

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك ، العدد 122 : دجنبر 2022

❖ مواضيع العدد :

- مفهوم قوة الدولة في السياسة الدولية.
- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - د. مقارنة.
- الجوانب القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي.
- مخاطر الثورة الرقمية و صداها التشريعي.
- التشريع الأسري بين الخصوصية و الكونية.
- الحماية القانونية للعاملات والعمال المنزليين.



العدد 122 دجنبر 2022

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويس بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 122 لشهر دجنبر 2022

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 122 لشهر دجنبر 2022 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. مفهوم قوة الدولة في السياسة الدولية : الدكتور جهاد محمود عبد المبدى ، دكتوراه القانون – جامعة عين

شمس - جمهورية مصر العربية.....06

3. تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - دراسة مقارنة : الدكتور مسعود حسين مسعود ، أستاذ القانون الخاص

المشارك ، كلية القانون ، جامعة سرت - الجمهورية الليبية.....19

4. الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي : ذ. كريم علي سالم ، كلية الفارابي الجامعة ، بغداد

الجمهورية العراقية.....54

5. مخاطر الثورة الرقمية وصداهها التشريعي - دراسة تحليلية مقارنة : مستشار دكتور محمد جبريل إبراهيم

نائب رئيس هيئة قضايا الدولة - جمهورية مصر العربية.....67

6. التشريع الأسري المغربي بين الخصوصية و الكونية : أحكام الولاية والتعدد نموذجاً : نجاة بوعريب

دكتوراه في الشريعة والقانون ، كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر- أكادير.....103

7. الحماية القانونية للعاملات والعمال المنزليين في ضوء المعايير الدولية والوطنية : بدر الحيمودي ، باحث

بسلوك الدكتوراه بكلية الحقوق ، جامعة محمد الأول وجدة-المملكة المغربية.....123

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد 122 لشهر دجنبر 2022



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،
نضع بين أيديكم العدد 122 لشهر دجنبر 2022 من مجلة الفقه و القانون الدولية
و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات
وجامعات ونخص بالذكر :

- كلية القانون – جامعة عين شمس - جمهورية مصر العربية.
- كلية القانون ، جامعة سرت – الجمهورية الليبية.
- كلية الفارابي الجامعة ، بغداد –الجمهورية العراقية.
- كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر- أكادير- المملكة المغربية.
- كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول وجدة-المملكة المغربية.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- مفهوم قوة الدولة في السياسة الدولية.
- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - دراسة مقارنة .
- الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي .
- مخاطر الثورة الرقمية وصداهها التشريعي- دراسة تحليلية مقارنة .
- التشريع الأسري المغربي بين الخصوصية و الكونية : أحكام الولاية والتعدد نموذجا .
- الحماية القانونية للعاملات والعمال المنزليين في ضوء المعايير الدولية والوطنية.

ختاما لا تنسونا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

دراسات وأبحاث بالعربية ✓ :

مفهوم قوة الدولة في السياسة الدولية

The Concept of State Power in International Politics



الدكتور جهاد محمود عبد المبدي¹

دكتوراه القانون – جامعة عين شمس

Dr. Gehad Mahmoud AbdElmobdy

PhD of Law, Ain Shams University – Egypt

الملخص:

موضوع هذه الدراسة يتناول مسألة ذات أهمية كبيرة، قديمة بقدم الحق والباطل، ومتجددة في كل عصر وزمان، ومرتبطة بالوجود الإنساني على امتداد وجوده وبقائه، وهو القوة التي تعتبر المحرك الرئيس للأنظمة الدولية، والعامل المشترك في إدارة العلاقات الدولية، لأنالكثير من الدول تعتمد في وجودها وبقائها على القوة، ولا تدخر جهداً في السعي نحو الحصول على المزيد من القوة حتى تتمكن عن طريقها من إدراك أهدافها، والحفاظ على مصالحها، مما يمكن معه القول: إن معظم السياسات على الساحة الدولية هي صراع من أجل القوة. لهذا فلقد تناولت هذه الدراسة مفهوم قوة الدولة وأهمية وجود القوة في فكر العلاقات الدولية، وأهم

¹- عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي ، عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.

- Member of the Egyptian Association for International Law ;Member of the Egyptian Association for Political Economy, Statistics and

العناصر والمقومات التي يمكن الاستناد إليها في الحكم على الدول بأنها تصنف من ضمن الدول القوية أم هي خارج هذا التصنيف، والتطرق كذلك إلى مدى سهولة أو صعوبة قياس وتقييم قوة الدول.

• الكلمات الافتتاحية : مفهوم القوة – عناصر القوة – قياس قوة الدولة.

Abstract :

The subject of this study deals with a matter of great importance, as old as right and wrong ,and renewed in every age and time, and linked to human existence throughout its existence and survival, which is the power that is the main engine of international systems, and the common factor in the management of international relations, because states depend in their existence on power, and spare no effort in seeking to increase their share of the power, so that they can through them realize their goals, and preserve their interests, which can be said : most of politics in the international arena are a struggle for power.

Therefore, this study dealt with the concept of state power and the importance of the presence of power in the thought of international relations, and the most important elements and components that can be relied upon in judging states that they are classified among the strong states or are outside this classification, as well as addressing the extent of ease or difficult in measuring and evaluating the power of states.

• **Keywords** : The Concept of Power - The Elements of Power - Measuring the Power of the State.

مقدمة :

تعتبر القوة منذ فترة موعلة في القدم نقطة الارتكاز في تحديد مسار العلاقات الدولية، لأنها من أهم الوسائل والأدوات التي تستخدمها الدولة في تحقيق أهدافها والحفاظ عليها. والمنازعات التي تثور بين الدول حول القوة هو نزاع من أجل الغايات المتأصلة في القيم والمصالح، وهذا يفسر لنا ارتباط القوة بالوسائل، لأنها الطريقة التي يتم بواسطتها تحقيق الغايات. ولقد باتت الدول المتنازعة في ظل غياب مجتمع دولي حقيقي لا تتصرف مع بعضها البعض انطلاقاً من معايير أخلاقية أو إنسانية أو حتى قانونية، وإنما بناءً على ما تحوزه وتمتلكه من القوة التي تمكنها من تحقيق أهدافها وفرض أيديولوجيتها وسياستها.

وفي سبيل ذلك تبذل الدول قصارى جهدها لتعظيم نصيبها من القوة على الساحة الدولية، وتظل ماضية في البحث عن الآليات والاستراتيجيات والأدوات اللازمة التي تمكنها من ذلك، وتساعدتها على ترجيح كفتها على حساب المنافسين المحتملين. وتستخدم الدول الساعية لتحقيق تلك الغاية وسائل متنوعة، سواء كانت اقتصادية أو دبلوماسية أو عسكرية، أو غير ذلك، لتحويل توازن القوى لصالحها، مهما كلفها هذا التوجه، أو على أقل تقدير لإحداث توازن في القوى مع الآخرين.

ومثل هذا التوازن في القوى لا ريب في أنه يحقق الاستقرار أو الاتزان في العلاقات الدولية، لأنه يضمن وجود تبادل للتأثير في إطار عملية الفعل ورد الفعل، لأن القوى المتوازنة والمتكافئة تدرك تماماً أن أي تصرف أو سلوك غير مشروع يباشره أحد الأطراف سوف يصطدم بالقوة المضادة للطرف الآخر التي تجبره على التوقف ثم الارتداد. أما في حال وجود اختلال أو عدم تكافؤ في ميزان القوى - بسبب غياب عنصر القوة - فإن الطرف الأقوى هو الذي سيفرض إرادته ومشيئته على الآخرين، وهذا من شأنه فتح الأبواب مشرعة أمام احتمالات عدم الاستقرار في ظل رغبة طرف ما في السيطرة والتحكم وفرض رغباته، ومقاومة الطرف الآخر لذلك.

• مشكلة الدراسة :

تكمن مشكلة الدراسة في المفاهيم الخاطئة التي يُستند إليها في تقييم عناصر الدولة، إذ عادةً ما يتم الاستناد إلى عنصر القوة العسكرية للدولة، أو وسائل الإكراه في معناها الضيق، دون النظر إلى القوة القومية للدولة بمفهومها الشامل، مما يترتب عليه الاكتفاء بعنصر واحد في عملية قياس قوة الدولة، أو الخطأ في تحديد العناصر التي تتكون منها قوة الدولة والتي بمقتضاها يُحكم على دولة ما بأنها من الدولة القوية والمؤثرة على الساحة الدولية. بالإضافة إلى أن عناصر قوة الدولة تتميز بعدم الثبات والاستقرار، بسبب تفاوتها من آن إلى آخر، أو بسبب ظهور عوامل خارجية تؤثر تأثيراً مباشراً على تقييم وقياس قوة الدولة، مثل ظهور منافسين آخرين، وغير ذلك.

• أهداف الدراسة :

تستهدف هذه الدراسة التعرف على مفهوم قوة الدولة، وعلى العناصر أو المقومات التي تتشكل منها قوة الدولة والتي تجعلها من الدول المؤثرة في سياسات الدول. وتستهدف في الوقت ذاته التعرف على كيفية تقييم عناصر قوة الدولة والعوامل التي يمكن أن تؤثر في هذا التقييم.

• فرضيات الدراسة :

يثير موضوع هذه الدراسة بعض التساؤلات أهمها ما يلي :

1- ما هو مفهوم قوة الدولة؟

2- ما هي العناصر أو المقومات التي تتشكل منها قوة الدولة؟

3- ما هي الآليات التي يتم بمقتضاها تقييم عناصر قوة الدولة؟، وهل هناك عوامل أو أسباب يمكن أن تؤثر في هذا التقييم وتفقد الدولة مركزها ومكانتها في ترتيب الدول القوية؟

• منهج الدراسة :

سوف أعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي؛ لوصف موضوع الدراسة وصفاً موضوعياً، وجمع الحقائق والمعلومات بشأنه، وتحليلها، من أجل الوصول إلى تعميمات مقبولة.

• خطة الدراسة :

سوف أتناول موضوع هذه الدراسة وفقاً للتقسيم التالي :

مقدمة.

المطلب الأول: عناصر قوة الدولة.

المطلب الثاني: مدى إمكانية تقييم عناصر قوة الدولة في ظل عالم متغير.

الخاتمة.

المطلب الأول :

عناصر قوة الدولة

مفهوم قوة الدولة :

لا يوجد تعريف محدد للقوة، إذ إن مصطلح القوة يدور بشأنه خلاف وجدل فقهي موسع، بسبب كثرة المعاني التي تضمنها هذا المصطلح، ولتداخله مع عدد من المصطلحات الأخرى ذات المعاني المتناظرة. لكن في جميع الأحوال فإن تناول مصطلح القوة يدور عادةً في إطار وصفه بالقدرة على جعل الآخرين يستجيبون طواعية أو يذعنون قسراً لما يُراد منهم الإقدام عليه أو الامتناع عنه، بحيث تجبر القوة طرفاً ما على الانصياع والإذعان لمشيئة وإرادة الطرف الآخر، في حدود يرسم ملامحها الطرف الأقوى، أي ما يمكن نوع هذه القوة، أي سواء كانت قوة التأثير، أو قوة الإقناع، أو الإكراه القسري.

ولقد عرّفت كلية الحرب الأمريكية قوة الدولة بأنها: "القدرة التي تمكن مستخدميها (الدولة) من تحقيق أهدافها القومية أثناء الصراع الدولي، وبمعنى آخر فهي الطاقة العامة للدولة التي تسهل لها التحكم في تصرفات الآخرين والسيطرة عليهم"⁽¹⁾.

وبين البعض أن قوة الدولة هي: "درجة من التأثير تكون فيه الدولة المعنية قادرة على جعل الأجندة الدولية ملائمة لإنجاز أهدافها"⁽²⁾. أو هي: "القدرة على التأثير في سلوك الآخرين، أو التحكم في سلوكهم تجاه قضية معينة"⁽³⁾.

وأوضح البعض أن القوة تتطلب اشتراطات عدة أهمها ما يلي⁽⁴⁾:

- صراع بين عدة أطراف على ثمة قيم أو مصالح.
- استجابة أحد أطراف الصراع لمطالب الطرف الآخر.
- أن تكون القوة حاضرة عندما يلجأ أحد الأطراف لتنفيذ تهديده ووعيده، وهذا الشرط هو ما يميز القوة عن التأثير.

أهمية امتلاك القوة:

على الرغم من أن المجتمع الدولي والقانون الدولي يحرم استخدام القوة، إلا أن وجود القوة من الأشياء الضرورية، لأن المجتمع الدولي لا يتعامل إلا مع الأقوياء، ولا يُظهر احترامه إلا للأقوى. والدولة المسألة التي تسعى إلى الحفاظ على مصالحها والذود عن حقوقها المشروعة، لا بد أن تكون قوية، ولديها من القوة العسكرية والسياسية، وغير ذلك، ما يفتح لها الأبواب مشرعة للدفاع عن حقوقها إذا حاول أو قام الغير بالاعتداء عليها⁽⁵⁾.

وأصبح من المسلمات أن تحقيق المصلحة القومية يتطلب أن تمتلك الدولة قدرًا من القوة يمكنها من إدراك هذه الغاية، وبهذا تصبح ثنائية القوة والمصلحة، هدف ووسيلة، كل منهما يرتبط بالآخر بعري وثيقة، فمصلحة الدولة تقتضي أن تكون قوية لحمايتها ولتحقيق أهدافها في إطار الشرعية الدولية، وامتلاك عناصر القوة هو الذي يحقق أهداف الدولة ويضمن الحفاظ على مصالحها الحيوية.

(1) ينظر عادل علي العقبيني: مفهوم القوة في العلاقات الدولية 1991-2017م (المنظور الأمريكي، دراسة حالة). رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب والعلوم، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2018م، ص: 26.

(2) ينظر خضر عباس عطوان: القوى العالمية والتوازنات الإقليمية. دار أسامة، عمان، الأردن. الطبعة الأولى. طبعة 2010م. ص: 14.

(3) ينظر رامي عبد الله عبد المحسن: توازن القوى الدولية وأثره على الأزمة السورية. رسالة ماجستير مقدمة إلى أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، غزة، فلسطين، سنة 2014م، ص: 17.

(4) ينظر خضر عباس عطوان: مرجع سابق، ص: 14.

(5) ينظر مفيد شهاب: المفاوضات الدولية علم وفن. بحث مقدم إلى ندوة المفاوضات الدولية، معهد الدراسات الدبلوماسية، الرياض، المملكة العربية السعودية. سنة 1993م. ص: 213.

هذه الجدلية تدفع إلى القول : إن القوة تكون وسيلة لتحقيق المصالح، إذ لا مصالح بدون قوة قادرة على تحقيقها أو حمايتها، فهي غاية تنشدها الدولوتسعى إليها. والمصلحة تكون هي الأخرى غاية ووسيلة في آن واحد، هي غاية بقدر ما تسعى كل دولة إلى تحقيقها، ووسيلة لأن تحقيق المصالح يساهم بالحصلة في زيادة قوة الدولة⁽¹⁾. وبهذا يتبين أنه كلما حققت الدولة مصالحها كانت قوية، وكلما كانت الدولة قوية تمكنت من تحقيق مصالحها.

واللجوء إلى استخدام القوة ليس عملاً شريراً في معظم الأحيان، لأن القوة العاقلة العادلة تستطيع منع انطلاق القوة الجائرة الغاشمة، وتقف في وجهها كرادع يحول دون انطلاق نزعتها الشريرة. وهذا يعني أنالقوة ليست أداة للتدمير فقط، كما يبدو لأول وهلة، بل هي مزيج من القدرة على الإقناع والقدرة على الإكراه، وهي بذلك قوة تفرض السلام الذي لا يمكن أن يتحقق إلا باستقرار القوى داخل إطار نظام شرعي يسوده حسن المعاملة والتعاون ورعاية المصالح المتبادلة، وبذلك يتحقق الأمن للجميع، وكما قال الرئيس السابق للولايات المتحدة الأمريكية "رونالد ريغان" :

"The security of any nation lies more in its will to use power than in the willingness to negotiate".

وترجمته : " إن أمن أي دولة يتوقف على عزميتها في استخدام القوة أكثر من رغبتها في التفاوض"⁽²⁾.

عناصر قوة الدولة :

حتى نحكم على دولة ما بأنها دولة قوية من عدمه، فلا بد من الاستناد إلى عناصر ومكونات يمكن أن تقبل القياس والمقارنة، كالقوة العسكرية، والاقتصادية، والسكانية، والموقع الجغرافي، وغيرها. وبالتالي فلو سقنا مثلاً على قوة بعض الدول، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا، ومصر، نقول: إن فرنسا أضعف من الولايات المتحدة الأمريكية، لكنها أقوى من مصر⁽³⁾. أي أن هناك دولة ما تبدو قوية أمام دولة أخرى، إلا أنها في حقيقة الأمر ضعيفة في مواجهة دولة ثالثة. ولو أردنا مثلاً آخر؛ يمكن أن نقول: إن بلجيكا أقوى من لوكسمبورج، لكنها ضعيفة أمام الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁴⁾.

ويستند مفهوم قوة الدولة بشكل عام على امتلاك الدولة لعناصر أساسية، متعلقة بالخصائص والموارد والقدرات والمؤسسات التي تشكل مجموعها قدرات الدولة الحيوية، التي تمكنها من فرض خياراتها على

(1) ينظر عبد القادر محمد فهد: النظريات الجزئية والكلية في العلاقات الدولية. دار الشروق، عمان، الأردن. الطبعة الأولى. طبعة 2010م. ص: 91.

(2) ينظر أمين حامد هويدي: الصراع العربي الإسرائيلي بين الرادع التقليدي والرادع النووي. مركز دراسات الوحدة العربية. بيروت، لبنان. الطبعة الأولى. طبعة 1983م. ص: 73.

(3) ينظر خضر عباس عطوان: مرجع سابق، ص: 15.

(4) ينظر سعد حقي توفيق: مبادئ العلاقات الدولية. شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة. الطبعة الخامسة. طبعة 1431هـ/2010م. ص: 194.

الآخرين، بطريقة تضمن الحفاظ على مصالحها. وتظهر هذه العناصر بأشكال متعددة ومتنوعة كالمساحة الجغرافية، وعدد السكان، والموارد الطبيعية، والقدرات الاقتصادية، والقوة العسكرية، والبنية التكنولوجية، والفعاليات الثقافية، والمؤسسات السياسية، والحالة المعنوية للشعب وغيرها⁽¹⁾.

وهذا يعني أن قوة الدولة لا يمكن أن تعزى إلى عنصر منفرد من هذه العناصر، مهما كانت أهميته ومكانته، ويكون من الخطأ أن ننسب مفهوم القوة التي تُحدث التوازن إلى القوة العسكرية فقط⁽²⁾، لأن هذا الفهم وذلكم التصور مجرد ويفرغ مفهوم قوة الدولة من مضمونه، لأن مفهوم القوة يمتد ليشمل مجموع القدرات التي يمتلكها كل طرف، كالقدرات العسكرية والاقتصادية والسياسية والبشرية وغيرها، والتي تؤثر في بعضها البعض، ويُنظر إليها في مجموعها على أنها عاملاً لتحقيق سياسة الدولة في العلاقات الدولية، وترسخ لمفهوم مقومات الدولة المادية والمعنوية، لأن القوة العسكرية في حد ذاتها لا تكفي لخلق حالة من التوازن، لأنها لو وضعت بين أيدي ضعيفة وإرادة سياسية غير صارمة، فإن الطرف القوي سيصبح قليل التأثير، ولا يمكن حسابه ضمن موازين القوى.

وخير مثال لذلك؛ دولة اليابان التي تُصنف من بين الدول ذات القدرات العسكرية المحدودة، مقارنة بغيرها من الدول الكبرى، لكنها تتمتع بتأثير اقتصادي قوي في العلاقات الدولية، نتيجة لتأثير إمكاناتها الاقتصادية على العالم؛ لا سيما العالم الثالث، وبدون القوة العسكرية يزداد تأثيرها الإقليمي بشكل متسارع، ويقوم على علاقتها الاقتصادية الثنائية، وعلى قدراتها في قيادة آسيا والباسيفيكي في مجال التنمية الدولية⁽³⁾.

يضاف إلى ذلك أن توفر القوة واستعمالها لتحقيق الأهداف لا يتطلب في أحيان ليست بالقليلة استخدام القوة العسكرية، بل يمكن الوصول إلى تلك الغاية عن طريق الوسائل غير العسكرية التي تتجرد من التهيب والعقاب، كالإقناع والمكافآت وغير ذلك من الوسائل غير القسرية التي يمكن أن تحقق مكاسب أعظم من تلك التي تحققها القوة العسكرية.

ويعلق البعض على أن قوة الدولة لا تتركز في القوة العسكرية فقط قائلاً: رغم أهمية القوة العسكرية، تهتم الدول كثيراً بالقوة الكامنة، لأن الثروة الوفيرة وعدد السكان الكبير شرطان لازمان لبناء قوة عسكرية

(1) ينظر خليل حسين: العلاقات الدولية (النظرية والواقع - الأشخاص والقضايا). منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى. طبعة 2011م. ص: 509.

(2) تمثل القدرات العسكرية للدولة الصورة الأكثر وضوحاً في التعبير عن قوتها في المجال الدولي، ويتحدد حجم القوة العسكرية للدولة باعتبارين، الأول منهما: طبيعة سياسة الأمن القومي المعتمدة، فيما إذا كانت الدولة تعتمد على إمكاناتها الذاتية في تحقيق أمنها القومي، أو أنها تعتمد على تحالف عسكري، أو اتفاقية دفاع مشتركة، وفي الحالة الثانية، فإن الدولة لن توظف إمكانات مالية وبشرية كبيرة في بناء قوات مسلحة. والاعتبار الثاني: نوع السياسة المتبعة في بناء القوات المسلحة، فيما إذا كان هذا البناء يتركز على السمة البرية أو البحرية أو الجوية لهذه القوات. ينظر خالد الحراري: مفهوم القوة في السياسة الدولية. كتاب صادر عن مجلة المستقبل، مصر. طبعة 2015م. ص: 95، 96.

(3) ينظر سعد حقي توفيق: مرجع سابق، ص: 230.

هائلة⁽¹⁾. ففي أثناء الحرب الباردة، على سبيل المثال، كان القادة الأمريكيون قلقين من النمو الاقتصادي السوفيتي، وكانوا منزعين على وجه الخصوص من الإنجازات العلمية السوفيتية (مثل القمر الصناعي سبوتنك الذي أطلق في عام 1957م)، والتي اعتبروها علامات على أن قدرات الاتحاد السوفيتي الكامنة قد تتجاوز قدرات الولايات المتحدة الأمريكية في يوم ما⁽²⁾.

وفي تلك الآونة نلاحظ تزايد قلق الولايات المتحدة الأمريكية من الصين، لأن الأخيرة تمتلك مقومات القوة الشاملة - التي سبق التطرق إليها والتي سيلبي ذكرها تارة أخرى - وتعمل على تطوير وتنمية عناصر قوتها، وفي مقدمتها قوتها الاقتصادية؛ حتى أصبحت تتبوأ الآن المرتبة الثانية عالمياً في القوة الاقتصادية خلف الولايات المتحدة الأمريكية، والنمو المتسارع في اقتصادها قد يمكنها خلال العقدين القادمين من انتزاع مركز الصدارة من الولايات المتحدة، ويجعلها ترتفع على عرش الاقتصاد العالمي، إلى جانب امتلاكها جيش قوي، وترسانة من الأسلحة النووية، وامتلاكها وسيطرتها على عناصر القوة القومية الأخرى. وهذه المقومات المذكورة وغيرها تعبّد لها الطريق لأن تتحول إلى قوة عظمى مائلة لقوة الولايات المتحدة في يوم من الأيام.

والأمر ذاته بالنسبة لروسيا التي تمتلك هي الأخرى جميع العناصر والمقومات التي تشكل منها قوة الدولة، وما نراه الآن على الساحة الدولية يؤكد لنا أنها باتت تتصدر المشهد بجانب الصين، ومن غير المستبعد أن نرى في المستقبل القريب عالم ثلاثي القطبية مكون من الولايات المتحدة الأمريكية والصين وروسيا، ليحل بدلاً عن هيمنة الولايات المتحدة وانفرادها بقيادة النظام الدولي.

وعلى أية حال فإن هناك اتفاقاً عاماً على أن المكونات التالية تشكل أهم العناصر التي تدخل في تركيب القوة القومية للدولة⁽³⁾:

- 1- الاعتبارات الجغرافية من حيث المساحة والموقع والتضاريس.
- 2- الإمكانات والموارد المادية والطبيعية التي تدخل في حوزة الدولة.

(1) تتمثل القوة الكامنة في الموارد المجتمعية التي تمتلكها الدولة لبناء قواتها العسكرية، ورغم أن هذه الموارد تتصف بالتنوع إلا أن عدد سكان الدولة وثروتها يظنان المكونين الأهم لتوليد القوة العسكرية. ويمثل عدد السكان أهمية كبيرة، لأن القوى العظمى تحتاج إلى جيوش ضخمة لا يمكن حشدتها إلا في الدول كثيرة السكان، والدول قليلة السكان لا تستطيع أن تصبح قوى عظمى.

فعلى سبيل المثال لا يمكن للسويد ذات العدد السكاني الضئيل أن تبلغ مكانة القوى العظمى في عالم تضم فيه روسيا والولايات المتحدة والصين كثافة سكانية هائلة. وكذلك يترتب على عدد السكان نتائج اقتصادية مهمة، لأن عدد السكان الكبير يستطيع أن ينتج ثروة كبيرة، وتلك الأخيرة هي لبنة البناء الثانية للقوة العسكرية. كما تكتسب الثروة أهمية خاصة؛ لأن الدولة لا تستطيع أن تبني جيشاً قوياً إذا لم تكن تمتلك المال والتقنية لتجهيز القوات المقاتلة وتدريبها والاستمرار في تحديثها، فضلاً عن أن تكلفة حروب القوى العظمى باهظة. ينظر جون ميرشامير: مأساة سياسة القوى العظمى. ترجمة مصطفى محمد قاسم. مطبعة النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود. الرياض، المملكة العربية السعودية. طبعة 1433هـ/2012م. ص: 76.

(2) ينظر جون ميرشامير: مرجع سابق. ص: 71.

(3) ينظر إسماعيل صبري مقلد: العلاقات السياسية الدولية (دراسة في الأصول والنظريات). المكتبة الأكاديمية، القاهرة. الطبعة الأولى. طبعة 1991م. ص: 173.

3- السكان.

4- مستوى النمو الاقتصادي ودرجة التطور الفني والتكنولوجي.

5- درجة الاستعداد العسكري.

6- كفاءة المؤسسات السياسية، وكذلك كفاءة الأجهزة الدبلوماسية والدعائية.

7- الروح المعنوية⁽¹⁾.

وعلى الرغم من تداخل هذه العناصر وتشابكها لتشكل بمجموعها عوامل القوة الشاملة للدولة، فإن العبرة تكمن أولاً وأخيراً في كيفية استعمالها واستغلالها على النحو الأمثل عند تعرض الدولة لأي ضغوط خارجية، أو لأي اعتداء، أو عندما تريد فرض سياستها وأجندتها على الآخرين للتأثير في سلوكياتهم أو تصرفاتهم، واستناداً إلى ذلك تتم عملية تقييم القوة، والنظر في مدى تأثيرها.

مما تقدم يتضح أن قوة الدولة لا تنبني على عامل أو عنصر واحد فقط، وإنما تتركز على عناصر عدة، منها ما هو طبيعي، ومنها ما هو مكتسب، وحصر عناصر القوة في قائمة محددة فيه تجاوز على الموضوعية، فمن المسلم به أن عناصر القوة ليست واحدة في المكان أو الزمان، بمعنى اختلاف تأثير كل منها في سياسات الدول. وفي النظام العالمي المعاصر أصبح من الخطأ التحدث عن ميزان واحد للقوة.

المطلب الثاني:

مدى إمكانية تقييم عناصر قوة الدولة في ظل عالم متغير

القوة ليست قيمة مطلقة، بل تعتبر نسبية، فمن غير الممكن وصف طرف ما بأنه قوي أو ضعيف، إلا في إطار مقارنته بطرف أو بأطراف أخرى، وتلك المقارنة هي التي تحدد موقعه في هيكل القوة على المستوى الإقليمي أو الدولي. والمرجع في ذلك هو أن الدولة تكون قوية إذا كانت قادرة على التأثير في سلوك وتصرفات الآخرين بأكثر مما يؤثر به الآخرون في سلوكها، لكن في الواقع فإن تلك المسألة لا تبدو بهذه البساطة. أضف إلى ذلك أن نسبية القوة لها تعقيدات هي الأخرى بفعل التطورات العلمية والتكنولوجية المتسارعة⁽²⁾.

وبالتالي فمن الأخطاء الشائعة في عملية تقييم عناصر القوة، أن يُنظر إلى قوة الدولة على أنها مطلقة، وليست نسبية؛ مقارنة بقوة غيرها من الدول، وهذه النظرة المطلقة تفسد التقييم، وتبعده عن واقع علاقات

(1) في هذا الصدد يحدد "هانز مورغانثو"، عوامل القوة في المجال الدولي في: الجغرافيا، السكان، التقدم الصناعي، الدبلوماسية، القدرات العسكرية، والروح المعنوية. في حين أن "ريمون آرون"، يرى أن عوامل قوة الدولة تكمن في الموقع الجغرافي والموارد الطبيعية، الجيش، العامل الاجتماعي، النظام السياسي والقوة الوطنية. ينظر خالد الحراري: مرجع سابق. ص: 47.

(2) ينظر خليل حسين: مرجع سابق. ص: 506.

القوى الموجودة في وقت ما، إذ إن علاقات القوى في المجتمع الدولي تتميز بالدينامية والتغيير، ومن الخطأ أن ننظر إلى قوة دولة معينة على أنها ثابتة ومستقرة وغير متغيرة.

