية لا تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية، فهو قول صحيح فيما لو لم يتم التعامل بهذه القوانين وإضفاء الصبغة الوطنية عليها، أما بعد أن تم هذا كما سبق ذكره، فلا مجال لطرح هذا القول.

أخيرًا فإنه ليس من المنطق أن تطبق أحكام قانون معين على الأراضي الفلسطينية مع بقاء يد الرقابة الدستورية الفلسطينية مغلوطة عليه لو تبين انتهاك هذه القوانين للحقوق والحريات التي كفلها الدستور الفلسطيني وكافة دساتير الدول، خاصة في ظل وجود دولة فلسطينية مستقلة بقوانينها ودستورها⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عوده، محمد خالد حسن، مراجعة دستورية لنص المادة (142) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م "دراسة تحليلية نقدية"، بحث منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية - ألمانيا - برلين، العدد العاشر مايو 2021 (عدد خاص)، ص 144.

الخاتمة.

إن الرقابة الدستورية على القوانين هي مهمة جليلة وضرورية، ومن الخطأ الفاحش الهروب من هذه المهمة، ولا يوجد مبرر لسلبها، وإن للمنظومة التشريعية الفلسطينية خصوصية يجب فهمها ووضعها نصب الأعين لبحث العديد من المسائل القانونية منها الرقابة الدستورية على القوانين الأجنبية السارية على الأراضي الفلسطينية، وخلصنا في هذه الدراسة لعدد من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج.

1. إن المادة الأولى من القرار الرئاسي الصادر عن الرئيس الفلسطيني/ ياسر عرفات رقم (1) لسنة 1994م، نصت صراحةً على إبقاء سريان التشريعات الأجنبية على الأراضي الفلسطينية، وهو ما أكدته المادة (118) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته، والتي قصد المشرع الدستوري فيها العمل بالتشريعات الأجنبية السارية في فلسطين بشكل مؤقت إلى حين إلغائها أو تعديلها، الأمر الذي يجعلنا أمام نتيجة منطقية مفادها دخول هذه القوانين إلى منظومة التشريعات الفلسطينية، ومن ثم خضوعها لرقابة القضاء الدستوري الفلسطيني.

2. لم تكن المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها محكمة دستورية موفقةً في حكمها محل الدراسة، وجانبت الصواب فيما انتهت إليه من نتيجة وكان عليها أن تبسط يد الرقابة على هذه القوانين، لا أن تقف مكتوفة الأيدي حيال واجبها الرقابي.

ثانياً: التوصيات.

1. يوصي الباحث بضرورة وقوف المشرع الفلسطيني عند مسؤوليته التشريعية حيال القوانين الأجنبية التي لا زالت سارية في الأراضي الفلسطينية، وإلغائها وسن قوانين جديدة تتفق ومعتقدات ومصالح الشعب الفلسطيني.

2. يوصي الباحث بضرورة إعمال القضاء الدستوري رقابته الدستورية على كافة القوانين الأجنبية السارية في فلسطين.

3. يوصي الباحث كافة المحاكم الفلسطينية بضرورة إحالة أي نص قانوني أجنبي سارٍ في فلسطين مشتبّه بعدم دستوريته إلى المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لبحث دستوريته، عملاً بالمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

المراجع والمصادر

أولاً: الكتب والبحوث.

1. عبد القادر صابر جرادة: مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني، الطبعة الثانية، غزة، مكتبة آفاق، 2013م.
2. طارق الديراوي وآخرين: واقع النظام القانوني في قطاع غزة، (بدون رقم طبعة)، غزة، 2015م.
3. محمد خالد عوده: مراجعة دستورية لنص المادة (142) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م "دراسة تحليلية نقدية"، بحث منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، الصادرة عن المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية - ألمانيا - برلين، العدد العاشر مايو 2021 (عدد خاص).

ثانياً: التشريعات.

1. مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293هـ، من مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني).
2. القرار الرئاسي رقم (1) لسنة 1994م، بشأن استمرار العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية حتى يتم توحيدها، المنشور في العدد (1) من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، بتاريخ 1994/11/20 صفحة (10).
3. قانون المحكمة الدستورية، رقم (3) لسنة 2006م، المنشور بتاريخ 2006/03/25م، في العدد (62) من جريدة الوقائع الفلسطينية.
4. قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960م، المطبق في المحافظات الشمالية، المنشور بتاريخ 1960/05/01م في العدد (1487) من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني).
5. قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002م)، المنشور في العدد (40) من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية)، بتاريخ 2002/05/18، صفحة (9).
6. قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962م، المطبق في المحافظات الشمالية، المنشور بتاريخ 1962/01/25م، في العدد (1591) من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني).
7. القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور في (عدد ممتاز) من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2003/03/19، صفحة (5).

إشكاليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة وعائدات الإجرام المهربة إلى الخارج

Problems of international coopration in recovering looted funds and proceeds of crime smuggled abroad.

ط.د. كريم معروف، جامعة أحمد زبانة/غليزان، الجزائر

Karim maarouf

Karimmaarouf001@gmail.com

الملخص:

نهدف من خلال دراستنا لموضوع إشكاليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة إلى معرفة الإطار المفاهيمي للتعاون الدولي، وذلك من خلال التطرق إلى تعريف التعاون الدولي وإلى أساسه القانوني ومعرفة العراقيل التي تواجه عملية إسترداد الأموال المهربة إلى الخارج، كما نهدف أيضا إلى التطرق إلى آليات التعاون الدولي في إسترداد الممتلكات والأصول المسروقة، وذلك من خلال معرفة الشروط الشكلية والموضوعية الواجب إتباعها لإستكمال عملية الإسترداد، وأيضا معرفة أساليب الإسترداد والمتمثلة في الطريق الجنائي والطريق البديل أو التكميلي.

الكلمات المفتاحية: التعاون الدولي، إسترداد الأموال، مكافحة الفساد، إتفاقية الأمم المتحدة، المساعدة القانونية والقضائية، معوقات التعاون الدولي، أساليب التعاون الدولي.

Abstract:

By studying the issue of the problems of international cooperation in the recovery of stolen funds, we aim to know the conceptual framework of international cooperation in the recovery of funds, by addressing the definition of international cooperation and its legal basis and to know the obstacles facing the process of recovering stolen funds.

We also aim to address the mechanisms of international cooperation in the recovery of funds, through knowledge of the formal and objective conditions in the recovery of property, and methods of money recovery, represented in the criminal path and the alternative or complementary path.

Keywords: International cooperation, money recovery, combating corruption, the united nation convention, legal and judicial assistance, obstacles to international cooperation, international cooperation mechanisms.

مقدمة

أصبح من المسلم به أن أي دولة مهما كانت قوتها وإمكاناتها فإنها لا يمكنها مواجهة الجرائم على المستوى الوطني والدولي في آن واحد خاصة إذا تعلق الأمر بجرائم لها بعد دولي مثل جريمة تهريب الأموال إلى الخارج، وبالتالي لا بد من التعاون الدولي بين الحكومات والمؤسسات والمنظمات العالمية لوضع آليات وإستراتيجيات مختلفة الجوانب، وتعاون مشترك على توحيد الجهود الدولية والتشريعات الجنائية للتصدي لظاهرة تهريب الأموال.

وقد تفتن المجتمع الدولي إلى أن مهربي الأموال أصبحوا يسيطون نفوذهم في جميع أنحاء العالم بفضل ما يملكونه من قوة ووسائل ضغط، فبادر المجتمع إلى ضرورة الإهتمام بالتعاون الدولي لمكافحة جريمة تهريب الأموال، ولم تعد الجهود الدولية كافية في ملاحقة مرتكبي جرائم تهريب الأموال مهما بلغت درجة قوة وحضارة أي دولة، ولذلك أصبح من الضروري على جميع الدول أن تتعاون مع بعضها البعض والدخول في علاقات تعاونية متبادلة مع غيرها من الدول.

مع وجود إشكاليات في إسترداد الأموال المنهوبة و التصدي لظاهرة تهريب الأموال مثل تعارض المصالح واختلاف الأنظمة القانونية والإجرائية وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، وإشكاليات الإنابة القضائية الدولية مثل فكرة السيادة الوطنية، ويتمثل التعاون الدولي فيما تقدمه حكومة دولة لدولة أخرى من مساندة وعون في ملاحقة المجرمين وتتبع الأموال المنهوبة، من خلال تدابير وقائية دولية وجمع الأدلة بجميع الوسائل والذي يستغرق وقتا طويلا ويتطلب إمكانيات لا يمكن لسلطات قانونية لدولة واحدة إمتلاكها ما لم تدعمها جهود السلطات القانونية في الدول الأخرى.

أسباب إختيار الموضوع:

الأسباب الذاتية التي دفعتنا إلى التطرق لموضوع إشكاليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة هو الإهتمام الشخصي بهذا النوع من القضايا الدولية المتعلقة بجرائم الفساد بصفة عامة وبجريمة تهريب الأموال بصفة خاصة، وكأي باحث وبكل تواضع يسعى إلى الإصلاح وتقديم إضافة وحلول في مجال التصدي للظاهرة لا سيما وأنها تتعلق بسرقة ممتلكات وثروات هي حق وملك للشعوب.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في كون جريمة تهريب الأموال من أخطر الجرائم التي تمثل تهديدا على أمن وإستقرار الدول، ويضعف المؤسسات ويقف عائقا أمام تنمية الدول وتطورها، إضافة إلى انها من المواضيع الحديثة والمستجدة و تحظى بإهتمام دولي والتي أفرزتها العولمة ولها نتائج سلبية خطيرة، إضافة إلى ان التعاون الدولي يمثل أحد أهم الوسائل والآليات في مكافحة تهريب الأموال، كذلك تحديد العراقيل التي تحول دون القيام بعملية إسترداد الأموال وتعاون الدول مع بعضها البعض في عملية الإسترداد مثل الصعوبات القانونية والإدارية وغيرها من المشاكل.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة ومحاربة جريمة تهريب الأموال من خلال تبني أسلوب متطور في إجراء التحريات والتحقيقات في مجالات التصدي للظاهرة، وإستخدام تكنولوجيا الحديثة في الإتصال وأساليب خاصة للتحري والمراقبة، كذلك تتمثل أهمية دراسة هذا الموضوع في كون إشكاليات وعراقيل التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة يمثل خطرا يهدد الإستقرار الدولي والأمن الداخلي للدول، وكذلك إرتفاع نسبة إرتكاب هذا النوع من الجرائم يعتبر من أكبر التحديات التي تواجه أجهزة نفاذ القانون ليس في دولة واحدة بل في جميع دول العالم مما يتحتم على جميع الدول ضرورة تفعيل التعاون الدولي في جميع مجالاته.

أهداف الموضوع:

نهدف من خلال معالجتنا لهذه المسألة إلى معرفة العراقيل والصعوبات التي تواجه الدول في إسترداد أموالها المنهوبة. الوصول إلى آليات وإستراتيجيات التعاون الدولي التي إعتدتها المجتمع الدولي في التصدي للظاهرة وإرجاع الاموال. معرفة الشروط والأساليب والطرق التي يمكن من خلالها للدول أن تقوم بإسترداد ممتلكاتها وأصولها المنهوبة. معرفة الهيئات والمنظمات الدولية المعنية بمكافحة جريمة تهريب الأموال، والإتفاقيات والمعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف والإقليمية التي نصت على آليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المهربة.

المنهج المستخدم:

إعتمدنا في دراستنا على النهج الوصفي والتحليلي وذلك من خلال تحليل الإطار المفاهيمي للتعاون الدولي والتطرق لتعريف التعاون الدولي والأساس القانوني له ومعوقاته، وتحليل الأهداف التي يمكن الوصول إليها بفضل التعاون الدولي وبالتالي إمكانية إسترداد الأموال، كذلك وصف الشروط الشكلية والموضوعية الواجب إتباعها في عملية الإسترداد، ووصف الطرق والأساليب التي يجب على الدول أن تسلكها والمتمثلة في الطريق الجنائي والطرق البديلة أو المكملة لإسترداد الأموال المنهوبة.

الإشكالية:

الإشكالية الرئيسية التي نسعى للإجابة في معالجتنا لهذه الدراسة

ماهي آليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة و الإشكاليات التي تقف عائقا أمام إستكمال العملية؟

أما الأسئلة الفرعية التي إقترحناها:

هل الآليات التي جاء بها المشرع الدولي لإسترداد الأموال المنهوبة كافية؟ أم لا بد من تدعيمها بآليات أخرى؟

كيف يمكن مواجهة العراقيل التي تعقد من قضية إسترجاع الأموال المهربة إلى الخارج؟

وللإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية والأسئلة الفرعية نقترح خطة دراسة ممنهجة على النحو التالي:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

المبحث الثاني: آليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

يعتبر مبدأ التعاون الدولي في عالمنا المعاصر من أبرز المبادئ القانونية والدولية في مجال مكافحة الجرائم الدولية والعابرة للحدود الوطنية، ومن أهم الوسائل التي يمكن من خلالها منع الجرائم، ويتسم مصطلح التعاون الدولي بالحدثة على مستوى العلاقات الدولية، وذلك لأن المعطيات الجديدة للنظام الدولي أدت إلى التقليل من المفهوم الجامد والمطلق لسيادة الدولة وأصبح أكثر مرونة وتخلت الدول عن بعض حقوقها السيادية لضرورات وإعتبارات الصالح العام الدولي لما تتطلبه من تعاون دولي في المجال القانوني والقضائي والأمني، وذلك لأن جريمة تهريب الأموال إلى الخارج من أكثر التحديات التي تواجه الأمن والسلم والإستقرار الدولي.

المطلب الأول: مفهوم التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

مفهوم التعاون الدولي شهد تطوراً ملحوظاً في السنوات الأخيرة بحيث إرتبط تطوره بظهور قواعد جديدة للتنظيم الدولي وورقي دور المنظمات الدولية، كما طرأت على العلاقات الدولية تغيرات وتحولات شملت المجالات السياسية والإقتصادية والإجتماعية والأمنية، وسنتطرق إلى مفهوم التعاون الدولي في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التعاون الدولي

مصطلح التعاون الدولي من المفاهيم التي يصعب إعطاء تعريف جامع ومانع لها بسبب إتساع المجال الذي يمكن أن يتخذه هذا التعاون، إضافة إلى عدم إمكانية حصر الوسائل الجديدة التي تجعل هذا التعاون ظاهرة متغيرة ومتطورة باستمرار، وأيضاً إرتباط هذا التعاون بمفاهيم الجريمة ومكافحة الجرائم وهي مفاهيم يصعب إعطاؤها إطار ثابت ومحدد.

أولاً: التعريف اللغوي للتعاون الدولي

من بين التعاريف اللغوية للتعاون الدولي نذكر مايلي:

1 يقصد بالتعاون لغة تبادل المساعدة لتحقيق هدف معين مثل مجاء في القرآن الكريم "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"¹

التعاون لغة مشتق من العون ويعتبر الظهير للولد والمؤنث، ويكسر أعوان، والعون إسم للجمع، وإستعنت به فأعاني وعاونني والإسم العون والمعونة والمعونة وتعاونوا وإعتنوا، أعان بعضهم بعضاً وعاونته أعانه.²

فالتعاون هو تبادل المساعدة لغرض الوصول إلى نتيجة أو مبتغى معين فهو على الغالب يكون بين شخصين أو أكثر أو بين هيئتين أو أكثر.³

¹ سورة المائدة: الآية 02.

محمد بن يعقوب بن السراج الفيروز أبادي، تحقيق محمد مسعود أحمد: القاموس المحيط، الجزء الثالث، باب العين، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، 2009، الصفحة 1100.²

جمال مقراني: التعاون الدولي في تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد 2018، 01.³

وبالتالي يمكن القول بأن التعاون بمفهومه الواسع هو تضافر جهود مشتركة بين دولتين فأكثر، تبادل العون والمساعدة لتحقيق منفعة أو مصلحة مشتركة سواء كان داخليا أو إقليميا أو عالميا.¹

3 يقصد بالتعاون أيضا تقديم العون والمساعدة وتكوين جماعات للقيام بعمل مشترك لمصلحة الأعضاء دون وسيط ويقال تعاون القوم اي عاون بعضهم بعضا وإستعان فلان بفلان أي طلب منه العون.²

أما مصطلح الدولي فيستخدم بوصفه حاجة حقيقية لتعريف العلاقات الرسمية بين الدول، ولا يختلف جوهر مفهوم التعاون الدولي بشكل عام في الإصطلاح عن المدلول اللغوي لمصطلح التعاون.³

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للتعاون الدولي

من بين التعاريف الإصطلاحية للتعاون الدولي نذكر مايلي:

1التعاون الدولي هو إحدى السبل المستخدمة لتحقيق التوافق والإنسجام مع أهداف المجتمع العالمي في منع الجريمة والحفاظ على المجتمع وتقويم المنحرفين لوقايته وصونه ووضع في أحسن حال، وذلك من أجل مصالح إجتماعية عالمية معينة، ومن ثمة فإنهم ينظرون إلى التعاون الدولي على أنه السبيل إلى تحقيق الحماية اللازمة العالمية المشتركة التي يعترف بها المجتمع الدولي عن طريق تضافر الجهود.⁴

2يعرف التعاون الدولي على أنه تبادل العون والمساعدة وتضافر الجهود بين دولتين أو أكثر لتحقيق نفع أو خدمة مشتركة على المستوى الدولي والإقليمي أو الداخلي للدول المشتركة.⁵

ثالثا: التعريف الجنائي للتعاون الدولي

يعرف التعاون الدولي من الجانب الجنائي على أنه إشتراك ثنائي بين دولتين أو أكثر في توحيد إجراءاتها القضائية المتعلقة بالأدلة الجنائية أو الإدلاء بالشهادات وتبادل المعلومات والمساعدة القانونية والقضائية وغيرها من الإجراءات المماثلة بما في ذلك الترتيبات التعاونية الأخرى المتفق عليها بين الأطراف المعنية والتي تهدف إلى تنفيذ الأحكام الجنائية.⁶

الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

يقصد بالأساس القانوني لإسترداد الأموال المهربة النص القانوني الذي ينظم صور هذا التعاون أيا كان مصدره سواء إعلان أو إتفاقية دولية أو تشريع وطني.

أولا: الأساس القانوني للتعاون الدولي في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

حسين فتحي الحامولي: التعاون الدولي الأمني في تنفيذ الاحكام الجنائية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 2015، الصفحة 10.

المعجم الوجيز، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية في القاهرة، مطبعة دار المعارف، 1980، الصفحة 442.

مازن حلف ناصر الشمري: معوقات التعاون الدولي في مكافحة جريمة الإختفاء القسري للأشخاص، دراسة مقارنة، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، قسم القانون العام، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، الصفحة 13.

حشيفة عبد البادي: التعاون الدولي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، جامعة زبان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسم الجامعي 2020/2019، الصفحة 29.

علاء الدين شحاتة: التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، دراسة للإستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي لمكافحة المخدرات، القاهرة، 2000، الصفحة 20.

متعب بن عبد الله المسند: التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية وأثره في تحقيق العدالة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، السعودية، 2011، الصفحة 09.

تمثل إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 النص التشريعي الدولي الذي يطمح من أجل إعطاء حل دولي لظاهرة تهريب الأموال وإسترداد الأموال المنهوبة من خلال تفعيل الإطار القانوني الدولي في مواجهة الظاهرة.

وقد خصصت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 الفصل الرابع للتعاون الدولي ودعت الدول الأطراف إلى مساعدة بعضها البعض في التحقيقات وفي الإجراءات الخاصة بالمسائل المدنية والإدارية ذات الصلة بالفساد.¹

ثانيا: الأساس القانوني للتعاون الدولي في إتفاقية منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية

بما أن الهدف الرئيسي في إعتداد إتفاقية منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية هو محاربة هذا النوع من جرائم الفساد فمن الطبيعي أن تهتم بالتعاون الدولي وبمجالاته كآلية في مواجهة تهريب الأموال إلى الخارج.²

ويمكن إكتشاف مظاهر التعاون الدولي في هذه الإتفاقية من خلال ما تضمنته المادة التاسعة منها، وذلك بإجراء المساعدة القضائية المتبادلة بين الدول الأطراف، وضرورة قيام كل طرف بتقديم مساعدة قضائية سريعة وفعالة إلى أي طرف آخر بهدف إجراء التحقيقات والإجراءات الجزائية.³

ثالثا: الأساس القانوني للتعاون الدولي في الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد

نصت المادة الثانية من الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد على منع الفساد وتعزيز التعاون في مكافحته، وقد إحتوت الإتفاقية على إتجاهات إيجابية في وضع تعريفات محددة للمفردات المتداولة في هذا المجال أهمها الفساد والأموال العامة والموظف العمومي، وجاء مضمونها ملائما مع ما هو سائد في المحافل الدولية المتخصصة.⁴

رابعا: الأساس القانوني للتعاون الدولي في إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد

تهدف إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد إلى تشجيع الدول الأطراف على إنشاء الآليات اللازمة في إفريقيا لمنع الفساد وضبطه والمعاقبة والقضاء عليه وعلى الجرائم ذات الصلة في القطاعين العام والخاص.

وقد نصت المادة 18 فقرة 03 من الإتفاقية على أنه "تلتزم الدول الأطراف بالتعاون فيما بينها على إجراء دراسات وأبحاث وتبادلها حول كيفية مكافحة الفساد والجرائم ذات الصلة وتبادل الخبرات المتعلقة بمنع الفساد ومكافحته والجرائم ذات الصلة".⁵

إضافة إلى تعزيز وتسهيل وتنظيم التعاون فيما بين الدول الأطراف من أجل ضمان فاعلية التدابير والإجراءات الخاصة بمنع الفساد في إفريقيا وضبط الجرائم المتعلقة به والمعاقبة عليها.⁶

المواد من 43 إلى 49 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.¹

لمحسن بونعامة عبد الله: الفساد وأثره في القطاع الخاص، المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، السعودية، 2003، الصفحة 581.²

سفيان موري: آليات مكافحة الفساد الإقتصادي الدولي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 12 نوفمبر 2018، الصفحة 24.³

عبد محمد قحطان، الجهود العربية في مكافحة الفساد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2003، الصفحة 23.⁴

المادة 18 فقرة 03 من إتفاقية منظمة الإتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد.⁵

خالد بن عبد الرحمن آل الشيخ: الفساد الإداري أنماطه وأسبابه وسبل مكافحته نحو بناء نموذج تنظيبي، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، الرياض، السعودية، الصفحة 85.⁶

الفرع الثالث: أهداف التعاون الدولي

من بين الأهداف التي يمكن أن يحققها التعاون الدولي في مجال مكافحة جريمة تهريب الأموال وإسترداد الأموال المنهوبة نذكر مايلي:

اولا: خفض معدلات الجريمة من خلال التنسيق بين المؤسسات الأمنية بألياتها المختلفة في الساحات الأمنية الإقليمية والدولية.

ثانيا: إكمال النقص المتعلق بمجال المعلومات والتعاون من أجل كشف أبعاد الجرائم والخطط المعدة لإرتكاب الجرائم لمنع وقوعها.

ثالثا: التعاون الدولي يمكن من إكتشاف الثغرات الامنية عبر الوطنية للعمل على إيجاد الحلول والأساليب الفعالة للتصدي للجريمة وضبط مرتكبيها.

رابعا: الإستفادة من النجارب الأمنية الدولية في المؤسسات الأمنية للدول المتقدمة في مجال مكافحة جريمة تهريب الأموال.

خامسا: معرفة نشاط المنظمات الإجرامية ومصادر قوتها وبالتالي حرمانها من مصادر تمويلها.

سادسا: تحقيق التكامل بين الأجهزة الأمنية لتلبية الإحتياجات الأمنية والتنسيق بين القدرات والإمكانات والخبرات والتجارب وتحديد سبل التعاون في مجالات التدريب والتعاون التقني.

سابعا: تحقيق أقصى حد من التقارب في الإطار الإداري والتنظيمي بين أجهزة الأمن لتوحيد الأساليب والممارسات الأمنية لمكافحتها.

ثامنا: توعية الأفراد وتعبئة الرأي العام ضد جريمة تهريب الأموال وإستعمال وسائل الإعلام لتحقيق ذلك، ومواجهة التنظيمات الإجرامية الجماعية عن طريق تأكيد العقاب.

تاسعا: الإهتمام بالتدابير الوقائية وضمان أكبر حد من الشفافية فيما يتعلق بملكية الشركات والتحويلات المالية والحد من السرية المصرفية.¹

المطلب الثاني: مبررات ومعوقات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

شعور المجتمع الدولي بخطورة ظاهرة تهريب الاموال وما تحدثه من آثار سلبية على مصالح المجتمع الدولي المشتركة وإدراكه للزيادة السريع لهذا النوع من الجرائم يمثل نقطة مشتركة تلتقي فيها جهود المجتمع الدولي أدت إلى ظهور المبررات التي دفعت إلى التعاون الدولي، وإذا كان التعاون الدولي هو الركيزة الرئيسية في استرداد الأموال المنهوبة غير أن هذا التعاون قد تعترضه مجموعة من العراقيل والعوائق قد تواجه عملية الإسترداد.

الفرع الأول: مبررات التعاون الدولي

¹ أسية ذنايب: الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع علاقات دولية وقانون المنظمات الدولية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، الصفحات 108، 106.

من بين الإعتبارات التي دفعت المجتمع الدولي إلى التضامن وتوحيد الجهود الدولية من أجل مكافحة تهريب الأموال وإسترداد الأموال المهربة نذكر مايلي:

أولاً: أن أي دولة مهما بلغت درجة قوتها وصلابتها لا يمكنها الإستغناء عن الدخول في علاقات تعاون متبادلة مع غيرها من الدول، خاصة وأن جهودها الداخلية في مكافحة وملاحقة الجريمة والجناة تبقى غير كافية في منع جريمة تهريب الأموال إلى الخارج أو التقليل منها، وذلك بسبب التطور التكنولوجي الذي ساعد على ظهور أنواع جديدة من الجرائم وإرتفاع حجمها على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية.¹

ثانياً: جريمة تهريب الأموال جريمة غير إقليمية مما يؤدي توزيع أركانها على عدة دول، وهذا ما جعل المجتمع الدولي يتجه نحو إنشاء أجهزة تعاونية تعمل على مستويات حكومية أو غير حكومية من أجل ضمان التنسيق والمتابعة.²

ثالثاً: التعاون الدولي من التدابير المانعة من وقوع جريمة تهريب الأموال إلى الخارج لأن المجرم سوف يجد نفسه محاطاً بسياج مانع من الإفلات من المسؤولية عن الجريمة التي إرتكبها، أو من العقوبة الصادرة بحقه فإذا إرتكب جريمة في دولة وتمكن من الهروب إلى دولة أخرى فسوف يكون عرضة للقبض عليه أو ترحيله إلى البلد الآخر، وكل ذلك يجعل المجرم يعزف عن إرتكاب جريمة تهريب الأموال، وعلى العموم يتحقق الردع العام عندما تجد العقوبة سبيلها للتطبيق على جريمة تهريب الأموال.³

الفرع الثاني: معوقات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

تعتبر عملية إسترداد الأموال المهربة إلى الخارج من أصعب وأعقد العمليات والإجراءات لعدة أسباب وعوامل، وتقف أمام تحقيقها الكثير من الصعوبات والعراقيل رغم وجود الآليات والسبل التي أقرها المشرع الدولي في إتباعها وإنتهاجها لإتباع عملية إسترداد الأموال، إلا أنها لا تكتمل وتعترضها بعض المشاكل والمعوقات قد تكون هذه المعوقات قانونية أو إدارية أو إجرائية وغيرها من العراقيل.

أولاً: العراقيل التشريعية

تتمثل العراقيل القانونية التي تواجه إسترداد الأموال المنهوبة في إختلاف الأنظمة القانونية والقضائية في الولايات القضائية المختلفة، وهو ما يعني في بعض الحالات أن لا يعتبر السلوك المرتكب والمنشئ للطلب ممثلاً لجريمة في الولاية القضائية التي تقدم إليها طلب إسترداد الأموال والأصول والممتلكات المهربة، إضافة على عدم وجود الطرق القانونية التي يمكن من خلالها متابعة المطالبات بنجاح ووجود حصانات وحقوق لأطراف ثالثة.⁴

ثانياً: العراقيل الإجرائية

تتمثل العقوبات الإجرائية التي تعترض إسترداد الأموال المهربة إلى الخارج في المسائل المتعلقة بمدى قبول الأدلة أو عدم كفايتها لإكمال الإجراءات، أو ضعف الأدلة المقدمة وعدم قوتها أو في نوع الأدلة المطلوبة، إضافة إلى أن المساعدة

الرحمن فتحي سمعان: تسليم المجرمين في قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية، 2012، الصفحة 511.

طارق إبراهيم الدسوقي: الأمن المعلوماتي "النظام القانوني لحماية المعلومات"، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012، الصفحة 592.

طارق إبراهيم الدسوقي: المرجع نفسه، الصفحة 592.

نزيه مرمش، مازن لحام، عصمت صوالحة: الإطار الناظم لإسترداد الأصول على المستوى المحلي والدولي، جامعة بيرزيت، معهد الحقوق، فلسطين، 2015، الصفحة 16.

القضائية المتبادلة بين الدول غير فعالة وتفتقد إلى الجدية وإلى وجود إرادة حقيقية في التعاون في المجال القضائي وتبادل المعلومات مما يجعل تلك الإجراءات تستغرق وقتاً طويلاً دون أن تؤدي إلى تحقيق أهدافها.¹

وبسبب إختلاف الأنظمة القانونية الإجرائية نجد أن طرق التحري والتحقيق والمحاكمة التي تثبت فاعليتها في دولة ما قد تكون عديمة الفائدة في دولة أخرى، أو قد لا يسمح بإجرائها،² والتسليم المراقب والعمليات المستترة و غيرها من الإجراءات المشابهة فإذا ما أعتبرت طريقة ما من طرق جمع الإستدلالات أو التحقيق أنها قانونية في دولة معينة وقد تكون نفس الطريقة غير مشروعة في دولة أخرى، أو أن السلطات القضائية لدى الدولة الثانية قد لا تسمح باستخدام أي دليل إثبات جرى جمعه بطرق ترى هذه الدولة أنها غير مشروعة.³

ثالثاً: العر اقبل الإدارية والتقنية

تتمثل العقبات الإدارية والتقنية التي تواجه عملية إسترداد الممتلكات والأصول المهربة في نقص الخبرة المتعلقة بعمليات الإعداد وإتخاذ القرارات المناسبة في الأوقات المناسبة، وكذلك في إختيار الإجراء القانوني والقضائي المناسب ومباشرته، وذلك لأن عملية إسترداد الأموال مهمة من حيث إستغلال الوقت ولهذا يجب أن تدار بشكل جيد وهذا تفادياً لضياح العائدات وتبديدها، وكذلك تظهر العقبات الإدارية والتقنية في نقص الخبرات الفنية والموارد والتكلف الباهضة التي تترتب على إستخدام العديد من الخبراء والمهنيين المتخصصين كالمحاسبين والمحامين، وذلك لأن عملية إسترداد الأموال تستلزم إستخدام أساليب وطرق ومهارات خاصة في التحقيق والتحري وتتبع مسار الأموال في الخارج.⁴

رابعاً: العر اقبل الدولية

تتمثل العقبات الدولية في إسترداد الأموال في نقص التنسيق والتعاون بين الوكالات والوزارات في الولايات القضائية المختلفة، والتفاوت في توفير المساعدة القانونية المتبادلة بين الدولة الطالبة والمطالبة، إضافة إلى الإفتقار إلى الإرادة السياسية اللازمة في إتخاذ الإجراءات أو التعاون بطريقة فعالة وإنعدام الإهتمام من جانب الدول الضحية في بناء أطر عمل مؤسسية وقانونية لمكافحة الفساد بصفة عامة وتهريب الأموال بصفة خاصة، إضافة إلى غياب التنسيق الفعال للمبادرات القائمة في إسترداد الممتلكات والأصول.⁵

خامساً: عر اقبل أخرى

إضافة العراقيل السابقة التي تم ذكرها هناك عراقيل أخرى تواجه عملية إسترداد الأموال المنهوبة وتتمثل في :

1. تنامي الأنشطة المتعلقة بغسل الأموال مما يؤدي إلى صعوبة تتبع أثر الأموال المتأتية من جرائم الفساد.
2. بروز العديد من المشاكل المتعلقة بملاحقة المجرمين كونها أول خطوة نحو الإسترداد.
3. عدم إفشاء مصدر الصفقات ما يعيق جهود إقتفاء أثر الأموال ومنع تحويلات أخرى.

نرمين مرمش، مازن لحام، عصمت صوالحة: المرجع نفسه، الصفحة 16.

مصطفى محمد موسى: المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة بين المراقبة الأمنية التقليدية والإلكترونية، مصر، دار الكتب والوثائق القومية المصرية، 2003، الصفحة 03.

حسين بن سعيد الغافري: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الأنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق، عين الشمس، 2007، الصفحة 550.

نرمين مرمش، مازن لحام، عصمت صوالحة: المرجع السابق، الصفحة 16.

نرمين مرمش، مازن لحام، عصمت صوالحة: المرجع نفسه، الصفحة 16.

4. بعد ضبط الممتلكات وتحديدتها تظهر العديد من المشاكل المتعلقة بإعادتها والتصرف فيها مثل الدوافع السياسية.

5. مهربي الأموال إلى الخارج قد يتمتعون بعلاقات واسعة وبمهارات مختلفة في التصرف، وبإمكانهم تحمل نفقات إضافية لضمان تدابير حماية مشددة، وإيجاد ملاجئ آمنة في ولايات قانونية عديدة وإنشاء شركات وهمية واستخدام أسماء مزورة مما يزيد من عملية الإسترداد صعوبة وتعقيدا وما يساعدهم في ذلك غياب الشفافية في الكثير من الأنظمة المالية في العالم، مما يساهم في صعوبة الكشف عن العائدات الإجرامية.¹

المبحث الثاني: آليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة

إسترجاع الأموال المنهوبة يستوجب وجود آليات مبنية على وجود الشفافية والمساءلة ووضع تدابير وقائية وعقابية، كما تتطلب مكافحة جريمة تهريب الأموال تعاوناً دولياً رغم أنه يمكن لأي دولة أن تحرز بعض التقدم في مواجهة الجريمة بوضع إستراتيجية فعالة على الساحة المحلية، غير أنه وبالنظر إلى الطبيعة الدولية للجريمة فهي تحتاج إلى تعاون دولي مع دول أخرى أو منظمات دولية معنية بمكافحة الجريمة، وسنتطرق في هذا المبحث إلى الشروط الشكلية والموضوعية لإسترداد الأموال، ثم إلى أساليب إسترداد الأموال المنهوبة وهذا في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: شروط إسترداد الأموال المنهوبة

عملية إسترداد الأموال المنهوبة تتطلب مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية يجب على الدولة طالبة الإسترداد أن تتبعها لإستيفاء أصولها وممتلكاتها من الدولة المهرب إليها الأموال والمستقبل للجنة، وهذه الشروط أوردتها إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بعضها شروط شكلية تتعلق بطلب الإسترداد، والشروط الأخرى موضوعية تتعلق بصلب الموضوع.

الفرع الأول الشروط الشكلية لإسترداد الأموال المنهوبة

أي طلب تتقدم به الدولة صاحبة الحق الشرعي للأصول المهربة من أجل إسترجاع ممتلكاتها سواء على المستوى الوطني أو الدولي فيجب أن يكون مستوفياً للشروط المنصوص عليها قانوناً من حيث الشكل، وخلاف ذلك فإنه يرفض الطلب ويرد دون التطرق إلى موضوعه، وهذا ما يسمى بالشروط الشكلية والتي نصت عليها إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: العضوية في الإتفاقية

الأساس القانوني لطلب المساعدة في إسترداد الأموال بين الدولة طالبة والدولة المتلقية للطلب يوجد في الإتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف حيث تستند إجراءات المساعدة القانونية إلى هذه الإتفاقيات، وعليه عندما يقدم طلب لغرض إسترداد الأموال فيجب على الدولة طالبة أن تستند بطلبها إلى أساس قانوني يربطها بالدولة متلقية الطلب سواء كان إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف، وقد عدت المادة 51 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

على أبو حجلة: محاضرات في المساعدة القانونية المتبادلة وتسليم المتهمين وإسترداد الموجودات، مادة علمية مقدمة ضمن برامج تدريب أعضاء النيابة في مجال مكافحة الفساد، ضمن مشروع المساعدة في تعزيز قدرات مكافحة الفساد في فلسطين، جامعة بيرزيت، معهد الحقوق، رام الله، تشرين الثاني، 2013، الصفحة 64.¹

لعام 2003 أن الإسترداد مبدأ أساسي من مبادئ الإتفاقية وألزمت الدول الأطراف فقط بإبداء التعاون فيما بينها، ثم ورد التأكيد على هذا الشرط في مواد الفصل الخامس من الإتفاقية التي نظمت إجراءات إسترداد الأموال.¹

هذا الشرط لا يخل بحق الدول في إسترداد الأموال دون إتباع أحكام الإتفاقية عن طريق:

1. عقد الدول الأطراف إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف فيما بينها أو مع دول غير أطراف لغرض تعزيز التعاون الدولي في مجال إسترداد الأموال، وهذا لا يخل بعضويتها في إتفاقية الأمم المتحدة.

2. أو إبداء التعاون الدولي في مجال إسترداد الأموال عن طريق المعاملة بالمثل.²

ثانيا: طلب كتابي

يشترط على الدولة طالبة إسترداد الأموال أن تقدم طلبا كتابيا، ولا يشترط الكتابة أن تتم بوسيلة معنية بل يمكن أن تتم بكل وسيلة تنتج سجلا مكتوبا إلى الدولة متلقية الطلب غير أنه يستثنى من هذا الشرط الحالات المستعجلة بحيث أجازت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تقديم طلب شفوي في الحالات العاجلة بعد إتفاق الدولتين على ذلك، وتؤكد طلبها الشفوي بطلب كتابي لاحق.³

ثالثا: لغة الطلب

يشترط على الدولة طالبة الإسترداد أن تقوم بتقديم طلبها بإحدى اللغات المقبولة لدى الدولة الطرف متلقية الطلب لأن كل دولة طرف في إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حددت لغة أو عدة لغات عند إنضمامها إلى الإتفاقية أو تصديقها أو قبولها تكون مقبولة لديها في طلبات المساعدة القانونية التي تقدم إليها.

وفي حال إختلاف اللغة بين الدولة الطالبة والدولة متلقية الطلب فتقع على الدولة الطالبة مسؤولية ترجمة طلب المساعدة القانونية في مجال إسترداد الأموال، وهذا يتطلب إتلاك الجهة المكلفة بالترجمة كوادر محترفة باللغة المطلوبة وإلما وواسعا بالمصطلحات القانونية لأن الأخطاء في الترجمة قد تؤدي إلى غموض في الطلب، وهو ما يدفع الدولة متلقية الطلب إلى طلب إيضاحات من الدولة الطالبة وهذا يؤدي إلى تأخير تنفيذ إجراءات الإسترداد.⁴

رابعا: السلطات المركزية المختصة بقبول الطلب

إنشاء السلطة المركزية المختصة بقبول المساعدة القانونية في الإتفاقيات الحديثة المتعلقة بالمساعدة القانونية المتبادلة وهذا لضمان الرد السريع، وتكمن أهمية إنشاء هذه السلطة بكونها الجهة المختصة بإرسال وإستقبال الطلبات من وإلى الدول الطالبة من أجل تبادل المساعدة والتعاون الدولي ومتابعة تلك الطلبات، وهو ما يشكل عنصر محوري لتنفيذ الأحكام المشتركة في الإتفاقيات مما يؤدي إلى إسترجاع الممتلكات ومكافحة جريمة تهريب الأموال، وعليه فيجب أن يوجه طلب المساعدة القانونية بالإسترداد إلى السلطة المركزية في الدولة الطرف متلقية الطلب التي حددتها تلك الدولة عند

. عماد علي رباط الزاملي: طرق إسترداد الأموال المهربة المتأتية من جرائم الفساد وموقف التشريع العراقي منها، بحث مستل، جامعة القادسية، كلية القانون، العراق، 2017، الصفحة 10.

حسين علي كاظم: وضع الأحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، المجلد 01، العدد 2009، الصفحة 100.

. عصام علي رباط الزاملي: المرجع السابق، الصفحة 11.

المادة 46 فقرة 14 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

إيداع صك تصديقها على إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، غير أن هذا الشرط لا يمنع من تلقي الطلبات والمراسلات خارج السلطة المركزية مثلا تلقي الطلبات عبر القنوات الدبلوماسية،¹

وقد أجازت المادة 46 فقرة 13 تقديم طلب المساعدة القانونية المتبادلة بشأن إسترداد الأموال المهربة عن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأنتربول) في الحالات العاجلة.²

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لإسترداد الأموال المنهوبة

الشروط الموضوعية هي الشروط المتعلقة بصلب الموضوع محل الطلب، وقد تناولت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الشروط الموضوعية في عدة مواضع البعض منها نصت عليه بشكل صريح وبعض الشروط أشارت إليها بشكل ضمني، بحيث جاءت بعض الشروط عندما يتم تنظيم المساعدة القانونية المتبادلة والتعاون الدولي، واشترطت بعض الشروط في النصوص القانونية المنظمة للإسترداد.

أولاً: التقيد بالنطاق الموضوعي لأفعال الفساد

يقصد بهذا الشرط أنه يجب على الدولة طالبة إسترداد الأموال أن تتقيد بطلبها في حدود النطاق الموضوعي لجرائم الفساد والجرائم المرتبطة بها الواردة في إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ويمكن إكتشاف مضمون هذا الشرط من خلال النصوص القانونية التالية:

1. ورد شرط التقيد بالنطاق الموضوعي لأفعال الفساد في المادة الثالثة من الإتفاقية حيث نصت على أنه "تنطبق هذه الإتفاقية وفقاً لأحكامها على منع الفساد والتحري عنه وملاحقة مرتكبيه وعلى تجميد وحجز العائدات المتأتية من الأفعال المجرمة وفقاً لهذه الإتفاقية".³

2. كما نصت المادة 31 من الإتفاقية "تتخذ كل دولة طرف ضمن نطاق نظامها القانوني الداخلي ما قد يلزم من تدابير للتمكين من المصادرة للعائدات الإجرامية المتأتية من أفعال مجرمة وفقاً لهذه الإتفاقية"⁴

3. ونصت المادة 54 من الإتفاقية "على كل دولة طرف من أجل تقديم المساعدة القانونية المتبادلة..... فيما يتعلق بممتلكات أكتسبت بإرتكاب فعل مجرم وفقاً لهذه الإتفاقية".

ثانياً: الولاية القضائية

للولاية القضائية فاعلية في إسترجاع الأموال المهربة إلى الخارج ومكافحة ظاهرة تهريب الأموال وفي التضييق على المجرمين ولهذا تعتبر من المبادئ الرئيسية المنصوص عليها في القوانين العقابية،⁵ ومنع الجناة من إستغلال غياب معياري الإقليمية والعالمية في بعض الدول، فإتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عالجت بنفس المعايير مع إضافة مستحدثة تمثل في معياري الإقليمية والعالمية، ففي معيار الإقليمية أضافت الإتفاقية فرضاً محتملاً وعدته ضمن

1. هلال عبد الإله أحمد: إتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية معلقاً عليها، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 2011، الصفحة 266.

2. المادة 46 فقرة 13 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

3. المادة 03 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

4. المادة 31 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

5. علي حسن حلف، سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثانية، بغداد، المكتبة القانونية، 2010، الصفحة 85.

الولاية القضائية للدولة الطرف في الإتفاقية و لو أرتكب خارج الحدود الإقليمية، أما الإضافة الثانية تتمثل في إستحداث معيار العالمية الذي تضمنته أغلب القوانين الوطنية.

وقد أوجبت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الولاية القضائية في مجال إسترداد الأموال المنهوبة في الفقرة الأولى من المادة 55 منها على الدولة الطرف طالبة الإسترداد والدولة الطرف متلقية الطلب ان يكون لهما الولاية القضائية كل حسب دوره في إسترداد الأموال، ففي البداية علقت الإتفاقية قبول طلب الإسترداد على وجوب تمتع الدولة الطالبة بالولاية القضائية على الفعل الإجرامي الذي تحصلت منه الأموال محل الإسترداد أما بالنسبة للدولة متلقية الطلب ألزمتها الإتفاقية بأن تتمتع بالولاية القضائية بخصوص التصرفات القانونية التي تتخذها بشأن العائدات الإجرامية أو الأموال محل طلب الإسترداد المقدم من دولة طرف أخرى.¹

ثالثاً: صدور حكم نهائي بات بالمصادرة

لإتمام عمليات إسترداد الأموال المنهوبة أوجبت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ضرورة حكم نهائي بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم الفساد، أي بمعنى يجب أن يصدر حكم نهائي من محاكم الدولة الطالبة يتضمن إدانة المتهم في أحد أفعال الفساد والحكم عليه بالعقوبة التكميلية المتمثلة بمصادرة الأموال محل الإسترداد بعد الحكم بالعقوبة الأصلية،² ويمكن إكتشاف هذا الشرط من خلال النصين القانونيين التاليين:

1. نصت المادة 54 فقرة 01 على أنه "كل دولة طرف من أجل تقديم المساعدة القانونية المتبادلة..... أن تقوم وفقاً لقانونها الداخلي بما يلي: أ. إتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بإنفاذ أمر مصادرة صادر من محكمة في دولة طرف أخرى..."³

2. نظمت الإتفاقية في المادة 57 منها آليات إرجاع الأموال المصادرة من قبل الدولة متلقية الطلب من خلال تعليق إرجاع الأموال المصادرة المطلوب إستردادها بأن تتم بالإستناد إلى تقديم حكم نهائي بالمصادرة صادر من محاكم الدولة الطرف طالبة الإسترداد.⁴

رابعاً: شرط ازدواجية التجريم

يتمثل هذا الشرط في أن يكون الفعل محل التعاون مجرماً في قانون الدولة طالبة التعاون والمساعدة القانونية وفي قانون الدولة متلقية الطلب،⁵ ويتحقق شرط ازدواجية التجريم بأحد الأسلوبين:

1. أسلوب القائمة الحصرية، ويتمثل في تعدد الجرائم التي يجوز التعاون الدولي أو المساعدة القانونية فيها وإستبعاد ما عداها.
2. أو أسلوب الحد الأدنى للعقوبة، ويتمثل في بجواز التعاون الدولي في الجرائم التي تتجاوز عقوبتها حد أدنى معين.⁶

المادة 55 فقرة 01 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.¹

وليد حمزة مرزة، رباب خليل إبراهيم: نحو تفعيل دور هيئة النزاهة في منع الفساد ومكافحته، بغداد، مكتبة السيسبان، 2015، الصفحة 66.²

المادة 54 فقرة 01 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.³

المادة 57 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.⁴

حسين معن: إسترداد المتهمين والمحكوم عليهم في جرائم الفساد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2014، الصفحة 22.⁵

سليمان عبد المنعم: الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، الصفحة 22.⁶

وفي مجال اشتراط ازدواجية التجريم بينت الإتفاقية أحكامها وجعلت أمر اشتراطها إختياريا، أي ترك أمر فرضه من عدمه إلى الدولة الطرف متلقية الطلب، فإذا اشتراطته أعتبر وجوبيا على الدولة الطرف طالبة الإسترداد، وإذا لم تشتراطه فهو غير ملزم،¹ ويمكن إكتشاف إختيارية هذا الشرط من خلال عدة نصوص من بينها، ما نصت عليه المادة 43 من الإتفاقية التي عالجت موضوع التعاون الدولي حيث نصت على "في مسائل التعاون الدولي كلما أشتراط توافر ازدواجية التجريم وجب إعتبار ذلك الشرط مستوفيا"،² و نصت المادة 46 فقرة 09 البند (ج) على دعوة الدول الأطراف بشكل جوازي إلى إتخاذ التدابير الضرورية في قانونها الداخلي من أجل تقديم أوسع مساعدة قانونية في حال إنتفاء شرط ازدواجية التجريم.³

المطلب الثاني: أساليب إسترداد الأموال المنهوبة

عملية إسترداد الأموال المنهوبة تتطلب وجود إستراتيجية مبنية على تعزيز أنظمة الشفافية والمساءلة الوطنية والدولية، ووضع تدابير وقائية وعقابية كما تتطلب تعاونا دوليا حقيقيا وفعليا وجادا بين الدول، حتى وإن تمكنت أي دولة بمفردها من إحراز تقدم على الساحة الدولية لكن الطبيعة الدولية لعملية إسترداد الأموال تستلزم تعاون ثنائي أو متعدد الأطراف مع دول أو منظمات دولية أخرى، وقد أوجدت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 عدة طرق لإسترداد الأموال لكل طريق أحكامه الخاصة.

الفرع الأول: أسلوب المساعدة القانونية المتبادلة (الطريق الجنائي) لإسترداد الأموال المنهوبة

الطريق الجنائي في إسترداد الأموال المنهوبة هو إحدى الوسائل الإجرائية في مجال التعاون القضائي الدولي الجنائي، وقد أستحدثت أحكام جديدة بموجب الإتفاقيات الحديثة التي تكافح الفساد وتسعى إلى إسترداد الأموال المنهوبة.

نصت المادة 18 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على أنه تقدم الدول الأطراف بعضها البعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة.⁴

يتبين من خلال هذا النص أن المساعدة القانونية المتبادلة هي إجراء ملزم لإقامة تعاون قانوني وقضائي دولي لتسهيل مكافحة الجريمة وتنفيذ أساليب المساعدة القانونية والقضائية بفاعلية وكفاءة.⁵

ونصت المادة 46 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على المساعدة القانونية المتبادلة بشكل تفصيلي فيتم طلب المساعدة القانونية المتبادلة لأخذ شهادة الاشخاص و إجراء التفتيش والضبط وفحص الأشياء وتقديم الأدلة و المعلومات.⁶

ويمكن تقسيم المساعدة القانونية المتبادلة إلى نوعين:

أولاً: المساعدة بناء على طلب

1. عماد علي رباط الزلامي: المرجع السابق، الصفحة 13.

2. المادة 43 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

3. المادة 46 فقرة 09 البند (ج) من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

4. المادة 18 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

5. الخريشة أمجد سعود: جريمة غسيل الأموال، الأردن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009، الصفحة 216.

6. المادة 46 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

المساعدة بناء على طلب أوردها المادة 46 فقرة 03 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

وتنص المادة 23 فقرة 02 من الإتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب على ان الدول الأطراف تطلب المساعدة القانونية المتبادلة لأي غرض من الأغراض التالية:

1. ضبط الأموال والممتلكات المتحصلة من الجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية.
2. القيام بإجراءات التفتيش و فحص الأشياء ومعاينة المواقع.
3. الحصول على أدلة أو أقوال من الأشخاص وتلقي تقارير الخبراء.
4. تبادل صحف الحالة الجنائية وتبليغ المستندات القضائية عموماً.
5. كشف المتحصلات أو الممتلكات أو الأدوات لأغراض الحصول على أدلة.
6. تسهيل مثول الأشخاص في الدولة الطرف التي تطلب ذلك من أجل سماع شهادتهم أو أقوالهم في الجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية.¹

ثانياً: المساعدة التلقائية

حسب نص المادة 23 فقرة 03 من الإتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال و تمويل الإرهاب يجوز للسلطات المختصة في كل دولة طرف فيما لا يتعارض مع قانونها الداخلي ودون أن تتلقى طلباً مسبقاً أن تحيل معلومات متعلقة بمسائل جنائية إلى سلطة مختصة في دولة طرف أخرى.²

ثالثاً: التعاون في مجال المصادرة

المصادرة عقوبة لا يمكن أن تقع إلا بناء على حكم قضائي وهذه القاعدة تستمد شرعيتها من الدستور حيث نجد أن بعض الدول تتضمن دساتيرها نصاً صريحاً يقضي بعدم جواز الحكم بالمصادرة إلا بموجب حكم قضائي.³

وتعتبر المصادرة البديلة الحكم المستحدث الذي ورد في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الذي يعتبر بديلاً فاعلاً في حال عدم إمكانية الحكم بالمصادرة الموضوعية عند تصرف المتهم بالأموال محل المصادرة سواء كان بتبديدها أو خلطها أو إتلافها.

كما تعد عملية مصادرة الأموال المتحصل عليها من جرائم الفساد إحدى العمليات التي تساهم في إسترجاع الأموال المهربة إلى الخارج والتصدي لظاهرة تهريب الأموال، فالمصادرة مورد إضافي لخزينة الدولة والأجهزة التي تسعى إلى محاربة الجريمة.

الفرع الثاني: الطرق البديلة أو المكملة لإسترداد الأموال المهربة

قد لا تتمكن الدول من الحصول على المساعدة القانونية لإسترداد الأموال بواسطة الطريق الجنائي لعدة أسباب مما يستوجب سلوك طرق أخرى لإسترداد الأموال، وقد جاءت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بخيارات

المادة 23 فقرة 02 من إتفاقية المنظمة العربية لمكافحة غسل الأموال و تمويل الإرهاب.¹

المادة 23 فقرة 03 من إتفاقية المنظمة العربية لغسل الاموال وتمويل الإرهاب.²

سلوى أحمد ميدان: المواءمة بين العقوبات التي أقرتها إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 والتشريعات العراقية، دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون والعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، كلية القانون، المجلد 02، العدد 06، 2013، الصفحة 109.³

وأساليب أخرى سعيها منها إلى منع مهربي الأموال من التمتع بتلك العائدات غير الشرعية فأوجدت خيارات مفتوحة بديلة في حال فشل الطريق الجنائي في إسترداد الأموال..

أولاً: الطريق المدني (الإسترداد المباشر للأموال)

يتمثل الطريق المدني لإسترداد الأموال في إمكانية أي دولة طرف في الإتفاقية رفع دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية في الدول المهرب إليها الأموال المتحصلة من جرائم الفساد من أجل تعقيبها و تثبيت ملكيتها فيها أو قيمة تلك الأموال.¹

1. تدابير الإسترداد المباشر

تضمنت إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تجديد ثلاثة مقتضيات تتعلق بالإسترداد المباشر للأموال وتتمثل هذه التدابير فيما يلي:

أ. يجب على دولة طرف في الإتفاقية حسب المادة 53 فقرة 01 إتخاذ ما يلزم من تدابير تسمح لأي دولة طرف أخرى إمكانية رفع دعوى مدنية أمام محاكمها من أجل تثبيت ملكية تلك الممتلكات محل المطالبة.²

ب. حسب المادة 53 فقرة 02 يجب على دولة طرف إتخاذ ما يلزم من تدابير تأذن من خلالها لمحاكمها بأن تصدر أمراً لمن ارتكب أفعالا مجرمة وفق الإتفاقية بأن يدفع تعويضا عن خسارة أو ضرر إلى دولة طرف أخرى لحقها نتيجة أذى من جراء تلك الجرائم.³

ج. يجب على الدول الاطراف إتخاذ ما يلزم من تدابير تأذن من خلالها لمحاكمها أو لسلطاتها المختصة عندما يتعين إتخاذ قرار بشأن المصادرة بأن تقر في مطالبة دولة طرف أخرى لممتلكات تم إكتسابها بإحدى أفعال الفساد المجرمة وفقا للإتفاقية كونها مالكة شرعية لها.⁴

ثانياً: الطريق الإستثنائي (المصادرة دون الإستناد إلى حكم المصادرة)

المصادرة دون الإستناد إلى حكم الإدانة هو إجراء قانوني موجه ضد الممتلكات إستنادا أدلة قانونية بأن الممتلكات عبارة عن عوائد نشاط غير قانوني، وهو إجراء يتخذ ضد الممتلكات وليس ضد الجاني.⁵

وقد نصت المادة 55 فقرة 01 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أنه "...النظر في إتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح بمصادرة تلك الممتلكات دون إدانة جنائية في الحالات التي لا يمكن فيها ملاحقة الجاني بسبب الوفاة أو الفرار أو الغياب أو في حالات أخرى مناسبة".⁶

بناء على هذه المادة دعت الإتفاقية الدول الأطراف من أجل تقديم المساعدة القانونية أن تنظر في إتخاذ تدابير وفقا لقانونها الداخلي.

نرمين مرمش، مازن لحام، عصمت صوالحة: المرجع السابق، الصفحة 25.

المادة 53 فقرة 01 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

المادة 53 فقرة 02 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

المادة 53 فقرة 03 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

حاجة عبد العالي: الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق و العلوم

السياسية، الجزائر، الموسم الجامعي 2012/2013، الصفحة 308.

المادة 55 فقرة 01 من إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

الخاتمة:

بفضل الله وعونه أنهينا معالجة موضوعنا الذي كان تحت عنوان "إشكاليات التعاون الدولي في إسترداد الأموال المنهوبة وعائدات الإجرام المهربة إلى الخارج"، وقد توصلنا في دراستنا إلى أن:

التعاون الدولي من المفاهيم التي يصعب إعطاء تعريف موحد لها بسبب إتساع المجال الذي يمكن أن يتخذه هذا التعاون بإعتباره ظاهرة مرنة تتطور باستمرار، كما توصلنا إلى أن التعاون الدولي يستمد أساسه القانوني من عدة إتفاقيات مثل إتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003، والإتفاقية العربية لمكافحة الفساد وغيرها من الإتفاقيات، وتوصلنا أيضا إلى أن للتعاون الدولي عدة أهداف يمكن أن يحققها في سبيل إسترداد الأموال المنهوبة كنقص معدلات الجريمة وإكتشاف الثغرات الأمنية وتحقيق التكامل بين الأجهزة الأمنية، وتوصلنا إلى أن عملية الإسترداد قد تعترضها بعض المعوقات والعراقيل وهذه العراقيل قد تكون تشريعية مثل إختلاف الأنظمة القانونية والقضائية، وقد تكون عراقيل إجرائية مثل ضعف الأدلة وعدم كفايتها، أو عوائق إدارية وتقنية مثل نقص الخبرة في التعامل مع عملية إسترداد الأموال حيث أن العملية حساسة جدا تحتاج إلى مهارات عالية، وعوائق دولية مثل ضعف التنسيق والتعاون بين مختلف الدول والهيئات الدولية المعنية بإسترجاع الأموال، إضافة إلى ظهور عدة مبررات دفعت المجتمع الدولي إلى التعاون وتوحيد الجهود الدولية.

وتوصلنا أيضا إلى أن آلية التعاون الدولي في إسترداد الأموال المهربة إلى الخارج حتى تحقق نتائجها تستوجب شروط شكلية مثل العضوية في الإتفاقية وطلب كتابي، وشروط موضوعية مثل الولاية القضائية و شرط ازدواجية التجريم، وأما طرق إسترداد الأموال المنهوبة فتتم عبر طريقين الطريق الجنائي (المساعدة القانونية المتبادلة) والطريق البديل (المكمل).

من بين التوصيات التي نوصي بها نوصي بما يلي:

أولاً: ندعو إلى توحيد الجهود الدولية ومضاعفة أساليب التعاون الدولي بين جميع الدول وبين الهيئات الدولية الرسمية وغير الرسمية المعنية بإسترجاع الأموال المنهوبة ومكافحة جريمة تهريب الأموال.

ثانياً: ندعو جميع الدول الأطراف في الإتفاقيات والمعاهدات المعنية بمكافحة الفساد بصفة عامة وجريمة تهريب الأموال بصفة خاصة إلى الإلتزام بتنفيذ الأحكام والقرارات الواردة في الإتفاقيات بشأن عملية إسترداد الممتلكات المهربة.

ثالثاً: ندعو إلى ضرورة الإهتمام بالبرامج التنموية وتحسين الواقع الإجتماعي والإقتصادي للفرد للقضاء على البطالة والفقر، والقضاء على الآفات الإجتماعية وتوفير فرص العمل وزرع روح النزاهة والشفافية وتحصين الفرد ضد الفساد وعمليات تهريب الأموال.

رابعاً: ندعو إلى ضرورة توسيع دائرة التعاون الدولي ليشمل حتى الدول غير الأطراف في الإتفاقيات.

خامساً: ندعو إلى التخلي عن بعض الشروط والإجراءات التي من شأنها إعاقة عملية إسترداد الأموال المنهوبة، ومعالجة جميع العوائق التي تقف أمام إتمام العملية.

سادساً: ضرورة إنشاء الهيئات والسلطات وشبكات وطنية ودولية متخصصة في تعزيز الرقابة والمساءلة وتعزيز التعاون الدولي حول تبادل المعلومات والبيانات وتبادل الخبرات في مجال إسترداد الأموال المنهوبة.

سابعاً: ضرورة رفع القيود القانونية والقضائية الواردة في مختلف الإتفاقيات لمكافحة جريمة تهريب الأموال، ولا بد من إعادة النظر فيها وتعديلها و التوسيع من نطاق تطبيق المساعدة القانونية و القضائية.

ثامناً: ندعو إلى ضرورة إبرام العديد من الإتفاقيات الثنائية والإقليمية والمتعددة الأطراف في مجال التعاون الدولي، والمذكرات التفاهمية لإسترداد الممتلكات وسبل التواصل وتبادل المعلومات.

تاسعاً: ضرورة صياغة الطابع الإلزامي لأحكام الإتفاقيات المتعلقة بمكافحة الفساد بصفة عامة وجريمة تهريب الأموال بصفة خاصة، وذلك لأن أغلب الإتفاقيات جاءت نصوصها على شكل دعوات وتوصيات غير ملزمة للدول لهم حرية الإختيار فيما بين الأخذ بها أو تركها.

عاشراً: ندعو إجراء المزيد من الأبحاث والدراسات المتعلقة بمواضيع التعاون الدولي في إسترجاع الأموال المهربة إلى الخارج، وعقد العديد من الندوات والملتقيات المتعلقة بهذه الظاهرة.

إحدى عشر: ندعو إلى تطوير تقنيات التجريم والعقاب وآليات التعاون الدولي في مجال عمليات إسترداد الأموال المهربة إلى الخارج.

قائمة المراجع

المصادر

القرآن الكريم

المعاجم والقواميس

1. محمد بن يعقوب بن السراج الفيروز، أبادي تحقيق محمد مسعود أحمد: القاموس المحيط، الجزء الثالث، باب العين، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، 2009.
2. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية في القاهرة، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، مطبعة دار المعارف، 1980.

أولا: الكتب

1. حسين فتحي الحامولي: التعاون الدولي الأمني في تنفيذ الأحكام الجنائية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 2015.
2. الخريشة أمجد سعود: جريمة غسيل الأموال، دراسة مقارنة، الأردن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009.
3. الرحمن فتحي سمعان: تسليم المجرمين في ظل قواعد التعاون الدولي، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 2012.
4. سليمان عبد المنعم: الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2007.
5. شحاتة علاء الدين: التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، دراسة للإستراتيجية الوطنية للتعاون الدولي لمكافحة المخدرات، القاهرة، مصر، 2000.
6. طارق إبراهيم الدسوقي: الأمن المعلوماتي، النظام القانوني لحماية المعلومات، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012.
7. عبد القادر محمد قحطان: الجهود العربية في مكافحة الفساد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 203.
8. علي حسن حلف، سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثانية، بغداد، المكتبة القانونية، 2010.
9. مصطفى محمد مرسي: المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة بين المراقبة الأمنية التقليدية والإلكترونية، مصر، دار الكتب والوثائق القومية المصرية، 2003.
10. هلال عبد الإله: إتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية معلقا عليها، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 2011.

11. وليد حمزة مرزة، رباب خليل إبراهيم: نحو تفعيل دور النزاهة في منع الفساد ومكافحته، بغداد، مكتبة السيسبان، 2015.

ثانياً: القوانين والمواثيق الدولية

1. إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

2. إتفاقية المنظمة العربية لمكافحة الفساد.

3. إتفاقية منظمة الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد.

4. إتفاقية منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

5. إتفاقية المنظمة العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

ثالثاً: المذكرات

1. حاجة عبد العلي: الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2012/2013.

2. حسن معن: إسترداد المتهمين والمحكوم عليهم في جرائم الفساد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، كلية القانون، 2014.

3. حسين بن سعيد الغافري: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الأنترنت، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه حقوق، عين الشمس، 2007.

4. خالد بن عبد الرحمن آل الشيخ: الفساد الإداري أنماطه وأسبابه وسبل مكافحته، نحو بناء نموذج تنظيمي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمني، الرياض، السعودية، كلية الدراسات العليا.

5. ذنايب آسية: الآليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع علاقات دولية وقانون المنظمات الدولية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010.

6. متعب بن عبد الله المسند: التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الجنائية وأثره في تحقيق العدالة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، السعودية، كلية الدراسات العليا، 2011.

7. موري سفيان: الآليات القانونية لمكافحة الفساد في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 12 نوفمبر 2018.

رابعاً: المقالات



1. سلوى أحمد ميدان: الموازنة بين العقوبات التي أقرتها إتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 والتشريعات العراقية، دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون والعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، العراق، المجلد 02، العدد 2013، 06.
2. نرمين مرمش، مازن لحام، عصمت صوالحة: الإطار الناظم لإسترداد الأصول على المستوى المحلي والدولي، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2015.
3. لحسن بونعامه عبد الله: الفساد وأثره في القطاع الخاص، المؤتمر العربي الدولي لمكافحة الفساد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، السعودية، 2003.
4. مازن خلف ناصر الشمري: معوقات التعاون الدولي في مكافحة جريمة الاختفاء القسري للأشخاص، دراسة مقارنة، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، قسم القانون العام، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية).
5. مقراني جمال: التعاون الدولي في تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد 01، 2018،

خامسا: البحوث والمحاضرات

1. ابو حجيعة علي: محاضرات في المساعدة القانونية المتبادلة وتسليم المتهمين وإسترداد الموجودات، مادة علمية مقدمة ضمن برنامج تدريب أعضاء النيابة في مجال مكافحة الفساد ضمن مشروع المساعدة في تعزيز قدرات مكافحة الفساد في فلسطين، معهد الحقوق جامعة بيرزيت، رام الله، فلسطين، تشرين الثاني 2013.
2. عماد علي رباط الزاملي: طرق إسترداد الأموال المهربة المتأتية من جرائم الفساد وموقف التشريع العراقي منها، بحث مستل، جامعة القادسية، كلية القانون، العراق، 2017.
3. حسن علي كاظم: وضع الأحكام القضائية الأجنبية موضع التنفيذ في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كركوك، العراق، المجلد 01، العدد 01، 2009.

الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية لذوي الإعاقة

طبقا للقواعد القانونية وأحكام المحكمة الدستورية العليا

سامح سعد محمد حسن علي - دكتوراه القانون العام- كلية الحقوق جامعة الإسكندرية-المحاضر
بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

Sameh Saad Mohamed Hassn& PhD in Public Law& Faculty of Law,Alexandria
University& Lecturer at the Faculty of Law. Faculty of Law, Alexandria University-
Samehsaad9876@gmail.com

الملخص

اتفق الفقه القانوني المقارن . حديثاً. حول مصطلح ذوي الإعاقة للتعبير عن الأشخاص الذين يوجد لديهم قصور بدني أو حسي أو عقلي . بالرغم من عدم اهتمام الدساتير السابقة على دستور 2014 بفئة ذوي الإعاقة ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تتخل عن هذه الفئة ، وإنما أقرت مبدأ التمييز الإيجابي لصالحهم سواء فيما يتعلق بالعمل أو التأمين الاجتماعي ، وأقرت مسؤولية الدولة عن رعايتهم وتوفير حياة كريمة لهم على أساس قواعد التضامن الاجتماعي وقواعد الضرورة . إلا أنه بصدر دستور 2014 فقد اهتم بشكل كبير بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ، حيث نص على حقوقهم في إحدى عشر مادة تضمنت كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والترفيهية ، وجعل تمثيلهم لأول مرة في المجالس التشريعية والمحلية ، وقد أحسن المشرع الدستوري صنعا حين أضاف فئة الأقسام لفئة ذوي الإعاقة رعاية لحقوقهم ، خصوصا وأن نسبة الأقسام في مصر تتعدى نسبة 35% من أقزام العالم.

Abstract

Comparative jurisprudence has recently agreed on the term people with disabilities to express people who have physical, sensory or mental deficiencies.

Despite the lack of interest in the constitutions preceding the 2014 constitution on the category of people with disabilities, the Supreme Constitutional Court did not abandon this category, but rather decided the principle of positive discrimination in their favor, whether with regard to work or social insurance, and recognized the state's responsibility to take care of them and provide them with a decent life on the basis of rules Social solidarity and the rules of necessity .