ففي الواقع والحقيقة، قد نجد أن قوة الدولة لا تتغير في حجمها ومكوناتها وعناصرها الأساسية، لكن هذه القوة قد تكون ذات فعاليات مختلفة، بحسب التغيير الذي يطرأ على حجم القوة القومية للدول الأخرى، فهي قد تكون ذات تأثير معين في وقت ما، لكنها في وقت آخر، وفي ظل علاقات قوى مختلفة، قد تؤثر على نحو مختلف سواء بالزيادة أو بالنقصان⁽¹⁾، فحجم قوة الدولة وفعاليتها يرتبطان في المقام الأول بعلاقات القوى الموجودة، وكذلك بنوع التغيير الذي يطرأ على تلك العلاقات⁽²⁾.

وعلى هذا، فإن وصف دولة ما في سياق تلك النقطة، بأنها قوية، لا يعني أنها قادرة على التأثير في سلوك الآخرين في جميع المجالات، وفي كل القضايا، أي أنها قادرة على هزيمتهم عسكرياً، ومنحهم مالياً، والسيطرة عليهم ثقافياً، واختراقهم سياسياً. كما أن حيازة دولة ما عنصر قوة محدد، لا يعني أنها قادرة على استخدامه في التأثير على كل أنماط السلوك المحيطة بها، بما في ذلك سلوكيات ترتبط بالهدف الواسع من امتلاك هذا العنصر ذاته، إلا أن الأمر الأساس المرتبط بمفهوم القوة هو أن تأثير أي دولة في توجهات الدول الأخرى أو سلوكها، لا يحقق أي نتائج ذات أهمية إلا إذا استندت على إمكانات مادية ومعنوية مختلفة، عن طريق تعبئة عناصر معينة، كأدوات للتأثير، إما بالإقناع أو الإغراء أو التهديد أو العقاب، في مواجهة الأطراف المستهدف التأثير فيها⁽³⁾.

وليس من المستبعد أن تتغير أوزان تأثير بعض العناصر الرئيسة للقوة من وقت لآخر، من حيث أهميتها ضمن أسس القوة، أو درجة فعاليتها في التأثير، بفعل تطور وسائل الاتصال وأدوات الحرب وأساليب التجارة وغيرها. ولقد اتضح ذلك في الجدل الخاص بوراثة الاقتصاد للقوة العسكرية، ووراثة المعرفة للاقتصاد. كما أن بعض عناصر القوة الثابتة ذاتها قد لحق به تغيرات أساسية، فقد تقلصت الأهمية الاستراتيجية للموقع الجغرافي إلى حد كبير، ولم يعد متاحاً للدول أن تغلق الممرات المائية لأنها ستدفع ثمناً كبيراً لإتيان هذا الفعل.

كما لم تعد الحدود الطبيعية تشكل منعة دفاعية غير مشكوك فيها، في ظل تطور أشكال الحرب وبخاصة الجوية، وانتشار الصواريخ الباليستية القادرة على الاختراق. كما لم تعد الموارد أو المحاصيل الرئيسة التي اصطلح على

(1) فعلى سبيل المثال: كانت بريطانيا من الدول العظمى في فترة من حسابات الزمن، لكن دورها أخذ في التراجع بصورة تدريجية على النحو الذي لم يعد بمقدورها التأثير في الكثير من دول العالم، كما كانت من ذي قبل، ويمكن التذليل على ذلك بقضية جبل طارق التي كانت محل خلاف بين بريطانيا وإسبانيا، وعندما عُرضت على الأمم المتحدة؛ صوتت غالبية الدول ضد بريطانيا، بالرغم من تجنيد بريطانيا لإمكاناتها الدبلوماسية حتى يتم التصويت لصالحها. ينظر سعد حقي توفيق: مرجع سابق. ص: 201.

(2) إسماعيل صبري مقلد: مرجع سابق. ص: 196.

(3) ينظر خليل حسين: مرجع سابق. ص: 507، 508.

وصفها بالاستراتيجية، كالبترول والقمح، تكتسب أهميتها السابقة التي اكتسبتها عبر المنح أو المنع، بفعل انفتاح الأسواق وتعدد الموردين وسهولة النقل ووجود البدائل. وبالتالي فإن عناصر قوة دولة ما تكون دائماً عرضة للتغيير والتراجع والتقلص⁽¹⁾.

وخير مثال على تغير موازين القوى، بريطانيا، فقد كانت في وقت ما من أقوى دول العالم على الإطلاق، لكن بعد الحرب العالمية الثانية اختلف الوضع جذرياً، لا بسبب أنها أقدمت على تخفيض حجم قوتها العسكرية، بل على العكس من ذلك، أصبحت من الدول المملوكة للأسلحة الذرية والهيدروجينية، ولا بسبب أنها فقدت عناصر قوة الدولة، ولكن بسبب أن هناك قوى أخرى أكثر تفوقاً ظهرت وتصدرت الساحة الدولية، مثل الولايات المتحدة الأمريكية؛ والاتحاد السوفيتي، مما جعل قوة بريطانيا في مجموعها لا تقاس بهاتين القوتين الهائلتين. لهذا يمكن القول: إن بروز هذه القوى الهائلة جرد بريطانيا من سمعة التفوق الضخم الذي ظل ينسب إليها فترة طويلة من الزمن⁽²⁾.

من الأمثلة الأخرى التي تؤكد على أن عناصر قوة الدول لا تتسم بالديمومة والاستمرارية، بل ينتابها الكثير من التغيير والتبدل، وما يترتب على ذلك من اختلال في موازين القوى، الاتحاد السوفيتي، الذي كان في الماضي في أوج عظيمته ومجده، ويتقاسم مركز صدارة الساحة الدولية مع الولايات المتحدة الأمريكية، نظراً لامتلاكه وقدرته على الاستخدام الأمثل لكل عناصر القوة التي مكنته من الوصول إلى تلك المنزلة والمكانة المرموقة. ولأن الأيام دول، كما أخبرنا الله تبارك وتعالى بذلك في كتابه العزيز حين قال: "وَتِلْكَ الْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ النَّاسِ"⁽³⁾، فقد طرأ على قوة الاتحاد السوفيتي تغير جذري، بالرغم من امتلاكه في تلك الآونة أعظم ترسانة للأسلحة التقليدية، علاوة على الأسلحة النووية، إلا أنه لم يتمكن من الحفاظ على عناصر ومقومات القوة الشاملة التي بدأت تتدهور وتتهاوى، مما ترتب على إثره تفكك وانهيار هذا الصرح الشامخ، ليترك الساحة معبئة أمام الولايات المتحدة الأمريكية للانفراد بالهيمنة على النظام الدولي الحديث بلا منازع أو منافس في تلك الآونة.

وما تقدم يتضح أن تحديد أو تقييم عناصر قوة الدولة هو من المسائل الصعبة والمعقدة، لأن هذه العناصر وتلك المقومات لا تتصف بالبقاء والاستمرار على حالها، ولأن هناك عوامل أخرى خارجية - كظهور قوة كبيرة على الساحة الدولية - تستطيع التأثير على قوة دولة ما بالكيفية التي يمكن أن تخرجها من تصنيف الدول القوية أو على أقل تقدير تؤثر على مركزها في هذا التصنيف، بالإضافة إلى عوامل أخرى تلعب دوراً بارزاً في هذا الخصوص.

(1) المرجع السابق. ص: 528، 529.

(2) إسماعيل صبري مقلد: مرجع سابق. ص: 196.

(3) سورة آل عمران. الآية: 140.

لهذا، ونظراً لصعوبة تحديد مقدار القوة الكافية لليوم وللغد، تدرك القوى العظمى أن الطريقة المثلى لضمان أمنها تتمثل في الاتجاه نحو تحقيق الهيمنة، من أجل القضاء على أي إمكانية للتحدي من جانب أي قوة عظمى أخرى، وهي أيضاً مسألة تدخل في إطار الأمنيات التي يستحيل على ما لا حصر له من الدول تحقيقها.

الخلاصة :

انتهيت بفضل الله وتوفيقه من هذه الدراسة الموجزة التي تناولت فيها بعض الجوانب الخاصة بموضوع هذه الدراسة، ولم يعد يتبقى لي إلا أن أورد أهم النتائج، وهي على النحو التالي :

- الاعتماد على تقييم قوة دولة ما انطلاقاً من قوتها العسكرية هو أحد المفاهيم الخاطئة والشائعة، والتي لا تمت لواقع العلاقات الدولية بأي صلة.
- قوة الدولة تتشكل من مجموعة من العناصر والمقومات التي تُعرف بالقوة القومية للدولة والتي تعتمد على عناصر ومقومات متعددة مثل القوة العسكرية وعدد السكان والقوة السياسية والموارد المادية والطبيعية، والتقدم العلمي والتكنولوجي والنمو الاقتصادي وغير ذلك، والتي تشكل مجتمعة قوة الدولة.
- عناصر قوة الدولة لا تتصف بالديمومة أو الاستمرارية، بل هي عرضة للتغير أو التبديل من آنٍ إلى آخر، وما يصاحب ذلك من اختلال في ميزان القوى.
- امتلاك الدول للقوة المتعادلة نسبياً هو أهم الوسائل والأدوات التي تحافظ على استقرار العلاقات الدولية ووسيلة من وسائل الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، لأن توازن القوى يحقق الردع المتبادل، والردع يكمن في عدم استخدام القوة رغم وجودها، لأن توازن القوى يمكن كل طرف من مجابهة الطرف الآخر، وأي نزاع بين قوى متعادلة، لا يمكن أن يمنح أحدهما نصراً على الآخر، وإنما في الغالب سيؤدي إلى الدمار، لذلك تتجنب القوى المتوازنة والمتكافئة الاصطدام المباشر مع بعضها البعض.

❖ قائمة المصادر و المراجع :

- أ/ أمين حامد هويدي: الصراع العربي الإسرائيلي بين الرادع التقليدي والرادع النووي. مركز دراسات الوحدة العربية. بيروت، لبنان. الطبعة الأولى. طبعة 1983م.
- د. إسماعيل صبري مقلد: العلاقات السياسية الدولية (دراسة في الأصول والنظريات). المكتبة الأكاديمية، القاهرة. الطبعة الأولى. طبعة 1991م.
- جون ميرشامير: مأساة سياسة القوى العظمى. ترجمة مصطفى محمد قاسم. مطبعة النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود. الرياض، المملكة العربية السعودية. طبعة 1433هـ/2012م.
- أ/ خالد الحراري: مفهوم القوة في السياسة الدولية. كتاب صادر عن مجلة المستقبل، مصر. طبعة 2015م.
- د. خضر عباس عطوان: القوى العالمية والتوازنات الإقليمية. دار أسامة، عمان، الأردن. الطبعة الأولى. طبعة 2010م.
- د/ خليل حسين: العلاقات الدولية (النظرية والواقع - الأشخاص والقضايا). منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى. طبعة 2011م.
- أ/ رامي عبد الله عبد المحسن: توازن القوى الدولية وأثره على الأزمة السورية. رسالة ماجستير مقدمة إلى أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، غزة، فلسطين، سنة 2014م.
- د/ سعد حقي توفيق : مبادئ العلاقات الدولية. شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة. الطبعة الخامسة. طبعة 1431هـ/2010م.
- أ/ عادل علي العقيبي: مفهوم القوة في العلاقات الدولية 1991-2017م (المنظور الأمريكي، دراسة حالة). رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الآداب والعلوم، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2018م.
- د/ عبد القادر محمد فهمي : النظريات الجزئية والكلية في العلاقات الدولية. دار الشروق، عمان، الأردن. الطبعة الأولى. طبعة 2010م.
- د/ مفيد شهاب : المفاوضات الدولية علم وفن. بحث مقدم إلى ندوة المفاوضات الدولية، معهد الدراسات الدبلوماسية، الرياض، المملكة العربية السعودية. سنة 1993م.

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - (دراسة مقارنة)

Enforcement of Foreign Arbitral

Awards, A comparative study



د. مسعود حسين مسعود ، أستاذ القانون

الخاص المشارك كلية القانون ، جامعة سرت - ليبيا

Dr. Masood Hossain Masood : Associate Professor

Of Private Law Faculty of Law , Sirte University - Libya

الملخص :

تناولت هذه الدراسة موضوع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في ليبيا من خلال تحليل أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بالتحكيم، ومقارنتها مع بعض قوانين التحكيم التي لحقها التطور حديثاً كالقانون المصري والقانون الفرنسي، والاتفاقيات الدولية والإقليمية كاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958، واتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987. ولمعالجة إشكالية هذه الدراسة، قسمناها على مبحثين، ناقشنا في المبحث الأول محاولات الفقه لتعريف حكم التحكيم الأجنبي، كما تطرقنا إلى التشريع والقضاء في هذا الشأن، وبيننا معايير التمييز بين حكم التحكيم الأجنبي والوطني، وهي المعيار الجغرافي الذي تبناه المشرع الليبي واتفاقيتي الرياض ونيويورك، والمعيار القانوني الذي أخذ به المشرع المصري مع المعيار الجغرافي. والمعيار الموضوعي الذي تبناه المشرع الفرنسي. وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى أساليب وشروط وإجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، من خلال بيان أساليب ونظم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وهي أسلوب رفع دعوى جديدة، وأسلوب الأمر بالتنفيذ الذي تبناه كل من القانون الليبي والقانون المصري والفرنسي. ونظام التنفيذ المباشر الذي انفردت بالأخذ به

اتفاقية واشنطن. وكذلك تناولنا في هذا المبحث شروط وإجراءات التنفيذ التي تتطلبها التشريعات في الدولة المراد فيها التنفيذ، والتي أكدت على تطبيقها اتفاقيتي الرياض ونيويورك عند عدم وجود قواعد تتعلق بهذا الشأن في هذه الاتفاقيات. وتوصلنا في هذه الدراسة إلى عددًا من النتائج والتوصيات التي من شأنها أن تساهم في تطوير القواعد المنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في ليبيا.

• الكلمات الدالة : التحكيم، أحكام التحكيم الأجنبية، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إجراءات التنفيذ.

Abstract :

This study has dealt with the issue of the enforcement of foreign arbitral award in Libya through analyzing the provisions of arbitration that contain in the Civil and Commercial Procedures Law, and comparing them with some recently developed arbitration laws such as the Egyptian Law, the French Law, the New York Convention of 1958, the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965, the Riyadh Agreement on Judicial Cooperation of 1983, and the Amman Agreement on Commercial Arbitration of 1987.

To address the question of this study, we divided it into two sections. In the first section, we discussed the attempts of jurisprudence in defining the foreign arbitral award. We also touched on legislation and the judiciary in this regard, and explained the criteria for distinguishing between a foreign arbitral award and a national one, which is the geographical standard adopted by the Libyan legislator and the both conventions of Riyadh and New York, and the procedures law standard that adopted by the Egyptian legislator along with the geographical standard. However, the French legislator adopted the objective criterion to differentiate between the foreign arbitral award and the national arbitral award. In the second topic, we touched on the implementation of the foreign arbitral award by explaining the types of such implementation. And the methods by which this is done have been discussed in this section, namely, the method of filing a new lawsuit, and the method of an enforcement order, (exequatur) which is adopted by the above mentioned national legislatures. This study also dealt in this section with the conditions and procedures for the enforcement order which have been required by the legislation in the country where the implementation is to be carried out. The both conventions of Riyadh and New York have confirmed the application of the law of the country where the award to be enforced, when there are no rules related to this matter in these conventions. This study has reached a number of conclusions and recommendations that would contribute to the development of the legal rules regulating the enforcement of foreign arbitral awards in Libya.

• **Key words :** Arbitration, Foreign Arbitral Awards, Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Enforcement Procedures.

مقدمة :

الأصل أن ينفذ حكم التحكيم طوعاً واختياراً، إلا أنه قد لا يمثل الطرف المحكوم ضده وينفذ الحكم طوعاً، ولا يكثرث للضغوطات الاقتصادية والدبلوماسية التي قد يفرضها التعامل في مجال التجارة الدولية، عندئذ سيلجأ الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته إلى القضاء في الدولة التي يرغب التنفيذ فيها طالباً تدخله لتنفيذ حكم التحكيم جبراً.

وقد اختلفت الدول في إتباع النظام الإجرائي من قبل قضائها لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث تشترط بعض الدول لتنفيذ حكم التحكيم رفع دعوى جديدة لدى محاكمها، بينما تتطلب دول أخرى التقدم بطلب من قبل المحكوم له إلى محاكمها لإصدار الأمر بتنفيذ الحكم بعد التحقق فقط من توفر مجموعة من الشروط الشكلية في هذا الحكم حتى يمكن تنفيذه.

• أهمية الدراسة :

تظهر أهمية موضوع الدراسة في أن الغاية من اللجوء إلى التحكيم هي الوصول إلى حكم يفصل في النزاع، وهذا الحكم لن تكون له أي قيمة إلا إذا تم تنفيذه، وتنفيذ حكم التحكيم تتحدد فاعلية وأهمية التحكيم كوسيلة ودية للفصل في المنازعات.

• إشكالية الدراسة :

تظهر الإشكالية في كيفية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي؟ والبحث في هذه الإشكالية يؤدي إلى طرح ومعالجة المسائل التالية :

ما المقصود بحكم التحكيم الأجنبي؟ وما هي معايير التفرقة بين أحكام التحكيم المختلفة؟ وما هو المعيار الذي تبناه المشرع الليبي لتحديد أجنبية حكم التحكيم؟ وهل هذا المعيار كافي وحده لتحديد الصفة الأجنبية لحكم التحكيم؟

كيف يمكن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في ليبيا؟ وما هي الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذها؟ وهل يمكن تنفيذ حكم التحكيم بشكل مباشر دون الحاجة لتدخل القضاء الوطني؟ وما هي الشروط الواجب توافرها للأمر بتنفيذ حكم التحكيم وإعطائه الصيغة التنفيذية؟ وما هي الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ؟

وما مدى سلطة المحكمة المختصة في الرقابة على حكم التحكيم الأجنبي؟ فهل لها أن تراجع من جديد الوقائع التي استند إليها الحكم؟ أم يقتصر اختصاصها على مراقبة الشروط اللازمة للتنفيذ فقط من دون التطرق إلى مضمون الحكم؟

• أهداف الدراسة :

- تحديد كيفية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في القانون الليبي والمقارن.
- تحديد الشروط الموضوعية والإجرائية اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في ليبيا.

• المنهج العلمي للدراسة :

سنتبع في دراستنا المنهج التحليلي المقارن، وذلك بتناول النصوص في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي وتحليل الأحكام الواردة فيها، ومقارنتها مع بعض قوانين التحكيم التي لحقها التطور حديثاً كالقانون المصري 1994، والقانون الفرنسي 2011، بالإضافة إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958 (اتفاقية نيويورك)، واتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 (اتفاقية واشنطن)، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 (اتفاقية الرياض)، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 (اتفاقية عمان).

• خطة الدراسة :

مقدمة :

المبحث الأول : المقصود بحكم التحكيم الأجنبي.

المطلب الأول : تعريف حكم التحكيم.

المطلب الثاني : معيار التمييز بين حكم التحكيم الوطني والأجنبي.

المطلب الثالث : أنواع أحكام التحكيم.

المبحث الثاني : أساليب وشروط وإجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

المطلب الأول : أساليب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

المطلب الثاني : شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

المطلب الثالث : إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ والطعن فيه.

وتنتهي هذه الدراسة بخاتمة تتضمن نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول

المقصود بحكم التحكيم الأجنبي

قبل الحديث عن المقصود بحكم التحكيم الأجنبي ينبغي أن نعرف حكم التحكيم بشكل عام، فحكم التحكيم الأجنبي يعد صورة عن حكم التحكيم. وبعد تعريف حكم التحكيم، نبحث في أنواع حكم التحكيم.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول تعريف حكم التحكيم، وفي المطلب الثاني نحدد معايير التمييز بين حكم التحكيم الوطني والأجنبي، وفي المطلب الثالث نتناول فيه أنواع أحكام التحكيم.

المطلب الأول

تعريف حكم التحكيم

لم تضع غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم تعريفاً مقبولاً لحكم التحكيم، سواء كان وطنياً أم أجنبياً أم دولياً، غير أن اتفاقية نيويورك تضمنت نصاً يوضح إلى حد ما المقصود من حكم التحكيم في المادة (2/1) منها بأنه "يقصد "بأحكام المحكمين" الأحكام الصادرة من محكمين معينين لكل قضية، وكذلك الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة تكون الأطراف قد أحالت الأمر إليها". وقد حاول واضعو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) صياغة تعريفاً لحكم التحكيم ولكنهم تراجعوا عن ذلك. وكان التعريف المقترح لحكم التحكيم هو أن "حكم التحكيم يعني حكم التحكيم النهائي الذي يفصل في جميع المسائل المطروحة على هيئة التحكيم وأي حكم آخر لهيئة التحكيم والذي يحكم بشكل نهائي في مسألة جوهرية أو في مسألة اختصاصها أو في أي مسألة إجرائية إذا وصفت هيئة التحكيم قرارها بالحكم في هذه الأخيرة فقط".⁽¹⁾

أما الاجتهاد القضائي، نجد محكمة النقض الفرنسية قد عرفت حكم التحكيم في حكمها الصادر في 12.10.2011 بأنه "الأحكام التي يتخذها المحكمون وتفصل بشكل نهائي كلياً أو جزئياً في النزاع الذي عرض عليهم سواء كان هذا الحكم في الموضوع أو في الاختصاص أو في مسألة إجرائية تؤدي إلى إنهاء خصومة التحكيم".⁽²⁾

وقد حاول الفقه القانوني تعريف حكم التحكيم وانقسم في ذلك إلى اتجاهين :

⁽¹⁾ Blackaby, Nigel. Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th, ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2015, Para. 9.06.

⁽²⁾ *Groupe Antoine Tabet v République du Congo*, Case No. 09-72.439, Cass. Civ. 1ere, 12 October 2011, n.p., 12.

الاتجاه الأول : التعريف الموسع لحكم التحكيم :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى توسيع نطاق حكم التحكيم ليشمل الأحكام التي تفصل في المنازعة بشكل كلي، وتلك التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي.⁽¹⁾ وفقاً لهذا الاتجاه، فإنه لا يشترط في حكم التحكيم أن ينهي النزاع بالكامل؛ بل يمكن أن يصدر حكم التحكيم في مسألة جزئية كاختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، أو تحديد القانون الواجب التطبيق، أو البت في صحة العقد محل التحكيم.⁽²⁾ مثل هذه الأحكام تعد أحكاماً تحكيمية ولو لم ينجم عنها حصول المحكوم له على تعويضات أو منافع مادية.⁽³⁾ أما الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم مثل سماع الشهود وطلبات تقديم المستندات، فإنها لا تعد أحكاماً تحكيمية.⁽⁴⁾

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد على أساس أنه يوسع من معنى حكم التحكيم ويخلط بين جوهره وأوصافه وآثاره.⁽⁵⁾ فهو يُدخل في تعريف الحكم بعضاً من أوصافه، ووصف الحكم بأنه قطعي أو غير قطعي يبنى على أسس معينة، ويهدف إلى تحقيق غايات خاصة، وله معايير معينة، وكل ذلك لا يدخل في تحديد جوهر الحكم. لأن هذه الأوصاف لا تدخل في جوهر تعريف الحكم أو مضمونه.⁽⁶⁾

الاتجاه الثاني : التعريف المضيق لحكم التحكيم :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي لا تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاماً تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم.⁽⁷⁾

ويعاب على هذا الاتجاه أنه يستند إلى فهم ضيق لفكرة الطلبات في دعوى التحكيم.⁽⁸⁾ إذ أن حكم هيئة التحكيم بالفصل في الاختصاص أو تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يعد حكماً تحكيمياً مثل باقي

(1) Emmanuel Gaillard and John Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (The Hague; Boston: Kluwer Law International) p. 735, para. 1359.

زيد بن أحمد القرشي، حالات بطلان حكم التحكيم المتعلقة لاتفاق التحكيم، مجلة الحقوق، المجلد II، العدد I، 2013، ص. 347.

(2) Emmanuel Gaillard and John Savage, *supra*, p. 739, para. 1357.

(3) Ibid.

(4) حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دارالفكر الجامعي، الإسكندرية 1997، ص. 22.

(5) نبيل إسماعيل عمر، حكم التحكيم في المواد التجارية الوطنية والدولية، الإسكندرية، دارالجامعة الجديدة، 2004، ص. 171 - 172.

(6) نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص. 172.

(7) Pierre Lalive, Poudret J.F, Reymond C, Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne, Editions Payot, 1989, P. 406, 407. Cited in Emmanuel Gaillard and John Savage, *Supra*, p. 739, para. 1357, footnote no. 22.

(8) Stephen V. Berti (ed.), International Arbitration in Switzerland: An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute (The Hague, London: Helbing & Lichtenhahn, Kluwer Law International, 2000); Andreas Bucher, Pierre-Yves Tschanz, International Arbitration in Switzerland (Basle: Helbing & Lichtenhahn, 1989), p. 129.

أحكام التحكيم. كما أن من شأن التضييق في تحديد ما يعد حكماً تحكيمياً أن يعطل الفصل في المنازعات ويضر بمصالح طرفي التحكيم، إذ يجدان أنهما أمام أحكام وقرارات تصدرها هيئة التحكيم ولا يستطيعان تنفيذها نظراً لأنها ليست أحكام تحكيم.⁽¹⁾ كما أن هذا الاتجاه يتنافى مع ما اتجهت إليه إرادة الأطراف في عرض النزاع على هيئة خاصة تمتلك الوسائل المناسبة للفصل في النزاع والمحافظة على حقوق الأطراف.⁽²⁾

وبموازنة ما جاء في هذين الاتجاهين، فإننا نرى أن الأخذ بالاتجاه الموسع لتعريف التحكيم هو الأرجح، وذلك لأن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض ما ينشأ بينهم من نزاع كان بهدف التوصل إلى حلول ملائمة لهذا النزاع دون أي خصومة، واحتراماً لهذا الهدف لا بد من الأخذ بهذا المعنى الموسع لحكم التحكيم. وعليه يمكننا أن نعرف حكم التحكيم بأنه الحكم الصادر عن هيئة التحكيم للفصل في النزاع كلياً أو جزئياً وبشكل نهائي، وسواء تعلق الحكم بمسألة موضوعية أم بمسألة إجرائية.

المطلب الثاني

معيار التمييز بين حكم التحكيم الوطني والأجنبي

يترتب على التمييز بين حكم التحكيم الوطني والأجنبي اختلاف القواعد القانونية الواجبة التطبيق على كل منهما، واختلاف شروط وإجراءات التنفيذ لا سيما في حال رغب الطرف المحكوم له التنفيذ في دولة غير تلك التي صدر فيها الحكم.

ولقد أثار التمييز بين حكم التحكيم الوطني والأجنبي والدولي جدلاً واسعاً في الفقه والقضاء، سيما التمييز بين أجنبية التحكيم ودوليته حيث يجد كثير من المهتمين صعوبة في تحديد ذلك. فيذهب البعض إلى القول بأن أجنبية حكم التحكيم هي مرادفة للدولية، وأن التفرقة لا تثور إلا في الأحوال التي لا يوجد فيها تحديد لصفة الأجنبية أو الدولية بصورة صريحة في القانون الوطني أو الاتفاقيات الدولية.⁽³⁾ فإذا كان التحكيم يجرى وفقاً لاتفاقية دولية وكانت الاتفاقية تحدد نطاق تطبيقها على نحو يصف التحكيم بالدولية أو إذا كان القانون الوطني يتضمن نصوصاً تحدد وصف التحكيم، مثل القانون الليبي الذي يعتبر التحكيم الذي يجرى خارج ليبيا أجنبياً وكذلك قانون التحكيم الإنجليزي، ففي مثل هذه الأحوال لا يطرح ذلك الإشكال، أما في غير ذلك فيصبح الأمر اجتهاداً، وقد قيل في ذلك بعدد من المعايير التي يمكن ترجيح أحدها والتي من خلالها يتم إضفاء الصفة الأجنبية على حكم التحكيم.⁽⁴⁾

(1) زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص. 345.

(2) زياد بن أحمد القرشي، مرجع سابق، ص. 345.

(3) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص. 480.

(4) خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص. 480.

ومن هذه المعايير: مكان صدور حكم التحكيم، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، جنسية الأطراف، محل إقامتهم، والمعيار الاقتصادي. وهذا ما سنوضحه في الفروع التالية:

الفرع الأول

معيار مكان صدور حكم التحكيم

هذا المعيار يضفي على حكم التحكيم جنسية الدولة التي صدر فيها، إذ يعتبر حكم التحكيم هو مركز الثقل في عملية التحكيم، فاستند إلى مكان صدوره وربط حكم التحكيم بالدولة التي صدر الحكم على إقليمها.⁽¹⁾ وقد أخذ بهذا المعيار المشرع الليبي في المادة (761) من قانون المرافعات والتي جاء فيها "يجب أن يصدر حكم المحكمين داخل حدود الأراضي الليبية وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي".

واضح من هذا النص أن المشرع الليبي قد أخذ بمعيار مكان صدور الحكم في تحديد أجنبية حكم التحكيم، أو ما يسمى بالمعيار الجغرافي لاعتبار التحكيم وطنياً أو أجنبياً.

وأخذت بهذا المعيار اتفاقيتي الرياض⁽²⁾ ونيويورك⁽³⁾ وهذه الأخيرة لم تكتف بهذا المعيار، بل أضافت إليه معياراً آخر في المادة (1/1) والتي تنص على "وتنطبق أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر أحكاماً وطنية في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها".

هذا المعيار يطبق بشأن أحكام التحكيم الصادرة في نفس دولة التنفيذ، وتعتبر بالنسبة لها أحكاماً أجنبية. ويعتبر الحكم كذلك عندما يصدر في الدولة المطلوب التنفيذ فيها وفقاً للقانون الإجرائي لدولة أخرى⁽⁴⁾ أو يتعلق الحكم بمنازعة يكون فيها عنصر أو أكثر من عناصرها دولياً كجنسية الأطراف⁽⁵⁾ أو مكان وجود الممتلكات موضوع المنازعة⁽⁶⁾ أو المكان المفترض لتنفيذ الاتفاق⁽⁷⁾.

(1) حسن الهداوي، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 6، دار الثقافة، عمان، 2011، ص. 286.

(2) المادة (1/25) من اتفاقية الرياض.

(3) المادة (1/1) من اتفاقية نيويورك.

(4) RZS Holdings AVV (United States) v. PDVSA Petroleos S.A et al., District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division, United States of America, 5 February 2009, 598 F. Supp. 2d 762.