However, with the promulgation of the 2014 constitution, it has taken a great interest in the rights of persons with disabilities, as it stipulated their rights in eleven articles that included all economic, social, political and entertainment fields, and made their representation for the first time in legislative and local councils. Disability is a concern for their rights, especially since the percentage of dwarves in Egypt exceeds 35% of the world's dwarves.

مقدمة

تعتبر العناية بالأشخاص ذوي الإعاقة واجباً أخلاقياً إنسانياً تفرضه القيم الدينية والأخلاقية والإنسانية المختلفة ، وبذلك سعت كافة المجتمعات المتمدينة إلى الإقرار في دساتيرها وتشريعاتها الداخلية ، كما سعت للتصديق على الاتفاقيات الدولية والإقليمية على حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ، والتي تضمن لهذه الفئة التمتع بكافة الحقوق الشخصية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وكيفية استغلال قدراتهم وتوظيفها في المكان المناسب .

لأول مرة في التاريخ الدستوري المصري أصبح للأشخاص ذوي الإعاقة والذين يمثلون نحو 12 مليون نسمة من سكان مصر قوة وحضور في دستور 2014 الحالي حيث جاء النص عليهم في 11 مادة واضحة وصريحة أهمها المواد (53 ، 80 ، 81) حيث ألزم الدستور الدولة بحماية ذوي الإعاقة صحياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً وسياسياً وجعل تمثيلهم لأول مرة بمجالس النواب والشورى و المجالس المحلية ، كما أضاف فئة الأقزام إلى ذوي الإعاقة لأول مرة ، أيضاً فقد حظر الدستور التمييز بين الأشخاص بسبب الإعاقة وألزم المادة 53 من الدستور الدولة بإنشاء مفوضية مستقلة للقضاء على كافة أشكال التمييز ومن بينها التمييز بسبب الإعاقة .

أعلن السيد رئيس الجمهورية أن العام 2018 هو عام ذوي الإعاقة في مصر ، وفي العام نفسه وافق مجلس النواب على قانون ذوي الإعاقة الجديد الذي يعد ثورة حقيقية فيما يتعلق بحقوق ذوي الإعاقة حيث جاء هذا القانون مدعوماً بما تضمنه دستور 2014 من مواد تكفل حقوق ذوي الإعاقة، وكذلك الاتفاقية الدولية لحقوق ذوي الإعاقة الصادرة عن الأمم المتحدة في 13 ديسمبر 2006 - والتي صدقت عليها مصر في عام 2007- والتي تعد بدورها حدثاً جلياً في أسلوب التعامل مع هؤلاء الأشخاص سواء في تأهيلهم أو تشغيلهم أو الإقرار لهم بحقوق اجتماعية وسياسية واقتصادية ، وكذا تعبر عن آلية كمقياس تقدم الدول الأعضاء من خلال مدى استجابتهم لتطبيق نصوصها.

أهمية الدراسة :

اهتم المشرع الدستوري المصري بالأشخاص ذوي الإعاقة بأن حاول أن يضعهم في خطوة للأمام سبقاً عن ركب الأشخاص العاديين ، لا ليكونوا أفضل من هؤلاء الأصحاء وإنما على الأقل أن يكونوا متساوين معهم في الحقوق والحريات.

لكن المحكمة الدستورية العليا كان لها السبق على الدستور والقوانين والاتفاقيات الدولية في تقرير هذا التمييز الإيجابي لصالح هذه الفئات وذلك حين قضت في أكثر من موضع أن ذلك لا يمثل عدم مساواة وإنما هو تمييز إيجابي هدفه اتصال الافراد في المجتمع وترابطهم بحيث يكون بعضهم لبعض ظهيراً وسنداً في أعباء الحياة.

وكان نتيجة ارتفاع نسبة الأقزام في مضر إلى نسبة تجاوزت ثلث المجتمع أن شمل الدستور المصري 2014 هذه الفئة بالرعاية وجعلهم في مصاف ذوي الإعاقة .

مشكلة الدراسة :

جاء الاهتمام بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لذوي الإعاقة وغيرهم من الأصحاء متأخرا على عكس الاهتمام بالحقوق المدنية والسياسية ، ولذلك كان لابد من الاهتمام بهذه الفئة على الخصوص وبيان حقوقهم حتى يتمكنوا من العيش بكرامة ومن تأدية دورهم في المجتمع على أكمل وجه ، حتى وإن مثل ذلك تمييزا ايجابيا لصالحهم ، لذلك عنيت الدساتير والقوانين الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية بفئة ذوي الاعاقة والاهتمام بحقوقهم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ، والنص على حقهم في الاندماج في المجتمع.

المبحث الأول : ماهية ذوي الإعاقة في التشريعات الدولية والوطنية

اختلف الفقه المهتم بشئون الأشخاص ذوي الإعاقة حول المسميات التي يمكن أن تطلق عليهم ما بين ذوي الاحتياجات الخاصة والمعوقين والعجزة⁽¹⁾، إلا أن الفقه القانوني المقارن قد اتجه إلى مصطلح ذوي الإعاقة باعتباره المصطلح الذي يتوافق لغويا مع المقصود منه لفظيا فإذا كانت الإعاقة في اللغة هي حبس أو تثبيط الشيء عن أداء وظيفته التي نشأ من أجلها، فإن التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية قد اتفقت تقريبا على معيار لتحديد ذوي الإعاقة يتمثل في الوهن الذي يصيب ذلك الشخص ويجعله في أمس الحاجة لعون خارجي يعيده للمستوى العادي أو يقربه منه.

اهتمت الدول بتوفير الرعاية والحماية القانونية لذوي الإعاقة وذلك من خلال التوقيع على المواثيق الدولية التي تناولت جوانب هذه الحماية على المستوى الدولي، كما نصت كثير من الدول في دساتيرها على التزام الدولة بحماية ورعاية ذوي الإعاقة وأصدرت التشريعات التي تحدد مسؤولية الدولة تجاه ذوي الإعاقة وأوجه الرعاية والوقاية التي تكفلها لهم والعمل على دمجهم بالمجتمع وتحسين مستوى معيشتهم ورعايتهم صحيا واجتماعيا وتوفير أوجه الحماية المختلفة لهم وعدم الانتقاص من حقوقهم القانونية بأي شكل من الأشكال.

المطلب الاول : ماهية ذوي الإعاقة في الاتفاقيات الدولية

تعددت الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي ناقشت موضوع ذوي الإعاقة وبالتالي تعددت التعريفات الخاصة بذوي الإعاقة على النحو التالي:

يعرف الشخص ذو الإعاقة طبقا لاتفاقية التأهيل المهني والعمالة للمعوقين الصادرة عن منظمة العمل الدولية بأنه الفرد الذي انخفضت بدرجة كبيرة احتمالات ضمان عمل مناسب

له والاحتفاظ به والترقي فيه نتيجة لقصور بدني، أو عقلي، معترف به قانونا⁽²⁾.

(1)- د. عبد المطلب أمين القرطبي : سيكولوجية ذوي الاحتياجات الخاصة وتربيتهم، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005م، ص19.

(2)- راجع في ذلك، المادة (1) من الاتفاقية رقم 159 لسنة 1981م، التعاريف والنطاق، بشأن التأهيل المهني والعمالة للمعوقين الصادرة عن منظمة العمل الدولية، الدورة 69 في 1/6/1983م ، صدقت عليها مصر في 3/8/1988م، راجع الموقع الإلكتروني :

<http://www.labor-watch.net/ar/paper/>، وكذا ورد نفس التعريف بالتوصية رقم 99، بشأن التأهيل المهني للمعاقين الصادرة عن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، الدورة 38، 1/6/1955م، راجع الموقع :

www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/A.HRC.22.25_Arabic.doc

كما عرفت اتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الإعاقة هؤلاء الأشخاص بأنهم "كل من يعاني من عاهات طويلة الأجل، بدنية، أو عقلية، أو ذهنية، أو حسية، قد تمنعه لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين"⁽¹⁾.

بينما رأى الإعلان العالمي لحقوق المعاقين الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة الشخص المعاق بأنه "كل فرد غير قادر على أن يكفل لنفسه أو لنفسها بصورة كلية أو جزئية ضرورات الحياة العادية الفردية أو الاجتماعية نتيجة لنقص سواء كان خلقيا أم لا، في قدراته أو قدراتها البدنية أو العقلية"⁽²⁾. في حين ترى منظمة الصحة العالمية أن الشخص ذو الإعاقة هو الشخص الذي لديه حالة من عدم القدرة على تلبية متطلبات أداء دوره الطبيعي في الحياة، المرتبط بعمره، وجنسه، وخصائصه الاجتماعية، والثقافية، وذلك نتيجة الاصابات والعجز في أداء الوظائف الفسيولوجية، أو السيكلوجية⁽³⁾.

ويري الباحث أن التعريفات السابقة قد اتفقت جميعها على أن ذو الإعاقة: "هو الشخص الذي استقر به عائق أو أكثر يوهن من قدرته ويجعله في أمس الحاجة إلي عون خارجي مؤسس على أسس علمية وتكنولوجية يعيده إلي المستوى العادي أو على الأقل لأقرب ما يكون إلي هذا المستوى.

المطلب الثاني : ماهية ذوي الإعاقة في التشريعات المقارنة

يقصد به المعني الذي تناولته عدد من تشريعات الدول التي اهتمت بإصدار قوانين خاصة بالأشخاص ذوو الإعاقة، وشملت نصوص تحدد وضعهم في المجتمع بموجب امتيازات معيشية أو غيرها، ثم تكفل ضمان ومتابعة تنفيذها من خلال السلطة التنفيذية، أو من خلال إنشاء هيئة أو مجلس أعلى يتولى وضع السياسات الكفيلة بتنفيذ تلك النصوص التشريعية، حتى تتمكن هذه الفئة من ممارسة حقوقها في إطار من الشرعية بحماية قانونية⁽⁴⁾.

عرفت المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 2018 الأشخاص ذوي الإعاقة بأنهم " يقصد بالشخص ذي الإعاقة كل شخص لديه قصور، كلي أو جزئي، سواء كان بدنيا، أو ذهنيا، أو حسيا، أو عقليا، متى كان مستقر مما يمنعه من المشاركة بصورة كاملة وفعالة مع المجتمع وعلى قدم المساواة مع الآخرين"⁽⁵⁾.

(1)- راجع في ذلك نص المادة (1)، اتفاقية حقوق الاشخاص ذوي الاعاقة، أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 13/12/2006م، وفتح باب التوقيع عليها في 30/3/2007م، راجع الموقع: www.un.org/COP8/cosp8_report_a

(2)- راجع في ذلك الإعلان العالمي لحقوق المعاقين الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 30/3447 لسنة 1975م، البند الأول، علي الموقع الالكتروني: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b073.html>

(3)- راجع في ذلك د. أمل معوض هجرسي: تربية الأطفال المعاقين عقليا، سلسلة المراجع في التربية وعلم النفس، الكتاب الرابع والعشرون، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة 2003م، ص 116 وما بعدها.

(4)- راجع في ذلك د. سمير عالية : علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1421هـ، 1991م، ص 9

(5) (الجريدة الرسمية، العدد رقم 7 مكرر (ج) الصادر في 19 فبراير 2018، السنة الحادية والستون، ص 3

اتفقت كل من تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة⁽¹⁾، والمملكة العربية السعودية⁽²⁾، والأردن⁽³⁾، على أن الشخص ذو الإعاقة: هو "كل شخص مصاب بقصور أو اختلال كلي أو جزئي بشكل مستقر أو مؤقت في قدراته الجسمية، أو الحسية، أو العقلية، أو التواصلية، أو التعليمية، أو النفسية، إلى المدى الذي يقلل من إمكانية تلبية متطلباته العادية في ظروف أمثاله من غير المعاقين"

وهو في التشريع الكويتي⁽⁴⁾ "كل من يعاني اعتلالات دائمة كليه، أو جزئية، تؤدي إلى قصور في قدراته البدنية، أو العقلية، أو الحسية، قد تمنعه من تأمين مستلزمات حياته أو المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين"

ويري الباحث أن تلك التشريعات قد اتفقت جميعها حول نفس المعنى وإن اختلفت في بعض الألفاظ، فجميعها أجمعت على أن الشخص ذو الإعاقة هو شخص لديه قصور في قدراته الجسمية المختلفة، أي كان حجم ذلك القصور، وسواء كان بصورة دائمة أو مؤقتة ويحول دون قدرة الشخص من التواصل مع باقي أفراد المجتمع. ، أيضا تشير معظم تلك التشريعات إلى أن الأشخاص ذوو الإعاقة مواطنون تعرضوا بغير إرادة إلى مسببات بدنية أو عقلية أو حسية أعاقتهم عن السير في سبل الحياة كغيرهم من الأصحاء جسديا.

المبحث الثاني : الحماية الدستورية للحقوق الاجتماعية لذوي الإعاقة

جاء الاهتمام بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية متأخرا⁵ على عكس الاهتمام بالحقوق المدنية والسياسية على الرغم من أن الأولى تعطى للحقوق المدنية والسياسية مضمونها ومحتواها، ذلك أن الاعتراف للأفراد بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية من شأنها أن يحررهم من الهيمنة المادية لأى جهة، ويمكنهم من العيش بكرامة، وتأدية دورهم في المجتمع على أكمل وجه، إذ أن الإرادة السياسية للفرد تكون أكثر حرية عندما يتحرر من مخاوف الجوع والبطالة والجهل والمرض، وتتحقق المساواة بمعناها الحقيقي والمطلوب بحصول جميع أفراد المجتمع على حقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الى جانب الحريات الاخرى سواء بالنسبة للفرد العادى السليم أو للأشخاص ذوى الاعاقة

وعلى هذا الأساس فقد جاء دستور 2014 المصرى مؤكدا على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمواطنين عموما وللأشخاص ذوى الاعاقة خصوصا في نصوص واضحة جلية تؤكد على حقوقهم وترعاها.

1- راجع في ذلك المادة (1) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 29 لسنة 2006م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2009م ، الجريدة الرسمية، السنة 36، العدد 453، بتاريخ 2006/8/26م، على الموقع الإلكتروني : <https://www.abudhabi.ae/portal/public/ar/homepage/religion>

(2)- راجع في ذلك المادة (1) من نظام رعاية المعوقين في المملكة العربية السعودية رقم 37 لسنة 1421هـ، صادر بموجب المرسوم الملكي في 1421/9/13هـ على الموقع الإلكتروني : <http://www.ksedr.org.sa/ar/disability-code>.

(3)- راجع في ذلك المادة (2) من قانون حقوق الأشخاص المعوقين الأردني رقم 31 لسنة 2007م، ويشتمل على 21 مادة، الجريدة الرسمية، العدد 4823، بتاريخ 2007/5/1 http://mosd.gov.jo/?option=com_content&view=article&id=904&catid=2007/5/1.

(4)- راجع في ذلك المادة (1) من الفصل الأول نطاق تطبيق القانون الكويتي، رقم 8 لسنة 2010، ، الجريدة الرسمية " الكويت اليوم"، العدد 964، بتاريخ 2010/2/28م، وراجع الموقع الإلكتروني، <http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?country=1&LawID=3763>.

⁵ بلال عبدالله سليم العواد: الضمانات الدستورية لحقوق الانسان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، 2009 ، 2010 ، ص

ويترب على الوفاء بالحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية للأشخاص ذوي الاعاقة قيام الدولة ببعض الالتزامات الإيجابية تجاههم والمتمثلة في القيام بأعمال وجهود معينة تكفل لهم فرص عمل مناسبة وتوفير الغذاء والكساء والتعليم والرعاية الصحية والثقافية الى غيرها من متطلبات الحياة الكريمة التي يمكن من خلالها إدماجهم في المجتمع.

المطلب الأول: الحقوق الداخلة في المجال الاقتصادي

تبين الأدلة العالمية أن الأشخاص ذوي الاعاقة وأسرهم أكثر عرضة للحرمان الاقتصادي والاجتماعي، فهم أكثر عرضة للبطالة، ويحققون بوجه عام مكاسب أدنى من غيرهم في حال توظيفهم، إما نتيجة للأعمال المؤكدة اليهم أو نتيجة لتدني الأجور الخاصة بهم، وبحسب التقرير العالمي حول الاعاقة الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية في 2011 والتي قررت نسبة ذوي الاعاقة بـ 15% من سكان العالم أغلبهم بالدول النامية، فإن هذا التقرير قد أظهر بوضوح أن الإعاقة تؤدي لتفاقم مشكلة الفقر، والفقر يؤدي لزيادة نسبة الإعاقة¹.

لذلك فقد أعلى الدستور المصري 2014 من حماية الحقوق الاقتصادية للأشخاص ذوي الإعاقة والأقزام سواء في مجال تخصيص نسبة لهم من الوظائف والمهن الحكومية أو القطاع الخاص أو في كفالة الضمان الاجتماعي لهم.

الفرع الأول: حق ذوي الإعاقة في العمل

إذا كان دستور 2012 قد نص على كفالة حقوق ذوي الإعاقة في مجال العمل وتوفير فرص عمل لهم - طبقاً للمادة 72 من الدستور- إلا أنه لم ينص على تخصيص نسبة لهم بالوظائف والمهن الموجودة بالحكومة أو القطاع الخاص وبذلك يكون دستور 2014 هو أول دستور ينص على تخصيص نسبة لذوي الإعاقة والأقزام في العمل. إذ تنص المادة 81 من الدستور على أن "تلتزم الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الاعاقة والأقزام، صحياً واقتصادياً واجتماعياً... وتوفير فرص العمل لهم مع تخصيص نسبة لهم منها...."

وحتى يتم تشغيل ذوي الإعاقة فإنه يجب تأهيلهم أولاً حتى يتسنى تشغيلهم في المهن والحرف التي تناسب مهاراتهم وتأهيلهم.

أولاً: تأهيل ذوي الاعاقة : تأكيداً على الحق الدستوري لذوي الاعاقة في العمل فقد نص القانون رقم (10) لسنة 2018 على الاعداد الممنى والتدريب الوظيفي للأشخاص ذوي الاعاقة وفقاً لاحتياجاتهم وباستخدام التكنولوجيا الحديثة وأساليب الدمج الشامل لبلوغ أقصى قدر من الاستقلالية مع ضرورة تسليم شهادة معتمده من وزارة التضامن الاجتماعي للشخص الذي تم تأهيله وقد حذا القانون في ذلك حذو الاتفاقيات التي اهتمت بحق العمل سواء كانت عامة كالاتفاقية الخاصة بحقوق الاشخاص ذوي الاعاقة الصادرة في عام 2006، أو متخصصة كالاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية، أو العربية.

¹ منظمة العمل الدولية: الممارسات السليمة الناشئة في مجال تأهيل وتوظيف الأشخاص ذوي الاعاقة في لبنان- المكتب الاقليمي للدول العربية، 2013، ص 12

حيث عرفت الاتفاقية العربية رقم 17 لسنة 1993 التاهيل بصفة عامة بأنه: عملية منظمة ومستمرة مبنية على أسس تهدف إلى الاستفادة من القدرات المتاحة للأشخاص ذوي الإعاقة ويتم توجيهها عبر برامج متكاملة، تكفل تحقيق أعلى مستوى لقدراتهم الأدائية بما يساعد على الاندماج في البيئة الطبيعية للمجتمع¹

أما التاهيل المهني لذوي الإعاقة فهو برنامج الغرض منه تمكينهم من العودة إلى عملهم الأصلي أو عمل آخر يلائم حالتهم ويتناسب مع ما تبقى لهم من قدرات وتفجير مواهبهم وإمكانياتهم الأخرى إذا تعذر عودته إلى عمله الأصلي، وبذلك يعتمد على نفسه في الحياة عن طريق برنامج متكامل يشمل الخدمات المهنية والاجتماعية والطبية والنفسية التي تقدم له، ويقوم على تنفيذها الفنيون المتخصصون في تلك النواحي²

ثانياً: تشغيل ذوي الإعاقة: يعد دستور 2014 المصري- كما أشار الباحث- هو أول دستور مصري ينص على تخصيص نسبة من الوظائف والمهن المتاحة في الدولة لذوي الإعاقة حيث نصت المادة 81 من الدستور على أن "تلتزم الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والاقزام.... وتوفير فرص عمل لهم مع تخصيص نسبة منها لهم...."

وقد كان للمحكمة الدستورية العليا السبق في تقرير هذه القاعدة³ قبل أن يتضمنها نص الدستور وذلك حين رفضت الحكم بعدم دستورية المواد 10، 15، 16 من القانون رقم 39 لسنة 1975 بشأن تأهيل المعوقين والتي كانت تنص على تحقيق نسبة 5% من الوظائف والمهن لذوي الإعاقة، حيث كان الطاعن ينعي في طعنه إلى أن تلك المواد مخالفة لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 40 من دستور 1971، كما أن هذا المبدأ كان الأولي أن يكون منصوصاً عليه في الدستور.

إلا أن المحكمة قد ردت على هذا النعي بقولها " أنه إذا كان تقرير أولوية لبعض المواطنين على غيرهم في مجال العمل لا يجوز إلا بنص الدستور، إلا أن استخدام المعوقين داخل كل وحدة... لا يعتبر تقريراً لأولويتهم على ماعداهم، ذلك أن الأولوية في مجال العمل- أي كانت الأداة التي أنشأتها- تعني في المقام الأول أن يتقدم أصحابها على غيرهم من العاملين مستأثرين من دونهم بالوظائف الشاغرة، فلا يلج أبوابها أحد فيها، أو يتقاسمها معهم، بل ينفردون بها... ذلك أن المعوقين لا يتقدمون على غيرهم لاستيفاء حصتهم هذه التي لا يتحدد نطاقها إلا بنسبتها إلى مجموع العاملين في تلك الوحدة، وهو ما يعني أن لهم نصيباً في مواقع العمل الشاغرة لا يستغرقها ولا ينعي من سواهم عنها، بل يطلبونها إلى جانبهم ومعهم.

وحيث أن تنظيم أوضاع المعاقين- وطناً كان أم دولياً- توخى دوماً ضمان فرص يتخطون بها عوائقهم، ويتغلبون من خلالها على مصاعبهم ليكون إسهامهم في الحياة العامة ممكناً وفعالاً ومنتجاً... وكان لزاماً وقد تعذر على المعوقين عملاً أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكفولاً قانوناً في ضوء احتياجاتهم الفعلية وبوجه خاص في مجال مزاولتهم لأعمال بعينها..."

¹ رجع نص المادة (2) من الاتفاقية رقم (17) لسنة 1993، وأيضاً د. كارم محمود محمد أحمد: الحماية الجنائية لذوي الاحتياجات الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2012، ص 139

² د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، 2012، ص 121

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية دستورية بتاريخ 5/ 8/ 1995

وأضافت المحكمة "وليس ذلك تمييزاً جائراً منها عنه دستورياً، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تفاضل بين المعوقين وغيرهم لتجعلهم أشد بأساً وأفضل موقعا من سواهم ولكنها تخولهم تلك الحقوق التي يقوم الدليل عليها على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعيد إليهم توازننا اختل من خلال عوارضهم وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن"

وتأكيداً على الحماية لحق ذوي الإعاقة في العمل فقد نص القانون رقم 10 لسنة 2018 على عقوبات جنائية و مدنية لكل صاحب عمل يخالف تلك القواعد القانونية حيث الزم القانون كل صاحب عمل ممن يستخدم عشرين عاملاً فأكثر بتعيين 5% من عدد العاملين على الأقل من الأشخاص ذوي الإعاقة المرشحين من قبل الجهات المعنية، وعاقب كل من يلتزم بأحكام هذه المادة بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتتعدد الغرامات بتعدد الحالات. كذلك نص القانون على جزاء مدني لصالح الشخص ذي الإعاقة يتمثل في أن يدفع له صاحب العمل الممتنع عن تشغيله مبلغ يساوي الأجر أو المرتب المقرر للوظيفة لمدة سنة أو حصوله على وظيفة أو مهنة أخرى أيهما أقرب¹

الفرع الثاني : حق ذوي الإعاقة في التأمين الاجتماعي

من أهم المبادئ التي تقرها الدساتير مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي، خصوصاً وأن المشمول بهذا الضمان هم ذوي الضعف أو العجز أو الإعاقة أو الشيخوخة. وهو ما أكدت عليه المادة (17) من دستور 2014 حيث قررت أن كل مواطن لا يتمتع بخدمات التأمين الاجتماعي يكون له الحق في ضمان اجتماعي يضمن له حياة كريمة إذا لم يكن قادراً على إعالة نفسه وأسرته وفي حالات العجز عن العمل أو الشيخوخة أو البطالة.

وبالرجوع بالتشريعات الخاصة للضمان والتأمين الاجتماعي لذوي الإعاقة نجد الحماية في القانون المصري يتقاسمها نوعان من القوانين، قانون الضمان الاجتماعي رقم 30 لسنة 1977 الذي يقرر معاشات ومساعدات لفئات معينة من المواطنين دون أداء اشتراكات²، ثم قانون التأمينات الإجتماعية رقم 79 لسنة 1975 الذي يقرر تعويضات للعامل عند إصابته بأحد المخاطر الاجتماعية، بعد أداء اشتراكات واستيفاء مدة زمنية معينة من العمل. وبالرجوع لتلك القوانين نجد أنها قد عرفت العجز المستديم عن العمل بأنه الذي "يؤدي بصفة مستديمة إلى فقدان المؤمن عليه لقدرته على العمل كلياً أو جزئياً في مهنته الأصلية أو قدرته على الكسب بوجه عام، وحالات الأمراض العقلية، وكذلك الأمراض المزمنة والمستعصية التي يصدر بها قرار من وزير التأمينات بالاتفاق مع وزير الصحة"³

أيضاً فقد تم تعريف العاجز عن الكسب بأنه "كل شخص مصاب بعجز يحول بينه وبين العمل ويحد من قدرته على العمل 50% على الأقل، ويشترط أن يكون هذا العجز ناشئاً بالميلاد أو نتيجة حادث أو مرض يصاب به الشخص"⁴

¹ راجع نصوص المواد 24، 54، 55 من القانون رقم 10 لسنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 7 مكرر (ج) من 19 فبراير 2018، ص 29

² الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادر بتاريخ 1977/5/26

³ المادة 5/ ح من قانون التأمينات الاجتماعية

⁴ المادة 5/ ن من قانون التأمينات الاجتماعية

وقد قرر المشرع المصرى معاشاً شهرياً لفئة العاجزين عجزاً كلياً عن العمل، مع بعض الشروط المضمنة في قرار وزيرة الشئون الاجتماعية والمتمثلة في تقديم مستند رسمى يثبت أن سن العاجز عجزاً كلياً يتراوح ما بين 15 سنة و65 سنة وبذلك يكون المشرع المصرى قد حدد سناً أدنى وسناً أعلى يستفيد خلاله العاجز عجزاً كلياً من المعاش. أيضاً فقد أسبغ المشرع على هذا المعاش حماية قانونية، بعدم جواز النزول عنه، أو الحجز عليه.

إلا أنه وفي المقابل، فإن المشرع المصرى قد جعل مقدار هذا المعاش غير ذى قيمة، مع العلم أن الظروف المعيشية بصفة خاصة والظروف الاقتصادية بصفة عامة تتغير دوماً أيضاً قد وضع المشرع استثناءات على منح هذا المعاش حددتها المادة 11 من قانون الضمان الإجتماعى رقم 30 لسنة 1977¹.

وقد استجلت المحكمة الدستورية العليا مبدأ التضامن الإجتماعى باعتباره مبدأً دستورياً يعنى وحدة الجماعة في بنائها، واتصال أفرادها وترابطهم فيما بينهم، بحسبانهم شركاء في مسؤوليتهم فيها، لا يملكون التفضل منها أو التخلي عنها وإنما تتضافر جهودهم وتتوافق توجهاتهم، لتكون لهم الفرص ذاتها التي تقيم لمجتمعاتهم بنائها الحق، وتنتهى معها تلك الحماية التي ينبغي أن يلوذ بها ضعفاؤهم، ليجدوا في كنفها الأمن والاستقرار، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "مانص عليه الدستور في المادة (7) من قيام المجتمع على أساس التضامن الإجتماعى يعنى وحدة الجماعة في بنائها وتداخل مصالحها، وإمكان التوفيق بينها ومزاوجتها ببعض عند تزامنها، واتصال أفرادها وترابطهم فيما بينهم، فلا يكون بعضهم لبعض إلا ظهيرا، يتفرقون بالتالى بددا، أو يتناحرون طمعا، أو يتنابدون بغيا، وهم بذلك شركاء في مسؤوليتهم قبلها..... وتنتهى معها تلك الحماية التي ينبغي أن يلوذ بها ضعفاؤهم، ليجدوا في كنفها الأمن والاستقرار"²

إذا فمؤدى مبدأ التضامن الاجتماعى داخل المجتمع يتمثل في تداخل مصالح المواطنين لا تعارضها على نحو يجعل لأصحاب المراكز الضعيفة - من ذوى الاعاقة والعجزة - الحماية القانونية المتكافئة دونما تميز بينهم، ويجوز في إطار ذلك التدخل التشريعى بإجراء إيجابى لصالحهم، حين تعيقهم ظروفهم الخاصة عن التمتع بالحقوق المكفولة لهم دستورياً وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية بأن "مانص عليه الدستور في المادة 7 من قيام المجتمع على أساس التضامن الإجتماعى مؤداه أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها في شأن المعوقين تأخذ واقعهم في اعتبارها، ولا تنحى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ماتستحق من الرعاية، لتقدم لهم عوناً يلتئم وأوضاعهم وليس ذلك تمييزاً منهيها عنه دستورياً، بل هو نزول على حكم الضرورة وبقدرها، فلا يغمطون حقاً"³

كذلك فقد سمح القانون رقم 10 لسنة 2018 ولأول مرة لذوى الإعاقة الحق في الجمع بين معاشين من المعاشات المستحقة لهم وبدون حد أقصى .

¹ عبد الله زيرات: التنظيم القانونى لتشغيل ذوى الاحتياجات الخاصة وحمايتهم، رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 2010، ص 176

² حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 149 لسنة 18. ق. د جلسة 1997/11/15، وكذا حكمها في القضية رقم 109 لسنة 27 ق. د جلسة 2007/6/10

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 8 لسنة 16 ق. د جلسة 1995/8/5 ايضاً القضية رقم 1 لسنة 18 ق. د جلسة 2000/9/9

المطلب الثاني : حق الرعاية الصحية وحق السكن لذوى الإعاقة

من أهم مظاهر الرعاية الاجتماعية في الوقت الحاضر هو ضمان حصول الانسان على حقه في الرعاية الصحية لأن المجتمع الدولي يدرك أن المحافظة على حق الإنسان في البقاء تتوقف على العناية الصحية به، لأنه في ظل التقدم العلمي وتطور الحياة المستمر فقد ظهرت أمراض لم تكن موجودة من قبل، والتي جعلت البشرية رغم هذا التقدم تقف عاجزة في بعض الأحيان عن مواجهتها.

كما يعتبر حق ذوى الإعاقة في استقلالية العيش وحقه في الزواج وتكوين أسرة ترعاه ويرعاها من أسى الحقوق البشرية، إلا أنه وقاية لهذه الأسرة من مخاطر الإعاقة فإن هناك بعض الإجراءات المتبعة على النحو التالي.

الفرع الأول : حق ذوى الإعاقة في الرعاية الصحية

أفرد دستور 2014 المصري حق كل مواطن في الرعاية الصحية المتكاملة، طبقا لمعايير الجودة كما ألزم الدولة بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للصحة لا تقل عن 3% من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجيا حتى تتفق مع المعدلات العالمية. كما ألزم الدستور الدولة بإقامة نظام تأمين إجتماعي لجميع الأفراد، واعتبر الامتناع عن تقديم العلاج بأشكاله المختلفة في حالات الخطر جريمة معاقب عليها.

وبشأن التزام الدولة بحقوق الأشخاص ذوى الإعاقة والأقزام كان أول ما نصت عليه المادة 81 التي تضمنت حقوقهم هو الرعاية الصحية باعتبار أنهم أحوج لتلك الرعاية من غيرهم من الأصحاء.

كما اهتم المجتمع الدولي بحق الرعاية الصحية للأشخاص ذوى الإعاقة في كل الاتفاقيات التي شملتهم كالإعلان الخاص بحقوق المتخلفين عقليا 1991، واتفاقية حقوق الطفل واتفاقية حقوق الأشخاص ذوى الإعاقة 2006 والتي صدقت عليها مصر في عام 2007 والتي أولت الرعاية الصحية بالغ اهتمامها حيث نصت في المادة 25 على التزام الدول الأعضاء بالاعتراف للأشخاص ذوى الإعاقة في التمتع بأعلى مستوى من الرعاية الصحية دون تمييز على أساس الإعاقة، وأن تتخذ كافة التدابير لوصول الخدمة الصحية لهم من خلال برامج توعية صحية مجانية تشمل أنواع الصحة العامة والجنسية والإنجابية، وتوفير الأنواع المختلفة من الخدمات الصحية التي يحتاج إليها ذوى الإعاقة وطرق الكشف المبكر عن حالات الإعاقة وكيفية التصدي لها، على أن تتوافر تلك الخدمات في جميع أنحاء الدولة.

كما تلزم الدول الأعضاء بتوفير مراكز تدريب الأشخاص ذوى الإعاقة ونشر معايير أخلاقية تتعلق بالرعاية الصحية في جميع قطاعات الدولة والقطاع الخاص، التمييز بينهم وبين باقي أفراد المجتمع في توفير التأمين الصحى.

واتساقا مع هذا الحق الدستوري ومع نصوص الاتفاقية فقد جاء القانون رقم 10 لسنة 2018 مؤكدا على اهتمام الدولة بالرعاية الصحية لذوى الإعاقة والأقزام إذ ألزم القانون وزارتي التضامن الاجتماعى والصحة باستخراج شهادة إثبات الإعاقة والخدمات المتكاملة لكل شخص ذوى الإعاقة، والذي يعتبر بمثابة تأمين صحى لمن لا يتمتع بهذه الخدمة¹.

¹ راجع نص المادة (5) من القانون رقم 10 لسنة 2018 الجريدة الرسمية، العدد 7 مكرر ج في 19 فبراير 2018، ص 84

كما ألزمها القانون أيضا بالاشتراك مع مجلس ذوى الإعاقة ببناء قاعدة بيانات خاصة بالاشخاص ذوى الإعاقة، وتستخدم هذه القاعدة في تخطيط و تقديم الخدمات الصحية المختلفة وتنفيذها ومتابعة ذلك مع مراعاة سرية هذه البيانات.

أيضا في سبيل إجراءات الوقاية من الإعاقة وتوفير الخدمات الصحية لهذه الفئة تلتزم وزارة الصحة بوضع برامج الكشف المبكر لكل أنواع الخلل والإعاقة وتحديثها وسبل الوقاية والحد من حدوثها وتقديم خدمات التدخل المبكر، وتوفير العلاج والمكملات الغذائية لتجنب مضاعفات الأمراض المسببة للخلل.

كذلك بخصوص علاج ذوى الإعاقة تلتزم جميع الجهات الحكومية والجهات المتعاقدة معها بتقديم كافة الخدمات الصحية والعلاجية المتخصصة والداعمة للأشخاص ذوى الإعاقة

كذلك نص القانون على إعفاء الأشخاص ذوى الإعاقة من جميع الرسوم المقررة للعرض على القومسيون الطبى الخاص بقواعد الحصول على السيارات المعفاة من الرسوم الجمركية، على أن تتوافر وحدات تابعة للقومسيون الطبى بجميع المحافظات.

الفرع الثانى : حق السكن والزواج لذوى الإعاقة

يعتبر الحق في المسكن من أهم المفاهيم الإجتماعية داخل النظام القانونى للدولة، ويعتبر النص عليه دستوريا أمرا مهما وبالتالي فإن خلا ما سوف يصيب هذا المجتمع الذي لا يقر هذا الحق، بإعتباره أحد أهم حقوق الإنسان ، كذلك فإن الحق في الزواج هو حق من أقدس حقوق الإنسان ، ونصت عليه كل الكتب السماوية ورغبت فيه جميع الشرائع الدينية، فبه تتكون الأسرة عماد المجتمع وبنائه.

وإذا كان المشرع الدستوري لم يورد نصوصا خاصة بذوى الإعاقة تتعلق بحقهم في المسكن والزواج إلا أنهم باعتبارهم مواطنين مثل غيرهم من الأصحاء يكون لهم حق السكن والاستقرار حيث أكدت الاتفاقيات والقوانين المهتمة بهم على هذا الحق، أيضا يكون لهم حق الزواج وتكوين أسرة في الحالات التي لا تتعارض مع النظام العام في الدولة.

أولاً: الحق في السكن: نصت المادة 78 من دستور 2014 على أن "تكفل الدولة للمواطنين الحق في المسكن الملائم والأمن والصحي، بما يحفظ الكرامة الإنسانية ويحقق العدالة الاجتماعية"

وإذا كان الدستور يكفل هذا الحق المهم للأصحاء فمن باب أولى يكفله لذوى الإعاقة وقد قررت الاتفاقية الخاصة بحقوق الأشخاص ذوى الإعاقة وكذلك القانون رقم 10 لسنة 2018 حق تلك الفئة في العيش المستقل . وحق تكوين المسكن الملائم لظروفهم كذلك فقد خصص لهم القانون رقم 10 لسنة 2018 نسبة لا تقل عن 5% من المساكن التي تنشأ الدولة أو المدعمة منها ، وذلك لغير القادرين منهم المستوفين للشروط والضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون.

ثانيا: الحق في الزواج: نصت المادة العاشرة من دستور 2014 على أن "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على تماسكها واستقرارها " ولئن كان الدستور قد تحدث فقط عن دور الأسرة في المجتمع، ولم يتضمن النص على حق الزواج، أو الحق في اختيار الزوج، مما يعنى أن ذلك يمثل مجالا للمشرع العادى، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقديرا منها لمدى أهمية هذين الحقين في بناء المجتمع الصالح قد أضفت عليهما الصبغة الدستورية حتى يكون ممتنعا على المشرع العادى النيل منهما أو وضع القيود عليهما دون مبرر شرعى أو لغير مصلحة جوهرية¹.

وإذا كان الدستور المصرى لم يتضمن نصا صريحا يخص الحق في زواج ذوي الإعاقة فإن الاتفاقية الخاصة بحقوق الأشخاص ذوى الإعاقة قد نصت صراحة على الحق في الزواج والإنجاب وتكوين الحياة الأسرية، حيث ألزمت الاتفاقية الدول المنضمة إليها باتخاذ التدابير الفعالة والمناسبة للقضاء على أى تمييز ضد هؤلاء الاشخاص فيما يخص الزواج والأسرة والعلاقات بينهم وعدم التعدى على القدرات الإنجابية والخصوبة لهم ، بما في ذلك الأطفال الذين يرغبون في إنجابهم وحقوقهم في الحصول على المعلومات الخاصة بالصحة الإيجابية ووسائل تنظيم النسل.

كما تعترف الاتفاقية بحقوق الأشخاص المرتبطة بالتبني والوصاية والقوامة ودورهم في تنشئة الأطفال، كما تلزم الاتفاقية الدول الأعضاء بمنع إخفاء الأطفال ذوى الإعاقة أو عزلهم ولم يتطرق القانون رقم 10 لسنة 2018 إلى حق ذوى الإعاقة في الزواج وتكوين أسرة ألا من خلال تقديم خدمات الصحة الإنجابية وفحوص ما قبل الزواج، حيث اتبع القانون دورا وقائيا فقط.

أ- الفحص الإجبارى قبل الزواج: أدخل المشرع المصرى تعديلات على قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 بمقتضى القانون رقم 136 لسنة 2008² بمقتضى المادة الخامسة منه أضيفت المادة 31 مكرر التي تنص على عدم توثيق عقد زواج من لم يبلغ ثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة، وذلك من الجنسين كما يشترط لتوثيق عقد الزواج أن يتم الفحص الطبى للراغبين في الزواج للتحقق من خلوهما من الأمراض التي تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو على صحة نسلهما مع إعلامهما بنتيجة الفحص . كذلك فقد أصدر وزير الصحة قراره رقم 338 لسنة 2008³ بشأن الفحص الإجبارى قبل الزواج، حيث أوجب إجراء الفحص على جميع أجزاء الجسم، شاملا تقييم الحالة الفعلية للطرفين. ويحق للطبيب عمل فحوصات إضافية إن تطلب الأمر ذلك.

ب: التطعيم الوقائى: بعد اكتشاف الطعوم والامصال أمكن للإنسان السيطرة الكاملة على عدد كبير من الأمراض، فقد بدأ العالم يشعر بأثر التطعيم ضد الدرن وشلل الأطفال ولذلك فإن إعطاء الأولوية المطلقة لتوفير الطعوم والامصال وتنظيم حملات التطعيم يعتبر حقا أساسيا للمواطنين.

¹ د/هالة أحمد سيد أحمد المغازى: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية، رسالة دكتوراه . كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية، 2004 ص 160

² الجريدة الرسمية: العدد 34 مكرر في 2008/6/15

³ الجريدة الرسمية: العدد 186 في 2008/8/12 ص3

خصص المشرع المصرى الباب الثانى من قانون الطفل رقم 12/1996 المعدل للرعاية الصحية للطفل، والفصل الثالث منه نظم تطعيم الطفل وتحصينه، حيث أوجبت المادة 25 ذلك بالطعوم الوقائية من الإعاقة والأمراض المعدية وبدون مقابل بمكاتب الصحة والوحدات الصحية وفقا للنظم والمواعيد التي تبينها اللائحة.¹

المبحث الثالث : الحماية الدستورية للمشاركة المجتمعية لذوى الإعاقة

ليس معنى أن يكون الشخص صاحب إعاقة أن يعيش منعزلا عن العالم ، بل يكون له كغيره من الأصحاء كافة الحقوق المجتمعية كالتعليم والثقافة وممارسة الحقوق السياسية مترشحين وناخبين ، وهو ما أكدته دستور 2014 والقوانين والاتفاقيات المنظمة لحقوق ذوي الإعاقة.

المطلب الأول : حق التعليم والثقافة لذوى الإعاقة

للتعليم والثقافية أهمية كبيرة بالنسبة للفرد تنعكس بالضرورة على المجتمع، فحرمان الفرد من التعليم يضعف من قدرة الفرد على إدارة الدولة ويؤثر على حياة الفرد والأسرة والمجتمع عن طريق إعاقة التقدم الاجتماعى والسياسى والاقتصادى في الدولة، فالأمية لها عواقب خطيرة لأنها تمثل تهديدا محتملا للحياة عن طريق جهل الفرد بكافة نواحي الثقافة الاجتماعية، ويتوقف ممارسة الإنسان لحقوقه وحياته الأساسية، سواء سياسية أو مدنية أو اقتصادية أو اجتماعية على درجة تعلمه ومستوى ثقافته، بل لا نجادل في أن العلم والثقافة يتحكمان في مصير الإنسان على سطح الأرض²

ويعتبر التعليم من أهم المشكلات التي تواجه المختصين عند التعامل مع ذوي الإعاقة ، إذ غالبا ما توجد صعوبات لديهم تعيقهم من تلقى التعليم كالأشخاص العاديين ، أيا كانت نوع الإعاقة بدنية ، نفسية ، عقلية ، أو ذهنية . هذه الصعوبات إن لم يحسن التعامل معها فقد تنعكس سلبا على الشخص المعاق فتدفعه للانعزال والانطواء أو التأخر في التعليم.

الفرع الأول : الحق في التعليم

تميل أغلب الدراسات لإدماج ذوي الإعاقة مع أقرانهم من الأصحاء حين تلقى التعليم حيث أن عزلهم وحدهم في أماكن خاصة بهم لم يثبت نجاحه علميا وتربويا، مع مراعاة احتياجاتهم عند التعلم، وتوفير الإمكانيات المادية والبشرية لتعليمهم، كتعلم لغة الإشارة والتدريس بها للصم والبكم، ونشر هذه اللغة في وسائل الإعلام لكي يحسن المجتمع التعامل معهم، وتدريب أسرهم على ذلك ، وبالنسبة لفاقدى البصر يجب اعتماد طريقة برايل في كتبهم ووسائل حياتهم بحيث يمكنهم من استعمال حاسة اللمس للتعرف على المعلومات واستيعابها.

هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن بعض طوائف ذوي الإعاقة تتطلب طرقا خاصة في التعامل معهم وهم ذوى الإعاقة الذهنية والعقلية ، إذ يجب تصنيفهم والتعرف على أفضل الوسائل التعليمية والتربوي

¹ د/رضا عبد الحليم عبد المجيد : حقوق ذوى الاحتياجات الخاصة ، مرجع سابق ، ص 107

² د/كارم محمود محمد أحمد : المرجع السابق، ص122

لتلقيهم المعارف الضرورية التي تعينهم على قضاء حوائجهم والاعتماد على أنفسهم قدر المستطاع والوصول لأبعد من ذلك بتعليمهم إن أمكن ذلك.¹

كل هذه الخلفيات كانت في ذهن المهتمين بوضع الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المهمة بحقوق ذوي الإعاقة فيما يخص حق التعليم.

فقد نص دستور 2014 على أن التعليم حق لكل مواطن وأن من أهدافه إرساء مفاهيم المواطنة والتسامح وعدم التمييز ، وأنه إلزامي مجاني حتى المرحلة الثانوية. أيضا فقد نظمت جميع الاتفاقيات المهمة بحقوق ذوي الإعاقة حق التعليم نذكر منها اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق ذوي الإعاقة التي نظمت حقهم في التعليم دون تمييز، وعلى كافة المستويات التعليمية وأن يحقق هذا التعليم الأهداف المرسومة الموجهة له في تنمية شخصية ذوي الإعاقة ومواهمهم وإبداعاتهم ومشاركاتهم الفعالة في المجتمع ، وتلتزم الدول المنضمة للاتفاقية بعدم استبعادهم من التعليم على أساس الإعاقة سواء في مرحلة التعليم الإلزامي أو الجامعي، مع مراعاة جودة وكفاءة الخدمات التعليمية ومراعاة احتياجاتهم الفردية قدر الإمكان ، وأن تتبع الطرق العلمية في تعليمهم كل في المجال المخصص له.

كذلك تلتزم الدول بتوفير التعليم العالي والتدريب المهني وتعليم الكبار والتعليم مدى الحياة دون تمييز وعلى قدم المساواة مع الأصحاء.

أما على المستوى الوطني فيلاحظ أن القانون رقم 39 لسنة 1975 الخاص بتأهيل المعوقين في مصر لم يكن يتضمن أي نصوص مباشرة تتعلق بحق ذوي الإعاقة في التعليم ، إلا أنه بصدر القانون رقم 10 لسنة 2018 فقد أعطى تعليم ذوي الإعاقة الجانب الأهم من القانون ، حيث نص على التزام الوزارات والهيئات المختصة بالتعليم والتعليم العالي باتخاذ التدابير اللازمة لحصول الأشخاص ذوي الإعاقة وأبنائهم من غير ذوي الإعاقة على تعليم دامج في المدارس والفصول والجامعات والمعاهد والمؤسسات التعليمية الحكومية وغير الحكومية المتاحة للآخرين ، والقريبة من مجال إقامتهم ، على أن تتوافر معايير الجودة والسلامة والأمان والحماية ، وأن تلتزم بمحو أمية من تجاوز سنهم سن التعليم.

وفي سبيل هذا الدمج بين ذوي الإعاقة وغيرهم من الأصحاء تلتزم الجهات المعنية بعدم إجراء أي تمييز على أساس الإعاقة ، كما يحظر حرمان أي من ذوي الإعاقة من التعليم بمختلف مراحله، أو رفض قبوله للالتحاق بالمؤسسات التعليمية بسبب الإعاقة ، وكل من يخالف ذلك يعرض نفسه للمساءلة القانونية.

أيضا في سبيل التمييز الإيجابي لصالح ذوي الإعاقة نص القانون على ألا تقل نسبة القبول لذوي الإعاقة عن 5% من المقبولين في المؤسسات التعليمية الحكومية وغير الحكومية بأنواعها في الأحوال التي يزيد عدد المتقدمين منهم للمؤسسة التعليمية عن هذه النسبة

¹ عقدت منظمة اليونسكو مؤتمرا موسعا بمدينة (سلامنكا) بأسبانيا في مايو 1994 وحضره ممثل 92 دولة و25 منظمة دولية حول تعليم ذوي الإعاقة ، خاصة الأطفال منهم وقد خلص المؤتمر لمجموعة من التوصيات المفيدة في هذا الصدد راجع على الانترنت www.aljobran.net/m122.html

كما تلتزم هذه المؤسسات بتخصيص نسبة لا تقل عن 10% من أماكن الإقامة بالمدن الجامعية في الأحوال التي يزيد عدد المتقدمين عن هذه النسبة .

وفي مجال العملية التعليمية تلتزم وزارة التعليم عند إنشاء مدارس التربية الخاصة أو تطويرها بالمعايير العلمية الحديثة وذلك بتوفير المقررات والمناهج الدراسية والمعلمين والأخصائيين والمدرسين والعمال المؤهلين وفقاً لكل إعاقة ، كما تلتزم الوزارة بالتنسيق مع وزارتي الاتصالات والتضامن الاجتماعي ومنظمات المجتمع المدني باتخاذ التدابير والطرق المناسبة لتسيير تعلم ذوي الإعاقة للغات التواصل المختلفة وأشكال الاتصال المعززة والبدلية ، واستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة وذلك في إطار معايير الجودة الدولية ، وقواعد السلامة والأمان

الفرع الثاني : الحقوق الثقافية لذوي الإعاقة

يعد حق الثقافة من ملحقات حرية التعليم والمقصود بها فتح كافة مجالات التنمية الفكرية والثقافية الفكرية الإنساني أمام الأفراد، وسبل تحقيق هذه الحرية يكون من خلال قيام الدولة بإنشاء وتعزيز مختلف دور الثقافة والفكر والمكتبات العامة والمنشآت العلمية والأدبية والوصول بها لذوي الإعاقة أينما كانوا ، هذا بخصوص ثقافة ذوي الإعاقة أنفسهم ، لكن أيضاً يحتاج ذوي الإعاقة إلى إدكاء الوعي الاجتماعي تجاههم وذلك من خلال التثقيف بكيفية التعامل معهم ، وتعديل الصورة النمطية المعروفة عنهم في الأذهان.

أولاً : إمكانية الوصول

تلتزم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير المناسبة لكفالة وصول الأشخاص ذوي الإعاقة علي قدم المساواة مع غيرهم إلى البيئة المحيطة، ووسائل النقل، والاتصالات، وكل سبل التكنولوجيا، والمرافق، والخدمات المتاحة للمواطنين في الريف والحضر، علي أن يتم تحديد المعوقات التي تحول دون إمكانية الوصول لتلك الخدمات وإزالتها وذلك بتوفير التدريب للجهات المعنية بشأن تلك المسائل، وتعليق لافتات بطريقة بريل، أو بأشكال يسهل قراءتها وفهمها في المرافق المتاحة للجمهور، وبالإستعانة بشبكة الإنترنت بتخفيض تكاليف استخدامها، أو بمساعد مفسر لغة الإشارة وقد نص القانون رقم 10 لسنة 2018 على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة التي تكفل إمكانية وصول واستخدام الأشخاص ذوي الإعاقة للبيئة المادية المحيطة، ووسائل النقل والمعلومات والاتصالات والتكنولوجيا، بما يعظم قدراتهم ومهاراتهم، وإجراء وتعزيز البحوث المرتبطة بمجالات حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وكفالة نفاذ ذوي الإعاقة لوسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وتعزيز توفيرها واستعمالها، على أن تكون الأولوية للتكنولوجيات المتاحة بأسعار معقولة

ثانياً: إدكاء الوعي الاجتماعي:

وذلك بتعزيز احترام حقوق الأشخاص من ذوي الإعاقة من خلال جميع أجهزة الإعلام، وفي المناهج الدراسية، وتعديل الصور النمطية المعروفة عنهم في الأذهان، والنظر إليهم بصفتهم مواطنين لهم ذات الحقوق المقررة للكافة، مع التأكيد على مشاركتهم وإدماجهم في العملية التربوية، كنوع من أنواع التوعية وتعديل الاتجاهات .

وقد نص القانون رقم 10 لسنة 2018 على ضرورة إذكاء الوعي الاجتماعي للمجتمع في مواجهة الأشخاص ذوي الإعاقة وبناء تنمية قدرات المتعاملين معهم في الأجهزة الحكومية وغير الحكومية، بما يجعلهم قادرين على التواصل مع الأشخاص ذوي الإعاقة ومؤهلين للتعامل معهم، كذلك أيضا نص على رفع الوعي المجتمعي بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وتقدير واحترام هذه الحقوق وتدعيم ذلك الوعي بقدرات وإسهامات الأشخاص ذوي الإعاقة أنفسهم، كذلك نص على ضرورة تهيئة الظروف واحترام الفوارق لقبول الأشخاص ذوي الإعاقة في المجتمع، أيضا ألزم القانون جميع وسائل الإعلام الحكومية وغير الحكومية بإتاحة اللغات اللازمة لتمكين الأشخاص ذوي الإعاقة وتيسير تواصلهم مع المواد الإعلامية والمشاركة فيها بشكل مناسب والإعلان عن جميع الخدمات المقدمة من الجهات العامة والخاصة، كما تلتزم أيضا وسائل الإعلام أيا كان نوعها بإذاعة المواد التي تظهرهم بصورة إيجابية وتحترم كرامتهم

و يمكن تعزيز الوعي من خلال عقد ورش عمل تخصصية تتضمن محاضرات تربية وتوعوية بهدف تحقيق ما ورد بالاتفاقية والقانون، كما أن ما نراه الآن بالإعلام من وجود مترجم إشارة للبرامج الإخبارية والاجتماعية ما هو إلا دليل واضح علي اتجاه الدول إلي إذكاء الوعي الاجتماعي بأهمية قضايا الإعاقة

المطلب الثاني : المشاركة في الحياة السياسية والعامة

اهتم الدستور المصري بالحقوق السياسية لذوي الإعاقة بدرجة كبيرة، إذ أشار إليهم صراحة في أغلب نصوصه المتعلقة بالحقوق السياسية للمواطنين للتأكيد على حقهم الدستوري في المشاركة في الحياة العامة، فقد نص على حقهم في الترشح لمجلس النواب والشورى والمجالس المحلية وجعل لهم نسبة من الترشح لتلك المجالس، كذلك كفلت القوانين المنفذة لأحكام هذا الدستور حقهم في تكوين الاتحادات والمنظمات النوعية الخاصة بهم.

نص الدستور المصري النافذ علي حق الأشخاص ذوي الإعاقة في الترشح بالمجالس المحلية ومجلس النواب، حيث جاء بالجزء الأول من نص المادة رقم 180 أن: "تنتخب كل وحدة محلية مجلساً بالاقتراع العام السري المباشر لمدة أربع سنوات، ويشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن الخامسة والثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد، وأن تتضمن تلك النسب تمثيلا مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة"، كما أوضح كيفية تمثيلهم بمجلس النواب

في المادة 244 حيث نص علي أن: "تعمل الدولة على تمثيل الشباب والمسيحيين والأشخاص ذوي الإعاقة والمصريين المقيمين في الخارج، تمثيلا ملائما في أول مجلس للنواب ينتخب بعد إقرار هذا الدستور، وذلك على النحو الذي يحدده القانون".

تضمنت أيضا الاتفاقية للأشخاص ذوي الإعاقة كفالة إمكانية المشاركة بصورة فعالة في الحياة السياسية والعامة علي قدم المساواة مع الآخرين وبدون تمييز بسبب الإعاقة، وذلك بطريقة مباشرة من خلالهم أو من خلال ممثلين عنهم يختارونهم بكامل إرادتهم، وتمثل تلك الحقوق في الحق في الانتخاب، والتصويت من خلال عدة إجراءات سهلة وميسرة

ودون تخويف ويستخدم فيها كافة طرق التكنولوجيا، وكذا حثهم علي الانضمام إلى منظمات المجتمع المدني المعنية بشئونهم أو إلى الأحزاب السياسية، بما يحقق المشاركة الفعالة في أمور الدولة العامة، كذلك تتوسع الدول الأعضاء في إنشاء منظمات محلية تهتم بشئونهم وتمثلهم تمثيلاً إقليمياً ودولياً

كما تضمن قانون مجلس النواب المصري النص علي تعريف المقصود بالأشخاص ذوي الإعاقة المؤهلين للترشح، حيث اشترط تقديم تقرير طبي يصدر وفق الشروط التي تحددها اللجنة العليا للانتخابات بعد أخذ رأي المجلس القومي للإعاقة، كما حدد عدد المرشحين بأن اشترط في القائمة التي تتضمن 15 مقعد ترشيح واحد فقط من الأشخاص ذوي الإعاقة بها، وأن يرشح ثلاثة منهم في القائمة التي تضم 45 مقعداً.

وقد كفل قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم 45 لسنة 2014 إتاحة مشاركة الأشخاص ذوي الإعاقة في عمليات الترشح والتصويت في الانتخابات والاستفتاءات، حيث منحهم القانون حق الاستعانة بمرافقين أو مساعدين عند الاقتضاء يختارهم هؤلاء الأشخاص، كذلك إذا لم يستطع الشخص ذو الإعاقة أن يثبت رأيه الانتخابي بنفسه في البطاقة فله أن يبيده شفاهة لرئيس اللجنة الفرعية الذي يثبتته في البطاقة.¹

كذلك اهتم القانون رقم 10 لسنة 2014 بحق ذوي الإعاقة في إنشاء المنظمات والاتحادات النوعية والإقليمية الخاصة بكل إعاقة والانضمام إليها وفق أحكام القانون، بما يضمن تمثيلهم على الصعيدين المحلي والدولي، كما وضع القانون التزاماً على الأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني والاتحادات والنقابات بإتاحة وتيسير وتشجيع مشاركة الأشخاص ذوي الإعاقة في كافة صور أنشطتها بتمثيل مناسب مما يسمح بانخراطهم في الحياة السياسية والعامة.²

¹ المادة 44 من القانون رقم 45 لسنة 2014- الجريدة الرسمية العدد 23 تابع في 5 يونيه 2014 ص 24

² المادة 40 من القانون رقم 10 لسنة 2018

النتائج:

- 1- اختلف الفقه المهتم بذوى الإعاقة حول المصطلح اذي يشملهم، إلا أن الفقه القانوني الحديث قد اتفق حول مصطلح ذوى الإعاقة باعتباره يتوافق مع المقصود منه لفظيا.
- 2- إذا كانت التشريعات الدولية والوطنية الحديثة قد اتفقت على مصطلح ذوى الإعاقة للدلالة على هذه الفئة، إلا أنها لم تتفق على تعريف جامع مانع للشخص ذى الإعاقة ، وكل محاولة للتعريف تتطرق للجانب المهتم به في حين تغفل الجوانب الأخرى.
- 3- اهتم الدستور المصري 2014 بذوى الإعاقة اهتماما كبيرا وذكرهم فيما يزيد على 11 مادة. تشمل شتى مناحي الحياة
- 4- أحسن المشرع المصري في دستور 2014 في إضافة الأقزام إلى ذوى الإعاقة نظرا لازدياد عدد الأقزام في مصر بصورة كبيرة حيث تمثل نسبة الأقزام في مصر 35% من أقزام العالم.
- 5- لم تتبع التشريعات نهجا واحدا في تنظيمها لمسائل ذوى الإعاقة ، فبينما رأت بعض الدول إصدار قانون خاص بحماية ذوى الإعاقة ، رأى البعض الآخر أن ذلك يتعارض مع المطالبة بدمجهم في المجتمع ، ويتعامل معهم باعتبارهم فئة متميزة.

التوصيات:

- 1- نظرا لتواجد أكثر من نصف ذوى الإعاقة في الأماكن الريفية والنائية والمعزولة فمن الضروري تطوير وتنفيذ سياسات وبرامج ملائمة للوصول لهذه الفئات وذلك بإنشاء وحدات متنقلة لتدريبهم وتشغيلهم.
- 2- العمل على ضمان المساواة في التأهيل والتشغيل بين الرجل والمرأة من ذوى الإعاقة ، إذ أقرت الاتفاقية في ديباجتها أن حظ الرجال ذوى الإعاقة في التدريب والتشغيل تمثل ضعف حظ النساء ذوات الإعاقة أو تزيد.
- 3- الارتقاء بمقومات التأهيل والتدريب المهني لذوى الإعاقة بما يتفق مع متطلبات سوق العمل ويمكن ذوو الإعاقة من المنافسة على فرص العمل ويفسح أمامه المجال لشغل الوظائف المناسبة مع قدراته.

المراجع

د. أمل معوض هجرسي: تربية الأطفال المعاقين عقليا، سلسلة المراجع في التربية وعلم النفس، الكتاب الرابع والعشرون، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة 2003

بلال عبدالله سليم العواد: الضمانات الدستورية لحقوق الانسان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، 2009 ، 2010

د/ رضا عبدالحليم عبدالمجيد عبدالباقى: حقوق ذوى الاحتياجات الخاصة(دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، 2012

للدراستات د. سمير عالية : علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1421هـ، 1991

عبدالإله زبيرات :التنظيم القانونى لتشغيل ذوى الاحتياجات الخاصة وحمايتهم، رسالة ماجستير- كلية الحقوق- جامعة القاهرة، 2010

د. عبد المطلب أمين القريطى : سيكولوجية ذوى الاحتياجات الخاصة وتربيتهم، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005

د. كارم محمود محمد أحمد: الحماية الجنائية لذوى الاحتياجات الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2012

د/هالة أحمد سيد أحمد المغازي: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الشخصية، رسالة دكتوراه . كلية الحقوق- جامعة الاسكندرية، 2004

أحكام المحكمة الدستورية

حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية دستورية بتاريخ 5 / 8 / 1995

حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 149 لسنة 18. ق. د جلسة 15/11/1997

حكم الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 18 ق. د جلسة 9/9/2000

حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 109 لسنة 27 ق. د جلسة 10/6/2007

التشريعات والاتفاقيات الدولية

الدستور المصرى 2014

قانون حقوق الأشخاص ذوى الإعاقة رقم 10 لسنة 2018 الجريدة الرسمية العدد 7 مكرر ج في 19 فبراير 2018

القانون 39 لسنة 1975 بشأن تأهيل المعوقين ، الجريدة الرسمية العدد 27 في 3 يوليو 1975

قانون التضامن الاجتماعي 137 لسنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 25 مكرر السنة 53 في 27 يونيو 2010

القرار بقانون رقم 45 لسنة 2014 بإصدار قانون مباشرة الحقوق السياسية ، الجريدة الرسمية ، العدد 23 تابع في 5 يونيو 2014

المواقع الإلكترونية

<http://www.labor-watch.net/ar/paper/176>

www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/A.HRC.22.25_Arabic.doc

<https://www.abudhabi.ae/portal/public/ar/homepage/religion>

<http://www.kscdr.org.sa/ar/disability-code>

http://mosd.gov.jo/?option=com_content&view=article&id=904&catid

www.aljobran.net/m122.html

دور قوانين الجرائم الالكترونية في الحد من سرقة المحتوى الصحفي في المواقع الإلكترونية

The role of cyber crime laws in reducing of the theft of Journalist content on websites

ط. د: وائل زياد أحمد الشرع- جامعة محمد الأول في وجدة المغرب

Wael ZeYad Ahmad Al Sharu

waelshara@yahoo.com

ملخص:

هدفت الدراسة إلى بيان دور قوانين الجرائم الالكترونية في الحد من سرقة المحتوى الصحفي في المواقع الإلكترونية وجرى استخدام المنهج التحليلي والاستنباطي وخلصت الدراسة إلى أن الحاجة إلى تطبيق فعلي للقوانين الصادرة عن نقابة الصحفيين الأردنيين، والتي تؤدي إلى الحد من المساس بحقوق الصحفيين من سرقة محتوياتهم الإخبارية، والعمل على وضع تشريعات تعمل على تنظيم العمل الصحفي في المواقع الإخبارية والصحف الإلكترونية، وأوصت الدراسة أنه لا بد من عقد دورات تدريبية في نقابة الصحفيين الأردنيين لتوضيح أهمية حماية حقوق الملكية الفكرية للصحفيين وللمؤسسات التي يعملون بها ولتنتج المحتوى الإخباري، وينبغي تفعيل التشريعات التي تحمي حق الصحفيين والناشرين في المجال الإعلامي، واتخاذ خطوات وقائية تحمي المؤسسات الإعلامية لضمان استمرارها في أداء رسالتها المهنية.

abstract

The study aimed to clarify the role of cyber crime in reducing of the theft of Journalist content on websites. The analytical and deductive approach was used . The study summary is reco that training courses should be applied on the issued laws from Jordan Journalists Association .that lead to Reducing the infringement of the rights of journalists and refraining from stealing their news achievements / news content . And work on legislation that organizes journalistic work in news websites and electronic newspapers.

The study recommended that should be convened training courses in Jordan Journalists Association to clarify the im of protecting intellectual and news content producers and should apply legisl that protecting the right of Journalists and media publishers. And take preventive steps that protect media institution to ensure that they continue to perform their professional mission.

المقدمة

"تُعَدُّ وسائل الاتصال الجماهيرية أحد الأركان المهمة لتطور المجتمعات ومقياساً للتقدم والحضارة فيها، ويفترض بهذه الوسائل أو المؤسسات الإعلامية أن تحافظ على أصالة المجتمع وثقافته وأخلاقياته"¹، وقد أولى المتخصصون في العلوم الإنسانية المختلفة أهمية كبرى للأخلاقيات المهنية على أساس أن لكل مهنة أخلاقياتها، وتأتي في مقدمة هذه المهن مهنة الصحافة؛ لذلك وضعت النظم السياسية المختلفة في العالم سياسات إعلامية متنوعة تنسجم مع أهدافها وتوجهاتها وتطلعاتها، إدراكاً منها لأهمية الإعلام وما يؤديه من وظائف كبيرة وخطيرة في المجتمع.

وكما هو الحال في أية مهنة، فإن مهنة الصحافة لا بد أن تأخذ بعين الاعتبار ما يُسمَّى "بالمسؤولية الاجتماعية" في الحساب، "ولكي تتحقق هذه المسؤولية ينبغي التقيد بالمواثيق الأخلاقية المنظمة لهذه المهنة، والتي تندرج تحت فرعين مهمين وهما: حقوق الصحفي والواجبات المترتبة عليه"²

وتتضمن الواجبات المترتبة على الصحفي مجموعة القيم الأخلاقية التي يجب الالتزام بها، ومن أهمها: الأمانة في النقل والتوثيق، ونسبة المعلومات والأخبار لمصادرها الرئيسية بهدف الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية للآخرين، وعدم سرقة أفكارهم وإنتاجهم الصحفي، حيث تظهر المسؤولية الأخلاقية للصحفي في كيفية معالجته للمعلومات التي يحصل عليها من مصادر متنوعة، وخصوصاً تلك التي تُنشر وتُرد في وسائل الإعلام الأخرى.

وقد باتت تجاوز أخلاقيات العمل الصحفي وخصوصاً تلك المرتبطة بسرقة المحتوى مشكلة ذات تعقيدات كثيرة في عالم الصحافة؛ نظراً لوجود الكثير من الأشخاص العاملين في هذا المجال ممن لا يراعون الأخلاقيات المهنية أثناء مزاولتهم للمهنة، ويلجؤون إلى جمع المعلومات والأخبار دون ذكر مصادرها، ويُعد هذا الوضع خروجاً على كل القيم والمعايير الأخلاقية الواردة في مواثيق الشرف الصحفي.

تتطلب وسائل الإعلام المختلطة الجديدة إلى أخلاقيات جديدة، فيها قواعد جديدة ومبادئ تنطبق على هواة الصحافة والمحترفين سواء كانت مدونة، أو تويت، البث أو الكتابة للصحف. فأخلاقيات الإعلام تحتاج إلى أفكار وإعادة النظر بشكل جديد بحيث تناسب وسائل الاعلام الحديثة التي تبث من خلال المواقع الانترنت.

ولا شك في إنَّ عدم نسبة المعلومات إلى مصادرها أو تجاهل هذه المصادر يخلق مشاكل في لب العمل الصحفي، "حيث يمكن تصنيف ذلك تحت بند سرقة المحتوى الصحفي، والمساس بالملكية الفكرية للآخرين، والذي يُعرض مصداقية الأخبار ونزاهتها للتشكيك، ويُدرجها في قائمة الممارسات التي تُشكل خرقاً للقوانين والمواثيق الخاصة بالشرف الإعلامي"³.