(5) Ocean Partners Holdings LIMITED and Ocean Partners USA, Inc. v. Doe Run Resources CORP., District Court, Eastern District of Missouri, Eastern Division, United States of America, 12 March 2012, 4:11-CV-173 (CE); Trevino Hernandez, S. de R.L. de C.V. v. Smart & Final Inc., District Court, Southern District of California, United States of America, 17 June 2010, 09-cv-2266 BEN (NLS).

(6) Jacada Ltd. v. International Marketing Strategies, Inc., Court of Appeals, Sixth Circuit, United States of America, 18 March 2005, 03-2521.

(7) Ibid; Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" Us, Inc., Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 10 September 1997, 126 F.3d 15.

وبالرغم من أن معيار مكان صدور حكم التحكيم يتميز بالوضوح وسهولة الوصول إليه، إلا أنه تعرض للنقد على أساس أن المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم قد يكون عارضاً تقل أهميته مقارنةً بالعناصر الأخرى ذات الطبيعة الأجنبية والتي تكون على اتصال بالعناصر الموضوعية للمنازعة.⁽¹⁾ فقد يكون المكان عنصراً خارجياً مصطنعاً لا يرتبط بأي صلة بالنزاع، فلجتماع المحكمين في دولة واحدة للنطق بالحكم وتوقيعه قد يكون محض صدفة، ولا يتقابل فيها المحكمون إلا لوقت قصير من أجل النطق بالحكم وتوقيعه. كما أنه لا توجد فائدة للأخذ بهذا المعيار في حالة عدم تقابل المحكمين نهائياً، وذلك إذا ما تم تبادل وجهات النظر عن طريق المراسلة.⁽²⁾ ففي كثير من الحالات يكون مكان صدور حكم التحكيم هامشياً بالنسبة لإجراءات التحكيم.⁽³⁾ فضلاً عن ذلك فقد يختار أطراف النزاع قانوناً أجنبياً عن دولة مكان التحكيم ليطبق على إجراءات التحكيم وموضوع المنازعة ومن ثم يصبح تحكيمياً أجنبياً.⁽⁴⁾ ومثال ذلك أن يكون هناك تحكيم بين شركة ليبية وأخرى تونسية واتفقتا على أن يجري التحكيم في القاهرة بمصر، واتفقتا أيضاً على اختيار القانون الليبي ليطبق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع. فهل صدور حكم التحكيم في مصر في هذا الفرض يكفي لإسباغ هذا الحكم بالأجنبية، على الرغم من أن كل عناصره لا علاقة لها بمصر. ولهذا يرى جانب من الفقه أن اعتبار مكان صدور حكم التحكيم كمعيار أصيل على أجنبية أحكام التحكيم الأجنبية لا يصلح وحده لتحديد هذه الصفة، إذ يمكن اعتباره معياراً كاشفاً، ويعود ذلك لاحتمال صدور الحكم في الخارج وفقاً للمزاج السياحي للمحكمن، أو صدور حكم التحكيم في الخارج مصطنعاً بقصد التهرب من قانون الدولة التي يجري التحكيم على أراضيها.⁽⁵⁾

لذلك، فإن مكان التحكيم لا يصلح وحده لاعتبار حكم التحكيم أجنبياً، بل لابد من وجود معيار آخر يسند مثل اختيار الأطراف لقانون مكان التحكيم ليحكم إجراءات التحكيم أو أي قانون أجنبي آخر. وقد أخذ بذلك المشرع المصري، فطبقاً للمادة (1) من قانون التحكيم المصري فإن صدور حكم التحكيم خارج مصر لا يعني أنه حكماً أجنبياً إلا إذا طبق على النزاع قانوناً أجنبياً. فالمشرع المصري قد أخذ بمعيار المكان والقانون الإجرائي للتمييز بين الحكم الوطني والحكم الأجنبي.

(1) خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص. 480.

(2) عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 36.

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 59.

(4) حسن الهداوي، مرجع سابق، ص. 286.

(5) أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص. 62: سعود عتيق الكاش المري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، أكاديمية شرطة دبي 2013 ص. 18 - 19.

الفرع الثاني

المعيار الإجرائي

وفقاً لهذا المعيار يعتبر حكم التحكيم أجنبياً إذا صدر طبقاً لقانون إجرائي أجنبي وبغض النظر عن المكان الذي صدر فيه الحكم.⁽¹⁾ ومقتضى هذا المعيار أن أجنبية حكم التحكيم تستمد من تطبيق القانون الأجنبي على إجراءات التحكيم، فيكون حكم التحكيم وطنياً حتى ولو صدر في الخارج إذا تم التحكيم وفق القانون الوطني، وعلى العكس من ذلك يكون الحكم أجنبياً ولو صدر في دولة تنفيذ الحكم متى ما تم التحكيم وفق أحكام قانون إجرائي أجنبي.⁽²⁾

الفرع الثالث

المعيار الشخصي

وفقاً لهذا المعيار يعتبر حكم التحكيم أجنبياً إذا كان الأطراف ينتمون إلى جنسيات مختلفة، أو يقيمون في دول مختلفة. ولقد انتقد هذا المعيار لأنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة.⁽³⁾ فمثلاً تحكيم يجري في ليبيا بين ليبي ومصري وتم الاتفاق بينهما على تطبيق القانون الليبي على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، ثم يصدر الحكم في ليبيا، فهل من المقبول اعتبار هذا الحكم أجنبياً لمجرد أن أحد الأطراف غير ليبي. كما أنه قد يكون هناك تحكيم يدور بين ليبيين، يقيم أحدهما في ليبيا والآخر في فرنسا، فهل يكفي اختلاف محل الإقامة لاعتبار حكم التحكيم أجنبياً بالرغم من أن كل عناصر التحكيم ليبية.

الفرع الرابع

المعيار الموضوعي

هذا المعيار يعتبر من أحدث المعايير لتمييز حكم التحكيم الوطني عن الأجنبي، إذ يقوم على فكرة تحديد طبيعة النزاع ومدى تعلقه بمعاملات التجارة الدولية. فوفقاً لهذا المعيار، فإن حكم التحكيم يعتبر دولياً إذا كان له علاقة بالتجارة الدولية، فعلى سبيل المثال إذا كان النزاع بين أشخاص ليبيين وجرى التحكيم على الأراضي الليبية وكان موضوع النزاع ناشئاً عن معاملة تجارية دولية، فعندئذ يكون حكم التحكيم دولياً.

وقد أخذ بهذا المعيار صراحة قانون المرافعات الفرنسي في المادة (1504) التي نصت على أنه "يكون التحكيم دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية". ونص عليه أيضاً قانون التحكيم المصري في المادة (3)

(1) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص. 300.

(2) خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص. 480.

(3) خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص. 480.

والتي جاء فيها " يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية ...".⁽¹⁾

وأخذت بهذا المعيار اتفاقية واشنطن في المادة (25) والتي حددت نطاق اختصاص المركز بالمنازعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة طرف في الاتفاقية وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، مما يفهم منه تعلق هذه المنازعات بمصالح التجارة الدولية.

مما تقدم نخلص إلى أن لكل معيار من هذه المعايير قيمته النسبية، ويوضح ذلك صعوبة وضع معيار عام مجرد يمكن تطبيقه في جميع الأحوال. والمعيار الذي وضعه المشرع الليبي لا يكفي وحده لتحديد صفة حكم التحكيم، لذا نرى أن يأخذ المشرع الليبي بمعيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلى جانب معيار مكان التحكيم.

المطلب الثالث

أنواع أحكام التحكيم

بعد أن عرفنا حكم التحكيم، وبيننا معايير تمييز حكم التحكيم الوطني عن الأجنبي، ينبغي أن نتعرف على أنواع حكم التحكيم الذي يصدق عليه وصف حكم تحكيم في الفروع التالية:

الفرع الأول

حكم التحكيم المنهي للخصومة

يقصد بحكم التحكيم المنهي للخصومة الحكم الذي تفصل بموجبه هيئة التحكيم في المسائل المتنازع عليها كلياً ونهائياً.⁽²⁾ ويترتب على صدور هذا الحكم انتهاء مهمة وولاية هيئة التحكيم، وتنتهي العلاقة الخاصة التي كانت قائمة بين هيئة التحكيم والأطراف خلال سير خصومة التحكيم.⁽³⁾ وعليه فإن حكم التحكيم المنهي للخصومة هو الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم، فتنتهي به الإجراءات، وتنقضي به الخصومة، وتستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها. وفي هذا المعنى تنص المادة (2/15) من اتفاقية عمان على أنه "لا تنتهي مهمة المحكمين إلا بعد الفصل في النزاع موضوع التحكيم".

ومع ذلك ينبغي التنويه هنا إلى الفرق بين الحكم المنهي للخصومة والحكم النهائي، فالحكم النهائي هو حكم ملزم يحسم النزاع في موضوع الدعوى بأكمله أو في جزء من أجزائه أو في مسألة من المسائل سواء كانت

⁽¹⁾ وأخذت بهذا المعيار الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 من خلال النص عليه في المادة (1/أ) التي جاء فيها "تطبق هذه الاتفاقية على اتفاقيات التحكيم التي تتم لتسوية الخلافات الناشئة أو التي قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية..".

⁽²⁾ حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص. 302.

⁽³⁾ Blackaby, Nigel, *Subra*, Para. 9.18.

موضوعية أم إجرائية،⁽¹⁾ وأن يكون قد استنفذ طرق الطعن فيه إذا كان يقبل الطعن عليه، أو تكون المواعيد المحددة للطعن قد انقضت دون طعن. أما بالنسبة للحكم المنهي للخصومة فإنه يكون قابلاً للطعن فيه، فيكون لمن له مصلحة من الأطراف أن يطعن فيه بطرق الطعن المتاحة له، ويمكن لمن صدر الحكم لمصلحته أن يطلب تنفيذه.⁽²⁾ ولهذا يجب على هيئة التحكيم ألا تصدر حكماً نهائياً حتى تكون مقتنعة تماماً بأن مهمتها قد اكتملت بالفعل. لذلك، فإن كل حكم نهائي هو حكم منهي للخصومة، وليس كل حكم منهي للخصومة هو حكم نهائي. فالحكم النهائي الذي لا يفصل في كامل النزاع ويفصل في جزء من أجزائه لا يؤدي بالضرورة إلى انتهاء إجراءات التحكيم، في حين أن الحكم الذي ينهي الخصومة يؤدي إلى انتهاء إجراءات التحكيم.⁽³⁾

الفرع الثاني

حكم التحكيم المؤقت

وهو الحكم الذي يصدر بناءً على طلب وقتي كالأمر بإجراء تحفظي أو تحديد مركز الخصوم بالنسبة لموضوع النزاع تحديداً مؤقتاً إلى أن يتم الفصل في الخصومة بحكم يصدر في موضوعها.⁽⁴⁾ والحكم الوقتي عادة ما يكون موضوعه إجراءً تحفظياً يهدف إلى الوقاية من خطر التأخير الذي يهدد الحماية القانونية للحقوق والمراكز القانونية، كالحكم بتعيين حارس على المال محل النزاع، أو الحجز على بضاعة معينة، أو اتخاذ إجراءات سريعة للحفاظ على المال محل النزاع وسلامة تخزينه. وقد تصدر التدابير الوقائية والتحفظية في شكل حكم أو في شكل أمر على عريضة، وسواء من القضاء أو من هيئة التحكيم.

ويعد حكم التحكيم المؤقت وسيلة فعالة للبت في المسائل التي يمكن الفصل فيها خلال سير عملية التحكيم والتي قد تساهم في توفر، بمجرد الفصل فيها، وقتاً وأموالاً للأطراف المعنية.⁽⁵⁾

وسلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام المؤقتة تنبع مباشرة من القانون الواجب التطبيق، ومن ثم لا توجد حاجة إلى اتفاق الأطراف على تحويل هيئة التحكيم سلطة إصدار هذه الأحكام.⁽⁶⁾ ومع ذلك قد تستمد

⁽¹⁾ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 189.

⁽²⁾ أبو العلا النمر، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 209 – 206.

⁽³⁾ Julian D. M. Lew, Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague, London: Kluwer Law International, 2003), p. 633.

⁽⁴⁾ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 613.

⁽⁵⁾ Blackaby, Nigel, *Subra*, Para. 9.19.

⁽⁶⁾ *Ibid*, Para. 9.20.

سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام المؤقتة من اتفاق الأطراف وهو ما يحدث عندما يتم اتفاقهم صراحة على تحويل هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام تحكيم مؤقتة إذا قدرت ضرورة ذلك أثناء سير الإجراءات.⁽¹⁾

الفرع الثالث

حكم التحكيم الجزئي

ويقصد بحكم التحكيم الجزئي الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم بالفصل في جزء من النزاع فقط بصفة نهائية.⁽²⁾ كالحكم الذي يصدر في شأن بعض المسائل الأولية أو الفرعية المتعلقة بالنزاع الأصلي سواء كانت موضوعية أو إجرائية، كتحديد مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم. بالتالي فإن حكم التحكيم الجزئي مثل حكم التحكيم المؤقت يعتبر حكماً نهائياً بمعنى أنه ملزم للأطراف ويحسم القضايا التي يتعامل معها. وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة (42) منه صراحة على جواز أن تقوم هيئة التحكيم بإصدار أحكاماً جزئية في الطلبات المقدمة من قبل الأطراف وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة.

أما قانون المرافعات الليبي فإنه لم يتطرق إلى هذا الموضوع، مما يعده البعض نقصاً يجب على المشرع الليبي تجنبه.³ ومع ذلك فإن سكوت المشرع يمكن تفسيره على أنه إجازة بذلك، خاصة أن المحكمين يملكون حق الفصل في النزاع كله ومن يملك الكل يملك الجزء خاصة إذا كان هذا الجزء يتعلق بمسألة في غاية الأهمية في الفصل في كل النزاع، والمثال على ذلك هو حكم هيئة التحكيم فيما يتعلق باختصاصها بنظر النزاع، فمن غير المناسب أن تعلن هيئة التحكيم بعد أشهر من الإجراءات بأنها غير مختصة بالفصل في النزاع. إن الحكم الجزئي يعد من الوسائل الفعالة للفصل في المسائل التي يمكن حسمها خلال سير إجراءات التحكيم وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة.⁽⁴⁾ ويؤدي الفصل في تلك المسائل إلى توفير الوقت والمال لأطراف التحكيم.⁽⁵⁾

ويلاحظ أن حكم التحكيم الجزئي وإن كان يفصل بشكل نهائي في جزء من موضوع النزاع إلا أن هذا الحكم لا تنتهي به خصومة التحكيم، حيث يتأخر ذلك إلى حين إصدار الحكم النهائي الحاسم لما تبقى من موضوعات النزاع.

(1) أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص. 210 - 211.

(2) أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص. 211.

(3) جمال عمران أغنية، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية 2004، ص. 106.

(4) Blackaby, Nigel., *Subra*, Para. 9.20.

(5) *Ibid.*

الفرع الرابع

حكم التحكيم الغيابي

قد يحدث أن يمتنع أحد الأطراف عن المشاركة في إجراءات التحكيم، أو أن يحضر في بداية عملية التحكيم ثم يتوقف عن الحضور والمشاركة، فما الذي يمكن أن تفعله هيئة التحكيم؟
تنص المادة (756) من قانون المرافعات الليبي على أنه " ... ويجوز الحكم بناءً على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد إذا تخلف الآخر عن تقديمها في الموعد المحدد".

فإذا تخلف أحد الأطراف عن حضور جلسات التحكيم بعد تبليغه أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم، وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد. فغياب أحد الأطراف عن الحضور والمشاركة في إجراءات التحكيم لا يعرقل إجراءات التحكيم طالما أنه تم تبليغ الطرف الغائب وتمت معاملة طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتهيأت الفرصة الكاملة والمتكافئة لكل طرف لعرض دعواه أو دفعه. (1) كما أن الحكم في غياب أحد الأطراف لا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بقولها "إن التبليغات قد تمت وفقاً للأصول وبواسطة بريد خاص، وبالتالي فإن الطرف المتغيب قد جرى إبلاغه أصولاً، وبالتالي فإن قاعدة الوجاهية قد طبقت طالما أن المدعى عليه تبلغ وامتنع بكامل إرادته عن حضور جلسات المحاكمة التحكيمية"، ورفضت هذه المحكمة طلب إبطال حكم التحكيم الغيابي في هذه القضية. (2)

المبحث الثاني

أساليب وشروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي

بعد أن يصدر حكم التحكيم صحيحاً فإن المحكوم له يتوقع تنفيذه دون إبطاء. (3) بمعنى أن ينفذ الحكم برضا المحكوم ضده ودون الحاجة إلى تدخل القضاء لتنفيذه، وهو أمر شائع ومتوقع في كثير من الحالات ويطلق عليه التنفيذ الرضائي. ومع ذلك قد يرفض المحكوم ضده تنفيذ الحكم، مما يؤدي بمن صدر الحكم لمصلحته أن يلجأ إلى القضاء في الدولة التي يختار تنفيذ الحكم فيها جبراً. وتنفيذ أحكام التحكيم تختلف من دولة لأخرى ومن نظام قانوني لآخر، بل قد تختلف إجراءات التنفيذ في نفس الدولة الواحدة، فقد يتم تنفيذ حكم التحكيم طبقاً لأحكام اتفاقية دولية أو إقليمية، أو وفقاً لأحكام التشريعات الوطنية.

(1) Margaret L. Moses, *Supra*, p. 193; Steven C. Bennett, *Arbitration: Essential Concepts* (New York: ALM Pub., 2002) p. 93.

(2) قرار محكمة استئناف باريس، الصادر في 1995/3/25 مشار إليه في عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998، ص. 307.

(3) Blackaby, Nigel. *Supra*, Para. 11.01.

ولإيضاح موقف القانون الليبي والتشريعات المقارنة من أساليب وشروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول أساليب تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وفي المطلب الثاني نتناول الشروط الواجب توافرها فيه، وفي المطلب الثالث نبين إجراءات تنفيذه.

المطلب الأول

أساليب تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

السائد في الأنظمة القضائية المختلفة أن هناك نظامان أو أسلوبان يتم إتباعهما في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهما: نظام رفع دعوى جديدة، ونظام الأمر بالتنفيذ. وقد أضافت اتفاقية واشنطن نظام آخر يعرف بنظام النفاذ المباشر لأحكام التحكيم.

ولإيضاح هذه الأنظمة نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول نظام رفع الدعوى، وفي الفرع الثاني نتناول نظام الأمر بالتنفيذ، وفي الفرع الثالث نتناول نظام التنفيذ المباشر.

الفرع الأول

نظام رفع الدعوى

هذا النظام يشترط على طالب التنفيذ أن يقوم برفع دعوى قضائية جديدة أمام المحكمة المختصة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ للمطالبة بالحقوق المحكوم به في حكم التحكيم الأجنبي.⁽¹⁾ فيقوم القاضي بإعادة نظر دعوى التحكيم وإثارة جميع المسائل الموضوعية فيها، وذلك بحضور الخصوم في التحكيم.

والحكم الصادر في موضوع هذه الدعوى هو وحده الذي يتمتع بالقوة التنفيذية، أما حكم التحكيم الأجنبي فإنه وفقاً لهذا النظام يعد دليل إثبات تستعين به المحكمة في الدعوى الجديدة.⁽²⁾ ويترتب على الأخذ بحكم التحكيم الأجنبي كدليل قاطع نتيجة هامة مفادها أن المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الجديدة ستكون مضطرة في معظم الأحوال إلى الحكم لصالح من يرفع هذه الدعوى مبنية على حكم التحكيم الأجنبي وبمجرد التأكد من توفر الشروط الشكلية، ودون البحث في صحة حكم التحكيم الأجنبي من حيث الموضوع.

وبالرغم من أن هذا النظام قد حافظ على مبدأ السيادة من حيث الشكل فقط،⁽³⁾ فإنه يؤخذ عليه اعترافه بطريقة غير مباشرة بآثار حكم التحكيم الأجنبي بشكل كامل، لأن الحكم في الدعوى الجديدة يصدر بالاستناد

(1) عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص. 110؛ أحمد ضامن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفقاً للقانون الكويتي، مجلد 22، ع 1، مجلة حقوق الكويت، جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص. 24.

(2) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 335؛ غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص. 213؛ عزت محمد البحيري، مرجع سابق، ص. 111.

(3) جمال عمران أغنية، مرجع سابق، ص. 106.

إلى حكم التحكيم الأجنبي كدليل قاطع، ولا يستطيع مراقبة مدى سلامة هذا الدليل من الناحية الموضوعية ما دام أن الشروط الشكلية لتنفيذه قد توافرت.⁽¹⁾ ويترتب على ذلك تشابه هذا النظام مع نظام الأمر بالتنفيذ الذي يقوم فقط على المراجعة الشكلية لحكم التحكيم الأجنبي دون المراجعة الموضوعية.

الفرع الثاني

نظام الأمر بالتنفيذ

يعد نظام الأمر بالتنفيذ من أهم الأنظمة في تنفيذ الأحكام وأكثرها شيوعاً وانتشاراً مقارنة بنظام الدعوى الجديدة. وفقاً لهذا النظام يكون على القاضي عند تنفيذه حكم التحكيم الأجنبي أن يتأكد من توفر الشروط الشكلية اللازمة لصدور هذا الحكم، وعدم تعارضه مع قواعد النظام العام في دولة التنفيذ، وبالتالي يتم تنفيذه بذات الإجراءات التي تنفذ بها الأحكام الوطنية.⁽²⁾ فإذا وجد القاضي عدم استيفاء حكم التحكيم الأجنبي للشروط الشكلية التي يتطلبها القانون الوطني لتنفيذه، فإنه سيقوم برفض تنفيذ هذا الحكم، أما إذا توفرت هذه الشروط في حكم التحكيم الأجنبي، فإنه يتعين على القاضي أن يعطي الأمر بتنفيذه.

ولقد تبنت معظم الدول ومن بينها ليبيا ومصر وفرنسا نظام الأمر بالتنفيذ، والذي لا يقتصر تطبيقه على الأحكام القضائية في تلك الدول بل يشمل أيضاً تنفيذ أحكام التحكيم في حالة عدم وجود معاهدة ثنائية أو جماعية تكون تلك الدولة طرفاً فيها وتفرض شروط وإجراءات معينة للتنفيذ. وقد نصت على الأخذ بهذا النظام المادة (763) من قانون المرافعات الليبي، والمادة (56) من قانون التحكيم المصري، والمادة (1487) من قانون المرافعات الفرنسي بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي، والمادة (1516) بالنسبة لحكم التحكيم الدولي. وأخذت بهذا النظام أيضاً اتفاقية نيويورك في المادة (3)، واتفاقية الرياض في المادة (32)، واتفاقية عمان في المادة (35).

إن نظام الأمر بالتنفيذ يختلف في مفهومه عن نظام الدعوى الجديدة حيث أنه لا يشترط قيام طالب التنفيذ برفع دعوى أمام القضاء الوطني لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، بل يقوم طالب التنفيذ وفقاً لهذا النظام باللجوء إلى القضاء للحصول على أمر بتنفيذ الحكم.

(1) أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 214؛ فضل محمد أحمد الفهد، شروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص. 168.

(2) عزت محمد البحيري، مرجع سابق، ص. 113.

الفرع الثاني

نظام النفاذ المباشر لأحكام التحكيم الأجنبية

تقوم فكرة النفاذ المباشر لأحكام التحكيم ذات الطابع الدولي على أن الحكم يعتبر نافذاً داخل دولة التنفيذ بشكل مباشر دون الحاجة إلى إعطائه أمراً بالتنفيذ من القضاء الوطني في تلك الدولة. وقد جاءت بهذه الآلية اتفاقية واشنطن في المادة (1/54) والتي جاء فيها "تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكماً نهائياً صادر من محكمة في تلك الدولة".

وبذلك فإن الأحكام الصادرة في إطار هذه الاتفاقية تتمتع بميزة النفاذ المباشر أو التلقائي، أي إنها قابلة للتنفيذ في الدول المتعاقدة ولا تخضع للرقابة الداخلية لتلك الدول بل تعتبر بمقام الأحكام القضائية النهائية الصادرة من المحاكم الوطنية للدولة المطلوب فيها التنفيذ. وبالتالي لا يجوز للمحكمة أو السلطة المختصة بنظر طلب تنفيذ حكم التحكيم أن تراجع موضوع النزاع، أو رفض الاعتراف بالحكم استناداً إلى مخالفته للنظام العام في تلك الدولة.⁽¹⁾ وتحقيقاً لهذه الغاية، يجب على الدول المتعاقدة أن تحدد محكمة أو سلطة تختص بتنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. ويجب على الطرف الذي يرغب في الحصول على الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه على أراضي الدولة المتعاقدة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بنسخة طبق الأصل من الحكم معتمدة من الأمين العام للمركز.⁽²⁾

ومع ذلك، فإن هذه الآلية لا يمكنها أن تتجاوز الدفع بالحصانة السيادية للدولة المتعاقدة من التنفيذ، فالمادة (55) من اتفاقية واشنطن تفيد بأن الحصانة من التنفيذ هي مسألة تخضع للقانون الوطني.⁽³⁾

وقد استبعدت هذه الاتفاقية الرقابة القضائية على حكم التحكيم الصادر عن المركز لأنها أقرت المراجعة الداخلية للحكم وذلك عن طريق هيئة تحكيم جديدة تشكل وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.⁽⁴⁾ كما أن المادة (53) من نفس الاتفاقية نصت على إنه "يكون الحكم ملزماً للطرفين، ولا يمكن استئنافه بأي طريقة إلا في الحالات الواردة في هذه الاتفاقية". والحالات المذكورة في المادة (1/53) تقتصر على إلغاء أو مراجعة أو

(1) إن استبعاد إمكانية بطلان حكم التحكيم الصادر عن المركز على أساس مخالفته للنظام العام، يرجع إلى أنه أثناء المداوات التي أدت إلى إقرار الاتفاقية كان هناك رأي ينادي بإتاحة الفرصة للتخلص من حكم التحكيم الصادر عن المركز على أساس الدفع بالنظام العام Public Policy، على أن الرأي استقر على أن السماح بإثارة هذا الدفع من شأنه هدم كل ما قامت هذه الاتفاقية من أجله في سبيل تثبيت دعائم حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب، ولذلك ظهرت الصيغة النهائية للاتفاقية خالية من أي دفع متعلق بالنظام العام. جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، ص. 51.

(2) المادة (2/54) من اتفاقية واشنطن.

(3) المادة (55) من اتفاقية واشنطن تنص على أنه "لا تفسر أحكام المادة 54 على أنها مساس بالقانون المعمول به في أية دولة لتعلقه بحصانة الدولة أو أية دولة أجنبية".

(4) المادة (1/52) من اتفاقية واشنطن.

تفسير حكم التحكيم، والتي يمكن القيام بها فقط من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.⁽¹⁾ وبالتالي فإن إلغاء الحكم يتم فقط عن طريق هذا المركز، فلا يجوز للمحاكم الوطنية مراجعة حكم التحكيم أو إلغائه.

المطلب الثاني

شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

يشترط في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية توافر شروط معينة، وهذه الشروط هي :

أولا : شرط المعاملة بالمثل أو التبادل :

يقصد بهذا الشرط أن تتعامل المحاكم الوطنية في الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بما يعامل به الحكم الصادر منها في البلد الأجنبي الذي صدر فيه الحكم.⁽²⁾ وقد نصت على هذا الشرط أغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ومنها قانون المرافعات الليبي الذي نص في المادة (405) على أن "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الليبية فيه".⁽³⁾

يتضح من هذا النص أنه لن تنفذ ليبيا حكم تحكيم ينتمي إلى دولة لا تنفذ بدورها أحكام التحكيم الليبية أو تضع عليها شروطا أكثر تعقيدا أو تخضعها لرقابة موضوعية من قبل قاضي التنفيذ في تلك الدولة، ففي كل هذه الحالات وفي غيرها ستقوم ليبيا بالمعاملة بالمثل لأحكام التحكيم التي تنتمي إلى هذه الدولة.

وشرط المعاملة بالمثل أو التبادل شرط مبدئي يجب على المحاكم في ليبيا التثبت من تحققه قبل أي شرط آخر، إذ لا جدوى من بحث شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ما دامت الدولة الأجنبية التي صدر الحكم المراد تنفيذه في ليبيا لا تنفذ الأحكام الصادرة في ليبيا. ولإعمال هذا الشرط يحتاج القاضي لمعرفة أحكام القانون الأجنبي النافذة في هذا المجال وذلك من خلال الأطراف، إذ لا يفترض في القاضي الليبي العلم بالقانون الأجنبي وفقاً لحكم المحكمة العليا الليبية الذي يعتبر القانون الأجنبي في ليبيا مسألة واقع.⁽⁴⁾ وبذلك فإن عبء إثبات قيام شرط المعاملة بالمثل يقع على عاتق طالب الأمر بالتنفيذ، لأن القانون الأجنبي يعتبر واقعة يتعين على صاحب المصلحة تقديم الدليل عليها.

⁽¹⁾ Blackaby, Nigel, *Supra*, Para. 11.127.

⁽²⁾ محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2000، ص. 273؛ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص. 412.

⁽³⁾ تقابلها المادة (296) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968.

⁽⁴⁾ طعن مدني رقم 26/38 ق الصادر بتاريخ 1979/12/30م والمنشور بمجلة المحكمة العليا عدد رقم 4، السنة 16، ص. 70.

أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري وقانون المرافعات الفرنسي فإنهما لم يشترطا هذا الشرط. وبالنسبة للاتفاقيات الدولية، فإن اتفاقية نيويورك قد أجازت وبشكل صريح أعمال مبدأ المعاملة بالمثل، وهذا ما يؤكده نص المادة (3/1)، التي اشترطت لتفعيل هذا المبدأ أن يتم التحفظ على تطبيقه وذلك بتصريح الدولة عند دخولها لاتفاقية نيويورك بإعماله.

ويعاب على هذا الشرط أنه لا يؤثر في حقوق الأجانب فقط، بل يؤثر أيضاً في حقوق الوطنيين ويضر بها، وذلك في حال صدور حكم تحكيم أجنبي لصالح أحد رعايا الدولة المطلوب فيها التنفيذ.⁽¹⁾ فعلى سبيل المثال إذا تحصل أحد الليبيين على حكم تحكيم صادر في فرنسا ضد أحد الفرنسيين، وكان هذا الحكم واجب التنفيذ في ليبيا، فإذا افترضنا أن القانون الفرنسي لا يسمح بتنفيذ أحكام التحكيم الليبية، فإن القاضي الليبي سيرفض تنفيذ هذا الحكم استناداً إلى شرط المعاملة بالمثل، وهذا يضر بالمصلحة الوطنية وليس الأجنبية.

كما أن فكرة المعاملة بالمثل هي في الأساس فكرة سياسية تدخل في مجال العلاقات السياسية بين الدول، والتي بدورها تعتبر تطبيقاً لمبدأ المجاملة الدولية، ومن المؤكد أن تطبيق مبدأ المجاملة لم يعد يصلح لأن يكون أساساً لقواعد القانون الدولي الخاص، والتي تهدف لتنظيم وحماية مصالح الأفراد الخاصة الدولية، الأمر الذي من شأنه الإضرار بمصالح الأفراد، سواء كانوا وطنيين أم أجانب.⁽²⁾ ولا تتساوى مصالح الدول مع مصالح الأفراد، إذ من الواجب إبعاد مصالح الأفراد عن الاعتبارات السياسية.⁽³⁾ لذلك يرى البعض عدم الأخذ بها في العلاقات القانونية المتعلقة بحقوق الأفراد، وموضوع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية يجب أن يترك أمر تقديرها للدولة وفقاً لما تراه محققاً للعدالة ووفق ما يحقق حاجة المعاملات الدولية.⁽⁴⁾

نخلص مما تقدم إلى أن أعمال هذا الشرط لا يتماشى مع التطورات التي لحقت نظام التحكيم وتهدف إلى تسهيل وتسريع إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، لتحقيق فاعلية التحكيم كوسيلة قانونية للفصل في منازعات التجارة الدولية.

(1) أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص. 160.

(2) عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط 3، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2011، ص. 329.

(3) هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص. 259؛ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2008، ص. 358 – 359؛ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، مرجع سابق، ص. 417.

(4) عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2013، ص. 105 – 106.

ثانيا : أن يكون حكم التحكيم حائزاً على قوة الأمر المقضي به :

ويقصد بهذا الشرط صلاحية الحكم للتمسك به وبالأثار الناجمة عنه، وعدم جواز طرح النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم مرة أخرى أمام القضاء أو التحكيم. ولا يعتبر حكم التحكيم حكماً نهائياً، إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن فيه، أو برفض الطعن، أو عدم قبوله، أو صار ملزماً بعد الطعن فيه بتأييده من المحكمة التي طعن فيه أمامها واكتسب الصفة النهائية فإنه يتمتع بقوة الشيء المحكوم فيه ويكون قابلاً للتنفيذ.⁽¹⁾

وهذا الشرط له ما يبرره إذ ليس من المعقول ومما يتناقض مع مبدأ الحقوق المكتسبة أن يسمح بتنفيذ حكم ما في بلد أجنبي بينما هو لم يحز على قوة الأمر المقضي به في البلد الذي صدر فيه. ويكون حكم التحكيم نهائياً وقطعياً ليحوز صفة التنفيذ وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه أو القانون الذي صدر بموجبه.⁽²⁾

وقد نص على هذا الشرط المشرع الليبي في المادة (1/407) من قانون المرافعات بأن يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه قد حاز قوة الأمر المقضي وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.⁽³⁾

ويجب التنويه إلى أن وضع نصوص واحدة لأحكام التحكيم وأحكام القضاء قد يؤدي إلى الاعتداد بقانون الدولة التي صدر فيها الحكم. وعادة في التحكيم تكون العبرة بالقانون الإجرائي الذي صدر حكم التحكيم وفقاً له، فحكم التحكيم قد يصدر في دولة ما ولا يكون لقانون هذه الدولة علاقة بعملية التحكيم بل يكون خاضعاً لأحكام قانون إجرائي آخر.⁽⁴⁾

ويأتي هذا الشرط حفاظاً على استقرار الحقوق، فإذا كان حكم التحكيم يصدر في كل من فرنسا ومصر بشكل نهائي وحائزاً لقوة الأمر المقضي فإن ذلك لا يكون في كل التشريعات، فهناك من التشريعات ما يجيز الطعن على حكم التحكيم، مثلما هو الحال في التشريع الليبي الذي يجيز الطعن على أحكام التحكيم سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية. لأنه ليس من المقبول أن يتم تنفيذ حكم تحكيم يمكن إلغائه بعد ذلك، ولهذا اشترط القانون أن يكون حكم التحكيم نهائياً.

ثالثاً : أن تكون الإجراءات التي اتبعت في إصدار الحكم سليمة :

لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي صدر نتيجة لإتباع طرق احتيالية على قواعد الاختصاص، أو صدر نتيجة لإجراءات أهدرت فيها حقوق الدفاع.

(1) محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص. 286.

(2) محمد المبروك اللاف، مرجع سابق، ص. 276؛ محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص. 286.

(3) تقابلها المادة (3/298) من قانون المرافعات المصري.

(4) عاشور مبروك، مرجع سابق، ص. 341.

ويعتبر هذا الشرط من الشروط الهامة في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك لضمان سيادة العدالة وعدم الانتقاص منها، سواء من قبل الأطراف، وحقهم في اختيار أي من القواعد الإجرائية أو القوانين لتحكم الإجراءات، أو من قبل هيئة التحكيم في تجاهل القانون الإجرائي الذي اتفق عليه الأطراف، أو تجاهل أي مبدأ من المبادئ الأساسية في التقاضي.

والحكمة من هذا الشرط هي التأكد من سلامة الإجراءات التي اتبعتها هيئة التحكيم في إصدار الحكم وفقاً للقانون واجب التطبيق. وقد نص المشرع الليبي صراحة على هذا الشرط في المادة (2/407) من قانون المرافعات بأنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إلا إذا كان صادراً عن دعوى قد روعي فيها حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والإعلان الصحيح للخصوم وتكليفهم بالحضور، وتم تمثيلهم تمثيلاً صحيحاً، فإذا كان أحدهم قاصراً، لا بد من أن يمثله من له ولاية أو الوصاية عليه.⁽¹⁾

وقد نصت أيضاً اتفاقية نيويورك على هذا الشرط في المادة (1/5ب)، وكذلك اتفاقية الرياض نصت على هذا الشرط في المادة (37د). وهكذا، فإنه إذا انتهكت هيئة التحكيم أي مبدأ من هذه المبادئ الأساسية في الدعوى التي صدر عنها حكم التحكيم الأجنبي لا يمكن منح هذا الحكم الأمر بالتنفيذ في ليبيا.

رابعاً: عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره في دولة التنفيذ :

يشترط في حكم التحكيم عدم تعارضه مع الأحكام أو الأوامر التي سبق وأن صدرت في الدولة التي يراد تنفيذه فيها. وقد نصت على هذا الشرط المادة (3/407) من قانون المرافعات الليبي بأنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من "أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الليبية".⁽²⁾

احتراماً للأحكام القضائية، أعطى المشرع الليبي الأفضلية للأحكام الصادرة عن المحاكم الليبية مادام أنها متعلقة بنفس الدعوى خصوماً وموضوعاً وسبباً.⁽³⁾ ووفقاً لهذا النص فإنه لا يجوز تنفيذ حكم تحكيم في ظل وجود حكم قضائي وطني صدر قبل صدور حكم التحكيم المراد تنفيذه، ذلك أن الحكم القضائي الوطني يعد وجهاً من أوجه السيادة الوطنية وتنفيذ حكم التحكيم بالرغم من سبق صدور الحكم الوطني يشكل انتقاصاً من هذه السيادة.

(1) تقابلها المادة (2/298) من قانون المرافعات المصري، والمادة (2/58ج) من قانون التحكيم المصري، والمادة (4/1520) من قانون المرافعات الفرنسي.

(2) تقابلها المادة (4/298) من قانون المرافعات المصري، والمادة (1/2/58أ) من قانون التحكيم المصري.

(3) الكوني علي عبودة، التنفيذ الجبري، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، ط 1، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس،

ويقع عبء إثبات وجود حكم منعدم على المعارض، وقد أشارت لذلك المحكمة العليا في ليبيا في الطعن المدني رقم 51/41 الصادر بجلسة 2007/06/18 في القضية المتعلقة بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي بين الشركة الوطنية لصيد وتسويق الأسماك ومنتجاتها وشركة فوستر ويلز للتجارة.⁽¹⁾

خامساً: عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في الدولة التي يراد تنفيذه فيها:

أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم تشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي عدم مخالفته للنظام العام في البلد المطلوب فيه التنفيذ، وقد نص على هذا الشرط قانون المرافعات الليبي في المادة (4/407) التي جاء فيها بأنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من "أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في ليبيا".⁽²⁾

يتضح من هذا النص أن حكم التحكيم الأجنبي لا يمكن تنفيذه إذا كان مخالفاً للنظام العام الليبي. فقواعد النظام العام تشكل الوسيلة القانونية التي تهدف إلى حماية الأنظمة الوطنية من الاختراق. ونظراً لعدم وجود نصوص قانونية صريحة في القانون الليبي تحدد ما يعتبر مخالفاً للنظام العام، فإن ذلك متروك للسلطة التقديرية لمحكمة التنفيذ التي لها أن تقرر مدى مخالفة حكم التحكيم المراد تنفيذه للنظام العام في ليبيا أو عدم مخالفته. والقاضي الليبي في بحثه عما إذا كان حكم التحكيم الأجنبي يخالف أو لا يخالف النظام العام في ليبيا يأخذ بعين الاعتبار الأفكار السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في ليبيا وقت تقديم طلب أمر التنفيذ، وليس وقت صدور ذلك الحكم.⁽³⁾

وقد نص على هذا الشرط أيضاً كل من القانون المصري والقانون الفرنسي، حيث نصت المادة (2/58/ب) من قانون التحكيم المصري على إنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق من أنه "لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية". ويتضح من هذا النص أن القانون المصري يأخذ بمفهوم النظام العام الداخلي، في حين أن القانون الفرنسي يذهب إلى الأخذ بمفهوم النظام العام الدولي في عدم تنفيذ أحكام التحكيم المخالفة له، حيث نص على ذلك صراحة في (1514) الخاصة بالتحكيم الدولي التي جاء فيها "أحكام التحكيم يعترف بها وتنفذ في فرنسا إذا أثبت وجودها من يتمسك بها وكان هذا الاعتراف أو التنفيذ لا يتعارض مع النظام العام الدولي بشكل واضح".⁽⁴⁾

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية، فإن اتفاقية نيويورك والرياض قد اتخذتا نفس موقف المشرعين الليبي والمصري، حيث نصت اتفاقية نيويورك في المادة (2/5/ب) منها على إنه يجوز للسلطة المختصة في البلد

(1) حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 54/41 الصادر بتاريخ 2007/06/18.

(2) تقابلها المادة (4/298) من قانون المرافعات المصري، والمادة (2/58/ب) من قانون التحكيم المصري.

(3) الكوني علي أعبودة، مرجع سابق، ص. 165 - 166؛ هشام صادق، مرجع سابق، ص. 232.

(4) قانون المرافعات الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 2011-48.

المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد".

ومن المسلم به على نطاق واسع أن النظام العام بالمعنى المقصود في المادة (2/5/ب) يشير إلى النظام العام في البلد الذي يُطلب فيه الاعتراف والتنفيذ.⁽¹⁾

ونصت اتفاقية الرياض في المادة (37) على أنه "ولا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ ... أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية: ه- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ".

إن فكرة النظام العام الموجودة في مختلف النظم القانونية مفهومها نسبي، يختلف من دولة إلى أخرى، ومن زمان إلى آخر، فما يمكن اعتباره من النظام العام في دولة ما قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام في الدولة نفسها في وقت معين قد لا يكون كذلك في وقت لاحق. وذلك وفق العادات والتقاليد وطبيعة القواعد المطبقة ومتغيراتها المختلفة.⁽²⁾ والنظام العام في مجال التحكيم يتسع ليشمل أي مخالفة تلحق مضمون حكم التحكيم أو فيما قضى به، كما يشمل مخالفة الإجراءات الأساسية المتبعة في خصومة التحكيم، كالإخلال بحقوق الدفاع وعدم المساواة بين الخصوم أمام هيئة التحكيم، وغيرها من الحالات التي قد يعتبرها النظام القانوني الداخلي مخالفة للنظام العام فيه.⁽³⁾

فالنظام العام الإجرائي يضمن حق الأطراف في حكم مستقل بشأن دفعها والوقائع المقدمة إلى هيئة التحكيم، وفقاً للقانون الإجرائي المطبق؛ أما النظام العام الموضوعي فينتهك عندما تُنتهك المبادئ الأساسية المعترف بها عموماً، مما يؤدي إلى تناقض لا يمكن قبوله مع مفهوم العدالة، بحيث يبدو القرار متعارضاً مع القيم المعترف بها في دولة يسودها القانون.⁽⁴⁾

وتجدر الإشارة إلى أن أعمال مبدأ النظام العام يثير الكثير من الإشكاليات في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وذلك لأن هذا المبدأ يصعب ضبطه وتحديد نطاقه في المعاملات الداخلية أو المعاملات الدولية على حد سواء، كما أن مرونته قد تعطي المحكمة في الدولة المراد التنفيذ فيها سلطات تقديرية واسعة في رفضها

⁽¹⁾ Traxys Europe S.A. v. Balaji Coke Industry Pvt Ltd., Federal Court Australia, 23 March 2012, [2012] FCA 276; IPCO (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp., High Court of Justice, England and Wales, 27 April 2005, [2005] EWHC 726; Brostrom Tankers AB v. Factorias Vulcano S.A., High Court, Dublin, Ireland, 19 May 2004, XXX Y.B. Com. Arb. 591 (2005); Federal Tribunal, Switzerland, 10 October 2011, Decision 5A_427/2011; Agility Public Warehousing CO. K.S.C., Professional Contract Administrators, Inc. v. Supreme Foodservice GmbH, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 6 September 2012, 11-5201.

⁽²⁾ فضل محمد أحمد الفهد، مرجع سابق، ص. 160.

⁽³⁾ فضل محمد أحمد الفهد، مرجع سابق، ص. 160.

⁽⁴⁾ X.S.p.A. v. Y.S.r.l., Federal Tribunal, Switzerland, 8 March 2006, Arrêts du Tribunal Fédéral, (2006) 132 III 389, 392.

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية استناداً لمخالفتها للنظام العام فيها مما يؤدي إلى التوسع من حالات رفض التنفيذ، ومن ثم فإن ذلك يعرقل تنفيذ أحكام التحكيم. فحكم التحكيم قد يصدر متوافقاً مع قواعد النظام العام في الدولة التي صدر فيها، ولكنه قد يصطدم بالنظام العام في دولة التنفيذ. ولهذا ذهبت التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي إلى الأخذ بالنظام العام الدولي.

المطلب الثالث

إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ والظعن فيه

إذا توفرت في حكم التحكيم الأجنبي الشروط اللازمة لتنفيذه، كان على طالب الأمر بالتنفيذ إتباع إجراءات معينة حتى يستطيع استصدار أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة بذلك، والتي لها أن تصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو الأمر بعدم تنفيذه. وبالتالي هل يجوز الظعن في الأمر الذي تصدره المحكمة. لإيضاح ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ، وفي الفرع الثاني نتناول الظعن في الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو رفضه.

الفرع الأول

إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ

يصدر أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي من المحكمة المختصة بناء على طلب المحكوم له، ولإيضاح ذلك نبحث في القواعد الأساسية التي تحكم هذا الطلب في البنود التالية :

أولاً: الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ :

تطبيقاً لنص المادة (406) من قانون المرافعات الليبي تختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها. وذهب إلى ذلك أيضاً المشرع الفرنسي الذي أعطى سلطة إصدار أمر التنفيذ للمحكمة الابتدائية التي صدر حكم التحكيم في نطاقها، وإذا كان حكم التحكيم قد صدر خارج فرنسا فإن المحكمة الابتدائية في باريس تكون هي المختصة بإصدار أمر التنفيذ.⁽¹⁾ أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري فإن الاختصاص بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يكون للمحكمة المختصة بمسائل التحكيم إذا كان التحكيم ليس تجارياً دولياً، أما إذا كان التحكيم كذلك، فإن الاختصاص يكون لرئيس محكمة استئناف القاهرة، أو لرئيس أية محكمة استئناف أخرى يختارها الأطراف، أو من يندبه رئيس محكمة الاستئناف من مستشاري المحكمة.⁽²⁾

(1) المادة (1516) من قانون المرافعات الفرنسي.

(2) المادة (56) من قانون التحكيم المصري.

وبالنسبة لاتفاقية نيويورك فإنها تركت الأمر للدول الأعضاء فيها لتحديد السلطة المختصة بإصدار أمر التنفيذ.⁽¹⁾ في حين ذهبت اتفاقية الرياض إلى منح اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ للسلطة القضائية في دولة التنفيذ.⁽²⁾ أما اتفاقية عمان فقد أعطت الاختصاص للمحكمة العليا لدى الدول الأطراف بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.⁽³⁾

ثانياً : شروط إصدار الأمر بالتنفيذ :

تشرط القوانين والاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم توفر بعض الشروط لإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، والتي سنتناولها في الفقرات التالية :

1. موعد تقديم طلب الأمر بالتنفيذ :

معظم القوانين والاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم تشرط مرور فترة زمنية معينة بعد إصدار حكم التحكيم حتى يمكن تقديم طلب تنفيذه، وهي فترة الطعن في حكم التحكيم. وقد أوجب المشرع الليبي في المادة (770) من قانون المرافعات على طالب البطلان أن يرفع دعواه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بالحكم. وحددها قانون التحكيم المصري في المادة (1/58) منه بتسعين يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم ضده.⁽⁴⁾

وعليه فإذا كان ميعاد الطعن مازال مفتوحاً فإن المحكمة لن تقبل تنفيذ حكم التحكيم، ومن ثم يرفض طلب تنفيذه. أما إذا كان ميعاد الطعن قد فات فإن طلب تنفيذ الحكم يتم قبوله تمهيداً للنظر فيه.

أما قانون المرافعات الفرنسي نجد أنه قرر جواز الطعن بالبطلان سواء ضد حكم التحكيم الداخلي أو الدولي منذ النطق بالحكم، ولا يكون الطعن مقبولاً إذا تجاوز ميعاد شهر على الإخطار بالحكم.⁽⁵⁾ ويترتب على تقديم الاستئناف أو الطعن بالبطلان خلال المدة المقررة وقف تنفيذ حكم التحكيم الداخلي، ما لم يكن الحكم مشمول بالنفاذ المعجل.⁽⁶⁾ أما الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الدولي، والطعن بالاستئناف ضد أمر التنفيذ لا يؤديان إلى وقف تنفيذ حكم التحكيم.⁽⁷⁾ فقد ألغى القانون الفرنسي الأثر الواقف للطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الدولي، وأبقى على هذا الأثر بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي.

(1) المادة (3) من اتفاقية نيويورك.

(2) المادة (37) من اتفاقية الرياض.

(3) المادة (35) من اتفاقية عمان.

(4) المادة (54) من قانون التحكيم المصري.

(5) المادة (1494) والمادة (2/1519) من قانون المرافعات الفرنسي.

(6) المادة (1496) من قانون المرافعات الفرنسي.

(7) المادة (1/1526) من قانون المرافعات الفرنسي.

وبالنسبة للاتفاقيات، فإن اتفاقية نيويورك لم تحدد مدة أو ميعاداً لطلب الأمر بالتنفيذ، وتركت إجراءات التنفيذ لقانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ.⁽¹⁾ أما اتفاقية عمان، فقد حددت هذه المدة في المادة (2/34) بستين يوماً من تاريخ استلام الحكم، واستثنت من هذه المدة الحالة التي يكون طلب الإبطال مبنياً على سببين هما: الأول إذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة كان من طبيعتها أن تؤثر في الحكم تأثيراً جوهرياً ولم يكن الجهل بها راجعاً إلى تقصير طالب الإبطال.⁽²⁾ والثاني: وقوع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين كان له أثر في الحكم.⁽³⁾ فتبدأ مدة الستين يوماً من تاريخ اكتشاف الواقعة، وفي جميع الأحوال لا يقبل طلب الإبطال بعد مضي سنة كاملة من تاريخ صدور الحكم.

2. إجراءات تقديم طلب الأمر بالتنفيذ :

نظم المشرع الليبي إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المواد من (405) إلى (409) من قانون المرافعات وتحديدًا المادة (406) بموجب إحالة من المادة (408) من ذات القانون. ووفقاً لنص المادة (406) من نفس القانون يقدم طلب الأمر بالتنفيذ بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى القضائية، وذلك من خلال تحرير صحيفة افتتاح الدعوى من جانب المحكوم له، على أن تشمل هذه الصحيفة على البيانات التي نصت عليها المادتان (81 و 82) من قانون المرافعات، وهي البيانات الواجب ذكرها في أوراق المحضرين، والحكمة المطلوب حضور الخصوم أمامها وعلى اليوم والساعة الواجب حضورهم فيها.⁽⁴⁾ وأن يبين في الصحيفة وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها.⁽⁵⁾ وأن يرفق معها أصل الحكم واتفاق التحكيم،⁽⁶⁾ على أن تودع صحيفة افتتاح الدعوى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المطلوب التنفيذ في نطاق دائرتها. وتعتبر دعوى الأمر بالتنفيذ قد رفعت بمجرد إيداع صحيفة قلم الكتاب، والذي بدوره يتولى قيد الدعوى وإعلانها عن طريق قلم المحضرين.

ويتطلب القانون الليبي في الأمر بالتنفيذ حضور الخصوم بالأوضاع المعتادة أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها.⁽⁷⁾ وعلى هذه المحكمة أن تحكم فيه على وجه السرعة،⁽⁸⁾ وهي إما أن تأمر بالتنفيذ إذا وجدت أن حكم التحكيم تتوفر فيه الشروط اللازمة لتنفيذه، وإما أن ترفض إصدار الأمر إذا وجدت عدم توفر أحد تلك الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم لتنفيذه.

(1) المادة (3) من اتفاقية نيويورك.

(2) المادة (1/34/ب) من اتفاقية عمان العربية.

(3) المادة (1/34/ج) من اتفاقية عمان العربية.

(4) المادة (81) من قانون المرافعات الليبي.

(5) المادة (82) من قانون المرافعات الليبي.

(6) المادة (763) من قانون المرافعات الليبي.

(7) المادة (406) من قانون المرافعات.

(8) المادة (409) من قانون المرافعات الليبي.

أما القانون الفرنسي فإنه يلزم طالب التنفيذ بأن يودع قلم كتاب المحكمة أصل الحكم واتفاق التحكيم، أو نسخ من هذه الوثائق مصدق عليها حسب الأصول،⁽¹⁾ وهو بذلك يختلف عن القانون الليبي الذي اشترط تقديم أصل هذه المستندات فقط. وإذا كانت هذه المستندات بلغة أخرى غير الفرنسية فعلى طالب التنفيذ تقديم ترجمة لها بالفرنسية.⁽²⁾ وإذا ما ودع الطلب والمستندات لقلم كتاب محكمة باريس الابتدائية، فإن سلطة قاضي التنفيذ تتوقف على التأكد من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم، ولا يتطرق إلى مراجعة موضوع الحكم ولكن يراقب الشروط الشكلية فقط وهو إما أن يصدر أمر التنفيذ أو أن يرفض إصداره من دون مواجهات، أو مناقشات شفوية بين الأطراف. ويبحث القاضي الفرنسي في حكم التحكيم بحثاً ظاهرياً ليكتفي فيه حسبما قررت المادة (1514) من ذات القانون بالتأكد من وجود حكم التحكيم، ومن عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي مخالفة صريحة وواضحة. وإذا وافق القاضي الفرنسي على إصدار الأمر بالتنفيذ قام بوضع الأمر على أصل الحكم أو على نسخة منه، وأما إذا رفض إعطائه الأمر بالتنفيذ فإنه يلتزم بتسبب هذا الرفض.⁽³⁾

وبالنسبة للقانون المصري فإن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية تتم وفقاً لقانون التحكيم المصري الذي وضع شروطاً مبسطة لتسري على تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مصر، وكذلك الصادرة في الخارج واتفق الأطراف على خضوعها لقانون التحكيم المصري، أو وفقاً لشروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية المنصوص عليها في قانون المرافعات المصري، والتي تقرر المادة (299) من هذا القانون سريانها على أحكام التحكيم الصادرة في بلد أجنبي. ولقد أوجبت المادة (56) من قانون التحكيم المصري على طالب التنفيذ تقديم مستندات يلاحظ أنها المستندات نفسها التي نصت عليها المادة (1516) من قانون المرافعات الفرنسي، وهي أن يرفق بطلبه أصل الحكم أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق التحكيم، وترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية، وصورة من المحضر الدال على إيداع الحكم لدى قلم كتاب المحكمة المختصة وفقاً للمادة (47) من هذا القانون. فإذا تم قبول طلب تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية فإن القاضي ينظر في هذا الطلب على أساس الوثائق والمستندات فقط لا على أساس نظر حضوري في مواجهة الأطراف.

واتفاقية نيويورك فإن أحكامها في المادة (4) جاءت موافقة لما نص عليه القانون الفرنسي والمصري حيث تشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم أصل الحكم أو صورة من الأصل، وأصل اتفاق التحكيم أو صورة منه،⁽⁴⁾ وأيضاً تشترط على طالب التنفيذ إذا كان الحكم أو اتفاق التحكيم غير مكتوب بلغة البلد الرسمية

(1) المادة (1516) من القانون الفرنسي

(2) المادة (1515) من قانون المرافعات الفرنسي.

(3) المادة (1517) من قانون المرافعات الفرنسي.

(4) المادة (1/4) من اتفاقية نيويورك.

المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة.⁽¹⁾ وذهبت إلى ذلك أيضاً اتفاقية الرياض في المادة (37) منها التي تشترط لإصدار أمر التنفيذ تقديم صورة معتمدة من الحكم واتفاقية التحكيم.⁽²⁾ غير إن هذه الاتفاقية نصت على شرط آخر لم تنص عليه اتفاقية نيويورك، وهو ما جاء في المادة (37) بأنه "يتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية".

أما اتفاقية عمان فإنها لم تتضمن نصوصاً حول هذه المتطلبات لتنفيذ حكم التحكيم.

يتضح أن غالبية التشريعات الوطنية والدولية اتجهت نحو تبني الإجراءات المعتادة في البلد المطلوب فيه رفع دعوى التنفيذ.

الفرع الثاني

الطعن في الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو رفضه

وفقاً للأحكام العامة في قانون المرافعات الليبي يمكن القول أن الحكم الصادر بشمول الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ أو برفض منحه الأمر بالتنفيذ هو في حقيقته حكم قضائي فاصل في دعوى قضائية ومن ثم يمكن الطعن في هذا الحكم بطرق الطعن العادية وغير العادية المقررة في القانون الليبي، أي قانون القاضي المعروض عليه النزاع باعتبار أن الحكم الصادر في هذه الدعوى هو حكم وطني ومن ثم يعامل معاملة الأحكام الوطنية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فإنه يجب التفريق بين حالتين: الحالة الأولى تتعلق بالطعن على الحكم الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا، حيث نجد أن المادة (1/1523) من قانون المرافعات الفرنسي تحول الأطراف استئناف هذا الحكم، على أن يقدم الاستئناف خلال شهر من تاريخ تبليغ حكم المحكمة طبقاً لنص الفقرة الثانية من نفس المادة. أما الحالة الثانية والتي تتعلق بالطعن على الحكم الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا، فإن المادة (1/1524) من نفس القانون تنص على أن "الحكم الذي يمنح الصيغة التنفيذية لا يقبل الطعن بأي طريق، إلا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1522". وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (1522) استئناف حكم التنفيذ وأحالتنا إلى المادة (1520) التي حددت الحالات التي يجوز الاستئناف وفقاً لها، وهذه الحالات هي: إذا قررت هيئة التحكيم اختصاصها أو عدم اختصاصها عن طريق الخطأ، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم غير صحيح، إذا حكمت هيئة

(1) المادة (2/4) من اتفاقية نيويورك.

(2) أنظر أيضاً المادة (34) من اتفاقية الرياض.

التحكيم دون أن تتقيد بالتفويض الممنوح لها، إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة، وإذا كان الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي.

وفيما يتعلق بأحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج فرنسا فقد أشارت المادة (1/1525) من ذات القانون إلى أنه "يجوز استئناف الأمر بتنفيذ أو عدم تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج". وفيما يتعلق بالحكمة المختصة بنظر الاستئناف المرفوع ضد الأمر المؤيد أو الرفض للاعتراف أو التنفيذ فنجد المادة (4/1525) مرفعات فرنسي تمنح الاختصاص لنفس المحكمة التي نظرت في أمر الاعتراف أو التنفيذ وهي محكمة الاستئناف. أما بالنسبة لميعاد رفع الاستئناف فإنه طبقاً لنص المادة (2/1525) يجب أن يقدم خلال شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالرفض أو التنفيذ لحكم التحكيم الصادر بالخارج. ووفقاً للفقرة الرابعة من نفس المادة فإنه "لا يجوز لمحكمة الاستئناف رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 1520". وقد أشرنا إلى هذه الحالات أعلاه.