¹ بن علي، مليكة، دراسة ميدانية: التكنولوجيا الحديثة لوسائل الإعلام والاتصال ومظاهر التغير في المجتمع، جامعة وهران: كلية العلوم الاجتماعية، 2019.

² محمد، عبد المحسن بدوي، الشرف الصحفي.. والقيم الأخلاقية، مجلة الأمن والحياة، عدد 362، 2011، ص 47.

³ حسين، محمد مصطفى، دراسة تحليلية مقارنة: تقييم جودة المواقع الإلكترونية، مجلة تكريت للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد 6، 2010، عدد 18.

وبناءً على ذلك؛ نتحدث في هذه الورقة عن سرقة المحتوى الصحفي بين المواقع الإلكترونية، الأردنية منها تحديداً، وكيف ننظر إليها بمعياري القوانين والتشريعات والأخلاقيات التي تحكم المهنة الإعلامية، في محاولة للوصول إلى فهم يساعدنا على وضع حلول علمية ومنطقية تعالج المشكلة من جذورها.

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

شهد الأردن بالسنوات الأخيرة تطوراً ملحوظاً في أعداد المواقع الإلكترونية المحلية وخصوصاً المملوكة من قبل القطاع الخاص، وذلك نتيجة التحديثات التي تمت على قوانين الإعلام وملكية الوسائل، وتزايد الانفتاح الإعلامي على العالم، إضافة إلى التطورات الكبيرة في وسائل الاتصال. الأمر الذي جعل الأردن جزءاً لا يتجزأ من العالم. وقد بات للإعلام الإلكتروني جزءاً من حياة الأفراد حيث أصبحت تغطية الأحداث الساخنة عبر المواقع الإلكترونية تحتل مكانة وبدلاً للصحف الورقية، ومع وجود فيروس كورونا أصبحت الصحف الورقية شبه منعدمة في الأردن خوفاً من انتقال المرض عبر الورق حتى أصبحت المواقع الإلكترونية المرجع الوحيد لمتابعة الأخبار. وبسبب عدم وجود قوانين رادعة تنظم الفضاء الإلكتروني بات سرقة المحتوى من المواقع الإلكترونية هي جريمة أخلاقية وقانونية ومن هنا جاءت مشكلة الدراسة لتعرف ما هو دور القوانين الإلكترونية في الحد من سرقة المحتوى الصحفي في المواقع الإلكترونية.

ويتفرع من هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما مدى رضا الجمهور الأردني عن الأخبار التي تقدمها المواقع الإلكترونية؟
- ما الإشباع التي تحققت للجمهور الأردني نتيجة متابعتهم للمواقع الإلكترونية؟
- ما هي أنماط متابعة الجمهور الأردني إلى المواقع الإلكترونية (عدد الأيام، الفترات، مدة المتابعة، مكان المتابعة)؟
- ما هي أبرز الصعوبات التي تحول دون تمكين القوانين الإلكترونية من الحد من سرقة المحتوى عبر المواقع الإلكترونية؟

اهداف الدراسة:

إن ثروة وسائل الإعلام هي تحول، وبشكل أساسي لا رجعة فيه، في طبيعة العمل الصحفي، ووسائل النشر الآن أصبحت في أيدي المواطنين، حيث يشجع الانترنت أشكال جديدة من الصحافة والتي باتت تعمل بتفاعلية وفورية. وهدفت الدراسة إلى التعرف إلى "دور القوانين الإلكترونية في الحد من سرقة المحتوى الصحفي في المواقع الإلكترونية".

أهمية الدراسة:

للدراسة أهميتان علمية وعملية:

الأهمية العلمية: تبرز أهمية الدراسة العلمية من كونها من الدراسات القلائل التي تمزج دور القوانين في الحد من انتشار ظاهرة النسخ واللصق وعدم ذكر المصدر. حيث ان العديد من الدراسات اقتصر على دراسة على القوانين بشكل عام

دون بيان العقوبات جراء استخدام هذا الأسلوب، ولم يتم التطرق حسب علم الباحث لهذا الموضوع. كما تستمد هذه الدراسة أهميتها من الجدية والشمولية بتناول الموضوع في دراسة التركيز على المواقع الإلكترونية تحديداً لما لها من أهمية ومتابعة بشكل لافت خاصة خلال هذه الفترة.

الأهمية العملية: تبرز هذه الأهمية بالنقاط التالية:

- الأهمية العملية للمواطنين: - وذلك من خلال التأكيد على دور القوانين في الحد انتشار ظاهرة القس واللصق ووجود أمانة وأخلاقيات لمهنة الصحافة ليتسنى للمواطن متابعة الأخبار عبر المواقع الإلكترونية بثقة دون خوف من تزوير الحقائق.
- الأهمية العملية بالنسبة للمؤسسات الصحفية: - زيادة المحتوى المحلي الخاص بالمجتمعات وعد شعور تلك المؤسسات بالإحباط جراء السرقة التي تتعرض لها باستمرار دون الوقوف والمساعدة من قبل المؤسسات التي من واجبها ردع هذه السرقات.

الإطار النظري

لقد شهد العقد الأخير من القرن العشرين تطوراً هائلاً وسريعاً في مجال الإعلام والاتصال، الأمر الذي أدى إلى ظهور الصحافة الإلكترونية وانتشارها في العديد من البلدان، فأصبحت منافساً قوياً لوسائل الإعلام التقليدية الأخرى وخصوصاً الصحافة الورقية¹، حيث تعرض الصحف الإلكترونية والمواقع الإخبارية آلاف الصفحات حول موضوعات مختلفة ومتباينة، وقد صاحب هذا الكم الهائل من المعلومات غياب ضوابط الجودة ومصداقية المصادر في عصر تمثل فيه المعارف السلطة الحقيقية التي تُسيطر على مصير شعوب العالم.

وقد أدى ظهور الصحافة الإلكترونية إلى تغييرات كبيرة في مفهوم الصحافة؛ ولم تعد الصحف الإلكترونية تهتم فقط بنشر محتوى الصحف الورقية، بل سعت نحو تبني طرق أكثر جدية وعمقاً لنشر الأخبار والمعلومات، مما جعل الإنترنت تحدياً جديداً للصحافة على مستوى الممارسة والمفهوم.

وقد شهد الأردن تزايداً كبيراً في عدد الصحف الإلكترونية والمواقع الإخبارية، فكان ذلك مرحلة مهمة في نشاطها الإعلامي، إلا أن ذلك أدى إلى ظهور تحديات مختلفة واعتبارات جديدة في تطبيق المعايير المهنية في العمل الصحفي وخصوصاً في الصحافة الإلكترونية الأردنية، أبرزها نشر بعض الأخبار دون ذكر مصادرها، أو نقلها بشكل حزفي من مواقع وصحف أخرى دون التأكد من مصداقيتها وموثوقيتها².

المفاهيم الأساسية

¹ مهدي، محمد عبود (د.ت)، دراسة: أخلاقيات العمل الصحفي، مجلة أهل البيت عليهم السلام، عدد 3، ص 94-197.

² حجاب، محمد منير، الشائعات وطرق مواجهتها، القاهرة: دار الفجر للتوزيع، 2004.

الصحافة الإلكترونية: أحد الوسائل متعددة الوسائط (Multimedia) التي يتم فيها نشر الأخبار والمقالات ومختلف أشكال الفنون الصحفية عبر شبكة الإنترنت بشكل دوري ورقم متسلسل، ومن خلال استخدام تقنيات العرض والنصوص والرسوم والصور المتحركة ومقاطع الفيديو ومختلف المزايا التفاعلية، بحيث تصل إلى القارئ عبر استخدام جهاز الكمبيوتر أو أجهزة الهواتف الذكية المتصلة بالشبكة¹، أي أنها تلك الصحف التي تصدر وتُنشر عبر شبكة الإنترنت، سواء كانت ذات أصل ورقّي، أم فقط إلكترونيّ، وسواء كانت تسجيلًا كاملاً للنسخة الورقية، أم مختصرًا وملخصًا لها، طالما أنها تصدر بشكل منتظم، وتُحدث موضوعاتها من فترة لأخرى حسب دوريتها².

سرقة المحتوى الصحفي: وهي ما يُوصف بأنها عمليات "النسخ واللصق أو السرقات الأدبية"، بحيث يقوم الصحفي بنقل الأخبار والمعلومات والمحتوى الإعلامي الذي أنتجه صحفي آخر لحساب وسيلة إعلامية؛ بشكل خفيّ كامل لحساب وسيلة إعلامية أخرى دون ذكر اسم الصحفي الذي أنتج المادة الإعلامية، وقد يكون هذا المحتوى مقالاً أو خبراً أو تحقيقاً أو عملاً صحفيّاً آخر.

وتتفاوت درجة سرقة المحتوى الصحفي، فالبعض يعمد إلى نقل فقرّة واحدة من المحتوى، والبعض يقوم بنقل جزء منه، فيما يقوم البعض الآخر بنقل المحتوى كاملاً³.

سرقة المحتوى من منظور الأخلاقيات الإعلامية:

إن موضوع سرقة المحتوى في الصحافة الإلكترونية كغيره من الموضوعات التي يختلف حولها الكتاب والباحثون، فمنهم من يعتبر المقاييس الأخلاقية واحدة من أولويات ممارسة المهنة التي يوثقها المتخصصون في مجال أعمالهم وخاصة الإعلاميين الذين ينظرون إلى سرقة المحتوى باعتبارها انتهاكاً خطيراً لمبادئ وأخلاقيات الممارسة المهنية.

فيما يرى البعض الآخر أن الأخبار التي تنفرد بها بعض الصحف الإلكترونية تتعرض بشكل دائم للاستحواذ والنشر من قبل صحف إلكترونية ومواقع إخبارية أخرى دون الإشارة لمصدر الخبر أو للصحفي الذي بذل الجهد في تغطيته وتجهيزه للنشر، وليس في هذا الأمر أية مشكلة؛ نظراً لأن الأخبار الصحفية مستثناة من أنظمة حماية حق المؤلف والاتفاقيات الدولية - مثل اتفاقية برن الدولية التي وقّعت عليها مجموعة الدول الأعضاء في المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) - نتيجة لصعوبة احتكار الأخبار، وضرر هذا الاحتكار على مفهوم الملكية الفكرية، وكمثال على ذلك؛ لو أُدرجت الأخبار في أنظمة حماية حق المؤلف؛ لما تمكّنت الصحف من نشر أخبار الوكالات لقراءها وجمهورها، إلا أن هناك بعض المواد الصحفية التي تتمتع بأنظمة حماية الملكية الفكرية مثل التعبير الإبداعي كالكاريكاتور والصور ومقاطع الفيديو، إلّا أن نص الخبر المنشور ليس حصراً لمؤسسة صحفية دون غيرها.

¹ صالح، سليمان، أخلاقيات وسائل الإعلام، الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 2005.

² عبد الرحمن، سناء، التحرير الصحفي في عصر المعلومات، الإمارات العربية المتحدة: دار الكتاب الجامعي، 2009.

³ غورفت، زاربا مقالة: خداع الذاكرة: ما الذي يدفع زملاءك لسرقة أفكارك؟، موقع BBC عربي <https://2u.pw/eBE3f>

وتُعدُّ سرقة المحتوى من التحديات التي تُواجهها الصحف الإلكترونية والمواقع الإخبارية، خاصةً في سياق التطور التكنولوجي والثورة الرقمية، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر بأنظمة حماية حقوق الناشرين والمؤلفين ومنتجي المحتوى.¹

لكنَّ البعض لديه وجهة نظر أخرى، ويرى أن الأمر ليس سيئاً على الإطلاق، فهناك مَنْ يؤمن بأن الخطأ في إرجاع الفضل لغير أصحابه ربما يكون الثمن الذي ندفعه مقابل الإبداع.

وهذا أمرٌ يجدُّ ريتشارد بير، مدير الابتكار في مؤسسة دونت بانك لندن، أنَّ له علاقةً به فيقول: "عندما تقرأون جميعاً نفس التقرير يكون تفكيركم متشابهاً، حتى لو سَجَلْتُمْ عصفاً ذهنياً وَمِنْ ثَمَّ استمعتمُ إليه أو شاهدتموه فسيكون من الصعب معرفة من الذي طرح أولاً هذه الفكرة أو تلك".

وتقولُ زاربا غورفت، وهي صحفيةٌ علميةٌ: "إذا لم تستطع التغلب على سارقي الأفكار، فإنَّ بابلو بيكاسو، وستيف جوبز، وتوماس إديسون، وهنري فورد، وعدداً لا حصرَ له من الرواد قد نسخوا تجارب منافسهم، وربما ليس المهمُّ: من أين أتيت بالفكرة، ولكن ما الذي تصنعه بهذه الفكرة، وكيف تُوظفها وتستخدمها".²

وهناك تيارٌ ثالثٌ يرى أنَّ أخلاقيات الصحافة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتوفير المتطلبات الضرورية للموظفين والعاملين في المؤسسات الإعلامية، والتأكد من أنَّ غرف الأخبار هي انعكاسٌ حقيقيٌّ للجمهور والمجتمع الذي تخدمه وسائل الإعلام، وإلا فَمِنْ البداية أن يزلق بعض الصحفيين إلى السير في مسلك سرقة المحتوى، المعروف باسم "النسخ واللصق" أو "السرقة الأدبية"، في ازدراء صارخ للقوانين التي تحكم الصحافة، وقواعد الشرف الدولية ذات الصلة، وينسبون المحتوى إلى أنفسهم دون اعتبار لحقوق المؤلف.³

وفي الأشهر الأخيرة برزت أهمية الصحافة ذات القيمة الإخبارية الفريدة وغير المستنسخة، وقدَّمت العديد من المؤسسات الإعلامية والصحف الورقية والإلكترونية أداءً متميزاً اتَّسم بالدقة والأصالة رغم التحديات الكبيرة التي فرضتها جائحة "كورونا" وصعوبة الحصول على إجابات مؤكدة لكثير من الأسئلة التي تتبادر إلى أذهان الصحفيين والمتابعين.⁴

وبالرغم من هذه التحديات والنماذج التي تعمل ضمن إطار الموائيق الشرفية والأخلاقيات، إلا أنه وعلى الجانب الآخر من المشهد نرى أشخاصاً آخرين يقومون بسرقة جهود الآخرين، ومحاولة الصعود على أكتافهم، كلُّ هذا في سبيل أن يظهروا أمام المجتمع بأنهم أصحاب أعمال عظيمة وقيِّمة، لكن في الحقيقة، إنَّ ما يقومون به هو مجرد تزيف وتضليل.

سرقة المحتوى الصحفي في المواقع الإلكترونية الأردنية:

¹ نقابة الصحفيين الأردنيين، دخول 22، 5، 2021 <https://www.addustour.com>

² P. 139.2011Castells, M. the Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society. Oxford University Press,

³ 19). Retrieved from <https://akeed.jo/ar/post/2677/5>, 1akeed. (202

⁴ Hannah Storm, E. D. (2020). Why talk of ethical journalism has to be about newsroom cultures as well as content. *Ethical Journalism Network*.

تبيّن وفق شهادات الكثير من الصحفيين أن هناك طرقاً عديدة لسرقة المحتوى الصحفي من الصحيفة الإلكترونية أو الموقع الإلكتروني الذي يعملون فيه، إذ إنها تتمحور في عددٍ من الأشكال حسبما أشاروا متمثلةً بإضافة صورٍ جديدة وإرفاقها بالموضوع الصحفي الذي استحوذ عليه الشخص بالغش والمراوغة، دون أيّ تعبٍ في إعدادهِ، أو بنشر الموضوع الأصلي نفسه مع تغيير العنوان، أو من خلال إعادة صياغة الموضوع الصحفي في سبيلٍ مختلفٍ وذلك بعملٍ تعديلاتٍ في بداية الفقرات، وتغيير كلمات الربط، وإضفاء لمساته الخاصة على الموضوع ليُخرجَه بقالٍ جديدٍ قد يبدو ظاهرياً مختلفاً وجديداً، فكأنه يقوم بإنتاجه من جديدٍ في مظهرٍ مختلفٍ مع الحفاظ على الفكرة نفسها.

وينبغي في هذه المرحلة أن يمتلك الصحفي مهارةً فريدةً وعاليةً في الصياغة أو بشكلٍ أعمّ في الكتابة؛ ليتمكن من إعادة خلق الفكرة الواحدة في بناءاتٍ متعددة وتعديل النصّ المراد سرقةً بما يوائم طبيعة الموقع الإلكتروني الذي يعمل فيه¹.

ولعلنا نجد -من الصحافة الأردنية- أبرز مثالٍ على ذلك؛ فعندما نشرت وكالة الأنباء الأردنية (بترا) خبراً عن ارتفاع أعداد المصابين في بداية أزمة كورونا في بلدة الخناصر في المفرق إلى ستّة وأربعين مصاباً في اليوم الواحد، قام عدد من المواقع الإخبارية والصحف الإلكترونية كموقعي "خبرني" و"عمون" بنقل الخبر دون إسناده للوكالة أو حتى التثبت من صحة المعلومات الواردة فيه، لتقوم بترا بعدها بقليل بالتراجع عن الخبر والاعتذار عن نشره نتيجة لاحتوائه على معلومات غير دقيقة، مشيرة إلى أنه نقل بصورة خاطئة بسبب خلل فني والسرعة في اتخاذ قرار النشر، مما اضطر المواقع والصحف الإلكترونية التي نقلت الخبر دون التحقق منه أو الإشارة للوكالة بصفتها مصدره؛ إلى حذف الخبر أيضاً، الأمر الذي أحدث إرباكاً عاماً لدى الشعب الأردني، وهكذا بالطريقة نفسها يتم نقل أخبارٍ غير دقيقة دون أيّ رقابة تُذكر على الإسناد.

كما تم تداول عددٍ من الأخبار بين المواقع الإخبارية والصحف الإلكترونية دون الإسناد للمصدر الأساسي، كان آخرها سرقة أحد المواقع لخبرٍ تابعٍ "لقناة المملكة"، ومن ثم قام الموقع بإعادة صياغته ونسبته إلى نفسه مع تحريفه بشكلٍ واضح. ويُضاف إلى ذلك سرقة موقعٍ آخرٍ لمجموعة مقالاتٍ من صحيفة الغد الأردنية وتجاهله لاسم كاتب المقال واسم الصحيفة بشكل تام.

وعلى نقيض ما سبق يرى العديد من الباحثين والصحفيين أنّ قيام إحدى الصحف الإلكترونية بالحصول على سبقي صحفيٍ يعود لجهةٍ معينة لا يعدّ ملكيةً فكريةً للصحيفة ولا حكرًا عليها؛ نظراً لأنّ المعلومة الخبرية ملكٌ لجميع الوسائل الإعلامية²، ومن ثم يجب أن تكون متاحة ومتوفرة لأي شخصٍ أو جهةٍ ترغب في الاطلاع عليها واستخدامها وإعادة نشرها، ومن غير المنطقي أن تخصّ جهةٌ من الجهات صحيفةً واحدةً بأخبارها، أو أن تنشرها من خلالها فقط، لكن إذا كان وضع المعلومة الخبرية في نسقٍ معيّنٍ وضمن إطارٍ شكليٍّ واضحٍ في الصحيفة فإنّه لا يجوز انتهاك نظام الملكية الفكرية بأخذ التصميم نفسه دون ذكر مصدره أو الإشارة إلى الأصل الذي ورد فيه.

¹ عبد المجيد، ليلى، تشريعات الإعلام في مصر وأخلاقياته، مصر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 2001، ص155.

² أبو عرقوب، محمد حسين، دراسة: اتجاهات الصحفيين الأردنيين إزاء ميثاق الشرف الصحفي، كلية الإعلام: جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2010، ص4.

سرقة المحتوى الصحفي في موازين القوانين والتشريعات:

نصت مواد ميثاق الشرف الصحفي الأردني في المادة (6) على أنه لا بد من: "احترام الحقوق الأدبية للنشر والملكية الفكرية، والاعتراف بحقوق الآخرين، وعدم اقتباس أي عمل من أعمال الغير أو زملاء المهنة، دون الإشارة إلى مصدره"، أما الفقرة (9) من الميثاق ذاته، فقد أكدت على "ضرورة ممارسة أقصى درجات الموضوعية في نسبة المواد التي تنشرها الصحف إلى مصادرها، وأن يُذكر المصدر لكل مادة صحفية أو نص يُنشره"¹.

ويرى بعض المتخصصين أن سرقة المحتوى الصحفي يعدّ تحدياً كبيراً أمام وسائل الإعلام وخصوصاً الصحف الإلكترونية في ظل انتشار وتعدد هذه الصحف على المستوى الأردني، مما يستوجب التأكيد على حقوق الصحفيين²، حيث تُشكل السرقة الصحفية جزءاً من السرقات الأدبية، وهي بذلك مشكلة ذات أبعاد قانونية، والأهم أنها تُعدّ خرقاً فاضحاً لميثاق الشرف الصحفي والمواثيق الأخلاقية ذات العلاقة، إلى جانب أنها انتهاك لحقوق الملكية الفكرية للصحفيين.

من جهة أخرى؛ صرح نقيب الصحفيين رakan السعيدة في مقابلة صحفية أجرتها وكالة الأنباء الأردنية "بترا" أن الأصل في العمل الصحفي هو نسبة المواد الصحفية المنقولة أو المُقتبس منها بأي شكل من الأشكال إلى مصدرها الأصلي سواء الصحفي أم المؤسسة الصحفية التي نشرتها، ويعدّ ذلك شرطاً مهنيّاً وأخلاقياً وأدبياً، إلى جانب كونه التزاماً قانونياً، وحينما تتلقّى نقابة الصحفيين شكاوى من هذا النوع، فإنّ النقابة تعمل على تطبيق القوانين والأنظمة ذات الصلة، وتحيل الشكاوى إلى المؤسسة الصحفية أو المشتكى عليه المعني للردّ عليها خلال فترة محدّدة، وعندما تتلقّى النقابة الردّ يُبلّغ به المشتكى، وإذا ما استمرت الشكاوى واقتنع مجلس النقابة بصحتها؛ فإنها تُحال إلى المجلس التأديبي لاتخاذ القرار المناسب، وبالرغم من ذلك فإن بعض ما يُنقل من مواد صحفية ولا يُنسب إلى مصدره لا يعدّ سرقة محتوى أو سرقة أدبية، إذ قد لا يتعدّى في بعض الأحيان كونه أخطاءً فنية غير مقصودة من قبل الصحفي أو الصحيفة التي قامت بالنقل، إضافةً إلى أن عامل الخبرة والمعرفة يلعبان دوراً هاماً في تقدير أو عدم تقدير أهمية وضرورة إلزامية نسبة المواد الصحفية إلى مصادره.

لكننا في السياق نفسه نرى أنّ قضية تطبيق القوانين والتشريعات وإلزام الصحفيين بها، قضية شائكة ويدور حولها جدل كبير، فنرى الانقسام الواضح في اتجاهات الصحفيين الأردنيين إزاء نصّ الفقرة (و) من المادة (7) من قانون المطبوعات والنشر رقم (8) لسنة 1998 وتعديلاته، والتي تنصّ على إلزامية ميثاق النقابة بموجب القانون، فقد أيدّ حوالي نصف الصحفيين (45.3%) بقاء الفقرة في القانون، في حين عارض ذلك خمس الصحفيين (20.1%)، وفي نتيجة أخرى فإنّ معظم الصحفيين (74.1%) أيدوا عدم ربط ميثاق الشرف الصحفي بأية قرارات وقوانين تضعها السلطة

¹ ميثاق الشرف الصحفي الأردني <https://2u.pw/VYz5J>

² بدرأوي، حسن، حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة: الإطار الدولي والمبادئ الأساسية، ندوة الويبو الوطنية، 2007.

التنفيذية، وهذه النتيجة تُظهرُ غموضًا في اتجاهات الصحفيين¹، وتخلق حالةً من الهشاشة في المنظومة التنفيذية للتشريعات والمواثيق.

وعلى الرغم مما سبق؛ فإنَّ الصحفي الذي يتعرضُ محتواه ومجهوده للسرقة من قِبَلِ شخصٍ آخر، عادةً لا يُقدِّمُ أيَّ شكوى لدى الجهات المختصة، بحجة أنَّ القانونَ لا يأخذُ مجراه بالشكل المطلوب في مثل هذه القضايا، فضلًا عن المبالغ الطائلة التي سيُقدمها لمن سيترافع عنه، والعامل الأكثرُ أهميةً هو الخشية من قيام حربٍ باردةٍ من الحساسية بين الطرفين، سواءً كانوا مؤسساتٍ صحفية أم صحفًا إلكترونية ومواقع إخبارية أم بين الصحفيين أنفسهم.

¹ قانون المطبوعات والنشر لسنة 1998 تعديل رقم (8).

الخلاصة

في ضوء ما تقدم، تبرز الحاجة إلى تطبيق فعلي للقوانين الصادرة عن نقابة الصحفيين الأردنيين، والتي تؤدي إلى الحد من المساس بحقوق الصحفيين من سرقة محتوياتهم الإخبارية، والعمل على وضع تشريعات تعمل على تنظيم العمل الصحفي في المواقع الإخبارية والصحف الإلكترونية، وينبغي على نقابة الصحفيين الأردنيين ألا تتوانى في اتخاذ إجراءات تأديبية صارمة في حق كل من يقوم بعمل "النسخ واللصق" للمحتوى الإخباري سواء للصحفي الذي نسب المحتوى لنفسه أم للمؤسسات الصحفية التي قامت بنشره دون ذكر المصدر الأصلي الذي نقلت عنه؛ حيث إن استمرار هذه الأفعال الفاقدة للمهنية دون تطبيق حازم للضوابط والتشريعات ذات الصلة التي تحمي حق الصحفيين والناشرين في المجال الإعلامي، من شأنه أن يهدد مصير المؤسسات الصحفية والمواقع الإخبارية والصحف الإلكترونية¹.

وتقع على الصحفي المسؤولية الأخلاقية في الدرجة الأولى، حيث إن انتشار سرقة المحتوى الصحفي يعود إلى عدم اتباع الصحفيين العاملين في المواقع الإخبارية والصحف الإلكترونية للقواعد المهنية والمواثيق الأخلاقية، لذا ينبغي على الصحفيين الالتزام بالقيم المهنية، وأخلاقيات الممارسة الصحفية، والمبادئ الواردة في مواثيق الشرف الصحفي المرتبطة بنسبة الأخبار والمعلومات إلى مصادرها، ذلك أن من صفات الممارسة المهنية الراقية والاحتراف الصحفي أن ينسب الصحفيون والصحف الإلكترونية التي يعملون بها المحتوى الصحفي إلى أصحابه ومصادره؛ وألا تُمخى أسماء تلك المصادر أو اسم المؤسسة الإعلامية المالكة لحقوق ذلك المحتوى، حتى وإن كانت صحفاً ومواقع منافسة، مع الإدراك التام أن هذا الأسلوب الراقى لا ينتقص من قيمة الصحفي أو الموقع الإخباري أو الصحيفة الإلكترونية؛ وإنما يُحسب لها، ويُدلل على مصداقيتها وموثوقيتها.

وبناءً على ما سبق، توصي الورقة البحثية بكل مما يلي:

- لا بد من عقد دورات تدريبية في نقابة الصحفيين الأردنيين لتوضيح أهمية حماية حقوق الملكية الفكرية للصحفيين وللمؤسسات التي يعملون بها ولتنتج المحتوى الإخباري.
- ينبغي تفعيل التشريعات التي تحمي حق الصحفيين والناشرين في المجال الإعلامي، واتخاذ خطوات وقائية تحمي المؤسسات الإعلامية لضمان استمرارها في أداء رسالتها المهنية.
- ضرورة أن يبادر الصحفي بالشكوى عبر نقابة الصحفيين الأردنيين أو عبر المكتبة الوطنية الأردنية في حال سرقة إنتاجه الصحفي، بهدف حماية الملكية الفكرية لإنتاجه بالقدر الذي تسمح به القوانين النافذة والتي نعتقد أنها بحاجة إلى التطوير والتحديث.
- إذا ثبت للصحفي أن المحتوى الإعلامي الذي أنتجه قد بُث عبر الإذاعات أو القنوات التلفزيونية المرخصة من هيئة الإعلام الأردنية دون ذكر اسمه كونه مصدرًا لذلك المحتوى؛ فينبغي عليه التقدم بشكوى للجنة شكوى الإعلام المرئي والمسموع، من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة بحق الإذاعة أو القناة التي عمدت إلى سرقة المحتوى الإعلامي.

¹ العزة، فراس محمد (د.ت)، دراسة: معايير جودة المواقع الإلكترونية وتصنيفها.

المراجع

1. بن علي، مليكة، دراسة ميدانية: التكنولوجيا الحديثة لوسائل الإعلام والاتصال ومظاهر التغير في المجتمع، جامعة وهران: كلية العلوم الاجتماعية، 2019.
2. محمد، عبد المحسن بدوي، الشرف الصحفي.. والقيم الأخلاقية، مجلة الأمن والحياة، عدد 362، 2011، ص 47.
3. حسين، محمد مصطفى، دراسة تحليلية مقارنة: تقييم جودة المواقع الإلكترونية، مجلة تكريت للعلوم الإدارية والاقتصادية، المجلد 6، 2010، عدد 18.
4. مهدي، محمد عبود (د.ت)، دراسة: أخلاقيات العمل الصحفي، مجلة أهل البيت عليهم السلام، عدد 3، ص 94-197.
5. حجاب، محمد منير، الشائعات وطرق مواجهتها، القاهرة: دار الفجر للتوزيع، 2004.
6. صالح، سليمان، أخلاقيات وسائل الإعلام، الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 2005.
7. عبد الرحمن، سناء، التحرير الصحفي في عصر المعلومات، الإمارات العربية المتحدة: دار الكتاب الجامعي، 2009.
8. غورفت، زاريا مقالة: خداع الذاكرة: ما الذي يدفع زملاءك لسرقة أفكارك؟، موقع BBC عربي <https://2u.pw/eBE3f>
9. نقابة الصحفيين الأردنيين، دخول 22، 5، 2021 <https://www.addustour.com>
10. Castells, M. the Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society. Oxford University Press, 2011. P 139.
11. (202). Retrieved from <https://akeed.jo/ar/post/2677/5>, 1akeed.
12. Hannah Storm, E. D. (2020). Why talk of ethical journalism has to be about newsroom cultures as well as content. *Ethical Journalism Network*.
13. عبد المجيد، ليلى، تشريعات الإعلام في مصر وأخلاقياته، مصر: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 2001، ص 155.
14. ميثاق الشرف الصحفي الأردني <https://2u.pw/VYz5J>

15. أبو عرقوب، محمد حسين، دراسة: اتجاهات الصحفيين الأردنيين إزاء ميثاق الشرف الصحفي، كلية الإعلام: جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2010، ص4.
16. بدرأوي، حسن، حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة: الإطار الدولي والمبادئ الأساسية، ندوة الويبو الوطنية، 2007.
17. قانون المطبوعات والنشر لسنة 1998 تعديل رقم (8).
18. بني حمدان، أحمد، دراسة: دور المواقع الإخبارية الإلكترونية في تدعيم عملية الإصلاح السياسي، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
19. العزة، فراس محمد (د.ت)، دراسة: معايير جودة المواقع الإلكترونية وتصنيفها.

القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بين الضرورة والدستورية

The 'Decisions by Law' Issued by the President of the Palestinian National Authority between
Necessity and Constitutionality

ط. د ايهاب محمد خلايلة - محاضر في كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية

Ihab kalaylih ,lecturer at faculty of law-Palestine Ahlia University-Palestine

i.kalaylih@paluniv.edu.ps

أ.محمود فرج الله باحث قانوني في السلك القضائي -فلسطين

Mahmuod Farajalla Legal researcher in the judiciary

الملخص:

تناولت هذه الدراسة القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بين الضرورة والدستورية هادفة الى التعرف على مفهوم القرارات بقانون والشروط التي يجب ان تتوافر فيها ,وتبيان الطبيعة القانونية لها ,وتم الوقوف على توضيح عمل المحكمة الدستورية وكيفية بسط رقابتها على القرارات بقانون الصادرة عن الرئيس ,وقد عالج الباحثون مدى دستورية هذه القرارات بقانون وغير ذلك من تفصيلات تناولها البحث .

الكلمات المفتاحية : القرارات بقانون ,رئيس السلطة ,الدستورية ,الطعن .

Abstract

This small-scale study deals with what is termed 'decisions by law' issued by the President of the Palestinian National Authority between necessity and constitutionality. It aims to identify the concept of decisions by law and the conditions that must be met. The legal nature of these decisions as well as the work of the Constitutional Court has been clarified. The constitutionality of these 'decisions by law' and other details covered by the research have been dealt with in this paper.

Keywords: decisions by law, the head of the authority, constitutionality, appeal

المقدمة:

يشكل القانون الدستوري القواعد الأساسية للدولة المعاصرة، فهو الذي يبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتنظيم سلطاتها من حيث تكوينها واختصاصاتها وعلاقتها ببعضها وبالأفراد، ويقرر الحقوق والحريات العامة، ويضع الضمانات العامة اللازمة لحماية هذه الحقوق والحريات وكفالة استعمالها وممارستها وعدم التعدي عليها، ويعد بمثابة إطاراً حاكماً للحياة السياسية والقانونية في الدولة، ويهدف إلى إقامة التوازن بين السلطة والحرية في المجتمع، وبهذا التوازن تستقيم الأمور ويستقر النظام⁽¹⁾.

وإن النظام القانون الموحد يشكل جوهر الانسجام التشريعي، وأحد أهم مقاصد الدستور والانظمة القانونية؛ وذلك في سبيل استقرار المجتمعات، ودعامة لسيادة القانون، في حين يؤدي ازدواج التشريعي إلى هدم مبدأ وحدة القوانين، ويوجد مراكز قانونية قابلة للتعديل أو الإلغاء، الأمر الذي ينتج عنه تفويض لاستقرار المجتمعات والمعاملات، ويبطال الحقوق والحريات العامة⁽²⁾.

وانطلاقاً من مبدأ المشروعية يتعين على كل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة الالتزام بصلاحياتها وعدم تجاوز حدودها⁽³⁾. فالسلطة التشريعية تختص بتشريع القانون وتبنيه، والتنفيذية تعمل على تنفيذه واحترامه أما السلطة القضائية فتعمل على مراقبة تطبيق هذه التشريعات من السلطات والأفراد، إلا أن ما قد يواجهه الدول في ظروف استثنائية يتوجب مواجهتها بطريقة تتجاوز مبدأ المشروعية، وهذا ما تبناه النظام القانوني الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل العام 2003 من الظروف الاستثنائية "حالة الضرورة وحالة الطوارئ"، وعالج معظم أحكامها بذات الطريقة التي تعرض لها الدستور المصري للعام 1971 والدستور المصري للعام 2014، وكذلك والدستور الأردني المعدل العام 1952⁽⁴⁾.

ومن المعروف أن الدستور هو أسمى القواعد القانونية في الدول، ويخضع له جميع القواعد القانونية الأدنى منه، ولا تخالفه، فكانت فكرة الرقابة على التزام السلطات فيما تصدره من تشريعات بما لا يتعارض مع الدستور⁽⁵⁾.

وقد نظم القانون الأساسي الفلسطيني في بعض الأحكام التي تتعلق في بنية النظام السياسي بشأن مبدأ الفصل بين السلطات، فيما يتعلق بالسلطتين التشريعية والتنفيذية؛ حيث حدد القانون الأساسي المعدل الصلاحيات الرئيسية للسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية (التي يعتبر رئيس السلطة الوطنية جزءاً منها)، فقد أسند إلى السلطة التشريعية صلاحية اقرار القوانين والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وإقرار الموازنة العامة، وأسند القانون الأساسي بعض

(1) أسامة الدراج، الوسيط في القانون الدستوري والنظام الدستوري الفلسطيني، ط1، إصدار الكلية العصرية الجامعية، رام الله، 2017، ص12.

(2) مركز الميزان لحقوق الإنسان، التشريعات الناشئة عن الانقسام الفلسطيني، ورقة موقف، مركز الميزان لحقوق الإنسان، رام الله، 2017، ص2.

(3) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية مع المقارنة مع المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص73.

(4) نوار بدير، عاصم خليل، حالة الضرورة، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية، العدد (4)، بيرزيت، 2018، ص1.

(5) زياد العدوان، ليث نصرأوين، دور المحكمة الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين الأردنية، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد (45)، عدد (4)، ملحق (4)، عمان، 2018، ص215.

الصلاحيات والتي منها صلاحيات تشريعية واصدار القوانين المقررة من المجلس التشريعي وحق الاعتراض عليها خلال ثلاثين يوماً، وكذلك حق إصدار قرارات بقوة القانون في حالات الضرورة وفي غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي⁽¹⁾.

ويعتبر المجلس التشريعي الفلسطيني الهيئة التشريعية، ويتم انتخابه من قبل الفلسطينيين في الضفة الغربية وقطاع غزة والقدس الشرقية انتخاباً مباشراً، وبعد فوز حركة حماس في الانتخابات التشريعية عام 2006 وبعد حدوث ما يعرف بالانقلاب في قطاع غزة وتعطل المجلس التشريعي الفلسطيني، أصبح الوضع التشريعي بيد الرئيس، ومستنداً في ذلك لنص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل، والتي تعطي الرئيس وفي حالة الضرورة وضع قرارات لها قوة القانون وهي ما يعرف باسم القرارات بقانون⁽²⁾.

وهذه القرارات بقانون ليست بمنأى عن الرقابة القضائية والتي لها قوة القانون كإحدى وسائل الرقابة المتاحة للمواطنين فقد تمتلك ميزة خاصة عن غيرها من صور الرقابة الأخرى⁽³⁾، وتعتبر هذه الرقابة على دستورية القوانين جوهر القضاء الدستوري، وهو ما جعل للقضاء الدستوري أهمية خاصة تزداد على الصعيد العملي التطبيقي وصون الدستور وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه، وعليه وأصبح مبدأ الرقابة على دستورية القوانين موضع إجماع لدى الفقهاء والذي يعتبرونه عنصراً أساسياً لدولة القانون⁽⁴⁾.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة من الأهمية النظرية والتي تتمثل في السعي إلى تقديم دراسة قانونية متكاملة حول دستورية القرارات بقوانين في النظام الدستوري الفلسطيني وبحث مدى مشروعيتها، وكما ان لها أهمية تتمثل في البحث في توافقها مع نص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل، والبحث في مدى رقابة السلطة القضائية والمحكمة الدستورية على هذه القوانين.

وكما أن لهذه الدراسة أهمية عملية من خلال الخروج بنتائج وتوصيات قد يكون من شأن تقديمها لجهات الاختصاص ما يكفل عدم اساءة استخدام الصلاحيات الممنوحة لرئيس السلطة، والحد من اصدار تلك القوانين إلا في الحالات التي حددها القانون، ووقف التجاوزات على السلطة التشريعية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على ما يلي:

(1) طارق زاهي طوقان، القرارات بقانون الصادرة عن الرئيس وفقاً لحالة الضرورة، دراسة قانونية مقدمة إلى مؤسسة مفتاح، رام الله، 2008، ص 4.
(2) تنص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل على (الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون).
(3) فادي علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011، ص 30.
(4) Manuals.E.J.A. Paris, Hamon. M. Troper. G. Burdeaw. Droit Constitutionnel .f, 2001, p60

1. مدى دستورية القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.
2. مدى توافق القرارات بقانون مع ما نصت عليه المادة (43) من القانون الأساسي.
3. مدى خضوع القرارات بقانون للرقابة القضائية.
4. الآثار القانونية المترتبة على عدم اقرار المجلس التشريعي في حال انعقاده على هذه القوانين.

إشكالية الدراسة:

إن التجربة الفلسطينية في موضوع التشريع والصلاحيات التشريعية تستوجب التطرق إلى ما منحه القانون الأساسي من صلاحيات لرئيس السلطة الفلسطينية، ولا سيما في مجال التشريع وما نصت عليه المادة (43) من القانون الأساسي، إلا أن هذه المادة وضعت شروطاً لهذه الصلاحية، ولوحظ أن هناك سوء استخدام لهذه المادة، فأصدر الرئيس منذ تعطل المجلس التشريعي عام 2006 ما يزيد عن ثلاثمائة قرار بقانون، وهذه القوانين تنوعت بين قرارات إدارية وبين قرارات لاستحداث قوانين أو تعديل قوانين قائمة، وبمنظرة أولية على هذه القرارات ولا سيما القوانين منها نجد بها مخالفات دستورية وتشريعية، وتتمثل إشكالية الدراسة في التساؤل التالي:

ما مدى دستورية القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؟

منهجية الدراسة:

سيعتمد الباحثان في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال دراسة القرارات بقانون الصادرة والتعرف على مدى دستورها من خلال البحث في المصادر والمراجع والآراء الفقهية التي تناولت الموضوع، ودراسة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية والمحكمة الدستورية العليا، وكما سيتطرق الباحثان للمنهج المقارن، من خلال مقارنة موضوع الدراسة مع عدد من الأنظمة التشريعية المقارنة ولا سيما في الدول المجاورة.

خطة الدراسة :

تطرقنا في هذه الدراسة إلى المفهوم القانوني للقرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين ، في المبحث الأول تناولنا ماهية القرارات بقانون وشروطها وطبيعتها القانونية حيث قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين حيث في المطلب الأول تحدثنا عن المحكمة الدستورية وتنظيمها القانوني أما المطلب الثاني تطرقت إلى الطبيعة القانونية للقرارات بقانون أما المبحث الثاني عالجنا فيه المحكمة الدستورية ورقابتها على القرارات بقانون وقسمناه إلى مطلبين ، حيث في المطلب الأول تطرقنا إلى المحكمة الدستورية وتنظيمها القانوني أما المطلب الثاني تحدثنا عن الرقابة القضائية على القرارات بقانون .

الدراسات السابقة

1- دراسة امباب خلايلة (2017) بعنوان: "الرقابة القضائية على القرارات الادارية" رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس.

تناولت الدراسة بالبحث موضوع الرقابة القضائية على القرارات الادارية، وذلك من خلال اتباع المنهج التحليلي الوصفي المقارن، بالنظر إلى التشريعات الفلسطينية والمقارنة خاصة التشريع الفرنسي الإداري والاجتهادات القضائية، وذلك وصولاً إلى اثر تطبيق كل من النظام القضائي الموحد او النظام القضائي المزدوج على الرقابة القضائية المخصصة من قبل السلطة القضائية على القرارات الادارية على كافة الأصعدة وتبيان النظام القضائي المتبع في فلسطين.

فقد بينت الدراسة القرارات التي تخرج من نطاق اختصاص محكمة العدل العليا الفلسطينية وذلك عن طريق تناول كل قرار على حدا، فقد قسمت تلك القرارات الى القرارات المتعمقة بأعمال السيادة او الحكومة وايضاح موقف المشرع الفلسطيني اتجاه اعمال السيادة، فقد توصل الباحث الى انه لا يجوز تحصين اي قرار من رقابة القضاء الاداري، فقد عالج الباحث اعمال السلطة التشريعية كونها اعمال تخرج من رقابة الالغاء امام القضاء الإداري، كما تم الوقوف على اعمال السلطة القضائية التي لا تخضع لرقابة القضاء الاداري وايضا لابد من تناول بعض تصرفات الادارة التي لا تعتبر قرارات ادارية وبالتالي لا يطعن بها بالإلغاء امام محكمة العدل العليا الفلسطينية كالقرار التأكيدي والقرار التفسيري والاجراءات التمهيدية.

2- دراسة باسم بشناق ومحمد اللحام (2016) القرارات بقوانين في النظام الدستوري الفلسطيني ومشروعية اصدارها فترة الانقسام الفلسطيني (دراسة تحليلية)

تناولت هذه الدراسة موضوع القرارات بقوانين في النظام الدستوري الفلسطيني ومشروعية اصدارها فترة الانقسام السياسي من خلال المنهج الوصفي التحليلي، وذلك في ثلاث مباحث تناول المبحث الأول مفهوم وشروط القرارات بقوانين في النظام الدستوري الفلسطيني، ثم التطرق في المبحث الثاني إلى الرقابة التي يقررها النظام الدستوري الفلسطيني على القرارات بقانون وفي المبحث الثالث تناول مدى دستورية القرارات بقوانين التي أصدرها رئيس السلطة في الضفة الغربية في أعقاب الانقسام السياسي الفلسطيني، والآثار القانونية المترتبة عليها، وتوصلت الدراسة إلى إثبات فرضيات البحث من خلال جملة من النتائج التي كان أهمها عدم دستورية القرارات بقوانين التي أصدرها رئيس السلطة الوطنية في الضفة الغربية لمخالفتها نص المادة (43) من القانون الأساسي من الناحية الشكلية والموضوعية، دون أن يكون لذلك تأثير على الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة والمترتبة تبعاً لها، استناداً إلى الاعتراف الواقعي لذاتية القرارات بقانون غير الدستورية وحسن نية أصحاب هذه المراكز الواقعية، وأوصت الدراسة بدعوة رئيس السلطة الوطنية إلى التوقف عن اصدار القرارات بقانون في الضفة الغربية ومعالجة كافة الآثار المترتبة عليها، وإجراء انتخابات تشريعية عاجلة بما يساهم في انهاء مظاهر الانقسام السياسي الفلسطيني.

3- دراسة محمد اللحام (2015) بعنوان: القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها"، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة.

تناولت هذه الدراسة موضوع القرارات بقوانين الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها من خلال المنهج الوصفي التحليلي، وذلك في فصول ثلاثة يتصدرها فصل تمهيدي تناولت فيه النظام السياسي الفلسطيني بغية الوقوف على طبيعة هذا النظام واختصاصات رئيس السلطة الوطنية فيه والإشكالات التي عانى منها، والتي تسببت بشكل مباشر أو غير مباشر في إحداث الانقسام السياسي الفلسطيني عام 2007، حيث تحدثت الدراسة في الفصل الأول منها عن ماهية القرارات بقوانين في النظام السياسي الفلسطيني وطبيعتها القانونية وشروط إصدارها، ثم تطرقت في الفصل الثاني إلى آليات الرقابة التي يقررها النظام الدستوري الفلسطيني على القرارات بقوانين، ثم بحثت الدراسة في الفصل الأخير مدى دستورية ومشروعية القرارات بقوانين التي أصدرها رئيس السلطة الوطنية في الضفة الغربية في أعقاب الانقسام السياسي الفلسطيني والآثار القانونية المترتبة عليها، وتوصلت إلى إثبات فرضيات البحث من خلال جملة من النتائج التي كان أهمها عدم دستورية القرارات بقوانين التي أصدرها رئيس السلطة الوطنية في الضفة الغربية لمخالفتها نص المادة (43) من القانون الأساسي من الناحية الشكلية والموضوعية، دون أن يكون لذلك تأثير على الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة والمترتبة تبعاً لها، استناداً إلى الاعتراف الواقعي لذاتية

القرارات بقوانين غير الدستورية وحسن نية أصحاب هذه المراكز الواقعية، وأوصت الدراسة بدعوة رئيس السلطة الوطنية إلى التوقف عن إصدار القرارات بقوانين في الضفة الغربية ومعالجة كافة الآثار المترتبة عليها، وإجراء انتخابات تشريعية عاجلة بما يساهم في إنهاء مظاهر الانقسام السياسي الفلسطيني.

المبحث الأول: ماهية القرارات بقانون وشروطها وطبيعتها القانونية

لقد ضَمَّنَ المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي تنظيمين لمواجهة الظروف الاستثنائية تمثلت في حالة الطوارئ، والتي يتم بموجبها اعلان هذه الحالة لمواجهة ظروف معينة، وأعطى الرئيس صلاحية اعلانها لمدة شهر، ويتم تجديدها بموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضاءه، وقد نظمها المشرع في الباب الثامن في المواد من (110-114)، وكما نص المشرع على لوائح الضرورة والتي سميت بالقرارات بقانون، وهو حق منحه المشرع للرئيس في حالات معينة نص عليها في المادة (43) منه، وقد ضيق المشرع هذه الحالة ولم يجعلها فضفاضة، ونظمها ضمن شروط معينة، وجعل لها تنظيم خاص بها، ومن هنا فإننا سندرس في هذا المبحث مفهوم القرارات بقانون وشروطها (مطلب أول)، والطبيعة القانونية لها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم القرارات بقانون وشروط اصدارها

على الرغم من أن صلاحية اصدار القرارات بقانون هي استثنائية فلم يجعلها المشرع بلا ضوابط وحدود، بل وضع شروطاً على اصدارها.

أولاً: مفهوم القرارات بقانون:

لم يتفق الفقه والقضاء والمشرع على تعريف موحد للقرارات بقوانين، وأطلقوا عليها تسميات مختلفة، فغالبية الفقه المصري يطلق عليها مصطلح "لوائح الضرورة"، والبعض منهم يطلق عليها "تشريعات الضرورة"، ويطلق عليها الفقه الأردني مصطلح "القوانين المؤقتة"⁽¹⁾. وفي الكويت أطلق عليها اسم المراسيم بقانون⁽²⁾.

وعلى اختلاف مسمياتها يعرفها البعض بأنها: "اللوائح التي تصدر لمواجهة ظروف استثنائية مفاجئة تستلزم معالجة سريعة من أجل المحافظة على كيان الدولة وسلامتها"⁽³⁾.

ويعرفها آخرون بأنها "اللوائح التي يرخص الدستور للسلطة التنفيذية في إصدارها حين يقع أمر يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة ومؤقتة، وذلك فقط في فترات غياب البرلمان، فيكون للسلطة التنفيذية أن تشرع القوانين وأن تلغي أو تعدل القوانين القائمة بدلاً من البرلمان"⁽⁴⁾.

(1) سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982، ص66.

(2) سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص68.

(3) ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1976، ص172.

(4) عادل أحمد بوغري، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة: دراسة مقارنة ما بين الأردن والكويت، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2010، ص24.

وتعتبر القرارات بقانون التي نص عليها بموجب المادة (43) من التشريعات العادية، كونها تستمد قوتها من صلاحية دستورية منصوص عليها صراحة، وعلى الرغم من أنها تحمل مسممة القوانين العادية فإنها تبقى مؤقتة، وذلك انطلاقاً من أن صلاحية اصدار التشريعات هي من صلاحيات الجهة التشريعية والمتمثلة في المجلس التشريعي، فإن المادة المذكورة أعطت هذه الصلاحية استثناءً للرئيس في حالة عدم انعقاد المجلس التشريعي⁽¹⁾.

وقد قسمها بعض الفقهاء إلى لوائح استعجال وقصد منها اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد البرلمان أو في فترة حله، ثم لوائح الطوارئ وقصد بها اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية متمتعة بقوة القوانين ولو خرجت على حكم الدستور بسبب قيام ظروف استثنائية⁽²⁾.

ومن مبررات اصدار هذه القرارات بقوانين أنها تأتي كوسيلة للحفاظ على كيان الدولة واستمرار وجودها، حيث أن التشريعات البرلمانية تقتضي وقتاً طويلاً قد يمتد إلى سنين قبل أن تصدر، كما أن البرلمانات لا تنعقد باستمرار، وحياة الدول مليئة بالآزمات والمفاجآت ولابد لمواجهتها من اجراءات سريعة وحازمة قد لا يمكن توافرها في التشريعات البرلمانية خاصة فيما يتعلق بسرعة اصدارها على عكس القوانين التي تصدر عن المجلس التشريعي التي تتسم بالبطء، وما يرافقها من مناورات حزبية، على الرغم من أن هذه التشريعات لا يمكن اصدارها في حال انعقاد المجلس التشريعي⁽³⁾.

ويستخلص الباحثان مما سبق أن الفكرة التي تقوم عليها حالة الضرورة هي تركيز الاختصاصات التشريعية - بالإضافة لاختصاصاته الطبيعية التي منحها له القانون- بيد شخص معين أو هيئة أو جهاز معين، وتأتي هذه الضرورة من دوافع تركيز هذه السلطات بيد الشخص أو الجهاز، ولا يكون ذلك إلا بموجب تشريع دستوري، وكما ان لمثل هذه القوانين مبرر يتمثل في مواجهة حالة طارئة او ظرف استثنائي.

ثانياً: شروط إصدار القرارات بقوانين في النظام الدستوري الفلسطيني :

يستند الرئيس في إصدار القرارات بقوانين إلى نص المادة (43) من القانون الأساسي، وقد حرص المشرع الدستوري الفلسطيني على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحويلها إلى سلطة تشريعية مطلقة، موففاً بذلك بين مقتضيات مبدأي المشروعية والفصل بين السلطات وبين اعتبارات الظروف الاستثنائية، فنجد أنه قد أحاطها بمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية وشروط تتعلق بالمعيار الزمني والمتعلق بالشروط الواجب توافرها قبل اصدار القرار بقانون⁽⁴⁾، ويمكن حصر الشروط الواجب توافرها لإصدار القرارات بقانون فيما يلي:

أولاً: الشروط الشكلية لإصدار القرارات بقوانين:

(1) طارق زاهي طوقان، مرجع سابق، ص5.

(2) زياد الكايد، القوانين المؤقتة في النظام القانوني الأردني، الجامعة الأردنية، عمان، 2000، ص9.

(3) محمد زياد اللحام، القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015، ص34.

(4) محمد زياد اللحام، مرجع سابق، ص41.

اشترط القانون الأساسي أن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار الانعقاد كشرط أساسي لإعمال نص المادة (43) منه وإصدار القرارات ووفقاً لنص المادة (16) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي يعقد المجلس بدعوة من رئيس السلطة الوطنية دورته العادية السنوية على فترتين مدة كل منهما أربعة أشهر تبدأ الأولى في الأسبوع الأول من شهر آذار (مارس) والثانية في الأسبوع الأول من شهر أيلول (سبتمبر)، أو في دورات غير عادية بدعوة من رئيسه بناء على طلب من مجلس الوزراء أو من ربع عدد أعضاء المجلس، فإذا لم يدع رئيس المجلس إلى مثل هذا الاجتماع يعتبر الاجتماع منعقد حكماً بالمكان والزمان المحددين في طلب أعضائه أو طلب مجلس الوزراء⁽¹⁾، والشروط الشكلية هنا تتمثل في:

1. توافر حالة الضرورة التي لا تحتل التأخير:

تطلب القانون الأساسي لإصدار القرارات بقوانين قيام حالة ضرورة التي تستدعي الإسراع في معالجة تشريعية لمواجهةها بحيث لا يمكن تأخيرها، إلا أنه لم يأت على تفصيلها أو حتى ذكر موجباتها.

وحسناً فعل المشرع الفلسطيني إذ لم يحصر موجبات الاستعجال في حالات معينة، فليس من اليسير وضع معيار أو تعريف دقيق للطرف الاستثنائي، لأن الواقعة لا تعد ظرفاً استثنائياً إلا في ضوء ما يحيط بها من ظروف زمانية ومكانية، فما قد يعد ظرفاً استثنائياً في أحوال وظروف معينة، قد لا يعد كذلك في حالات وظروف أخرى، وإزاء ذلك تكون القواعد العامة هي المرجع في تحديد موجبات الاستعجال.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: "ما ذهب إليه المدعى من أن رئيس الجمهورية أصدر القانون رقم 120 لسنة 1962 دون أن تكون هناك ضرورة ملحة لإصداره في غيبة مجلس الأمة، مردود بأن تقدير قيام الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت، وإنما يتغير بتغير الظروف فما يعتبر ضرورة في وقت من الأوقات قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر"⁽²⁾.

وتقدير قيام حالة الضرورة في التشريع الفلسطيني متروك للسلطة التنفيذية تحت رقابة البرلمان والقضاء، على أساس أنها القائمة في هذه الأحوال والمشرفة على الموقف في غيبة البرلمان، وإلى هذا المعنى أشار القانون الأساسي الفلسطيني، فقد عبر عن ذلك بلفظ (لرئيس السلطة الوطنية).

2. أن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار الانعقاد:

لا تكفي موجبات الاستعجال لإتاحة الفرصة أمام رئيس السلطة الوطنية للتدخل عن طريق القرارات بقوانين، بل لا بد من أن تحدث موجبات الاستعجال هذه في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع.

(1) النظام الداخلي للمجلس التشريعي، مادة (16).

(2) أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 192.

وعبر المشرع الدستوري عن هذا القيد بصيغة: "في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي"، وذلك بخلاف ما نصت عليه المادة (147) من الدستور المصري لسنة 1971 التي عبرت عن هذا القيد بصيغة: "في غيبة مجلس الشعب"، لتشمل هذه الأخيرة أربعة حالات معروفة في الدستور المصري وهي: فترة ما بين أدوار الانعقاد، وفترة ما بين الفصلين التشريعيين، وفترة وقف جلسات مجلس الشعب، وفترة حل المجلس⁽¹⁾.

وقد ورد في النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني وفقاً للمادة (16) منه بأنه: "يعقد المجلس بدعوة من رئيس السلطة الوطنية دورته العادية السنوية على فترتين مدة كل منهما أربعة أشهر تبدأ الأولى في الأسبوع الأول من شهر آذار والثانية في الأسبوع الأول من شهر أيلول، أو في دورات غير عادية بدعوة من رئيسه بناء على طلب من مجلس الوزراء أو من ربع عدد أعضاء المجلس، فإذا لم يُدع رئيس المجلس إلى مثل هذا الاجتماع يعتبر الاجتماع منعقداً حكماً بالمكان والزمان المحددين في طلب أعضائه أو طلب مجلس الوزراء".

ثانياً: الشروط الموضوعية لإصدار القرارات بقوانين:

لا يكفي أن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاده حتى يستطيع رئيس السلطة الوطنية إصدار القرارات بقوانين، وبحسب المادة (43) من القانون الأساسي المعدل، بل هناك شروط يجب توافرها ليمارس رئيس السلطة الوطنية بإصدار قرارات بقوة القانون.

1. تعلق القرارات بقوانين بظروف الاستعجال وبالقدر الضروري لمواجهتها: ويعني هذا الشرط بأنه يجب أن تكون القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس السلطة الوطنية ذات علاقة بالظرف الاستثنائي محل الضرورة ومتصلة به اتصالاً مباشراً وبالقدر الضروري واللازم لمواجهة الأزمة وذلك طبقاً للأصول المعروفة التي تقضي بأن الضرورة تقدر بقدرها⁽²⁾.

وأساس هذا الشرط أو القيد ما جاء في المادة (47) من الدستور الفلسطيني "...التي لا تحتل التأخير" عقب "...في حالات الضرورة"، حيث لا يجوز للسلطة التنفيذية التذرع بالظروف الاستثنائية القائمة لتجاوز الحاجة والاعتداء على الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية على نحو لا تبرره الضرورة ولا تستدعيه الظروف الاستثنائية. ويتعلق هذا القيد بمحل القرارات بقوانين الذي ينبغي أن تكون له علاقة مباشرة بمواجهة الظروف الاستثنائية، بحيث لا يتناول موضوعات بعيدة أو غير متصلة بالظروف الاستثنائية، كما يتعلق هذا القيد أيضاً بالهدف من إصدار القرارات بقوانين، وهو المساهمة في مواجهة الظروف الاستثنائية وإلا كان القرار بقانون منطوياً على انحراف في استعمال السلطة⁽³⁾.

(1) أحمد مدحت علي، مرجع سابق ص 78.

(2) عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط 1، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1990، ص 37.

(3) سامي جمال الدين، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 85.

أما المشرع المصري فقد بسط مجلس الدولة رقابته على هذا الشرط في لوائح الضرورة حيث ألغى العديد من القرارات بقوانين لم يكن هناك من الظروف الاستثنائية التي لا تحتل التأخير ما يبرر إصدارها دون انتظار انعقاد مجلس الشعب⁽¹⁾.

2. عرض القرارات بقوانين على المجلس التشريعي: كون أن القرارات بقوانين تصدر من السلطة التنفيذية نيابة عن السلطة التشريعية بصفة مؤقتة واستثنائية فقد أوجب المشرع الفلسطيني عرضها على المجلس التشريعي صاحب الاختصاص الأصيل ليبيدي أريه بشأنها فيق رها أو يرفض الموافقة عليها. في حين أن البعض اعترض على وضع هذا الشرط ضمن أركان القرارات بقوانين مؤسساً اعتراضه على أن أركان الشيء هي ما يدخل في تكوينه، مما يُستبعد معه اعتبار العرض ركناً كونه أمر لاحق على تكوين القرار بقانون وصدوره⁽²⁾.

مما سبق يرى الباحثان وجوب عرض القرارات بقوانين على المجلس التشريعي واعتباره ركناً أساسياً فيها، من منطلق أن المشرع الدستوري الفلسطيني رتب على عدم عرضها زوال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعي، ومن ثم فإن مصير القرارات بقوانين مرهون بهذا العرض ليس لأجل الرقابة ولكن لأجل الاكتمال، وبذلك يغدو العرض مكوناً أساسياً لوجود القرار بقانون. وهذا الرأي للباحثان مردّه إلى أن بعض الفقهاء وضعوا شروطاً للمراسيم الرئاسية التي لها قوة القانون بقولهم: "أن تعقد الحكومة النية وهي تصدر هذه اللوائح بأن تعرضها على البرلمان في أول اجتماع له لأخذ موافقته عليها، ذلك أن العرض على البرلمان هو الذي يكشف عن نية الحكومة وأنها عندما أصدرت اللوائح التشريعية لم يكن في نيّتها أن تجور على الاختصاص التشريعي ولكنها لجأت إلى إصدارها تحت ضغط الضرورة لتواجه الظروف الاستثنائية التي وجدت فيها البلاد"⁽³⁾.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للقرارات بقانون:

لما كانت الأعمال التي تصدر عن السلطات المختلفة في الدولة تنوع إلى أعمال تشريعية وأعمال إدارية وأعمال قضائية ويتربط على التفرقة بينها آثاراً قانونية مهمة، فقد ثار خلاف بشأن الطبيعة القانونية للقرارات بقوانين، فظهر هناك اتجاهين فقهيّين، فمنهم من اعتبرها قرارات إدارية تنظيمية، وهناك من اعتبرها قرارات إدارية لها قوة القانوني، وسنأتي بالتفصيل لكل اتجاه أسانيد، كما يلي:

الاتجاه الأول: اعتبار القرارات بقوانين قرارات إدارية تنظيمية:

يرى غالبية الفقه أن القرارات بقوانين أو "لوائح الضرورة" قبل إقرارها من قبل السلطة التشريعية تتصف بالطبيعة اللائحية (قرار إداري تنظيمي) غير أنها تتمتع بقوة القانون، فإذا ما عرضت على السلطة التشريعية وأقرتها على النحو

(1) المرجع السابق نفسه، ص 86.

(2) زياد الكايد، مرجع سابق، ص 84.

(3) شفيق إمام، تشريعات الضرورة في غياب البرلمان، دراسة مقارنة، (دن)، القاهرة، 2005، ص 108.

الوارد في الدستور فإنها تتحول إلى قوانين وتصبح في حكمها، وبالتالي لا يجوز الطعن ضدها بالإلغاء أمام القضاء الإداري، بعد أن كان ذلك جائزاً قبل إقرارها إذ كانت خلال تلك الفترة قراراً إدارياً يخضع لرقابة الإلغاء⁽¹⁾.

2- اعتبار القرارات بقوانين قرارات إدارية لها قوة القانون:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن لوائح الضرورة ما هي إلا قرارات إدارية لها قوة القانون، ولا يغير من ذلك إقرارها من قبل السلطة التشريعية حيث تبقى من الناحية الشكلية قراراً إدارياً، وبرروا ذلك بقولهم أن الطبيعة الإدارية للقرارات بقوانين تستفيد من صياغة عبارة (لها قوة القانون) والتي تدل على أن هذه القرارات وإن كان لها قوة القوانين إلا أنها ليست بقانون، فالدستور لم يشأ أن يعتبرها قانوناً ولم يسحب عليها طبيعته وإن كان أضفى عليها قوته⁽²⁾.

واستدلوا على ذلك بحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ 1991/12/7 الذي جاء فيه: "أن القرارات بقوانين التي تصدر عن رئيس الجمهورية إعمالاً لسلطاته الدستورية المنصوص عليها في المادتين (108، 147) من الدستور لها بصريح نصها قوة القانون، ومن ثم فإنها تتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون، بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لأحكام القانون"⁽³⁾.

وعليه يرى الباحثان بأنه على الرغم من أهمية ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول باعتبار القرارات بقوانين هي قرارات إدارية تنظيمية لاسيما في الحفاظ على المراكز القانونية التي قد تنشأ هذا القرارات، بما يوفر لها حماية أكثر بإضفاء صفة القانون عليها، إلا أنه لا يوجد سند قانوني لما ذهبوا إليه، في حين أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني باعتبار القرارات بقوانين هي قرارات إدارية لها قوة القانون هو الاتجاه الصحيح، وذلك انطلاقاً من أن المشرع الدستوري الفلسطيني تعرض في المادة (43) من القانون الأساسي للأثر المترتب في حالة عدم إقرار المجلس التشريعي للقرارات بقوانين حيث رتب على ذلك زوال ما يكون لها من قوة القانون، ولم يتطرق إلى الآثار المترتبة في حالة إقرار المجلس التشريعي لهذه القرارات، وفي ذلك إشارة واضحة إلى أنه لم يرغب في أن يغير من الطبيعة الإدارية لهذه القرارات، ولو أراد ذلك لنص عليه صراحةً وإنما أراد أن يستصحب الحال فيبقى على هذه اللوائح وصفها القانوني.

المبحث الثاني: المحكمة الدستورية ورقابتها على القرارات بقانون

إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين إحدى الوسائل الفنية الحديثة والضرورة اللازمة لضمان حسن نفاذ القواعد الدستورية، خصوصاً في ظل ضعف الثقة في قدرة الرقابة السياسية على تحقيق هذا الهدف، ولقد منحت بعض الدساتير القضاء الحق في التحري والتحقق من مدى مخالفة القوانين للدستور، وذلك من أجل إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها، ويفترض ذلك وجود دولة قانون لها دستور بالمعنى الموضوعي، وأن يكون هذا الدستور بنفس

(1) زياد الكايد، مرجع سابق، ص 13. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص 524.

(2) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 97، انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (28) لسنة (2) قضائية دستورية، جلسة 04/05/1985.

(3) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 276.

الطريقة التي تصدر وتعدل بها القوانين العادية، وعلى هذا فإن الرقابة على دستورية القوانين تثور عندما يتطلب تعديل الدستور اشكالياً وإجراءات تختلف الإشكال والإجراءات التي يتم بها وضع وتعديل القوانين العادية⁽¹⁾.

وهذه الرقابة لا بد لها من محكمة خاصة متخصصة لتطبيقها، وضمان تحقيق الغاية المرجوة من هذه الرقابة، وفي التشريعات الفلسطينية فقد نصت المادة (103) من القانون الأساسي المعدل على إنشاء محكمة دستورية عليا، وحدد جزء من اختصاصاتها ووضع قانون خاص بها، وسنتناول في هذا المبحث المحكمة الدستورية العليا وتنظيمها القانوني (مطلب أول)، والرقابة القضائية على دستورية القوانين (مطلب ثاني).

المطلب الأول: المحكمة الدستورية وتنظيمها القانوني

نظراً للحالة الفلسطينية والتي مرت خلال القرن الماضي في عدة مراحل ادارية تناوبت على إدارة شؤونها السياسية والاجتماعية والقانونية، فقد صدرت خلال تلك الحقب عدة دساتير تنظم الحياة الدستورية في فلسطين ابتداء من مرسوم دستور فلسطين 1922م خلال الانتداب البريطاني، مروراً بالدستور الأردني لسنة 1952م الذي كان معمولاً به في الضفة الغربية منذ انتهاء الانتداب البريطاني وضم الضفة الغربية إلى الضفة الشرقية لنهر الأردن عام 1948م والقانون الأساسي لقطاع غزة لسنة 1955م والنظام الدستوري لقطاع غزة لسنة 1962م اللذين كان معمولاً بهما في قطاع غزة بعد أن خضع قطاع غزة لإدارة الحكومة المصرية منذ عام 1948م بتكليف من جامعة الدول العربية، ومن ثم القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2002م الذي أقره المجلس التشريعي الفلسطيني بعد ثماني سنوات من إنشاء السلطة الوطنية الفلسطينية أراضي قطاع غزة وجزء من أراضي الضفة الغربية، بموجب اتفاقية أوسلو، ومن ثم مرحلة المحكمة الدستورية الفلسطينية بموجب قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006⁽²⁾، على الرغم من عدم إنشاء تلك المحكمة حيث بقيت صلاحياتها في يد المحكمة العليا بصفتها الدستورية.