وبذلك فإن المشرع الفرنسي قد فرق بشأن الطعن على حكم القاضي الصادر بالاعتراف والتنفيذ بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا وخارجها. وبما أن المشرع الفرنسي لا يميز الطعن بالبطلان بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج فرنسا، فإنه ليس هناك ما يمنع من الطعن بالاستئناف على حكم القاضي الصادر بالموافقة على التنفيذ وبعد التأكد من عدم مخالفة الحكم للأسباب الخمسة المنصوص عليها في المادة (1520).⁽¹⁾ وبالنسبة لأحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا والتي يمكن الطعن عليها فقط بالبطلان،⁽²⁾ وبالتالي فإن المشرع الفرنسي قرر عدم جواز الطعن بالاستئناف على حكم قاضي التنفيذ الصادر بالموافقة على تنفيذ الحكم لأن القول بغير ذلك يعني ازدواجية الطعن ضد هذه الأحكام.⁽³⁾

أما بالنسبة للقانون المصري، فإن أمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم يعد نهائياً ولا يجوز التظلم منه، وفقاً لنص المادة (3/58) من قانون التحكيم المصري، غير أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد قضت بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (58) فيما نصت عليه من عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم لأن هذا النص يخول طالب التنفيذ من التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ بينما يحرم المحكوم ضده من التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ وأن ذلك يتعارض مع مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ويخل بحق التقاضي طبقاً لأحكام المواد (40، 68) من الدستور المصري.⁽⁴⁾ أما الأمر برفض التنفيذ، فإنه يمكن

(1) إن حالات البطلان هي نفس الحالات التي يؤسس عليها الاستئناف، وفق ما نصت عليه المادة (1523) الفقرة الثانية التي أحالت على المادة (1520)، حيث أن التشريع الفرنسي وحد حالات البطلان والاستئناف.

(2) المادة (1518) من قانون المرافعات الفرنسي.

(3) هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص. 131 - 132.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 92 لسنة 21 قضائية بتاريخ 2001/01/06، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الطعن بحكم المحكمة التي رفضت التنفيذ على أن يقدم للمحكمة المختصة خلال (30) يوم من تاريخ صدوره.⁽¹⁾

أما اتفاقية نيويورك والرياض فلم تتعرضا لمسألة الطعن في الحكم الصادر في طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، إذ أن هذه المسألة تعد من المسائل الإجرائية، وإن الاتفاقيتين أحالتا المسائل الإجرائية التي لم يرد بشأنها نص إلى القواعد الإجرائية في البلد المطلوب فيها التنفيذ.

خاتمة :

في ختام هذا البحث نستعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً: النتائج.

- اختلف الفقه بشأن تعريف حكم التحكيم بين موسع لمفهومه ليشمل ليس فقط الأحكام التي تفصل في المنازعة على نحو كلي، بل أيضاً تلك التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي؛ وبين آخر مضيق لهذا المفهوم ليقصر فقط على الأحكام التي تنهي بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم.
- إن الأخذ بالاتجاه الموسع لتعريف التحكيم هو الأرجح، لأن لجوء الأطراف للتحكيم كان بهدف الفصل في النزاع، وهذا الهدف لا يتحقق إلا إذا أُخذ بالمفهوم الموسع لحكم التحكيم لما في ذلك من ضمان لحقوق الأطراف ولتحقيق الرقابة الفعالة عليه.
- اختلف الفقه في تحديد المعايير التي يمكن من خلالها تحديد صفة حكم التحكيم، وقد قيل بعدد من المعايير التي يمكن ترجيح أحدها، ومن هذه المعايير: مكان صدور حكم التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو موضوع المنازعة، أو جنسية الأطراف، أو محل إقامتهم.
- أخذ قانون المرافعات الليبي واتفاقيتي نيويورك والرياض بالمعيار الجغرافي لتحديد الصفة الأجنبية لحكم التحكيم، في حين أخذ قانون التحكيم المصري بهذا المعيار وأضاف إليه المعيار الإجرائي لاعتبار حكم التحكيم حكماً أجنبياً. أما القانون الفرنسي فقد أخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد صفة حكم التحكيم.
- إن المعيار الذي تبناه المشرع الليبي لا يكفي وحده لتحديد صفة حكم التحكيم، وذلك لاحتمال صدور الحكم في الخارج بسبب الصدفة وحدها لاجتماع هيئة التحكيم في الخارج للنطق بالحكم، أو يكون صدوره في الخارج مصطنعاً بقصد التهرب من قانون الدولة التي يجري التحكيم على أراضيها.
- الأصل أن تنفذ أحكام التحكيم رضائياً من دون اللجوء إلى القضاء، سواء كان ذلك التنفيذ بمحض إرادة الطرف المحكوم ضده أم بناء على تمتع أحكام التحكيم بصفة النفاذ المباشر كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة طبقاً لاتفاقية واشنطن والتي انفردت بهذه الآلية.

(1) المادة (3/58) من قانون التحكيم المصري.

- قد يمتنع المحكوم ضده عن التنفيذ، وبالتالي يكون للمحكوم له اللجوء للقضاء لاستصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم.
- يكون حكم التحكيم الأجنبي قابلاً للتنفيذ الجبري، إذا صدر بشأنه أمر بالتنفيذ من المحكمة المختصة في البلد المراد فيه التنفيذ.
- هناك نظامان متبعان لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وهما نظام رفع الدعوى، ونظام الأمر بالتنفيذ. وقد أخذ القانون الليبي والقوانين المصري والفرنسي، واتفاقيتي نيويورك والرياض صراحةً بنظام الأمر بالتنفيذ.
- يتسم نظام الأمر بالتنفيذ بالمرونة والسلاسة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وتقتصر فيه رقابة القضاء على المسائل الشكلية التي يجب أن يستوفىها الحكم لإعطاء الأمر بتنفيذه.
- إن المحكمة المختصة في ليبيا بإصدار الأمر بالتنفيذ هي المحكمة التي يراد تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في نطاق دائرتها.
- شرط المعاملة بالمثل الذي يتطلبه قانون المرافعات الليبي لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، لم تشترطه القوانين المقارنة. إذ يعاب على هذا الشرط أن تطبيقه لا يمس فقط حقوق الأجانب، بل يمس أيضاً حقوق الوطنيين ويضر بها، وذلك في حال صدور حكم تحكيم أجنبي لصالح أحد رعايا الدولة المطلوب فيها التنفيذ. كما أن فكرة المعاملة بالمثل هي في الأساس فكرة سياسية تدخل في مجال العلاقات بين الدول، والتي تعتبر تطبيقاً لمبدأ المجاملة الدولية، وأن تطبيق مبدأ المجاملة لا يتماشى مع التطورات التي لحقت بنظام التحكيم وتهدف إلى تسهيل وتسريع إجراءات تنفيذ أحكامه، لتحقيق فاعلية التحكيم كوسيلة قانونية للفصل في منازعات التجارة الدولية.

ثانياً: التوصيات :

- نهيب بالمشرع الليبي أن يصدر قانون خاص ينظم مسائل التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي يواكب التطورات التي حدثت في هذا المجال، ويتلافى مواطن الضعف والقصور في القواعد المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات التي أبرزتها هذه الدراسة.
- نهيب بالمشرع الليبي أن يأخذ بمعيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلى جانب معيار مكان صدور الحكم لاعتبار حكم التحكيم أجنياً.
- نوصي بوجود الاهتمام بإعداد بحوث ودراسات نقدية تتناول موضوعات التحكيم المختلفة في ظل القواعد القانونية التي تنظمها في ليبيا للاستفادة منها عند وضع تشريع خاص بالتحكيم في ليبيا.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

أولاً المراجع العربية :

1. الكتب :

- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- أبو العلا النمر، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995.
- حسن الهداوي، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان، 2011.
- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص. 480.
- عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، الطبعة الثالثة، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2011.
- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998.
- عصام الدين القصبى، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- فضل محمد أحمد الفهد، شروط وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.
- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 2000.
- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- نبيل إسماعيل عمر، حكم التحكيم في المواد التجارية الوطنية والدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2008.
- 2. البحوث والمقالات العلمية :**
- أحمد ضامن السمدان، تنفيذ أحكام المحكمين الأجانب وفقاً للقانون الكويتي، مجلد 22، العدد الأول، مجلة حقوق الكويت، جامعة الكويت، الكويت، 1998.
- الكوني علي اعبودة، التنفيذ الجبري، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، الطبعة الأولى، منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، 2003.
- زياد بن أحمد القرشي، حالات بطلان حكم التحكيم المتعلقة لاتفاق التحكيم، مجلة الحقوق، المجلد II، العدد I، 2013، ص. 347.
- 3. الرسائل والأطروحات :**
- جمال عمران أغنية، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الأجنبية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2004.
- عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بير زيت، فلسطين، 2013.
- سعود عتيق الكاش المري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، أكاديمية شرطة دبي، 2013.
- ثانياً. المراجع الأجنبية :
- Andreas Bucher, Pierre-Yves Tschanz, International Arbitration in Switzerland (Basle: Helbing & Lichtenhahn, 1989).

- Blackaby, Nigel. Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th., ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2015.
- Emmanuel Gaillard and John Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (The Hague; Boston: Kluwer Law International).
- Julian D. M. Lew, Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Comparative International Commercial Arbitration (The Hague, London: Kluwer Law International, 2003).
- Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).
- Pierre Lalive, Poudret J.F, Reymond C, Droit de arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne, Editions Payot, 1989, P. 406, 407.
- Stephen V. Berti (ed.), International Arbitration in Switzerland: An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute (The Hague, London: Helbing & Lichtenhahn, Kluwer Law International, 2000)
- Steven C. Bennett, Arbitration: Essential Concepts (New York: ALM Pub., 2002).

ثالثًا. القوانين والاتفاقيات :

- قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1954.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968.
- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.
- قانون المرافعات الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 48-2011.
- قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996.
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987.
- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.
- اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965.
- اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958.

رابعًا. أحكام القضاة والتحكيم :

- الطعن المدني رقم 26/38 ق الصادر بتاريخ 1979/12/30م مجلة المحكمة العليا الليبية عدد رقم 4, السنة 16, ص. 70.

- الطعن المدني رقم 54/41 الصادر بتاريخ 2007/06/18، المحكمة العليا الليبية.
- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 92 لسنة 21 قضائية بتاريخ 2001/01/06، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.
- قرار محكمة استئناف باريس، الصادر في 1995/3/25.
- Agility Public Warehousing CO. K.S.C., Professional Contract Administrators, Inc. v. Supreme Foodservice GmbH, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 6 September 2012, 11-5201.
- Brostrom Tankers AB v. Factorias Vulcano S.A., High Court, Dublin, Ireland, 19 May 2004, XXX Y.B. Com. Arb. 591 (2005).
- Eastern Division, United States of America, 12 March 2012, 4:11-CV-173 (CEJ).
- Federal Tribunal, Switzerland, 10 October 2011, Decision 5A_427/2011.
- Groupe Antoine Tabet v République du Congo, Case No. 09-72.439, Cass. Civ. 1ere, 12 October 2011, n.p., 12.
- IPCO (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp., High Court of Justice, England and Wales, 27 April 2005, [2005] EWHC 726.
- Jacada Ltd. v. International Marketing Strategies, Inc., Court of Appeals, Sixth Circuit, United States of America, 18 March 2005, 03-2521.
- Ocean Partners Holdings LIMITED and Ocean Partners USA, Inc. v. Doe Run Resources CORP., District Court, Eastern District of Missouri,
- RZS Holdings AVV (United States) v. PDVSA Petroleos S.A.et al., District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division, United States of America, 5 February 2009, 598 F. Supp. 2d 762.
- Traxys Europe S.A. v. Balaji Coke Industry Pvt Ltd., Federal Court Australia, 23 March 2012, [2012] FCA 276.
- Trevino Hernandez, S. de R.L. de C.V. v. Smart & Final Inc., District Court, Southern District of California, United States of America, 17 June 2010, 09-cv-2266 BEN (NLS).
- X S.p.A. v. Y S.r.l., Federal Tribunal, Switzerland, 8 March 2006, Arrêts du Tribunal Fédéral, (2006) 132 III 389, 392.
- Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc., Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 10 September 1997, 126 F.3d 15.

الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي

Legal Aspects Of Artificial Intelligence



كريم علي سالم تدريسي في كلية الفارابي الجامعة - العراق

Kareem Ali Salim : Al-Farabi University College -Iraq

الملخص :

إن العدالة الناجزة، والتعويض عن الأضرار، وعدم افلات المجرمون الجدد من العقاب، تحتم بيان مفهوم الذكاء الاصطناعي، إذ تبين أن الذكاء الاصطناعي، هو مجموعة من البيانات والمعلومات التي تزود بها أجهزة الحاسوب، أو النائب الإلكتروني، لغرض القيام بعمل ما، حيث بين الباحث التطور التاريخي والتشريعي للذكاء الاصطناعي، ثم بينا مدى كفاية القواعد التشريعية في المسؤولية المدنية والجنائية، لحكم العلاقات الناشئة عن استعمال أنظمة الذكاء الاصطناعي المتزايدة، حيث تبين من خلال هذه الدراسة أن على المشرع- العراقي خاصة- أن يبادر الى تطور المنظومة القانونية الحالية، وإصدار قانون ينظم عمل الذكاء الاصطناعي.

• كلمات مفتاحية : (الذكاء الاصطناعي، المسؤولية المدنية، المسؤولية الجنائية، مستهلك، حماية).

Abstract :

The prompt justice, compensation for damages, and the lack of impunity for new criminals, necessitates a clarification of the concept of artificial intelligence, as it turns out that artificial intelligence is a set of data and information that is supplied to computers, or electronic representatives, for the purpose of doing something, where the researcher indicated The historical and legislative development of artificial intelligence, and then we showed the adequacy of the legislative rules in civil and criminal liability, to rule the relationships arising

from the use of the increasing artificial intelligence systems, as it was found through this study that the Iraqi legislator - in particular - should initiate the development of the current legal system, and issue a law It regulates the work of artificial intelligence.

• **Keywords** : (artificial intelligence, civil liability, criminal liability, consumer, protection).

مقدمة :

يتطور العالم بشكل متسارع جداً، في ظل الثورة الصناعية الرابعة وعصر الذكاء الاصطناعي، وإنترنت الأشياء والعالم الافتراضي، لذا أصبح الذكاء الاصطناعي هو من يتولى القيام بمهام الإنسان، وشغل الذكاء الاصطناعي ووظائف البشر، وبالتالي مهما بلغت درجة دقة وتطور الذكاء الاصطناعي، لا بد أن يرتكب خطأ، وبالتالي ارتكابه للجرائم، أو قد يقوم بأعمال يترتب عليها حدوث ضرر للغير، مما يستتبع العمل على تطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي، مع أهمية الحفاظ على حقوق الإنسان، وفائدة المستخدمين، بحيث تعطى الأولوية لزيادة رفاهية الانسان، وإيجاد معايير أخلاقية لعمل أنظمة الذكاء الاصطناعي.

إن "خصوصية" أنظمة الذكاء الاصطناعي، تمثل النقطة الأساس لبحث الفقه والقضاء والمشرع، على تطوير قواعد المسؤولية المدنية، خاصة بعد ان أصبحت أنظمة الذكاء الاصطناعي، من ضمن ضروريات الحياة الحديثة، حيث تتمتع بقدرات التسيير الذاتي والتفاعل مع محيطها الخارجي⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه، إن التطور التكنولوجي في مجال أنظمة الذكاء الاصطناعي، له تأثير على تصرفات الإنسان، وهو ما يدفعنا في هذه الدراسة، إلى البحث في الإشكاليات القانونية الناتجة عن هذه التصرفات، ومنها مدى إمكانية تطبيق احكام المسؤولية المدنية، والجنائية، عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، وهل أن المبرمج للذكاء الاصطناعي، هو من يتحمل المسؤولية القانونية عن أفعال الذكاء الاصطناعي، أم أن للذكاء الاصطناعي شخصية قانونية مستقلة، وبالتالي هو من يتحمل تلك المسؤولية؟ وما هو الجزاء القانوني الذي يمكن توقيعه بما يتلاءم مع الشخصية القانونية الجديدة للذكاء الاصطناعي⁽²⁾.

• أهمية البحث :

إن أهمية هذه الدراسة، تتمثل في قلة الدراسات السابقة، التي تتناول بيان أحكام هذا الموضوع، الذي بدأ استعماله بشكل متسارع، دون بيان الإطار القانوني للمسؤولية المدنية والجنائية، التي تسببها أنظمة الذكاء الاصطناعي، خاصة مع المميزات التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي، كقابليته للتعلم والتطور والاستقلال، حيث إن أنظمة الذكاء الاصطناعي أصبحت تمثل مشكلة قانونية حقيقية ، تستحق الدراسة،

(¹) محمد السعيد السيد محمد، نحو إطار قانوني شامل للمسؤولية المدنية من أضرار نظم الذكاء الاصطناعي غير المراقب، المؤتمر الدولي السنوي العشرون، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، مصر، 2021، ص.

(²) ياسر محمد اللعي، المسؤولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول، كلية الحقوق - جامعة طنطا، مصر، ص2.

وبيان الأحكام الخاصة بها، وما هي البدائل التي وضعتها التشريعات المقارنة لمواجهة قصور القواعد القانونية في المسؤولية المدنية والجنائية.

• مشكلة البحث :

تتمحور مشكلة البحث، في إن أنظمة الذكاء الاصطناعي قد اقتحمت حياة البشر السياسية والاقتصادية وحتى الاجتماعية، واصبحت هي التي تعمل وتفكر وتجدر الحلول نيابة عن الانسان، لذا يثور التساؤل التالي : على من تقع المسؤولية المدنية والجنائية التي تسببها أنظمة الذكاء الاصطناعي؟ وهل تكفي القواعد القانونية الخاصة بهاتين المسئوليتين ليتم تطبيقها على ما تسببه أنظمة الذكاء الاصطناعي من ضرر أو جريمة؟ أم يجب أن تكون هناك تشريعات خاصة تتناول مسألة تنظيم الاحكام الخاصة بأنظمة الذكاء الاصطناعي؟

• منهجية البحث :

لما كان المنهج القانوني المقارن من أفضل المناهج لإثراء الفكر القانوني والوقوف على مواطن الضعف والقوة في تشريعاتنا الوطنية، فقد اعتمدت على هذا المنهج، لإجراء مقارنة بين التشريعات المختلفة محل الدراسة، لغرض الوقوف على أوجه التشابه، والاختلاف بين تشريعات هذه الدول، للوصول الى أفضل النظم التي يمكن الاستفادة منها وتطبيقها في المجال القانوني.

• تقسيم البحث :

قسم الباحث هذه الدراسة الى مطلبين، المطلب الأول بعنوان (ماهية أنظمة الذكاء الاصطناعي)، تناولنا في الفرع الأول (مفهوم أنظمة الذكاء الاصطناعي) وفي الفرع الثاني (الأساس التشريعي للذكاء الاصطناعي) اما المطلب الثاني فقد كان بعنوان (المسؤولية القانونية الناجمة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي)، تناولت في الفرع الأول (المسؤولية المدنية الناجمة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي)، والفرع الثاني بعنوان (حماية المستهلك في ظل الذكاء الاصطناعي).

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للذكاء الاصطناعي

بدأت مناقشة ظاهرة الذكاء الاصطناعي، في إطار القانون منذ بداية الستينات من القرن الماضي، وقد اخذ هذا الموضوع باهتمام متزايد من قبل المتخصصين منذ العام 2010، ويعود السبب في ذلك هو الاستخدام اليومي والمتكرر في الحياه اليومية، لتطبيقات الذكاء الاصطناعي، بما يعود بالتحديات القانونية المحددة التي تفرضها هذه التكنولوجيا، حيث ان الذكاء الاصطناعي وفي الوقت الحاضر، يؤدي دوراً هاماً في التوجه الاوروبي نحو التشغيل الآلي، ومن المفترض ان الذكاء الاصطناعي سيؤدي الى تغيير اسلوب العمل الاقتصادي للشركات، بما يؤدي الى احداث اثراً كبيراً في المجتمع، لذا كانت هناك مساعٍ حثيثة لتنظيم مجال

الذكاء الاصطناعي ذاته، ثم تعيين حدوده، للحيلولة دون تطور ما يعرف " بالذكاء الاصطناعي العام " اي نظام "الذكاء" المماثل لقدرة البشر الذهنية، او حتى التفوق عليها⁽¹⁾.

يهدف الذكاء الاصطناعي الى محاولة فهم "الذكاء الاصطناعي" من خلال انشاء برامج للحاسب الآلي، قادرة على محاكاة السلوك الإنساني المتسم بالذكاء، بإمكانها اتخاذ قرار، او موقف معين، بناءً على وصف لهذا الموقف، على ان تقوم هذه الآلات بإيجاد حل لهذه المسألة، من خلال اتخاذ القرار بالرجوع الى العمليات الاستدلالية المتنوعة، التي سبق وان تم تزويد البرنامج بها⁽²⁾.

الفرع الأول

تحديد أنظمة الذكاء الاصطناعي

يشير الاستخدام الواسع النطق للذكاء الاصطناعي وتطبيقاته المتزايدة، التساؤل عن المسؤولية الناجمة عن هذا الاستخدام، ومدى كفاية القواعد العامة، للتعويض عن الاضرار التي تسببها هذه التطبيقات، لذا يلاحظ ان المشرع الفرنسي يمتنع عن التدخل عن اقرار تشريع خاص ينظم الجوانب القانونية، للمسؤولية الناجمة عن استخدام الذكاء الاصطناعي، وهو ما كان واضحاً في الاقتراح المقدم بقانون الى مجلس الشيوخ بخصوص اصلاح نظام المسؤولية في العام 2020، إذ لم يتضمن أي إشارة الى الذكاء الاصطناعي⁽³⁾. لذا نتناول في هذا الفرع ما يلي :

أولاً: تعريف الذكاء الاصطناعي: لا يوجد تعريف شامل جامع مانع للذكاء الاصطناعي، إلا إنه تم تعريفه بأنه "علم وهندسة صناعة الآلات الذكية" او "فرع علوم الحاسوب الذي يهدف الى إنشاء آلات ذكية" حيث ان الذكاء الاصطناعي كمفهوم، يصعب تعريفه بدقة، فهو الجزء الحسابي الذي يمنح القدرة على تحقيق الأهداف حولنا⁽⁴⁾، كما تم تعريفه بأنه دراسة لجعل أجهزة الكمبيوتر تؤدي أشياء يقوم بها الإنسان بطريقة أفضل⁽⁵⁾، ويعرف أيضاً "فرع من علوم الكمبيوتر يتعامل مع الرموز والطرق الغير حسابية لحل مشكلة"⁽⁶⁾.

(¹) الجوانب القانونية للقيود الذكية والذكاء الاصطناعي، ورقة مقدمة من دولة تشيكيا الى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الحادية والخمسون، الجمعية العامة في 25/جزيران/2018، ص3.

(²) حيث يعتبر العالم الامريكي "جون ماكاتي" هو الذي صك مصطلح الذكاء الاصطناعي في العام 1956، للمزيد راجع: آلان بونيه، الذكاء الاصطناعي (واقعه ومستقبله) ترجمة علي صبري، عالم المعرفة، سلسلة يناير 1978، 1993، ص 11 وما بعدها.

(³) A. Bensamoun et G. Loiseau, L'intelligence artificielle ; faut – il Légiférer, D . 2017, P581: sénat, Proposition de loi Portant réforme de la Responsabilité.

(⁴) فهد القاسم، الذكاء الاصطناعي، متاح على الرابط التالي: www.myreaders.info/html/artificial-intelligence.html

(⁵) E. Rich, Artificial Intelligence and the Humanities, Press, 1985, P.117.

(⁶) B.G. Buchanan, E. H. Shortliffe, Rule – Based Expert Systems the mycin Experiments of the Stanford Heuristic Programming Project, Addison-wesley Publishing Company, 1984, P.3.

ومن خلال ما تقدم، فإنه يمكن للباحث تعريف الذكاء الاصطناعي بأنه "تطبيقات ذكية تعتمد التفكير الذاتي المتطور لغرض القيام بعمل معين بصورة مستقلة عن تدخل الانسان بناءً على معلومات وبيانات مزودة بها من قبل الانسان"، ذلك ان الغاية الاساسية للذكاء الاصطناعي، هو فهم العملية الذهنية الشائكة التي يقوم بها العقل البشري، اثناء التفكير، وترجمة هذه العمليات الى عمليات حسابية تؤدي الى زياده قدرة الحاسب الآلي على حل العمليات الشائكة⁽¹⁾، ولكي نطلق مصطلح "الذكاء الاصطناعي" على أنظمة الكمبيوتر، لا بد أن تتوافر فيها مجموعه من الخصائص :

- القدرة على تحليل وجمع البيانات والمعلومات، وايجاد علاقه بينهما لاتخاذ قرار.
- القدرة على التفكير والادراك، لغرض حل المشاكل في ظل غياب المعلومة الكاملة.
- القدرة على التعلم من الاخطاء، والخبرات السابقة والتجارب، من اجل استعمالها في مواقف جديدة⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأساس التشريعي للذكاء الاصطناعي

سوف نتناول في هذا الفرع بيان التطور التاريخي للمواجهة التشريعية لجرائم الذكاء الاصطناعي في (أولاً) ثم نبين بعد ذلك الاساس القانوني للذكاء الاصطناعي (ثانياً) كالتالي:

أولاً: التطور التاريخي لأنظمة الذكاء الاصطناعي :

إن التطور الحاصل في مجال أنظمة الذكاء الاصطناعي، يفرض في ذات الوقت تطور اخلاقي وتشريعي، من اجل وضع القوانين والتشريعات التي تواكب التطور الحاصل في مجال أنظمة الذكاء الاصطناعي، اذ ان الحاجة اصبحت ملحة وضرورية الى وضع تشريعات تنظم عمل أنظمة الذكاء الاصطناعي، إذ بدأ الاهتمام بالجانب الاخلاقي و كذا الجانب التشريعي لمواجهة المخاطر الناتجة عن عمل أنظمة الذكاء الاصطناعي على الانسان، حيث إن أنظمة الذكاء الاصطناعي يجب أن يحكمها مبدأ هام، في أنها تبقى خاضعة لسيطرة البشر، بالرغم من تمتعها بقدراتها وإمكاناتها، وهنا ظهرت قوانين "الروبوتات الثلاث" أو قوانين "اسيموف" والتي يفرض من خلال هذه القوانين، ضوابط حول كيفية برمجة وصنع وتطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي، ومن هذه المبادئ الاخلاقية مبدأ "التزام أنظمة الذكاء الاصطناعي بعدم إيذاء البشر"، من أجل ضمان عدم قيامها بأي فعل اوسلوك يمثل تهديداً للبشر، كذلك مبدأ "سيطرة الإنسان على أنظمة الذكاء الاصطناعي"، أي أنه في جميع الاحوال يجب أن تبقى أنظمة الذكاء الاصطناعي تعمل تحت سيطرة الإنسان، دون السماح لها بالعمل الذاتي، في سبيل تفادي وقوع أي سلوك يشكل جريمة، أو إي فعل يسبب ضرراً للغير، أيضاً "التزام

(¹) سالم الفاخري، سيكولوجية الذكاء، مركز الكتاب الاكاديمي، الاردن، 2018، ص120 وما بعدها.

(²) حيث ليس كل انسان آلي قادر على التفكير، فحتى تثبت له تلك الصفة لا بد ان تتوافر لديه القدرة على التحليل والتعلم من البيئة التي يوجد فيها، بحيث يمكن ان يحلل بيانات، والوقوف على حجم المشكلة، ثم اتخاذ القرار، للمزيد راجع: عبد الرزاق وهبه سيد احمد محمد، المسؤولية المدنية عن اضرار الذكاء الاصطناعي، دراسة تحليلية، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الابحاث القانونية العميقة، عدد 43، 2020، ص18 وما بعدها.

أنظمة الذكاء الصناعي بالمحافظة على بقائها"، أي الحفاظ على نظم الذكاء الصناعي وتحديثها وتطويرها مع مراعاة المبادئ السابقة، وبالرغم من أهمية هذه المبادئ، إلا إنه كنتيجة طبيعية لتطور أنظمة الذكاء الاصطناعي فقد حرصت العديد من التشريعات على وضع مبادئ اخلاقية تتلاءم التطورات الجديدة، حيث أصدرت منظمة الذكاء الاصطناعي في العام 2018، عدداً من المبادئ التوجيهية الاخلاقية، للذكاء الاصطناعي، منها مبدأ "عدم التحيز"⁽¹⁾، ومبدأ "المسائلة والمسؤولية"⁽²⁾، ومبدأ "العدل"⁽³⁾، ومبدأ "الصدق"⁽⁴⁾، وأن تكون "جديرة بالثقة"⁽⁵⁾. أما بالنسبة لموقف الاتحاد الاوروبي، فقد عمد أيضاً الى وضع العديد من التوصيات بشأن قواعد القانون المدني المطبقة على أنظمة الذكاء الاصطناعي، وكان ذلك في العام 2017، كما صدرت في العام 2019، مجموعه من الإرشادات حول الكيفية التي يجب على الحكومات والشركات اتباعها عند تطوير تطبيقات الذكاء الاصطناعي⁽⁶⁾.

ثانياً: التطور التشريعي لنظام الذكاء الاصطناعي :

رغبة من المشرع الفرنسي، وكذلك المشرع الاوروبي، لمواكبة التطور الهائل في مجال التكنولوجيا، فقد عمدت الكثير من التشريعات إلى إصدار قوانين خاصة بالروبوتات والذكاء الاصطناعي، حيث أصدر المشرع الأوربي في العام 2017، قانون خاص بالروبوتات، ألغى فيه وصف "الشيء" بالنسبة للروبوت، واستخدم مصطلح "النائب الإلكتروني أو الإنساني"، ثم أصدر الاتحاد الأوروبي في عام 2019، مجموعة إرشادات حول بيان كيفية تطوير تطبيقات الذكاء الاصطناعي سابق الإشارة إليها، أما الولايات المتحدة الامريكية، فقد أصدرت قانون "مستقبل الذكاء الاصطناعي وآفاقه في العالم" في العام 2017، وهو أول قانون يتمحور حول نظم الذكاء الاصطناعي، أما بالنسبة لموقف المشرع البريطاني فقد تم تعيين لجنة مختارة حول الذكاء الاصطناعي، من قبل مجلس اللوردات في العام 2017، للنظر في الآثار الاقتصادية والاخلاقية والاجتماعية

(1) بأن تعمل على عدم التمييز أو العمل بعنصرية ضد مجموعة من الافراد.

(2) اي ان تكون هناك مسائل ومسئولية عن نتائج اعمال الذكاء الاصطناعي عند حدوث جريمة أو ضرر مباشر او غير مباشر، والعمل على تقليل المخاطر المتوقعة.

(3) من أجل ان لا تتدخل أنظمة الذكاء الاصطناعي في أنظمة الحكم الديمقراطي وتعمل على قمع حقوق الانسان على نحو يخالف ما جاء في الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.

(4) لكي يتم اتخاذ القرارات المستنيرة بعد توفير المعلومات الصحيحة والدقيقة وبطريقة واضحة وشفافة.

(5) بأن يتم استخدام البيانات المستمدة من الذكاء الاصطناعي واستخدامها وفقاً للمبادئ المنصوص عليها في هذا التوجيه الاخلاقي، للمزيد راجع: ياسر محمد للمعي، المسؤولية الجنائية عن اعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول، كلية الحقوق – جامعة طنطا، مصر، دون سنة نشر، ص 9 وما بعدها.

(6) من هذه التوصيات هو التحكم والرقابة البشرية لأنظمة الذكاء الاصطناعي، الدقة والامن والسلامة المهنية لأنظمة الذكاء الاصطناعي، الالتزام بحماية خصوصية البيانات الشخصية، التزام أنظمة عمل الذكاء الاصطناعي بالشفافية، الالتزام بالتنوع، وعدم التمييز، وغيرها من التوصيات، مع بيان ان البرلمان الاوربي قرر في 2019، الى ضرورة وضع إطار قانوني يحكم عمل أنظمة الذكاء الاصطناعي، للمزيد راجع: الاتحاد الاوروبي، قواعد اخلاقيات الذكاء الاصطناعي، ابريل 2019.

- Thibault de Ravel d'esclapon, intelligence artificielle nouvelle resolution du Parlement européen 20 Février 2019, RésolutionsurunepolitiqueindustrielleEuropéenneglobalesurl'intelligenceartificielle, 12 février 2019.

في مجال الذكاء الاصطناعي، في حين نجد أن البرلمان الأوروبي في العام 2018، اقترح على الدول الاعضاء في الاتحاد، وضع تشريع بشأن الجوانب القانونية لتطوير استخدام الروبوت والذكاء الاصطناعي، ثم أصدر الاتحاد الأوروبي نصوصاً تكميلية ، للائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات الشخصية ، التي تضع إطاراً للتدفق الحر للبيانات غير الشخصية في الاتحاد الأوروبي رقم 1807 لسنة 2018، بينما نجد إن المشرع المصري، قد صدر عن مجلس الوزراء القرار المرقم 2889 لسنة 2019، حول إنشاء مجلس وطني للذكاء الاصطناعي، يختص بوضع الخطط الوطنية حول الذكاء الاصطناعي، وتنفيذها، ومتابعتها، وتحديثها، لكي تتماشى مع التطورات الدولية⁽¹⁾، كما نجد أن دولة الإمارات العربية المتحدة، قد وضعت العديد من المبادئ والإرشادات حول أنظمة الذكاء الاصطناعي، وضوابط استخدام الذكاء الاصطناعي⁽²⁾.

المطلب الثاني

المسؤولية القانونية الناجمة عن أنظمة الذكاء الصناعي

تتقدم تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي بشكل كبير في حياتنا اليومية في شتى المجالات، كالمجال الطبي والعسكري والقانوني والرياضي وغيرها من المجالات الأخرى، حيث يمكن أن تنجز هذه التكنولوجيا عملها بدقة وسرعة هائلة ، إلا أنه يمكن أن تتسبب في أضرار جسيمة، وفي هذه الحال يصعب تحديد الشخص المسئول عن هذه الأضرار، لذا سوف يبين الباحث في هذا الجزء من الدراسة، تصورات حديثة للمسؤولية بعد بيان أحكامهما في مجال الذكاء الاصطناعي.

الفرع الأول

المسؤولية المدنية الناجمة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي

كان لموضوع المسؤولية المدنية، محلاً لاهتمام متزايد في الفقه الفرنسي، سواء كانت المسؤولية تعاقدية أو التقصيرية، فإذا كانت أنظمة الذكاء الصناعي تقوم على أساس رابطة عقدية، كانت المسؤولية عقدية، أما المسؤولية التقصيرية فإنها تقوم على الأفعال الضارة⁽³⁾.

ومن الناحية القانونية فإن فكرة المسؤولية المدنية، تقوم على عنصر الإدراك، وهو كمال العقل والبلوغ، لذا فإن الشخص يكون مسؤول عن تصرفاته، حينما يرتكبُ فعلاً يخالف به القانون، ويرتب ضرراً للغير، فلا تقوم المسؤولية دون إدراك، فالأمر يرتبط بالذكاء والإدراك والوعي⁽⁴⁾.

(¹) قرار مجلس الوزراء المصري رقم 2889 ، بشأن إنشاء مجلس وطني للذكاء الاصطناعي، نشر في الجريدة الرسمية، العدد 47 مكرر، في 24 / 11 / 2019.

(²) عائشة بنت بطي، مبادئ وإرشادات أخلاقيات الذكاء الاصطناعي، دبي الذكية، الأخلاقيات، الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص6؛ ياسر محمد اللعي، المرجع السابق، ص11.

(³) Sylvain mételle, Nicolas Guyot, le moment est venu de juridique aux robots, revue Plaidoyer, 2015, P.26.

(⁴) محمد عرفان الخطيب، المركز القانوني للإنسالة، الشخصية والمسؤولية- دراسة تأصيلية، مقارنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 6، عدد4، ص120 وما بعدها.

وقد نص المشرع العراقي في م(202) من القانون المدني على إنه "كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الأذى يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر"⁽¹⁾، كما تنص م(204) من ذات القانون على أنه "كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر غير مذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض"⁽²⁾.

تشير هذه النصوص القانونية، إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وهي الخطأ والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لذا لا يوجد أي انتفاء لمفهوم التعويض عن الضرر في حال تحققه، وهذا هو أساس فكرة قيام المسؤولية التقصيرية والعقدية⁽³⁾.

لذا يثور التساؤل عن مدى استيعاب قواعد المسؤولية المدنية للأضرار الناجمة عن أنظمة الذكاء

الاصطناعي؟

يرى البعض من الفقه-إن القواعد العامة المنصوص عليها في المسؤولية المدنية، كافية للإحاطة بمختلف حالات الخطأ والضرر الناجم عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، بينما يرى جانب آخر من الفقه-أن هذا التبسيط للأمور، وتطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في نطاق المسؤولية المدنية، فيه تجاهل للتطور الحاصل للذكاء الصناعي، نتيجة اقتحامه لعالم القانون، ناقلاً أنظمة الذكاء الاصطناعي، منحيز الأشياء، إلى حيز الأشخاص⁽⁴⁾، حيث ذهب الفريق الأول من الفقه، إلى القاعدة العامة في المسؤولية العقدية بأن "العقد شريعة المتعاقدين"، وكذلك القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء، وضمنان العيوب الناشئة عن سوء التصنيع، حيث تضمن هذه القواعد مختلف حالات الخطأ والضرر⁽⁵⁾، كما أن المسؤولية التقصيرية عن استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي، نص عليها المشرع الفرنسي في م(1242) من القانون المدني، باعتبار أن أنظمة الذكاء الصناعي شيء خاضع للحراسة، يقع تحت تصرف المستخدم⁽⁶⁾.

نخلص من ما تقدم، إنه في حال توافر عناصر المسؤولية الثلاث كقاعدة عامة، فإن المسؤولية (العقدية والتقصيرية) تقوم ويترتب على ذلك آثار معينة، أهمها جبر الضرر الذي يترتب

⁽¹⁾ نص المادة (202) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

⁽²⁾ نص المادة (204) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، ويقابلها نص المادة (199) من القانون المدني القطري.

⁽³⁾ محمد صديق محمد وساره احمد حمد، قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية بين القوانين العراقية والقوانين المعاصرة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد15، عدد2، السنة17، 2011، ص133.

⁽⁴⁾ محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص42.

⁽⁵⁾ اكد هذا التوجه التقرير الصادر عن المحكمة الفرنسية لعام 2017، الذي استعمل مصطلح "الأشياء الذكية" بدلاً من "الروبوتات"، على اعتبار ان النصوص القانونية المتعلقة بقواعد المسؤولية المدنية عن فعل الاشياء في القانون المدني الفرنسي، كافية لتشمل مختلف الحالات القانونية التي قد تثيرها استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي، للمزيد راجع:

- "France intelligence artificielle" Rapport de Synthèse prepare Par legouvernementfrançais, voiraussi, G. loiseau et A. martinon, le machinisme intelligent, les Cahiers sociaux, 2017, n°293, P.55.

⁽⁶⁾(Courois G., "Robot et Responsabilite" in Bensamoun A. les Robots, ObjetsScientifiques, Objets de droit, Mare & Martin Sceaux, 2016, P.135.

عليها(م163) من القانون المدني المصري، فإذا ما تم استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي على نحو يلحق ضرراً بالأشخاص، فإنه ينبغي إصلاح هذا الضرر⁽¹⁾، ويرى الباحث - ان قواعد المسؤولية المدنية تكفي ليطم تطبيقها على ما تسببه أنظمة الذكاء الاصطناعي من ضرر، بمناسبة استخدامها في الحياة اليومية المتزايدة والمختلفة⁽²⁾.

إلا أن البعض يرى أن هذا الرأي محل نظر، ذلك أن تطبيق أحكام المسؤولية المدنية بنوعيتها، على أنظمة الذكاء الاصطناعي، لم يعد كافياً لمواجهة الأضرار التي يحدثها الذكاء الاصطناعي، كما إنها يتم تطبيقها على الشخص الطبيعي، عند إخلاله بالعقد، أو بالالتزام، وليس على الذكاء الاصطناعي، على اعتبار أن الذكاء الاصطناعي لا يمكن أن يكون طرفاً في المسؤولية المدنية⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بأحكام المسؤولية التقصيرية، فإن تطبيق أحكامها على أنظمة الذكاء الاصطناعي، يواجه تحديات كبيرة، إذ يجب على المحاكم التي تواجه متطلبات المسؤولية الناتجة عن أفعال الذكاء الاصطناعي، أن تحدد الشخص الطبيعي والاعتباري المسؤول عن الضرر الناشئ عن تلك الأفعال، إلا إنه وبسبب تطور والاستقلالية في مجال الذكاء الاصطناعي، يجعل من الصعب تقييم أساس المسؤولية، إذا لم يكن ذلك مستحيلاً أحياناً⁽⁴⁾.

(1) احمد فتحي الخولي، المسؤولية المدنية الناتجة عن الاستخدام غير المشروع لتطبيقات الذكاء الاصطناعي، الديب فيك نموذجاً، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد36، أكتوبر، 2021، ص263.

(2) حيث ان أنظمة الذكاء الاصطناعي، هي مجرد منتجات أو سلع، يتم تسليمها وفقاً لمعايير العقد المبرم بين المنتج والمستهلك (المشترى)، للمزيد راجع: - A. Santosuosso et al., "Robots, Market and Civil Liability; A European Perspective", IEEE RO – MAN; the 21 st IEEE international Symposium on Robot and human interactive Communication, 2012, P.6.

(3) عبد الرزاق وهبه سيد احمد محمد، المسؤولية المدنية عن اضرار الذكاء الاصطناعي، المرجع السابق، ص22.

(4) تنص م (1242) من القانون المدني الفرنسي الصادر 2016، بأن الشخص لا يسأل عن الأضرار الناجمة عن فعله الشخصي فحسب، بل يسأل أيضاً عن الضرر الناتج عن فعل الأشخاص الذين يسأل عنهم، وعن الأشياء التي في حراسته، ويقابل هذا النص م (178) من القانون المدني المصري، للمزيد راجع: عبد الرزاق وهبه سيد احمد محمد، المرجع السابق، ص23 وما بعدها.

- Brossollet, C.Jaegy and L.Daniele, "Responsabilite Civil e et Intelligence artificelle", Atelier Clinique Juridique, 2019, P.3.

اما في ما يتعلق من المسؤولية الجنائية. عن استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي إذ الانتشار الواسع لاستخدام الذكاء الاصطناعي، سوف تزيد الجرائم المتعلقة بالذكاء الاصطناعي، صعوبة تحديد المسؤولية الجنائية، لذا بات ضرورياً بحث المسؤولية الجنائية في هذا البحث، وعلى من تقع هذه المسؤولية، لتحديد المرتكب الحقيقي للجريمة، لتطبيق العقوبة المقررة بحقه، من اجل رد تلك الوقائع الى القوانين التي تجرمها، حيث ان الجرائم المرتكبة بواسطة أنظمة الذكاء الاصطناعي، تتميز بسهولة ارتكابها وصعوبة إثباتها امام الجهات المختصة، فلم يعد كافياً لقيام المسؤولية الجزائية، ان يرتكب الجاني فعلاً مادياً يرتب نتيجة ضارة، وإنما لا بد من توافر شروط يفرضها الفقه الجنائي المعاصر، على إنها نشاط مادي، ونفسي، مخالف لأهداف الجماعة، وتكتسب صفاتها غير مشروعة من مخالفتها لقاعدة قانونية تجرم هذا النشاط، لذا لا بد من توافر الركن المادي والمعنوي، إذ لا تقوم الجريمة إلا بهاتين الشرطين معاً، حيث ان هذه المسؤولية تقوم عند صدور خطأ (فعل) من الجاني نفسه، ومن غير المقبول معاقبة إنسان لم يرتكب فعلاً معاقب عليه قانوناً، استناداً الى القاعدة القانونية التي تقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وللمزيد راجع: عبد الله احمد مطر، المسؤولية الجنائية عن اخطاء الذكاء الاصطناعي، المجلة القانونية، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، ص290-2889. وبالتالي يرى الباحث - بأن القواعد المنصوص العامة عليها في نطاق المسؤولية الجنائية، يمكن التي يتم تطبيقها في الظروف العادية، يمكن تطبيقها في حالة ارتكاب جريمة بواسطة أنظمة الذكاء الاصطناعي، إلا ان العقوبة في هذه الحالة يجب ان تقع على من له سلطه التحكم في أنظمة الذكاء الاصطناعي.

الفرع الثاني

حماية المستهلك في ظل الذكاء الاصطناعي

المستهلك : " هو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها"⁽¹⁾، وتهدف قوانين حماية المستهلك إلى تحديد القواعد العامة، التي تحرص على حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، كالالتزام بمطابقة السلع والخدمات للمواصفات المطلوبة، وقد نتج عن التطور العلمي، منتجات وخدمات يغلب عليها طابع التعقيد، غير من طبيعتها وطبيعة الأضرار التي تسببها للمستهلك، ليجد الأخير نفسه في علاقة عقدية تفتقد الى التوازن، لذا ظهرت الحاجة ملحة الى حماية المستهلك في ظل زيادة استعمال واستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي⁽²⁾.

حيث نصت قوانين الاستهلاك على واجبات المحترف تجاه المستهلك، من أجل توفير أكبر قدر ممكن من الحماية، فقد حددت (م 4) من قانون حماية المستهلك اللبناني هذه الواجبات، كذلك نص المشرع العراقي على التزام المجهز في (م 7) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010، وأهم هذه الالتزامات وهو تزويد المستهلك بالمعلومات الأساسية حول تقدير الأخطار المرتبطة باستعمال الخدمة أو السلعة، وأن يبين الطريقة المناسبة لاستعمال هذه السلع والخدمات، وكذلك التحذير من مخاطر الاستعمال المخالف، وبالتالي يجب على منتجي التطبيقات الذكية إصدار تحذيرات دقيقة ومفصلة، حول الاحتياطات التي يجب على المستخدم اتخاذها، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بشأن المخاطر والقدرات التي تسمح لأنظمة الذكاء الاصطناعي بتطوير سلوكيات جديدة⁽³⁾. أخيراً أرى - إنه وبعد دخول أنظمة الذكاء الاصطناعي في مختلف المجالات، وما يمكن أن تسببه من أضرار أو جرائم، فإنه يجب أن يتم تطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي بصورة تمنع من التسبب بأضرار، أو ارتكاب الجرائم، أو بلحد منها على أقل تقدير، كذلك تحديث التشريعات المقارنة، ومنها التشريعات العراقية (القانون المدني وقانون العقوبات)، وتناولها بالتنظيم لهذه الظاهرة القانونية، التي اقتحمت الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وحتى السياسية، لتحديد على من تقع

(1) نص م (1) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010؛ يقابله نص م (1) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018؛ وكذلك نص م (2) من قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (159) لسنة 2005؛ اما المشرع الفرنسي فقد تحفظ على وضع تعريف للمستهلك، مما دفع الفقه والقضاء لبيان مفهوم المستهلك، فقد عرفه بعض الفقه بأنه "ذلك الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية، يصبح طرفاً في عقد للتزود بالسلع والخدمات"، اما القضاء، فقد عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه "هو الذي يصبح طرفاً في عقد يتعلق بالتزود بالسلع والخدمات، لأجل اشباع حاجاته الشخصية"، للمزيد راجع: رسالة الباحث، حق المستهلك في العدول ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2018، ص : محمد حسين عبد العال. مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2007؛ منصور حاتم محسن واسامه شهاب احمد، نطاق التزام المنتج بتبعية منتجاته، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، عدد 4، لسنة 12، 2010، ص152.

(2) كريم علي سالم، الالتزام بالمطابقة في التشريع العراقي، مجلة العلوم الانسانية والطبيعية، مجلد2، عدد24، 2021، ص432 وما بعدها.

(3) يقابلها نص المواد من (3-12) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 2018؛ (م 7) من قانون حماية المستهلك العراقي؛ (م 4) من قانون حماية المستهلك اللبناني؛ للمزيد راجع: كريستيان يوسف، المسؤولية المدنية عن فعل الذكاء الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الجامعة اللبنانية، 2020، ص84 وما بعدها.

المسؤولية عند ارتكاب أنظمة الذكاء الاصطناعي فعلاً يسبب ضرر أو جريمة، حيث انتجت البشرية خلال الثلاث عقود الماضية، من معلومات، أكثر ما انتجته طوال تاريخها السابق، كما يضاف الى خطورة أنظمة الذكاء الاصطناعي، هو انها اصبح بإمكانها أن تتوقع ما سيحدث مستقبلاً.

الختامة :

تناولت في هذه الدراسة في المطلب الأول، بيان ماهية أنظمة الذكاء الاصطناعي، حيث تناول الفرع الأول (تحديد معنى الذكاء الاصطناعي)، لاحظنا أن الفقه قد وضع العديد من التعريفات التي تبين وتعرف "أنظمة الذكاء الاصطناعي"، ثم أورد الباحث تعريفاً لعله يكون قد أوفى وأوجز وأوضح من خلاله تعريف "أنظمة الذكاء الاصطناعي"، ثم بينا بعد ذلك في الفرع الثاني (التطور التاريخي والتشريعي لأنظمة الذكاء الاصطناعي).

أما المطلب الثاني، فقد تناولنا فيه بيان المسؤولية القانونية الناجمة عن أنظمة الذكاء الاصطناعي، حيث بينا في الفرع الأول (المسؤولية المدنية عن أفعال الذكاء الاصطناعي، مع الإشارة في الهامش الى المسؤولية الجنائية الناجمة عن افعال الذكاء الاصطناعي، لكي تتكامل المسؤوليتين المدنية والجنائية لتوفير الحماية القانونية الكاملة للمستهلك، الذي يعتبر الطرف الضعيف في هذا المقام، وهو ما كان موضوع البحث في الفرع الثاني من هذا المطلب.

النتائج :

- إن عدم وضع تعريف شامل ومانع وجامع، يؤدي الى اختلاف الفقه والمشرع في تحديد المعنى الحقيقي والدقيق لمفهوم (أنظمة الذكاء الاصطناعي)، كما أن التطورات التكنولوجية تؤدي الى قيام بعض التشريعات الى إصدار قوانين أو تعليمات تنظم من خلالها عمل أنظمة الذكاء الاصطناعي.

- في ظل غياب تشريعات، تتناول مسألة تنظيم عمل أنظمة الذكاء الاصطناعي، فإن العمل يجري في المحاكم المختصة على تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية والجنائية، على ما ينتج عن عمل الذكاء الاصطناعي من ضرر أو جريمة، لتلافي إفلات المجرمون الجدد من العقاب.

التوصيات :

- على التشريعات الحديثة بما فيه المشرع العراقي، أن ينتفض من السبات الذي يسيطر على التشريعات العراقية منذ عقود من الزمن، وأن يدرك ان مع التطورات التكنولوجية، أصبحت هناك ضرورة حتمية لتطوير واصدار تشريعات جديدة، ومنها تشريعات تتناول بالتنظيم عمل "أنظمة الذكاء الاصطناعي".

- ضرورة ايقاع العقوبة على "الذكاء الاصطناعي" المسبب للضرر أو الجريمة، عن طريق اتلافه، وعدم الاكتفاء بفرض الغرامة أو التعويض على الشخص الذي يتحكم في هذا النظام الذكي.

❖ المصادر والمراجع :

أولاً : باللغة العربية :

- أحمد فتحي الخولي، المسؤولية المدنية الناتجة عن الاستخدام غير المشروع لتطبيقات الذكاء الاصطناعي، الديب فيك نموذجاً، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد36، أكتوبر، 2021.
- آلان بونيه، الذكاء الاصطناعي (واقعه ومستقبله) ترجمة علي صبري، عالم المعرفة، سلسلة يناير 1978، 1993.
- رسالة الباحث، حق المستهلك في العدول ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2018.
- عائشة بنت بطي، مبادئ وإرشادات أخلاقيات الذكاء لاصطناعي، دبي الذكية، الأخلاقيات، الإمارات العربية المتحدة، 2019.
- فهد القاسم، الذكاء الاصطناعي، متاح على الرابط التالي:
- كريستيان يوسف، المسؤولية المدنية عن فعل الذكاء الاصطناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الجامعة اللبنانية، 2020.
- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2007.
- ياسر محمد اللمعي، المسؤولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر.

ثانياً : باللغة الانجليزية :

- "France intelligence artificielle" Rapport de Synthèse prepare Par legouvernementfrançais, voiraussi, G. loiseau et A. martinon, le machinisme intelligent, les Cahiers sociaux, 2017.
- A. Bensamoun et G. Loiseau, L'intelligenceartificielle ; faut - ilLégiférer,D . 2017.
- A. Santosuosso et al., "Robots, Market and Civil Liability; A European Perspective", IEEE RO - MAN; the 21 st IEEE international Symposium on Robot and human interactive Communication, 2012.
- B.G. Buchanan, E. H. Shortliffe, Rule - Based Expert Systems the mycin Experiments of the Stanford Heuristic Programing Project, Addison-wesley Publishing Company, 1984 .
- Brossollet, C.Jaegy and L.Daniele, "Responsabilite Civil e et Intelligence artificelle", Atelier Clinique Juridique, 2019.

- Courois G., "Robot et Responsabilite" in Bensamoun A. les Robots, ObjetsScientifiques, Objets de droit, Mare & Martin Sceaux, 2016.
- E. Rich, Artificial Intelligence and the Humanities, Press, 1985
- Sylvain mételle, Nicolas Guyot, le moment est venu de juridique aux robots, revue Plaidoyer, 2015.
- Thibault de Ravel d'esclapon, intelligence artificielle nouvelle resolution du Parlement européen 20 Février 2019,
- Résolutionsur unepolitiqueindustrielleEuropéenneglobalesurl'intelligenceartificielle , 12 février 2019.

ثالثاً: البحوث :

- الجوانب القانونية للعقود الذكية والذكاء الاصطناعي، ورقة مقدمة من دولة تشيكيا الى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الحادية والخمسون، الجمعية العامة في 25/جزيران/2018.
- عبد الرزاق وهبه سيد احمد محمد، المسؤولية المدنية عن اضرار الذكاء الاصطناعي، دراسة تحليلية، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، عدد 43، 2020.
- كريم علي سالم، الالتزام بالمطابقة في التشريع العراقي، مجلة العلوم الانسانية والطبيعية، مجلد2، عدد24، 2021.
- الله أحمد مطر، المسؤولية الجنائية عن اخطاء الذكاء الاصطناعي، المجلة القانونية، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية.
- محمد السعيد السيد محمد، نحو إطار قانوني شامل للمسؤولية المدنية من أضرار نظم الذكاء الاصطناعي غير المراقب، المؤتمر الدولي السنوي العشرون، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، مصر، 2021.
- محمد صديق محمد وساره احمد حمد، قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية بين القوانين العراقية والقوانين المعاصرة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد15، عدد2، السنة17، 2011.
- محمد عرفان الخطيب، المركز القانوني للإنسالة، الشخصية والمسؤولية - دراسة تأصيلية، مقارنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 6، عدد 4.
- منصور حاتم محسن واسامه شهاب احمد، نطاق التزام المنتج بتتبع منتجاته، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية، عدد 4، لسنة 12، 2010.

رابعاً: المراجع الالكترونية :

- 1- سالم الفاخري، سيكولوجية الذكاء، مركز الكتاب الاكاديمي، الاردن، 2018 :
www.myreaders.info/html/artificial-intelligence.html
- 2- قرار مجلس الوزراء المصري رقم 2889 ، بشأن إنشاء مجلس وطني الذكاء الاصطناعي، نشر في الجريدة الرسمية، العدد 47 مكرر، في 24 /11 /2019.

مخاطر الثورة الرقمية

وصداها التشريعي - دراسة تحليلية مقارنة

The dangers of the digital revolution and its
legislative resonance A comparative analytical study



مستشار دكتور¹ محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة

عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

Doctor Consultant : Mohamed Gebril Ibrahim

Vice President of the State Litigation Authority

ملخص :

لا أحد ينكر ما تقدمه الثورة الرقمية من سبل راحة ، ووسائل رفاهية للإنسانية ، حيث وفرت هذه التقنيات إمكانية تحقيق التواصل الإنساني ، وإنجاز الأعمال في سهولة ويسر ، إلى جانب توظيفها في المجالات الاقتصادية ، والاجتماعية ، وكذلك في خدمة النواحي الأمنية وكشف الجرائم ، وأيضاً في خدمة العدالة وتحقيق الإثبات الذي قد تعجز عن تحقيقه الوسائل التقليدية .

إلا أن الثورة الرقمية جاءت و صحبتها العديد من الجرائم الالكترونية بشكل ظاهر ، مثل هتك الستر المجتمعي ، والاعتداء على الحياة الخاصة ، وجرائم الابتزاز الالكتروني، والهجمات السيبرانية، والاحتيال والنصب الالكتروني وغيرها ، كما ظهرت مشكلات عديدة في الحياة الاجتماعية بسبب سهولة التواصل ،

¹ Email : gebrelmohamed865@gmail.com

كالخيانة والرديلة وأشكال العنف الأسري ، بالإضافة الى انتشار التنمر الالكتروني ، ولا ننسى انتشار البطالة بسبب تطور الصناعة و الاستغناء عن الأيدي العاملة .

• الكلمات المفتاحية : مخاطر . الثورة . الرقمية . صداها . التشريعي .

Summary :

No one denies what the digital revolution offers in terms of convenience and means of luxury for humanity, as these technologies have provided the possibility of achieving human communication, and the completion of work with ease and ease, in addition to their employment in the economic and social fields, as well as in the service of security aspects and detection of crimes, as well as in the service of Justice and proof that traditional means may not be able to achieve.

However, the digital revolution came and was accompanied by many electronic crimes in an obvious way, such as breaching the societal veil, assaulting private life, electronic blackmail crimes, cyber attacks, fraud and electronic fraud, etc., and many problems appeared in social life due to the ease of communication, such as betrayal, vice and forms of Domestic violence, in addition to the spread of cyberbullying, and let's not forget the spread of unemployment due to the development of industry and layoffs.

• key words : risks. revolution . digital. its echo. Legislative.

مقدمة :

أصبح من المألوف تكرار مطالباتنا بسد الثغرات القانونية التي تنتجها المستجدات والتطورات الحديثة ، وبات من الطبيعي أن نقرع آذان المشرع لتنبهه بما يحدث على كافة الأصعدة حتى يعي لمل تحدته هذه التطورات من فراغ تشريعي عميق، يهدد بتراكمات من المظالم التي يفرزها إفلات مستغلى الثورة الرقمية من العقاب عند ارتكاب جرائمهم باستغلال غياب النص العقابي .

وليس أظهر من ذلك ما أحدثته الثورة الرقمية من مشكلات قانونية، سواء في الناحية الموضوعية أو الإجرائية، وفي مختلف الموضوعات القانونية، المدنية منها والجنائية والإدارية، وكذلك الاقتصادية والاجتماعية . فما من شك أن ما أحدثته الثورة الرقمية في حياتنا يعد طفرة بكل ما تحمله الكلمة مما انعكس على سلوكياتنا وتصرفاتنا وكافة أفعالنا المادية والقانونية.

وكان ذلك بسبب ما يحيط بنا ويغزو حياتنا من منتوجات الثورة الرقمية والتي أصبحت تتحكم في كل التفاصيل الصغيرة لمعيشتنا .

وهذا هو الأمر الذي يدفعنا على الدوام إلى تجديد الدعوة للمشرع مداومة التدخل التشريعي العاجل لملاحقة التطورات الناتجة عن الثورة الرقمية المذهلة.

• مفهوم الثورة الرقمية :

الثورة الرقمية هي عملية الانتقال من التقنيات الميكانيكية والتشابهية إلى الإلكترونيات الرقمية ، والتي بدأت في وقت بين أوائل الخمسينيات وأواخر السبعينيات من القرن العشرين بتبنى وتزايد أجهزة الكمبيوتر الرقمية وأجهزة التسجيل الرقمية الذي استمر حتى يومنا الحالى ، و يشير هذا المصطلح ضمناً أيضاً إلى التغيرات الشاملة التي أظهرتها الحوسبة الرقمية وتقنيات الاتصالات خلال وبعد النصف الثانى من القرن العشرين، وبشكل مشابه للثورة الزراعية والثورة الصناعية في الماضي⁽¹⁾ .

ولقد أرخت الثورة الرقمية لبداية عصر المعلومات ، و يعتبر الإنتاج الكبير والاستخدام الواسع للمنطق الرقمية وترانزستورات الأثر الحلقى لأكاسيد أنصاف النواقل المعدنية وشرائح الدارات المتكاملة والتقنيات المشتقة منها مثل الحواسيب والمعالجات الدقيقة والهواتف النقالة الرقمية والإنترنت من المقومات الأساسية لنجاح هذه الثورة ، كما تعتبر هذه المنتوجات هي العامل المساعد الأصيل في تطور الثورة الرقمية وتزايدها ، حيث ينسب لها المساهمة في تحويل وسائل الإنتاج والعمل التقليدية إلى هذه الإبداعات التقنية الحديثة ، ومن ثم التحول إلى الرقمنة بصورة شبه كاملة .