أولاً: إنشاء المحكمة وقضاتها:

لقد نص القانون الأساسي لسنة 2002 في المادة (94) والتي تقابلها المادة (103) في تعديل عام 2003، وكما نص عليها قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، وقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001⁽³⁾.

ويعود تأسيس المحكمة الدستورية العليا إلى القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، وتمت المصادقة على قانون المحكمة الدستورية وإقراره بتاريخ 2006/02/17، وحمل اسم قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 المنشور في الجريدة الرسمية عدد (62)، وأصدر رئيس دولة فلسطين مرسوماً رئاسياً رقم (57) لسنة 2016 بشأن تشكيل المحكمة

⁽¹⁾ فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية العليا في مشروع القانون الخاص بها، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2005، ص.6.

⁽²⁾ ضياء الدين المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأقصى، غزة، 2014، ص.53.

⁽³⁾ نصت المادة (6) من قانون السلطة القضائية على (تتكون المحاكم الفلسطينية من: ... ثانياً: المحكمة الدستورية العليا وينظمها القانون...). فيما نصت المادة (83) من ذات القانون على (تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها ما لم تكن داخلية في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة) وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (37) من قانون تشكيل المحاكم النظامية..

الدستورية العليا، والذي بموجبه تشكلت أول هيئة قضائية مستقلة غير قابلة للعزل، تمارس اختصاصاتها بموجب قانون رقم (3) لسنة 2006 هادفة إلى سمو القانون الأساسي والتدرج القانوني لإرساء قواعد دولة القانون، وكما جرى تعديل على قانون المحكمة الدستورية مرتين الأولى بموجب قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 والثانية بالقرار بقانون رقم (7) لسنة 2019⁽¹⁾.

وتنص المادة 1 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على أنه: المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة مقرها الدائم مدينة القدس... وبهذا، تؤكد عبارة هيئة قضائية مستقلة على أن المحكمة لا تعتبر جزءاً من التنظيم القضائي العادي، وإنما هي هيئة مستقلة عنه⁽²⁾. وبتجاوب هذا الحكم مع ما جاءت به المادة 6 من قانون السلطة القضائية التي تنص على أن تتكون المحاكم الفلسطينية من: "أولاً، المحاكم الشرعية والدينية وينظمها القانون، ثانياً، المحكمة الدستورية العليا وينظمها القانون ثالثاً، المحاكم النظامية"⁽³⁾.

وينسجم هذا النص مع المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر، والتي نصت على أن المحكمة الدستورية هيئة مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، وكذلك الحال بخصوص قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 الأردني.

كما يستفاد من جملة هيئة مستقلة أنها تتكون من قضاة لا يدخل في تكوينها العنصر السياسي، ولا يعني أن يقتصر تشكيلها على القضاة العاملين في السلطة القضائية، بل يمكن أن يتسع ليشمل كل من تتوفر فيه الشروط الخاصة بتولي القضاء من قضاة سابقين وفقهاء القانون ومن يحملون رتبة الاستاذية في القانون وكبار المحامين⁽⁴⁾.

ثانياً تكوين المحكمة:

لقد اتبع في تكوين المحاكم الدستورية منهجين، فالمنهج الأول يحدد عدد أعضاء المحكمة وطريقة اختيارهم، والمنهج الآخر لا يحدد عدد أعضائها، فعلي سبيل المثال فإن الدستور الإيطالي حدد عدد أعضاء المحكمة بخمسة عشر قاضي، يتم اختيار ثلثهم من قبل رئيس الدولة، والثلث الثاني من قبل البرلمان والثالث الأخير يتم اختيارهم من المحكمة العليا العادية والإدارية العليا⁽⁵⁾.

وقد أخذ المشرع الفلسطيني بالمنهج الذي لا يحدد فيه عدد أعضاء المحكمة الدستورية في مشروع القانون الخاص بالمحكمة الدستورية العليا⁽⁶⁾، إلا أنه وبالاطلاع عن نص المادة الثانية من هذا القانون فقد نصت على أن تؤلف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضاة، أما بخصوص طريقة تعيينهم فقد حددت المادة الخامسة من ذات القانون على أن

(1) موقع المحكمة الدستورية العليا، تاريخ الزيارة: 2021/03/10، الساعة 12:43 ظهراً، (www.tssc.pna.ps).

(2) علي السيد باز، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعات المصرية، القاهرة، 1978، ص 651.

(3) فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق، ص 11.

(4) فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المصري ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار المقاد للطباعة، غزة، 2004، ص 30.

(5) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 578.

(6) فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص 12.

يتم التشكيل الأول للمحكمة بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل، وبعد ذلك يتم تعيين رئيس وقضاة المحكمة بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا، وفي التشكيل الأول توافق ما أورده المشرع الفلسطيني مع المشرع المصري وذلك في المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية المصري رقم 48 لسنة 1979، في حين لم يورد المشرع المصري نصاً بخصوص تعيين رئيس وقضاة المحكمة فيما بعد ذلك⁽¹⁾، في حين أن المشرع الأردني نص في قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 على أنه يعين رئيس وأعضاء هيئة المحكمة من قبل الملك، وقد اختلف المشرع الأردني في تحديد مدة ولاية قضاة المحكمة الدستورية، وهي ست سنوات غير قابلة للتجديد، وعلى أن يتم تعيين ثلاثة من قضاة المحكمة كل سنتين من تاريخ تعيين الأعضاء المذكورين أنفاً⁽²⁾.

وبهذا الصدد نرى أن المشرع الفلسطيني أخطأ عندما أوكل مسألة تعيين رئيس وقضاة المحكمة إلى رئيس السلطة على الرغم مما نص عليه أن هذا التعيين يكون بالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل، كون أن التشاور لا يعني الالتزامية وكان يتوجب أن يكون قرار التعيين من قبل الرئيس بتنسيب من إلى الجمعية العامة للمحكمة.

أما بخصوص انعقاد المحكمة فقد نصت المادة (2) من قانون المحكمة الدستورية العليا على: "تؤلف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضاة، وتنعقد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية".

ففي الوقت الذي اختلف فيه المشرع الفلسطيني مع المشرع المصري بخصوص عدد أعضاء المحكمة إلا أنهما اتفقا في النص على عدم قضاة في حالة انعقاد هيئة المحكمة كما هو واضح في النص أعلاه، في حين أن المشرع الأردني لم يورد عدداً معيناً لأعضاء المحكمة إلا أنه نص على أن تنعقد الهيئة من تسع قضاة، إلا في حالة تغيب أو تنحي عدد منهم فتنعقد من سبعة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بأغلبية خمسة أعضاء، وفي حال التساوي ترجع الجهة التي من ضمنها الرئيس أو نائبه⁽³⁾.

ثالثاً: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا:

لقد نص القانون الأساسي المعدل على اختصاصات المحكمة الدستورية وذلك بموجب المادة (103) منه، حيث جاء فيها: "تشكيل المحكمة الدستورية العليا 1. تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي..."

في حين أن قانون المحكمة الدستورية العليا أعطى لهذه المحكمة صلاحيات أكثر مما ورد في المادة (103) آنفة الذكر، حيث نصت المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية على: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1. الرقابة على دستورية

(1) نصت المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية المصري رقم 48 لسنة 1979 على: "يصدر أول تشكيل للمحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية ويتضمن تعيين رئيس المحكمة وأعضائها ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون المرافق بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء".

(2) المادة (2-1/5) من قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم 15 لسنة 2012.

(3) المادة (19) من قانون المحكمة الدستورية الأردني.

القوانين والأنظمة. 2. تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها. 3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي. 4. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها. 5. البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه".

ومما يلاحظ أن المشرع الدستوري الفلسطيني قد حدد في القانون الأساسي ان اختصاصات المحكمة الدستورية العليا على سبيل الحصر، وجسدها بالنظر في دستورية القوانين أو اللوائح أو النظم وغيرها، وتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، والفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وأعطى صلاحية للمشرع العادي إصدار قانون خاص للمحكمة ليبين طريقة تشكيلها والإجراءات الواجبة الإلتباع أمامها، والآثار المترتبة على أحكامها دون تخويله إضافة اختصاصات جديدة لها إلا أن المشرع لم يدعن لذلك الأمر، وقام بإضافة اختصاصات جديدة لها وهو الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، وكما أنه أضاف اختصاصات جديدين وهما تفسير القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها والبت في الطعن بفقدان رئيس السلطة لأهليته القانونية⁽¹⁾.

وبالنظر إلى صلاحيات المحكمة الدستورية بموجب قانونها الخاص بها نجد أنها أعطت صلاحيات لم يعطها المشرع المصري للمحكمة الدستورية المصرية، وكذلك المحكمة الدستورية الأردنية، حيث أن المشرع الفلسطيني أعطى صلاحيتين زيادة عن المشرع المصري هما تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها، والبت في الطعن بفقدان رئيس الدولة لأهليته القانونية، أما المشرع الأردني فقد حصر اختصاصات المحكمة باختصاصين فقط هما الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة وتفسير نصوص الدستور⁽²⁾.

رابعاً: طرق اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى:

لقد أوضحت المادة (27) طرق اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى، وبينت ان هناك ثلاث وسائل لهذا الاتصال وهي كما يلي:

أ. الدعوى الأصلية:

⁽¹⁾ عمر التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، 2010، ص73.

⁽²⁾ انظر: المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية المصري، والمادة (4) من قانون المحكمة الدستورية الأردني.

يقصد بالرقابة عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى الأصلية أن يرفع المتضرر من القانون المخالف للدستور دعوى أمام المحكمة المختصة، يطعن فيها مباشرة بالقانون المخالف للدستور دون الانتظار لتطبيقه عليه، وهي ما تعرف برقابة الإلغاء⁽¹⁾.

ويفترض هذا الأسلوب أن هناك دعوى منظورة أمام القضاء سواء كانت مدنية أو جنائية، فيدفع صاحب المصلحة بأن الدعوى أو النص المطبق عليه يستند إلى قانون غير دستوري، ويكون اختصاص المحكمة بفحص الدستورية في هذه الحالة متفرعاً عن الدعوى المنظورة أمامها، أي يثبت هذا الاختصاص بطريق عارض وليس بصفة أصلية⁽²⁾.

وقد ورد النص على الدعوى الأصلية كأسلوب من أساليب اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية في المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا رقم 3 لسنة 2006 والتي نصت على: (تولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون....)⁽³⁾.

ب. الرقابة عن طريق الامتناع:

وهي الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية، وتتولى السلطة القضائية تلك المهمة بوصفها سلطة مستقلة محايدة ذات اختصاصات قانونية، وتتشكل من عناصر قضائية خالصة، مهمتها مطابقة الأعمال القانونية للسلطات العامة في الدولة لقواعد الدستور وأحكامه، وذلك تأسيساً على أن طبيعة عمل القاضي ووظيفة القضاء تحتم عليه الالتزام بتطبيق جميع القواعد القانونية في البناء القانوني للدولة، فإذا ما وقع بين هذه القواعد أو بعضها تضارب أو تعارض، تعين على القاضي أن يلجأ إلى تدرج القواعد القانونية، لتطبيق القاعدة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية، وعلى ذلك لا يشترط الفقه الدستوري لمباشرة الرقابة على الدستورية بواسطة القضاء أن ينص الدستور عليها أو على تنظيمها بل على العكس فإنه يلزم للأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية بطريقة الامتناع عن تطبيق القواعد التشريعية أو اللائحة غير الدستورية بطريقة الامتناع عن تطبيق القواعد التشريعية أو اللائحة غير الدستورية، وإن هذا الأسلوب من الرقابة يجعل مهمة الرقابة على الدستورية من شأن جميع المحاكم القضائية على اختلاف أنواعها ودرجاتها في السلم القضائي⁽⁴⁾.

وفي هذه الطريقة القضائية لا ترفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم دستوريته، وإنما تثور مسألة دستورية قانون معين بطريقة فرعية أثناء نظر قضية أصلية معروضة أمام المحاكم، إن أن هذه الطريقة يفترض وجود دعوى

(1) اسامة دراج، مرجع سابق، ص 85.

(2) ضياء الدين المدھون، مرجع سابق، ص 101.

(3) نصت المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على: (تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة. 2- تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها. 3- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي. 4- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها. 5- البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه).

(4) نسرین طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (27)، العدد (1)، دمشق، 2011، ص 499.

أمام المحكمة سواء جنائية أو مدنية أو إدارية، وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع، ويقوم الخصم بالدفع بعدم دستورية ذلك القانون المطلوب تطبيقه عليه⁽¹⁾.

وقد منح المشرع الفلسطيني في المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 والمعدل بموجب القرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 محكمة الموضوع إذا استشعرت أثناء نظره نزاعاً معيناً عدم دستورية نص في تشريع معين ولازمياً في الفصل في النزاع المعروض عليها، مع عدم لجوء أحد الخصوم إلى الدفع بعدم دستوريته، يمكن للقاضي وقف النظر في الدعوى وحالتها للمحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الاصيل تجسيدا لمبدأ المشروعية، وذلك يعني أن محكمة الموضوع إذا رأت أثناء نظر الدعوى أن اللائحة أو القانون المعروض عليها لا يمكن الفصل فيه إلا إذا قضي أولاً في دستوريته بحسبان أن القضاء بعدم الدستورية هنا يعد مسألة أولية يتعين الفصل فيها أولاً قبل تطرق محكمة الموضوع للنظر في النزاع، فيتعين على المحكمة أن تقضي بوقف الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية- الدستورية- وإحالة القانون أو اللائحة إلى المحكمة الدستورية العليا بدون رسوم لتقضي سواء بدستوريته، أو بعد دستورية ما أحيل إليها⁽²⁾، ويجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة من محكمة الموضوع النص التشريعي المطعون فيه والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة فيه وإلا اعتبرت هذه الدعوى غير مقبولة لقصورها⁽³⁾، وإذا صدرت خالية من البيان الذي أوجبه المادة (28) فإن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة⁽⁴⁾.

ج. الرقابة بواسطة التصدي:

ويكون ذلك من قبل المحكمة الدستورية العليا لدستورية القوانين من تلقاء نفسها إذا رأت أثناء نظرها لدعوى معروضة أمامها نص يخالف الدستور، فلها أن تحكم في دستوريته أو عدمه وهذا ما نصت عليه المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006: (إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول).

ونجد أن المشرع الفلسطيني وفي الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية قد خالف المشرع المصري والذي لم يشر إلى هذا الدفع ولم يتبنى هذه الوسيلة للطعن بدستورية القوانين واكتفى بطريقة الاحالة والتصدي والدفع الفرعي⁽⁵⁾،

(1) محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 241.

(2) زيد الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2012، ص 52.

(3) نصت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على: (مضمون القرار الصادر بالإحالة أو لائحة الدعوى يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة. بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة)، نوار بدير، مرجع سابق، ص 14.

(4) زيد الكيلاني، مرجع سابق، ص 52.

(5) عبد الله اشتيتوي، الضمانات القانونية لنفاذ قواعد القانون الاساسي الفلسطيني، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص 105.

أما في رقابة الامتناع اتفق المشرع الفلسطيني والمصري على هذه الطريقة حيث نصت المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية المصري على ذات الأمر⁽¹⁾، في حين لم يأخذ المشرع الأردني بهذا النظام⁽²⁾.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على القرارات بقانون

تعد الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية من أهم الوسائل إن لم تكن أفضلها في حماية المشروعية، لما لها من تأثير بالغ وقرار حاسم في ظل الدولة القانونية التي تحترم سيادة مبدأ الشرعية سواء في ظل الظروف العادية أو الاستثنائية، وكما ذكرنا فإن القرارات بقانون هي التي تصدر في الظروف الاستثنائية، ويثور السؤال هنا حول إذا ما كانت الرقابة القضائية تشمل القرارات التي تصدر من الجهة التشريعية المختصة بإصدارها والتي تمر بمراحل عدة لحين صدورها، فهل تشمل تلك الرقابة القرارات بقانون والتي تصدر في ظروف استثنائية وبشكل مستعجل؟

وللإجابة هذا التساؤل فإننا سنقوم بدراسة هذه الرقابة من خلال البحث في الرقابة القضائية على دستورية القرارات بقوانين والرقابة القضائية على مشروعية القرارات بقوانين كالآتي:

أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القرارات بقوانين:

بيننا سابقاً بأن القرارات بقوانين لا يجب أن تخالف أحكام الدستور، وإنما أعطيت قوة القانون مراعاةً للظروف الاستثنائية التي صدرت فيها، وهذا جعلها خاضعة للرقابة الدستورية سواء قبل عرضها على البرلمان أم بعد عرضها عليه من قبل المحكمة الدستورية التي تملك التحقق من مدى احترام هذه اللوائح للشروط التي يتطلبها الدستور لإصدارها وأهمها توافر حالة الضرورة المبررة لإصدارها في غيبة البرلمان.

ولم يختلف الفقه حول اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القرارات بقوانين؛ فالمشرع الفلسطيني ووفقاً لأحكام قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، يقر بأن المحكمة الدستورية ينعقد اختصاصها بمجرد صدور القرار بقانون، قبل أن يحين موعد عرضها على المجلس التشريعي⁽³⁾.

إلا أن الفقه اختلف في نطاق هذه الرقابة والجوانب التي تضطلع بها، فيرى بعضهم أن حالة الضرورة الموجبة للتشريع الاستثنائي هي شرط سياسي وليس قانوني، وهي بذلك تدخل في نطاق العمل السياسي الذي ينفرد رئيس الدولة بتقديره تحت رقابة المجلس وحده، فإذا أقره المجلس فإنما يكون قد أقر أيضاً حالة الضرورة المبررة لإصداره، وهذا ما أقره

(1) نصت المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا على: (إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نصفي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية)، ونصت المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية المصري رقم 48 لسنة 1979 على: أ. إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نصفي قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية).

(2) نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل، معهد بيرزيت للدراسات القانونية، رام الله، 2017، ص 14.

(3) فتحي الوحيددي، القانون الدستوري والنظم الدستورية للسلطات الثلاث، دار المقداد للطباعة، غزة، 2010، ص 96.

القضاء الكويتي حيث نص عليه في الطعن الدستوري رقم 1982/2 الصادر بتاريخ 1982/6/28 عن المحكمة الدستورية في الكويت⁽¹⁾.

كما سار على هذا المبدأ القضاء المصري فترة من الزمن، ومن التطبيقات العملية للقضاء المصري بهذا الصدد:

1. حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 23 ديسمبر 1953 الذي جاء فيه: "أن قيام الضرورة الملحة لإصدار المراسيم بقوانين... أمر متروك للسلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة البرلمان، بحسب الظروف وليس هناك مقاييس منضبطة لقيام تلك الضرورة"⁽²⁾.

2. حكم المحكمة الدستورية العليا سنة في القضية رقم (11) لسنة (1 قضائية دستورية) الصادر بتاريخ 1972/4/1 الذي جاء فيه: "إن القرار بقانون المطعون عليه قد عرض على مجلس الأمة فأقره ومن ثم تكون السلطة التشريعية قد أقرت رئيس الجمهورية على قيام حالة الضرورة التي اقتضت إصداره، ولما كان تقدير حالة الضرورة لإصدار قرارات بقوانين عملاً بنص هذه المادة مردّه إلى السلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة السلطة التشريعية بحسب الظروف والملايسات القائمة في كل حالة، فإذا ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية وأقرته فلا معقب عليها فيما تراه بشأن قيام حالة الضرورة التي ألجأت السلطة التنفيذية إلى إصداره في غيبة السلطة التشريعية"⁽³⁾.

إلا أن غالبية الفقهاء يرون أنه وإن كان تقدير الضرورة متروك للسلطة التنفيذية إلا أن جعل هذا التقدير خاضعاً لرقابة السلطة التشريعية وحدها لا يكفي كضمان لالتزام السلطة التنفيذية بأحكام الدستور، لأن هذه الرقابة في أغلب الأحوال تكون متسمة بطابع سياسي، ومن ثم يفقد هذا الشرط مضمونه الحقيقي والحكمة الأساسية من تقريره، وهي تقييد السلطة التنفيذية دون أن تمارس هذا الاختصاص الخطير إلا إذا توافر شرط الضرورة الذي نص عليه الدستور⁽⁴⁾.

ولقد عدّل القضاء الدستوري في مصر إلى فرض رقابته على مدى توافر حالة الضرورة، ولم يكتف بذلك بل مد نطاقها لتقدير حالة الضرورة، حيث أكدت المحكمة الدستورية حكمها في القضية رقم 13 لسنة (11 قضائية دستورية) الصادر بتاريخ 1992/4/18، وكذلك حكمها في القضية (15) لسنة (18 قضائية دستورية) الصادر بتاريخ 1999/1/2، وكذلك في حكمها الصادر في القضية رقم (139) لسنة (5 قضائية دستورية) الصادر بتاريخ 1986/6/21 أن "توافر حالة الضرورة بضوابطها الموضوعية هي علة اختصاص السلطة التنفيذية باتخاذ التدابير العاجلة لمواجهة الأوضاع الطارئة والمباها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور لها،

(1) محمود صبيح، الرقابة على دستورية اللوائح، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 307.

(2) محمود صبيح، مرجع السابق، ص 312.

(3) محمود صبيح، مرجع السابق، ص 315.

(4) محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 443.

ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية وهي من طبيعة استثنائية إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جنوحها وانحرافها⁽¹⁾.

من الأحكام سالفه الذكر يتبين لنا بأن المحكمة الدستورية العليا قد أقرت لنفسها الحق في رقابة تقدير حالة الضرورة التي تبرر لرئيس الدولة استعمال رخصة التشريع الاستثنائي في غيبة مجلس الشعب، وتستهدي المحكمة في ذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون، وكذلك في المناقشات التي تدور في مجلس الشعب حوله والثابتة في مضبطة المجلس وتقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية وما إلى ذلك⁽²⁾.

أما بالنسبة للتشريع الفلسطيني فقد أثارت المراسيم التي يصدرها الرئيس محمود عباس في أعقاب الانقسام الفلسطيني وتوقف المجلس التشريعي عن العمل وإعلانه حالة الطوارئ جدلاً قانونياً واسعاً ولاسيما بشأن السلطات والصلاحيات التي يملكها أثناء حالة الطوارئ.

وانقسم فقهاء القانون بشأن دستورية هذه المراسيم والقرارات بقانون على رأيين:

الرأي الأول: ذهب إلى أن القرارات بقوانين والمراسيم الرئاسية التي تصدر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية إنها متوافقة مع أحكام القانون الأساسي المعدل ومستوفياً لشروطه الشكلية والموضوعية، حيث صدر عن رئيس السلطة الوطنية الذي يعتبر صاحب الاختصاص الأصيل والوحيد لإعلان حالة الطوارئ من الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية فقد تضمن المرسوم الأسباب التي دفعت رئيس السلطة الوطنية لإعلان حالة الطوارئ والتي منها العصيان المسلح الذي يعتبر ضمن الحالات التي نص عليها القانون الأساسي الفلسطيني لإعلان حالة الطوارئ⁽³⁾.

الرأي الثاني: ذهب إلى أن القرارات بقوانين والمراسيم الرئاسية التي تصدر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وإن كانت مستوفية لشروطها الشكلية التي نص عليها القانون الأساسي، إلا أنه استند من الناحية الموضوعية إلى سببين من الأسباب الواردة في البند الأول من المادة (110) من القانون الأساسي لإعلان حالة الطوارئ وهما: الحرب والعصيان المسلح؛ فالحرب من الأسباب الخارجية لإعلان حالة الطوارئ، في حين أن العصيان المسلح يشير إلى خروج الأهالي عن قوانين الدولة باستخدام السلاح⁽⁴⁾.

وترتبط آثار الرقابة القضائية على دستورية القرارات بقوانين بصفة أساسية بالحكم الصادر في الدعوى الدستورية وما يستتبع صدوره من آثار قانونية، وقد تبين موقف المشرعين من النص صراحة على تلك الآثار والنطاق الزمني لها، فمنهم من اكتفى بتحديدتها في القانون المنشئ للمحكمة الدستورية العليا كما هو الحال في كل من مصر وفلسطين، ومنهم من بينها في نصوص الدستور ذاته كما فعل المشرع الفلسطيني⁽⁵⁾.

(1) محمود صبيحي، مرجع سابق، ص 282-290.

(2) محمود صبيحي، مرجع سابق، ص 299.

(3) بشر صلاح العاوير، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، 2004، ص 9.

(4) ريناد عبد الله، الحقوق والحريات الأساسية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2009، ص 7.

(5) عمر التركماني، مرجع سابق، ص 7.

ويتضح ذلك من خلال نص المشرع الفلسطيني في الفقرتين الثانية والثالثة في المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية والذي جاء فيه: "2- إذا قررت المحكمة أن النص موضوع المراجعة مشوب كلياً أو جزئياً بعيب عدم الدستورية توضح ذلك بقرار معلل يرسم حدود عدم الدستورية، والنص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محظور التطبيق. 3- إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص محظورة التطبيق، ويقوم رئيس المحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء المقتضى القانوني اللازم".

أما المشرع المصري فقد حدد الآثار المترتبة على الأحكام الصادرة في دعاوى الدستورية ونطاقها الزمني فيما نص عليه في المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية رقم 48 لسنة 1979 والمعدل بالقرار بقانون رقم 168 لسنة 1998، حيث جاء فيها: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثراً مباشراً، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن..."⁽¹⁾.

وعلى الرغم من نص المشرع الفلسطيني صراحة على خضوع القرارات بقانونين للرقابة القضائية على دستورية القرارات بقوانين، إلا أن الفقهاء اختلفوا بشأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية تشريع بصورة عامة أو جزء منه إلى اتجاهين:

الأول: يرى أن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية تشريع أو نص ما يتمثل في تجريد القاعدة القانونية التي يحتويها هذا النص من خاصية الإلزام، الأمر الذي يفقدها ركناً من أركان صحتها ويؤدي بطبيعتها كقاعدة قانونية ملزمة مع بقاء النص التشريعي قائماً بغير مضمون قاعدي⁽²⁾.

الثاني: يرى أن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية تشريع معين يعني قضاء بطلان على اعتبار أن البطلان هو الجزء المترتب على مخالفة ذلك التشريع لأحكام الدستور، ومؤدا هذا إلغاء النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته⁽³⁾.

وقد تبني المشرع الفلسطيني الاتجاه الأول فرتب أثراً قانونياً واحداً على الحكم الصادر بعدم دستورية نص قانوني لمخالفته لأحكام القانون الأساسي، وهو حظر تطبيق ذلك التشريع دون إلغائه وذلك وفقاً لأحكام الفقرة (3) من المادة 41 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 حيث نصت على: "3- إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً

(1) محمود صبيح، مرجع سابق، ص 305.

(2) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2000، ص 339.

(3) عمر التركماني، مرجع سابق، ص 279.

بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص محظورة التطبيق، ويقوم رئيس المحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء المقتضى القانوني اللازم" وأتبع ذلك التزاماً على الجهة ذات الاختصاص بتعديل ذلك التشريع بما يتفق وأحكام القانون الأساسي تأكيداً على استمرار وجوده وذلك وفقاً لأحكام الفقرة (2) المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، حيث نصت على: "2- عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار جزئياً أو كلياً، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والقانون".

وفي هذا الصدد قضت محكمة العدل العليا في الدعوى رقم: 2018/379 بتاريخ 2018/11/29 بشأن الاعتراض على البدء بتطبيق القرار بقانون رقم 19 لسنة 2016 بشأن الضمان الاجتماعي "المحكمة الدستورية هي المحكمة ذات الاختصاص بالنظر في قانونية القوانين والأنظمة من حيث نصوصها وسريانها وأي أمر يتعلق بها وليست محكمة العدل العليا. وبما أن الاختصاص من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثره احد من الأطراف وبما أن محكمة العدل العليا ليست الجهة المختصة بنظر الطعون المقدمة ضد أي قانون أو نظام فتكون الدعوى غير مقبولة وهي مستوجبة الرد"⁽¹⁾.

وقد ذهب المشرع الفلسطيني إلى عدم التصريح عن تحديد النطاق الزمني لسريان الحكم بعدم الدستورية مكتفياً بما أورده في المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية حيث ذكر أن النص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محظور التطبيق.

من نص المادة سألقة الذكر يرى الباحثان بأن هذا النص يكشف عن قصور تشريعي بهذا الخصوص، وإزاء هذا القصور أن الأصل في الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا أنها تستهدف القوة الإلزامية للتشريع وينصرف أثرها إلى تاريخ إصداره فيمسي معه محظور التطبيق من ذلك التاريخ، ولا تنال من ذاتية التشريع والآثار والمراكز القانونية المكتسبة والمتربة عليه، بدلالة أن المشرع الفلسطيني حظر تطبيق النص غير الدستوري دون إبطاله أو إلغائه وأتبع ذلك التزاماً على الجهة ذات الاختصاص بتعديل ذلك التشريع بما يتفق وأحكام القانون الأساسي، في إشارة منه إلى الإبقاء على الآثار والمراكز القانونية التي رتبها التشريع المحكوم بعدم دستوريته.

أما المشرع المصري فقد ذهب إلى وجوب الاعتداد بالوجود الفعلي للنص المحكوم بعدم دستوريته وظهوره خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الإتيان، ففي هذا الصدد أكدت محكمة النقض المصرية "أن الحكم بعدم الدستورية لا ينفي أن هذا النص كان له وجود"⁽²⁾.

وظهر خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الإتيان، فانخدع به بعض الأفراد وباشروا تصرفاتهم على هذا الأساس فوقعوا في الغلط بحسن نية نتيجة لخطأ المشرع، وفي هذه

(1) حكم محكمة العدل العليا في الدعوى رقم: 2018/379 بتاريخ 2018/11/29، منشور على موقع المفتي <http://muqtafi.birzeit.edu>

(2) نقض مصري رقم (1160) لسنة (67 قضائية) بتاريخ 1999/10/4.

الحالة ينتج النص غير الدستوري أثراً عرضياً على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده، وهو واقع يتعين اعتباره عند تقييم هذه التصرفات تمهيداً لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور باعتباره وحده هو الواجب التطبيق⁽¹⁾.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته⁽²⁾؛ لأنه وبحسب حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية والذي جاء فيه "الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان"⁽³⁾.

وهذا ما سار عليه المشرع الفلسطيني بإلزام أثر القرارات التي لها قوة القانون لكافة الخصوم وجميع سلطات الدولة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية على أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

وفي هذا الصدد حكمت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في قضية رقم 7 لسنة (5 قضائية دستورية) في الطعن بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (16) من القرار بقانون رقم (9) لسنة 2018 م، بشأن محكمة الجنايات الكبرى أنه: "تكون أحكام هذه المحكمة وقراراتها نهائية غير قابلة للطعن وملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، أي أن لها حجية مطلقة في مواجهة الكافة من أي جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيها أو إعادته، ولا تقبل تأويلاً أو تعقيباً طرحها عليها من جديد، تكون الخصومة في الدعوى الماثلة غير مقبولة"⁽⁴⁾.

وكذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا بشأن الطعن بعدم دستورية الفقرة (3) من المادة (2) من القرار بقانون رقم (17) لسنة 2019 بشأن تشكيل مجلس قضاء أعلى انتقالي بأنه: القرار بقانون رقم 17 لسنة 2019، بشأن تشكيل مجلس قضاء أعلى انتقالي، حاز الدستورية والحجية المطلقة، وذلك بنص حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية، رقم 13 لسنة 4 قضائية في الطعن الدستوري رقم 17/2019 الصادر بتاريخ 04/09/2019، المنشور في الجريدة الرسمية في العدد 159 الملزم لسلطات الدولة والكافة، وطبقاً لنص المادة 41 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 م وتعديلاته، وكون الحكم المشار إليه أعلاه قد حاز حجية الأمر المقتضى به كونه حكماً نهائياً لا تعقيب عليه بما

(1) محمود صبيح، مرجع سابق، ص 655.

(2) محمود صبيح، مرجع سابق، ص 659.

(3) حكم المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم (136) لسنة 5 قضائية دستورية بتاريخ 1984/3/17.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في قضية رقم 7 لسنة (5 قضائية دستورية)، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد (173)، 2020/11/25، ص 168.

يتضمنه ذلك بعدم جواز إثارة المسألة الدستورية المحكوم فيها من جديد، وحيث أن المحكمة الدستورية العليا لا تملك صلاحية إعادة المحاكمة من جديد في النزاع نفسه أو إعادة النظر فيه لسبق الفصل فيه، قررت عدم قبول الطعن⁽¹⁾.

ثانياً: الرقابة القضائية على مشروعية القرارات بقوانين

ذكرنا سابقاً بأن هدف الرقابة الدستورية حماية الدستور وصيانتها من كل خروج عن أحكامه، سواء أكان هذا الخروج من قبل السلطة التشريعية أم من جانب السلطة التنفيذية، فقد وجب أن تقتصر على مخالفة القانون أو اللائحة للنص الدستوري فقط ولا تتعداه إلى غيره، ولذلك قيل أن القضاء الدستوري قضاء دستوري لا مشروعية، فولايته لا تمتد واختصاصه لا ينعقد إلا إذا كان مبنى الطعن على القانون أو اللائحة وجود عيب دستوري يتعلق بمدى اتفاق القانون أو اللائحة مع الدستور من عدمه⁽²⁾.

في حين تهدف رقابة المشروعية لحماية التشريع العادي من أي خروج على أحكامه ممن هو دونه في سلم الهرم التشريعي سواء كان قراراً تنظيمياً أم فردياً صادر عن السلطة التنفيذية، فإذا كان مبنى الطعن هو مخالفة التشريع العادي فإنه يخرج من نطاق الرقابة الدستورية ويدخل في نطاق رقابة المشروعية التي يختص بها القضاء الإداري.

وقد فرّق المشرع المصري بين الرقابة على مشروعية القرارات بقانون، وبين الرقابة على دستورية القرارات بقانون، حيث حكمت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: "القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه...، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشروعية إذا خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة"⁽³⁾.

وعليه فإن اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القرارات بقانون أو مشروعيتها، مرده كقاعدة عامة الرجوع إلى النص الذي خالفته اللائحة، فإن كان نصاً دستورياً كانت المخالفة دستورية، وينعقد بالتالي الاختصاص للقضاء الدستوري، وإن كان النص تشريعاً عادياً كانت المخالفة للمشروعية وينعقد الاختصاص بالتالي للقضاء الإداري⁽⁴⁾.

في حين رأى بعض الفقه ظل بأنه من الممكن أن يحصل ازدواجية بين أنماط الرقابة القضائية التي قد تتعرض لها القرارات بقانون، ففي الوقت الذي أوضح فيه البعض أن رقابة المحكمة الدستورية عليها تقتصر على الجوانب الدستورية فقط، يرى بعض آخر أن الأمر ليس بهذه البساطة حيث أن التفرقة بين رقابة المشروعية ورقابة الدستورية عند الرقابة على القرارات بقانون، وبالأخص أن عيب عدم المشروعية يشتمل على عيب عدم الدستورية، لأن عدم المشروعية كما يكون لمخالفة فإنه يكون أيضاً لمخالفة القواعد الدستورية، كما أن عدم الدستورية يعد من النتائج المترتبة على الإخلال بمبدأ المشروعية بمعناه العام⁽⁵⁾.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم 31 لسنة 4 قضائية دستورية، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد (164)، 2020/2/27، ص 66.

(2) محمود صبيح، مرجع سابق، ص 417.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (929) لسنة (3 قضائية عادية) بتاريخ 1985/7/12.

(4) محمود صبيح، مرجع سابق، ص 432.

(5) محمود صبيح، مرجع سابق، ص 418.

وعليه فإن الإدارة تملك إذا ما توفرت شروط حالة الضرورة الخروج على أحكام القوانين التي تلتزم بالخضوع لها واحترام قواعدها في الظروف العادية، فتوقفها وتعديلها وتلغيها، وما تتخذه من إجراءات وما تصدره من قرارات في هذا السبيل يكون مشروعاً بالقدر الذي تتطلبه الضرورة؛ فإذا ثبت أن الإدارة كانت تستطيع بصدد تصرف أو إجراء معين أن تتبع أحكام القوانين العادية، ولم تفعل كان هذا التصرف أو الإجراء باطلاً مع أنه اتخذ في ظل حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية السائدة في فترة معينة، في حين إذا كانت القرارات بقانون تخضع لرقابة المشروعية، فليس معنى ذلك أن يتم تسويتها بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية التي تصدر في الظروف العادية، فهي رقابة تأخذ بعين الاعتبار طبيعة الظروف الاستثنائية ومدى الحاجة إلى اتخاذ الإجراءات الاستثنائية⁽¹⁾.

وبالنسبة للمشرع الفلسطيني فقد جعل القواعد العامة هي الناطمة لإجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية ومحكمة العدل العليا بشأن الطعن في القرارات بقوانين وذلك على النحو المعمول به في الطعون الدستورية ودعوى الإلغاء، وذلك انطلاقاً من أحكام قانون المحكمة الدستورية رقم 4 لسنة 2005، وأحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، وعليه نخلص مما سبق بأن القرارات التي لها قوة القانون تبقى دائماً خاضعة لرقابة المشروعية إلى جانب رقابة الدستورية، سواء قبل عرضها على المجلس التشريعي أم بعد عرضها عليه وإقراره لها تأسيساً على طبيعتها الإدارية، ويكون للقاضي الإداري فحص جوانب الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية في اللائحة ليقرر مشروعيتها أو عدم مشروعيتها مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها هذه اللوائح.

(1) محمود حافظ، مرجع سابق، ص 130.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، له الشكر وله كل الثناء على ما منحنا من قوة وإصرار وعزيمة من أجل اتمام بحثنا هذا.

بعد الانتهاء من إعداد هذه الدراسة بتوفيق من الله وعونه، فإننا نسأله تعالى أن نكون قد وفقنا في هذا العمل، والذي حاولنا من خلاله تسليط الضوء على موضوع بالغ الأهمية، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بحياة المواطنين ومصالحهم، ويتصل اتصالاً كبيراً بحقوقهم وحررياتهم، لا سيما أن الغاية من التشريعات هي حفظ الأمن والنظام، والمحافظة على حقوق الأفراد، فمما كانت هذه التشريعات حديثة ومتطورة ومواكبة لمتطلبات التجديد والحدثة فإنها لا بد أن تتوافق مع النظام الأساسي لكل دولة والمتمثل في الدستور، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تخالف نصوص الدستور.

وتعتبر الحالة الفلسطينية حالة مختلفة عن سائر الأنظمة السياسية، بسبب ما مرّ عليها من أنظمة حكم مختلفة بداية من الحكم العثماني ومروراً بالانتداب البريطاني والنظام الأردني في الضفة والمصري في غزة، وانتهاءً بالاحتلال الإسرائيلي، فلم تعرف فلسطين نظاماً دستورياً متكاملًا إلا بعد انشاء السلطة الوطنية الفلسطينية، إلا أن ما مرت به من انتكاسة فيما يعرف بالانقسام الفلسطيني وتعطل المجلس التشريعي، مما شكل فراغاً تشريعياً، وبالتالي تؤول مسؤولية التشريع لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في حالات الضرورة، ومن الملاحظ أن رئيس السلطة استغل الفراغ بشكل مخالف لنص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل، فأوجد كثيراً من التشريعات، وعدّل على تشريعات موجودة مسبقاً، ومما يلاحظ على هذه التشريعات ضعف نصوصها ومخالفتها للدستور والمبادئ القانونية.

فكانت هذه الدراسة للبحث في مدى ضرورة اصدار مثل هذه التشريعات ومدى توافقها مع النظام الأساسي المعدل والمبادئ القانونية، ورقابة المحكمة الدستورية عليها.

النتائج:

1. يملك رئيس السلطة الوطنية استناداً إلى أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 مجموعة من الصلاحيات ذات الصلة بالعملية التشريعية، يمارسها في الظروف العادية أثناء انعقاد المجلس التشريعي.
2. كان هناك استغلالاً كبيراً لهذه الصلاحية من خلال اصدار عدد كبير من القرارات بقانون، حمل بعضها الصفة الإدارية والتنظيمية، وبعضها الصفة التجريبية والعقابية، وتجاوزت ذلك للمساس بالقوانين السيادية مثل قانون السلطة القضائية وقانون تشكيل المحاكم النظامية وانشاء محاكم ادارية.
3. لقد تميزت نصوص ومواد هذه القوانين بمخالفات دستورية صريحة، ولا سيما في مجال الحقوق والحرريات العامة.

4. إن القرارات بقانون تخضع شأنها لأي قانون للرقابة القضائية من خلال المحكمة الدستورية العليا.

5. كان هناك تأخير كبير من جانب النظام السياسي الفلسطيني في تفعيل القانون الخاص بالمحكمة الدستورية العليا.
6. إن إنشاء المحكمة الدستورية العليا بقانونها المعدل يحمل في طياته مخالفات دستورية، الأمر الذي نرى فيه أن انشاءها في ذلك الوقت كان لأهداف سياسية وليست قانونية.
7. تميزت قرارات المحكمة الدستورية العليا بالتناقض تارة والاستقرارية تارة أخرى.
8. كان القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية جريمة كبرى من خلال مساسه بالحقوق الدستورية مثل الحق في الحياة الخاصة والحق في التعبير عن الرأي.
9. كما أن القرارات بقانون الخاصة بالشأن القضائي أفضت إلى القضاء على مبدأ استقلالية القضاء، ومبدأ عزل القضاة خلافاً لقانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002.

التوصيات:

بعد الاطلاع على نتائج البحث فإننا نوصي بما يلي:

1. ضرورة تعديل نص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل لتبين حالات الضرورة بالتحديد وفي حالة عدم انعقاد المجلس التشريعي في دوراته المعتادة فقط، وعدم ترك أمر تقديرها لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.
2. ضرورة تعديل المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية بحيث يصبح تعيين قضاة المحكمة الدستورية مشتركاً بين السلطات الثلاث في الدولة وإلغاء الميزة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية في هذا الشأن.
3. ضرورة وقف اصدار القرارات بقانون الا في أضيق الحدود بحيث لا تشمل قوانين سيادية او تجرّمية أو عقابية.
4. ضرورة العمل انهاء الانقسام السياسي في الأراضي الفلسطينية والسرعة في إجراء الانتخابات التشريعية والرئاسية بأسرع وقت.
5. نوصي المجلس التشريعي القادم في حال انعقاده بعدم المصادقة على أي قرار بقانون يحمل الصفة التجريدية والعقابية أو ما يمس القوانين السيادية في الدولة.
6. دعوة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية لضرورة الغاء كافة هذه القوانين واعادة الحال لما كان عليه قبل الانقسام الفلسطيني.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب:

1. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، 2000.
2. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1960.
3. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
4. أسامة الدراج، الوسيط في القانون الدستوري والنظام الدستوري الفلسطيني، ط1، اصدار الكلية العصرية الجامعية، رام الله، 2017.
5. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018.
6. زياد الكايد، القوانين المؤقتة في النظام القانوني الأردني، الجامعة الأردنية، عمان، 2000.
7. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982.
8. سفيان عبدلي، ضمانات استقلال السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، بدون دار نشر، الجزائر 2011.
9. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
10. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.
11. شفيق إمام، تشريعات الضرورة في غياب البرلمان، دراسة مقارنة، (د.ن)، القاهرة، 2005.
12. طارق البشري، القضاء المصري بين الاستقلال والاحتواء، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2006.
13. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية مع المقارنة مع المبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
14. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ط1، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1990.
15. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، دراسة دستورية مقارنة بالأنظمة القضائية العربية والعالمية، المركز العربي للنشر والتوزيع، العراق، (د.س).
15. علي السيد باز، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعات المصرية، القاهرة، 1978.

16. فتحي الوحيد، القانون الدستوري والنظم الدستورية للسلطات الثلاث، دار المقداد للطباعة، غزة، 2010.
 17. فتحي الوحيد، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المصري ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار المقداد للطباعة، غزة، 2004.
 18. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1976.
 19. محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
 20. محمود حافظ، القضاء الإداري في الأردن، الجامعة الأردنية، عمان، 1987.
 21. محمود صبيح، الرقابة على دستورية اللوائح، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- ثانياً: مجلات علمية:
1. زياد العدوان، ليث نصراوي، دور المحكمة الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين الأردنية، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد (45)، عدد (4)، ملحق (4)، عمان، 2018.
 2. نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (27)، العدد (1)، دمشق، 2011.
- ثالثاً: رسائل ماجستير ودكتوراه:
1. بشر صلاح العاوير، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، 2004.
 2. ريناد عبد الله، الحقوق والحريات الأساسية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2009.
 3. زيد الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2012.
 4. ضياء الدين المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأقصى، غزة، 2014.
 5. عادل أحمد بوعركي، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة: دراسة مقارنة ما بين الأردن والكويت، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2010.

6. عبد الاله اشتيوي، الضمانات القانونية لنفاذ قواعد القانون الاساسي الفلسطيني، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018.
7. عمر التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، 2010.
8. فادي علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الاداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011.
9. محمد زياد اللحام، القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والآثار القانونية المترتبة عليها، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2015.

رابعاً: أبحاث وأوراق عمل:

1. تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير في 16 مايو 2011 الفقرة 84.
2. طارق زاهي طوقان، القرارات بقانون الصادرة عن الرئيس وفقاً لحالة الضرورة، دراسة قانونية مقدمة إلى مؤسسة مفتاح، رام الله، 2008.
3. فتحي الوحيددي، المحكمة الدستورية العليا في مشروع القانون الخاص بها، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2005.
4. مركز الميزان لحقوق الانسان، التشريعات الناشئة عن الانقسام الفلسطيني، ورقة موقف، مركز الميزان لحقوق الانسان، رام الله، 2017.
5. نوار بدير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل، معهد بيرزيت للدراسات القانونية، رام الله، 2017.
6. نوار بدير، عاصم خليل، حالة الضرورة، سلسلة اوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية، العدد (4)، بيرزيت، 2018.

خامساً: مقابلات شخصية:

1. مقابلة مع الدكتور علاء خلايلة، أستاذ القانون الجنائي في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الخليل؛ في مكتب العيادة القانونية لكلية الحقوق في جامعة الخليل، السبت 2021/04/24، الساعة 12:00 ظهراً.

سادساً: قوانين وتشريعات وأنظمة:

1. القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور في مجلة الوقائع، العدد (2) ممتاز، بتاريخ 2003/03/19، ص5.

2. قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002، المنشور في مجلة الوقائع، العدد (40)، بتاريخ 2002/05/18، ص 9.
 3. قانون المحكمة الدستورية الاردني رقم 15 لسنة 2012 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5161) بتاريخ 2012/06/07.
 4. قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979 المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1979/ 09/06.
 5. قرار بقانون رقم (10) لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية في العدد ممتاز (16) بتاريخ 2018/05/03.
 6. قرار بقانون رقم (39) لسنة 2020 بشأن تعديل قانون تشكيل المحاكم النظامية المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية في العدد ممتاز (22) بتاريخ 2020/01/11.
 7. قرار بقانون رقم (40) لسنة 2020 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية في العدد ممتاز (22) بتاريخ 2020/01/11.
 8. قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية في العدد ممتاز (22) بتاريخ 2020/01/11.
 9. النظام الداخلي للمجلس التشريعي المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (46)، بتاريخ 2003/07/16، ص 69.
- سابعاً: أحكام المحاكم:**

1. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (28) لسنة (2) قضائية دستورية، جلسة 1985/05/04.
2. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (136) لسنة 5 قضائية دستورية بتاريخ 1984/3/17.
3. حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في قضية رقم 7 لسنة (5 قضائية دستورية)، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد (173)، 2020/11/25، ص 168.
4. حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم 31 لسنة (4 قضائية دستورية)، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد (164)، 2020/2/27، ص 66.
5. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (929) لسنة (3 قضائية عادية) بتاريخ 1985/7/12.
6. حكم المحكمة الدستورية الطعن رقم (5) لسنة (2) قضائية المنشور في مجلة الوقائع، العدد (133)، بتاريخ 2017/5/29، ص 90.

7. حكم المحكمة الدستورية الطعن رقم (9) لسنة (2) قضائية المنشور في مجلة الوقائع، العدد (137)، بتاريخ 2017/10/15، ص73.
8. حكم المحكمة العليا بصفتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 2005/5، بتاريخ 2005/11/27.
9. حكم المحكمة الدستورية الطعن رقم (2/2015) المنشور في مجلة الوقائع، العدد (127)، بتاريخ 2016/12/04، ص36.
10. حكم المحكمة الدستورية الطعن رقم (05/2016) المنشور في مجلة الوقائع، العدد (12) ممتاز، بتاريخ 2016/09/26، ص10.
11. حكم المحكمة الدستورية رقم (7/2017) المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد (144) بتاريخ 2018/06/25.
12. حكم محكمة العدل العليا في الدعوى رقم 2018/379 بتاريخ 2018/11/29، منشور على موقع المفتي [/http://muqtafi.birzeit.edu](http://muqtafi.birzeit.edu)
13. حكم المحكمة الدستورية رقم 2019/17، الصادر بتاريخ 2019/9/4، منشور بالوقائع العدد 159 ص 107.
14. نقض مصري رقم (1160) لسنة (67 قضائية) بتاريخ 1999/10/4.

ثامناً: مراجع أجنبية:

1. Manuals.E.J.A. Paris, Hamon. M. Troper. G. Burdeaw. Droit Constitutional .f, 2001.

تاسعاً: مواقع الانترنت:

1. القاضي عبد الله غزلان، قراءة سريعة في القرارات بقانون 40 و 42 لسنة 2020، منشور على صفحته الشخصية على موقع (Facebook).
2. المحكمة الدستورية العليا على الرابط (www.tsc.pna.ps).
3. المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، موقع الكتروني www.pchrgaza.org.

إدارة مخاطر شركات التأمين التكافلي في فلسطين (دراسة حالة شركة التكافل الفلسطينية للتأمين)

Risk Management of Takaful Insurance In Palestine (practical study – Takaful company)

أ.سعدى محمود ارزىقات / منسق برنامج التأمين وإدارة المخاطر – كلية العلوم الادارية والمالية - جامعة فلسطين
الاهلية

معاذ راضى ثلجي / طالب سنة رابعة تخصص تأمين وإدارة المخاطر – جامعة فلسطين الاهلية

ملخص البحث

هدفت هذه الدراسة الى وصف صناعة التأمين التكافلي في فلسطين، ومن ثم محاولة تحديد محاور المخاطر التي تتعرض لها هذه الصناعة، وبالتحديد شركة التكافل الفلسطينية للتأمين كدراسة حالة، وقد تم ذلك من خلال تحديد أهم المحاور الرئيسية الخاصة بالمخاطر، ومن ثم التطرق الى المخاطر الفرعية التي تنبثق عنها، وقد تم الاستعانة بالاستبيان، لمعرفة مخاطر التأمين من وجهة نظر العاملين، على اعتبار أنهم يواجهون هذه المخاطر بشكل يومي، وقد توصلت الدراسة الى العديد من النتائج، كان من أهمها: تعاني شركة التكافل للتأمين في فلسطين مخاطر تتعلق بالجانب القانوني، إذ لا يوجد قانون منظم وخاص بأعمال التأمين التكافلي في فلسطين، كما لا يوجد تنسيق بين شركات التأمين الاسلامي في فلسطين، مما يجعل منها متنافسة فيما بينها، ناهيك عن تضارب في الفتوى الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية على صناعة التأمين التكافلي في فلسطين، كما أن شركة التكافل تواجه صعوبة في إعادة التأمين لدى شركات أخرى تجارية، بالإضافة الى أن معظم العاملين في شركة التكافل ليس لهم علاقة بتخصص التأمين التكافلي أو التأمين بشكل عام.

وقد أوصت الدراسة بعدة توصيات، كان من أهمها: العمل على إصدار قانون خاص بصناعة التأمين التكافلي في فلسطين، وأن تعمل شركة التكافل على الاهتمام بشكل أكبر بالعنصر البشري، من خلال عقد الدورات التدريبية لهم، كذلك إنشاء صندوق خاص يتم بالتبرع بمبلغ من الفائض التاميني كل عام، يخصص هذا الصندوق للمخاطر فقط، وضرورة توحيد الفتاوى الصادرة من الجهات المختصة بخصوص صناعة التأمين، مما له الاثر الكبير في نفوس المتعاملين.

الكلمات المفتاحية: التأمين التكافلي، مخاطر التأمين التكافلي، فلسطين.

Abstract

The study aims to describe the Takaful insurance industry in Palestine, and then try to identify the axes of risks to which this industry is exposed, specifically the Palestinian Takaful Insurance Company as a case study. It derives from it, and the questionnaire was used to know the risks of insurance from the workers' point of view, considering that they face these risks on a daily basis. The study reached many results, the most important of which were: The Takaful Insurance

Company in Palestine suffers from risks related to the legal aspect, as there is no law regulating the Takaful insurance business in Palestine, There is no coordination between Islamic insurance companies in Palestine, which makes them competitive among themselves, Inconsistency in the fatwa issued by the Sharia Supervisory Boards on the Takaful insurance industry in Palestine, The Takaful Company is facing difficulty in reinsurance with other commercial companies, Most of the employees of the Takaful Company have nothing to do with Takaful insurance or insurance in general.

The study recommended several recommendations, the most important of which are: must Working on the issuance of a law for the Takaful insurance industry in Palestine, The Takaful Company should pay more attention to the human element, by holding training courses for them, Establishing a special fund to donate an amount of the insurance surplus every year. This fund is allocated to risks only, Unifying the fatwas issued by the competent authorities regarding the insurance industry, which has a great impact on the hearts of dealers.

Key words : Takaful insurance, risks of Takaful insurance, Palestine.

توطئه

تواجه المؤسسات المالية على إختلافها العديد من المخاطر المالية والقانونية والشرعية، حيث أن ادارة المخاطر تعنى بإيجاد الوسائل والاستراتيجيات التي من شأنها مواجهة التحديات والطوارئ لتوفير المناخ الذي تسعى إليه الشركات المختلفة في توفير الاستدامة والنمو وتطوير صناعاتها المختلفة، لذلك فان تقليل مخاطر الاعمال التي من الممكن ان تتعرض لها منظمات الاعمال والشركات واداراتها هي في صميم التوجه الاستراتيجي الذي يعمل على تحفيز التفكير بالمستقبل والاستجابة للتغيرات التي تحصل في البيئة الخارجية وتحقيق التوازن.

يعد التأمين أحد أهم الوسائل لمواجهة المخاطر المتوقعة وذلك عن طريق تحويلها الى شركات التأمين التي تتمتع بالملاءة المالية اللازمة لمواجهة هذه المخاطر مقابل أقساط تترتب على الراغبين بالقيام بالتأمين، ناقلة بذلك عبأ الخطر من الفرد الى المجموعة حيث تسهم الأقساط المحصلة من جمهور المؤمنين لهم في مواجهة الاخطار التي قد يتعرض لها أحدهم أو مجموعهم، وبالرغم من أن شركات التأمين هي من أكثر الشركات التي تقوم بتطوير منتجاتها، والتي تسعى من خلالها الى الحد من المخاطر وتخفيفها على المؤسسات المختلفة إلا أنها هي الاخرى تتعرض لمجموعة من المخاطر التي تضعف من قدرتها على تحقيق أهدافها ومواصلتها أعمالها على النحو الذي يضمن لها التقدم والاستمرار في السوق.

إن قطاع صناعة التأمين التكافلي من القطاعات المهمة في التأمين والاقتصاد ككل، وذلك من خلال مساهمته في بث الطمأنينة والأمن للأفراد، وبالرغم من هذا النجاح إلا أن صناعة التأمين التكافلي لا زالت تواجه جملة من التحديات التي تقف أمام انتشار وتطور هذه الصناعة في البلدان الاسلامية ومنها فلسطين، حيث تم البدء بهذا النوع من التأمين في سبعينيات القرن الماضي، وقد تطلب إيجاد نوع من التأمين يوافق الشريعة الاسلامية التي تطبقها أنظمة الدول الإسلامية لسد احتياجات الأفراد الذين يرغبون بعقد تأمين يوافق مبادئ الشريعة الإسلامية مترافقة مع تأسيس البنوك الإسلامية، فتم تأسيس أول شركة تأمين تكافلي في السودان باسم شركة التأمين الإسلامية السودانية، وبعد ذلك أصبح هذا النظام

حيز التنفيذ في عدة دول إسلامية ليصل عدد الشركات التكافلية نحو 173 شركة تأمين إسلامية، وشهد سوق التأمين التكافلي توسعاً كبيراً في جميع أنحاء العالم مع معدل نمو يقدر ما بين 10%-35% سنوياً، مما دفع بكبرى شركات التأمين في العالم إلى الاهتمام بتقديم هذا النوع من الخدمات لما توفره من مناخ تأميني يقلل من المخاطر، ويعظم مصلحة جميع الأطراف المشاركة في العملية التأمينية، وفي فلسطين تم إنشاء أول شركة تأمين تعمل بنظام التأمين التكافلي في العام 2007م باسم (شركة التكافل الفلسطينية للتأمين)، ليتلوها إنشاء شركات تأمين أخرى وهي : شركة تمكين للتأمين عام 2017م، وعدة شركات من المتوقع أن تبدأ بالعمل مطلع العام القادم.

مشكلة البحث

تعاني شركات التأمين التكافلي في مختلف الدول من عدة مخاطر تتمثل في المخاطر الشرعية والقانونية ومخاطر السيولة والاكتتاب، والعديد من المخاطر التي تحد من قدرتها على التطور والنمو، والتي تحول دون أن يكون للتأمين التكافلي الدور المأمول في تطوير الصناعة المالية الإسلامية ومواكبة شركات التأمين التجارية التي تحتل الحصة السوقية الأكبر في تقديم الخدمات التأمينية، ومن هذا المنطلق تحاول هذه الدراسة الاجابة عن التساؤل التالي: هل تعاني شركة التكافل في فلسطين من مخاطر تحد من قدرتها على التطور والنمو، وما نوع هذه المخاطر، وكيف يمكن التغلب عليها.

أهداف البحث :

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على أهم المخاطر والتحديات التي تواجه شركة التأمين التكافلية في فلسطين، وبيان أهم أنواع هذه المخاطر، وذلك من أجل الوقوف عليها في محاولة لتحليلها وإيجاد الحلول المناسبة والتوصيات الفنية المناسبة لإدارة هذا النوع من المخاطر ، وكذلك دعم هذه الصناعة في فلسطين، والتي من المتوقع ان تلقى إقبالاً واسعاً خلال الاعوام القادمة.

أهميه البحث :

تنبع أهمية هذه الدراسة من خلال تسليط الضوء على أهميه صناعة التأمين التكافلي في فلسطين، واكتشاف المخاطر التي تواجهها، وكذلك بيان نتائج ما توصل اليه البحث في المخاطر التي تم استنتاجها، بالإضافة الى الوقوف على هذه المخاطر والخروج بنتائج وتوصيات من شأنها تقليل هذه المخاطر أو الحد منها من أجل الارتقاء بمستوى أعلى لصناعة التأمين التكافلي في فلسطين.

فرضيات البحث

1. تواجه شركة التكافل في فلسطين مخاطر قانونية.
2. تواجه شركات التكافل في فلسطين مخاطر شرعية .
3. تواجه شركات التكافل في فلسطين مخاطر تشغيلية .

منهج البحث :

تم اعتماد المنهج الوصفي والذي تم من خلاله استقراء المادة العلمية وجمعها وتوظيفها بما يخدم أغراض هذه الدراسة البحثية، وكذلك المنهج التحليلي والذي تم من خلاله معالجة هذه البيانات وتحليلها بما يحقق الأهداف المرجوة والموضوعة للدراسة، كما تم الاعتماد على الأسلوب الإحصائي في جمع وتحليل البيانات الخاصة بشركة التكافل الفلسطينية موضوع الدراسة في محاولة لتفسيرها والتعليق عليها، بالإضافة إلى أسلوب المقابلات الإدارية والتي تم استخدامها كمادة علمية تم الاستفادة منها في خدمة أغراض الدراسة.

الدراسات السابقة :

نتيجة قلة الدراسات السابقة في موضوع التأمين التكافلي في فلسطين، ولحدثة التجربة تم الإكتفاء بعدد قليل من الدراسات السابقة، لغرض تحقيق أهداف الدراسة، تم ترتيبها حسب الأهمية كما يلي :

1-دراسة عديلة خنوسة، وسليمان براضية 2013م بعنوان : إدارة مخاطر شركات التأمين التعاوني الإسلامي، وقد هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على ماهية التأمين الإسلامي والفرق بينه وبين التأمين التجاري، ومعرفة أبرز الأساليب لإدارة المخاطر في شركات التأمين الإسلامي، وقد خلصت إلى عدة نتائج من أهمها : أن شركات التأمين التعاوني الإسلامي تحتوي في جوهر عملياتها على العديد من المخاطر التي تمس مختلف شركات التأمين بمختلف أنواعها، فهناك مخاطر تنفرد بها حسب خصوصيتها، ومعظم هذه المخاطر ترتبط بالسيولة والملاءة المالية لمحفظة التأمين التعاوني الإسلامي، كما أن شركات التأمين التعاوني من غير الممكن أن تلجأ إلى شركات تقليدية للاستفادة من خدمات إعادة التأمين في دفع العجز عن دفع التعويضات، فينبغي عليها تأسيس شركات إعادة تأمين إسلامي إما برؤوس أموال مجتمعة من هذه الشركات أو بمساهمة البنوك الإسلامية، أو الرجوع إلى الطريقة التعاونية المبسطة لإعادة التأمين الإسلامي بأن تقوم كل شركة تأمين إسلامية بالتبرع بمبلغ تريد تغطية مخاطرها فيه ويوكل إدارة صندوق هذه التبرعات بإدارة مستأجرة. وقد أوصت الدراسة بعدة توصيات من أهمها : أن تلجأ شركة التأمين التعاوني إلى عدة أساليب لإدارة مخاطرها تتمثل في القرض الحسن كأداة لمواجهة العجز، واستخدام منتجات الفائض التأميني في تغذية الصناديق، واستخدام أسلوب يد الأمانة ويد الضمانة لإدارة المخاطر الخاصة بهذه الشركات.

2. دراسة نجاة شاكر محمود 2012م بعنوان : استراتيجية إدارة المخاطر في شركات التأمين التعاوني الإسلامي، وقد هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على مخاطر التأمين التعاوني، وكيفية إدارة هذه المخاطر من خلال إتباع استراتيجيات تساهم في رفع مستويات قدرة التأمين التكافلي على منافسة التأمين التقليدي، وبالتالي زيادة الطلب على خدماته والإقبال عليه، وقد خلصت إلى عدة نتائج من أهمها : أن التأمين التكافلي يقوم على المشاركة والتعاون بين كل الأطراف المشاركة، فبهيئته البسيطة دعت إليه الحاجة كصورة من صور التعاون على الخير، كما أن معظم المخاطر التي يواجهها التأمين التكافلي ترتبط بالسيولة والملاءة المالية لمحفظة التأمين التكافلي، وأن هذه المخاطر يعبر عنها عادة بعجز عن دفع كل التعويضات المطلوبة، إضافة إلى مجموعة من المخاطر الفرعية مثل مخاطر السمعة التجارية، ومخاطر التصفية، وقد

أوصت الدراسة بعدة توصيات من أهمها : مواجهة العجز في حال حصوله بالقيام بمجموعة من الأعمال التمويلية بغية توفير السيولة مثل المراجعات والتورق، وإعتماد إستراتيجية جديدة لإدارة المخاطر في مؤسسات التأمين التكافلي بما يضمن الحد من المخاطر التي تتعرض لها هذه الشركات.

3-دراسة أشرف محمد دواية 2016م بعنوان: رؤية استراتيجية لمواجهة تحديات التأمين التكافلي الإسلامي، هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على مفهوم التأمين التكافلي الإسلامي لاسيما مفهومه باعتباره نظاماً، وكذلك باعتباره عقداً، والتعرف على مقومات التأمين التكافلي الإسلامي وما يواجهه من تحديات وسبل مواجهتها، وقد خلصت الى عدة نتائج كان من أهمها : يحكم التأمين التكافلي الإسلامي أسس عامة تتمثل في التعاون، والغرر في التبرعات، وأسس خاصة تتمثل في الإلتزام بالتبرع، والوقف، وأن من أهم المقومات التي تفتح المجال أمام التأمين التكافلي الإسلامي للتطور والإنتشار هي الحاجة الفعلية والحقيقية إليه، والتي يمكن تلخيص أسبابها في نمو المصرفية الإسلامية بمعدلات متسارعة، وما يشهده العالم من تطور مستمر وعولمة في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية، ورغبة المسلمين في وجود بديل شرعي للتأمين التقليدي هجراً للمحرمات، والتوجه الملحوظ لعدد من شركات التأمين العالمية في الدول الغربية نحو التأمين وإعادة التأمين التكافلي الإسلامي، وقد أوصت الدراسة بعدة توصيات من أهمها : البعد عن الصورية في صناعة التأمين الإسلامي التكافلي، والاهتمام بالمعاني والمباني في تطبيقاته العملية، و تشجيع البحث العلمي.

خطة البحث :

المبحث الاول : إدارة مخاطر التأمين التكافلي

أولاً: ماهية التأمين التكافلي وإدارة المخاطر

ثانياً : أهمية إدارة المخاطر في شركات التأمين التكافلي ، وطرق المعالجة على المستوى النظري

المبحث الثاني : شركة التكافل الفلسطينية وتحديات التأمين التكافلي

أولاً: نبذة عن شركة التكافل الفلسطينية للتأمين

ثانياً : التحديات والمخاطر الخاصة بالتأمين التكافلي في فلسطين، وطرق المواجهة

المبحث الثالث : الدراسة الاحصائية

أولاً : مجتمع وعينة الدراسة

ثانياً : مناقشة وتحليل نتائج الدراسة

المبحث الاول : ادارة مخاطر التأمين التكافلي

أولاً: ماهية التأمين التكافلي وإدارة المخاطر

بدايةً يعرف التأمين التكافلي على أنه : عقد جماعي يقوم بموجبه كل مشترك بدفع مبلغ من المال على سبيل التبرع لتعويض الأضرار التي قد تصيب أيًا منهم عند تحقق الخطر المؤمن منه، ويسمى أيضاً بالاكنتاب وهو أن يجتمع عدة أشخاص معرضين لأخطار متشابهة ويدفع كل منهم اشتراكاً معيناً وتخصص هذه الاشتراكات لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه أي ضرر⁽¹⁾، حيث أن أي زيادة في الاشتراكات على ما صرف من تعويض كان للأعضاء حق إستردادها، وإذا نقصت قد يُطالب الأعضاء باشتراك إضافي لتغطية العجز، بحيث تدار الشركة بواسطة أعضائها فيكون كل واحد منهم مؤمناً ومؤمناً له .

وقد عرفه آخر بأنه : عقد تبرع بين مجموعة من الأشخاص للتعاون على تلافي الأخطار المبينة في العقد والاشتراك في تعويض الأضرار الفعلية التي قد تصيب أحد المشتركين والناجمة عن وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك وفقاً للقواعد التي ينص عليها نظام الشركة أو الشروط التي تتضمنها وثائق التأمين، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

وبهذا يمكن لنا استنتاج أن نظام التأمين التكافلي هو نظام يقوم على التعاون والتبرع لا الربح بين مجموعات أو أفراد يتعهدون على وجه التكافل بتعويض الأضرار التي تلحق بأي منهم عند تحقق الأخطار المتشابهة، وهؤلاء هم المساهمون في تحمل المخاطر التي قد تحدث في صالح المؤمن له الذي أصابه الخطر".

أما فيما يتعلق بمفهوم الخطر فيعرف على أنه : إمكانية حدوث شيء خطير أو غير مرغوب فيه، و في نفس الوقت يعني الشيء الذي يمكن أن يسبب الخطر أو الخسارة نفسها، وهي الحالة التي تتضمن احتمال الانحراف عن الطريق الذي يوصل إلى نتيجة متوقعة⁽³⁾.

كما يعرف أنه مقدار درجة التأكد الموجودة في قرار الاستثمار أو التمويل، ويقصد بلا تأكد عدم معرفة ما الذي سوف تؤول إليه الأمور في المستقبل⁽⁴⁾.

ترى شركات التأمين أن الخطر يتمثل في الفرق بين الخسائر المتوقعة والتي تم على أساسها حساب القسط التأميني الصافي، والخسائر الفعلية والتي تلتزم شركة التأمين بتعويضها لحملة وثائق التأمين الذي لحقت بهم الأخطار المؤمن ضدها.