والرقمنة باختصار هي اللغة التي تستعملها الحواسيب لتحويل جميع المعلومات والبيانات والصور والجداول الداخلة فيها إلى رموز ثنائية تتكون من سلسلة تحتوي على الرقم صفر والرقم واحد ، ثم تقوم بفك الرموز مرة ثانية وتحويلها إلى المعلومات والبيانات والصور والجداول التي تظهر لنا على شاشات الحواسيب.

وميزة الرقمنة أنها تزيد من سرعات انتقال المعلومات في شبكات الحواسيب الخاصة وعبر الواي فاي وشبكة الإنترنت العنكبوتية.

وتتزامن التكنولوجيا الرقمية مع ثورة الاتصالات ، وإن كانت هذه الأخيرة تعد ثمرة من ثمرات الثورة الرقمية التي تم تعريفها بأنها التحول السريع في السعي البشري الحثيث لتحقيق غدٍ أفضل باستخدام

(1) د/ مروى السيد السيد الحساوي : السياسة الجنائية للثورة الرقمية بين النظرية والتطبيق - مجلة مصر المعاصرة العدد 537 يناير 2020 - ص

التكنولوجيا الرقمية التي تتخطى حاجز المكان وتستبعد حيز الزمان لنقل المعلومات بين مختلف أجزاء العالم بأي وسيلة من وسائل الاتصالات .

ومع امتلاك معظم الأفراد وكل المجتمعات للحواسيب، والأجهزة الإلكترونية الحديثة حدث التحول التدريجي عن الوقت السابق في العادات والتقاليد، والثقافات الاجتماعية، والخدمات المدنية والاقتصادات الدولية مثل الذي نشاهده ونعيشه في الوقت الحاضر نتيجة لتداول المعلومات المختلفة بالطرق والوسائل المتعددة التالية:

أولاً: وسائل التواصل الاجتماعي: المختلفة التي تتزايد بشكل مستمر مع سرعة تطور التكنولوجيا الرقمية؛ وتؤثر تأثيراً كبيراً بدرجات متفاوتة على تغيير العادات والتقاليد الاجتماعية وتطويرها.

ثانياً: محركات البحث في الإنترنت: القوية جداً التي تمكن من سرعة الوصول إلى مصادر المعلومات المختلفة للحصول عليها بسهولة ويسر؛ وتؤثر تأثيراً كبيراً بدرجات متفاوتة على تغيير ثقافات المجتمعات وتطويرها.

ثالثاً: الحكومة الإلكترونية: الخدمات الحكومية القائمة على التكنولوجيا الرقمية.

رابعاً: خدمات التجارة الإلكترونية: عن طريق متاجر الإنترنت عبر القارات مثل عمليات البيع والشراء التي تتم بين الأفراد العاديين وبعض أسواق التجزئة العملاقة في الدول الأخرى؛ تؤثر بدرجات متفاوتة على الاقتصادات المحلية والدولية بتحفيز التنافسية العالمية .

وأغلب المجتمعات تختلف من مجتمع لآخر بالنسبة لاستخدام الأجهزة القائمة على التكنولوجيا الرقمية، وطريقة استخدامها، والاستفادة من تطبيقاتها التكنولوجية، فمنها من يستخدمها كأدوات استهلاكية للترفيه والمتعة وتضييع الوقت والترفيه والترويح عن النفس، ومنها من يوظفها في متطلبات الحياة اليومية وتحسين العمل والبحث عن المعرفة وزيادة الإنتاج لتحقيق غدٍ أفضل .

واستخدام التطورات المستمرة في الأجهزة الحديثة القائمة على التكنولوجيا الرقمية يتطلب إدراك أن الجديد في عالم التكنولوجيا يصبح قديماً بعد فترة قصيرة نتيجة سرعة التقدم والتطور الذي يفرض التكنولوجيا الجديدة ويحلها محل القديمة ، كما يتطلب المرونة الكافية لقبول التكنولوجيا الجديدة وعدم رفضها؛ لأنها تفيد المجتمع. والتوقف عند حد معين من التكنولوجيا ورفض الجديد منها يعني التخلف عن ركب التقدم والتطور.

وهناك كثير من المجتمعات التي رفضت التكنولوجيا الحديثة لأسباب ثقافية أو اجتماعية ثم أجبرها الواقع على قبولها واستخدامها بعد ذلك⁽¹⁾.

ونخلص مما تقدم أنه يجب استخدام التكنولوجيا المتطورة بجميع أنواعها وأشكالها والاستفادة منها وعدم رفضها بحجة تأثيرها على العادات والتقاليد والثقافات الاجتماعية ، مع ضرورة وضع الإطار القانوني المناسب للتعامل معها وتحاشي مخاطرها .

(1) د/ مروى السيد السيد الحساوي : السياسة الجنائية للثورة الرقمية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 316.

• أهمية الدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في أهمية موضوعها ، حيث أن موضوع الثورة الرقمية يشغل تفكير الباحثين من الناحية النظرية ومن الناحية العملية ؛ لكونه يمس مسأ عميقاً كثير من مصالح المجتمع من كافة النواحي الاقتصادية والاجتماعية ، حيث تتداخل الرقمنة في تعاملات البنوك ، من سحب وإيداع ودفع إلكتروني ، وكذلك في تعاملات الأحوال المدنية من استخراج الأرقام القومية وشهادات الميلاد ، وجوازات السفر ، وفي المعاملات التجارية والتعاقدات الإلكترونية ، وكذلك فإن هذه الدراسة تمس بعمق المساس بالحياة الخاصة للأفراد عبر التقنيات الحديثة ، ناهيك عن مشكلات الجرائم الإلكترونية التي هي من نتائج الرقمنة ، وتمس الأموال والأرواح .

• مشكلة الدراسة :

تبدو مشكلة الدراسة في أن التطور والحداثة من سنن الحياة ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال التخلي عن ثمرات التكنولوجيا ، كما لا يمكن تجاهلها بالرغم من كل ما ينتج عنها من إشكاليات ، ومن ثم فإن التحدي يكمن في القدرة على الموازنة بين مخاطر الثورة الرقمية ، وبين الاستفادة من محاسنها ، فلا يستساغ أبداً دفن الأدمغة في الرمال تجاه كل هذه المستجدات في عالم التكنولوجيا .

ولكن الاستفادة من محاسن الثورة الرقمية يستوجب وبالتبعية لذلك يقظة من قبل الأنظمة التشريعية ، ومحاولة التمتع بالذكاء التشريعي الذي يجاري الذكاء الاصطناعي المتجدد والمتسارع حتى لا نصطدم في كثير من المواقف بعدم وجود النص الذي يمكن تطبيقه ، فتتولد مشكلة الفراغ التشريعي الذي يمثل مشكلة في حد ذاته (1) .

• أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى محاولة التأطير القانوني لما يستجد من نتائج ضارة للثورة الرقمية ، وعلى وجه الخصوص الجرائم التي يتم ارتكابها في ظروف خاصة عبر الرقمنة ، وهي عادة ما تكون سلوكيات غير ملموسة ويصعب محاصرتها أو اكتشافها .

كما تهدف الدراسة إلى محاولة وضع آليات تشريعية مستحدثة لمواجهة التطورات الرقمية السريعة سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي ، مع عدم التخلي عن القواعد والقوانين التشريعية القائمة والتي تحكم إشكاليات الثورة الرقمية حتى الآن .

• منهج الدراسة :

انتهجنا في هذه الدراسة طريقة المزج بين المنهج الوصفي التحليلي ، وبين المنهج الاستشراقي ، فقمتم ببيان مخاطر الثورة الرقمية ، والقوانين القائمة التي تواجهها مع تحليل النصوص والتعقيب عليها وتوضيح علاقتها ببعضها البعض ، وتم من خلال الدراسة بسط مدي كفاية القوانين القائمة لمواجهة الثورة الرقمية

(1) د/ مروى السيد السيد الحساوي : السياسة الجنائية للثورة الرقمية بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 316 .

وما هي التحديات التي تقف أمام المشرع لإنجاز قواعد مناسبة في هذا الشأن ، ثم عرجنا نحو الوضع المستقبلي أو الفكر الاستشراقي لما يمكن أن يكون عليه الوضع التشريعي تجاه الثورة الرقمية في المستقبل القريب .

• خطة الدراسة :

وضعنا هذه الدراسة في مبحثين على النحو الآتي :

المبحث الأول : مخاطر الثورة الرقمية

المطلب الأول : مخاطر الثورة الرقمية على الأشخاص .

المطلب الثاني : مخاطر الثورة الرقمية على الأموال .

المطلب الثالث : مخاطر الثورة الرقمية على أمن الدولة الداخلي والخارجي .

المبحث الثاني : القواعد الموضوعية القائمة المعنية بالثورة الرقمية .

المطلب الأول : القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات

المطلب الثاني : قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994

المطلب الثالث : قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008

المطلب الرابع : قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004

المطلب الخامس : قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003.

وعلى الله قصد السبيل ،،

المبحث الأول

مخاطر الثورة الرقمية

لا أحد ينكر ما تقدمه الثورة الرقمية من سبل راحة ، ووسائل رفاهية للإنسانية عن طريق تقديم الكثير من الخدمات التي كان من المستحيل تقديمها بدون التقنيات الحديثة ، حيث وفرت هذه التقنيات إمكانية تحقيق التواصل الإنساني ، وإنجاز الأعمال في سهولة ويسر ، إلي جانب أن الثورة الرقمية يمكن توظيفها في مجالات عدة ، سواء مجالات اقتصادية ، واجتماعية ، وكذلك في خدمة النواحي الأمنية وكشف الجرائم ، وأيضاً في خدمة العدالة وتحقيق الإثبات الذي قد تعجز عن تحقيقه الوسائل التقليدية.

إلا أن هذه الثورة الرقمية لها جانب سيئ وضار يتمثل في انتهاكات إجرامية تقع علي الأشخاص ، وأخري تقع علي الأموال ، ناهيك عن الجرائم التي تقع علي أمن الدولة الداخلي والخارجي ، وذلك ما سنبينه فيما يلي :

المطلب الأول : مخاطر الثورة الرقمية على الأشخاص .

المطلب الثاني : مخاطر الثورة الرقمية على الأموال .

المطلب الثالث : مخاطر الثورة الرقمية علي أمن الدولة الداخلي والخارجي .

المطلب الأول

مخاطر الثورة الرقمية علي الأشخاص

يهتم المشرع في الغالب بالجرائم التي تقع ضد الأشخاص والتي تمس أو تهدد حق لصيق بالشخص كحقه في الحياة أو حقه في سلامته الجسدية ، ولا أحد ينكر ما للثورة الرقمية من مخاطر علي سلامة الإنسان ، وحياته بسبب ما توفره من وسائل غير تقليدية في الاعتداء علي الإنسان ، ومن ثم فمن المتصور أن ترتكب العديد من جرائم التعدي علي الأشخاص ، واختراق الخصوصية والممارسات غير الأخلاقية عبر الأجهزة الرقمية ، ومن هذه الجرائم التحريض علي الانتحار ، والسب والقذف ، و هتك العرض ، والاعتصاب ، والدعارة والفجور ، الاعتداء علي الحياة الخاصة وغيرها ، وهو ما نعرض له فيما يلي :

أولاً : جرائم القتل التي تقع بمسببات الذكاء الاصطناعي :

(1) جرائم السيارات ذاتية القيادة :

ولذلك فتتعدد جرائم الذكاء الاصطناعي وتتنوع ، وكل يوم يظهر نوع وتصنيف جديد لتلك الجرائم ، ولكن ما يثير الأهمية حالياً هو تصنيف جرائم الذكاء الاصطناعي في الواقع ، ومن أشهر الجرائم الجنائية التي ارتكبت من خلال تقنيات الذكاء الاصطناعي الجرائم التي ارتكبت عن طريق السيارات ذاتية القيادة والتي كانت في مارس 2018 ؛ حيث اصطدمت سيارة ذاتية القيادة تابعة لشركة (Uber) لسيدة في الطريق مما أدى إلي وفاتها متأثرة بجراحها⁽¹⁾ .

(2) جرائم الروبوتات :

وفي الحقيقة فإن الروبوت يمكنه ارتكاب الكثير من الجرائم حال تم تطويره ومنحه القدرة علي اتخاذ القرارات بصفة مستقلة ، وخصوصاً الجنايات والجرح الواقعة ضد الأشخاص ، مثل ذلك الجنايات ضد الإنسانية ، والقتل الخطأ ، والجرح والإصابات غير العمدية ، وجرائم تعريض حياة الأشخاص أو سلامتهم للخطر ، والتجارب الطبية علي الإنسان⁽²⁾ .

كما يمكن أن تقع جريمة إبادة الجنس البشري من الإنسان الآلي ، وتكون سائله في ذلك كثيرة ، كالمستخدمة في الحروب البيولوجية الفيروسات ، والفطريات ، والبكتريا القاتلة ، أو القنابل أو الأسلحة المتطورة بكافة أنواعها⁽³⁾ .

(1) د/وفاء محمد أبو المعاطي صقر: المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - مرجع سابق - ص 130 .

(2) راجع د/ مصطفى فهمي الجوهري : دروس في المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية والأحداث - جامعة عين شمس 1994 - ص 44 .

(3) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم: المسؤولية الجنائية عن جرائم الروبوت - دراسة تحليلية - دار النهضة العربية 2022 - ص 138 .

ويمكن أيضاً أن تقع من الروبوت جرائم القتل الخطأ ، وهو ما يقع كثيراً في المستشفيات على أثر نقل الدم الملوث ، أو الخطأ في التشخيص أو الخطأ في إجراء عملية جراحية فيؤدي ذلك إلى الموت ، ويقع كذلك في المصانع أو أماكن العمل ، فقد حدث بالفعل العديد من عمليات القتل التي كان المتسبب بها "روبوت" ، فالجسد الرقيق للبشر لا يتناسب بشكل واضح مع رطل من الفولاذ للروبوتات خصوصاً عندما تعمل الروبوتات بالقرب من البشر، وهنا نرصد معاً العديد من جرائم القتل التي ارتكبتها الروبوت :

- نرصد جريمة قتل نتجت عن تقنيات الذكاء الاصطناعي لرجل يدعى جوشوا براون هو أول شخص يُقتل في حادث سيارة ذاتية القيادة - تيسلا موديل S - في تاريخ 7 مايو 2016 بولاية فلوريدا، صدمته وتحطمت، وقد تسبب الحادث في ضجة حول مدى السلامة التي توفرها السيارات ذاتية القيادة.
- وفي حادث آخر مات روبرت وليامز هو أول شخص يقتل على الإطلاق بواسطة إنسان آلي ، فقد وقع الحادث في مصنع فورد في فلات روك بولاية ميشيغان في 25 يناير 1979، وقد قتل ويليامز بعد أن اصطدم به ذراع الروبوت عندما تسلق رفّاً لاسترداد أحد القوالب، ومن المفارقات أنه من المفترض أن يكون الروبوت هو الشخص الذي استرد القوالب، ولكنه استمر في تقديم معلومات خاطئة بشأن عدد القوالب المتبقية على الرف مما اضطر ويليامز للتسلق ، وقضت المحكمة بتعويض أسرة القتيل بمبلغ 15 ملايين دولار على الشركة المصنعة للروبوت (1) .
- وفي جنوب إفريقيا قُتل تسعة جنود وأصيب 14 آخرون، بعد أن بدأ سلاح مضاد للطائرات بإطلاق النار بنفسه في عام 2007، وكان السلاح المتورط في هذه العملية هو Oerlikon GDF-005، كان يتم التحكم فيه من خلال نظام قادر على إيجاد واستهداف بدون تدخل بشري، وكانت القوات الجنوب أفريقية تتدرب على السلاح في مركز التدريب القتالي التابع للجيش، ولكن لسبب ما أطلقت 250 طلقة من القذائف شديدة الانفجار من مسافة 35 ملليمترًا من براميلها عند تدريب الجنود معها، فتم قتل بعض الأشخاص وإصابة بعضهم .
- قُتل كينجي أورادا على يد روبوت في كاوازاكي للصناعات الثقيلة في أكاشي باليابان حيث كان يعمل، وقع الحادث في يوليو عام 1981، مما جعله أول رجل ياباني يقتل على يد روبوت، وكان يحاول إصلاح الروبوت في وقت وقوع الحادث حتى وضعه الرجل الآلي على جهاز آخر وقتله، جرت محاولات لتحريره من قبضة الروبوت لكنها لم تكن ناجحة.
- وقعت مأساة في مصنع فولكسفاغن في باوناتال بألمانيا، في عام 2015 بعد مقتل رجل مجهول الهوية على يد روبوت، وكان الرجل جزءاً من فريق يقوم بإعداد الروبوت في ذلك الوقت على الأقل حتى

(1) د/وفاء محمد أبو المعاطي صقر: المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - مرجع سابق - ص 117.

أمسكه الروبوت وعلقه على بعض الألواح المعدنية مما أدى إلى إصابته بجروح خطيرة توفي لاحقاً إثرها.

- في مارس 2017 قُتلت واندا هولبروك البالغة من العمر 57 عاماً على يد روبوت في مصنع **Ventra Ionia Mains** في ميتشيغان حيث كانت تعمل خبيرة في الصيانة، تفاصيل وفاتها مخيفة حيث التقطها جزء مقطورة وأسقطها على جمجمتها، مما أسفر عن مقتلها على الفور.
- قُتلت آنا ماريا فيتال البالغة من العمر 40 عاماً على يد روبوت في شركة غولدن ستايت فودز في مدينة الصناعة في ولاية كاليفورنيا في عام 2009، وكان الروبوت المتورط في هذه العملية عبارة عن جهاز نقل باليدين يكس الصناديق على المنصات، وكان الروبوت لا يزال قيد التشغيل وأمسك آنا ماريا كما لو كانت واحدة من الصناديق التي كانت تعمل عليها، وسحق الروبوت آنا ماريا من الجذع، وبقيت في قبضته على الرغم من محاولات الميكانيكيين لتحريرها⁽¹⁾.
- جدير بالذكر أن هناك مطالبات عديدة تدعو إلى سنّ إطار قانوني جديد يخص الروبوتات، وذلك على مستوى المعايير التي تحكم الاتحاد الأوروبي ومعايير الذكاء الاصطناعي، واتخاذ خطوات لتنظيم شؤون الروبوتات والذكاء الاصطناعي وحل القضايا المتعلقة بتوافقها مع المعايير الأخلاقية والموثوقية خلال استخدامها⁽²⁾.

نري أن الروبوت يمكن أن يرتكب كل الجرائم التي تضمنها قانون العقوبات ما عدا التي لا تتوافق مع طبيعته مثل الزنا أو هتك العرض أو الاغتصاب ، إلا أنه قد تقع منه جرائم القتل والتسميم والإيذاء ، وكذلك يمكن أن يرتكب الروبوت جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة للمريض بمرض خطير مشرف علي الهلاك ، فتقع منه جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة ، وكل هذه الجرائم تتناسب في طبيعتها مع طبيعة الروبوت فيمكنه ارتكابها⁽³⁾.

ثانياً : التحريض علي الانتحار عبر الأجهزة الرقمية :

تمارس أفعال التحريض علي الانتحار بكثرة عبر الأجهزة الرقمية علي سبيل اللعب والترفيه⁽⁴⁾ ، وتعتبر جريمة التحريض علي الانتحار من الجرائم التي تمس حياة الإنسان وسلامته ، وفي إتيانها تهديد للمجتمع

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : المسؤولية الجنائية عن جرائم الروبوت -مرجع سابق - ص 138 .

(2) د/ رؤوف وصفي : الروبوتات في عالم الغد - مرجع سابق - ص 17 .

(3) د / شريف سيد كامل :- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - مرجع سابق - رقم 58 - ص 104 .

(4) بسبب ظاهرة انتحار عدد من الأطفال والمراهقين بسبب الألعاب الإلكترونية، قام النائب العام بإصدار قرار بحجب المواقع الخطرة من تلك الألعاب في يونيو عام 2018، وذلك للتغيب في إيكولوجيا الانتحار، بامتداده إلى بعض المناطق الريفية، مع مخاطر استخدام نوع من المبيدات الحشرية القاتلة، ممثلة في أفراس الغلة.

بحكم أن هذه الجريمة تمس وجود الإنسان وحقه في الحياة ، وإن كان المشرع المصري لم يجرم فعل الانتحار أو الشروع فيه أو التحريض عليه ⁽¹⁾ .

إلا أن التحريض علي الانتحار لا يمكن أن يكون فعلاً مشروعاً ، ولا يعقل أن يكون في منأى عن العقاب ، حيث وضع المشرع المصري نصاً عاماً لتجريم الأفعال التي من شأنها تحريض الأشخاص على ارتكاب جناية أو جنحة ، فنصت المادة 171 من قانون العقوبات علي أنه :- " كل من حرص واحداً أو أكثر بارتكاب جناية أو جنحة بقول أو صياح جهر به علناً أو بفعل أو إيحاء صدر منه علناً أو بكتابة أو رسوم أو صور أو صور شمسية أو رموز أو أية طريقة أخرى من طرق التمثيل جعلها علنية أو بأية وسيلة أخرى من وسائل العلانية يعد شريكاً في فعلها ويعاقب بالعقاب المقرر لها إذا ترتب على هذا التحريض وقوع تلك الجناية أو الجنحة بالفعل .

ومن المتصور أن يتم التحريض علي الانتحار من خلال الألعاب التي تمارس عبر الإنترنت ، عن طريق حمل الشخص علي وضع حد لحياته بالوسائل التي تؤدي إلي تلك النتيجة حتي وإن كان ذلك علي سبيل الترفيه أو اللعب التي تمارس عبر الإنترنت ، وخلق فكرة الوفاة لديه مع ترسيخها في ذهنه إلى أن يقتنع بها ويشرع في ارتكاب الأفعال المؤدية لها ⁽²⁾ .

إلا أننا نري أن النص السابق لا يستقيم تطبيقه على التحريض على الانتحار ، الذي لا يمثل جريمة أصلاً ، فهذا النص ينطبق على الأفعال التي يعتبرها المشرع جريمة وهو ما لا ينطبق على الانتحار ، إلا أن قاعدة عدم العقاب على التحريض على الانتحار لا يكون لها محل في ظل تفاعل المحرض وسلوكه الذي يشجع المجنى عليه على إنهاء حياته بكل الوسائل المتاحة عبر الأجهزة الرقمية .

فإذا كان من شأن نشاط الشخص المحرض أن صار المجنى عليه مجرد أداة في يديه يوجهه إلى الموت، وهو على غير بينة من أمره أو غير محتفظ بحريته، فإن نظرية الفاعل المعنوي تجد مجالها للتطبيق في هذه الحالة، ويبدو سائغاً بالتالي القول إن هذا الشخص الآخر يعتبر فاعلاً معنوياً للقتل ⁽³⁾ .

وغنى عن البيان أن نظرية الفاعل المعنوي تتحقق في حالتين، هما: أن يكون المجنى عليه غير مميز، أو يكون حسن النية ، وهما مما يتوافرا بكثرة في مستخدمي الإنترنت ، وتطبيقاً لذلك فإن من يكره شخصاً على قتل نفسه عبر تقنيات الإنترنت ، ومن يحرص شخصاً صغيراً غير مميز على الموت حتى وإن كان على سبيل الألعاب ، يعد فاعلاً معنوياً مما يوقعه تحت طائلة العقاب ⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ جرمت الكثير من التشريعات المقارنة العربية التحريض علي الانتحار ، ففي البحرين جرمت المادة 335 من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1976 التحريض علي الانتحار ، وكذلك المادة 158 من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960 ، والمادة 304 من قانون الجزاء العماني .

⁽²⁾ نظراً لمخاطر ألعاب الانترنت التي أصبحت ألعاب مميتة ، فرضت دولة الصين بعض القيود الصارمة علي مقدار الوقت المسموح به لممارسة الألعاب عبر الانترنت ، وعلي سن الأشخاص الذين يمكنهم ممارسة هذه الألعاب ، وحظرت علي الشركات تقديم الخدمة للمستخدمين إلا وفقاً لشروط محددة.

⁽³⁾ د / نسرين عبد الحميد نبويه : المجرم المعنوي - منشأة دار المعارف - ص 6 .

⁽⁴⁾ مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : المسئولية الجنائية عن جرائم الروبوت - دراسة تحليلية - دار النهضة العربية 2022 - ص 65 .

ونخلص مما تقدم أن التحريض على الانتحار عبر الأجهزة الرقمية وإن كان يخضع للتجريم بصورة أو بآخري وفق القواعد القائمة ، إلا أنه يحتاج إلى تدخل تشريعي جديد لتيسير تطبيقه بموجب نص صريح واضح يمكن إنزاله علي هذه الجريمة التي تزايد ارتكابها بشكل كبير عبر التقنيات الحديثة .

ثالثاً : السب والقذف عبر الأجهزة الرقمية :

تزايدت جرائم القذف ⁽¹⁾، والسب ⁽²⁾ في ظل التقنيات الحديثة والتي من أهمها وسائل الاتصال الحديثة ، وهي من الجرائم التي تنال من الشرف والاعتبار ⁽³⁾، ومن المتصور أن تقع هذه الجرائم عبر الأجهزة الرقمية بصورة واضحة ، حيث يساء استخدام هذه التقنية للنيل من شرف المستخدمين واعتبارهم ، بغض النظر عما ينسبه الجاني إلي الجاني عليه من وقائع سواء كانت صادقة أم كاذبة ⁽⁴⁾ .

ويعد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة 171 من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه ⁽⁵⁾ .

أما كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة بالمادة 171 غرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه ⁽⁶⁾ .

وفي الحقيقة فإن القذف والسب عبر التقنيات الحديثة يخضع للتجريم الوارد في المادة 26 من قانون جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى مناف للأداب العامة، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه ⁽⁷⁾ .

وبالرغم من ذلك يتصور توافر شرط العلنية في القذف والسب عبر التقنيات الحديثة إذا دخل أكثر من شخص عبر التقنية وتواجد فشايد أو سمع أو قرأ كل ما تداول من قذف أو سب عبر التقنية ، وبذلك

(1) القذف لغة هو الرمي.

(2) السب لغة هو الشتم وهو إصاق قبيح الكلام وليس فيه قذف .

(3) د/ محمد عبد اللطيف عبد العال : مفهوم الشرف والاعتبار في جرائم القذف والسب - دار النهضة العربية 2002 - ص 33 .

(4) د/ ايمان رضوان بركات : جرائم السب والقذف التقليدية والالكترونية - دراسة مقارنة - بحث منشور بمجلة القانون بجامعة الشارقة 2018 ص 8.

(5) راجع المادة 1/302 من قانون العقوبات .

(6) راجع المادة 306 من قانون العقوبات .

(7) وهذه المادة فيها حلول لإشكالية شرط العلنية الذي تتطلبه مادتي القذف والسب والتي تتطلب العلنية في القول أو الصياح الذي يجبر به علناً أو بالفعل أو الإيماء الذي يصدر علناً أو بالكتابة أو الرسوم أو الصور أو الصور الشمسية أو الرموز أو أية طريقة أخرى من طرق التمثيل العلنية أو بأية وسيلة أخرى من وسائل العلانية .

تتحقق العلنية التي يتطلبها القانون ، وإذا اقتصر الأمر على المحنى عليه وحده فإن المادة 26 من قانون جرائم تقنية المعلومات المشار إليها تكفل الحماية الجنائية ضد التعدي علي الاعتبار والشرف⁽¹⁾ .

ولذلك نري أن المادة 26 المشار إليها تعد كافية لتجريم السب والقذف عبر التقنيات الرقمية إلى حين إصدار نص خاص يحكم جرائم السب والقذف عبر الأجهزة الرقمية.

رابعاً : هتك العرض عبر الأجهزة الرقمية :

هتك العرض هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلي جسم المحنى عليه و عوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده ، وهو يقع علي رجل أو أنثي ، وقد يقع من رجل أو من أنثي ، ويقع هتك العرض بكل فعل ما دون الوقاع ، فيعتبر من الأفعال الماسة بالعرض⁽²⁾ .

ويرتكب الجاني جريمة هتك العرض عبر تقنية الاتصالات الرقمية الحديثة ، وذلك عن طريق إكراه المحنى عليها بتهديدها لإجبارها علي خلع ملابسها وكشف عورتها أمام الكاميرا ، ولو لم يصاحب ذلك ملامسة مخل بالحياء ، ثم تصوير أو تسجيل المحنى عليها وهي في وضع مخل مستغلاً هذه التقنية ، ثم يقوم باستخدام هذه الصور ، وهو ما تتحقق به جريمة هتك العرض بجزاة وإذاعة تسجيلات تحوي مشاهد للمجني عليها منافية للآداب والاعتداء علي حرمة حياتها الخاصة عن طريق التقنيات الحديثة ، فالركن المادي لجريمة هتك العرض يتحقق بأي فعل مخل بالحياء العرضي للمجني عليها ، ويستطيل إلي جسمها ويخدش عاطفة الحياء عندها من هذه الناحية ، ولا يشترط لتوافره قانوناً أن يترك أثراً مادياً بجسمها⁽³⁾ .

كما أن القصد الجنائي للفاعل المستخدم للأجهزة الرقمية الحديثة يتحقق في هذه الجريمة بانصراف إرادته إلي الفعل ونتيجته ، حتي وإن كان ذلك بدون تلامس فعلي أو حقيقي ، ولا عبرة بما يكون قد دفع الجاني إلي فعله أو الغرض الذي توخاه منه ، ويكفي لتوافر جريمة هتك العرض بكافة أركانها أن تقع في حالة الكشف عن عورة المحنى عليه بدون رضائه ، ولو لم يصاحب الفعل أية ملامسة ، ولا فرق بين كشف العورة للمجني عليه خلصة أو وهو نائم أو في غيبوبة⁽⁴⁾ .

وبالرغم من توافر التجريم لجريمة هتك العرض عبر التقنيات الحديثة بموجب نص المادتين 268 و 269 من قانون العقوبات ، إلا أنه يلزم التدخل التشريعي لمواجهة هتك العرض عبر وسيلة حديثة تمثل مسرح

(1) مستشار/ بهاء المري : جرائم السوشيال ميديا - مرجع سابق - ص 176 .