أما بخصوص مفهوم مخاطر التأمين التكافلي الاسلامي

أ- مفهوم المخاطر :

تعرف المخاطر على انها : "الإشراف على الهلكة"⁽⁵⁾

(1) العيصي، محمد بن سعيد الهليل : الفرق بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون، أسبوط ، مصر، 2021م، ص7.

(2) عبد القادر بريس ، معمر حمدي : التحديات التي تواجه صناعة التأمين التكافلي الاسلامي، منشورات مكتبة نور الالكترونية، جامعة الشلف، الجزائر، 2011م، ص3.

(3) جمال، سعدي : دور هيئة التأمين في تقليل المخاطر المالية (دراسة حالة الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي في البويرة)، منشورات جامعة البويرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، الجزائر، 2017-2018م، ص47.

(4) مسعودي، عبد الهادي : إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية، الامكانات والتحديات، منشورات جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، 2015م، ص4.

(5) ابن منظور : لسان العرب، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، بيروت، لبنان، ص93.

ويعرفها اهل القانون على انها :احتمالية وقوع حادث مستقبلا او حلول اجل غير معين،خارج ارادة المتعاقدين ،قد يهلك الشيء بسببه او يحدث ضرر منه ⁽¹⁾.

ب- مفهوم مخاطر التأمين التكافلي

يعرفها احد الباحثين على انها : الحالة التي تتضمن احتمال عدم القدرة على تغطية الخسائر او احتمال الانحراف عن الاطار الشرعي للتأمين التكافلي ⁽²⁾.

ويعرفه باحث اخر على انه : الخسارة المادية والمعنوية المحتملة وعدم قدرة شركة التأمين التكافلي الإسلامي على تغطيتها في إطار شرعي للتأمين ⁽³⁾.

إذاً هو مزيج مركب من احتمال تحقق الحدث أو الخطر، وتتضمن جميع المهام والاهداف إمكانية عدم تحقق الحدث أو التقليل من نتائجه والتي قد تؤدي الى تحقق فرص إيجابية أو تهديدات للنجاح المرسوم.

ثانياً : أهمية ادارة المخاطر في شركات التأمين التكافلي ، وطرق المعالجة على المستوى النظري

يقصد بإدارة المخاطر بأنها : عملية إتخاذ القرار لمواجهه أي خطر من الاخطار التي يحتمل أن تتعرض لها منشآت الأعمال والأفراد الخاصة والعامة، من خلال التعرف على مسببات الخطر ، وتقييم نتائج تلك الاخطار اذا ما تحققت بصورة حوادث، ووضع أفضل السبل والادوات لمنع وقوع الخطر وتقليل نتائجه إن حدثت .

هذا وتعتمد شركات التأمين بعض الاجراءات لإدارة مخاطرها، منها :

1- التعرف على المخاطر التي يمكن حدوثها بهدف الحد منها او العمل على معالجتها حتى لا تتكرر أو تحدث نهائياً.

حيث أن إدارة الخطر عامل جيد للتعرف على جميع النواحي الايجابية والسلبية المتوقع حدوثها لكل العوامل التي قد تؤثر على الشركة في المستقبل، وبالتالي تحقق نسبة نجاح عالية وتقلص احتمالات الفشل للوصول الى الاهداف العامة للشركة.

2- العمل على تجميع وتحليل البيانات والمعلومات الاساسية سواءً داخل الشركة أو خارجها، وذلك لفهم المخاطر التي قد تواجه الشركة، ثم العمل على تصنيفها والتعرف على العلاقات فيما بينها لتسهيل عملية المعالجة وتجنب تلك المخاطر فيما بعد.

(6) القري ، محمد علي : مخاطر الائتمان في تمويل المصرف الاسلامي دراسة اقتصادية اسلامية، مجلة البنك الاسلامي للتنمية والبحوث جدة، ج 9، ع 1، المملكة العربية السعودية، 2002م، من ص 19-26.

(7) زياد العلوانة، رانيا : إدارة مخاطر التأمين التعاوني الاسلامي، الهيئة العالمية للاقتصاد والتمويل، منشورات المنتدى الثالث للتأمين التعاوني، 7\12\2011م، ص 624.

(8) عدليه خنوسه، وسليمان براضية : إدارة مخاطر شركات التأمين التعاوني الاسلامي، منشورات مركز أبحاث فقه المعاملات الاسلامية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، الجزائر ، 2013م، ص 68.

3- القدرة على تحديد مستوى الخطر عن طريق الوسائل العلمية لقياس مدى الخطر مما يؤدي الى توقع جيد عن كمية الخسائر التي يمكن حدوثها⁽¹⁾.

4- اختيار أحسن الوسائل للتصدي للمخاطر والتعامل معها بشكل منظم، ووضع الاستراتيجيات والبرامج لمواجهة المخاطر المحتملة.

5- المساهمة في نشر الوعي بأنواع المخاطر المتعددة التي قد تواجه الشركة وكيفية مواجهتها لهذه المخاطر.

وبالتالي تهدف أي مؤسسة من خلال إدارة المخاطر الى الاستمرار وضمان البقاء في المحيط ككيان عامل في الاقتصاد، وبذلك تكمن وظيفة إدارة المخاطر الى ضمان بلوغ المؤسسات هذه الاهداف، فاذا حدثت الخسائر عجزت المؤسسة عن تحقيق أهدافها، وتعمل إدارة المخاطر على مساندة هذه المؤسسات لإيجاد الاستراتيجيات والحلول من أجل معرفة هذه المخاطر وتحليلها وقياسها، من أجل التصدي لها ومحاولة تجنبها.

وبهذا يمكن لنا تلخيص أهمية ادارة الخطر في شركات التأمين التكافلي بما يلي :

1- معرفة المخاطر التي تتعرض لها هذه الشركات .

2- ايجاد الوسائل والادوات لمنع وقوع هذه الاخطار او التقليل من حدتها أو آثارها .

3- مساعدة هذه الشركات للنهوض بهذه الصناعة والتي تعتبر حديثة النشئة بالنسبة لشركات التأمين التجارية الغائرة الجذور .

4- تنظيم سوق التأمين التكافلي وتوحيد المبادئ والقوانين .

5- الاستفادة من خبرات الشركات الاخرى في مواجهة الاخطار التي تتشابه معها في التأمين التكافلي.

6- المحافظة على هذه الصناعة من الانهيار، من خلال إبتكار أدوات تتلائم مع طبيعة مخاطرها .

طرق معالجة مخاطر التأمين التكافلي على المستوى النظري

1- إنشاء صناديق خاصة بمواجهة المخاطر تعتمد على دراسة الجدوى لمعرفة الميزانيات التي سيتم وضعها من أجل مواجهة هذه المخاطر واجراء دراسات مقارنة بين الاصول لدى الشركة مع حجم المصاريف والمطالبات المتوقعة، ووضع حد أعلى للمديونية والتي يمكن أن تتقبلها الشركة، واحتفاظ الشركة بعدد عملات ونسب يوافق عليها مجلس الادارة⁽²⁾.

(9) حكيمة، عقون : إدارة مخاطر شركات التأمين (دراسة حالة الشركة الجزائرية للتأمين، رسالة ماجستير منشورة، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر، 2014 م، ص40.

(10) خنوسة، وبراضية : إدارة مخاطر شركات التأمين التعاوني الاسلامي، مرجع سابق، ص59.

2-تدعيم الدور التنافسي لشركات التأمين التكافلي الاسلامي في ظل عالم تسود فيه العولمة المالية والبقاء فيه للاقوى، وذلك من خلال زيادة رأس مال تلك الشركات، وتشجيع الاندماج فيما بينها، وحسن تسويق نفسها، وتعيين كفاءات بشرية تجمع بين المعرفة والخبرة الفنية والشرعية والأمانة المهنية.

3- يشترط في الاستثمارات التي تنبثق عن أعمال الصندوق أن تكون منسجمة مع أحكام الشريعة الاسلامية وأن تبتعد بشكل خاص عن الربا أو المحرمات، بالإضافة الى أن رأس مال المؤمن في شركة التأمين يجب أن يستثمر بطرق شرعية بعيداً عن الربا أو التجارة المحرمة⁽¹⁾.

4-الالتزام بالفكر التعاوني التأميني الذي بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن، حيث الجهاز التنفيذي ومسؤولية إدارة المشروع وتدريب الأهالي على مباشرة التأمين التعاوني وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية، فلا شك أن مشاركة الأهالي في الادارة تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التي يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يحقق بالتالي مصلحة لهم في انجاح التأمين، إذا أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل في المستقبل كما أن وقوعها قد يحملهم أقساط أكثر⁽²⁾.

5-تنمية أسواق التأمين وكفاءتها وفعاليتها، اذ انه يجب على المشرعين والمشرفين على صناعة التأمين وضع الاطار السليم لتنمية هذه الصناعة وضمان سلامتها ومعالجة الاثار التي تترتب عن تردي الاسواق وغيوبها، وذلك ليس فقط لمصلحة المستهلك وحده، وإنما أيضاً للاقتصاد برمته من خلال توفير نوع أفضل من الحماية لثروة البلد في الحاضر والمستقبل⁽³⁾.

المبحث الثاني : شركة التكافل الفلسطينية وتحديات التأمين التكافلي في فلسطين

أولاً: نبذه عن شركة التكافل الفلسطينية للتأمين

تعتبر شركة التكافل أحد شركات التأمين التي تعمل بنظام التأمين التكافلي في فلسطين، وقد تأسست عام 2007م، برأس مال قدره ثمانية ملايين وخمسمائة ألف دولار امريكي، وتقوم الشركة على توفير كافة خدمات التأمين التكافلي للمؤسسات والافراد من خلال إطار مؤسسي ملتزم بمفاهيم الحداثة وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية، ويحافظ على مصالح مشتركي صندوق التكافل والمستثمرين في رأس مال الشركة، وتقوم استراتيجية الشركة على تبني كامل لمبادئ التأمين التكافلي في اطار هوية مؤسسية ملتزمة بتلك المبادئ، وتعميق ونشر برامج ومميزات هذا النوع الجديد من التأمين في أوساط الجمهور المستهدف في سوق التأمين الفلسطيني عبر شبكة فروع ومكاتب ووكلاء تغطي كافة أنحاء فلسطين .

(11) بدار، صالح احمد : منشورات مؤتمر المصارف الاسلامية (الواقع...وتحديات المستقبل، منشورات نادي رجال الاعمال اليمنيين، صنعاء-الجمهورية العربية اليمنية، 2010م، ص40.

(12) داغي، علي محيي الدين القرّة : التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته، دراسة فقهية إقتصادية، منشورات الهيئة الاسلامية للاقتصاد والتمويل، الملتقى الدولي للتأمين الاسلامي، 20 يناير، 2009م، الرياض، المملكة العربية السعودية 2009م، ص57.

(13) محمود، نجاة شاكر : إستراتيجية إدارة المخاطر في شركات التأمين التعاوني الاسلامي، مجلة جامعة المدينة العالمية – العدد الرابع، كوالا لمبور، ماليزيا، سبتمبر 2012م، ص23.

هذا وقد تجلت أهداف الشركة في تقديم خدمات تعاونية بعيدة عن شبهات الغرر والربا، وبما يتحقق مع مصالح مشتركري صندوق التكافل، ومن هذه الخدمات : برنامج التأمين الصحي، وتأمين المركبات، التأمين العائلي، والتأمينات العامة بأنواعها (التأمين البري والبحري والجوي وتأمينات الممتلكات والسرقه والحرائق واططار المقاولون، وخيانة الأمانة⁽¹⁾).

ثانياً : التحديات والمخاطر الخاصة بالتأمين التكافلي في فلسطين، وطرق المواجهة

1 – المشروعية : يمثل الجدل الدائر حول مشروعية التأمين التكافلي الاسلامي من أهم التحديات التي قد تجعل من هذا التأمين يدور في دائرة مغلقة، خاصة في ظل استغلال أصحاب المصالح من شركات التأمين التقليدي بالبحث المقصود لهذا الجدل، وترديد نغمة أنه لا إختلاف بين التأمين التكافلي الاسلامي والتأمين التقليدي، وأن الفرق بينهما في الاسم لا الجوهر ، واستغلال الاختلافات الشرعية بين علماء الاسلام ما بين محرم أو مبيح للتأمين على اطلاقه، أو محرم للتأمين التكافلي دون التقليدي، فضلاً عن الاختلافات في التكييف الشرعي للتأمين التكافلي ذاته، وقد أثير بهذا الشأن بعض الاشكاليات الشرعية حول التكييف الشرعي للتأمين التكافلي الاسلامي على أساس الالتزام بالتبرع، أو الوقف، أو المضاربة ، وفيما يتعلق بالنظرة لتحقيق التبرع، أو العلاقة بين المستأمن والمدير، أو النظرة للفائض التأميني، وتكوين المخصصات والاحتياطات، وإعادة التأمين الذي يتم جزءا منه لدى شركات تأمين تقليدي تحت ضغط الضرورة أو الحاجة⁽²⁾.

2-إعادة التأمين : يعتبر موضوع إعادة التأمين العقبة الكبرى في مواجهة التطبيق التام للتكافل، الا ان هذه العقبة أخذت بالتلاشي أمام النمو المطرد لشركات التكافل مما دفع ذلك لإنشاء شركات إعادة تكافل ضخمة، ثم أن ارتفاع عدد شركات التكافل وظهور شركات إعادة التكافل دفع كبريات شركات الاعادة العالمية مثل: (سويس ري، هنوفر، كنفريوم)، لإنشاء نوافذ إعادة تكافل لتجذب حصتها من سوق التكافل⁽³⁾.

كما أن إعادة التأمين الخارجية لم تعد تشكل عقبة أمام صناعة التكافل إلا أن الاعادة الداخلية بقيت حتى الآن عقبة تحول دون تمام تطبيق التكافل، وهذا الامر يرجع الى عدة اسباب من أبرزها⁽⁴⁾:

أ-انخفاض عدد شركات التكافل على المستوى المحلي لبعض الدول، حيث أن انخفاض عدد شركات التكافل على المستوى المحلي لبعض البلدان قد أثر سلباً على تطبيق الاعادة الداخلية للتكافل، فبعض البلدان لا يوجد فيها سوى شركة تكافل واحدة وبعض البلاد فيها شركتان وهكذا، حيث أنه كلما زاد عدد شركات التكافل في البلد الواحد كانت نسبة الاعادة الداخلية (المحاصصة) التكافلية أعلى.

(14) الموقع الالكتروني : شركة التكافل الفلسطينية للتأمين : altakaful-ins.ps، 2021م.

(15) دواية، اشرف محمد : رؤية استراتيجية لمواجهة تحديات التأمين الاسلامي، مجلة التمويل والاقتصاد الاسلامي، (دع) جامعة اسطنبول صباح الدين زعيم، تركيا، 2016م، من ص 105-125.

(16)القضاة، موسى مصطفى موسى : التحديات التي تواجه صناعة التأمين التكافلي، منشورات جامع الكتب الاسلامية، المجلد رقم 1، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الثاني للمصارف والمؤسسات المالية، 2009م، ص 4-9.

(17)المرجع السابق، ص 3..

ب- غياب التعاون الفعلي بين شركات التكافل على المستوى المحلي لبعض الدول، وإبقاء جو المنافسة الداخلية بينها، عزز ذلك من سيطرة الشركات التجارية على صناعة التأمين .

3- الرقابة الشرعية¹⁸: لا تزال بعض هيئات الرقابة الشرعية في بعض المؤسسات المالية الإسلامية عبارة عن هيئات شكلية لا يظهر لها أي اثر على تلك المؤسسات، بل أن بعضها يكتفي بإصدار الفتاوى كما يحلو لمجالس إدارة تلك المؤسسات، كما أن ضعف التأهيل الفني والمهني لبعض الهيئات الشرعية إنعكس سلباً على قدرتها على إصدار الفتوى بشكلها الصحيح، فكما هو معلوم بان الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

كما ان التكييف الشرعي الصحيح للمسألة محل البحث هو احد أهم العناصر المؤثرة في صواب الفتوى، فضلاً عن عدم قدرة بعض الهيئات الشرعية على مراجعة وتحليل البيانات المالية للمؤسسات المالية .

أضف الى ذلك غياب انظمة الرقابة الشرعية، حيث لا تزال بعض المؤسسات المالية غير مهتمة بشكل أو بآخر من خلال ايجاد نظام للرقابة الشرعية يحدد بوضوح المعايير التي ينبغي على مختلف الدوائر والمؤسسات المالية إتباعها، وعدم تجاوزها او الاهتداء بها أحياناً، حيث أن وجود مثل هذه المعايير بشكل واضح ومعلن يسهل على الموظفين الالتزام بها، كما يسهل على هيئات الرقابة الشرعية في تلك المؤسسات متابعة تطبيقها .

4- التنافسية : حيث أن أقدمية شركات التأمين التجارية في التأسيس أثر بشكل كبير على قدرة شركات التعاوني على المنافسة، ناهيك عن ضالة رؤوس الاموال التي بدأت بها شركات التأمين التكافلية، بالإضافة الى الممارسات التأمينية الخاطئة في تسعير الاخطار ومعالجة الخسائر ، ومنافسة شركات التأمين التكافلية فيما بينها، قد أثر ذلك بشكل سلبي على تطورها ونموها، أو حتى قدرتها الى المنافسة للشركات الكبرى⁽²⁾.

5- الصعوبات التي تواجه تأهيل الموارد البشرية في شركات التأمين التكافلي: تواجه عملية تأهيل الموارد البشرية في شركات التأمين التكافلي عدة صعوبات نذكر أهمها فيما يلي⁽³⁾:

أ- عدم توفر الموارد البشرية التي يطلبها النشاط التأميني التكافلي والتي تجمع بين المعرفة الشرعية، والخبرة التأمينية التكافلية،

ب- عدم وجود معايير موحدة لتعيين وتأهيل الموارد البشرية في شركات التأمين التكافلي .

ج- قلة الخبرة بحقيقة المعاملات المالية الإسلامية، حيث أن معظم العاملين في شركات التأمين التكافلي هم أصحاب التكوين الاقتصادي والقانوني ولهم معرفة ضئيلة بقواعد الاقتصاد الإسلامي وفقه المعاملات المالية الإسلامية.

⁽¹⁸⁾ المرجع السابق نفسه، ص8.

⁽¹⁹⁾ صباغ، احمد محمد : الفرص والتحديات في صناعة التأمين التكافلي، بحث مقدم في منتدى الاستثمار والتمويل الاسلامي الاول للشرق الاوسط، الاردن ، 2010م، ص11.

⁽²⁰⁾ صليحة، فلاف : متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي، رسالة دكتوراة منشورة، جامعة حسنية بو علي - الشلف، الجزائر ، 2014-2015م، ص192.

د-عدم كفاية وملائمة البرامج التدريبية ودورات التأهيل للموارد البشرية العاملة بشركات التأمين التكافلي؛ ه-عدم وجود المؤسسات اللازمة لتأهيل العاملين بشركات التأمين التكافلي والتي تجمع بين التأهيل المهني والشرعي للمعاملات التي يتضمنها نشاط شركات التأمين التكافلي .

و-عدم الاهتمام بأنظمة تقييم أداء العاملين بشركات التأمين التكافلي مما ينتج عنه انخفاض مردودية المورد البشري وضعف قدرته على الابتكار، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض أداء شركات التأمين التكافلي .

6- الصعوبات التي تواجه تسويق الخدمات التأمينية التكافلية: تتمثل الصعوبات التي تواجه تسويق الخدمات التأمينية التكافلية فيما يلي (1):

أ- عدم وجود خدمات تلبي حاجات المجتمع وذلك بسبب افتقار روح الابتكار في صناعة التأمين التكافلي.

ب- النظرة السلبية من الجمهور المستهدف لخدمات التأمين، حيث يرون بأن أقساط التأمين عبارة عن عبء مالي يجب تجنبه وليس السعي له

ج- قلة الدراسات التي تهتم بموضوع التأمين التكافلي وكذلك عدم تناوله في الدوريات والمجلات العلمية والصحف اليومية وكافة أدوات وأجهزة الثقافة والإعلام

د- المنافسة الضارة بين شركات التأمين فيما يتعلق بسحب مشتركين بعضها البعض

المبحث الثالث : الدراسة الإحصائية

أولاً : مجتمع وعينة الدراسة

تكون مجتمع الدراسة من فئة الموظفين والمسؤولين في شركة التكافل الفلسطينية للتأمين في محافظتي بيت لحم والخليل، وعددهم 45 نموذج، بحيث تم توزيع الاستبيان بالتساوي بين الفروع، تم إسترداد 37 إستبيان منها ونسبة بلغت 82% وتعتبر هذه النسب كافية لتمثل عينة الدراسة، ويمكن الإعتماد عليها وتحليلها وتعميم نتائجها، بعد أن تم التأكد من تحقق الشروط الإحصائية اللازمة لذلك.

تكونت عينة الدراسة من مجموعة العاملين في المناصب الوظيفية ذات العلاقة بموضوع البحث، والذي بلغ مجموع أفرادها 45 شخص من مدير الى رئيس قسم أو موظف تقييم مخاطر وتعويضات أو باحث في مجال التأمين التكافلي، وقد تم اختيار أفراد عينة الدراسة بالطريقة القصدية من بين أفراد مجتمع الدراسة، حيث تم توزيع (50) استمارة وتم استرداد (37) منها، وعليه بلغت العينة (37).

(21) حامد حسن محمد، السيد : مسيرة التأمين التعاوني الإسلامي المشاكل والحلول، بحث مقدم الى الملتقى الثاني للتأمين التعاوني، الهيئة الإسلامية للاقتصاد والتمويل، 2010م، من ص38-39.

جدول رقم (1): المعلومات العامة

المتغير	مستويات المتغير	العدد (n=25)	النسبة %
الجنس	ذكر	14	56%
	أنثى	11	44%
العمر	أقل من 30 سنة	8	32%
	من 31 إلى 40	13	52%
	من 41 إلى 50	3	12%
	أكثر من 50	1	4%
المؤهل العلمي	بكالوريوس	14	56%
	ماجستير	5	20%
	دكتوراه	2	8%
	غير ذلك	3	12%
التخصص العلمي	ادارة تأمين ومخاطر او دراسة ذات علاقة	1	4%
	علوم مالية ومصرفية	7	28%
	ادارة واقتصاد	11	44%
	محاسبة	2	8%
	غير ذلك	4	16%
المركز الوظيفي	مدير فرع	3	12%
	رئيس قسم	6	24%
	موظف تأمينات عامة	8	32%
	موظف تدقيق ومخاطر	7	28%

المتغير	مستويات المتغير	العدد (n=25)	النسبة %
	غير ذلك	1	4%
الخبرة العملية في (التامين التجارية)	اقل من 5 سنوات	5	20%
	من 6 سنوات الى 10 سنوات	14	56%
	من 11 سنة الى 15 سنة	4	16%
	من 16 الى 20 سنة	2	8%
	من 20 سنة فأعلى	0	0%
الخبرة العملية في (التكافلية)	اقل من 5 سنوات	19	76%
	من 6 سنوات الى 10 سنوات	6	24%
	من 11 سنة الى 15 سنة	0	0%
	من 16 الى 20 سنة	0	0%
	من 20 سنة فأعلى	0	0%

مما يلاحظ من الجدول أعلاه بأن نسبة اللذين أجابوا وفق متغير التخصص العلمي بتخصص تأمين أو دراسة ذات علاقة كانت أقل نسبة بين الاجابات، مما يدل على أن معظم العاملين في شركات التأمين التكافلي في فلسطين من ذوي تخصصات ليست متخصصة، كما يلاحظ أن نسبة الخبرة في التأمين التكافلي كانت أقل مما هي عليه الحال بالنسبة للتأمين التجاري، حيث تبين أن من خبرتهم في التأمين التكافلي في شركة التمكين هم ما نسبته 76%، مما يدل على تحديات تواجه هذه الشركة نتيجة عدم توفر طاقم متخصص وذو خبرة في صناعة التأمين التكافلي .

ثبات أداة الدراسة

قام الباحثان بحساب الثبات بطريقة الاتساق الداخلي، ويقصد بالاتساق الداخلي لأسئلة الاستبانة هي قوة الارتباط بين درجات كل مجال ودرجات أسئلة الاستبانة الكلية، ولمعرفة الاتساق الداخلي تم حساب معادلة الثبات كرونباخ ألفا، وذلك كما هو موضح في الجدول (2).

جدول رقم (2) : نتائج معامل كرونباخ ألفا لثبات أداة الدراسة

محاور الدراسة	عدد الفقرات	قيمة ألفا
المحور الأول	6	0.84
المحور الثاني	6	89.0
المحور الثالث	6	0.96
الدرجة الكلية	18	89.0

تشير المعطيات الواردة في الجدول (2) وبعد أن تم التحقق من ثبات الأداة عن طريق حساب معامل الثبات كرونباخ ألفا حيث بلغ معامل الثبات الكلي 0.89، وهو معامل ثبات مقبول ودال إحصائياً، حيث أن النسبة المقبولة هي 0.70 وما فوق، وبذلك يتمتع الاستبيان بدرجة عالية من الثبات وقابلة لاعتمادها لتحقيق أهداف الدراسة.

تصحيح المقياس

تم تفريغ الاستبانة حسب مقياس ليكرت الخماسي بحيث يعطي الدرجات التالية للاختيارات وهي:

كبيرة جداً	كبيرة	متوسطة	قليلة	قليلة جداً
5	4	3	2	1

- يستخدم المتوسط الحسابي العادي في حساب الدرجة الكلية التي يحصل عليها المفحوص على المقياس.
- الدرجة العالية تشير الى ارتفاع في الموافقة على السؤال والعكس صحيح .
- وبالتالي يمكن الاستعانة بمفتاح المتوسطات الحسابية التالية كما في الجدول رقم (3).

جدول رقم (3) : مفتاح التصحيح لفقرات المقياس

المتوسط الحسابي	مقياس التدبر النفسي	المعيار
1-2.33	منخفضه	-انحراف معياري من الوسط
2.43-3.66	متوسطه	الوسط
3.67-5	مرتفعه	+انحراف معياري عن الوسط

ثانياً : تحليل نتائج الدراسة وإختبار الفرضيات

جدول رقم (4) : المخاطر القانونية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين

الانحراف المعياري	المتوسط الحسابي	المحور الاول : محور المخاطر القانونية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين
.746	1.84	عدم وجود قوانين منظمة لأعمال التأمين في فلسطين
.726	1.88	عدم وجود قانون خاص للتأمين التكافلي في فلسطين
.917	2.88	هناك تضارب في التشريعات القانونية بخصوص شركات التكافل
.957	2.44	تعاني شركة التكافل من صعوبات التواصل من هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بخصوص قضاياها
.726	3.12	لا يوجد هيئة رسمية تختص بمتابعة قضايا قانونية ذات علاقة بالتأمين التكافلي في فلسطين
.971	2.12	هناك صعوبات في تطبيق اللوائح والنظم القانونية من قبل شركات التأمين التكافلي

نلاحظ من خلال الجدول رقم (4) في المحور الاول وهو : المخاطر القانونية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين قد بلغ متوسط حسابي 3.35، وهو أكبر من المتوسط الحسابي التام المعبر عنه بالقيمة (2.34)، مما يدل على أن معظم إجابات أفراد العينة كانت موافق وبعضها موافق بشدة، وقد جاء في الترتيب الاول بين المتوسطات الحسابية والاكثر ثباتاً فقرة (هناك تضارب في التشريعات القانونية بخصوص شركات التكافل) بمتوسط حسابي بلغ 2.88 مما يدل على أن معظم أفراد العينة متوافقين أن عدم وجود قانون خاص بالتأمين الاسلامي في فلسطين يعتبر أحد أهم المخاطر التي تواجه هذه الصناعة، وتؤثر عليها، وبالمقابل جاء في الترتيب الاخير فقرة (عدم وجود قوانين منظمة لأعمال التأمين في فلسطين بشكل عام) بمتوسط حسابي بلغ 1.84، مما يدل على أن معظم أفراد العينة متفقين بوجود قانون خاص بالتأمين التجاري دون التأمين الاسلامي.

جدول رقم (5) : المخاطر الشرعية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين

الانحراف المعياري	المتوسط الحسابي	المحور الثاني : محور المخاطر الشرعية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين
1.028	2.16	ضعف في التأهيل المهني والفني لبعض هيئات الرقابة الشرعية
.963	2.48	غياب أنظمة الرقابة الشرعية لدى الشركة

1.036	2.64	عدم وجود هيئة رقابية شرعية داخلية في الشركة - مدقق شرعي-
.900	2.32	اختلاف الفتاوي الشرعية لبعض الادوات الخاصة بالتأمين وعدم التوافق
.816	2.00	هناك شكوك من قبل المؤمنين بشرعية التأمين التكافلي في فلسطين
.678	1.72	تعتمد الشركة في تطبيقها للتأمين على المعيار الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية

نلاحظ من خلال الجدول رقم (5) في المحور الثاني وهو : المخاطر الشرعية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين كان قريب من معدل الانخفاض بمتوسط حسابي لإجابات أفراد العينة بلغ (2.22) وهو اقل من المتوسط الحسابي التام المعبر عنه بالقيمة (2.34)، مما يدل على أن إجابات أفراد العينة كانت ما بين محايد وغير موافقة وبعضها موافق، وقد جاء في الترتيب الاول بين المتوسطات الحسابية والاكثر ثباتاً فقرة (عدم وجود هيئة رقابية شرعية داخلية في الشركة - مدقق شرعي-)، بمتوسط حسابي 2.64، مما يدل على أن غياب المدقق أو الرقابة الشرعية داخل الشركة يفقدها شرعيتها، خاصة أن هذه الشركات قد أسست على معيار وأساس شرعي، وهذا بطبيعة الحال يعد من المخاطر التي يمكن أن تؤثر على ثقة المتعاملين مع هذه الشركات، وبالتالي يفقدها جزء كبير من حصتها السوقية .

جدول رقم (6) : المخاطر التشغيلية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين

الانحراف المعياري	المتوسط الحسابي	المحور الثالث : محور المخاطر التشغيلية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين
1.030	2.32	هناك ضعف في الكوادر البشرية المؤهلة في التأمين التكافلي
.913	2.40	هناك صعوبة في إعادة التأمين لدى الشركة مع شركات أخرى
1.030	2.68	تعاني الشركة من صعوبة في تنفيذ معاملات التأمين التكافلي
1.080	2.60	هناك ضعف في تسويق وترويج منتجات التأمين التكافلي
.862	2.08	صعوبة الابتكار والتطوير في منتجات التأمين التكافلي
1.013	2.12	كثرة وتعقيد الاجراءات الخاصة بالمعاملات التأمينية

نلاحظ من خلال الجدول رقم (6) في المحور الثالث وهو : المخاطر التشغيلية وعلاقتها بالتأمين التكافلي في فلسطين قد بلغ متوسط حسابي 3.36، وهو أكبر من المتوسط الحسابي التام المعبر عنه بالقيمة (2.34)، وأكبر المتوسطات الحسابية لجميع محاور الدراسة، مما يدل على أن معظم إجابات أفراد العينة كانت موافق وبعضها موافق بشدة، وقد جاء في الترتيب الاول بين المتوسطات الحسابية والاكثر ثباتاً فقرة (تعاني الشركة من صعوبة في تنفيذ معاملات التأمين التكافلي)

بمتوسط حسابي بلغ 2.68 مما يدل على أن معظم أفراد العينة متوافقين أن عدم معاملات التأمين الاسلامي لا زالت تواجه صعوبة في التنفيذ، وربما يفسر ذلك من خلال الدراسة نفسها قلة خبرة القائمين على هذه الشركات، خاصة أنه تبين أن غالبية اللذين يعملون في هذه الصناعة يمتلكون خبرات متواضعة جداً، مما يؤثر سلباً على القدرة على تنفيذ هذه المعاملات الخاصة.

مما سبق نرى أن النهوض بصناعة التأمين التكافلي في فلسطين تتطلب تضافر جهود القطاع العام مع القطاع الخاص، بحيث يتم النظر في الانظمة والقوانين السارية والمطبقة على شركات التأمين التكافلي في فلسطين، ومنها شركة التكافل، وكذلك شركة تمكين، وأن تكون هناك رقابة على الممارسات العملية لشركات التأمين، كما ينبغي نشر الوعي التأميني بين المواطنين الفلسطينيين من أجل دعم الثقافة المتعلقة بأهمية التأمين التكافلي، وتوحيد الاسس والمفاهيم التي تقوم عليها هذه الصناعة، بالإضافة الى استحداث بعض الاساليب والتغطيات التي تتفق مع المجتمع، خاصة أن نسبة من العاملين في هذا القطاع أجابوا بضعف في حداثة خدمات التأمين التكافلي في فلسطين، كل هذه المقومات من شأنها ان تحول من إمكانية أن يكون التأمين التكافلي بديلاً للتأمين التجاري في ظل نجاح تجارب بتقديم مثل هذا النوع من الخدمات وفي ظل اتجاه العديد من مؤسسات التأمين الاخرى الى تقديم خدمات تأمين تعاونية، وهذا الامر يتطلب تضافر جميع الجهود وعلى مختلف الصعد، ويشمل ذلك الجهات الرقابية والإشرافية، والقائمين على إدارة الشركات والعاملين فيها والمتعاملين معها، وهيئات الرقابة الشرعية ودوائر التدقيق المختلفة، والأساليب الفعالة لمواجهة تحديات التأمين التكافلي والتي لا بد ان تشمل على : العمل على انشاء شركات تكافل قوية، وايجاد صيغ ممارسة تمكن المساهمين من الحصول على أرباح مجزية، والعمل على رفع الوعي التأميني، ومعالجة مشكلة شح الكوادر الفنية في التأمين الاسلامي في فلسطين، وتطوير قوانين وتشريعات التأمين الاسلامي، وتقوية البنية التحتية لصناعة التأمين .

النتائج والتوصيات

1. تعاني شركات التأمين ومنها شركات التكافل من مخاطر متعددة، يمكن لها أن تحد من قدرتها على التطور والنمو إذا لم تتخذ إجراءات وقائية تجنّبها هذه المخاطر أو تحد منها.
2. من أهم المخاطر التي تتعرض لها شركة التكافل للتأمين في فلسطين مخاطر تتعلق بالجانب القانوني، إذ لا يوجد قانون منظم وخاص بأعمال التأمين التكافلي في فلسطين .
3. هناك تضارب في الفتوى الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية على صناعة التأمين، مما قد يضع المؤمن في حيرة وتشكك بشرعية هذه الصناعة، وظهر ذلك من خلال اختلاف الفتاوى الشرعية لبعض الادوات الخاصة بالتأمين وعدم التوافق فيما بينها.
4. تواجه شركة التكافل للتأمين في فلسطين منافسة قوية جداً من الشركات التجارية الاخرى، كما أنها تتنافس مع شركة تمكين للتأمين، مما يضعها في موقف ضعيف وغير كفؤ.

5. لا يوجد تنسيق بين شركات التأمين الاسلامي في فلسطين، مما يجعل منها متنافسة فيما بينها، الامر الذي يسهم في إضعاف هذه الصناعة لا تقويتها .

6. تبين من خلال تحليل نتائج الدراسة أن معظم العاملين في شركة التكافل ليس لهم علاقة بتخصص التأمين التكافلي أو التأمين بشكل عام، ويعزى ذلك لعدم وجود تخصص يدرس في الجامعات، كما أن خبرتهم في مجال التأمين التكافلي متواضعة.

7. أظهرت نتائج الدراسة أن الشركة تعتمد في تطبيقها للتأمين على المعيار الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية.

8. تبين أن جمهور المتعاملين مع التأمين التكافلي في فلسطين لا يفرقون بينه وبين التأمين التجاري العادي، وناتج ذلك عن ضعف في ترويج الشركة ونشر الوعي لدى الجمهور .

9. أظهرت نتائج الدراسة أن شركة التكافل تواجه صعوبة في إعادة التأمين لدى شركات أخرى، مما يضعها أمام تحديات ومشكلات قد تفقدها بعض الامتيازات التي تتوفر لدى الشركات الاخرى.

10. تعاني شركة التكافل من تنفيذ المعاملات التأمينية وق الصيغة الشرعية، ويدلل على ذلك من خلال ضعف الخبرات التنفيذية ف بالشركة، أو من لهم خبرات سابقة في هذا الصناعة.

بناءً على ما توصلت اليه الدراسة، نوصي بما يلي :

1. ضرورة العمل على إصدار قانون خاص بصناعة التأمين التعاوني في فلسطين، ويتم ذلك من خلال ضغط هذه الشركات على الجهات المسؤولة لإنجاز ذلك.

2. أن تسعى شركة التكافل الى ترويج أكبر لمنتجاتها في السوق الفلسطينية، إذ تبين أن نسبة من الجمهور لا تدرك الفرق بينها وبين الشركات التجارية .

3. ضرورة العمل على التنسيق مع شركة التأمين الاسلامية الاخرى (تمكين)، وذلك لتقوية هذه الصناعة، وجعلها قادرة على منافسة الشركات التجارية الكبيرة .

4. أن تعمل شركة التكافل على الاهتمام بشكل أكبر بالعنصر البشري، وذلك من خلال التدريب المتخصص في هذه الصناعة، وكذلك محاولة إستقطاب مختصين، ما لذلك من أثر على تطور هذه الصناعة ونموها .

5. توحيد الفتاوي الصادرة من الجهات المختصة بخصوص صناعة التأمين، وأن يكون لشركات التأمين التكافلي وجهة واحدة، لما للكم من أثر كبير في نفوس المتعاملين، وتعزيز ثقتهم بهد الصناعة.

6. بأن تقوم كل شركة تأمين إسلامية في فلسطين بالتبرع لصندوق بمبلغ من الفائض التأميني كل عام، يخصص هذا الصندوق للمخاطر فقط، ويتم استثمار أمواله من خلال أدوات مالية إسلامية سريعة السيولة كالمراوحة المصرفية مثلاً.

المراجع والمصادر

1. عامر حسن عفانه : إطار مقترح لنظام محاسبي لعمليات شركات التأمين التكافلي في ضوء الفكر المحاسبي الاسلامي، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الاسلامية-غزة، فلسطين، 2010م.
2. عادل عيسى محمد حسان، وسهى مفيد ابو حفيظة: دور التدقيق والرقابة الشرعية في شركات التكافل (التأمين الاسلامي)، مؤتمر التأمين التعاوني، كلية الدعوة واصول الدين، جامعة القدس، فلسطين، 20-ابريل-2019م.
3. بهلولي فيصل، وخويلد عفاف : التأمين التكافلي الاسلامي كبديل للتأمين التجاري التقليدي في الجزائر –الواقع والآفاق-، الملتقى الدولي السابع حول:الصناعة التأمينية الواقع العملي وآفاق التطوير_تجارب الدول_، جامعة حسبة بوعلي بالشلف، كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير، الجزائر، ما بين يومي 3-4ديسمبر 2012م.
4. محمد بن سعد الهليل العصيمي : الفرق بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون بأسسوط، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسسوط، مصر، 2021م.
5. بريس عبد القادر، وحمدى معمر : التحديات التي تواجه صناعة التأمين التكافلي الاسلامي، جامعة الشلف، منشورات مكتبة نور الالكترونية، الجزائر، 2011م.
6. عبد الهادي مسعودي : إدارة المخاطر في البنوك الاسلامية، الامكانات والتحديات، جامعة عمار ثليجي الاغواط، الجزائر، 2015م.
7. عبدلي لطيفة : دور ومكانة إدارة المخاطر في المؤسسة الاقتصادية-دراسة حالة مؤسسة الاسمنت ومشتقاته SCIS، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011-2012م.
8. عديله خنوسة، وسليمان براضية : إدارة مخاطر شركات التأمين التعاوني الاسلامي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بجامعة الشلف، الجزائر، 2013م.
9. سعدي جمال : دور هيئة التأمين في تقليل المخاطر المالية (دراسة حالة الصندوق الجهوي للتعاون الفلاحي _البويرة_، جامعة البويرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الجزائر، 2017-2018م.

10. حسين عباس حسين الشمري: محاضرة في إدارة الخطر (تعريفها، واهدافها وقواعدها)، جامعة بابل، كلية الادارة والاقتصاد، قسم العلوم المالية والمصرفية، العراق ، 2012م.
11. اشرف محمد دوابة: رؤية استراتيجية لمواجهة تحديات التأمين الاسلامي، جامعة اسطنبول صباح الدين زعيم، تركيا، 2016 م.
12. صالح احمد بدار : منشورات مؤتمر المصارف الاسلامية (الواقع... وتحديات المستقبل، نادي رجال الاعمال اليمنيين، صنعاء-الجمهورية العربية اليمنية، 2010م.
13. علي محيي الدين القرة داغي : التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته، دراسة فقهية إقتصادية، قاعة الملك فيصل للمؤتمرات فندق الانتر كونتينال، الرياض، 2009م.
14. نجاة شاكر محمود : إستراتيجية إدارة المخاطر في شركات التأمين التعاوني الاسلامي، مجلة جامعة المدينة العالمية –العدد الرابع، كوالالمبور، ماليزيا، سبتمبر 2012م.
15. موسى مصطفى موسى القضاة: التحديات التي تواجه صناعة التأمين التكافلي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الثاني للمصارف والمؤسسات المالية.
16. احمد محمد صباغ : الفرص والتحديات في صناعة التأمين التكافلي، بحث القي في منتدى الاستثمار والتمويل الاسلامي الاول للشرق الاوسط، الاردن ، 2010م.
17. معهد ماس : واقع قطاع التأمين في فلسطين (الانجازات الاخفاقات والتحديات)، منشورات معهد ماس للدراسات السياسية والاقتصادية، رام الله، فلسطين، 2016م.
18. عقون حكيمة : إدارة مخاطر شركات التأمين (دراسة حالة الشركة الجزائرية للتأمين، رسالة ماجستير منشورة، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر، 2014م.
19. نصار عبد الحميد رضوان : تقييم تطبيقات وتجارب التأمين التعاوني، ملتقى التأمين التعاوني ، الرياض، 2009م.
20. عبد الحليم غربي : تقييم تجربة الخدمات المالية الاسلامية في السوق الجزائرية وأفاقها المستقبلية، الندوة العلمية الدولية حول الخدمات المالية وإدارة المخاطر في المصارف الاسلامية ، جامعة سطيف، الجزائر، 2010م.
21. رابع عدوية : المشاكل التي تواجه التأمين التعاوني مع دراسة مسألة العجز عن دفع التعويضات وإلتزام المشاركين بإقراض صندوق التعويضات، مؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وأفاقه وموقف الشريعة منه، الاردن، 2010م.
22. عجيل جاسم النشي : إعادة التأمين التعاوني، مؤتمر التأمين التعاوني واباعده وافاقه وموقف الشريعة منه، الاردن، 2011م.

23. سليمان بن دريع العازمي : التأمين التعاوني-معوقاته واستشراق مستقبله، ورقة مقدمة ضمن الندوة العلمية الدولية حول التأمين التعاوني، الرياض السعودية، 2009م.
24. محمد عبد الظاهر : مقال بعنوان "14 مليار دولار حجم التأمين التكافلي في المنطقة العربية عام 2015"، منشور على الموقع الإلكتروني: www.zawaya.com، 2012م.
25. حسن محمد السيد حامد : صيغ إدارة مخاطر واستثمار أقساط التأمين التعاوني (تحليل وتقييم)، ملتقى التأمين التعاوني، الهيئة الإسلامية للأقتصاد والتمويل الإسلامي بالتعاون مع المعهد العالمي الإسلامي للبحوث و التدريب، جدة، 2009م.

ملحق الاستبيان

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،،

يقوم الباحثان بإعداد دراسة حول إدارة مخاطر شركة التكافل الفلسطينية للتأمين، حيث يمثل هذا الاستبيان أحد الجوانب الهامة في الدراسة، والتي تهدف إلى توضيح هذه المخاطر، بما لها وما عليها، بالإضافة إلى التعرف على طريقة ادارتها، وهل لذلك أثر في الحد من تطور صناعة التأمين التكافلي في فلسطين .

لذا أرجو من حضرتكم التكرم بالإجابة على الأسئلة أدناه وتزويد الباحثان بأرائكم الهامة من خلال وضع إشارة مناسبة على الإجابة التي ترونها ملائمة، كما وأتوقع أن تغني إجاباتكم وترفع من المستوى البحث العلمي لهذه الدراسة .

عزيزي الفاضل ،،،

يرجى العلم أن جميع الأسئلة المطروحة ضمن هذا الاستبيان لأغراض البحث العلمي فقط، وأن إجاباتكم ستكون محاطة بالسرية والعناية العلمية الفائقة .

شاكراً تعاونكم وحسن استجابتكم،،،

الباحثان

سعدي ارزىقات

معاذ ثلجي

أولاً: الجنس

1. مذكر 2. مؤنث

ثانياً: العمر

1. أقل من 30 سنة 2. من 31 إلى 40 3. من 41 إلى 50 4. أكثر من 50

ثالثاً: المؤهل العلمي

1. بكالوريوس 2. ماجستير 3. دكتوراه 4. غير ذلك يرجى التحديد

رابعاً: التخصص العلمي

1. إدارة تأمين ومخاطر أو دراسة ذات علاقة

2. علوم مالية ومصرفية

3. إدارة واقتصاد

4. محاسبة

5. غير ذلك يرجى التحديد

خامساً: المركز الوظيفي

1. مدير فرع

2. رئيس قسم

3. موظف تأمينات عامة

4. موظف تدقيق ومخاطر

5. غير ذلك، يرجى التحديد

سادساً: الخبرة العملية في (شركات التأمين التجارية)

1. أقل من 5 سنوات
2. من 6 سنوات الى 10 سنوات
3. من 11 سنوات الى 15 سنة
4. من 16 سنة الى 20 سنة
5. من 20 سنة فأعلى

سابعاً: الخبرة العملية في (شركات التأمين التكافلية)

1. أقل من 5 سنوات
2. من 6 سنوات الى 10 سنوات
3. من 11 سنوات الى 15 سنة
4. من 16 سنة الى 20 سنة
5. من 20 سنة فأعلى

يرجى التفضل بوضع إشارة (x) في الخانة المناسبة إزاء كل من العبارات التالية أدناه:

رقم	السؤال	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق	غير موافق بشدة
المحور الأول : تواجه شركة التكافل الفلسطينية للتأمين من مخاطر قانونية						
1	عدم وجود قوانين منظمة لأعمال التأمين في فلسطين					
2	عدم وجود قانون خاص للتأمين التكافلي في فلسطين					
3	هناك تضارب في التشريعات القانونية بخصوص شركات التكافل					
4	تعاني شركة التكافل من صعوبات التواصل من هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بخصوص قضاياها					
5	لا يوجد هيئة رسمية تختص بمتابعة قضايا قانونية ذات علاقة بالتأمين التكافلي في فلسطين					
6	هناك صعوبات في تطبيق اللوائح والنظم القانونية من قبل شركات التأمين التكافلي					
رقم	السؤال	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق	غير موافق بشدة
المحور الثاني : تواجه شركة التكافل الفلسطينية للتأمين مخاطر شرعية						
1	ضعف في التأهيل المهني والفني لبعض هيئات الرقابة الشرعية					
2	غياب أنظمة الرقابة الشرعية لدى الشركة					
3	عدم وجود هيئة رقابية شرعية داخلية في الشركة - مدقق شرعي-					
4	إختلاف الفتاوي الشرعية لبعض الادوات الخاصة بالتأمين وعدم التوافق					

5	هناك شكوك من قبل المؤمنين بشرعية التأمين التكافلي في فلسطين				
6	تعتمد الشركة في تطبيقها للتأمين على المعيار الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية				
رقم	السؤال	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق بشدة
المحور الثالث : تواجه شركة التكافل الفلسطينية للتأمين مخاطر تشغيلية					
1	هناك ضعف في الكوادر البشرية المؤهلة في التأمين التكافلي				
2	هناك صعوبة في إعادة التأمين لدى الشركة مع شركات أخرى				
3	تعاني الشركة من صعوبة في تنفيذ معاملات التأمين التكافلي				
4	هناك ضعف في تسويق وترويج منتجات التأمين التكافلي				
5	صعوبة الابتكار والتطوير في منتجات التأمين التكافلي				
6	كثرة وتعقيد الاجراءات الخاصة بالمعاملات التأمينية				

لطفًا، يرجى التفضل بإجابة السؤال التالي :

برأيك ما هي أهم المخاطر التي تواجه التأمين التكافلي في فلسطين، وما الحلول المقترحة لذلك ؟

.....

شكراً جزيلاً على وقتكم الثمين

الفساد و اثره على عقود الاستثمار الاجنبي في العراق

Corruption and its impact on foreign investment contracts

الباحث الأول : م.د علي كاظم مزهر – جامعة المصطفى الاهلية – العراق

الباحث الثاني : م.د استبرق محمد حمزة – كلية القانون – جامعة المعقل – العراق

البريد الالكتروني : Amar.morad1985@gmail.com

رقم الهاتف : 00967810309182

The first researcher: Prof. Dr. Ali Kazem Mazhar, Al-Mustafa University College / Iraq

The second researcher: Prof. Dr. estabraq Muhammad Hamza - College of Law - University of

Maqal - Iraq

الملخص

الفساد في العصر الراهن يعد ظاهرة عالمية إذ لا تقتصر على منطقة معينة ولا على دولة محددة ، كونها عابرة للحدود والحواجز ، والفساد لا يعد بأي حال من الأحوال قضية جديدة، إلا أن اتسعت دائرته ومجالاته وترابطت آلياته بشكل لم يسبق لها وجوداً، وذلك لترابط ظاهرة الفساد بالظواهر الاقتصادية ولا سيما النمو الاقتصادي للدول والانفتاح التجاري، والاستثمار الأجنبي بشكليه، لما له من أهمية كبيرة في زيادة الإنتاج الموجه لتلبية الحاجات الإنسانية المختلفة والرفع من القدرة الشرائية للأفراد، كون الاستثمار الأجنبي عنصر أساسياً في تحريك عجلة الاقتصاد من خلال انشاء المشاريع التي تقوم على تحقيق المنافع وزيادة ثروات البلاد لما يصاحب هذا النوع من الاستثمارات من تدفقات للنقد الأجنبي والتكنولوجيا الحديثة المتطورة ومساهمته الفعالة في الرفع من ميزان المدفوعات وخلق فرص عمل، إلا أن تفشي ظاهرة الفساد وانتشاره في مختلف مناحي الحياة خاصة منها الاقتصادية حالت دون تحقيق كل المزايا والمكاسب والاعتبارات بشكل تام في تحقيق النمو الاقتصادي للدول مع كل أزمة اقتصادية يشهدها العراق، تعيد دوائر صنع القرار في البلاد الحديث عن ضرورة تصحيح الوضع الاقتصادي العام، وجلب الاستثمارات الأجنبية والمحلية من أجل بدء إعادة الإعمار وتوفير فرص عمل للشباب.

الكلمات المفتاحية (الفساد - القوانين - السلطات العامة - التشريعات - الجهات الرقابية)

Summary

Corruption in the current era is a global phenomenon as it is not limited to a specific region or to a specific country, as it crosses borders and barriers, and corruption is not in any way a new issue, except that its circle and fields have expanded and its mechanisms are interconnected in a way that has never existed, due to the interdependence of the phenomenon of corruption Economic phenomena, especially the economic growth of countries, trade openness, and foreign investment in both forms, because of its great importance in increasing production directed to meet various human needs and raising the purchasing power of individuals, as

foreign investment is an essential element in moving the wheel of the economy through the establishment of projects that are based on achieving The benefits and the increase of the country's wealth due to the foreign exchange flows accompanying this type of investment, advanced modern technology, and its effective contribution to raising the balance of payments and creating job opportunities. However, the spread of corruption and its spread in various aspects of life, especially the economic ones, prevented the full realization of all advantages, gains and considerations. In achieving economic growth for countries with every economic crisis in Iraq, the decision-making circles in the country re-talk about the need to correct The general economic situation, and attracting foreign and local investments in order to start reconstruction and provide job opportunities for young people.

Keywords (laws - public authorities - legislation - regulatory authorities)

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

يعد الفساد من المواضيع الهامة لما له من جذور تاريخية انتشرت في مجتمعاتنا الحاضرة كونها شاعت في النظم السياسية الديمقراطية والدكتاتورية ، الرأسمالية والاشتراكية كافة، وذلك لما يسببه الفساد من عرقلة بالنمو الاقتصادي والاجتماعي ويعوق التنمية الاقتصادية ويقوض الشرعية السياسية ، مما يعمل على زيادة حدة الفقر وعدم الاستقرار الاقتصادي والسياسي.

وأصبحت جرائم الفساد من القضايا الراهنة على الساحة المحلية والدولية كونها تعد عائق رئيسي اتجاه التنمية في مختلف مجالاتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية ، ذلك أنها ترتكب من موقع السلطة أو بالقرب منها وذلك بإستغلال الوظائف الأصلية للدولة عن الغرض الأساس لها وهو خدمة المصلحة العامة لتحقيق منافع خاصة ، لذا فإن مكافحة الفساد لا تقتصر على السلطات العامة في الدولة لوحدها ، بل أن للمجتمع دور مهم في تقليل حالات الفساد من خلال التماسك والوعي والتضامن، ورجال الدين لهم دور مهم جداً من خلال توعية الناس وإرشادهم وحثهم على فعل الخير والابتعاد عن الشر، وللمنظمات الشعبية والنقابات المهنية ومنظمات المجتمع المدني دور مهم أيضاً، وكذلك الهيئات المتخصصة في مكافحة الفساد.

ثانياً: مشكلة البحث

يتمثل الفساد بالسلوك غير القانوني للمسؤول كاستغلال الصلاحيات والنفوذ والابتزاز واستغلال الأموال العامة في خدمة المصالح الشخصية والنفوذ بشكل يخالف القوانين والأعراف والقيم الأخلاقية والإنسانية والدينية والثقافية ، فقد تكون هذه الممارسات الفاسدة عن طريق الرشوة ، الابتزاز ، المحسوبية والمنسوبية ، والاحتيايل والنصب وغيرها ، لذا هنالك عدة أسباب تكمن وراء الفساد التي قد تكون سياسية واجتماعية واقتصادية وثقافية ، وقد تكون داخلية أو خارجية مما يترك تأثيرات عميقة في المجال الاقتصادي والاجتماعية للدول النامية والمتقدمة على حد سواء في ظل انتشار هائل وسريع للتقانة وترويج واسع للعمولة وتنوع آليات الجريمة المنظمة، فضلاً عن نشر التخلف الذي اثر كثيراً على كل مفاصل الحياة

وعموم الأنشطة الحياتية للمواطنين التي تصل إلى حد تقويض النظام السياسي عبر إفراغه من مقومات استقراره , مما يؤدي إلى خسارة كبيرة للمال والجهد والزمن وضياح فرص التقدم والازدهار وإعاقة التحولات الديمقراطية , فبات الفساد يؤثر على غالبية المجتمعات, لذا كان الكشف عن الفساد ومظاهره ومسبباته وتأثيراته اثره على النواحي الاقتصادية والاجتماعية محدد رئيسي لأي جهد صادق وتخطيط علمي وجاد لإصلاح المجتمعات لاسيما الأكثر تأثراً به .

ثالثاً: أشكالية البحث

يعد العراق إحدى الدول التي برزت فيه هذه ظاهرة الفساد الإداري والمالي من خلال اخذ الرشوة واستغلال النفوذ والإسراف غير المحسوب من دون رقابة أو محاسبة , مما تبددت على أثره ثروة البلاد وباتت مظاهر التخلف الاقتصادي والاجتماعي في كل جوانب الحياة فبعد تغيير النظام السياسي عام 2003 استشرت مظاهر الفساد في أجهزة الدولة كافة, لذلك استحدثت هيئات رقابية لغرض الحد منه , ويثير موضوع البحث عدة اشكاليات منها ماهو مفهوم الفساد؟ وما هي أسبابه ؟ وما مدى تأثيره على عقود الاستثمار في العراق؟ وهل للجهات الرقابية دور في الحد منه؟ وما هو دور السلطات العامة في العراق لغرض مكافحة الفساد وتحجيم هذه الجرائم قدر الإمكان من خلال الصلاحيات الممنوحة لها إزاء الجرائم الداخلة في اختصاصها . سنحاول الإجابة من خلال البحث.

رابعاً: منهج البحث

إن المنهجية المتبعة في هذا البحث هي المنهج التحليلي وهذه المنهجية نجدها الأكثر إنسجاماً مع طبيعة هذا البحث من خلال تناول الأحكام الواردة في النصوص المحلية ومعرفة الإلتزامات الملقاة على عاتق السلطات العامة والجهات الرقابية بهدف الخروج بجملة من النتائج والتوصيات .

خامساً: خطة البحث

سنقسم خطته على مبحثين , ستناول في المبحث الأول ماهية الفساد وعلى مطلبين , وسنبين في المبحث الثاني دور السلطات العامة بالحد من اثار الفساد وعلى مطلبين.

المبحث الأول: النطاق القانوني للفساد في عقود الاستثمار

لغرض الإحاطة بالمفهوم القانوني للفساد وبيان معنى عقود الاستثمار , سنقسم هذا المبحث على مطلبين , سنبين في المطلب الأول مفهوم الفساد , ونتطرق إلى انواع عقود الاستثمار الاجنبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الفساد

الفساد لغة: الفساد نقيض الصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة والاستفساد خلاف الاستصلاح، وقالوا هذا الأمر مفسدة أي فيه فساد، وهو الخلل والاضطراب¹، ويقال أفسد الشيء أي أساء إستعماله، ويُفسد بالضم (فساداً) فهو فاسد ولا نقل أنفسد والمفسدة ضد المصلحة، كما أنه يعني خيانة الأمانة والبعد عن الإستقامة أو الفضيلة أو المبادئ الأخلاقية والتحريض على الخطأ من خلال وسائل غير سليمة أو غير قانونية والبعد عما هو أصلي².

واصطلاحاً عرف الفقه القانوني ظاهرة الفساد وأولو لها أهمية خاصة، برزت من خلال العدد الكبير من التعريفات التي رصدت في هذا المجال، فقد عرف بأنه "تصرف وسلوك وظيفي سيء، فاسد خلاف الإصلاح، هدفه الانحراف والكسب الحرام، والخروج على النظام لمصلحة شخصية"³، أو أنه "نية استعمال الوظيفة العامة بجميع ما يترتب عليها من هيبة ونفوذ وسلطة لتحقيق منافع شخصية، مالية أو غير مالية، وبشكل مناف للقوانين والتعليمات الرسمية"⁴.

كما عرف الفساد بأنه "استغلال موظفي الدولة لمواقع عملهم وصلاحياتهم للحصول على كسب غير مشروع أو منافع ومآرب شخصية يتعذر تحقيقها بطرق مشروعة، أي سلوك غير رسمي تفرضه ظروف معينة تتعرض له المجتمعات من حين إلى آخر"، وكذلك عرفه الفقه بأنه "الخروج عن النظام والقانون أو استغلال غيابهما وتجاوز السياسة والأهداف المعلنة والمعتمدة من قبل السلطة السياسية وغيرها من المؤسسات الشرعية وذلك بغية تحقيق منفعة شخصية سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية للفرد أو للجماعة"⁵.

وبهذا فإن الفساد يتمثل بالنشاطات التي تتم داخل الجهاز الإداري الحكومي، والتي تؤدي فعلاً إلى انحراف ذلك الجهاز عن هدفه الرسمي لصالح أهداف خاصة، سواء كان ذلك بصفة متجددة أم مستمرة، وسواء كان بأسلوب فردي أم بأسلوب جماعي منتظم، كون سلوك الموظف العام انحرف عن المعايير المتفق عليها لتحقيق أهداف وغايات خاصة، كما أن الفساد ليس مجرد الخروج على القواعد القانونية السائدة في المجتمع، لأن هذا النظام القانوني ذاته يمكن أن يكون فاسداً، لأن هذه القواعد من ابتكار الطبقة المسيطرة والتي قد تكون فاسدة، فقد يتم وقوع تحالفات بين العناصر الفاسدة والتي تنتمي إلى مؤسسات مختلفة داخل النظام كأعضاء السلطة القضائية والتشريعية والتنفيذية، وهو ما يؤدي إلى نشوء الفساد النظامي⁶.

ومن الملاحظ أن الفساد ظاهرة إقتصادية وإجتماعية وسياسية توجد في غالبية دول العالم النامية والمتقدمة قديماً وحديثاً، فضلاً عن أن مفهوم الفساد قد تطور من مفهومه التقليدي وهو الرشوة إلى العديد من الحالات المنتشرة منها

¹ أبو القاسم الطبراني: المعجم الأوسط، ج 5، دار الحرمين، القاهرة، بلا سنة طبع.

² ابن منظور، لسان العرب، ج 1، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، ص 261.

³ بهاء زكي محمد، الفساد الإداري صوره وأسبابه ومعالجته، مكتب المفتش العام، وزارة النفط العراقية، 2007، ص 1.

⁴ د. حسن أبو حمود، الفساد ومنعكساته الاقتصادية والاجتماعية، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، 2002، ص 445.

⁵ علاء حميد، رؤية في الفساد، بحث منشور في مجلة النبأ، مجلة شهرية ثقافية عامة تصدر عن مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام، العدد 80، كانون الثاني 2006، بغداد، ص 36.

⁶ د. محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2007، ص 5.

مثلاً إستغلال النفوذ أو إفشاء الأسرار أو التسهيلات الضريبية ، وذلك كله بسبب العولمة وانفتاح الأسواق على مصراعيها وإزالة القيود أمام حركة الأموال في العالم .

أما مشروع قانون مكافحة الفساد العراقي فقد حدد صور جرائم الفساد في المادة (الأولى / خامساً) ولم يضع تعريفاً محدداً لجرائم الفساد : هي إحدى الجرائم التالية أو الشروع فيها أو الأعداد لها أينما¹ وردت في القوانين:-

أولاً : الرشوة .

ثانياً : الإختلاس .

ثالثاً : تجاوز الموظفين حدود وظائفهم .

رابعاً : المتاجرة بالنفوذ .

خامساً : الكسب غير المشروع .

سادساً : إساءة إستغلال الوظائف .

سابعاً : الرشوة في القطاع الخاص .

ثامناً : إختلاس ممتلكات القطاع الخاص .

تاسعاً : غسيل الأموال .

عاشراً : إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة فساد .

أحد عشر : إعاقة سير العدالة .

ثاني عشر : الجرائم المنصوص عليها في المواد (233 و 234 و 272 و 275 و 276 و 290 و 293 و 296) من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل².

كما عرفت المنظمات والهيئات الدولية ، ومنها عرف البنك الدولي الفساد بأنه " إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص، فالفساد يحدث عندما يقوم موظف بقبول أو طلب أو ابتزاز رشوة لتسهيل عقد أو إجراء طرح لمناقصة عامة ، كما يتم عندما يقوم وكلاء أو وسطاء لشركات أعمال خاصة بتقديم رشاوى للاستفادة من سياسات أو إجراءات عامة للتغلب على المنافسين ، وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين المرعية، كما يحدث الفساد عن طريق استغلال الوظيفة العامة دون اللجوء إلى الرشوة وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة"، وهذا يشير إلى إن الفساد يحدث عن طريق دفع

¹ هو مسودة قانون أعدتها هيئة النزاهة لإقتراحه كمشروع قانون يتبناه مجلس الوزراء بغية عرضه على مجلس النواب للنظر في تشريعه تتضمن هذه المسودة معظم الأفعال التي نصت عليها إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 والتي لم يجرمها القانون العراقي

² منها الجرائم المخلة بالثقة العامة وهي جرائم التزيف والتزوير المواد (275 و 276 و 290 و 293 و 296) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل .

الرشوة أو العمولة مباشرة للموظفين المسؤولين في الحكومة وفي القطاع الخاص أيضا لتسهيل عقد الصفقات، كذلك يحدث عن طريق وضع اليد على المال العام والحصول على مواقع متقدمة للأبناء والأقارب في الجهاز الوظيفي وفي قطاع الأعمال العام والخاص¹.

وعرفته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 بأنه "القيام بأعمال تمثل أداء غير سليم للواجب، أو إساءة استغلال لموقع أو سلطة بما في ذلك أفعال الإغفال توقعاً لمزية أو سعياً للحصول على مزية يوعد بها أو تعرض أو تطلب بشكل مباشر أو غير مباشر أو إثر قبول مزية ممنوحة بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء للشخص ذاته أو لصالح شخص آخر"² غير أن هذا التعريف لم يتفق حوله، وتم التراجع عنه في المشروع النهائي للاتفاقية، والذي لم يعرف الفساد ولكنه أشار إلى صوره، وهي الرشوة واختلاس الممتلكات، والمتاجرة بالنفوذ وإساءة استعمال الوظيفة، والإثراء غير المشروع.

كما عرف الأنتربول الدولي الفساد طبقاً للمعايير العالمية لمكافحة الفساد في الأجهزة الشرطية الصادرة عن الأنتربول عام 2002، بأن الفساد يتمثل "1- الوعد أو الطلب، أو القبول أو محاولة الحصول بطريق مباشر أو غير مباشر، على نقود أو أشياء ذات قيمة، أو هدايا أو خدمات أو مكافآت، أو منفعة للعاملين في الشرطة من عسكريين ومدنيين، سواء لأنفسهم أو لأشخاص آخرين أو جمعيات أو تجمعات، مقابل القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يتعلق بالقيام بواجباتهم. 2- عرض أو تقديم نقود أو أشياء ذات قيمة أو هدايا، أو خدمات أو مكافآت، أو منفعة للعاملين في الشرطة من عسكريين ومدنيين، سواء لأنفسهم أو لأشخاص آخرين، وسواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر مقابل القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يتعلق بالقيام بواجباتهم. 3- القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يتعلق بالقيام بواجبات العاملين، من الشرطة من عسكريين أو مدنيين، يترتب عليه تعريض شخص إلى الاتهام أو الحكم عليه بجريمة، أو مساعدة شخص لتجنبه التعرض للمساءلة بصورة غير قانونية. 4- الإدلاء بمعلومات شرطية ذات طابع سري أو محظور مقابل مكافأة أو أي منفعة مهما كان نوعها. 5- القيام بعمل أو الامتناع عن عمل منصوص عليه على أنه فساد بموجب قوانين الدول الأعضاء في الأنتربول. 6- المشاركة بشكل مباشر أو غير مباشر، أو المبادرة أو أن يستخدم كوسيلة أو أداة قبل أو بعد القيام بعمل، يؤدي إلى الحصول على عمولات أو محاولة الحصول على عمولات، أو التآمر على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل من الأعمال المذكورة في جميع النقاط السابقة"³.

وبهذا فإن تعريفات المنظمات والهيئات الدولية انطوى فيه مفهوم الفساد على جميع المكاسب المالية والمادية لغرض تعزيز السلطة الادارية، فضلاً عن أنه شمل النشاطات التي تتم داخل جهاز إداري حكومي والتي تؤدي فعلاً إلى حرق ذلك الجهاز عن هدفه الرسمي الذي يمثل طلبات الجمهور والمصلحة العامة لصالح أهداف خاصة سواء كان ذلك بصيغة متجددة وسواء كان ذلك بأسلوب فردي أو جماعي منظم

¹ بهاء زكي محمد، الفساد الإداري صوره وأسبابه ومعالجته، مصدر سابق، ص 6.

² فارس رشيد فهد الجبوري، الفساد والفساد الإداري في العراق، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، مجلة علمية محكمة تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 47، سنة 2007، ص 95.

³ د. محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، مصدر سابق، ص 7.

المطلب الثاني: أسباب الفساد الإداري

قد تكون أسباب الفساد داخلية وتمثل بتلك العوامل والأسباب المرتبطة بالموظف العام أو المرفق العام ، وهناك عدة أسباب تؤدي بالموظف للوقوع في الفساد وفي مقدمتها العوامل الشخصية والنفسية الأسباب الشخصية التي تساعد الفرد وتدفعه إلى ارتكاب بعض صور الفساد التي قد تكون موروثية أو مكتسبة كالدوافع المتعلقة بالحاجات الأساسية للإنسان والتي لا غنى للفرد عن إشباعها، وقد يؤدي النقص في إشباع الحاجات الفسيولوجية إلى إصابته بالقلق والتوتر والتفكير الدائم في كيفية إيجاد مصادر أخرى لإشباع النقص الأمر الذي يوقع الموظف في الفساد¹.

أما المكتسبة فتتمثل بالحاجات التي يريد الفرد إشباعها باعتباره فرداً في جماعة، كالحاجة إلى كسب الاحترام والتقدير والرغبة في التميز والظهور وتحقيق الذات، وكل هذه الحاجات تدفع الفرد وتحركه لاتخاذ موقف وسلوك معين يسعى من ورائه إلى إشباع رغباته، وإذا لم تتحقق حاجة الفرد فإن ذلك يخلق نوعاً من التوتر والقلق ويحس الموظف بالحسرة والحرمان ، الأمر الذي قد يوقعه في الفساد الإداري، كما يؤدي إلى إضعاف روح التعاون بين الجماعة الذي يترتب عليه البطء في العمل الإداري.

كما إن للعادات والتقاليد والأعراف أثراً مهماً في إنتشار جرائم الفساد الحكومي، لأن هناك جملة من الممارسات تقرها هذه الأعراف والتقاليد منها عندما يأخذ الموظف الرشوة مقابل إنجاز بعض الأعمال وتعد هذه العملية مقبولة من جانب الراشي والمرتشي ، فالراشي يدفع لكي يمكنه إنهاء عمله والموظف يأخذ الرشوة معتقداً أن هذا هو حقه الطبيعي وبذلك تنتفي صورة الإنحراف الإجتماعي مما يؤدي إلى ضعف عمليات الإبلاغ عن الرشوة ومن ثم الكشف عنها، فضلاً عن توظيف الإنتماءات الإقليمية والعرقية وعلاقات القرى في التعامل الرسمي ومنها عمليات التعيين ومنح الرخص والوكالات وغيرها والسبب يعود إلى أن الموظف يتطلع إلى من يحميه خارج أوقات الدوام الرسمي فينتجه بذلك إلى عشيرته داخل المجتمع وذلك لعدم حماية القانون له².

، بالإضافة إلى الأسباب المتعلقة بالوظيفة العامة أو المرفق العام التي تنصب على إدارة المرافق العامة، كون الفساد الإداري له ارتباط وثيق بالبيئة الداخلية للمنظمة، فله ظروف مشجعة ومحفزة وأخرى مقاومة أو رافضة، والمنظمات المتطورة في نظمها وأساليب عملها والتي تدار من قبل قيادة ذات كفاءة³ ، أقدر على حماية ذاتها من التلوث بالفساد من المنظمة المتخلفة في إدارتها ونظمها ، بالإضافة إلى أن سوء التنظيم الإداري يجعل الطريق مفتوحاً أمام ظهور بعض الموظفين الفاسدين، ويعد عامل عدم تحديد الاختصاصات وتوزيعها بدقة بين الموظفين السبب الأهم للانحراف الإداري، والميل نحو المركزية وعدم التفويض في صنع القرارات ، فانشغال كبار المسؤولين الإداريين بالأمر الصغير نظراً للمركزية الشديدة

¹ فارس رشيد فهد الجبوري ، الفساد والفساد الإداري في العراق ، مصدر سابق ، ص 95.

² د. مهدي حسن زويلف ود. سليمان أحمد اللوزي ، التنمية الإدارية والدول النامية ، ط 1 ، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع ، عمان ، 1993 ، ص 39.

³ د. محمد الأمين البشري ، الفساد والجريمة المنظمة ، مصدر سابق ، ص 9.

التي يحرصون عليها، بحيث لا يبقى لديهم الوقت الكافي للانتفات إلى الأمور الإستراتيجية المهمة وإبعاد الكفاءات العلمية ذات الخبرة النظيفة ومنعها من الوصول إلى سلطة القرار.

وتجدر الإشارة إن ضعف سياسات الأجور والمرتبات والحوافز والمكافآت وعدم مواكبتها للظروف الاقتصادية والتغيرات الجذرية في المجتمع، يجعلها عاجزة عن توفير الحد الأدنى من مستلزمات العيش الكريم لشرائح الموظفين، فيضطرون إلى سد حاجياتهم بوسائل وطرق غير مشروعة، كقبول الرشاوى والهدايا وتحرير المعاملات غير القانونية والتساهل في دفع الضرائب والرسوم وغيرها¹.

ونرى إن الأسباب القانونية والقضائية لها دوراً رئيسي في إنتشار ظاهرة الفساد الإداري والمالي وخصوصاً ضعف صياغة القوانين والتعليمات ، وذلك نتيجة لغموض القوانين أو تضاربها في بعض الأحيان مما يؤدي إلى تهرب بعض الموظفين من تنفيذ القانون أو تفسيره بطريقة تتعارض مع مصالح المواطنين لغرض الحصول على منافع مادية ، وأيضاً ضعف أجهزة الرقابة في الدولة بما فيها أجهزة الرقابة القانونية والمحاسبية وعدم تطبيق العقوبات الرادعة بحق المخالفين نتيجة وجود علاقات شخصية بين هؤلاء الموظفين وبين منتسبي الأجهزة الرقابية يؤدي إلى زيادة هذه الجرائم وعدم إستئصالها ..

المطلب الثالث: انواع عقود الاستثمار الاجنبي المنفذة في العراق

يعد الاستثمار المباشر لعقد الاستثمار ايسر أشكاله كون المال المستثمر ينتقل عبر حدوده الوطنية لإنشاء مشروع اقتصادي أو تشغيله سواء على سبيل الانفراد أو بمشاركة عناصر وطنية معها والاستثمار المباشر قد يكون عاماً أو خاصاً ، وهو قد ينشئ مشروعاً جديداً أو يختص بإدارة مشروع أو مرفق موجود فعلاً. ويتميز الاستثمار المباشر بقابليته للتوسع بسهولة عن طريق إعادة استثمار جزء من الأرباح فيه ، سواء برغبة المستثمر للتوسع في الربح ، او بتنفيذ مشروع استثماري في البلد المضيف الذي يوجب إعادة استثمار جزء من الأرباح داخل حدوده².

فضلاً عن أنه يؤدي إلى نمو صادرات البلد المضيف للاستثمار وانخفاض وارداته ، ولعل السبب في ذلك يعود إلى النتائج الاقتصادية التي تحققها الاستثمارات المباشرة والقدرة على الاتصال بالأسواق الخارجية والزيادة الكبيرة في حجم توزيعها³

والنوع الثاني من الاستثمار الأجنبي الخاص هو الغير المباشر الذي يكون على شكل قرض خاص لحكومة أجنبية أو لهيئة عامة أو لأفراد أو يكون على هيئة اكتتاب في صكوك تلك الهيئات ومشروعاتها سواء كان ذلك عن طريق السندات ذات الفائدة الثابتة ام عن طريق الأسهم بشرط الا يحوز الأجانب من الأسهم ما يخولهم حق إدارة المشروع، والمستثمر في عقد الاستثمار غير المباشر لا يستطيع استثمار أمواله الا من خلال دراسة مستفيضة للعوامل الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والسياسية في البلد الذي يروم الاستثمار فيه⁴.

¹ فارس رشيد فهد الجبوري ، الفساد والفساد الإداري في العراق ، مصدر سابق ، ص 97.

² جواد كاظم جبار ، الحوافز والحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في العراق (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الإسلامية في لبنان ، 2012 ، ص 167 .

³ د.عبد الهادي النجار ، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية ، مجلة مصر المعاصرة ، ع(382) ، 1980 ، ص 16.

⁴ سهام سواد طعمه الطائي ، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي ، رسالة ماجستير ، مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 ، ص 105 وما بعدها .

وللفساد آثار سلبية على عقود الاستثمار ذلك أن انتشار الفساد في منح التراخيص وموافقات العمل يسهم في تقليل عدد مؤسسات الأعمال في السوق ويؤدي إلى خلق بيئة احتكار ويسود اقتصاد الظل وهذا ينعكس بدوره على اضمحلال منشآت الأعمال الصغيرة التي تعد محرك النمو في معظم الاقتصاديات وتكون النتيجة انخفاض الكفاءة والانتاجية والتنافسية وبالتالي ارتفاع الأسعار التي لا تخدم المجتمع ، كما إن هناك علاقة عكسية بين الاستثمار وبيئة الفساد ، فكلما كانت أزداد معدل الفساد كلما اثر ذلك على الكفاءة الحدية لرأس المال ، وخلاف ذلك يلاحظ ان المستثمر لا يتخذ قراره في الاستثمار لان معدل العائد المتوقع سيكون منخفضاً ومحفوفاً بالمخاطر في ظل بيئة فساد لان اصوله تكون غير مصانة ، لذا نجد إن المشرع العراقي أكد على تبسيط الاجراءات وسهولة استحصال الموافقات للمستثمرين وذلك بموجب نص المادة (9 / 2) من قانون الاستثمار رقم (13 لسنة 2006) ، تهدف الهيئة إلى تشجيع الاستثمار من خلال العمل على تبسيط اجراءات التسجيل والاجازة للمشاريع الاستثمارية ومتابعة المشاريع القائمة منها واعطاء الاولوية لها في الانجاز لدى الجهات الرسمية واستكمال اجراءات اجابة طلبات المستثمرين واستحصال الموافقات اللازمة للمستثمر والمشروع .

وبهذا فإن الفساد يؤثر سلباً على العملية الاستثمارية برمتها ، مما يجعل منها معوقاً كبيراً نتيجه تأخير انجاز الطلبات الاستثمارية ، ولا يكفي ما يحمله قانون الاستثمار والانظمة الصادرة بموجبه من تبسيط للإجراءات وتسهيل لتقديم الطلبات واستغلال امثل للوقت والجهد لمواجهة شبح البيروقراطية والفساد والروتين المستشري في الهيكل الاداري للدولة عموماً والجهات القطاعية ذات العلاقة بالاستثمار خصوصاً ، فلابد من اعتماد منهجية معينة للإصلاح الاداري في جميع مؤسسات الدولة .

المبحث الثاني: دور السلطات العامة في العراق بالحد من اثار الفساد

سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنبيين في المطلب الأول دور السلطة التشريعية ، وسنوضح في المطلب الثاني دور الاجهزة الرقابية في مكافحة الفساد.

المطلب الأول: دور السلطة التشريعية في مكافحة الفساد

بموجب المادة (1 / ٦١) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ، تؤكد للسلطة التشريعية ، الاختصاص التشريعي ، وبقدر تعلق الأمر بمكافحة الفساد من قبل السلطة التشريعية ، يقتضي الأمر إصدار تشريعات جديدة ، بالإضافة إلى تعديل النافذ منها ، وذلك لما لهذه السلطة من دور هام في مكافحة الفساد الوظيفي ، وذلك من خلال تعديل التشريعات النافذة التي قد تكون لانتشار ظاهرة الفساد في العراق سبباً رئيسياً ، ويتم ذلك بواسطة تدقيق النصوص التشريعية النافذة من قبل أصحاب الكفاءات والخبرة القانونية من جهة ، ودور البرلمانين في إعادة النظر في تلك التشريعات ، لغرض الحد من انتشار هذه الظاهرة الخطيرة ، وقد أكدت هذا المنهج اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في الفصل الثالث منها بالمواد (15- 42) منها على وجوب اعتماد كل دولة طرف في تلك الاتفاقية كل التدابير التشريعية لتجريم الأفعال التي تعد من قبيل الفساد ، فكل تشريع يصدر من السلطة المختصة به يكون ناقصاً كون المشرع من

البشر وقد يقع في خطأ أو أن التشريع لا يواكب تغيرات المجتمع ، لهذا فالتشريع هذه يحتاج إلى التعديل ليواكب هذه التغيرات، وليبقى محققاً للغاية التي وجد من أجلها¹.

فالتعديل التشريعي يقصد به التشريعات بمختلف درجاتها ، وأنواعها سواء ما كان منها دستورياً، أو حتى على مستوى التشريع العادي أو التشريع الفرعي ، يقضي التزام الأفراد به وعدم مخالفته أو الخروج عنه وخلافه يتحمل المسؤولية القانونية ، ولذا تبرز الحاجة المستمرة لهذا التعديل التشريعي، حتى لا نصل إلى درجة من الجمود التي تؤدي إلى تعطيل النص التشريعي لعدم مواكبته الظروف المستجدة والتطور الاجتماعي المستمر ، ولكن التعديل يتطلب اتخاذ إجراءات معقدة ، فمنها ما يكون جامداً يستخدم في تعديل القوانين العادية، بل تكون أكثر صعوبة من ذلك، كما يمكن أن يكون الدستور مرناً، أي أن يتم تعديل أحكامه بذات الطريقة التي يتم من خلالها تعديل التشريعات العادية، ولهذا فإن تعديل التشريعات بمختلف أشكالها يكون سبباً للقضاء والحد من ظاهرة الفساد الوظيفي بما ينسجم مع التطور المستمر في الحياة².

لا يقتصر دور السلطة التشريعية على تعديل التشريعات النافذة بشكل تساير التطورات التي تحصل داخل المجتمع متأثرة بما يحدث على المستوى الدولي والإقليمي فحسب، بل يحتاج الأمر إلى أكثر من ذلك، إذ يتطلب الأمر إصدار تشريعات جديدة لتنظيم مشكلات جديدة لم تكن موجودة ، وبقدر تعلق الأمر بالوضع العراقي نجد أن التشريعات العراقية وخصوصاً بعد أحداث عام ٢٠٠٣ ، تحتاج للكثير من الجديد لتضيفه إليها، فالنظام السياسي السابق اعتمد على مجلس قيادة الثورة المنحل ، ليكون هو السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ليكرس تشريعاته لمنهج حزب البعث المنحل ودكتاتورية ما كان يسمى وقتئذ "بالقائد الضرورة"، ولكن بصدر دستور ٢٠٠٥ في العراق، أصبح الأخير دولة فيدرالية ذات نظام برلماني، تهتم بمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء وتحقيق مبدأ المشروعية وأعمال الحقوق والحريات العامة، وهذا المنهج العام، لا يحتاج فقط إلى تشريعات تعدل ما كان موجوداً ٢٠٠٣ ، ولكن تحتاج إلى تشريعات جديدة تنظم قبل الوضع الاقتصادي والاجتماعي بشكل يلائم التغيير في نظام الحكم وشكل الدولة، ويضع المنهج اللازم للائم أهداف المجتمع ، ولا سيما قانون مكافحة الفساد لما له من آثار على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماع ولا يتم ذلك إلا من خلال تشريع قانون خاص بمكافحة الفساد في العراق، وبالتالي فإنه سيكفل تجميع القواعد القانونية المبعثرة في التشريعات العراقية في مدونة واحدة، وتنظيمها بشكل يسهل الرجوع إليها من جهة، ويزيل الغموض الذي يعتريها من جهة ثانية، كما إن له الأثر العظيم في معالجة كل ما يمكن أن يفلت من التشريعات الأخرى ، وذلك بإنشاء محاكم متخصصة بمكافحة الفساد وتطبيق جملة من الإجراءات الخاصة بمكافحة الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمكافحة الفساد التي انظم إليها العراق عام ٢٠٠٧ ، وتحقيق التنسيق بين الجهات القائمة على مكافحة الفساد ، وقد اعد العراق مشروع قانون مكافحة الفساد وعرض على مجلس النواب وأبدت بعض الملاحظات عليه ، وقرر مجلس النواب تشكيل لجنة برئاسة الأمين العام لمجلس الوزراء وعضوية رئيس هيئة النزاهة ،

¹ د. محمد الأمين البشري ، الفساد والجريمة المنظمة ، مصدر سابق ، ص 9.

² عادل جابر الجوفي ، الفساد الإداري وتطبيقاته في العراق ، ط 2 ، مكتبة دار الفكر ، النجف ، 2009 ، ص 52 .

وممثل مجلس شورى الدولة، لمراجعة مشروع القانون. في ضوء الملاحظات المطروحة عاداته إلى الأمانة العامة لمجلس الوزراء¹.

المطلب الثاني: دور الأجهزة الرقابية في مكافحة الفساد

الرقابة تعد من أفضل الوسائل الوقائية لمكافحة الجرائم ولها صورا مختلفة وذلك حسب الدول والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة فيها ، ففي معظم الدول تقريبا يلاحظ بأن أكثر وسائل الرقابة شيوعاً من جانب الدولة تكون بوساطة أجهزة خاصة تستطيع الحكومة عن طريقها معرفة سير العمل في المؤسسات والمرافق التابعة لها ، وحماية ممتلكاتها من السرقات والاختلاس وغير ذلك مما يرتكبه العاملون فيها ، ويشترط في الجهات الرقابية أن تكون قادرة من حيث كفاءة أجهزتها على أن تكتشف بطريقة فعالة الجرائم وغيرها من مظاهر الانحراف في شؤون المؤسسات العامة وأجهزة الدولة ، ولتحقيق هذا الغرض يجب أن تضم أجهزة الرقابة موظفين متخصصين وأكفاء ذوي خبرة بالجوانب القانونية والعملية والإدارية والاقتصادية بحيث تشعر الأجهزة والهيئات الخاضعة للرقابة أن هذه الرقابة وجدت كعون لها أكثر من كونها إجراء مقيداً لحريتها في ممارسة عملها ، ويتركز عملها في الكشف عن الجرائم².

ولأهمية الدور الذي تقوم به الأجهزة الرقابية في العراق المتمثلة بديوان الرقابة المالية والمفتشين العموميين ، وكذلك هيئة النزاهة التي تتمتع أيضاً بصلاحيات رقابية ، حيث يعد ديوان الرقابة المالية بوصفه جهاز رقابي يتولى الرقابة المالية على أعمال السلطة التنفيذية بموجب القانون رقم 6 لسنة 1990 المعدل المؤسسة العليا للمراجعة المالية في العراق والحارس العام على أموال الدولة عن طريق الكشف عن الاحتيال والتبذير وسوء الاستغلال للمال العام ، والترويج لمكافحة الفساد في الحكومة وممارسة النزاهة وبغية ضمان استقلالية وفعالية ديوان الرقابة المالية فقد صدر الأمر 77 لسنة 2004 من سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) الذي أعاد تشكيل الديوان بوصفه مؤسسة عامة مخولة لتقرير كفاءة الحكومة العراقية وفعاليتها ، وضمان استمرار الأمانة والشفافية في مؤسسات الحكومة العراقية³.

وهيئة النزاهة التي تأسست في العراق بموجب الأمر 55 لسنة 2004 الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) ومنحها صلاحيات رقابية وتحقيقية، يشكل حدثاً قانونياً على قدر كبير من الأهمية من حيث الوجود والدلالات ، فهذه التجربة الحديثة على مستوى المنطقة تعطي دلالات ذات مغزى خاص أهمها أن قيم سيادة القانون والديمقراطية في العراق ستسير بالاتجاه الصحيح ما دامت هذه الهيئة تعمل بشكل مستقل وبكفاءة عالية ، وتكتسب خبرات عمل مهنية⁴.

ولهيئة النزاهة بديوان الرقابة المالية علاقة وثيقة حيث نص الأمر 55 لسنة 2004 على أن تؤدي هيئة النزاهة واجباتها بالتعاون مع الهيئة العليا للتدقيق المالي والمحاسبة، ويراد بها هنا ديوان الرقابة المالية، وكذلك نص القسم (1) من الأمر 77

¹ مرتضى نوري محمود الشديدي : الإستراتيجية العامة لمكافحة الفساد الإداري والمالي في العراق ، وقائع وبحوث المؤتمر العلمي السنوي لهيئة النزاهة ، 2008 ، ص 461 .

² محمد أحمد غانم ، الإطار القانوني للرشوة عبر الوطنية (رشوة المسؤولين العموميين الأجانب) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 49 .

³ ويجب الإشارة إلى أن الأمر 77 لسنة 2004 الخاص بديوان الرقابة المالية ، ورد فيه اصطلاح ديوان الرقابة المالية كمؤسسة التدقيق العليا للعراق وكذلك ورد في الفقرة (ثامناً) من المادة (2) من قانون ديوان الرقابة المالية رقم 6 لسنة 1990 المعدل .

⁴ سالم روضان الموسوي ، الرقابة القضائية على أعمال ومؤسسات المجتمع المدني ، بحث منشور في مجلة النبأ ، مجلة شهرية ثقافية عامة تصدر عن مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام ، العدد 80 ، كانون الاول 2006 ، بغداد ، ص 15 .

لسنة 2004 ، والمادة الأولى من قانون ديوان الرقابة المالية رقم 6 لسنة 1990 المعدل بموجب الأمر المذكور على أن ديوان الرقابة المالية مؤسسة حكومية مستقلة ذات شخصية معنوية للمساعدة في تعزيز الاقتصاد والفاعلية ومصادقية الحكومة العراقية ، ونص على وجوب أن يعمل الديوان مقتراً مع هيئة النزاهة والمفتشين العموميين لكل وزارة أيضاً¹ ، وأكدت المادة الثانية من القانون رقم 6 لسنة 1990 المعدل على العلاقة بين هيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية وذلك من خلال التأكيد على التعاون بين الديوان وهيئة النزاهة في مجال الكشف عن المخالفات المالية ، والتبديد والإساءة والفساد في الأمور التي تتعلق باستلام وإنفاق الأموال العامة ، والإحالة إلى المفتش العمومي في الوزارة أو إلى هيئة النزاهة كل إدعاءات أو أدلة الفساد والاحتيال والتبديد وسوء استخدام أو عدم الكفاءة في إنفاق واستعمال الأموال العامة².

وبما أن ديوان الرقابة المالية هو الجهة العليا للتدقيق المالي والمحاسبة في العراق فإن هيئة النزاهة تخضع لرقابته طبقاً لنص الفقرة أولاً من المادة الرابعة من القانون رقم 6 لسنة 1990 المعدل التي نصت ((تخضع دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي "العام" التي تتصرف بالأموال العامة جباية أو إنفاقاً أو تخطيطاً أو تمويللاً أو صيرفة أو تجارة أو إنتاج أعيان أو إنتاج خدمات للرقابة المالية)).

وإذ أن هيئة النزاهة ينطبق عليها وصف المادة المذكورة كونها تتصرف بالأموال العامة إنفاقاً طبقاً لموازنتها كجهاز مستقل فإنها تخضع لرقابة ديوان الرقابة المالية³.

مما تقدم يتضح أن هناك علاقة وثيقة بين هيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية وذلك بغية تحسين القواعد والمعايير المطبقة على الإدارة وعلى عمليات المحاسبة والمراجعة المالية للأموال العامة في العراق ، والحد من عمليات الاحتيال وإساءة الاستعمال من خلال تعزيز مكافحة الفساد وإشاعة ثقافة النزاهة في دوائر الدولة كافة ، وجعل المسؤولين عن عمليات الفساد الحكومي تحت طائلة العقاب .

ومن الجهات الرقابية مكتب المفتش العام الذي تحظى مهامه بالأهمية اللازمة والمكانة المرموقة من قبل الحكومات ، وذلك لخطورة المهام التي يقوم بها المفتش العام من مراقبة تطبيق القانون وحسن تنفيذه من قبل الموظفين ومتابعة عملهم وتقويمهم حسب واجباتهم الملقة على عاتقهم ، والتحقيق مع الموظف المفسد والمنحرف وكل ما يسيء إلى الوظيفة وذلك سعياً لتحقيق الصالح العام وبالتالي حماية المال العام⁴.

ونظراً لحاجة الوزارات إلى ملاك من المهنيين والمؤهلين المتسمين بالموضوعية الذين يكرسون جهودهم لتحسين أداء عمل الوزارات والقضاء على حالات الغش والتبذير وإساءة استخدام السلطة وضماناً لاستقلالية تلك الملاكات وما يتطلبه عملها من موارد كافية ، وتحديداً لسلطتها وتأكيداً على تحسين كفاءة وفعالية ونزاهة عمل الوزارات العراقية وإعادة ثقة الجمهور في مؤسسات الحكومة فقد شرع الأمر 57 لسنة 2004 الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) والخاص بالمفتشين

¹ ينظر : القسم (1) من الأمر 77 لسنة 2004 ، والمادة (1) من قانون الرقابة المالية رقم 6 لسنة 1990 المعدل بموجب الأمر المذكور

² ينظر : الفقرات (رابعاً ، خامساً ، سادساً ، سابعاً) من المادة (2) من القانون رقم 6 لسنة 1990 المعدل .

³ د. عباس كاشف الغطاء ، الفساد الإداري في المنظور الإسلامي ، بلا ناشر ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص 9-10 .

⁴ حبيب الهرمزي ، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي ، مطبعة الأوقاف ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص 226 .

العموميين ، والذي أنشأ برنامجاً فعالاً يتم بموجبه إخضاع أداء عمل الوزارات لإجراءات المراجعة والتدقيق والتحقيق بغية رفع مستويات المسؤولية والنزاهة، ومنع وقوع أعمال الغش وإساءة استخدام السلطة والحيلولة دون وقوعها والتعرف عليها وعلى الأعمال المخالفة للقانون ، كما أنشأ هذا الأمر مكاتب مستقلة للمفتشين العموميين تمكنهم من القيام بإجراءات التحقيق والتدقيق والتفتيش وأي نشاط آخر للمراجعة على الأداء وفقاً للمعايير المهنية المعترف بها عموماً¹.

والجدير بالذكر أن عمل هيئة النزاهة يعتمد على المفتش العام باعتباره الجهة المسؤولة الأولى في الوزارة لتقديم كل ما يتعلق بارتكاب الممارسات غير القانونية في وزاراتهم حيث يطلق عليه الرقيب الداخلي ، أي أن هيئة النزاهة تعتمد في جميع الدعاوى على مكاتب المفتشين العموميين لإجراء التحقيق الإداري، وجمع المعلومات والوثائق والوقوف على حقيقة الأمر قبل عرضها على القضاء، ويؤدي المفتش العام الدور الوقائي لهيئة النزاهة في مكافحة الفساد ؛ لأن من حق المفتش العام أن يطلع على كل عمل أو إجراء في الوزارة التي يعمل فيها، ومن ثم إذا كانت هناك إجراءات غير صحيحة فإنه ينبه إليها قبل وقوعها ، حتى لا ينزلق بعض الموظفين إلى الفساد ، وتتولى هيئة النزاهة التحقيق والملاحقة القضائية وفقاً للقانون عندما يقوم أي فرد أو مجموعة من منع المفتش العام من القيام بأعماله، وذلك كون المفتش العام المسؤول الأول أمام هيئة النزاهة عن أي حالة فساد حكومي في الوزارة التي يعمل فيها وعليه التبليغ بذلك أو اتخاذ الإجراءات المناسبة².

¹ د. آدم نوح علي معابدة ، الفساد الإداري ومعاييرته في التشريع الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد (21) ، العدد الثاني ، 2005 ، ص 422.

² د. عباس كاشف الغطاء ، مصدر سابق ، ص 11.

الخاتمة

توصلنا في نهاية البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات منها:

أولاً: النتائج

- 1- يعد الفساد حالة تفكك تسود في المجتمع نتيجة غياب القيم ، والمبادئ الأخلاقية، وغالباً ما تحدث حالات الفساد في المراحل التي تعقب انهيار أنظمة سياسية فتترك فراغات دستورية وقانونية وإدارية مما يحفز ضعف النفوس على استغلال نفوذهم ومراكزهم من أجل الإثراء على حساب المال العام .
- 2- للفساد بكافة أنواعه اثار سلبية على كافة الجانب الاقتصادي بشكل عام وعلى الاستثمار بشكل خاص بعده كأداة وسيطة لتخفيض معدلات النمو الاقتصادي ، ويساهم الفساد في تخفيض الاستثمارات المحلية عن طريق دفع الرشاوى من قبل المستثمرين للمسؤولين عن عقود التوريد والمناقصات مما يساهم في تخفيض الكفاءة الاستثمارية ، وكذلك يساهم الفساد في رفع التكاليف التشغيلية للمشاريع الاستثمارية ، كما ويوفر بيئة غير ملائمة للاستثمار المحلي .
- 3- يساهم الفساد في توفير بيئة غير ملائمة ايضاً لدخول الاستثمارات الاجنبية الى البلدان المضيفة للاستثمار ذات المستوى الاعلى في الفساد من البلدان الخارجة منها الاستثمارات .
- 4- وجدنا من خلال البحث أن المشكلة لا تتعلق بالتشريعات وتعارضها مع قوانين أخرى فحسب ، بل تتعلق بقدرة الدولة على السيطرة، إذ إن أي مستثمر أجنبي لا يستطيع الحصول على أي رخصة استثمارية من دون دفع إتاوات ورشاوى للأحزاب والوزارات، مما يؤدي إلى هروبه بسبب عدم وجود أي ضمانات أو حماية للأموال التي سينفقها، مع الأخذ في الاعتبار أن هيئات الاستثمار مقسمة بين الأحزاب وفق محاصصة معمول بها منذ سنوات.

ثانياً: التوصيات

- 1- الاعتماد على تشكيل لجان مختصة ومتمتعة بالخبرة الادارية في دوائر الاستثمار ومشهود لها بالنزاهة لغرض الحفاظ على الاستثمار وتشجيعه في العراق لغرض النهوض بالواقع الاقتصادي.
- 2- تعزيز دور الجهات الرقابية والتعاون معها من قبل الدوائر الاخرى محل الرقابة بشكل دوري وتقليل المدة من سنة إلى ثلاثة اشهر لغرض متابعة نتائج الاستثمار في العراق.
- 3 - اقرار تشريعات رصينة ودقيقة غير متعارضة مع التشريعات النافذة ولا تحتتمل التأويل أو التفسير من قبل الموظفين ، كون ذلك قد يؤدي إلى قيام الموظف بالتفسير على هواه مما يؤدي إلى زيادة الفساد وعدم القدرة على إستنصاله .

المصادر

أولاً: المعاجم

- 1- ابن منظور ، لسان العرب ، ج 1 ، ط 3 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بلا سنة طبع .
- 2- أبو القاسم الطبراني ، المعجم الأوسط ، ج 5 ، دار الحرمين ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

ثانياً: الكتب القانونية

- 1- بهاء زكي محمد ، الفساد الإداري صوره وأسبابه ومعالجته ، مكتب المفتش العام ، وزارة النفط العراقية ، 2007 .
- 2- حبيب الهرمزي ، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي ، مطبعة الأوقاف ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- 3- عادل جابر الجوفي ، الفساد الإداري وتطبيقاته في العراق ، ط 2 ، مكتبة دار الفكر ، النجف ، 2009 .
- 4- د. عباس كاشف الغطاء ، الفساد الإداري في المنظور الإسلامي ، بلا ناشر ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
- 5- د. محمد الأمين البشري ، الفساد والجريمة المنظمة ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض - المملكة العربية السعودية ، 2007 .
- 6- محمد أحمد غانم ، الإطار القانوني للرشوة عبر الوطنية (رشوة المسؤولين العموميين الأجانب) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011 .
- 7- د. مهدي حسن زويلف ود. سليمان أحمد اللوزي ، التنمية الإدارية والدول النامية ، ط 1 ، دار مجدلوي للنشر والتوزيع ، عمان ، 1993 .

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- 1- جواد كاظم جبار ، الحوافز والحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في العراق (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الإسلامية في لبنان ، 2012 .
- 2- سهام سواد طعمه الطائي ، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 .

رابعاً: البحوث المنشورة

- 1- د. آدم نوح علي معابدة : الفساد الإداري ومعاييرته في التشريع الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد (21) ، العدد الثاني ، 2005 .

- 2- د. حسن أبو حمود ، الفساد ومنعكساته الاقتصادية والاجتماعية ، مجلة جامعة دمشق ، المجلد الثامن عشر ، العدد الأول ، 2002 .
- 3- سالم روضان الموسوي ، الرقابة القضائية على أعمال ومؤسسات المجتمع المدني ، بحث منشور في مجلة النبأ ، مجلة شهرية ثقافية عامة تصدر عن مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام ، العدد 80 ، بغداد ، 2006.
- 4- د.عبد الهادي النجار ، الشركات دولية النشاط في العلاقات الاقتصادية الدولية، مجلة مصر المعاصرة ، ع(382) ، لسنة 1980 .
- 5- علاء حميد، رؤية في الفساد ، بحث منشور في مجلة النبأ ، مجلة شهرية ثقافية عامة تصدر عن مؤسسة النبأ للثقافة والإعلام ، العدد 80 ، كانون الثاني 2006 ، بغداد .
- 6- فارس رشيد فهد الجبوري ، الفساد والفساد الإداري في العراق ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، مجلة علمية محكمة تصدرها جمعية القانون العراقية ، العدد 47 ، 2007 .
- 7- مرتضى نوري محمود الشديدي ، الإستراتيجية العامة لمكافحة الفساد الإداري والمالي في العراق ، وقائع وبحوث المؤتمر العلمي السنوي لهيئة النزاهة ، 2008 .

التدابير الشرعية المتعلقة برعاية المسنين من المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني

Legitimate measures related to the care of the elderly from the legal perspective and Palestinian law

ط. ب. (حنين خليل يوسف موسى وجمانة عارف هاشم قرجة) - كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية

Hanin Khalil Yousif Mousa (Haninmousa@yahoo.com) Jumana Aref Hashem Karaja

د. سهيل الأحمد - عميد كلية الحقوق - جامعة فلسطين الأهلية - فلسطين

Dr. Sohail Al-ahmed/ dean of Law Faculty / Palestine Ahliya University/ Palestine

ملخص:

تناولت هذه الدراسة التدابير الشرعية المتعلقة برعاية المسنين من المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني، هادفة إلى التعرف على ماهية التدابير الشرعية وكبار السن، وأهمية تقديم الرعاية والحماية لهم، وبيان أسسها في المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني، حيث تم الوقوف على حقيقة التدابير الشرعية والمسنين وأسس رعايتهم وأهمية ذلك وطبيعة التشريعات التي تحدثت عنهم في وعالجت ذلك في الواقع الفلسطيني، حيث ظهر وجود قصور في التشريعات الفلسطينية المتعلقة بالمسنين من حيث عدم وجود قوانين خاصة منظمّة لأجلهم وتحقيق مصالحهم ورعاية حقهم، وأن هناك تدابير شرعية تتعلق بالحفاظ عليهم تدور حول بر الوالدين ومراعاة البعد الإنساني والاجتماعي لهم وفق أسس وأحكام ومظاهر وتفصيلات وردت في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية: التدابير، رعاية المسنين، كبار السن، الإحسان، التشريع الإسلامي، التشريع الفلسطيني.

ABSTRACT:

This study dealt with the legal measures related to the care of the elderly from the legal perspective and the Palestinian law, aiming to identify the nature of the legal measures and the elderly, the importance of providing care and protection to them, and explaining its foundations in the legal perspective and the Palestinian law, where the reality of the legal measures and the elderly and the foundations of their care and the importance of that were identified. And the nature of the legislation that I talked about and dealt with in the Palestinian reality, Where there are shortcomings in the Palestinian legislation related to the elderly in terms of the absence of special laws regulating for them, achieving their interests and taking care of their right, and that there are legal measures related to preserving them revolving around honoring parents and taking into account the human and social dimension for them according to the foundations, provisions, manifestations and details contained in this research.

Key Words: Measures, caring for the elderly, the elderly, charity, Islamic legislation, Palestinian legislation.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد؛

فإن التشريعات الإسلامية والقانونية قد اهتمت بالإنسان وعملت على حفظ حقه في الحياة والرعاية وذلك من خلال التشريعات الاجتماعية وما يتعلق بذلك من قضايا مادية أم معنوية، وقد تجلّى هذا الاهتمام التشريعي مع الإنسان منذ نعومة أظفاره وقد تم تنظيمه بنصوص ومبادئ تبقى معه حتى مماته، ومن جملة المراحل الزمنية التي نظمت التشريعات أحكامها مرحلة المسنين والأشخاص كبار السن، حيث كانت هذه المرحلة محط تكريم وعناية خاصة، لاتصاف صاحبها بالضعف وحاجته إلى غيره من الناس للقيام على شؤونه ورعاية حقه المادي والمعنوي، ومن هنا جاء هذا البحث ليتناول التصورات الشرعية والقانونية المتعلقة برعاية المسنين تحت عنوان: "التدابير التشريعية المتعلقة برعاية المسنين من المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني".

وقد بدأ البحث ببيان ماهية التدابير التشريعية وكبار السن من الناحية اللغوية والاصطلاحية وفق النظر للنواحي البيولوجية والاجتماعية والاقتصادية، ومن ثم الوقوف على أهمية رعاية كبار السن بذكر النصوص الشرعية الخاصة بهم لهم، ثم معالجة أسس رعاية كبار السن من منظور شرعي، وقد بين البحث كذلك الأحكام المتعلقة بكبار السن وإبراز أهميتها في عدم تكليفهم ما لا يستطيعون وأهمية تقرير حقيقة التيسير عليهم ورفع الحرج عنهم حسب قاعدة المشقة تجلب التيسر، ثم سرد البحث الأحكام المتعلقة بكبار السن في القوانين الفلسطينية وذكر بعض المواثيق الدولية التي تهتم برعايتهم، ومن ثم تسليط الضوء على طبيعة النقص في القوانين الفلسطينية فيما يخصهم كبار السن، مع أهمية التوصية بزيادة وعي المجتمع تجاههم، من أجل العناية بهم، وبالتالي وضع قوانين تنص على عقوبات تمنع أي انتهاك قد يعرض على حقوقهم.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره: وهي تتمثل بأمور:

1. تعلق هذا الموضوع بمسألة تتطلب اهتماماً واسعاً من قبل المشرعين والمختصين من الجوانب التشريعية المتعددة.
2. إظهار أهمية الوقوف على أهمية الحفاظ على الترابط الأسري والاجتماعي ورعاية قضية بر الوالدين وحقوق كبار السن في الواقع والتشريعات.
3. مساس هذا الموضوع بحياة الناس المعاصرة وخاصة في ظل تأثر القوانين بالمشايخ الغربية التي تبعد في تنظيمها وتقنيها عن الثقافة العربية والإسلامية المتعلقة بكبار السن.
4. التركيز على زيادة الاهتمام بالمسنين وتشريع قوانين تختص بحمايتهم ورعايتهم.

5. تسهم هذه الدراسة في بيان النقص الشديد في التشريعات الفلسطينية فيما يختص حقوق المسنين وفرض عقوبات حال إساءة معاملتهم للوصول إلى الرعاية التشريعية المطلوبة لهم.

مشكلة البحث: وهي متمثلة بالإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما حقيقة المسنين وكبار السن في المفهوم اللغوي والاصطلاحي؟
2. هل للاهتمام بالمسنين أي أهمية في المحافظة على الترابط الأسري؟
3. أين دور التشريعات والقوانين الشرعية والفلسطينية التي تختص بحماية المسنين؟
4. هل التشريعات المتعلقة بالمسنين كافية لتوفير الرعاية والحماية للمسنين وما طبيعة النقص الذي يعانيه هذه التشريعات رغم تنظيم النصوص الشرعية الإسلامية لأحكام تركز على رعاية المسنين؟

أهداف البحث: وهي متمثلة بالأمور الآتية:

1. بيان الدور الأساس الذي يلعبه كبار السن في المجتمع.
2. تسليط الضوء على العناية بكبار السن ومدى أهمية تشريع قانون لحماية حقوقهم في هذا السن.
3. دراسة الأحكام الشرعية والقانونية الإسلامية المتعلقة بكبار السن وبيان أهميتها.
4. إبراز القصور في التشريعات الفلسطينية الخاصة بكبار السن ومحاولة التركيز على أهمية وجودها لتحقيق غاية الحماية للمسنين.

منهجية البحث: حيث تم الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية المسنين من حيث التعريف لغوياً وفقهاً واصطلاحاً، وإظهار أهمية كبار السن في تعاضد الأسرة والمجتمع، وإبراز الأحكام التي وضعتها الشريعة الإسلامية لرعايتهم. ثم بيان النصوص القانونية المتعلقة بهم وتحليل جوانب النقص التي تعترضها.

الدراسات السابقة: بحث العلماء أحكام رعاية المسنين، وحالات ذلك، وما يتعلق بذلك من مسائل في الكتب الفقهية والقانونية المتعددة، وتناولوا كذلك بعض الكتابات الخاصة، وكان من بين هذه الدراسات ما يأتي:

- الدلو، هبة مدحت راغب، أحكام المسنين في فقه العبادات، الجامعة الإسلامية - غزة، 2009م - إذ تحدثت عن أحكام المسن وأفردت الأحكام الخاصة بالمسنين في ضوء آراء الفقهاء بما يختص بكل عبادة، وعمدت الباحثة إلى مناقشة ثم ترجيح الحكم الشرعي في كل مسألة بعد تحرير موضع النزاع وأسبابه، واستعراض آراء الفقهاء وأدلّتهم تجاه كل مسألة.

- الكيلاني، سري زيد ومحمد سري، رعاية المسنين في الشريعة الإسلامية والتشريعات الدولية، جامعة آل البيت، 2014م - إذ تحدثوا عن بيان مدى اهتمام الإسلام والتشريعات الدولية بالمسنين ورعايتهم، وما وضعت من أحكام وتشريعات توفر لهم أسباب العزة والكرامة، وتصون حريتهم، وتحقق لهم الخير والعدل والسعادة.

وغير ذلك من الدراسات التي راعت مسائل البر والإحسان إلى الوالدين والأصول والقضايا الخاصة بالمسنين وتقديم الحماية لهم وفق المنظور الشرعي والقانوني.

محتوى البحث: جاءت هذه الدراسة في مقدمة ومبحثين وخاتمة وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية التدابير الشرعية وكبار السن وأهمية رعايتهم في المنظور الشرعي والقانوني

المطلب الأول: تعريف التدابير الشرعية وكبار السن وأهمية رعاية كبار السن في المنظور الشرعي والقانوني

المطلب الثاني: أهمية رعاية كبار السن في المنظور الشرعي والقانوني

المطلب الثالث: أسس رعاية كبار السن في المنظور الشرعي

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بكبار السن في المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني

المطلب الأول: الأحكام الشرعية المتعلقة برعاية كبار السن

المطلب الثاني: رعاية كبار السن من منظور القانون الفلسطيني

المطلب الثالث: إشكالية نقص القوانين المتعلقة بكبار السن

وأخيراً: فهذا غاية جهد البحث، فإن كان ثم توفيق فبفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير وأستغفر الله العظيم.

المبحث الأول: ماهية التدابير الشرعية وكبار السن وأهمية رعايتهم في المنظور الشرعي والقانوني

الأسرة أروع نظام ابتكره العقل الإنساني، وحتى تقوم الأسرة بدورها الفعال في تقوية المجتمع وتحديثه، ورغبة في الحفاظ على ترابطها واستقرارها. جاءت الشريعة الإسلامية لترعى كبار السن وتسن لهم أحكام خاصة بهم؛ وعليه وجب علينا قبل التطرق إلى هذه الأحكام، الإطلاع على تعريف كبار السن وأهميتهم وأسس رعايتهم في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التدابير الشرعية وكبار السن وأهمية رعاية كبار السن في المنظور الشرعي والقانوني

التدابير في اللغة: هي جمع تدبير، وهو: من دبر الأمر وتدبره؛ أي: نظّر إلى ما تؤول إليه عاقبته⁽¹⁾. ودبرت الأمر تدبيراً: فعلته عن فكر وروية.

والمقصود بالتدابير: مجموعة الأحكام الاحتياطية التي شرعها الإسلام لصيانة كبار السن ورعايتهم سواء أكانت هذه الأحكام في نطاق الأحكام التشريعية، أم في نطاق الأخلاق والآداب الشرعية⁽²⁾.

ولا يخرج معنى التدابير في الاصطلاح عن المعنى اللغوي لها فهي: مصدر دبر الأمر، إذا ساسه ونظر في عاقبته، فتعرف بأنها: النظر في العواقب بمعرفة الخير من خلال مجموعة من الإجراءات التي اتخذها الشرع لتحقيق أمر ما، وقيل: هي مجموعة المبادئ والتشريعات والقيم والتوجيهات والأحكام الشرعية، وكذلك الإجراءات والأمور التي جاء بها التشريع الإسلامي ونظمها لحفظ النفس الإنسانية وحمايتها، سواء أكان ذلك على شكل نصوص شرعية، أو قواعد فقهية، أو ضوابط ومبادئ، أو إجراءات تطبيقية⁽³⁾ ترتبط بأعمال الإنسان وتصرفاته في الحياة العملية.

وتستعمل كلمة (المسن) للدلالة على الرجل الكبير. كما يستخدم ألفاظ مرادفة للمسن، فتقول: (شيخ)، وهو من استبان في السن وظهر عليه الشيب، وبعضهم يطلقها على من تجاوز الخمسين. وقد تقول (هريم)، وهو أقصى الكبر. وتقول كذلك: (كهل) وجميع هذه الألفاظ تدل على كبر السن⁽⁴⁾.

وقد وصف الله عز وجل مرحلة الكبر في القرآن الكريم بأنها عودة إلى أرذل العمر في قوله: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ ثُمَّ يَتَوَفَّاكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لَكُمْ لَا يَعْلَمُ بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئاً إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ [النحل: 70].

وقد عوّد النبي صلى الله عليه وسلم من أرذل العمر حيث جاء عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو: «أعوذ بالله من البخل والكسل، وأرذل العمر، وعذاب القبر، وفتنة الدجال، وفتنة المحيا والممات»⁽⁵⁾.

ويقال كبير السن: هو من تقدّم به العمر وأصبح عجوزاً، واعتبرت منظمة الصحة العالمية أن مرحلة الكهولة أو الشيخوخة تبدأ من عمر الخامسة والستين فما فوق، وعادة ما يقلّ نشاط الأفراد في هذه المرحلة ويغلب على أجسامهم الضعف والوهن⁽⁶⁾.

ولا يمكن أن نتبنى تعريفاً واحداً محدداً للأشخاص المسنين، ويكون مفيداً ومناسباً في جميع الحالات، فمن الناحية البيولوجية: يمكن القول أن الشيخوخة تبدأ باكراً في مرحلة البلوغ أو حتى منذ الطفولة وهي تستمر تدريجياً ولا تتوقف طوال الحياة، ومن الناحية الاجتماعية: فإن مفهوم الأشخاص المسنين في مجتمع ما يقره عدد من العوامل الثقافية

¹ - انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، 1321/2، دار صادر، بيروت، 1968م، الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 256/1، المطبعة العلمية، القاهرة، ط1، 1315هـ.

² - انظر: زيد الكيلاني، سري، تدابير رعاية البيئة في الشريعة الإسلامية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد2، 2014، ص 1214.

³ - انظر: زيد الكيلاني، تدابير رعاية البيئة في الشريعة الإسلامية، ص 1214.

⁴ - السرحان، عبدالله ناصر، رعاية المسنين في الإسلام، دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، د.ط. 1421هـ، 48/11.

⁵ - البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، دار ابن كثير، بيروت، ط1407، ج3، 1987م، 1039.

⁶ - خالد، ازدهار: بحث عن كبار السن، مقال على موقع (موضوع)، انظر: (mawdoo3.com) (تاريخ الزيارة: 2020/11/22).

والاجتماعية السائدة في المجتمع وهو يختلف من جيل إلى جيل، وأما من الناحية الاقتصادية؛ فيرتبط تعريف المسنين بسن التقاعد المطبق في مجتمع ما غير أن هذا التعريف لا يأخذ بعين الاعتبار العديد من الحالات التي يتقاعد فيها الشخص لأسباب أخرى غير السن وذلك دون أن ينقطع عن مزاولة نشاطات اقتصادية مختلفة أخرى.⁽¹⁾

ويتضح لنا بأنه لا يوجد تعريف جامع متفق عليه لتعريف من هو المسن أو لتحديد الفئة العمرية التي يندرج تحتها. وعليه فإننا نستطيع أن نجمل ما تم ذكره ونعد المسن هو الشخص الذي بلغ الخامسة والستين فما فوق من عمره وهو الشخص الذي لم يعد قادراً على العمل والإنتاجية، ويكون بحاجة للاعتناء به من قبل الأقارب والدولة وذلك من باب بر الوالدين وتقديم الشكر له على ما قام به خلال سنين عمره من تضحيات وتقدمات وعطاء لمنح الأسرة حياة كريمة ولأجل تكريمه عما بذله من سخاء للمساعدة في نهوض الدولة وتقوية أطرها التربوية والعملية والاجتماعية والاقتصادية.

المطلب الثاني : أهمية رعاية كبار السن في المنظور الشرعي والقانوني

إن رعاية الإسلام للمسنين لا تنحصر في يومٍ أو أسبوعٍ أو شهر، بل تكون رعاية على مدار العام. فقد اهتم الإسلام بكبار السن وجعل لهم مكانة خاصة في المجتمع واعتبرهم أصحاب الخبرة وذوي العقول المستنيرة، وما الشيخوخة في الفكر والتطبيق الإسلامي إلا مرحلة جليلة ومحترمة، وهي مركز الخبرة والحكمة، وهي اتزان العقل ورسوخ الإيمان، وبلوغ الإدراك الحسي والروحي الشديد الحساسية، إنها مرحلة العبقريّة الإسلامية.⁽²⁾

لقد كرم الله - عز وجل - هذه المرحلة من العمر بأكاليل الإحترام وتيجان الإكرام فأمر برعاية المسنين. وقد كان هذا الأمر جلياً في العديد من الآيات القرآنية الكريمة، نبين منها ما يأتي:

1. قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا* وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾. [الإسراء 23-24]

2. قال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾. [الأحقاف 15]

وقد جاءت السنة النبوية لتؤكد معاني الآيات القرآنية السامية في ذلك حيث يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن من إجلال الله إكرام ذي الشبهة المسلم، وحامل القرآن غير الغالي فيه والجافي عنه، وإكرام ذي السلطان المقسط ».⁽³⁾

¹ - شحرور، غسان: تعريف المسن ومن هم المسنون، الاتحاد النوعي لهيئات رعاية الفئات الخاصة والمعاقين، (تاريخ الزيارة: 2020/11/22).

² - شريف، عبد الله شريف، الإسلام ورعاية المسنين، وزارة الثقافة والإعلام، دبي، ط1، 2002م.

³ - شريف، الإسلام ورعاية المسنين، ص 19-20.

المطلب الثالث: أسس رعاية كبار السن في المنظور الشرعي

حيث تقوم رعاية كبار السن في الإسلام على أسس عدة، أبرز هذه الأسس ما يأتي:

1. الإنسان مخلوق مكرم، ومكانته محترمة في الإسلام، كما ورد في النصوص الشرعية ومنها: قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا* وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾. [الإسراء 23-24].

2. المجتمع المسلم مجتمع متراحم متماسك متواد: حيث يصف الرسول صلى الله عليه وسلم المؤمنين بأنهم كالجسد الواحد، كما في الحديث: «تري المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضواً تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى»⁽¹⁾.

3. جزاء الإحسان في الإسلام الإحسان: قال الله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾. [الرحمن 60]

4. كبير السن المؤمن له مكانته عند الله، ولا يزداد في عمره إلا كان له خيراً؛ حيث روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يتمن أحدكم الموت ولا يدع به من قبل أن يأتيه، إنه إذا مات انقطع عمله، وإنه لا يزيد المؤمن عمره إلا خيراً»⁽²⁾.

5. توقير الكبير والتشبه به سمة من سمات المجتمع المسلم.

6. كبير السن ذو الشبهة المسلم له منزلة ومكانة متميزة في الإسلام: فقد ألبسه الله من ثياب الوقار بشيبه.

هذه أبرز الأسس التي تنطلق منها جميع أوجه الرعاية المقدمة لكبار السن في الإسلام، فهذه الرعاية ترتكز على أسس متينة، وليست وليدة لحظة عابرة من العاطفة أو الرحمة.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بكبار السن في المنظور الشرعي والقانون الفلسطيني

فقد اهتمت الشريعة الإسلامية ببناء أسرة متكاملة، وحشدت في سبيل ذلك جملة من النصوص والأحكام لإخراج الصورة التي تريد أن يكون عليها تكافل أفرادها بتوادهم وتراحمهم وتعاطفهم وتأزهمهم. ويقصد بالتكافل الأسري مشاركة أفراد الأسرة في المحافظة على المصالح والمنافع التي تساعد الأسرة على الاستقرار والاستمرار، ودفع المفسدات المادية والمعنوية عنها حتى يشعر كل عضو فيها بأن له حقوقاً وعليه واجبات، وخاصة كبار السن، وترد الأحكام المتعلقة بكبار السن كما في الآتي:

¹ - السقاف، علوي بن عبد القادر، الذُّرر السنية، برابط: (dorar.net) (تاريخ الزيارة: 2020/11/22).

² - مسلم، بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الباز، مكة المكرمة، د.ط، د.ت، ج 8، ص 65.

المطلب الأول: الأحكام الشرعية المتعلقة برعاية كبار السن

من المعلوم أن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها، ومن هنا نجد أن الإسلام قد راعى في أحكامه الضعف الذي يعيشه كبير السن، ونجد في العبادات لهم أحكاماً خاصة، منها ما يأتي:

1. الترخيص لكبير السن في إنابة من يحج عنه لكبر سنه وعجزه، حيث ورد أن جارية خثعمية قالت: يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زماً لا يستطيع أن يحج، إن حججت عنه أينفعه ذلك؟ فقال لها: «أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أكان ينفعه ذلك؟» قالت: نعم، فقال لها: «فدين الله أحق بالقضاء».⁽¹⁾

2. الرخصة لكبير السن بالإفطار في شهر رمضان حين عجزه، والإطعام عن كل يوم مسكيناً، لقول الله - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (183) أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ (184)﴾. [سورة البقرة 183-184]

3. أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الأئمة الذين يصلون بالناس بالتخفيف في صلاتهم مراعاة لمن خلفهم من الضعفاء وكبار السن، فعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا صلى أحدكم للناس فليخفف فإن منهم الضعيف والسقيم والكبير وإذا صلى أحدكم لنفسه فليطول ما شاء».⁽²⁾

4. تقديم المسن في الصلاة: وذلك إذا تساوا في قراءة القرآن. عن مالك بن الحويرث أتيت النبي صلى الله عليه وسلم في نفر من قومي فأقمنا عنده عشرين ليلة وكان رحيماً رفيقاً فلما رأى شوقنا إلى أهالينا، قال: ارجعوا فكونوا فيهم وعلموهم وصلوا فإذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم.⁽³⁾ وهذا لئلا يشعر المسنون بفقدان الإحساس بقيمة الإنسانية، ولأن هناك تغيرات فسيولوجية تحدث للمسنين، ولتحقيق الوقاية للمسنين من أمراض الشيخوخة، ولتحقيق الكرامة الإنسانية لهم، لجميع هذه الأسباب ولغيرها كان اهتمام الإسلام بالتخفيف عن المشقات التي قد يعانون منها، وأورد لهم أحكاماً خاصة لتسيير حاجاتهم.

ومن الجدير ذكره أن هذه الرعاية لم تقتصر على المسن المسلم بل امتدت يد الرعاية لتشمل غير المسلم طالما أنه يعيش بين المسلمين. فهي كتب التاريخ تسطر بأحرف ساطعة، موقف عمر رضي الله عنه مع الشيخ اليهودي الكبير.

فيذكر أبو يوسف في كتابه (الخراج) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر بباب قوم وعليه سائل يسأل شيخاً كبيراً ضريب البصر فضرب عضده من خلفه فقال: من أي أهل الكتب أنت؟ قال يهودي. قال: فما ألجأك إلى ما أرى؟ قال: أسأل الجزية، والحاجة، والسن. قال: فأخذ عمر رضي الله عنه بيده فذهب به إلى منزله، فرضخ له من المنزل بشيء ثم أرسل إلى خازن

¹ - خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، ط7، 2002م، ص63-64.

² - ابن حجر، فتح الباري، موقع (إسلام ويب)، انظر الرابط: (islamweb.net) (تاريخ الزيارة: 2020/11/5).

³ - ابن حجر، فتح الباري، (إسلام ويب)، انظر الرابط: (islamweb.net) (تاريخ الزيارة: 2020/11/25).

بيت المال. فقال: انظر هذا وضرباءه، والله ما أنصفناه إذا أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم، ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴾ [التوبة 60]، وهذا من المساكين من أهل الكتاب، ووضع عنه الجزية وعن ضربائه".⁽¹⁾

المطلب الثاني: رعاية كبار السن من منظور القانون الفلسطيني

ومن الأهمية الإشارة إلى أن هناك غياباً للحماية القانونية لكبار السن على الصعيد الوطني الفلسطيني، حيث لا يوجد قانون خاص ينظم حقوقهم بل جاء ذلك من خلال جملة من النصوص العامة والمتناثرة في بعض القوانين ذات العلاقة. ويمكن استنباط أهمية حقوق الرعاية بشكل عام من المبادئ القانونية الكلية التي تضمنها القانون الاساسي الفلسطيني الذي كفل حقوق المواطنين دون تمييز على أساس السن، فالمادة (9) من القانون الأساسي الفلسطيني نصت على: أن الفلسطينيين أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة أو السن".

والمادة (10) من القانون الأساسي الفلسطيني أكدت على أن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام، وتعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان.⁽²⁾

وقد تضمن القانون الأساسي المبادئ الأساسية للمحافظة على جميع الفلسطينيين سواء، وتشمل هذه القوانين كبار السن أيضاً. ومن المؤسف أنه لا يوجد إلى الآن قانون يختص في رعاية كبار السن في دولة فلسطين. إذ أنهم هم الاولى بالرعاية كسائر من شرع لهم المشرع قوانين خاصة.

ونجد بأنه على الصعيد الدولي أن الأمم المتحدة قد اعتمدت عدة مبادئ متعلقة بكبار السن للعام 1991 م، بموجب القرار رقم 91/46. واشتملت هذه الوثيقة على خمسة مبادئ، يمكن تلخيصها بالآتي:

1. مبدأ الاستقلالية: خلاصة ما ينص عليه هذا المبدأ ضرورة أن يتاح لكبار السن إمكانية الحصول على ما يكفي حاجتهم من الغذاء، والماء، والمأوى، والملبس، والرعاية الصحية.
2. مبدأ المشاركة: وينص هذا المبدأ على ضرورة أن يتاح لكبار السن فرصة الاندماج في المجتمع، وأن يشاركوا بنشاط في صياغة وتنفيذ السياسات التي تؤثر في رفاههم، وأن يقدموا للأجيال الشابة تجربتهم.
3. مبدأ الرعاية: وينص هذا المبدأ على أن يستفيد كبار السن من رعاية وحماية الأسرة والمجتمع المحلي، وفقاً للقيم الثقافية في المجتمع، سواء على مستوى الرعاية الصحية، أو على مستوى الخدمات الاجتماعية أو القانونية.
4. مبدأ تحقيق الذات: ويشير هذا المبدأ إلى ضرورة تمكين كبار السن من إلتماس فرص التنمية الكاملة لإمكانياتهم.

¹ - السيد، الخضري عبد المنعم علي: توقير الكبير خلق الإسلام العظيم، مقال على موقع (طريق الإسلام)، انظر الرابط: (ar.islamway.net) (تاريخ الزيارة: 2020/11/25).

² - القانون الأساسي المعدل للعام 2003، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز 2 الصادر في 2003/03/19، ص 16.

5. مبدأ الكرامة: ويشير هذا المبدأ إلى ضرورة تمكين كبار السن من العيش في كنف الكرامة والأمن، ودون الخضوع إلى استغلال أو سوء معاملة جسدياً أو ذهنياً.⁽¹⁾

المطلب الثالث: إشكالية نقص القوانين المتعلقة بكبار السن

الناظر في التشريعات الفلسطينية فيما يتعلق بالمسنين يجد أنها تخلو من قانون خاص ينظم أحكامهم، والأصل أن يتم الاهتمام بهذه الفئة من الناس وتنظيم نصوص تشريعية خاصة بحفظ مصالحهم وتقديم الحماية لهم وتكفل برعايتهم وتؤمن لهم معيشتهم.

ويود ان يشير الباحث إلى أنه قد قامت وزارة التنمية الاجتماعية في العام 2012 بالعمل على مشروع قانون خاص لرعاية المسنين؛ ونوجز بعض المبادئ الأساسية التي نص عليها هذا المشروع:

1. ضرورة توفير حقوق متساوية لكبار السن ودون تمييز، تأكيداً على ما سبق النص عليه في القانون الأساسي الفلسطيني.
2. إنشاء قاعدة بيانات خاصة بكبار السن.
3. إنشاء لجنة وطنية عليا لكبار السن، ودائرة مختصة بهم في وزارة التنمية الاجتماعية، ومرشد خاص بحمايتهم، ومنحه صفة الضبطية القضائية، وبخاصة في القضايا المتعلقة بكبار السن التي ينص عليها القانون.
4. إنفاذ الإجراءات المتعلقة بحقوق كبار السن المختلفة، وإيوائهم، ورعايتهم الصحية، وتنقلهم، وتهيئة المباني لحاجتهم.
5. النص على العقوبات المفروضة على من يخالف أحكام هذا القانون.
6. النص على أن يكون الأول من تشرين الأول من كل عام يوماً وطنياً للمسنين.

ويرى الباحث أن من الأسباب الرئيسية التي أدت إلى هذا النقص التشريعي وعدم إكمال إصدار مشروع القانون؛ هو إعلان حالة الطوارئ في جميع الأراضي الفلسطينية عام 2007م بموجب المرسوم الرئاسي رقم (9) الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وذلك عقب الحرب الإجماعية في قطاع غزة، والاستيلاء على مقار أجهزة السلطة الوطنية الفلسطينية، والانقلاب العسكري والعصيان المسلح من الميليشيات الخارجة عن القانون على الشرعية الفلسطينية⁽²⁾، فقد حصل الانقسام السياسي ما بين الضفة الغربية وقطاع غزة وهذا ما أدى إلى تعطيل عمل المجلس التشريعي وشل قدرته على القيام بدروه التشريعي والرقابي.

¹ - دعيس، معن شحدة، كبار السن بين مظلة الحقوق ومطرقة الاهمال، شركة نيرد دايمنشن للتصميم والطباعة، رام الله، دط، 2018م.

² - مرسوم رقم (9) لسنة 2007 بشأن إعلان حالة الطوارئ، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 71 الصادر بتاريخ 9 آب 2007، ص6.

وعليه في ظل غياب المجلس التشريعي الذي يسن القوانين، يبقى المسن دون قانون خاص يكفل رعايته وحمايته. وبالرغم من أن معظم القوانين الوضعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية التي أبدت اهتماماً هائلاً بتنظيم أحوال الناس وتنظيم المعاملات في حياتهم بما يكفل لهم الرعاية الصحية والنفسية والاجتماعية، إلا أن القانون الفلسطيني لم يحتذي بهذه الأحكام العظيمة وقصر في العناية والرعاية بحق كبار السن.

ومن الجدير بيانه، ان دولة فلسطين لا تتوانى في التوقيع على المواثيق الدولية التي ترعى الأفراد وتسعى للحفاظ على حقوقهم ورعايتهم. وعدم قيامها بسن قانون خاص لرعاية كبار السن، يدل على وجود تناقض ما بين الموقع ظاهرياً والحقيقة المطبقة على أرض الواقع.

خاتمة

الحمد لله رب العالمين، الذي أعاننا على إتمام هذا العمل، والحمد والشكر له سبحانه، هو خير ما يختم به المرء أعماله، وبعد؛

فإنه يجدر بنا في هذه المحطة أن نعرض أهم ما توصل إليه البحث وذلك فيما يأتي:

1. مرحلة كبر السن مرحلة عصبية من مراحل عمر الإنسان.
2. العلماء لم يتفقوا على سن معينة محددة للشيخوخة.
3. تبوأ المسن مكانة متميزة في الإسلام تتمثل في مراعاته وتقدير ضعفه في الأحكام التكليفية.
4. ارتكز الإسلام على أسس متينة لرعاية المسن من الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة.
5. نصت الشريعة الإسلامية على أحكام عديدة لرعاية كبار السن.
6. نصت المواثيق الدولية على أحقية كبار السن بالرعاية والاهتمام المكثفين.
7. لقد برز النقص الجلي في التشريعات الفلسطينية فيما يخص رعاية كبار السن.

ويمكن اقتراح التوصيات الآتية:

1. نوصي المشرع الفلسطيني بتشكيل لجنة قانونية متخصصة ذات خبرة لدراسة مشروع قانون رعاية كبار السن الذي أعدته وزارة التنمية الاجتماعية.
2. نوصي المشرع الفلسطيني بالاهتمام التشريعي بهذه الفئة من الناس وسن قوانين تكفل حمايتهم ورعايتهم.
3. اهتمام وسائل الإعلام المحلية بنشر الوعي وإيجاد ثقافة وطنية حول رعاية المسنين وأهميتهم في التواصل الثقافي والإنساني.
4. حث الأسر الفلسطينية على إبقاء المسنين لديها، لما في ذلك من آثار إيجابية على المسن.
5. أن يتم تقديم الدعم اللازم من قبل الدولة للأسر التي لديها كبار السن لمساعدتها على القيام برعايتهم.
6. قيام الحكومة بإنشاء مراكز خدمات رعاية صحية تعنى بصحة كبار السن.
7. أن تحذو التشريعات الفلسطينية حذو الشريعة الإسلامية في الأحكام الخاصة برعاية كبار السن.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- القانون الأساسي المعدل للعام 2003، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز 2 الصادر في 2003/03/19.
- مرسوم رقم (9) لسنة 2007 بشأن إعلان حالة الطوارئ، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 71 الصادر بتاريخ 9 آب 2007.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، أبواب صلاة الجماعة والإمامة، مقال على موقع (إسلام ويب)، انظر الرابط : (islamweb.net) (تاريخ الزيارة : 2020/11/25).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، دار ابن كثير، بيروت، ط 1407، 1987م.
- مسلم، بن الحجاج، صحيح مسلم، دار الباز، مكة المكرمة، د.ط، د.ت. .
- خالد، ازدهار : بحث عن كبار السن، مقال على موقع (موضوع)، انظر الرابط : (mawdoo3.com) (تاريخ الزيارة : 2020/11/22).
- خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، ط 7، 2002م.
- دعيس، معن شحدة، كبار السن بين مظلة الحقوق ومطرقة الإهمال، شركة ثيرد دايمنشن للتصميم والطباعة، رام الله، د.ط، 2018م.
- السبت، خالد بن عثمان: شرح كتاب رياض الصالحين، مقال على موقع (فضيلة الشيخ أ. د. خالد بن عثمان السبت)، انظر الرابط : (khaledalsabt.com) (تاريخ الزيارة : 2020/11/22).
- زيد الكيلاني، سري، تدابير رعاية البيئة في الشريعة الإسلامية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2، 2014.
- السرحان، عبدالله ناصر، رعاية المسنين في الإسلام، دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، د.ط، 1421هـ.
- السقاف، علوي بن عبد القادر : شروح الأحاديث، مقال على موقع (الدُرر السننية)، انظر الرابط : (dorar.net) (تاريخ الزيارة : 2020/11/22).
- السيد، الخضري عبد المنعم علي : توقيير الكبير خلق الإسلام العظيم، مقال على موقع (طريق الإسلام)، برابط : (ar.islamway.net) (تاريخ الزيارة : 2020/11/25).

- شحرور، غسان: تعريف المسن ومن هم المسنون، مقال على موقع (الاتحاد النوعى لهيئات رعاية اللغات الخاصة والمعاقين) (تاريخ الزيارة: 2020/11/22).
- شريف، عبد الله شريف، الإسلام ورعاية المسنين، وزارة الثقافة والإعلام، دبي، ط1، 2002م.
- الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة العلمية، القاهرة، ط1، 1315هـ.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1968م.

الجهاد في تفسير المنار (دراسة تحليلية نقدية)

Jihad in the interpretation of Al-Manar (a critical analytical study)

أ.د. عودة عبد عودة عبد الله¹ جامعة النجاح الوطنية – فلسطين

Odeh74a@najah.edu

هادي بهجت صبري² جامعة النجاح الوطنية – فلسطين

hadi-s-1@hotmail.com

ملخص:

ناقشت هذه الدراسة مفهوم الجهاد في تفسير المنار وطبيعة وروده ومعالجته وفق بيان حقيقة الجهاد وأقسامه،، والوقوف على منور تفسير المنار من جهاد الطلب، ومن ثم تقييم ما قرره تفسير المنار حول الجهاد. في ذلك وقد اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي؛ باستقراء ما جاء في تفسير المنار حول حكم الجهاد. والمنهج الوصفي التحليلي؛ وذلك بمحاولة جمع المعلومات وتنظيمها للوقوف على حقيقة الجهاد في تفسير المنار. وفق تفصيلات وردت في هذا البحث

Abstract:

- This study discussed the concept of jihad in the interpretation of Al-Manar and the nature of its arrival and treatment according to the statement of the reality of jihad and its divisions., and to stand on the enlightenment of the interpretation of Al-Manar from the jihad of demand, and then evaluate what the interpretation of Al-Manar decided about jihad. According to the details provided in this research

¹ رئيس قسم أصول الدين – جامعة النجاح الوطنية - فلسطين

² باحث في الدراسات القرآنية (طالب دكتوراة بقسم أصول الدين، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين)

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، معز المؤمنين ومذل الكافرين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، سيد المجاهدين، المبعوث رحمة للعالمين.

وبعد، فإن الجهاد في سبيل الله من الأحكام الشرعية الأساسية في دين الإسلام، وهو من أكثر الأحكام التي توثق صلة الإسلام بالحياة، وتجعله قابلاً للتطبيق على أرض الواقع.

وقد تكلم العلماء قديماً وحديثاً في أحكام الجهاد بشكل مفصل، وبينوا أهميته والحكمة منه؛ وكان من أهم المسائل التي تعرضوا لها: حقيقة الجهاد وحكمه، ومسوغات قتال الكفار، هل هي محصورة في الجانب الدفاعي، أم أنها أوسع من ذلك؟ ومن أهم التفاسير المعاصرة التي تكلمت حول هذا الموضوع: تفسير المنار، وكان لمؤلفيه -وهما الإمام محمد عبده والشيخ محمد رشيد رضا- بعض الاختيارات والتقريرات في هذا الموضوع، ومن المفيد الوقوف عليها وعلى حقيقتها، طلباً للفائدة، وتقييماً لموقفهما من بعض القضايا.

أهمية الدراسة:

يمكن بيان أهمية هذه الدراسة من خلال أمور:

- أهمية موضوع الجهاد، لما له من مكانة في الإسلام، وتأثير أساسي في حياة المسلمين.
- بعض الجزئيات المتعلقة بالجهاد كانت ولا زالت محل بحث وجدل بين المسلمين.

الدراسات السابقة:

تعددت الدراسات حول تفسير المنار، ما بين بحث في منهجيته عموماً، أو دراسة بعض المسائل من خلاله، ومن هذه الدراسات:

١- الاتجاه الفقهي في تفسير المنار (العبادات)، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في التفسير وعلوم القرآن، في جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، في السودان، وهي مقدمة من قبل الطالب محمد علي الزغول، عام ١٩٩٦م، وقد قدم الباحث بمقدمات تحدث فيها عن التفسير الفقهي، قديماً وحديثاً، ثم عرض ما جاء في تفسير المنار في أبواب العبادات الخمس (الطهارة، والصلاة، والزكاة، والصيام، والحج)، ثم تحدث عن منهجية تفسير المنار الفقهية.

٢- أثر الاتجاه العقلي السلبي في تفسير المنار، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن، في الجامعة الإسلامية بغزة، وهي مقدمة من قبل الطالب ماجد صبحي الرنتيسي، عام ٢٠٠١م، وقد قدم الباحث بتمهيد حول العقل ومكانته، وتحدث عن التفسير العقلي، ثم تحدث عن أثر التفسير العقلي في تفسير المنار على مباحث العقيدة، وعلوم القرآن، والألفاظ القرآنية، وبعض القضايا الفقهية، والتاريخية.

٣- موقف تفسير المنار من روايات أسباب النزول والإسرائيليات، وهو بحث محكم في مجلة جامعة آل البيت، من قبل الدكتور أحمد مفلح القضاة، عام ١٩٩٩م، وقد تحدث فيه عن موقف تفسير المنار من الإسرائيليات، وكيفية تعامله مع أسباب النزول.

وقد تميز هذا البحث ببحث حكم الجهاد بشكل خاص من خلال تفسير المنار.

مشكلة البحث:

يحاول هذا البحث الإجابة على سؤال رئيس، وهو: كيف تعامل تفسير المنار مع حكم الجهاد؟

ويتفرع عن هذا السؤال سؤالان آخران، وهي:

- ما حقيقة الجهاد؟ وما أقسامه؟
- ما موقف تفسير المنار من جهاد الطلب؟
- ما أوجه الصواب والخطأ فيما قرره تفسير المنار حول الجهاد؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان أمور، وهي:

- بيان حقيقة الجهاد وأقسامه.
- بيان موقف تفسير المنار من جهاد الطلب.
- تقييم ما قرره تفسير المنار حول الجهاد.

منهج البحث:

اتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي؛ وذلك باستقراء ما جاء في تفسير المنار حول حكم الجهاد. والمنهج الوصفي التحليلي؛ وذلك بمحاولة جمع المعلومات وتنظيمها للوقوف على حقيقة الجهاد في تفسير المنار.

حدود الدراسة:

يهتم هذا البحث بمعرفة حكم الجهاد من خلال تفسير المنار، مع مقارنة بعض الجزئيات مع أقوال الفقهاء. وعليه، فليس من حدود الدراسة: معرفة الأدلة أو الأقوال التي لم يذكرها تفسير المنار، ولا مناقشتها.

خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة وخمسة مطالب وخاتمة.

أما المقدمة ففيها: بيان أهمية البحث، والدراسات السابقة، ومشكلة البحث، وأهداف البحث، ومنهج البحث، وحدود الدراسة، وخطة البحث.

المطلب الأول: حقيقة الجهاد في اللغة والاصطلاح وفي تفسير المنار.

المطلب الثاني: أنواع الجهاد عند العلماء وفي تفسير المنار.

المطلب الثالث: حكم جهاد الدفع في تفسير المنار.

المطلب الرابع: نصوص في تفسير المنار تحتل جهاد الدفع باستنفار الإمام.

المطلب الخامس: حكم ابتداء الكفار بالقتال في تفسير المنار.

المطلب السادس: مناقشة أدلة تفسير المنار فيما يتعلق بابتداء الكفار بالقتال.

وأما الخاتمة ففيها أهم ما توصل إليه البحث من نتائج.

المطلب الأول: حقيقة الجهاد في اللغة والاصطلاح وفي تفسير المنار

قال ابن فارس: "الجيم والهاء والذال أصله المشقة، ثم يحمل عليه ما يقاربه. يقال جهدت نفسي وأجهدت والجهد الطاقة.... ومما يقارب الباب: الجهاد، وهي الأرض الصلبة"⁽¹⁾.

والمعنى اللغوي للجهاد يشمل القتال، ومجاهدة الشيطان، ومجاهدة النفس، قال الراغب الأصفهاني: "والجهاد ثلاثة أضرب: مجاهدة العدو الظاهر، ومجاهدة الشيطان، ومجاهدة النفس.

وتدخل ثلاثها في قوله: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ...﴾ [الحج: ٧٨]..."⁽²⁾.

والجهاد في الاصطلاح هو "الدعاء إلى الدين وقتال من لم يقبله حقيقة أو حكماً بأداء الجزية أو المصالحة"⁽³⁾.

ولم يختلف تفسير المنار في بيانه لكلمة الجهاد عن العلماء، فذكر معناه اللغوي ومعناه الاصطلاحي، فقال: «الجهاد كلمة إسلامية تستعمل بمعنى الحرب عند بقية الأمم، بمعنى كون كل منهما مصلحة من مصالح الدولة العامة لها أحكام خاصة، وتستعمل بمعناها اللغوي الأعم»⁽⁴⁾.

وذكر المعنى اللغوي الواسع الذي ذكره الراغب، والذي تقدم في المعنى اللغوي⁽⁵⁾.

وذكر في موضع آخر أن الجهاد أنواع، وأن هذه الأنواع ترجع إلى جنسين: الجهاد بالمال، والجهاد بالنفس، والقتال نوع من أنواع الجهاد بالنفس، فقال: "والجهاد أنواع ترجع إلى جنسين: الجهاد بالمال، والجهاد بالنفس. والقتال نوع من أنواع الجنس الثاني، ومنها أنواع أخرى علمية وعملية. فمهندس الحرب الحق العادلة مجاهد في سبيل الله، وواضع الرسوم لمواطنها وطرقها كذلك، إلخ"⁽⁶⁾.

ولا تناقض بين هذا الكلام وبين ما نقله عن الراغب؛ فكلام الراغب فيه تفصيل، والتقسيم الثاني فيه دمج نوعين معاً، والتقسيمات أمرها واسع.

(1) ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، دار الفكر، مادة (جَهَد)، (١/٤٨٦، ٤٨٧).

(2) الراغب الأصفهاني: الحسين بن المفضل، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان الداوودي، ط ٣/١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، دار القلم-دمشق، مادة (جهد)، (٢٠٨).

(3) البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، ط ١/١٤٢٤هـ-١٩٨٦م، دار الكتب العلمية-بيروت، (٧٤).

(4) رضا: محمد رشيد بن علي رضا، تفسير القرآن الحكيم، ١٩٩٠م، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (١٠/٢٦٩).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٦٩).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢١٠).

وقد يحمل تفسير المنار معنى الجهاد على معناه اللغوي أحيانا، كما قال في تفسير قوله تعالى: ﴿أَمْ حَسِبْتُمْ أَنْ تُدْخَلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَعْلَمِ اللَّهُ الَّذِينَ جَاهَدُوا مِنْكُمْ وَيَعْلَمَ الصَّابِرِينَ﴾ [آل عمران: ١٤٢]: "والجهاد هنا أعم من الحرب للدفاع عن الدين وأهله وإعلاء كلمته، قال الأستاذ الإمام: ربما يقول قائل: إن الآية تفيد أن من لم يجاهد ويصبر لا يدخل الجنة، مع أن الجهاد فرض كفاية. ونقول: نعم، إنه لا يدخل الجنة من لم يجاهد في سبيل الحق، ولكن الجهاد في الكتاب والسنة يستعملان بمعناهما اللغوي - وهو احتمال المشقة في مكافحة الشدائد - ومنه جهاد النفس الذي روي عن السلف التعبير عنه بالجهاد الأكبر"⁽¹⁾.

ولكن لا يفهم من هذا أنه يحمل كل الآيات التي ذكرت كلمة الجهاد على المعنى اللغوي، فإنه يتحدث هنا عن رفع إشكال في آية معينة، وقوله: «ولكن الجهاد في الكتاب والسنة يستعملان بمعناهما اللغوي...» لا يفهم منه الحصر.

كما أن صنيعة في تفسيره⁽²⁾ يدل على أنه لا يحمل كل آيات الجهاد على المعنى اللغوي الواسع، بل هو يحمل معنى الجهاد على القتال في كثير من الآيات.

المطلب الثاني: أنواع الجهاد عند العلماء وفي تفسير المنار

كثيرا ما يرى في كلام العلماء تقسيم بعض المعاني إلى أقسام، ويكون مقصودهم من ذلك غالبا هو تسهيل المعلومة وتقريبها، ولكن هذه التقسيمات مع مرور الزمن قد تُحدث بعض الإشكالات عند بعض الناس، وليس الإشكال في هذه التقسيمات بحد ذاتها؛ إذ الأصل في التعامل مع التقسيمات التسهيل وعدم المشاحة، إذا لم يترتب عليها معان باطلة، ولكن الخطأ في التعامل معها هو الغفلة عن أنها مجرد تقسيمات لتقريب الفهم، والتعامل معها على أنها جزء من الحقائق الشرعية، وهذا قد ينتج عنه بعض الإشكالات، كما قد ينتج عنه صعوبة في تحرير موقف بعض العلماء من بعض القضايا، نتيجة لما قد يدخل تلك الاصطلاحات من إجمال أو اختلاف في الاستعمال.

ومن ذلك ما سيأتي في هذا المطلب من اختلاف معنى جهاد الدفع عند الجمهور عن معناه في تفسير المنار.

ولذلك فإن هذا المطلب هو مطلب محوري في هذا البحث، والكلام في هذا البحث مبني عليه في الغالب، وبخاصة المطلبان الآتيان في حكم الجهاد.

أولا: أنواع الجهاد عند العلماء

قسم العلماء الجهاد بأكثر من اعتبار؛ فمن العلماء من قسمه باعتبار حكمه الشرعي التكليفي، وهذا التقسيم هو الغالب -كما سيأتي بيانه-، ويذكرون في هذا التقسيم أن الجهاد واجب على الكفاية، وأنه يتعين في حالات.

ومن العلماء من قسم الجهاد باعتبار آخر؛ وهو مكان وجود الأعداء، فإذا غزى الكفار بلاد المسلمين فاحتلوها أو حاصروها سمّوه جهاد دفع، وإذا خرج المسلمون مجاهدين إلى بلاد الكفار سمّوه جهاد طلب.

(1) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٤/٢٨٨).

(2) مثل المواضع التي تأتي.

ويلاحظ أن بعض العلماء الذين قسموا الجهاد إلى دفع وطلب ذكروا هذا التقسيم في سياقات معينة، كبيان فضل أحدهما على الآخر، كما في قول الإمام العز بن عبد السلام: «وكذلك تتفاوت رتب فرض الكفاية فيما تجلبه من مصلحة أو تدرؤه من مفسدة، فقتال الدفع أفضل من قتال الطلب»⁽¹⁾.

وقال ابن القيم: «وأما جهاد الطلب الخالص، فلا يرغب فيه إلا أحد رجلين: إما عظيم الإيمان يقاتل لتكون كلمة الله هي العليا، ويكون الدين كله لله، وإما راغب في المغنم والسبي. فجهاد الدفع يقصده كل أحد، ولا يرغب عنه إلا الجبان المذموم شرعا وعقلا، وجهاد الطلب الخالص لله يقصده سادات المؤمنين، وأما الجهاد الذي يكون فيه طالبا مطلوبا، فهذا يقصده خيار الناس؛ لإعلاء كلمة الله تعالى ودينه، ويقصده أوساطهم للدفع ولحبة الظفر»⁽²⁾.

ويرى الباحث أن تُذكر هنا حالات الجهاد التي ذكرها العلماء كل على حدة، دون التقييد بتقسيم معين وذلك لأسباب، منها:

١- أن التقسيمين المتقدمين تتوزع تحتها حالات متعددة، وقد يأتي بعض العلماء أو الباحثين فيخرجون أنواعا من تحت قسم، ويدخلونها تحت قسم آخر لاعتبارات معينة، وهذا قد ينتج عنه حالة من الإجمال والإشكال، بحيث يفهم البعض أن بعض أنواع الجهاد غير مشروعة أو أنها ليست واجبة، مع أن الواقع أنها واجبة عند الجميع، أو عند أصحاب ذلك التقسيم على أقل تقدير.

٢- هذا الفصل بين الحالات يساعد في معرفة مدى وجود خلاف حقيقي بين العلماء انبنى على هذين التقسيمين للجهاد.

٣- كما أنه يساهم بشكل هام في معالجة مفهوم جهاد الدفع عند صاحب المنار كما سيأتي.

وبعد النظر في شريحة من الكتب الفقهية المعتمدة وكتب أحكام القرآن فإنه يمكن تفصيل حالات الجهاد التي ذكروها إلى ما يلي:

أ- حالة اعتداء الكفار على بلاد المسلمين، وهذا يشمل الاحتلال والحصار.

وهو فرض عين عند جميع العلماء، مع بعض التفاصيل المتعلقة بالذين يتعلق بهم هذا الفرض⁽³⁾.

ب- حالة نقض الكفار للعهد، كأن يقاتلوا المسلمين أو أحلافهم⁽⁴⁾.

ج- حالة ظلم الأعداء لمن عندهم من المسلمين⁽⁵⁾.

(1) العز بن عبد السلام: محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، تعليق: طه عبد الرؤوف، ١٤١٤هـ-١٩٩١م، مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة، (١/٥٥).

(2) ابن القيم: أحمد بن أبي بكر، الفروسية، تحقيق: زائد النشيري، ط ١/١٤٢٨هـ، دار عالم الفوائد- مكة، (١٢٤). وينظر: الحقييل: إبراهيم بن محمد، الاستدلال الخاطي بالقرآن والسنة على قضايا الحرية، ط ١/١٤٣٤هـ، مجلة البيان، (٤١٤، ٤١٥).

(3) ينظر: ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط ٢/١٤١٢هـ-١٩٩٢م، دار الفكر- بيروت، (١٢٢/٤-١٢٤، ١٢٦). الصاوي: أحمد بن محمد الخلوئي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف (٢/٢٧٤). الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (١٧٥/٢). الرملي: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ١٤٠٤هـ، دار الفكر- بيروت، (٨/٥٨، ٥٩). الهيتي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، (٩/٢٣٥). البهوتي: منصور بن يونس، كشف القناع عن الإقناع، ط ١/١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، دار النوادر (٧/١٦).

(4) ينظر: الجصاص: أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاي، ١٤٠٥هـ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (٤/٢٧٥). الكيا الهراسي: علي بن محمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: موسى محمد علي وآخر، ط ٢/١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، (٤/١٨٣).

(5) ينظر: القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد المحسن التركي وآخرون، ط ١/١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، مؤسسة الرسالة- بيروت، (٦/٤٥٩).

د- حالة غزو المسلمين لبلاد الأعداء وإن لم يبدؤونا بالقتال أو الأذى، وهي المسماة عندهم بجهاد الطلب، وهو فرض كفاية عند المذاهب الأربعة، وحكي الإجماع على ذلك⁽¹⁾.

والملاحظ أن هذه الحالة تشمل عدم وجود سبب ظاهر للقتال، وتشمل -من باب أولى- الأسباب التي تتعلق بتعطيل الدعوة.

هـ- حالة تلاقي الصفيين للقتال.

وفي وجوبها خلاف⁽²⁾.

و- حالة استنفار الإمام للناس أو لمعينين للجهاد لأي سبب من الأسباب المشروعة.

ويتعين في هذه الحال⁽³⁾.

ز- القتال لأجل فكك الأسرى⁽⁴⁾.

هذا ما تم الوقوف عليه من حالات تفصيلية، ومن النتائج التي يمكن أن تؤخذ منها:

١- أن الفقهاء في الغالب اعتمدوا تقسيم الجهاد من حيث حكمه، لا من حيث مكان الكفار.

وعند التأمل فإن تقسيم الجهاد من حيث الحكم أكثر دقة، لأن تقسيم الجهاد إلى دفع وطلب يخرج عنه بعض الصور، كصورة استنفار الإمام للناس، وصورة تلاقي الصفيين.

٢- أن العلماء الذين تم النقل عنهم متفقون على مشروعية غزو المسلمين لبلاد الكفار ابتداء، وقد حكي بعض العلماء الإجماع على ذلك كما سيأتي في المطلب الخامس من هذا المبحث.

٣- لم يترتب على تقسيم الجهاد إلى قسمين عند الجمهور خلاف في مشروعية غزو الكفار ابتداء؛ فمع أن بعضهم قال بهذا التقسيم، ولكنهم لم ينكروا مشروعية الغزو ابتداء.

ثانياً: أنواع الجهاد في تفسير المنار

لم يصرح تفسير المنار بتقسيم الجهاد إلى جهاد دفع وجهاد طلب، ولكن تقسيم الجهاد إلى دفع وطلب مفهوم بشكل واضح من خلال إنكاره لبدء الكفار بالقتال بدون سبب معتبر عنده، ومن ذلك قوله: "أما الحرب والقتال لمحض البغي والعدوان، والضاوأة بسفك الدماء كحروب بعض الملوك المستبدين والغابرين- أو لغرض الانتقام والبغض الديني كالحروب الصليبية، أو لأجل الطمع في المال وسعة الملك، وتسخير البشر وإرهاقهم؛ لتمتع القوي بثمرات كسب الضعيف كحروب أوربة الاستعمارية في هذا العصر- فكل هذه الحروب محرمة في الإسلام لا يبيح شيئاً منها"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: ابن نجيم المصري: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي، (٧٦/٥)، ابن عابدين: رد المحتار (١٢٢/٤)، (١٢٣). الصاوي: بلغة السالك، (٢٧٢/٢). الدسوقي: حاشية الدسوقي، (١٧٣/٢). الرملي: نهاية المحتاج، (٤٦، ٤٥/٨). الهيتي: تحفة المحتاج، (٢١٢/٩). الهوتي: كشف القناع، (٥/٧).

(2) ينظر: الرملي: نهاية المحتاج، (٥٨/٨). الهوتي: كشف القناع، (١٦/٧).

(3) ينظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، (١٧٥/٢). الهيتي: تحفة المحتاج، (٢٣٥/٩). الهوتي: كشف القناع، (١٦/٧).

(4) ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (٤٥٩/٦). ابن العربي: محمد بن عبد الله المالكي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط ٢/٢٤٤-١٤٢٠ م، دار الكتب العلمية-بيروت، (٥٨٢/١).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٦٩-٢٧٤).

ومن خلال استقراء الكلام في تفسير المنار حول مفهوم الجهاد فإنه يمكن بيان موقفه من أنواع الجهاد من خلال أمور:

الأمر الأول: أن معنى جهاد الدفع في تفسير المنار يشمل:

١- حالة احتلال الأعداء لشيء من بلاد الإسلام، ويؤخذ هذا من قوله: "تقدم أنفاً أن الحربيين إذا هاجموا دار الإسلام واستولوا على شيء منها صار القتال فرضاً عينياً على المسلمين، فإذا أعلن الإمام النفير العام وجب على كل فرد منهم أن يطيعه بما يقدر عليه من الجهاد بنفسه وبماله، وتجب طاعته فيما دون ذلك بالأولى كأن يستنفر بعضهم دون بعض" (١).

٢- محاربة الدعوة إلى الإسلام، ومنع المسلمين منها.

ويؤخذ هذا من قوله: "وأن الغرض الأول من هذا الاستعداد إرهاب عدو الله، وهم كل من يقاوم دينه ويمنع نشره ويضطهد أهله، وعدو المسلمين الذي يعاديهم ولو لغير دينهم كالطمع في بلادهم، والضراوة باستعبادهم؛ ليخشوا بأسهم فلا يعتدوا عليهم، فإن اعتدوا لم يجدوهم ضعفاء ولا عاجزين" (٢).

وقال: "وليس ما صاروا إليه دون ما كانوا فيه فلو فرضنا أن الخروج إلى القتال سبب مطرد للقتل لا يتخلف كما يوهم كلام المنافقين لما صح أن يكون مثبّطاً للمؤمن عن الجهاد عند وجوبه بمثل مهاجمة المشركين للمؤمنين في أحد، أو بفتنة المسلمين عن دينهم ومنعهم من الدعوة إليه وإقامة شعائره، وهو ما كان عليه جميع مشركي العرب في زمن البعثة، فكيف والخروج إلى القتال هو سبب للسلامة في الغالب؛ لأن الأمة التي لا تدافع عن نفسها يطمع غيرها فيها، فإذا هاجمها الأعداء ظفروا بها ونالوا ما يريدون منها" (٣).

٣- استضعاف المسلمين.

ويؤخذ من النقلين السابقين في (محاربة الدعوة إلى الإسلام، ومنع المسلمين منها).

٤- الطمع في بلاد المسلمين.

ويؤخذ من النقل الأول في (محاربة الدعوة إلى الإسلام، ومنع المسلمين منها).

٥- معاونة الأعداء على المسلمين.

ويقول في ذلك: "ومن الضروري أن من شروطه [العهد مع الكفار] التي ينتقض بالإخلال بها عدم مظاهرة أحد من أعدائنا وخصوصاً علينا" (٤).

الأمر الثاني: أنه ينكر دخول غير هذه الحالات في مفهوم الجهاد؛ أما موقفه من بعض الصور فإنه يصف بعضها بأنه "اعتداء"، وهو الغالب، كما في قوله: "أما الحرب والقتال لمحض البغي والعدوان، والضراوة بسفك الدماء كحروب بعض الملوك المستبدين والغابرين -أو لغرض الانتقام والبغض الديني كالحروب الصليبية، أو لأجل الطمع في المال وسعة الملك،

(١) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧٤ - ٢٨١).

(٢) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧٤ - ٢٦٩).

(٣) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٤/ ١٩١).

(٤) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ١٣٨).

وتسخير البشر وإرهابهم؛ لتمتع القوي بثمرات كسب الضعيف كحروب أوربة الاستعمارية في هذا العصر- فكل هذه الحروب محرمة في الإسلام لا يبيح شيئاً منها⁽¹⁾.

وقد يعبر عنها أحياناً بأنها "مقتضيات الملك"، وقد استخدم هذا التعبير في سياق تسويق توسع المسلمين في فتح البلدان، حيث قال: "وإنما شهر المسلمون سيوفهم دفاعاً عن أنفسهم، وكفا للعدوان عنهم، ثم كان الافتتاح بعد ذلك من ضرورة الملك، ولم يكن من المسلمين مع غيرهم إلا أنهم جاوروهم وأجاروهم، فكان الجوار طريق العلم بالإسلام، أو كانت الحاجة لصالح العقل والعمل داعية الانتقال إليه"⁽²⁾.

الأمر الثالث: أنه يقسم الجهاد أحياناً إلى واجب على التعيين وواجب على الكفاية، ويقصد بالواجب العيني: حالة هجوم الأعداء على بلاد المسلمين أو استنفار الإمام للناس، ويقصد بالواجب الكفائي ما سوى ذلك من الصور التي يقول بمشروعيتها.

ومما يدل على ذلك قوله: "فجعل الجهاد فرضاً محتوماً على كل أحد ممن دخل في الإسلام، إما كفاية وهذه إذا لم يكن النفير عاماً، وإما عينا إذا هاجم العدو البلد وعم النفير، قال في الهداية⁽³⁾: (الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين، فإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه، إلا أن يكون النفير عاماً فحينئذ يصير من فروض الأعيان).

فالمسلم لا يخلو من إحدى الخطتين. إما مرتزق، وهو من دخل في العسكر ونصب للقتال نفسه، أو متطوع، وهو من لم يأخذ نصيبه من الجهاد، ولكن إذا جاءت الطامة ووقع النفير لا يمكنه الاعتزال عن القتال والتنجي عنه، بل عليه أن يدخل فيما دخل المسلمون طوعاً أو كرهاً"⁽⁴⁾.

وبناء عليه فإنه يمكن تلخيص موقف تفسير المنار المتعلق بتقسيم الجهاد بأنه:

١- يوسع مفهوم جهاد الدفع، فهو يشمل عنده حالات أكثر مما عناه جمهور العلماء.

٢- أنه ينكر أن تكون غير حالات جهاد الدفع- على اصطلاحه- داخلية في مفهوم الجهاد، وهذا ما يعبر عنه بجهاد الطلب.

وبناء على ذلك فإنه ينبغي أن يفهم الكلام في تفسير المنار على اصطلاحه هو، فلا يُنسب إليه إنكار بعض حالات الجهاد لمجرد أنه ينكر "جهاد الطلب"، لأن معنى جهاد الطلب عنده يختلف عن معناه عند جمهور العلماء، وإنما ينسب إليه إنكار ما لا يدخل عنده في جهاد الدفع، كحالة الجهاد بهدف نشر دين الإسلام.

المطلب الثالث: حكم جهاد الدفع في تفسير المنار

يرى تفسير المنار وجوب جهاد الدفع، ويؤكد على أهميته، ويمكن إجمال تقريره لهذا الأمر من خلال أمور:

الأمر الأول: التأكيد على أنه فرض عين على المسلم.

(1) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٦٩ - ٢٧٤).

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٦٩ - ٢٧٤).

(3) نقل المؤلف هنا عبارة بداية المبتدي، وهو المتن المشروح في الهداية. ينظر: المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح- القاهرة، (١١٤). وله: الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي- بيروت، (٢/ ٣٧٨).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٥٩ - ٢٦٠).

وفي ذلك يقول: "تقدم أنفا أن الحربيين إذا هاجموا دار الإسلام واستولوا على شيء منها صار القتال فرضا عينيا على المسلمين"⁽¹⁾.

الأمر الثاني: أنه عامل أساسي من عوامل نهوض أمة الإسلام.

قال: "وإنما أعدنا ذكره لنذكر المسلمين وغير المسلمين من العارفين بأحكام الإسلام بأن السكوت عن هذه المسألة لا يمكن أن يطول بعد أن استيقظ العالم الإسلامي كغيره من شعوب الشرق من رقاده الطويل، وطفق يبحث في ماضيه وحاضره، وما ينبغي أن يكون عليه الأمر في مستقبله، وهاتف الإيمان يهتف في أعمال سيرته مذكرا إياه بما أوجبه الله عليه من إعادة تلك الدار الواسعة، أو الممالك الشاسعة، وإقامة تلك الشريعة العادلة، وإحياء تلك الهداية الشاملة لتضيء للبشر الطريق للخروج من ظلمات هذا الاضطراب النفسي، والفوضى الاجتماعية، والسرف الشهواني، التي أحدثتها الأفكار المادية ونزعات الإلحاد والحكم البلهشي الذي هو شر نتائجها"⁽²⁾.

وقال ملوفا للأعداء بذلك: "ولما كان تفسيرنا هذا تفسيراً علمياً أثريا عصرياً وجب علينا في هذا المقام أن نبين حال مسلمي عصرنا فيه مع مغتصبي بلادهم، والجائنين على دينهم وديناهم؛ ليكون أهل البصيرة والعلم من الفريقين على بينة من التنازع والتخاصم الواقع بينهما فيجدوا له صلحا معتدلا إن أمكن الصلح بالاختيار، فإن لم يفعلوا فلينتظروا حكم الأقدار، فيما لسنن الاجتماع من الأطوار، وتلك الأيام نداولها بين الناس"⁽³⁾.

الأمر الثالث: أنه أمر غير منكر عند الثقافات الأخرى.

ويقول في ذلك: "وهذا الحكم هو الذي تجري عليه الدول الأوروبية وغيرها في هذا العصر"⁽⁴⁾.

وقال: "ومذهب جماهير الفقهاء كلها أن هذا الجهاد والقتال لدفع الاعتداء الذي يقع على الدين أو الوطن فرض عين، وتوافقهم عليه جميع شرائع أمم الإفرنج كلها، ويعذرون كل أمة فقد من وطنها شيء"⁽⁵⁾.

الأمر الرابع: أن جهاد الدفع هو الحامي الذي يحمي النظام الإسلامي، ويحافظ على الأوطان.

قال: "هذا ما يفكر فيه خواص المسلمين في هذا العهد ويشاركهم الدهماء فيما هو من ضروريات الإسلام، وهو أنه دين سيادة وسلطان وتشريع، وحكومة شورية يحميها نظام حربي جامع بين القوة والرحمة والعدل"⁽⁶⁾.

الأمر الخامس: الرد على من أنكر جهاد الدفع.

(1) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٥)، وينظر كذلك: (١٠ / ٢٦٩ - ٢٧٤).

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٥).

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٤).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٦).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٤).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٥).

ويقول في ذلك: "ومثلها دعوى المسيحية القاديانية الهندية التي يلقب أهلها بالأحمدية، أن رئيس نحلهم (ميرزا غلام أحمد القادياني)⁽¹⁾ هو المسيح المبشر بعودته إلى الدنيا في بعض الأحاديث، وأنه كان يوحى إليه، ونسخت فرضية الجهاد على لسانه، فصار من الواجب على المسلمين عندهم أن يستسلموا للأجانب المستعبدين لهم، السالين لاستقلالهم المبطلين لشريعتهم، ولا يجوز لشعب إسلامي عندهم أن يدافع بالقتال عن ملته ووطنه، وإنما جعل القادياني هذا من أصول دينه خدمة للإنكليز، ولا يزال الباب مفتوحا عند أتباعه لمثل هذا بزعمهم أن وحي النبوة متصل في خلفائه وأتباعه، فالقول بهذا خروج من ملة الإسلام لا تنفع معه صلاة ولا زكاة ولا حج ولا صيام"⁽²⁾.

الأمر السادس: استنهاض الهمم للجهاد، ودم القاعدين عنه.

يقول عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٤٤]: "ذكرنا الله تعالى بعد هذا الأمر بأنه سميع عليم: لينبها على مراقبته فيما عسى أن نعتذر به عن أنفسنا في تقصيرها عن امتثال هذا الأمر في وقته، وأخذ الأهبة له قبل الاضطرار إليه، أمرنا أن نعلم أنه سميع لأقوال الجبناء في اعتذارهم عن أنفسهم: ماذا نعمل؟ ما في اليد حيلة، ليس لها من دون الله كاشفة، ليس لنا من الأمر شيء، لو كان لنا من الأمر شيء ما قعدنا هاهنا، فهذه الألفاظ في هذا المقام مفتاح الجبن، وعلل الخوف والحزن، فهي عند أهلها تعلات وأعدار، وعند الله تعالى ذنوب وأوزار، وما كان منها حقا في نفسه فهو من الحق الذي أريد به الباطل - وأن نعلم أنه عليم بما يأتيه مرضى القلوب وضعفاء الإيمان من الحيل والمراوغة، والفرار من الاستعداد والمدافعة، فإذا علمنا هذا وحاسبنا به أنفسنا، عرفنا أن كلا من المعتذر بلسانه والمتعلل بفعاله مخادع لربه ولنفسه وقومه"⁽³⁾.

المطلب الرابع: نصوص في تفسير المنار تحتل جهاد الدفع باستنفار الإمام

في تفسير المنار نصوص تحدثت عن وجوب جهاد الدفع، إلا أن فيها احتمالا لأن يكون الوجوب العيني للجهاد حالة هجوم الأعداء مقيدا باستنفار الإمام للناس.

ومن هذه النصوص:

١- قوله عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٣٦]: "أي قاتلوهم جميعا كما يقاتلونكم جميعا، بأن تكونوا في قتالهم إلبا واحدا لا يختلف فيه ولا يتخلف عنه أحد، كما هو شأنهم في قتالكم، وذلك أنهم يقاتلونكم لدينكم لا انتقاما ولا عصبية، ولا للكسب كدأهم في قتال قويمهم لضعيفهم، فأنتم أولى بأن تقاتلوهم لشركهم وهم بدءوكم أول مرة، وهذا لا يقتضي فرضية القتال على كل فرد من الأفراد إلا في حال إعلان الإمام للنفي العام"⁽⁴⁾.

(1) "أحمد بن مرتضى بن محمد القادياني، ويسمى مرزا غلام أحمد بن غلام مرتضى بن عطاء حمد، ويلقب بالمسيح الثاني: زعيم القاديانية ومؤسس نحلهم. هندي له كتابات عربية. نسبته إلى (قاديان) من قرى (بنجاب) ولد ودفن فيها ... خدم الحكومة الانكليزية (أيام احتلالها للهند)... وآمن به جمهور من الهنود، على أنه (نبي) تابع للشريعة الإسلامية... لا يزال له أتباع إلى اليوم في الهند وباكستان. وتصدى كثير من معاصريه للرد عليه وتكفيره". هلك عام ١٩٠٨ م.

ينظر: الزركلي: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي، الأعلام، ط ٥/ ٢٠٠٢ م، دار العلم للملايين، (١/ ٢٥٦).

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٩/ ١١٨).

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢/ ٣٦٥).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٣٥٩).

فقلوله: "وهذا لا يقتضي فرضية القتال على كل فرد من الأفراد إلا في حال إعلان الإمام للنفي العام" قد يفهم منه ذلك؛ ولكن يمكن دفع هذا بأن سياق كلامه ليس في حالة هجوم الأعداء، وإنما هو يتحدث عن أدب من آداب الجهاد عموماً، وهو وحدة المسلمين فيه.

٢- وقولوه: "تقدم أنفاً أن الحربيين إذا هاجموا دار الإسلام واستولوا على شيء منها صار القتال فرضاً عينياً على المسلمين، فإذا أعلن الإمام النفي العام وجب على كل فرد منهم أن يطيعه بما يقدر عليه من الجهاد بنفسه وبماله، وتجب طاعته فيما دون ذلك بالأولى كأن يستنفر بعضهم دون بعض" (1).

فقلوله: "فإذا أعلن الإمام النفي العام وجب على كل فرد منهم أن يطيعه..." قد يفهم منه أن الوجوب العيني يترتب على استنفار الإمام؛ ولكن الفهم محتمل، إذ قد تكون الفاء في لا يفهم من هذا النص أن تفسير المنار يترتب وجوب جهاد الدفع على استنفار الإمام، فقد تكون الفاء في قوله: "فإذا أعلن الإمام النفي..." للبيان، لا لترتيب القتال على الاستنفار.

٣- "فجعل الجهاد فرضاً محتوماً على كل أحد ممن دخل في الإسلام، إما كفاية وهذه إذا لم يكن النفي عاماً، وإما عيناً إذا هاجم العدو البلد وعم النفي، قال في الهداية: الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي، فإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه، إلا أن يكون النفي عاماً فحينئذ يصير من فروض الأعيان.

فالمسلم لا يخلو من إحدى الخطتين. إما مرتزق، وهو من دخل في العسكر ونصب للقتال نفسه، أو متطوع، وهو من لم يأخذ نصيبه من الجهاد، ولكن إذا جاءت الطامة ووقع النفي لا يمكنه الاعتزال عن القتال والتنجي عنه، بل عليه أن يدخل فيما دخل المسلمون طوعاً أو كرهاً" (2).

فقلوله: "وإما عيناً إذا هاجم العدو البلد وعم النفي" ظاهره ربط الوجوب العيني للجهاد حالة هجوم الأعداء؛ ولكن هذا الربط فيه احتمال، فإنه وإن كان ظاهره الربط السببي الذي يعني أن الاستنفار سبباً للوجوب العيني، ولكن قد يفهم منه الربط الأغلي، فيكون المعنى أن الأصل والغالب أن يعلن الإمام النفي حال دخول الأعداء.

والذي يترجح لدى الباحث أن تفسير المنار لا يقيد الوجوب العيني للجهاد حالة هجوم الأعداء باستنفار الإمام للناس، وذلك لتصريحه في مواضع أخرى بالوجوب العيني دون ذكر حالة الاستنفار، كما في قوله: "تقدم أنفاً أن الحربيين إذا هاجموا دار الإسلام واستولوا على شيء منها صار القتال فرضاً عينياً على المسلمين" (3).

وكما في قوله: "ومذهب جماهير الفقهاء كلها أن هذا الجهاد والقتال لدفع الاعتداء الذي يقع على الدين أو الوطن فرض عين، وتوافقهم عليه جميع شرائع أمم الإفرنج كلها، ويعذرون كل أمة فقد من وطنها شيء" (4).

وكما في قوله: "... وقد انعقد الإجماع بعد هذا الخلاف الذي كان في القرن الثاني على أن الجهاد من فروض الكفاية إلا أن يدخل العدو بلاد المسلمين فاتحاً فيكون فرض عين" (5).

المطلب الخامس: حكم ابتداء الكفار بالقتال في تفسير المنار

(1) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧٥).

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٥٨).

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧٥).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧٤).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢/ ٢٤٨).

قرر تفسير المنار بوضوح عدم مشروعية خروج المسلمين لقتال الكفار في بلادهم بدون سبب من الأسباب المعتبرة التي ذكرها.

وقد قرر تفسير المنار هذا المعنى من خلال عدد من الأدلة والتقارير، يمكن إجمالها في قسمين: القسم الأول: أدلة إثبات دعواه. والقسم الثاني: تفنيد أدلة المخالفين.

القسم الأول: أدلة إثبات دعواه، وهي أدلة استدلت بها تفسير المنار لإثبات دعواه وتأسيسها، وهي:

الدليل الأول: فرضه التلازم بين جهاد الطلب وبين الإكراه على اعتناق دين الإسلام، وأن الإسلام انتشر بالسيف.

وفي ذلك يقول: "وإنما أكثرنا من هذه الشواهد⁽¹⁾؛ لأن الإفرنج ومقلديهم وتلاميذهم من نصارى المشرق يزعمون أن الجهاد هو قتال المسلمين لكل من ليس بمسلم، لإكراههم على الإسلام، وإن لم يعتدوا عليهم ولم يعادوهم"⁽²⁾.

ويقول: "فقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ البقرة: ٢٥٦] قاعدة كبرى من قواعد دين الإسلام وركن عظيم من أركان سياسته فهو لا يجيز إكراه أحد على الدخول فيه، ولا يسمح لأحد أن يكره أحدا من أهله على الخروج منه، وإنما نكون متمكنين من إقامة هذا الركن وحفظ هذه القاعدة إذا كنا أصحاب قوة ومنعة نحوي بها ديننا وأنفسنا ممن يحاول فتننا في ديننا اعتداء علينا بما هو آمن أن نعتدي بمثله عليه إذ أمرنا أن ندعو إلى سبيل ربنا بالحكمة والموعظة الحسنة، وأن نجادل المخالفين بالتي هي أحسن معتمدين على تبين الرشد من الغي بالبرهان: هو الصراط المستقيم إلى الإيمان، مع حرية الدعوة، وأمن الفتنة، فالجهاد من الدين بهذا الاعتبار؛ أي أنه ليس من جوهره ومقاصده، وإنما هو سياج له وجنة، فهو أمر سياسي لازم له للضرورة، ولا التفات لما يهذي به العوام، ومعلموهم الطغام، إذ يزعمون أن الدين قام بالسيف وأن الجهاد مطلوب لذاته، فالقرآن في جملته وتفصيله حجة عليهم"⁽³⁾.

الدليل الثاني: اعتباره المبادرة بالقتال بدون الدواعي المعتبرة عنده نوعا من أنواع العدوان.

وفي ذلك يقول عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ البقرة: ١٩٠: "(ولا تعتدوا) بالقتال فتبدء وهم... (إن الله لا يحب المعتدين) أي: إن الاعتداء من السيئات المكروهة عند الله تعالى لذاتها"⁽⁴⁾.

وقال -أثناء حديثه عن تعريف دار الإسلام-: "وإذا كنا لا نرضى باعتداء الكفار على بلادنا، فلا نفعله نحن"⁽⁵⁾.

وقال: "أما الحرب والقتال لمحض البغي والعدوان، والضراوة بسفك الدماء كحروب بعض الملوك المستبدين والغابرين - أو لغرض الانتقام والبغض الديني كالحروب الصليبية، أو لأجل الطمع في المال وسعة الملك، وتسخير البشر وإرهاقهم؛ لتمتع القوي بثمرات كسب الضعيف كحروب أوربة الاستعمارية في هذا العصر- فكل هذه الحروب محرمة في الإسلام لا يبيع شيئا منها، لأنها لحظوظ الدنيا وشهواتها، ومن إهانة الدين المغضبة لشارع الدين أن يتخذ الدين وسيلة لها"⁽⁶⁾.

(1) شواهد على توسيع معنى الجهاد.

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٦٩).

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٣ / ٣٣، ٣٤). وينظر كذلك: (٣٠ / ١٠)، (١٠ / ٢٦٩ - ٢٧٤).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢ / ١٦٨).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٧).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠ / ٢٧٠).

الدليل الثالث: أن الغاية من الجهاد هي نفي الفتنة، مع تفسير الفتنة بأنها إيذاء المسلمين في دينهم، وبناء عليه فالقتال لا يكون إلا بسبب تعرض المسلمين للأذى أو خوفهم من ذلك.

وفي ذلك يقول في تفسير قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً﴾ [البقرة: ١٩٣]: "عطف على (قاتلوا) في الآية الأولى^(١)، فتلك بينت بداية القتال وهذه بينت غايته وهي ألا يوجد شيء من الفتنة في الدين؛ ولهذا قال الأستاذ الإمام: أي حتى لا تكون لهم قوة يفتنونكم بها ويؤذونكم؛ لأجل الدين، ويمنعونكم من إظهاره أو الدعوة إليه ﴿وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ وفي آية سورة الأنفال: ﴿وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾ [الأنفال: ٣٩] أي: يكون دين كل شخص خالصاً لله لا أثر لخشية غيره فيه، فلا يفتن لصده عنه ولا يؤذى فيه، ولا يحتاج فيه إلى الدهان والمدارة، أو الاستخفاء أو المحابة، وقد كانت مكة إلى هذا العهد قرار الشرك، والكعبة مستودع الأصنام، فالمشرك فيها حر في ضلالتة، والمؤمن مغلوب على هدايته ... ثم زاد تعليل الإذن بالقتال بيانا بنيانه على قاعدة عادلة معقولة، فقال تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ قِصَاصٌ فَمَنْ اعتدى عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ وَأَنْفَقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٤-١٩٥]^(٢).

وقال في تفسير قوله تعالى: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٩١]: "أي: إن فتنهم إياكم في الحرم عن دينكم بالإيذاء والتعذيب، والإخراج من الوطن، والمصادرة في المال، أشد قبحا من القتل... وما تقرر في هذه الآيات على هذا الوجه مطابق لقوله تعالى في سورة الحج: ﴿أَذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ. الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ﴾ [الحج: ٣٩-٤٠] الآيات. وهي أول ما نزل من القرآن في شرع القتال معللا بسببه مقيدا بشروطه العادلة"^(٣).

ورد تفسير الفتنة بالشرك بأن هذا يخرج الآية عن سياقها، فقال: "وفسر بعضهم الفتنة هنا وفي الآية الآتية بالشرك وجرى عليه (الجلال)^(٤)، ورده الأستاذ الإمام بأنه يخرج الآيات عن سياقها، وذكره البيضاوي^(٥) هنا بصيغة التضعيف: قيل"^(٦).

الدليل الرابع: أن الأصل في العلاقة بين المسلمين والكفار هي السلم، وأن الحرب ضرورة.

واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: ٦١]، فقال: (القاعدة الثالثة إثبات السلم على الحرب). هذه القاعدة مبنية على القاعدتين اللتين قبلها^(٧) إذا علم بهما أن الحرب ضرورة يقتضيها ما ذكر فيهما من المصالح ودفع المفساد، وأن السلم هي الأصل التي يجب أن يكون عليها الناس؛ فلماذا أمرنا الله

(١) يريد قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ﴾، وقد قال في تفسيرها: "وردت هذه الآيات في الإذن بالقتال للمحرمين في الأشهر الحرم إذا فوجئوا بالقتال بغيا وعدوانا...يقول: أيها المؤمنون الذين تخافون أن يمنعكم مشركو مكة عن زيارة بيت الله والاعتمار فيه نكتا منهم للعهد وفتنة لكم في الدين، وتكرهون أن تدافعوا عن أنفسكم بقتالهم في الإحرام والشهر الحرام، إنني أذنت لكم في القتال على أنه دفاع في سبيل الله للتمكن من عبادته في بيته وتربية لمن يفتنكم عن دينكم وينكث عهدهم، لا لحظوظ النفس وأموالها، والضراوة بحب التسافل، فقاتلوا في هذه السبيل الشريفة من يقاتلكم، ﴿ولا تعتدوا﴾ بالقتال فتبدءوهم، ولا في القتال فتقتلوا من لا يقاتل كالنساء والصبيان والشيوخ والمرضى، أو من ألقى إليكم السلم وكف عن حربكم، ولا بغير ذلك من أنواع الاعتداء كالتخريب وقطع الأشجار، وقد قالوا: إن الفعل المنفي يفيد العموم. علل الإذن بأنه مدافعة في سبيل الله وسيأتي تفصيله في الآية التالية، وعلل النهي بقوله: ﴿إن الله لا يحب المعتدين﴾ أي: إن الاعتداء من السيئات المكروهة عند الله تعالى لذاتها فكيف إذا كان في حال الإحرام، وفي أرض الحرم والشهر الحرام؟" [رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٦٨/٢)].

(٢) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٧٠/٢). وينظر كذلك: (٣٤، ٣٣/٣).

(٣) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٦٨/٢، ١٦٩).

(٤) ينظر: المحلي: محمد بن أحمد والسيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، تفسير الجلالين، مصور عن طبعة دار السلام، (٣٨).

(٥) ينظر: البيضاوي: عبد الله بن عمر بن محمد، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق: مجدي السيد وآخر، المكتبة التوفيقية- القاهرة، (١٣٩/١).

(٦) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٦٨/٢، ١٦٩).

(٧) أورد تفسير المنار قواعد تتعلق بالحرب والسلم، والقاعدة الأولى: في الحرب المفروضة شرعا، وقرر فيها أن الحرب لا تكون إلا دفاعا، والثانية في الغرض من الحرب ونتيجتها، وقرر فيها أن الغرض منها دفع الأذى وحماية الأديان. ينظر: رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢٢٨/١١، ٢٢٩).

بإثارتها على الحرب إذا جنح العدو لها، ورضي بها، والشاهد عليه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾⁽¹⁾.

وأكد هذا بتقرير أن الشريعة الإسلامية لا تهدف إلى الملك والسلطنة أصالة، ولكنها شرعت بعض الأحكام المتعلقة بذلك لتحقيق مصالح شرعية، فقال: "(الثالث)⁽²⁾ أن الشريعة الإسلامية، وإن لم يكن شأنها شأن الملكية والسلطنة بل الغاية التي توخاها الشرع ليست إلا تكميل النفس وتطهير الأخلاق، والحث على الخير، والردع عن الإثم، ولكن لما كانت هذه الأمور يتوقف حصولها على نوع من السياسة الملكية لم تكن الشريعة لتتنقل عنها كلياً، فاختارت جملة من الوضائع تكون مع سداستها كافلة لانتظام أمر الناس وإصلاح ارتفاقاتهم.

ومن ذلك الجهاد والقتال، المقصود بهما الذب عن حيا الإسلام والدفع عن بيضة الملك، وإزاحة الشر وبسط الأمن، واستتباب الراحة، فجعل الجهاد فرضاً محتوماً على كل أحد ممن دخل في الإسلام..."⁽³⁾.

القسم الثاني: تنفيذ أدلة المخالفين.

وهي ردود وتقريرات ذكرت في تفسير المنار للرد على القائلين بمشروعية جهاد الطلب، وهذه الردود قد تكون مباشرة، وقد تكون غير مباشرة، وهي:

الأمر الأول: ادعاؤه أن جهاد الطلب لا إجماع على مشروعيته.

ومن ذلك قوله -بعدما بين مشروعية الجزية والحكمة منها-: "ومع هذا يقول بعض العلماء: إنه لا يجب بدء الحربين بالقتال لأجل الجزية والدخول في حكمنا، إذا لم يوجد سبب آخر، خلافاً لمن يظن أن هذا واجب في الإسلام بالإجماع لما يراه في بعض كتب الفقه"⁽⁴⁾.

وقال: "وقد لخص الحافظ ابن حجر أقوال علماء الإسلام في حكم الجهاد - التي يحتج ببعضها هؤلاء القليلو الاطلاع - في شرح البخاري عند قوله: (باب وجوب النفير وما يجب من الجهاد والنية) فذكر أولاً أن الكلام في حالين: زمن النبي ﷺ وما بعده، فأما زمنه فالتحقيق من عدة أقوال: أن وجوبه فيه كان عيناً على من عينه ﷺ في حقه. وأما بعده "فهو فرض كفاية على المشهور، إلا أن تدعو الحاجة إليه كأن يدهم العدو، ويتعين على من عينه الإمام (أي الأعظم)، ويتأدى فرض الكفاية بفعله في السنة مرة عند الجمهور، ومن حجته أن الجزية تجب بدلاً عنه، ولا تجب في السنة أكثر من مرة اتفاقاً فليكن بدلها كذلك، وقيل: يجب كلما أمكن وهو قوي، والذي يظهر أنه استمر على ما كان عليه في زمن النبي ﷺ إلى أن تكاملت فتوح معظم البلاد وانتشر الإسلام في أقطار الأرض، ثم صار إلى ما تقدم ذكره، والتحقيق أن جنس جهاد الكفار متعين على كل مسلم إما بيده، وإما بلسانه، وإما بماله، وإما بقلبه والله أعلم"⁽⁵⁾ اهـ فعلم من هذا التفصيل أنه ليس في مسألة جهاد العدو بالسيف إجماع من المسلمين إلا في حال اعتداء الأعداء على المسلمين"⁽⁶⁾.

الأمر الثاني: رده لاستدلالات الجمهور ببعض الآيات. ومن ذلك:

(1) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١١/ ٢٣٠). وينظر كذلك: (١٠/ ٥٨، ٥٩).

(2) عقد المؤلف كلاماً حول الجزية (١٠/ ٢٥٦)، وهذه هي النقطة الثالثة في حديثه حولها.

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٥٨، ٢٥٩).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧١).

(5) ابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بعناية: نظر الفارابي، ط ٣/ ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م، دار طبية-الرياض، (٧/ ٩١، ٩٢).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧١).

أ- حمله الآيات التي يستدل بها الجمهور على مشروعية جهاد الطلب على جهاد الدفع أو على الجهاد الواجب وجوباً عينياً، أو على الاستعداد للقتال.

ومن ذلك حمله قوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] على حال التقاء الصفيين، فقال: "أي: إذا نشب القتال فاقتلوهم أينما أدركتموهم وصادفتموهم ولا يصدكنكم عنهم أنكم في أرض الحرم إلا ما يستثنى في الآية بشرطه"^(١).

ثم حمل الأمر بإخراج المسلمين للمشركين من ديارهم على جهاد الدفع، فقال: "ثم أكد ذلك بتفسير قوله تعالى: ﴿وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ﴾ [البقرة: ١٩١]، حيث قال: "(وأخرجوهم من حيث أخرجوكم) أي: من المكان الذي أخرجوكم منه وهو مكة؛ فقد كان المشركون أخرجوا النبي وأصحابه المهاجرين منها بما كانوا يفتنونهم في دينهم، ثم صدوهم عن دخولها لأجل العبادة، فرضي النبي والمؤمنون على شرط أن يسمحوا لهم في العام القابل بدخولها، لأجل النسك والإقامة فيها ثلاثة أيام كما تقدم، فلم يكن من المشركين إلا أن نقضوا العهد، أليس من رحمة الله تعالى بعباده أن يقوي هؤلاء المؤمنين ويأذن لهم بأن يعودوا إلى وطنهم ناسكين مسلمين، وأن يقاوموا من يصددهم عنه من أولئك المشركين الخائنين؟ وهل يصح أن يقال فيهم إنهم أقاموا دينهم بالسيف والقوة دون الإرشاد والدعوة؟ كلا. لا يقول هذا إلا غر جاهل، أو عدو متجاهل.

ثم زاد التعليل بيانا فقال: ﴿وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٩١] أي: إن فتنهم إياكم في الحرم عن دينكم بالإيذاء والتعذيب، والإخراج من الوطن، والمصادرة في المال، أشد قبحا من القتل؛ إذ لا بلاء على الإنسان أشد من إيذائه واضطهاده وتعذيبه على اعتقاده الذي تمكن من عقله ونفسه، ورأه سعادة له في عاقبة أمره.

وما تقرر في هذه الآيات على هذا الوجه مطابق لقوله تعالى في سورة الحج: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ. الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ﴾ [الحج: ٣٩-٤٠] [الآيات. وهي أول ما نزل من القرآن في شرع القتال معللا بسببه مقيدا بشروطه العادلة"^(٢).

ومن ذلك تفسيره الفتنة في قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣] بأنها أذية الكفار للمسلمين حتى يتركوا دينهم، وقد تقدم.

ومن ذلك حمله معنى ﴿وَحَرِّضَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ٨٤] على الاستعداد: "وحاصل المعنى أن تحريض النبي للمؤمنين على القتال معه هو الذي يحملهم بباعث الإيمان والإدعان النفسي دون الإلزام والسيطرة على الاستعداد له وتوطين النفس عليه، وذلك هو الذي يوطن نفوس الكافرين على كف بأسهم عن المؤمنين وبعدهم لترك الاعتداء عليهم؛ لأنه لا شيء أدعى إلى ترك القتال من الاستعداد للقتال، وعلى هذه القاعدة جرى عمل دول أوربة في هذا العصر وبه يصرحون، تبذل كل دولة منتهى ما في وسعها من اتخاذ آلات القتال في البر والبحر وتنظيم الجيوش، لتكون القوى الحربية بينهن متوازنة، فلا تطمع القوة في الضعيفة فيغريها ضعفها بالإقدام على محاربتها"^(٣).

وقال في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ﴾ [التوبة: ١٢٣]: "أي الذين يدنون منكم وتتصل بلادهم ببلادكم؛ وذلك أن القتال شرع لتأمين الدعوة إلى الإسلام وحرية الدين والدفاع عن أهله"^(٤).

(١) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٦٨/٢).

(٢) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٦٨/٢، ١٦٩).

(٣) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢٤٧/٥).

(٤) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٦٥/١١).

واستبعد احتمال بدء الأعداء بالقتال استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠]، فقال: "إن الذي يجب أن تكون عليه الدولة قبل الحرب، هو إعداد الأمة كل ما تستطيع من أنواع القوة الحربية ورباط الخيل في كل زمان بحسبه، على أن يكون القصد الأول من ذلك إرهاب الأعداء وإخافتهم من عاقبة التعدي على بلاد الأمة أو مصالحها، أو على أفراد منها أو متاع لها حتى في غير بلادها؛ لأجل أن تكون آمنة في عقر دارها، مطمئنة على أهلها ومصالحها وأموالها، وهذا يسمى في عرف هذا العصر بالسلم المسلحة أو التسليح السلمي، وتدعيه الدول العسكرية فيه زوراً وخداعاً فتكذّبها أعمالها، ولكن الإسلام امتاز على الشرائع كلها بأن جعله ديناً مفروضاً، فقيّد به الأمر بإعداد القوى والمرابطة للقتال، وذلك قوله عز وجل: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]".^(١)

وذكر أن قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] مقصود به بيان الغاية التي ينتهي إليها قتال أهل الكتاب، فقال: "كان كل ما تقدم من أول السورة في أحكام قتال المشركين وما يتعلق بهم، وهذه الآية في حكم قتال أهل الكتاب والغاية التي ينتهي إليها"^(٢).

ب- ترجيحه لعدم نسخ بعض الآيات التي قيل إنها ناسخة لغيرها من آيات الجهاد.

ومن ذلك رده لكون قوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] ناسخاً لما نزل قبله من آيات تتعلق بالجهاد، لأن لها سبباً خاصاً، ولأن القول بالنسخ يخالف السياق، فقال: "ورد^(٣) قولهم أيضاً: أن هذه الآية ناسخة لما قبلها، وذلك أنه كبر على هؤلاء أن يكون الإذن بالقتال مشروطاً لاعتداء المشركين، ولأجل أمن المؤمنين في الدين، وأرادوا أن يجعلوه مطلوباً لذاته. وقال: إن هذه الآيات نزلت مرة واحدة في نسق واحد وقصة واحدة فلا معنى لكون بعضها ناسخاً للآخر، وأما ما يؤخذ من العمومات فيها بحكم أن القرآن شرع ثابت عام فذلك شيء آخر"^(٤).

الأمر الثالث: تعامله مع المعطى التاريخي المتعلق بالجهاد والفتوحات.

وهذا يتمثل في مسألتين:

الأولى: تعامله مع جهاد النبي ﷺ لكفار العرب.

ومنشأ الإشكال هنا بناء على ترجيحه: أن النبي ﷺ قاتل الكفار من العرب جميعاً، ولم يقبل منهم غير الإسلام.

الثانية: تعامله مع توسع المسلمين في الفتوحات.

ومنشأ الإشكال هنا أن الصحابة رضي الله عنهم، والمسلمون من بعدهم توسعوا في الفتوحات بحيث يصعب القول بأن تلك الفتوحات كانت دفاعاً عن النفس.

ويمكن إجمال تعامله مع المسألتين بأنه حاول تسوية المعطى التاريخي بناء على الترجيح الذي انتصر له بقوة.

أما المسألة الأولى فحاصل كلامه فيها يدور على أمرين:

(١) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١١/ ٢٣٠).

(٢) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٤٧).

(٣) أي الإمام محمد عبده.

(٤) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢/ ١٦٩).

١- أن جزيرة العرب هي مهد الإسلام، وأن النبي ﷺ أمر بإخراج أهل الكتاب منها، كما في قوله تحت عنوان (دار الإسلام الدينية في جزيرة العرب): "أوجب الإسلام أن تكون جزيرة العرب داره الدينية المحضة، ففرض على ما كان فيها من الشرك على الوجه الذي بيناه في تفسير هذه السورة، كما بينا في تفسير سورة الأنفال ما ورد من الأحاديث النبوية في ذلك وأهمها وصيته ﷺ في مرض موته بإخراج اليهود والنصارى منها⁽¹⁾، وبأن لا يبقى فيها دينان⁽²⁾⁽³⁾.

ثم قال مجلبا وجها من وجوه الحكمة في ذلك من خلال واقع عاشه: "ولو كان في الحجاز سكان من غير المسلمين لفتحت [أي الدول الغربية] لنفسها باب التدخل في أمر حكومته بحجة حماية هؤلاء السكان، ولا سيما إذا كانوا من النصارى كما انتحلت لنفسها حق حماية الأقليات غير الإسلامية بمصر، وكما فعلت في إعطاء اليهود حق تأسيس وطن قومي لهم في فلسطين، وفي حمايتهم فيها بل إعانتهم ومساعدتهم على أهلها من العرب وأكثرهم مسلمون، وكما خلقت في العراق أقلية من بقايا الآشوريين، وإن تم لها الاستيلاء على منطقة العقبة ومعان من أرض الحجاز فستجعل جل مالكي رقبة الأرض فيها من الإنكليز وغيرهم من اليهود والنصارى؛ ليكون لها من حق الحكم فيها والحماية لها حماية هؤلاء السكان فوق حماية الأرض وسكة الحديد، وما يتعلق بذلك من المنافع الاقتصادية، والمصالح السياسية - أعني أن هذه البقعة العظيمة من وطن الحجاز الإسلامي العربي يخشى أن يخرج بها الحجاز كله عن كونه عربيا أو إسلاميا، كما يدعون الآن في فلسطين"⁽⁴⁾.

٢- أن الكفار من العرب عادوا دعوة النبي ﷺ في مهدها، ثم استمر كيدهم وعدوانهم، كما في قوله: "وما زال جمهور قوم الداعي ﷺ يؤذونه ويصدون عنه ويفتنون من آمن به وأكثرهم من الضعفاء بأنواع التعذيب، حتى اضطروهم إلى الهجرة وترك ديارهم ووطنهم، ثم هاجر هو بعد ظهور دعوة الإسلام بعشر سنين، ثم صار هؤلاء المشركون يتبعونهم إلى مهاجرهم يقاتلونهم فيه.

ولما أذن الله لهم بالدفاع بين حكمته، وأنهم مظلومون لا ظالمون، وأنه لولا هذا الدفاع لغلّب أهل الشرك والباطل والخرافات والمنكرات على أهل الإيمان والحق والعدل والفضائل، وهدموا بيوت الله تعالى لإبقاء هياكل الأصنام وبيوت الأوثان"⁽⁵⁾.

وقال عند تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]: "علم من الآيات التي قبل هذه أن أهل الكتاب من اليهود الذين عقد النبي ﷺ معهم العهد التي أمنهم بها على أنفسهم وأموالهم وحرية دينهم، فقد خانوه ونقضوا عهده وساعدوا عليه أعداءه من المشركين الذين أخرجوه هو ومن آمن به من ديارهم ووطنهم، ثم تبعوهم إلى مهاجرهم يقاتلونهم فيه لأجل دينهم، وأنه بذلك صار جميع أهل الحجاز الذين كفروا بما جاء به من الحق حربا له، المشركون وأهل الكتاب سواء، فناسب بعد ذلك أن يبين تعالى للمؤمنين ما يجب عليهم في حال الحرب التي كانت أمرا واقعا لم يكونوا هم المحدثين له ولا البادئين بالعدوان فيه، كما أنه سنة من سنن الاجتماع البشري في المصارعة بين الحق والباطل، والقوة والضعف"⁽⁶⁾.

(1) الحديث عند البخاري بلفظ: «أخرجوا المشركين من جزيرة العرب». البخاري: محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، ط ١/١٤٣٢هـ- ٢٠١١م، الرسالة العالمية-دمشق، كتاب الجزية والمواذعة، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب، رقم (٣١٦٨)، (٢/٦٧٢)، مسلم: مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، تحقيق: مركز البحوث بدار التأصيل، ط ١/١٤٣٩هـ- ٢٠١٨م، دار التأصيل-القاهرة.

(2) الحديث بلفظ: «لا يترك بجزيرة العرب دينان». رواه أحمد: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م، مؤسسة الرسالة- بيروت، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق، رقم (٢٦٣٥٢)، (٤٣/٣٧١). قال المحققون: صحيح لغيره.

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٧٧)، ويُنتظر أيضا: (١٠/٦٠)، (١٠/٢٦٩-٢٧٤).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٧٧).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٥٨، ٥٩).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٥٢).

وقال: "(الحكم العاشر)⁽¹⁾ وجوب قتال مشركي العرب كافة إلا أن يسلموا، وهو نص الآية الخامسة المعروفة بآية السيف، وقوله في الآية: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً﴾ [التوبة: ٣٦] وجهه ما علم من جملة الآيات في قتال مشركي العرب، وهو عدم قبول الجزية منهم وعدم إقرارهم على السكنى والمجاورة للمسلمين في بلادهم مع بقائهم على شركهم، لأنهم لا أمان لهم ولا عهد فيمكن أن يعيش المؤمنون معهم بسلام"⁽²⁾.

وقال: "فلو فرضنا أن الخروج إلى القتال سبب مطرد للقتل لا يتخلف كما يوهم كلام المنافقين لما صح أن يكون ميثقا للمؤمن عن الجهاد عند وجوبه بمثل مهاجمة المشركين للمؤمنين في أحد، أو بفتنة المسلمين عن دينهم ومنعهم من الدعوة إليه وإقامة شعائره، وهو ما كان عليه جميع مشركي العرب في زمن البعثة"⁽³⁾⁽⁴⁾.

وأما المسألة الثانية فحاصل كلامه فيها هو أن توسع المسلمين في الفتوحات كان بمقتضى ضرورة الملك.

وفي ذلك يقول: "إنما شهر المسلمون سيوفهم دفاعا عن أنفسهم، وكفا للعدوان عنهم، ثم كان الافتتاح بعد ذلك من ضرورة الملك... ثم أشار الأستاذ إلى ما كان من شأن الإسلام فيما سماه الفتح الذي تقتضيه ضرورة الملك، أو الحرب التي يقول علماء أوربة: إنها سنة من سنن الاجتماع البشري، تقتضيها الضرورة وتترتب عليها فوائد كثيرة في مقابلة غوائلها الكثيرة"⁽⁵⁾.

الأمر الرابع: يحصر تفسير المنار على ذكر عامل معاداة الكفار للمسلمين أو ابتدائهم بالقتال في أغلب المواضع التي يذكر الجهاد فيها، وكأنه يريد الإجابة عن ما قد يورد عليه من اعتراضات تتعلق بدلالة تلك الآيات على جهاد الطلب.

ومن ذلك قوله عند تفسير قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ﴾ [النساء: ٩٥]: "أي عن الجهاد في سبيل الله لتأييد حرية الدين، وصد غارات المشركين، وتطهير الأرض من الفساد، وإقامة دعائم الحق والإصلاح غيرُ أُولِي الضَّرَرِ"⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

الأمر الخامس: أن الجزية لا تؤخذ مقابل حقن دماء الكفار، بل مقابل الحماية، وعليه فالأصل في علاقتنا مع الكفار هو عدم القتال.

وفي ذلك يقول: "وظاهر كلام اللغويين المفسرين أن لفظ الجزية عربي محض من مادة الجزاء. وهل هي جزاء حقن الدم، أو جزاء الحماية لهم والدفاع عنهم من غير تكليفهم التجند للقتال معنا، أو جزاء إعطاء الذمي حقوق المسلمين ومساواتهم بأنفسهم في حرية النفس والمال والعرض والدين؟ وجوه أضعفها أولها وسيأتي بسط القول في ثنائها"⁽⁸⁾.

وساق عددا من الروايات لإثبات ذلك⁽⁹⁾.

(1) من ضمن عشرين حكما من أحكام القتال ذكرها المؤلف كخلاصة في آخر تفسير سورة الأنفال، (١١/١٠٠).

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١١/١٠٣).

(3) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٤/١٩١).

(4) ينظر كذلك: رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/١٣٤، ١٥١، ٢٦٩-٢٧٤)، (١١/١٠٠، ١٠٢، ٢٢٨، ٢٢٩).

(5) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٧٣). وينظر كذلك: (١٠/٥٢).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٥/٢٨٦).

(7) ينظر كذلك: رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢/٣٦٥)، (١٠/٥٢، ٥٣، ١٤٩، ٣٥٩).

(8) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٥٦).

(9) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/٢٦٠).

المطلب السادس: مناقشة أدلة تفسير المنار فيما يتعلق بابتداء الكفار بالقتال

تبين مما سبق أن تفسير المنار يتفق مع جمهور الفقهاء في أغلب المفردات المتعلقة بأسباب الجهاد، وأن الخلاف ينحصر في بدء الكفار بالقتال بدون الأسباب المعتبرة عند تفسير المنار، ومع ذلك فلا يقال: إن الخلاف صوري، أو إن بحث هذه المسألة غير مهم، بل بحثها مهم وذلك لأمرين، منها:

- ١- أنه مع وجود اتفاق في غالب مفردات الموضوع إلا أن هناك صورة غير متفق عليها، وهذا سبب كاف للبحث.
 - ٢- أن بحث هذه الصورة تنبني عليه النظرة إلى الفتوحات الإسلامية الكبيرة، هل كانت لسبب ديني، أم لسبب سياسي.
 - ٣- أن هذا القدر من المسألة هو من الأمور التي يثير أعداء الإسلام الشبهات حولها، ولذلك فمعرفة الصواب فيها ينبني عليه طبيعة الجواب الذي سوف يجاب به على تلك الشبهات.
- وقبل مناقشة الأدلة التي أوردها تفسير المنار لا بد من عرض الأدلة التي استدلت بها الجمهور على مشروعية ابتداء الكفار بالقتال، وهذا العرض ليس مقصوداً لذاته في هذا المبحث؛ لأن موضوعه هو مناقشة أدلة تفسير المنار؛ ولكن عرض هذه الأدلة له أهمية من جهة بيان الأساس التي سوف يتم مناقشة أدلة تفسير المنار عليه.
- وقد استدلت الجمهور على مشروعية ابتداء الكفار بالقتال بالكتاب والسنة والإجماع.
- أما الكتاب، فممنها:

١- قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣].

والدلالة من وجبهين^(١):

أ- أن الآية لم تقيد القتال بحال ابتداء العدو بقتال المسلمين.

ب- التعليل بعدم بقاء الشرك والكفر.

٢- ﴿فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْصُرُوهُمْ وَقَعِدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [التوبة: ٥].

ووجه الدلالة:

أ- أن الآية لم تقيد القتال بالاعتداء، ولفظ المشركين هنا يتناول كل مشرك سواء اعتدى على المسلمين أو لا^(٢).

ب- أن الآية لو كانت في جهاد الدفع فقط لما قيدت الأمر بانسلاخ الأشهر الحرم، لأن جهاد الدفع يجوز فيها^(٣).

٣- ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

(١) ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (٣/ ٢٤٦).

(٢) الكيا الهراسي: أحكام القرآن، (٤/ ١٧٦).

(٣) ينظر: الحقييل: الاستدلال الخاطئ بالقرآن والسنة على قضايا الحرية، (٤٤٦، ٤٤٧).

ووجه الدلالة أن الآية علقت القتال بالأوصاف المذكورة فيها، فكل من اتصف بها فقتاله مشروع⁽¹⁾.

وأما السنة فممنها: قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله تعالى»⁽²⁾.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ علق أمر القتال على الدخول في الإسلام؛ وأما من تؤخذ منهم الجزية فالعلماء لهم أقوال في توجيه الحديث، منها أن أهل الجزية مستثنون بالأدلة الأخرى⁽³⁾.

وأما الإجماع فقد نقله عدد من العلماء، منهم: الطبري⁽⁴⁾، والجصاص⁽⁵⁾.

وأما مناقشة أدلة تفسير المنار فسوف تكون هنا اعتماداً على التقسيم الذي تقدم في المطلب الرابع من هذا المبحث، والاعتماد على النقول التي ذكرت هناك.

أولاً: مناقشة الأدلة التي ذكرها تفسير المنار لإثبات دعواه

الدليل الأول: فرضه التلازم بين جهاد الطلب وبين الإكراه على اعتناق دين الإسلام، وأن الإسلام انتشر بالسيف.

ويمكن الإجابة عن هذا الدليل من خلال أمور:

١- المقدمة التي انطلق منها تفسير المنار هنا هي: أن الإكراه على اعتناق الإسلام مذموم مطلقاً وبصوره كلها؛ ولكن هذه المقدمة غير مسلمة؛ فالشريعة منعت من الإكراه في مواطن، ولم تمنعه في مواطن أخرى، ويمكن تقرير هذا من خلال أمور: أ- لا يوجد دليل شرعي قطعي، يمنع الإكراه على اعتناق دين الإسلام في كل الأحوال، كما أن هذا الأمر ليس قبيحاً في النظر العقلي.

أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦] على منع الإكراه مطلقاً فغير صحيح؛ لأن الآية ليست قطعية في منع صور الإكراه كلها، وقد جاء ما يخصصها كما سيأتي، ولذلك فقد أورد القرطبي ستة أقوال في توجيهها⁽⁶⁾.

وأما عدم قبح جنس الإكراه في العقل؛ فإن الإنسان قد يخفى عليه ما ينفعه في بعض الأحيان، فاستعمال الإكراه أحياناً يهدف إرشاد الإنسان إلى مصلحته ليس مذموماً مطلقاً، والبشر يمارسونه في الأمور الدنيوية على مستويات مختلفة، فالأب يكره ابنه على ما ينفعه، ولا ينكر العقل هذا، والدول تكره المجرم على ترك جرمه، ولا يمنع العقل هذا.

كما أنه قد وجد في الشريعة الإكراه على بعض الطاعات، كإكراه المسلم على أداء الصلاة، وإيتاء الزكاة.

(1) ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (١٠٠/١٦٢).

(2) البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب (فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم)، رقم (٢٥)، (١٨/١). مسلم: المسند الصحيح، كتاب الإيمان، باب أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، رقم (١٢)، (٤٠).

(3) ينظر: ابن حجر: فتح الباري، (١٤٤-١٤٦).

(4) ينظر: الطبري: محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله التركي، ١٤٣٤ هـ- ٢٠١٣ م، دار عالم الكتب-الرياض، (٨/٣٩، ٤٠).

(5) الجصاص: أحكام القرآن، (٢/٢٧٨).

(6) ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (٤/٢٨٠-٢٨٣).

فإذا لم يوجد دليل قطعي من النصوص يمنع الإكراه في كل الأحوال، ولم يكن جنس الإكراه قبيحا في العقل، لم يصح القول بأن الإسلام منع الإكراه على اعتناق الإسلام في كل الأحوال، وعليه فلا يصلح هذا دليلا يمنع من ابتداء العدو بالقتال.

ب- أن هناك دلائل شرعية تفيد بوقوع الإكراه على اعتناق الإسلام في بعض المواطن.

ومنها: أن النبي ﷺ لم يقبل من العرب في الجزيرة غير الإسلام⁽¹⁾، وهذا إكراه على اعتناق الإسلام.

وأما المخرج الذي ذكره تفسير المنار وهو أن النبي ﷺ لم يقبل من العرب في الجزيرة إلا الإسلام، لأن هذا كان بسبب معاداتهم المستمرة، وأن الجزيرة العربية لها وضع خاص لأنها موطن الإسلام.

فهذا ليس مخرجا؛ لأنه في النهاية إكراه، وغاية ما في هذا التعليل أن الإكراه جاز في هذه الحال لسبب معين.

كما أن ادعاء أن كل الحروب التي خاضها النبي ﷺ مع العرب كانت دفاعا هي دعوى عريضة، لا تقبل إلا باستقراء تام.

ومنها: أن جمهور الفقهاء على أن الجزية لا تقبل من غير أهل الكتاب والمجوس، وهذا يلزم منه إكراه غيرهم على الإسلام⁽²⁾.

ومنها: أنه قد جاء في الحديث أن عيسى عليه الصلاة والسلام ينزل في آخر الزمان «حكما مقسطا فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ويضع الجزية»⁽³⁾، وهذا يعني أنه يُكره النصارى على الإسلام آخر الزمان⁽⁴⁾.

٢- لو سلمنا بأن الإكراه ممنوع مطلقا، فإن جهاد الطلب ليس فيه ذلك بالنسبة لقتال أهل الكتاب والمجوس على رأي الجمهور -كما تقدم-، وبالنسبة لقتال الكفار جميعا على قول بعض الفقهاء⁽⁵⁾؛ وبيان ذلك أن المسلمين إذا حاصروا بلدا خيروا أهلها بين الإسلام أو القتال أو الجزية، فالجمهور يقولون بهذا في حق أهل الكتاب والمجوس، وبعض العلماء يقول به في حق الكفار جميعا.

الدليل الثاني: وهو اعتباره المبادرة بالقتال بدون الدواعي المعتبرة عنده نوعا من أنواع العدوان، والله تعالى نهى عن العدوان بقوله: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ١٩٠].

يمكن الجواب على هذا الدليل من خلال أمور:

الأول: أن هذه الآية تحتل معنيين:

(1) رواه عن الزهري: الصنعاني: عبد الرزاق بن همام بن نافع، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط ٢/١٤٠٣ هـ، المجلس العلمي - الهند، باب هل يقاتل أهل الشرك حتى يؤمنوا من غير أهل الكتاب وتؤخذ منهم الجزية، رقم (١٩٢٥٩)، (١٠/٣٢٦). وينظر: أبو عبيد: القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، دار الفكر - بيروت، (٣٩). وابن حزم: علي بن أحمد الأندلسي الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، (١٢/١١٩)، (١٢٠).

(2) ينظر: الجصاص: أحكام القرآن، (٤/٢٨٣). النووي: يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عبده كوشك، ط ١/١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م، دار الفحاء - سورية، (٧/١٤). البهوتي: كشف القناع عن الإقناع، (٧/٢٥).

(3) البخاري: الجامع الصحيح، كتاب المظالم والغصب، باب كسر الصليب وقتل الخنزير، رقم (٢٤٧٦)، (٢/٣٧٥). مسلم: المسند الصحيح، كتاب الإيمان، باب في نزول عيسى بن مريم ﷺ، رقم (١٤٤)، (٩٠، ٩١).

(4) ينظر: النووي: يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم، إشراف: حسن عباس قطب، ط ١/١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، دار عالم الكتب - الرياض، (١/١٩١)، (١٩٢).

(5) ينظر: عليش: محمد بن أحمد بن محمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، بدون طبعة، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، دار الفكر - بيروت، (٣/٢١٣).

١- أنها تنهى عن تجاوز الحدود المفروضة شرعاً أثناء الجهاد، كقتل النساء والأطفال؛ ولا إشكال على هذا المعنى، ولا تكون الآية منسوخة^(١).

٢- أنها تتحدث عن مرحلة من مراحل الجهاد، وعلى هذا فهي منسوخة، وقد ذكر هذا عدد من المفسرين^(٢).

وفي تفصيل المراحل التي مر بها الجهاد -والتي تعد هذه الآية مرحلة منها- يقول ابن القيم: "فلما استقر رسول الله ﷺ بالمدينة، وأيده الله بنصره... رمتهم العرب واليهود عن قوس واحدة، وشمروا لهم عن ساق العداوة والمحاربة، وصاحوا بهم من كل جانب، والله سبحانه يأمرهم بالصبر والعفو والصفح حتى قويت الشوكة، واشتد الجناح، فأذن لهم حينئذ في القتال، ولم يفرضه عليهم، فقال تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾ [الحج: ٣٩] ... ثم فرض عليهم القتال بعد ذلك لمن قاتلهم دون من لم يقاتلهم فقال: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٠] ثم فرض عليهم قتال المشركين كافة؛ وكان محرماً، ثم مأذوناً به، ثم مأموراً به لمن بدأهم بالقتال، ثم مأموراً به لجميع المشركين"^(٣).

الثاني: تفكيك مصطلح (العدوان) الذي استخدمه تفسير المنار^(٤)؛ فإن كان المقصود به ابتداء العدو بالقتال فهذه مرحلة وانتهت، وإن كان مقصوده المعنى اللغوي المذموم للعدوان، فلا تضر تسمية تفسير المنار لابتداء العدو بالقتال عدواناً، وغاية ما في الأمر أنه جعل هذا النوع من الجهاد مذموماً بناءً على ما قرره أصلاً، ثم سماه عدواناً، فكأنه يقول: ابتداء العدو بالقتال مذموم لأنه مذموم.

الثالث: قوله في تفسير المنار: "وإذا كنا لا نرضى باعتداء الكفار على بلادنا، فلا نفعله نحن"^(٥).

غير صحيح؛ لأن الدافع الذي يدفع المسلمين للقتال ليس هو دافع الكفار؛ فالمسلمون ينطلقون من كون دينهم هو الحق وأن ما سواه باطل، ومن أن غاياتهم من القتال غايات نبيلة سامية بخلاف الكفار؛ ولذلك فالمسلمون لهم الحق في ابتداء الكفار بالقتال وليس للكفار الحق في ذلك.

الدليل الثالث: أن الغاية من الجهاد هي نفي الفتنة، كما قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣]، مع تفسير الفتنة بأنها إيذاء المسلمين في دينهم.

والجواب من وجوه:

(١) ينظر: الطبري: جامع البيان، (٣/ ٢٩٠). ابن الجوزي: عبد الرحمن بن علي بن محمد، زاد المسير في علم التفسير، ط ٤/ ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧ م، المكتب الإسلامي-بيروت، (١/ ١٩٧). القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (٣/ ٢٣٨).

(٢) ينظر: الطبري: جامع البيان، (٣/ ٢٨٩). ابن عطية: عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد الله الأنصاري وآخر، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي، (٢/ ١٣٨، ١٣٩). أبو حيان: محمد بن يوسف بن علي الأندلسي، البحر المحيط، تحقيق: محمد معتر وآخر، ط ١/ ١٤٣٦ هـ- ٢٠١٥ م، دار الرسالة العالمية-دمشق، (٣/ ٤٢٨، ٤٢٧). الألوسي: محمود بن عبد الله البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: ماهر حبوب، ط ٣/ ١٤٣٦ هـ- ٢٠١٥ م، دار الرسالة العالمية-دمشق، (٣/ ١٦١).

(٣) ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: نبيل السند، ط ٣/ ١٤٤٠ هـ- ٢٠١٩ م، دار ابن حزم-بيروت، (٣/ ٨٤-٨٦)، بتصرف.

(٤) كما في قوله: "أما الحرب والقتال لمحض البغي والعدوان"، رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢/ ١٧٠).

(٥) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (١٠/ ٢٧٧).

الأول: أن تفسير الفتنة بالشرك ذكره كثير من المفسرين⁽¹⁾، وهو الموافق لتتمة الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَيَكُونُ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣] وفي موضع: ﴿وَيَكُونُ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾ [الأنفال: ٣٩].

وأما حمله قوله تعالى: ﴿وَيَكُونُ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٣] على أن المراد: "يكون دين كل شخص خالصا لله لا أثر لخشية غيره فيه، فلا يفتن لصده عنه ولا يؤذى فيه"⁽²⁾، فتكلف، ولا يوجد موجب صحيح له.

الثاني: غاية ما يمكن للمؤلف فعله هو إدخال معنى الأذى في الفتنة، وقد ذكره بعض المفسرين⁽³⁾، وأما إخراج الشرك من معنى لفظ الفتنة فلا دليل عليه.

الثالث: دعوى تفسير المنار أن تفسير الفتنة بالشرك مخالف للسياق غير مسلمة، وذلك لأمرين:

أ- أن الآيات مدنية؛ والعذاب الذي كان يلحق بالمؤمنين كان قد ذهب أكثره.

ب- أن تفسير الفتنة بالأذى يجعل معنى الآية مشكلا؛ فقولته تعالى في سورة البقرة: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً﴾ [البقرة: ١٩٣] قبله بآيتين قوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٩١]، فقوله: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] يوحي بأن التعليل القتال سيكون بأمر أشد من الإخراج من الديار، وإذا فسرنا الفتنة بالأذى -والإخراج من الديار من ذلك- فكان المعنى: وأخرجوهم من حيث أخرجوكم لأن الإخراج أشد من القتل؛ وهذا لا يستقيم، فالسياق يقتضي أن يكون تعليل القتل بما هو أشد من القتل، لا بما هو دونه.

وأما موضع سورة الأنفال فالآيات مدنية كذلك، وسياقها يتحدث عن صد الكفار عن سبيل الله⁽⁴⁾، وهذا يدخل فيه الشرك، وتدخل فيه محاربة الدعوة؛ وقصر المعنى على أحد المعنيين تحكّم.

الدليل الرابع: أن الأصل في العلاقة بين المسلمين والكفار هي السلم، وأن الحرب ضرورة، قوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١].

والجواب من وجهين:

الأول: أن تفضيل السلم على الحرب معنى صحيح، ولكن لا يلزم منه منع ابتداء العدو بالقتال؛ والمؤلف مع تسليمه بأن السلم أفضل من الحرب يرى أن جهاد الدفع واجب، لأنه وجد له مسوغ، وكذلك ابتداء العدو بالقتال له مسوغ عند من يقول به، فرجع الأمر إلى إقامة دليل على أن ابتداء العدو بالقتال لا مسوغ له.

(1) ينظر: الطبري: جامع البيان، (٣/ ٢٩٩، ٣٠٠). ابن عطية: المحرر الوجيز، (٢/ ١٤٢). ابن الجوزي: زاد المسير، (١/ ٢٠٠). القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (٣/ ٢٤٦، ٢٤٧). الألوسي: روح المعاني، (٣/ ١٦٥).

(2) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢/ ١٧٠). بتصرف. وينظر كذلك: (٣/ ٣٣، ٣٤).

(3) ينظر: ابن عطية: المحرر الوجيز، (٢/ ١٤٢).

(4) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ صَلَاتُهُمْ عِنْدَ الْبَيْتِ إِلَّا مُكَاءً وَتَصْدِيَةً فَذُوقُوا الْعَذَابَ بِمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ. إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ لِيَصُدَّوْا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ فَسَيُنفِقُونَهَا ثُمَّ تَكُونُ عَلَيْهِمْ حَسْرَةً ثُمَّ يُغْلَبُونَ وَالَّذِينَ كَفَرُوا إِلَىٰ جَهَنَّمَ يُحْشَرُونَ﴾ [الأنفال: ٣٥-٣٦].

ومثل هذا يقال في قوله بأن الشريعة الإسلامية لا تهدف إلى الملك والسلطنة أصالة، ولكنها شرعت بعض الأحكام المتعلقة بالجهاد لتحقيق مصالح شرعية⁽¹⁾؛ فهذا المعنى لا نزاع فيه؛ ولكن من يقول بجواز ابتداء العدو بالقتال يرى أن هذا عليه أدلة، وأنه محقق للمصلحة الشرعية.

الثاني: قوله: بأن السلم هو الأصل⁽²⁾، مصادرةً على المطلوب؛ فالجمهور لا يسلمون بهذا أصلاً، فلا يصلح الاستدلال بذلك عليهم.

ثانياً: تفنيده لأدلة المخالفين.

الأمر الأول: ادعاؤه أن جهاد الطلب لا إجماع على مشروعيته.

والجواب على هذا من وجوه:

الأول: لا يسلم للمؤلف بعدم وجود إجماع على ذلك، فقد نقله عدد من العلماء كما تقدم.

الثاني: لو افترض عدم وجود إجماع فهذا لا يضر؛ فليس من شرط ثبوت الحكم الشرعي أن يوجد إجماع عليه.

الثالث: قوله: "وقد لخص الحافظ ابن حجر أقوال علماء الإسلام في حكم الجهاد - التي يحتج ببعضها هؤلاء القليلو الاطلاع - في شرح البخاري عند قوله: (باب وجوب النفير وما يجب من الجهاد والنية) فذكر أولاً أن الكلام في حالين: زمن النبي ﷺ وما بعده، فأما زمنه فالتحقيق من عدة أقوال: أن وجوبه فيه كان عيناً على من عينه ﷺ في حقه. وأما بعده "فهو فرض كفاية على المشهور، إلا أن تدعو الحاجة إليه كأن يدهم العدو، ويتعين على من عينه الإمام (أي الأعظم)، ويتأدى فرض الكفاية بفعله في السنة مرة عند الجمهور، ومن حجتهم أن الجزية تجب بدلا عنه، ولا تجب في السنة أكثر من مرة اتفاقاً فليكن بدلها كذلك، وقيل: يجب كلما أمكن وهو قوي، والذي يظهر أنه استمر على ما كان عليه في زمن النبي ﷺ إلى أن تكاملت فتوح معظم البلاد وانتشر الإسلام في أقطار الأرض، ثم صار إلى ما تقدم ذكره، والتحقيق أن جنس جهاد الكفار متعين على كل مسلم إما بيده، وإما بلسانه، وإما بماله، وإما بقلبه والله أعلم"⁽³⁾ اهـ فعلم من هذا التفصيل أنه ليس في مسألة جهاد العدو بالسيف إجماع من المسلمين إلا في حال اعتداء الأعداء على المسلمين"⁽⁴⁾.

كلام ابن حجر ليس فيه حجة لتفسير المنار، فتفسير المنار أورد هذا الكلام للتدليل على أنه ليس في مسألة جهاد العدو بالسيف إجماع إلا في حالة الاعتداء على المسلمين؛ ولكن كلام ابن حجر لا يفهم منه هذا، بل يفهم منه أنهم أجمعوا على مشروعيته، ولكنهم اختلفوا في التفاصيل المتعلقة بحكمه.

الأمر الثاني: رده لاستدلالات الجمهور ببعض الآيات. وهو أنواع:

أ- حمله الآيات التي يستدل بها الجمهور على مشروعية جهاد الطلب على جهاد الدفع أو على الجهاد الواجب وجوباً عينياً، أو على الاستعداد للقتال.

(1) ينظر: رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢٥٩ / ١٠)، (٢٥٩ / ١٠).

(2) ينظر: رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢٣٠ / ١١).

(3) ينظر: ابن حجر: فتح الباري، (٩٢ / ٧).

(4) رضا: تفسير القرآن الحكيم، (٢٦٩ / ١٠)، (٢٧٤ / ١٠).

والجواب عنه بالجملة: أن هذا التأويل ليس له ما يسوغه، فهو بحاجة أصلاً أن يثبت دعواه بأدلة صحيحة، ثم يمكنه اللجوء إلى هذا التأويل، ولكنه لم يثبت عدم مشروعية ابتداء الأعداء بالقتال بدليل صحيح سالم من الاعتراض.

ب- ترجيحه لعدم نسخ بعض الآيات التي قيل إنها ناسخة لغيرها من آيات الجهاد، ومن ذلك رده لكون قوله تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] ناسخاً لما نزل قبله من آيات تتعلق بالجهاد.

والجواب أن المسألة ليست مرتبطة بالقول بنسخ هذه الآية -ومثيلاتها- لغيرها من آيات الجهاد التي فيها النهي عن بدء العدو بالقتال، أو التي فيها الصبر ونحو ذلك، فمسألة النسخ شيء، ومسألة مشروعية ابتداء العدو بالقتال شيء آخر؛ وبيان ذلك أن للعلماء موقفين من القول بنسخ هذه الآيات، ومع ذلك من لا يقول منهم بالنسخ يقول بمشروعية بدء غير المسلمين بالقتال، ويوفق بين الآيات كما مر في آية: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ١٩٠].

الأمر الثالث: تعامله مع المعطى التاريخي المتعلق بالجهاد والفتوحات، وهذا يتمثل في مسألتين:

الأولى: تعامله مع جهاد النبي ﷺ لكفار العرب؛ وقد حمله تفسير المنار على أمرين:

١- أن جزيرة العرب هي مهد الإسلام، وأن النبي ﷺ أمر بإخراج أهل الكتاب منها.

والجواب: أن كون الجزيرة العربية هي مهد الإسلام هو معنى صحيح، وزيادة حرص النبي ﷺ عليها لذلك مفهوم؛ ولكن جعل هذا فرقاً مؤثراً في الجهاد بين جزيرة العرب وبين سائر البلاد غير ظاهر، ولا دليل عليه، وأمره ﷺ بإخراج المشركين من جزيرة العرب ليس فيه دلالة على ذلك.

٢- أن الكفار من العرب عادوا دعوة النبي ﷺ في مهدها، ثم استمر كيدهم وعدوانهم.

والجواب أن هذا صحيح؛ ولكن ادعاء أن هذا كان حال جميع العرب، وأن كل غزوة غزاها النبي ﷺ كانت لذلك، هي دعوى تحتاج إلى إثبات من خلال استقراء تام.

ثم لو سلم بأن هذا هو الحال، وأن العرب جميعاً كانوا على تلك الحال؛ فهذا ليس فيه دلالة على منع ابتداء غيرهم بالقتال إذا لم يكونوا مؤذنين للمسلمين، فغاية ما في تقريره وصف حالة خاصة، وهذا ليس فيه حكم للحالات الأخرى.

الثانية: تعامله مع توسع المسلمين في الفتوحات، وتقدم أن حاصل كلامه فيها هو أن توسع المسلمين في الفتوحات كان بمقتضى ضرورة الملك.

والجواب: أن هذا الكلام فيه إقرار بأن المسلمين ابتدؤوا الكفار بالقتال، وحمله لهذا المعطى التاريخي على أن مبعثه سياسي لا ديني ليس عليه دليل، كما أنه لا حاجة إلى هذا التفسير إلا إذا ثبت أن ابتداء الكفار بالقتال غير مشروع.

الأمر الرابع: حرص تفسير المنار على ذكر عامل معاداة الكفار للمسلمين أو ابتدائهم بالقتال في أغلب المواضع التي يذكر الجهاد فيها.

والجواب: أن هذا يصح لو أنه أثبت دعواه أولاً.

الأمر الخامس: أن الجزية لا تؤخذ مقابل حقن دماء الكفار، بل مقابل الحماية، وعليه فالأصل في علاقتنا مع الكفار هو عدم القتال.

والجواب: أن المقدمة هنا لا تؤدي إلى النتيجة ضرورة؛ فالجزية من الأحكام التي تترتب على الجهاد وتكون بعده؛ وموضوع الكلام هنا هو في ابتداء القتال، وعليه فلو سُلّم بأن الجزية مقابل الحماية فهذا لا يمنع من ابتداء الكفار بالقتال؛ فالقتال يبدأ ثم إذا انتصر المسلمون يعرضون الجزية والحماية.

ويؤكد ذلك أن الجمهور قالوا بمشروعية ابتداء الأعداء بالقتال، وقالوا كذلك بمشروعية الجزية؛ ولو كان تقرير تفسير المنار صحيحاً فهذا يعني أنهم لا ينبغي أن يجمعوا بين الأمرين.

خاتمة

توصل هذا البحث إلى مجموعة من النتائج، منها:

- ١- العلماء المتقدمون غالباً ما يقسمون الجهاد بحسب حكمه، فيقسمونه إلى فرض عين، وفرض كفاية، ومن العلماء من قسمه بحسب مكان العدو إلى جهاد دفع وجهاد طلب.
- ٢- نشأ إشكال بالنسبة لتحرير قول بعض العلماء في مسوغات الجهاد، وذلك نتيجة التقيد بتقسيم الجهاد إلى دفع وطلب.
- ٣- مفهوم جهاد الدفع في تفسير المنار أوسع منه عند جمهور العلماء.
- ٤- الصورة التي يتحقق فيها خلاف تفسير المنار مع الجمهور: صورة ابتداء العدو بالقتال من غير المسوغات التي يعتبرها تفسير المنار، وقد ذكر صاحب المنار أدلة عدة حاول من خلالها إثبات قوله.
- ٥- أدلة الجمهور فيما يتعلق بهذه الصورة أقوى.

المراجع

1. القرآن الكريم.
2. أحمد: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، مؤسسة الرسالة- بيروت.
3. الألوسي: محمود بن عبد الله البغدادي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: ماهر حبوش، ط ٣/ ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م، دار الرسالة العالمية-دمشق.
4. البخاري: محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، ط ١/ ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، الرسالة العالمية-دمشق.
5. البركتي: محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، ط ١/ ١٤٢٤هـ-١٩٨٦م، دار الكتب العلمية-بيروت.
6. الهوتي: منصور بن يونس، كشف القناع عن الإقناع، ط ١/ ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، دار النوادر.
7. البيضاوي: عبد الله بن عمر بن محمد، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، تحقيق: مجدي السيد وآخر، المكتبة التوفيقية- القاهرة.
8. الجرجاني: علي بن محمد بن علي، التعريفات، تصحيح: جماعة من العلماء، ط ١/ ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، دار الكتب العلمية-بيروت.
9. الجصاص: أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، ١٤٠٥هـ، دار إحياء التراث العربي-بيروت.
10. ابن الجوزي: عبد الرحمن بن علي بن محمد، زاد المسير في علم التفسير، ط ٤/ ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، المكتب الإسلامي-بيروت.
11. ابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بعناية: نظر الفاريابي، ط ٣/ ١٤٣١هـ-٢٠١٠م، دار طيبة-الرياض.
12. ابن حزم: علي بن أحمد الأندلسي الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر-بيروت.
13. الحقل: إبراهيم بن محمد، الاستدلال الخاطئ بالقرآن والسنة على قضايا الحرية، ط ١/ ١٤٣٤هـ، مجلة البيان.
14. أبو حيان: محمد بن يوسف بن علي الأندلسي، البحر المحيط، تحقيق: محمد معتر وآخر، ط ١/ ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م، دار الرسالة العالمية-دمشق.

15. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
16. الراغب الأصفهاني: الحسين بن المفضل، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان الداوودي، ط ٣/ ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م، دار القلم-دمشق.
17. رضا: محمد رشيد بن علي رضا، تفسير القرآن الحكيم، ١٩٩٠م، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
18. الرملي: محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ١٤٠٤هـ، دار الفكر-بيروت.
19. الزركلي: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي، الأعلام، ط ٥/ ٢٠٠٢م، دار العلم للملايين.
20. الصاوي: أحمد بن محمد الخلوتي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف.
21. الصنعاني: عبد الرزاق بن همام بن نافع، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط ٢/ ١٤٠٣هـ، المجلس العلمي -الهند.
22. الطبري: محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله التركي، ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م، دار عالم الكتب-الرياض.
23. ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ط ٢/ ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م، دار الفكر-بيروت.
24. أبو عبيد: القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تحقيق: خليل محمد هراس، دار الفكر-بيروت.
25. ابن العربي: محمد بن عبد الله المالكي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط ٢/ ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م، دار الكتب العلمية-بيروت.
26. ابن عطية: عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد الله الأنصاري وآخر، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي.
27. عليش: محمد بن أحمد بن محمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، بدون طبعة، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م، دار الفكر-بيروت.
28. العز بن عبد السلام: محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، تعليق: طه عبد الرؤوف، ١٤١٤هـ- ١٩٩١م، مكتبة الكليات الأزهرية-القاهرة.
29. الغزالي: محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، ط ٢/ ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م، دار الرسالة العالمية-دمشق.

30. ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م، دار الفكر.
31. القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد المحسن التركي وآخرون، ط ١/ ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م، مؤسسة الرسالة- بيروت.
32. ابن القيم: ابن القيم: أحمد بن أبي بكر، الفروسية، تحقيق: زائد النشيري، ط ١/ ١٤٢٨هـ، دار عالم الفوائد- مكة.
33. ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: نبيل السندي، ط ٣/ ١٤٤٠هـ- ٢٠١٩م، دار ابن حزم- بيروت.
34. الكيا الهراسي: علي بن محمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: موسى محمد علي وآخر، ط ٢/ ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية- بيروت.
35. المحلي: محمد بن أحمد والسيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، تفسير الجلالين، مصور عن طبعة دار السلام.
36. مسلم: مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح، تحقيق: مركز البحوث بدار التأصيل، ط ١/ ١٤٣٩هـ- ٢٠١٨م، دار التأصيل- القاهرة.
37. المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة.
38. المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني: الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي- بيروت.
39. ابن نجيم المصري: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي.
40. النووي: يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم، إشراف: حسن عباس قطب، ط ١/ ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م، دار عالم الكتب- الرياض.
41. النووي: يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عبده كوشك، ط ١/ ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م، دار الفحاء- سورية.
42. الهيتي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٣٥٧هـ- ١٩٨٣م، المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

دور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال

The role of legal texts in the face of child sexual abuse

أ.سارة أمجد عبد الهادي اطميزي- تخصص قانون عام

كلية الحقوق – جامعة القدس- فلسطين

sarahtuma76@gmail.com

الملخص:

تهدف دراسة موضوع دور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال الى تسليط الضوء على جريمة الاستغلال الجنسي للطفولة، والتعرف على الأسباب المختلفة لتنامي هذه الظاهرة في العالم، وفي المجتمعات العربية بشكل خاص، وكذلك توضيح الآثار المترتبة على الإساءة الجنسية للأطفال وتسليط الضوء على إشكالية الدراسة والمتمثلة في ما هي أهم أساليب القانونية والتوعوية سواء الاجتماعية او الإعلامية لمكافحة هذه الظاهرة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إعتدنا على التقسيم الثنائي لدراسة الموضوع بتقسيمه لمحورين، في المحور الأول والذي تطرقنا لدور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال ، والمحور الثاني والمتمثل في دراسة التربية الجنسية - كيف تعلم طفلك حماية نفسه من التحرش الجنسي واختتمت الدراسة بخاتمه تكتف العديد من النتائج والتوصيات، ومن اهم النتائج أنه يجري تشخيص التحرش الجنسي استناداً إلى سرد الطفل، أو الشاهد للحادثة غالباً، ومن اهم التوصيات دعم وتعزيز نجاح النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال، وتجسيد تدابير حقيقه تكفل ضمانه وسلامة الطفل مثل نقل الطفل إلى مكان آخر من غير المنزل.

الكلمات المفتاحية: الاساءة الجنسية للأطفال، أساليب التوعية، الاستغلال الجنسي، المراكز الصحية.

Summary

The purpose of examining the role of legal texts in the face of sexual abuse of children is to highlight the crime of sexual exploitation of children. And to identify the different reasons for the growing phenomenon in the world, In Arab societies in particular, It also clarifies the implications of sexual abuse of children and highlights the most important methods of social and media awareness to combat this phenomenon.

So we relied on the two-way division of the subject by dividing it into two hubs, In the first hub, which we addressed the role of legal texts in the face of child sexual abuse, The second hub of studying sex education how does your children learn to protect themselves from sexual harassment and conclude with its conclusions that are confined to many conclusions and recommendations, and that the study is not a matter of the same nature, but of the study is not of the same nature, One of the most important findings is that sexual harassment is being

diagnosed based on the child's narrative, Or the witness to the accident, often. One of the most important recommendations is to support and promote the success of legal texts in addressing the phenomenon of sexual abuse of children, The embodiment of genuine measures to ensure the security and safety of a child, such as the transfer of the child to a place other than the home.

Keywords: Sexual abuse of children, Methods of awareness-raising, Sexual exploitation, Health centers

مقدمة

تولي الشرائع السماوية والاتفاقات الدولية والقوانين الوطنية جل عنايتها بالطفل وحقوقه، فقد أمدت الشريعة الإسلامية على ضرورة الاهتمام بالطفل وحسن معاملته¹ كما أكد الاعلان العالمي لحقوق الطفل واتفاقية حقوق الطفل الدولية على منح الطفل أكبر من قدر من الرعاية (الأمم المتحدة، 2002)

يعود الاهتمام بالطفولة لأنها مرحلة من أهم المراحل التي يمر بها العمر الانساني، حيث تبنى أسس شخصية الفرد وقيمه واتجاهاته ومنها يعلم وتضبط انفعالاته وحسن تعامله مع الآخرين، حيث يقوم الوالدن في البداية ببناء هذه الشخصية وتنميتها من جميع النواحي الجسمية والعقلية والانفعالية والاجتماعية.

موضوع الاساءة للطفل من الموضوعات المهمة التي يتناولها الباحثون في العديد من المجالات الدينية والطبية والتربوية والقانونية نظراً لأن هذه الاساءة من اهم المشكلات التي يمكن أن يعاني منها الطفل، فهي تؤثر على تكيفه النفسي وصحته النفسية حاضراً ومستقبلاً وتشكل معوقاً امام تنمية المجتمع وتقدمه ومشكلة الاساءة للطفل ظاهرة قديمة في حياة الانسانية فقد تعرض الاطفال لمختلف أصناف الاساءة مثل الكبار على الاقل في بعض الطبقات والفئات الاجتماعية لكن الاساءة للطفل تصدرت اهتمامات الباحثين منذ سبعينات القرن الماضي.²

يتعرض الأطفال في مجتمعاتنا الحالية لظاهرة اجتماعية يمكننا الإشارة إليها بأنها ظاهرة غير أخلاقية تسيء نفسياً واجتماعياً للأطفال المتعرضين لها وهذا ما يعرف بالإساءة الجنسية، ليس تأثير هذا قاصراً على المرحلة التي يحصل فيها الاساءة ولكن هذا يستمر ويمتد للمراحل العمرية التالية اذا لم يتم تدخل وعلاج نفسي فقد يكون هذا الحدث هو المسيطر على تكوين خصية الفرد المتعرض لها بل والمنيع للإصابة ببعض الاضطرابات النفسية وتكوين أفكار سلبية وسلوكيات منحرفة عن قيم المجتمع.

بالإضافة الى الاثار الجسمية الواقعه على الاطفال المتعرضين لمثل هذا النوع من الجرائم فقد سمعنا مؤخراً كثيراً عن تعض بعض الاطفال للإساءة الجنسية من قبل الغرباء حيث قد تصل هذه الاساءة لحد الاغتصاب الفعلي للضحية، هذا ما جعل المذنب قد يلجأ الى قتل الضحية للتخلص من الجريمة أو للتهديد من أجل كتمان الامر والسيطرة على الضحية لكن ما نراه صادمًا في الوقت الراهن هو أن الموضوع تطور وأصبح الاطفال يتعرضون للإساءة الجنسية من قبل الاقرباء من الدرجة

¹ سويد، محمد، 1998، منهج التربية النبوية للطفل، العناني، حنان، 2004، تربية الطفل في الاسلام.

² كفاي، علاء الدين وآخرون، 2008، الارتقاء الانفعالي والاجتماعي لطفل الروضة.

الأولى فقد ورد على مسامعنا في النشرات الاخبارية ومواقع التواصل الاجتماعي عن أطفال يحملن سِفاً من آباءهن ومن هنا نلاحظ اختلال الموازين والقوانين التي تحكم الكون والعصر الذي تواجبه ويجعلنا نقف أسفين على انسانيتنا.

يعتبر الطفل مخلوق بشري ضعيف له حقوق إنسانية أساسية ينبغي على الدولة حمايتها وضمان تمتع الأطفال بها، لذلك كان اهتمام المجتمع الدولي بحقوق الطفل ليس فقط من خلال حماية حقوق الانسان عموماً ولكن من خلال حماية وضع أحكام خاصة تضمن توفير الحماية القانونية للأطفال. ومن خلال هذا المنطلق نجد أن الاهتمام الدولي بالطفل بدأ من اعلان جنيف لحقوق الطفل سنة 1924، ثم اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989، وقد صادقت فلسطين على اتفاقية حقوق الطفل في عام 2014، وقد ورد في اتفاقية حقوق الطفل الصادر عام 1989 ضمن المادة 19 "أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية والادارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية الطفل من كل أشكال العنف أو الضرر أو الاساءة البدنية أو الاهمال والاستغلال بما في ذلك الاساءة الجنسية، وهو في رعاية والديه أو الوصي عليه قانونياً".

وقد تضمنت الدراسة دور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال.

وبناء على ذلك تم طرح الاشكالية التالية: ما هي الاثار المترتبة على الاساءة الجنسية للأطفال؟، وللإجابة على هذه الاشكالية قمنا بتقسيم خطة الدراسة على النحو التالي:

المحور الأول: دور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال

المحور الثاني: دراسة التربية الجنسية - كيف تعلم طفلك حماية نفسه من التحرش الجنسي

المحور الأول: دور النصوص القانونية في مواجهة ظاهرة الإساءة الجنسية للأطفال

إن الأطفال الفلسطينيين، وخاصة البنات، معرضون للعنف الجسدي والجنسي ضمن الأسرة كما هي حال الأطفال في العالم كله، وثمة حاجة إلى القوانين الملائمة التي تحميهم، وقد وجد استطلاع نشره مكتب الإحصاء المركزي الفلسطيني عام 2005 أن 51.4 % من الأمهات يعتقدن أن واحداً على الأقل من أطفالهن (من 5 إلى 17 سنة) يتعرض للعنف، وكانت الغالبية الساحقة من حالات العنف هذه (93.3%) من قبل أفراد العائلة¹. وفي دراسة أخرى قالت 80% من البنات الفلسطينيات بين 5 و 17 عامًا أنهن يتعرضن إلى العنف في المنزل².

في حين يحظر الدستور الفلسطيني (أو القانون الأساسي) العنف ضد الأطفال³، فإن قانون العقوبات الأردني المطبق في الضفة الغربية يسمح للوالدين بتأديب الأطفال عبر استخدام العنف الجسدي، وتقول المادة 62 من هذا القانون: "لا يعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة".

ويجيز القانون ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم على نحو ما يبيحه العرف العام⁴. وتنكر المادة 286 من هذا القانون على الأطفال الذين يقعون ضحية سفاح القربى حق توجيه الاتهام بالإساءة الجنسية. ولا يمنح القانون حق توجيه الاتهام بسفاح القربى نيابةً عن القاصر إلا لأحد أفراد الأسرة، وقد يكون هو من ارتكب ذلك الفعل⁵. وفي عام 2004 قالت المنظمة الدولية للدفاع عن الأطفال/قسم فلسطين "إن النظام القانوني الحالي، وهو خليط من خمسة أنظمة قانونية على الأقل، لا يفتقر إلى الوحدة وتلبية المعايير الدولية فحسب، بل هو قاصر بشكل خطير عن حماية مصلحة الطفل"⁶.

وقد سنت السلطة الفلسطينية قانون الطفل في يناير/كانون الثاني 2005⁷، وكانت تلك خطوة باتجاه عدم التسامح مع الإساءة إلى الأطفال في الأراضي الفلسطينية المحتلة. ويعد القانون الحقوق الأساسية الاجتماعية والثقافية والصحية التي يضمنها لأطفال فلسطين داخل الأسرة والمجتمع الفلسطيني؛ وهو يذكر أيضاً التدابير والآليات الوقائية المتاحة لهم.

ومن أبرز سمات هذا القانون إنشاء آلية للإبلاغ عن العنف من خلال إحداث مديرية حماية الطفولة في وزارة الشؤون الاجتماعية. وهذه المديرية مسئولة عن "ضمان عدم تعرض الأطفال إلى العنف في الأماكن العامة والخاصة، وعن

¹ استطلاع العنف الأسري الذي أجراه مكتب الإحصاء الفلسطيني عام 2005: نتائج أولية (الملف موجود لدى 117 هيومن رايتس ووتش)

² مكتب الإحصاء الفلسطيني، "استطلاع الصحة النفسية للأطفال، 2004"، ص 82 – 83 (الملف موجود لدى 118 هيومن رايتس ووتش)

³ المادة 29 (4) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الذي جرى إقراره في 18 مارس/آذار 2003. يمكن الحصول على نسخة كاملة من هذا القانون على الرابط <http://213.244.124.245/mainleg/14138.htm> (تمت زيارة الرابط في 12 سبتمبر 2021)

⁴ المادة 62، القانون 1960/16 (الملف موجود لدى هيومن رايتس ووتش).

⁵ تنص المادة 286 خاصة على: "يلاحق السفاح الموصوف في المادة السابقة بناء على شكوى قريب أو صهر أحد المجرمين حتى الدرجة الرابعة". لمزيد من المعلومات، انظر الفقرة الفرعية الخاصة بالسفاح في الفصل الرابع من هذا التقرير

⁶ المنظمة الدولية للدفاع عن الأطفال/قسم فلسطين، "استخدام الأطفال في الأراضي الفلسطينية المحتلة: نظرة إلى الاطفال الجنود"، يوليو/تموز 2004، ص 13، <http://www.dci-pal.org/english/Display.cfm?DocId=277&CategoryId=8> (تمت زيارة الرابط في 12 سبتمبر 2021)

⁷ انظر أمانة سر خطة العمل الوطنية من أجل الأطفال الفلسطينيين، "حماية الطفل في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة للوضع على المستوى الوطني"، يونيو/حزيران 2005، ص 14.

الإشراف على رعاية الأطفال الذين تعرضوا للعنف".¹ ويتضمن القانون أيضاً حكماً عاماً ينص على أن الأطفال "يملكون حق الحماية من جميع أشكال العنف والأذى الجسدي والنفسي والجنسي، وكذلك من الإهمال والتشرد وأي شكل آخر من سوء المعاملة أو الاستغلال". لكن، ومن غير إلغاء ما يتضمنه قانون العقوبات من أحكام لا تسمح لغير الأقارب الذكور بتقديم تهم السفاح نيابةً عن القاصر، فإن ضمانات الحماية التي يحملها قانون الطفل تفقد مغزاها إلى حدٍ كبير. وقد انتقدت المنظمات غير الحكومية التعريف الحصري الوارد في القانون لـ "الحالات الصعبة" التي تستحق حماية خاصة،² وانتقدت امتناعه عن التحديد الدقيق للجهة الحكومية المسؤولة عن تطبيق تدابير الحماية الواردة في القانون، إضافةً إلى أنه لا ينص على الالتزام باتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بحقوق الطفل.³

إن القانون يحمي جميع الأفراد سواء كانوا قاصرين أو بالغين والقاصرين في قانون العقوبات الأردني محميين من جرائم الاغتصاب وهتك العرض والمداغبة وغيرها، حيث جعل القانون عقوبة المعتدي شديدة، والقوانين والعقوبات المطبقة في الضفة الغربية رادعة بالرغم من أنها تستند لقانون قديم، حيث أنه إذا تعرضت فتاة يقل عمرها عن 15 سنة للاغتصاب فإن القانون يعاقب الفاعل بالاعدام، وجرائم هتك العرض لنفس الفئة تصل للأشغال الشاقة المؤقتة بمدة 10 سنوات. ولكن هل يطبق هذا القانون حقاً في مجتمعنا القابع تحت نير الاحتلال والعادات والتقاليد، أم هل يتم التسامح مع هؤلاء القتلة السفاحين؟

يقول أستاذ القانون في جامعة النجاح الوطنية أن العقوبة تكون شديدة في حال حماية القاصرين بينما تكون أخف في حالة أن الجاني استهدف فتاة بالغة لأن احتمالية تقبل الفتاة البالغة للجريمة تكون أكثر بينما الأطفال غير واعين لما يدور حولهم ولا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم.⁴

وأضاف أنه "وبالرغم من أن القانون قديم ويرجع لعام 1960 إلا أنه يتشدد في جرائم الاغتصاب، أما باقي الأفعال فيرجع لطبيعة الجريمة ومستواها، أيضاً مشروع قانون العقوبات الفلسطينية يتشدد في هذه العقوبات"⁵، ورأي أن المشكلة لا تكمن في نصوص القانون بل في التكنم على هذه الحالات التي تتعرض للعنف الجنسي والاعتداء من كلا الجنسين، خوفاً من الفضيحة والتأثير على السمعة، حيث أن طبيعة المجتمع لا تساعد.⁶

إذا فنحن هنا أما مشكلة تعلق بالكتمان والخوف من الفضيحة فكانت التضحية بمشاعر الطفل النفسية والاجتماعية أهم بكثير من المشكلة نفسها خوفاً من المجتمع الذي من الممكن أن يكون هو سبب هذه الجريمة البشعة، والتي ستعمل على تكرار الجاني لفعلته لأنه لم يردع بل تم إخفاء الأمر خوفاً منه.

¹ المصدر السابق ص 85

² يكون من حق السلطات في هذه الحالات إبعاد الطفل عن المنزل

³ أمانة سر خطة العمل الوطنية من أجل الأطفال الفلسطينيين، "حماية الطفل في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة للوضع على المستوى الوطني"، يونيو/حزيران 2005، ص 12.

⁴ موقع رام الله مكس، الاعتداءات الجنسية ما بين الخوف من الفضيحة وقرار الاعتراف الصعب، نشر بتاريخ 20 نوفمبر 2016. (تمت زيارة الموقع في 13 سبتمبر 2021).

⁵ المرجع السابق.

قانون العقوبات الجديدة يشكل رادعاً لكل من تسول له نفسه بالتحرش بالأطفال حيث تصل العقوبة للحبس لمدة 6 شهور، وستجعل الشخص الجاني يعيد النظر بتمعن لوجود عقوبة رادعة تنتظره، وعلى الأهل عدم التهاون في اختفاء الأمر بل عليهم أن يتواصلوا للحصول على حق ابنهم ان تعرض لهذا الأمر، بالإضافة الى أن القانون الفلسطيني يعاقب المستغلين جنسياً حيث يعاقب الشخص الذي يستغل طفلاً أو يسهل بيعه بالسجن لمدة من 3-5 سنوات مع غرامة قيمتها 5 آلاف دينار.¹

ونصت المادة 339 من قانون العقوبات الفلسطيني ان عقوبة ل من اختطف طفلاً واعتدى عليه جنسياً او اغتصبه هي الحبس مدى الحياة وتُغلّظ هذا العقوبة ان كان الطفل أقل من 8 سنوات وان كان المعتصب معروفاً للضحية²

المحور الثاني: دراسة التربية الجنسية - كيف تعلم طفلك حماية نفسه من التحرش الجنسي

التربية الجنسية هي نوع من أنواع الثقافة التربوية التي يجب على جميع الأفراد إدراك أبعادها. (عودة، 2010، ص15)، هو ذلك النوع من التربية التي تمد الفرد بالمعلومات العلمية والخبرات الصالحة والاتجاهات السليمة، إزاء المسائل الجنسية، بقدر ما يسمح به نموه الجسدي والفيزيولوجي والعقلي والانفعالي والاجتماعي، مما يؤهله لحسن التوافق في المواقف الجنسية ومواجهة واقعية تؤدي الى الصحة النفسية. (مرجان، 2011، ص37)

يمر الانسان بالعديد من المراحل التي تتميز بالتطور والتجدد ومن اهم هذه المراحل مرحلة الطفولة، التي تتسم بكونها حجر الاساس لبنائه، ونظراً لأهمية هذه المرحلة لا بد من الاشارة الى اهم الاخطار التي تتعرض لها الطفولة، وما تخلفه من آثار سلبية على المجتمع في حل التعرض الى الاساءة الجنسية.

وتتجلى اهمية التربية الجنسية من خلال ما تقتضيه العملية التربوية في هذا السياق من ترسيم خطة رعاية تكاملة انتشارية تلتف أساساً بالجانب الانفعالي من حياة الطفل تجعله مستوعباً فيزيولوجية من خلال ما يحدث من نمو عام ينعكس في مجموعة الافرازات الجنسية وما تتطلبه من آداءات وظيفية مغينة، وبإمكانه وهو في هذه الحالة أن يكون فاهماً لطبيعته الجنسية، ومتابعاً بنفسه ملاحظاً لمختلف التغيرات التي تطرأ على نفسه وجسده ووظيفة أعضائه الجنسية ويوفر لنا فردة بناء تنظيم معلوماته عن جسده وعن أي تحول فيزيولوجي وظيفي قد يطرأ عليه، فاكتماب المعلومات الجنسية السليمة منذ السنوات الأولى من حياة الطفل يجعل القائمين على هذه العملية في درجة عليا من المسؤولية تحيل نظر الطفل والمراهق الى أخطار وعواقب وممارسات الأفعال التي تعتبر من الفوضى الجنسية ومختلف السلوكيات والتصرفات التي قد يقوم بها الفرد في ظروف غير رسمية وغير تربوية وغير صحية تعرضه للإصابة بأمراض جسية شتى كالتهابات المبد المصلية والبالئية والفيروسية والدلتاوية ومتلازمة العوز المناعي المكتسب والزهري والسيلان. (منظمة الصحة العالمية، 2005، ص 187)

¹ المرجع السابق.

² المرجع السابق

وتتمثل التربية الجنسية بعدد من الأهداف والتي تعد مهمة بشكل كبير في دراسة التربية الجنسية والتي تتمثل في ¹

- تقديم المعلومات: حيث أن لكل الناس الحق في الحصول على المعلومات الدقيقة والصحيحة عن النمو النفسي للانسان بكافة مظاهره أو أبعاده التناسل الانساني، الحالة التشريحية لأجهزة البدن منها الجهاز التناسلي فيزيولوجيا وكيمياء الدم المرتبطة بالوظائف الحيوية ومنها الوظيفة الجنسية والهرمونات المرتبطة بها، الاستمنااء او العادة السرية أشكالها ومضارها، الحياة الاسرية والحمل والانجاب وغيرها.(عودة، 2010/ ص19) حيث يحاول الأطفال في سنة المراهقة وما قبله الحصول عليها، حيث أن المعلومات قد تكون خاطئة ومخيفة بشكل كبير في عدد من المواقع أو الكتب التي يلجأ لها الأطفال لذلك علينا أن نجعله أكثر وعياً من خلال تقديم هذا له بطريقة صحيحة بعيدة عن الكذب والتهويل.
 - تنمية القيم والضوابط المنظمة أو الحاكمة للنشاط أو السلوك الجنسي: وذلك بأن تقدم التربية الجنسية للأطفال والشباب فرصاً للتساؤل والاستفسار والاكتشاف المنضبط بنسق القيم والاتجاهات الناضجة للوظيفة والسلوك الجنسي، والهدف من إتاحة مثل هذه الفرص للاكتشاف ان يفهم الأطفال والشباب الحياة الأسرية، الدين، القيم الثقافية وتنمية قيم الذاتية التي تزيد من تقديرهم لذاتهم إضافة الى تنمية الاستبصارات الخاصة بالعلاقات الاجتماعية المتبادلة مع الجنس الآخر وفهم مسئولياتهم الشخصية عن مثل هذه العلاقات.
 - تنمية مهارات العلاقات الاجتماعية المتبادلة: حيث يمكن أن تساعد التربية الجنسية الأطفال والشباب على اكتساب مهارات: التواصل الايجابي الفعال، صنع واتخاذ القرار، السلوك التوكيدي، مهارات رفض ضغط الأقران، القدرة على إقامة علاقات اجتماعية ايجابية متبادلة مع الآخرين.
 - تنمية المسؤولية الشخصية والاجتماعية من السلوك الشخصي: حيث تساعد التربية الجنسية الأطفال والشباب على تعلم واكتساب مفهوم المسؤولية والانضباط في العلاقات الجنسية، ويتحقق ذلك من خلال تزويدهم بالمعلومات عن الضوابط الشرعية للسلوك الجنسي ومساعدتهم على تجنب الموبقات والرذائل ومقاومة ضغط الأقران أو رفض المغريات التي تحرض على الإتيان بها او ارتكابها. (عودة، 2010، ص 20-23).
- يعيش الطفل مراحل طفولته مع والديه حيث في مرحلة الرضاعة والحضانة لا يغيب عن ناظرهم، ويبدأ في ادراك الكثير من الفروق بين الذكر والأنثى ويأخذ سلوكه بتميز من حيث الدور الجنسي ويبرز هذا السلوك الذي تلعب الأسرة دوراً كبيراً فيه، وفي مرحلة التمييز يعي الطفل دوره كذكر، وتعي الأنثى دورها كأنثى، فنجد الذكر يهتم بالأمور التي تخص الرجال والطفلة تهتم بالأمور التي تخص الأنثى، حيث يبدأ بادرار الفروق بين الذكر و الأنثى خصوصاً من الناحية الجسمية.²

¹ بوكحيل، أسماء، فلاح، نجيبة، 2020، اثر غياب التربية الجنسية في ظهور الانحراف عند المراهقة، جامعة العربي بن مهيدي.

² بوكحيل، أسماء، فلاح، نجيبة، 2020، اثر غياب التربية الجنسية في ظهور الانحراف عند المراهقة، جامعة العربي بن مهيدي.

ونجد أن الأطفال في هذا السن يرغبون في التعرف على تركيب أجسامهم وأجسام أصدقائهم وأخوتهم وأهلهم، سواء أكانوا من نفس الجنس أم من الجنس الآخر، كما أنهم يودون رؤية كل ما يقوم به آبائهم، ومع ذلك لا بد من أن يكون واضحاً أن الدراسات أثبتت أن وقوع نظر الطفل على بعض المظاهر الجنسية في هذه المرحلة يسبب إلى نفسيته ونموه.¹

أفادت الدراسات أن التغلب على النوازع الجنسية التي تثير الطفل ووالديه ومجتمعه الكثير من المشكلات، لا يحصل إلا بتنشئة الطفل والطفلة وفق قواعد أخلاقية تستمد أصولها من الحرية والمسؤولية ولا ينجح إلا بإيجاد تصور واضح عن الموضوع، ويرتبط هذا بضرورة القول بوجوب ربط التربية الجنسية بالتربية الخلقية والعلمية، هنا حل المشكلة الجنسية يعتمد على قيام نظام تربوي يعطي الفرد من الصغر قوة علمية وخلقية وروحية تجنبه الوليات والمآسي التي تتمثل في ضروب الشذوذ والانحراف، ويطغى فيها الشبق الجنسي الذي بات يعاني منه الكثير من الشباب في هذا العصر.²

ويتحقق نظام تربوي سليم يصبح الطفل قادراً على التحكم في غريزته، فيكبر وهو لا يجري وراء اللذة، ولا ينساق إلى ما تمليه الغريزة، ولن نجانب الصواب حيث نقول إنه بذلك النظام، سيتجه نحو العفة ويعمل على اختزان طاقته الجنسية، ومن ثم لا يصرفها في الفوضى أو السقوط في الرذيلة، ويستمر هذا إلى أن يكبر ويتزوج زواج شرعي تحت إشراف الأهل ورقابتهم وذلك لقوله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله).³

ان الثابت أن الأطفال الذين نالوا حظاً من التربية الجنسية، لم يقعوا فيما وقع فيه سواهم من الذين لم ينالوا نصيباً منها، رغم الاختلاط في الثانوية والجامعة، وقد قيل إنه لا يتم الحكم في الشيء إلا اذا علم بما في ذلك الشيء من حقائق.⁴ ومن الملاحظ أن النمو السريع المصاحب للبلوغ الذي يمر به المراهق يحدث تغيرات عضوية ونفسية تعمل كلها على اختلال التوازن والشعور بالارتباك والميل أحيانا إلى ما يشبه الشذوذ وهذا بسبب نمو الدافع الجنسي الضاغط مما يستدعي الارشاد إلى كيفية ضبطه، والتغلب على النوازع الجنسية التي تفاجئ الطفل في مرحلة البلوغ بطاقة لا قبل له بها.⁵

ولتوفير البيئة المناسبة لحماية الطفل من الظروف البيئية والخلقية السليمة وتقوية القدرات العقلية وغيرها، هنا يمكننا القول ان كثيرا من وسائل الاعلام المرئية لا تعمل على مساعدة الاباء والمربين على تحقيق تربية جنسية سليمة، بل نجدها تعمل على اشاعة فوضى العلات الجنسية في المجتمع، بل تعمل على تهديد القوانين الاخلاقية وفي ذلك مخاطر نفسية وعقلية تمس الافراد وتهددهم وتضر بصحة المجتمع وكيانه.⁶

التربية الجنسية ليست وليدة اللحظة انما لها اهداف اساسية تسعى لتحقيقها ومن اهم تلك الاهداف:⁷

¹ بختي، العربي، 2012، أسس تربية الطفل.

² كشك، منى، 2012، اتجاهات الوالدين نحو تدريس مفاهيم التربية الجنسية في مرحلة التعليم الاساسي مجلة جامعة دمشق

³ بختي، العربي، 2012، أسس تربية الطفل.

⁴ بختي، العربي، 2012، أسس تربية الطفل.

⁵ طارق، كمال، 2012، الانحراف الاجتماعي الاسباب والمعالجة، الاسكندرية.

⁶ بختي، العربي، 2012، أسس تربية الطفل.

⁷ مذكور، علي، 1995، التربية الجنسية للبناء، أبناؤنا، العدد 13، سلسلة سفير التربية.

- ان يدرك الاباء والابناء والمربون مفهوم التربية الجنسية واهميتها ودورها في يتوجيه سلوك الناشئة وتفسيره دون مبالغة.
- ادراك الحقائق والمعلومات المتصلة بالتمايز بين الجنسية واهمية هذا التمايز في الحياة الاسرية والاجتماعية نظرياً وعلمياً.
- تصحيح ما قد يكون هناك من معلومات وافكار واتجاهات خاطئة تحو بعض انماط السلوك الجنسي.
- استيعاب الحقائق والمعلومات المتصلة بالجنس في مرحلة المراهقة كالبلوغ والاحتلام والعادة الشهرية ومساعدة الأبناء على حل مشكلات هذه المرحلة التي يمر بها الجنسان.
- القدرة على تهيئة جو الحوار والمناقشة مع الابناء وتشجيعهم على طرح الاسئلة ومصارحتهم من خلال الاجابة عنها، ومساعدتهم على حل مشكلاتهم واعدادهم لاستقبال مرحلة البلوغ.
- تحديد مسؤوليات الاباء والمربين والمناهج الدراسية عموماً تجاه الحياة الجنسية للأبناء وما يترتب عليها من نتائج ومشكلات.
- توعية الاباء والابناء والمربين بمشكلات الشباب الجنسية كالاستمناء واللواط والسحاق وباسبابها والنتائج المترتبة عليه سواء امان ذلك على مستوى الفرد ام الجماعة.
- معالجة المشكلات الجنسية التي يعاني منها المراهقون في سن البلوغ.

الخاتمة:

جريمة الاعتداء الجنسي ليس محتكرة على موطن جغرافي محدد وليست مخصصة لمجتمع معين أو طبقه ما، لكنها تتأثر بعدة عوامل مجتمعة مع بعضها البعض، منها ما قد يكون الفقر والضغط النفسي وقلة التربية بالاضافة الى العادات والتقاليد وأوقات الفراغ الكبيرة التي تكون لدى الأشخاص، وداخل كل معدي هناك نفس مهزوزة سيحاول التنفيس عن ما به من خلل مع اطفال غير قادرين وواعين لما يحصل لهم في الوقت الراهن، وعلى القانون أن يكون شديداً في حال تمت هذه الفعله حيث أن الجاني وان تمت مسامحته من الممكن أن يعود ويكرر ذلك لأن ليس هنالك ما يردعه، وهذا من شأن القانون أن يقوم بحماية الأطفال دون سن الثامنة عشر، بالاضافة الى أهمية التوعية الجنسية لدى الأطفال وفهم ما يحصل معهم، بالاضافة الى الوعي بأهمية عدم الخوف من المجتمع الذي من الممكن أن يكون جزءاً من السبب.

وبذلك استهدف المقال الذي بين يدينا التعرف على القانون فمواجهة ظاهرة الاساءة الجنسية للأطفال بالاضافة الى اهمية التربية الجنسية التي تجعل الطفل ينمو نمواً صحيحاً بعيداً عن المعلومات المغلوطة التي من الممكن أن يحصل عليها في الوقت الراهن من الشبكة العنكبوتية التي قد تؤدي الى دخول الطفل بمشكلات كبيرة قد تجعله في بعض الاحيان هو الجاني على طفل اخر، بالاضافة الى اهمية معرفة الطفل ما يدور حوله من امور قد تكون في كثير من الاحيان ضارة للطفل، وعلى الاهل أن يستمعوا لكل ما يقوله طفلهم ويصدقوه لأن الاطفال لن يكذبوا بخصوص ما يحصل لهم في الحياة وعليه هنا أن يجد الملاذ الامن في حضن والديه ويكبر بطريقة سليمة بعيدة عن المشاكل النفسية والاجتماعية والصحية التي قد تسببها الاساءة لهذا الطفل.

النتائج:

- سن القانون الفلسطيني قانوناً رادعاً في حق من يقوموا بالإساءة للأطفال و يكون القانون رادعاً أكثر في حال كان الطفل اقل من 8 سنوات.
- العادات والتقاليد والخوف من الفضيحة هو من أسباب انتشار ظاهرة الاساءة الجنسية، وعدم خوف الجناة من القوانين.
- يطبق القانون الفلسطيني العقوبات التي أقرها في حق الجناة الذين يقومون بالاساءة الجنسية أو الاغتصاب او بيع الطفل وغيرها من الامور التي تندرج تحت الاساءة الجنسية للأطفال عقوبات قد تصل للسجن مدى الحياة أو الاعدام.
- قد تكون الجريمة التي تم افتعالها من قبل اشخاص غرباء وقد تكون من أشخاص معروفين لدى الطفل حيث تكون العقوبة للشخص المعرف للطفل اكبر.
- للتربية الجنسية اهمية كبيرة في حماية الطفل وفهمه لما يدور حوله.

- التربية الجنسية تقي الطفل من الوصول لمعلومات مغلوطة قد تؤدي الى مشكلات أكبر في المستقبل.
- الاطفال الذين يحصلون على تربية جنسية هم الاقل قياماً بجريمة الاستغلال والاغتصاب واكثر فهما لما يدور حولهم.
- يتعرض الطفل في سن اقل من ال 18 الى امراض نفسية بسبب ما يتعرض له من اساءة وتحرش في سن معين.

التوصيات والمقترحات:

- ضرورة التربية الجنسية للذكور والاناث في المنزل والمدرسة على حد سواء.
- ضرورة تربية الفتاة تربية جنسية سليمة منذ الصغر واعدادها لتطورات والتغيرات التي تحصل لها واطلاعها على طبيعة هذه التطورات.
- ضرورة التوعية للأهل باهمية عدم اخفاء ما يتعرض له الطفل من اساءة وتحرش من قبل اخرين وأنه في سرية تامة عند اللجوء للأشخاص الصحيحة وذلك لعدم تكرار هذه الاساءة.
- تزويد المراهقين بالمعلومات الصحيحة والدقيقة والواقعية حول البلوغ والتغيرات الجسمية والنفسية.
- العمل على جعل التربية الجنسية مادة اساسية تدرس في المؤسسات التعليمية (خاصة المدرسة) كونها جداً مهمة وذلك من مرحلة الطفولة الى غاية مرحلة المراهقة.
- ضرورة التوعية ان ما تتعرض له الفتاة من تحرش واساءة جنسية هو بالمثل ما يحصل للذكر وليس مقترناً على الفتاة فقط حسب المجتمع الذي نعيش فيه.

المراجع:

- سويد، محمد، 1998، منهج التربية النبوية للطفل.
- العناني، حنان، 2004، تربية الطفل في الاسلام.
- كفاي، علاء الدين وآخرون، 2008، الارتقاء الانفعالي والاجتماعي لطفل الروضة.
- استطلاع العنف الأسري الذي أجراه مكتب الإحصاء الفلسطيني عام 2005: نتائج أولية (الملف موجود لدى 117 هيومن رايتس ووتش)
- مكتب الإحصاء الفلسطيني، "استطلاع الصحة النفسية للأطفال، 2004"، ص 82 - 83 (الملف موجود لدى 118 هيومن رايتس ووتش)
- المادة 29 (4) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الذي جرى إقراره في 18 مارس/آذار 2003. يمكن الحصول على نسخة كاملة من هذا القانون على الرابط <http://213.244.124.245/mainleg/14138.htm> : (تمت زيارة الرابط في 12 سبتمبر 2021)
- المادة 62، القانون 1960/16 (الملف موجود لدى هيومن رايتس ووتش).
- تنص المادة 286 خاصة على: "يلاحق السفاح الموصوف في المادة السابقة بناء على شكوى قريب أو صهر أحد المجرمين حتى الدرجة الرابعة". لمزيد من المعلومات، انظر الفقرة الفرعية الخاصة بالسفاح في الفصل الرابع من هذا التقرير
- المنظمة الدولية للدفاع عن الأطفال/قسم فلسطين، "استخدام الأطفال في الأراضي الفلسطينية المحتلة: نظرة إلى الاطفال الجنود"، يوليو/ تموز 2004، ص 13، <http://www.dci-pal.org/english/Display.cfm?DocId=277&CategoryId=8> (تمت زيارة الرابط في 12 سبتمبر 2021)
- انظر أمانة سر خطة العمل الوطنية من أجل الأطفال الفلسطينيين، "حماية الطفل في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة للوضع على المستوى الوطني"، يونيو/حزيران 2005، ص 14.
- المصدر السابق ص 85
- يكون من حق السلطات في هذه الحالات إبعاد الطفل عن المنزل
- موقع رام الله مكس، الاعتداءات الجنسية ما بين الخوف من الفضحية وقرار الاعتراف الصعب، نشر بتاريخ 20 نوفمبر 2016. (تمت زيارة الموقع في 13 سبتمبر 2021).
- ¹ المرجع السابق.
- امانة سر خطة العمل الوطنية من أجل الأطفال الفلسطينيين، "حماية الطفل في الأراضي الفلسطينية المحتلة: دراسة للوضع على المستوى الوطني"، يونيو/حزيران 2005، ص 12.
- بوكحيل، أسماء، فلاح، نجيب، 2020، اثر غياب التربية الجنسية في ظهور الانحراف عند المراهقة، جامعة العربي بن مهيدي.
- كشك، منى، 2012، اتجاهات الوالدين نحو تدريس مفاهيم التربية الجنسية في مرحلة التعليم الاساسي مجلة جامعة دمشق.
- بختي، العربي، 2012، أسس تربية الطفل.
- مذكور، علي، 1995، التربية الجنسية للأبناء، أبناؤنا، العدد 13، سلسلة سفير التربية.



النـاشـر :

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا / برلين

Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه
في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in
any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.



المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

030-86450098

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de