(2) تناول المشرع جرائم هتك العرض في المواد 268 ، 269 من قانون العقوبات .

(3) نقض جنائي - الطعن رقم 2465 لسنة 83 ق - جلسة 2014/1/6 - السنة 64 - ص 587 .

(4) د/ جميل عبد الباقي الصغير: قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم العرض والآداب العامة - دار النهضة العربية 1994 - ص 46 .

للجريمة بطبيعة مختلفة عن مسرح جريمة هتك العرض التقليدية ، حيث يكون الأشخاص الحقيقيين متواجدين في مكان واحد وجهاً لوجه ، بخلاف أشخاص الموبايل الذين يتفاعلون عن طريق الإفاتار .

خامساً : الاغتصاب الرمزي أو الافتراضي عبر الأجهزة الرقمية :

تداولت المنصات الإخبارية خبر عن تعرض سيدة إنجليزية لحادثة اغتصاب رمزي أو افتراضي عبر تقنية رقمية ، حيث تعرض الإفاتار الذي يمثل مجسم الشكل الخاص بالسيدة للانتهاك ، وتتلخص وقائع الواقعة في أن السيدة بمجرد دخولها عالم الميتافيرس ، وفي غضون دقيقة من الدخول تعرضت للتحرش اللفظي والجنسي من قبل أربعة شخصيات رمزية عن طريق الإفاتار الخاص بهم ، ولم يكتفوا بالتحرش اللفظي أو الجنسي ، ولكن تبادوا في الأمر وتم اغتصاب الإفاتار الخاص بها .

وإذا كان القانون الجنائي قد وضع نموذج معين لجريمة الاغتصاب ، ولا تقوم إلا إذا توافر هذا النموذج بحيث يكون في صورة اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك⁽¹⁾ ، ولقد عبر عن ذلك بعبارة مواجهة الأنثى بغير رضاها⁽²⁾ .

فلا تقوم هذه الجريمة إلا إذا حدث الوقاع بالفعل ، ولكن لا يشترط أن يترتب علي ذلك تمزق غشاء البكارة ، كما لا تقع هذه الجريمة بمجرد عبث الجنائي بجسم المجني عليها ، ولا تقع هذه الجريمة إلا علي أنثى علي قيد الحياة ، أما الفسق بالأموات فلا يعد اغتصاب وإن كانت تتحقق به جريمة انتهاك حرمة القبور⁽³⁾ .

وما سبق يقودنا إلي القول بأن جريمة الاغتصاب لا يمكن أن تقع علي رمز الشخص أو الإفاتار الذي يمثل الأنثى مهما وقع لهذا الجسّم من انتهاك ، ومهما تسبب هذا الانتهاك في الإضرار النفسي لصاحبة الإفاتار .

ومن ثم فإن هذا السلوك الذي يتمثل في اغتصاب الإفاتار الخاص بأنثى ، يعوزه التدخل التشريعي الذي يجرمه بنص خاص بما يتلاءم مع خطورته ؛ لما يسببه من أضرار أديبية ونفسية للمجني عليها ، ولما يمثله من انتهاك خلقي يهدد أخلاقيات المجتمع .

سادساً : الدعارة والفجور عبر الأجهزة الرقمية :

تضمن القانون رقم 10 لسنة 1961 بشأن مكافحة الدعارة أحكام وقواعد مكافحة الدعارة وقد نص في مختلف مواد علي جرائم شتي ميز كلا منها من حيث نطاق تطبيقها وعناصرها وأركانها والغرض من العقاب عليها عن الأخرى ، وإن كانت في عمومها تنقسم إلي طائفتين تتعلق الأولى بأفعال التحريض والتسهيل والمساعدة والمعاونة والاعتیاد علي ممارسة الفجور أو الدعارة أو ما يلحقها من ظروف مشددة،

(1) د/ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات القسم الخاص - طبعة نادي القضاة 1987 - ص 418 .

(2) انظر نص المادة 267 من قانون العقوبات .

(3) انظر نص المادة 3/160 من قانون العقوبات .

وتنصرف الطائفة الثانية إلي أماكن إتيان تلك الأفعال ، أو فتح أو إدارة محل للفجور أو للدعارة ، أو عاون بأي طريقة كانت علي إدارته (1) .

ويدخل في ذلك كل من أجر أو قدم بأية صفة كانت منزلاً أو مكاناً للفجور أو الدعارة ، وكذلك كل من يملك أو يدير منزلاً مفروشاً أو غرفاً مفروشة أو محلاً مفتوح للجمهور يكون قد سهل الفجور أو الدعارة (2) . ويلاحظ أن التحريض علي ارتكاب الدعارة والفجور يشيع ارتكابه في ظل توافر التقنيات الرقمية التي وفرت بكل سهولة ويسر أكثر الوسائل فاعلية لإفساد الأخلاق والتحريض علي الجرائم الأخلاقية (3) .

وفي الحقيقة فإن جريمة ممارسة الفجور أو الدعارة قد لا تتوافر أركانها بالنموذج الوارد في نص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من القانون رقم 10 لسنة 1961 والتي تشترط أن تتحقق ممارسة الدعارة والفجور عن طريق مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز، وأن يكون ذلك علي وجه الاعتياد سواء بالنسبة لبغاء الرجل أو بغاء الأنثى ، والأنثى حين ترتكب الفحشاء وتبيح عرضها لكل طالب بلا تمييز ، فتلك هي الدعارة ، ويقابلها الفجور الذي ينسب للرجل حين يبيح عرضه لغيره من الرجال بغير تمييز (4) .

ولكن جريمة التحريض علي ارتكاب الفجور والدعارة يمكن أن تقع عبر التقنيات الرقمية حيث تُعد هذه التقنية من وسائل الحث والتشجيع لأشخاص كثر عددهم أو قل دون تمييز بينهم ، ولا يشترط لوقوع الجريمة أن يكون قد وقع بناء علي التحريض أفعال اتصال جنسي أو لذات جسمانية بل يكفي أن يكون قد وقع أي فعل من الأفعال المفسدة للأخلاق .

سابعاً : جرائم الاعتداء علي الحياة الخاصة :

تسببت الثورة الرقمية في انتشار جرائم هتك الستر المجتمعي ، وفضح الأسرار ، ونشر الأخبار علي نطاق واسع ، مما تسبب في أزمة ستر مجتمعي مثيرة ، وتشكل خطر علي الحياة الخاصة . وفي الحقيقة فإن الثورة الرقمية بما وفرت من وسائل إعلام مرئية ومقروءة ، ووسائل اتصال حديثة وأجهزة رقمية متعددة كالموبايل الذكي ، والساعات الرقمية الذكية ، وشاشات التلفاز ، والثلاجات ، والتكيفات وغيرها من الأجهزة الرقمية الذكية ، أدت إلي أن يصبح الفرد عبارة عن كتاب مفتوح ، ويات من اليسير معرفة كل شيء عنه بدون أي جهد ، ولم يصبح هناك حاجة للتنقيب عن الأسرار أو البحث عنها ، بل أصبحت المعلومات والأخبار والأسرار العميقة تصل بسهولة وطواعية إلي الآخرين عن طريق ضغطة علي زر في جهاز رقمي ذكي .

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 4693 لسنة 66ق - جلسة 2003/5/12 - السنة 54 - ص 672 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 24450 لسنة 59 ق - جلسة 1994/12/5 - س 45 - ص 1079 .

(3) المستشار/ بهاء المري : جرائم السوشيال ميديا - مرجع سابق - ص 478 .

(4) نقض جنائي - الطعن رقم 1658 لسنة 39 ق - جلسة 1970/1/18 - س 21 - ص 110 ، نقض جنائي - الطعن رقم 736 لسنة 24 ق - جلسة

وساعد علي ذلك أن هذه الأجهزة أصبحت قرينة لكل شخص ، وباتت مستودع لكل أسرار حياته ، من حيث ماذا يحب وماذا يكره وماذا يأكل وماذا يشرب ، ومن أين يأتي وإلي أين يذهب ، ومن يصلح ومن يخاصم ، وكل ذلك وفي كثير من الأحيان يكون الشخص غير مدرك بأن ما يحمله من أجهزة ما هي إلا أداة تتجسس عليه ، وترصد تحركاته ، وتسجل سكناته ، وعلي ذلك يمكن تشبيه الإنسان الذي يحمل موبايل ذكي في جيبه ، وكأنه يحمل كاميرا ومسجل لكل تفاصيل حياته ، ويمكن عرض هذه التفاصيل لمن يريد ذلك أو يسعى إليه .

وتبدو خطورة الثورة الرقمية في أنها أتاحت هذه المراقبة وهذا الرصد لكل من هب ودب ، ووفرت سبل هتك الأسرار ، والاطلاع علي الحياة الخاص للناس لأي شخص ، بعد أن كان ذلك مقصور علي جهات معينة وحسب ، بل أنه أصبح هذا الهتك في مقدور أي شخص مهما كان ، حيث يتمكن الكثير من الأشخاص العاديين من القدرة علي اختراق الهواتف المحمولة وفك شفراتها والدخول علي أنظمتها والاطلاع علي محتوياتها أو العبث فيها .

وهذا ما يكشف سيل المعلومات وطوفان الفضائح التي تنتشر سريعاً ، و تكسر الستر المجتمعي عن طريق نشرها علي شبكة الإنترنت ، حيث يتم تصوير خبايا الحياة الخاصة وتسجيل كل هناتها عبر الأجهزة الإلكترونية في المنزل كالهاتف المحمول ، وأجهزة الكمبيوتر ، وكاميرات المراقبة ، وجهاز التلفاز الذكي والثلاجات الذكية ، والتكييفات وغيرها من الأجهزة الرقمية الذكية المحيطة بنا ، والتي يمكنها استراق السمع ، وتصوير كل ما يدور علي مقربة منها .

وما يبدو لنا ، وما تجدر الإشارة إليه أن هذا النهم و التشوق لهتك الستر المجتمعي الذي تسببت فيه الثورة الرقمية قد صادف هوي ، و لاقى قبولاً لدي البعض ممن عندهم فضول ، ولديهم نزعة الجري وراء النقائص الأخلاقية ، والفضائح الاجتماعية ، كما أن تنافس بعض وسائل الإعلام في الاستباق نحو الخوض في تفاصيل الحياة الخاصة لبعض المشاهير من الفنانين والمطربين ولاعبى الكرة ، وذلك بغرض تحقيق التريندات ، واجتذاب عديد القراء والمشاهدين ، وكان المساهم في كل ذلك بنصيب كبير الثورة الرقمية في جانبها السيئ الضار .

وما يجب التنبيه عليه والتحذير منه هو أنه لا أحد بمنأى عن هذا الهتك ، فأني شخص معرض لأن يري نفسه وهو متخفف من ملابسه وهو في غرفة نومه وصورته تملأ شبكات الإنترنت ، فما تبقي من خصوصية للإنسان ما زال يضييق ويضييق حتي وصل إلي حد مقاسات ملابسه الشخصية التي لا يتذكرها ، وأصبح بمقدور غيره أن يقف علي أدق تفاصيل حياته الخاصة .

كل هذه المخاطر تثير التساؤل عما إذا كانت التشريعات القائمة كافية لمواجهة الثورة الرقمية أم أنها تحتاج إلي تدخل تشريعي يمكن به كبح جماحها والحد من مخاطرها .

المطلب الثاني

مخاطر الثورة الرقمية على الأموال

باستطلاع الواقع يتضح أن جرائم الأموال تتناسب تناسب طردي مع تزايد الثورة الرقمية ، حيث ترتكب جرائم التعدي على الأموال عبر الأجهزة الرقمية الحديثة ، ولكن ليس بالصورة التي ترتكب بها الجرائم التقليدية ، حيث توفر الثورة الرقمية وسائل مختلفة وأدوات حديثة لإتمام هذه الجرائم ، باعتبار أن محل هذه الجريمة في المعتاد يكون المال أو ما يقوم بالمال سواء كان مادياً أو معنوياً ، ومن أهم الجرائم التي ترتكب عبر الأجهزة الرقمية الحديثة السرقة والاحتيال والنصب ، وهو ما نبينه فيما يلي :

أولاً : السرقة عبر الأجهزة الرقمية :

تتسم التقنيات الحديثة بأنها تسهل الحصول على المال بطرق غير مشروعة ، ويتصور أن تتم سرقة المال عبر التقنيات الحديثة عن طريق السطو على أرقام البطاقات الائتمانية باستخدام تكنولوجيا المعلومات ، وسرقة الأقراص الصلبة و المرنة، بغرض الحصول على المعلومات التي تحويها ، و يتولى قراصنة المعلومات بيعها بعد الحصول عليها، نظير الحصول على عائد مادي، مثل ذلك : الوصول إلى أجهزة الحاسب الخاصة بمكاتب الائتمان الرئيسية و سرقة المعلومات الائتمانية، ويتم استخدامها بإعادة بيعها لأشخاص آخرين، و تدمير المشروعات المهمة للشركات بغرض ابتزازهم والحصول منهم على مقابل ، وتتم هذه الجريمة بالاعتماد على مهارة الجاني الذي عادة ما يتصف بالذكاء والحنكة ، والذي يزيل مسرح الجريمة فور ارتكابها ، والقيام بمسح كل المعلومات المتعلقة بها فور الفراغ منها⁽¹⁾ .

ثانياً : النصب والاحتيال عبر الأجهزة الرقمية :

تعد الأجهزة الرقمية الحديثة مسرحاً مناسباً لجرائم النصب والاحتيال التي يرتكبها أصحاب الياقات البيضاء من خلال الاحتيال على مديري البنوك ، وعلي غيرهم من الأشخاص حيث تسهل عمليات النصب عليهم من خلال هذه التقنيات الحديثة ، وتبقي هذه الجرائم في إطارها التقليدي بالرغم من اعتمادها على تقنية رقمية حديثة⁽²⁾ .

وتعتمد هذه الجرائم على الخبرة ، والتفكير المدروس ، والدراية الذهنية بمجال الانترنت ، و لا يعتبر مرتكبوها من محترفي الإجرام التقليدي بصوره التقليدية ، كما أن الباعث في هذه الجرائم يختلف عن الباعث في الجرائم الأخرى ، حيث لا يقتصر على مجرد الخروج على النظام العام ، ولكن الباعث يرمي إلي

(1) د/ نداء نايل فايز المصري : خصوصية الجرائم المعلوماتية -رسالة جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2017 -ص 41 .

(2) د/ محمد جبريل إبراهيم : جريمة التعامل في العملات المشفرة أو النقود الرقمية -دراسة مقارنة -مرجع سابق - ص 1017 .

غالباً إلى الحصول على الثراء السريع والربح المادي الغزير ، فغالباً ما تكون الأموال المتحصلة من هذه الجرائم تفوق كل التوقعات⁽¹⁾ .

ثالثاً : القمار عبر الأجهزة الرقمية :

مع الانتشار الواسع و التطور الكبير لشبكة الإنترنت على مستوى العالم ظهر إلى الوجود صيحات القمار التي صحبها إنشاء النوادي والكازينوهات الافتراضية، و هي عبارة عن مواقع ويب تم تصميمها على طراز كازينوهات " لأس فيجاس " الأمريكية وتتوفر فيها كل أنواع القمار و ألعابه ابتداء من ألعاب الورق، و انتهاء بآلات المقامرة، و هي موجودة على الشبكة المعلوماتية بصورة ظاهرة .

ولقد جرم المشرع المصري هذه الممارسات ولكن وضع لها نموذج معين حيث عاقب كل من أعد مكاناً لألعاب القمار وهياً لدخول الناس فيه يعاقب هو وصيارف الخل المذكور بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه وتضبط جميع النقود والأمتعة في المحلات الجاري فيها الألعاب المذكورة ويحكم بمصادرتها⁽²⁾ .

كما عاقب المشرع بهذه العقوبات أيضاً كل من وضع للبيع شيئاً في النمرة المعروفة باللوتيري بدون إذن الحكومة وتضبط أيضاً لجانب الحكومة جميع النقود والأمتعة الموضوعة في النمرة⁽³⁾ .

وتظهر الإشكالية هنا في المكان الذي يُعد لممارسة القمار ، وهل ينطبق عليه الفضاء الافتراضي الذي ليس له حدود ، أم أن المكان يلزم أن يكون محدد وله حدود مكانية معلومة ، ذلك وبلا شك يحتاج إلى تدخل تشريعي لحكم هذه الحالات .

رابعاً : تزوير البيانات عبر الأجهزة الرقمية :

يقع التزوير في البيانات عبر الأجهزة الرقمية الحديثة عن طريق تغيير الحقيقة في مستند تم تحريره عبر الإنترنت ، ومن ثم فإن أداة الجريمة في التزوير عبر التقنيات الحديثة تنصب على البيانات والمعلومات التي تخرج من الحاسب الآلي وطباعتها بحيث يكون لها كيان مادي يمكن من خلاله الاطلاع عليها⁽⁴⁾ .

الفاعل في جريمة تزوير البيانات عبر التقنيات الحديثة هو ذلك الشخص الذي يستخدم هذه التقنية ويقوم بتغيير الحقيقة في المحرر الإلكتروني ، ولكي تتوافر للمحرر الإلكتروني مقوماته كمستند يجب أن يتضمن

(1) د/ عادل يوسف عبد النبي شكري : الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية الجزائية، مجلة مركز الدراسات بالكوفة عدد 7 دارالمنظومة 2011 ص 115 .

(2) انظر نص المادة 352 من قانون العقوبات .

(3) انظر نص المادة 353 من قانون العقوبات .

(4) د/ محمد محيي الدين عوض : مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات - مرجع سابق ص 8 .

تعبيراً عن المعاني والأفكار المترابطة ، وأن يكون ما يحتويه المحرر الإلكتروني له قيمة قانونية ، وأن يتصف هذا المحرر بالصفة الإلكترونية⁽¹⁾ .

وتوجد صور متعددة للمحركات الإلكترونية التي يمكن أن تتم عبر التقنيات الحديثة ، ومنها العقود الإلكترونية التي تتم بين مستخدمي الإنترنت ، ويتم فيها الإيجاب والقبول والتوقيع عليها إلكترونياً بدون حاجة إلي مستند مكتوب ، وإن أمكن طبعها بعد ذلك كمخرجات من الطابعة المتصلة بالحاسب الآلي .

ومن هذه المحركات أيضاً الاعتماد المستندي ، وغالباً ما يتم إلكترونياً بين تاجر وتاجر آخر ممن يستخدموا تقنية رقمية فيبيدي فيه أحدهما رغبته في استرداد بضاعة من الآخر أو تصدير بضاعة إليه ، فيبرما العقد فيما بينهما إلكترونياً ويتفقا علي دفع الثمن عن طريق الاعتماد المستندي من خلال فتح اعتماد بأحد البنوك لصالح البائع يحدد فيه كافة تفاصيل عملية البيع ، ويتولي البنك إخطار البائع بذلك ، وقد يتم ذلك عبر جهاز رقمي حديث .

ومن هذه المحركات أيضاً الشيك الإلكتروني وهو مستند إلكتروني يشتمل علي جميع العبارات التي يتطلبها القانون في الشيك الورقي ، فيحرر شخص شيك علي هذا النحو ويوقع عليه ويسلمه لآخر عبر التقنيات الحديثة .

المطلب الثالث

مخاطر الثورة الرقمية علي أمن الدولة الداخلي والخارجي

من أهم سمات الجرائم الإلكترونية تهديدها للأمن الداخلي والخارجي للبلاد ، و محل التهديد هنا كيان الدولة وقيمها ، سواء بأفعال داخلية أو خارجية تقع عبر التقنيات الرقمية الحديثة ، ونعرض هذه المهددات فيما يلي :

أولاً : المهددات الداخلية :

قد تتعلق هذه المهددات بأسباب سياسية ، أو اقتصادية ، أو اجتماعية ، ويتم ذلك عن طريق التضليل الإلكتروني ، ونشر الاشاعات ، عن طريق الدخول علي المواقع الإلكترونية الحكومية والسيطرة عليها والعبث بمحتوياتها⁽²⁾ .

(1) د/ حفصي عباس : جرائم التزوير الإلكترونية -دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه جامعة وهران بالجزائر 2015 - ص 22 .

(2) د/ خالد سامي السيد :الأمن القومي الإلكتروني وجرائم المعلومات - دار النهضة العربية 2022 - ص 55 .

ثانياً : المهددات الخارجية :

مع تطور التكنولوجيا يظهر جيل جديد من الحروب ، يستخدم تكنولوجيا النانو والهندسة الجينية والحواسيب المتطورة والرادار وتشكيل الجيوش السيبرانية ، كل ذلك أدى إلي ظهور نوع جديد من الحروب التي لا يمكن التنبؤ بنطاقها أو مواقعها أو حتي مصدرها .

ومن آثار هذه الحروب أنها تترك الدولة منهكة وضعيفة فتستجيب لأي ضغوط وتخضع لأي تدخلات خارجية ، ومن ثم فتكون أرض صالحة لكل نفوذ وسيطرة خارجية⁽¹⁾ .

المبحث الثاني

القواعد الموضوعية القائمة المعنية بالثورة الرقمية

في إطار الحديث عن التشريعات التي ترتبط بالثورة الرقمية ، فإنه لا يمكن غض الطرف عن فاعلية التشريعات القائمة في هذا الشأن ونذكر منها القانون 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات ، ولم تكن هذه الخطوة الأولى في مجال مواجهة الثورة الرقمية ، بل سبق ذلك العديد من التشريعات التي تناولت الثورة الرقمية السريعة ومنها قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 ، وقانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 ، وقانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، وقانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003.

ومع ذلك ومع كل هذه التدخلات التشريعية إلا أن الثورة الرقمية ما زالت في حاجة إلي ثورة تشريعية مقابلة ، لمواجهة جرائم التعدي علي خصوصية الحياة الخاصة ، ونعرض فيما يلي للقوانين القائمة المعنية بالثورة الرقمية علي النحو الآتي :

- المطلب الأول : القواعد الواردة في القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات .
- المطلب الثاني : القواعد الواردة قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003.
- المطلب الثالث : القواعد الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004.
- المطلب الرابع : القواعد الواردة في قانون حماية البيانات الشخصية رقم 151 لسنة 2020 .
- المطلب الخامس : القواعد الواردة في قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994.
- المطلب السادس : القواعد الواردة قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008.

(1) د/ خالد سامي السيد : الأمن القومي الإلكتروني وجرائم المعلومات – دار النهضة العربية 2022 – ص 55 .

المطلب الأول

القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات

صدر القانون رقم 175 لسنة 2018 بهدف حماية البيانات والمعلومات الحكومية والأنظمة والشبكات المعلوماتية الخاصة بالدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة من الاعتراض أو الاختراق أو العبث بها أو إتلافها أو تعطيلها بأي صورة كانت⁽¹⁾.

كما يحمى القانون البيانات والمعلومات الشخصية من استغلالها استغلالاً يسيء إلى أصحابها وخاصة في ظل عدم كفاية النصوص التقليدية المتعلقة بحماية الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة⁽²⁾.

ولقد وضع هذا القانون تنظيم إجرائي دقيق ينظم إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة المتعلقة بالجرائم الرقمية ، بالإضافة إلى تنظيم عمل الخبراء المتخصصين في مجال جرائم مكافحة تقنية المعلومات والقرارات والأوامر الجنائية المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون كما ، حدد القانون حالات التصالح وإجراءاته .

ولقد كرس هذا القانون للتعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية⁽³⁾ ، كما تبني المشرع في هذا القانون منهج مخفف لمبدأ إقليمه القوانين ، حيث نص على سريان أحكام هذا القانون على الجرائم التي تقع خارج البلاد حتى من غير المصيرين متى كان الفعل معاقبا عليه في الدولة التي وقع فيها تحت أي مسمى⁽⁴⁾.

ولقد تناول المشرع في هذا القانون تجريم كل ما يتعلق بجرائم الشبكات وأنظمة وتقنيات المعلومات ، كما تناول المشرع في هذا القانون الجرائم المتعلقة بالبريد الإلكتروني والمواقع والحسابات الخاصة ، وكذلك جرائم الاعتداء علي حرمة الحياة الخاصة وانتهاك الخصوصية .

ولقد عالج هذا القانون في المادة 23 منه جرائم النصب والاحتيال وسرقة الأموال حيث عاقبت بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أو بطاقات البنوك والخدمات أو غيرها من أدوات الدفع الالكترونية .

فإن قصد من ذلك استخدامها في الحصول على أموال الغير أو ما توفره من خدمات، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

⁽¹⁾ لقد صدر هذا القانون 2018/8/14 ونشر في الجريدة الرسمية بالعدد 32 مكرر (ج) ، ولقد صدر في أربعة أبواب ، بها خمسة وأربعون مادة .

⁽²⁾ د/هناء مصطفى الخبيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - دراسة قانونية - دار النهضة العربية 2022 - ص 79

⁽³⁾ انظر المادة الرابعة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات .

⁽⁴⁾ انظر المادة الثالثة من القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات .

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة، والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف، أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا توصل من ذلك إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على تلك الخدمات أو مال الغير.

ونري أن هذا النص يمكن أن يجابه جرائم النصب والاحتيال التي تقع عبر التقنيات الرقمية ، وإن كنا نري أنه يجب تغليظ العقوبة حتى تكون رادعة لمن تسول له نفسه مقارفة هذه الجريمة⁽¹⁾ .

كما تناول المشرع القذف والسب عبر الأجهزة الرقمية ، حيث أخضعه للتجريم الوارد في المادة 26 من قانون جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى مناف للآداب العامة، أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه"⁽²⁾ .

وبالرغم من ذلك يتصور توافر شرط العلنية في القذف والسب عبر شبكات التواصل الاجتماعي إذا دخل أكثر من شخص عبر التقنية وتواجد فشايد أو سمع أو قرأ كل ما تداول من قذف أو سب عبر التقنية ، وبذلك تتحقق العلنية التي يتطلبها القانون ، وإذا اقتصر الأمر على المجنى عليه وحده فإن المادة 26 من قانون جرائم تقنية المعلومات المشار إليها تكفل الحماية الجنائية ضد التعدي علي الاعتبار والشرف⁽³⁾ .

ولذلك نري أن المادة 26 المشار إليها تعد كافية لتجريم السب والقذف عبر شبكات التواصل الاجتماعي إلي حين إصدار نص خاص يحكم جرائم السب والقذف عبر الأجهزة الرقمية.

المطلب الثاني

القواعد الواردة قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003

في إطار ملاحقة الثورة الرقمية فقد بادر المشرع المصري بإصدار قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 ، وذلك بهدف تنظيم جميع أنواع الاتصالات ، إلا ما استثني بنص خاص ، سواء كانت هذه الاتصالات سلكية أو لاسلكية .

(1) د / عمر محمود الحوتي : الوجيز في الحماية الجنائية من جرائم تقنية المعلومات - دار النهضة العربية 2020 - ص 135 .

(2) وهذه المادة فيها حلول لإشكالية شرط العلنية الذي تتطلبه مادتي القذف والسب والتي تتطلب العلنية في القول أو الصياح الذي يجبره علناً أو بالفعل أو الإيماء الذي يصدر علناً أو بالكتابة أو الرسوم أو الصور أو الصور الشمسية أو الرموز أو أية طريقة أخرى من طرق التمثيل العلنية أو بأية وسيلة أخرى من وسائل العلنية .

(3) مستشار/ بهاء المري : جرائم السوشيال ميديا - مرجع سابق - ص 176 .

ولقد تناول هذا القانون بالتجريم إنشاء شبكات الاتصالات بدون ترخيص ، وكذلك الالتزام بعد استخدام أية أجهزة لتشفير خدمات الاتصالات ، وكذلك جرم المشرع هدم أو إتلاف شيئاً من المباني أو المنشآت المخصصة لشبكات الاتصالات أو لبنيتها الأساسية أو لخط من خطوط الاتصالات أو جعلها كلها أو بعضها غير صالحة للاستعمال بأية كيفية بحيث يترتب على ذلك انقطاع لاتصالات ولو مؤقتاً⁽¹⁾ .

كما تناول المشرع في هذا القانون وفي نص المادة 76 من قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 على أنه أن مع عدم الإخلال بالحقوق في التعويض المناسب يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من :

1- استخدم أو ساعد على استخدام وسائل غير مشروعة لإجراء اتصالات .

2- تعمد إزعاج أو مضايقة غيره بإساءة استعمال أجهزة الاتصالات .

وإذا كان قانون العقوبات قد نظم بعض الجرائم ، كما ورد في نص المادة 166 مكرراً من قانون العقوبات على أنه :- " كل من تسبب عمداً في إزعاج غيره بإساءة استعمال أجهزة المواصلات التليفونية يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين "

وتنص المادة 308 مكرر عقوبات أن :- " كل من قذف بغيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 303. وكل من وجه إلى غيره بالطريق المشار إليه بالفقرة السابقة سباً لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 306. وإذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذي ارتكب بالطريق المبين بالفقرتين السابقتين طعناً في عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 308 "

ومفاد ما تقدم أن الفقرة الثانية من المادة 76 من القانون جرمت فعل الإزعاج العمدي أو المضايقة المتعمدة للغير عن طريق إساءة استعمال أجهزة الاتصالات والمقصود بالإزعاج أو المضايقة هنا هو أن يقوم أحد الأشخاص باستعمال أجهزة الاتصالات بطريقة يزعج بها الطرف الآخر أو يضايقه وجرم المشرع هذا الفعل إذا ما وقع عن طريق أي جهاز اتصالات سواء كان التليفون أو جهاز الحاسب الآلي المستقبل للبيانات والمعلومات أو البريد الإلكتروني أو الرسائل الإلكترونية أو الانترنت أو الاتصال التليفزيوني أو غيرها من وسائل الاتصالات الأخرى فأي إزعاج أو مضايقة تتم عبر جميع هذه الأجهزة يشكل جريمة طبقاً للمادة 76 في فقرتها الثانية من قانون الاتصالات فمن يقوم بإرسال رسائل عبر شبكة الانترنت أو على التليفون المحمول تتضمن إزعاجاً أو مضايقة لمستقبلها يكون مرتكباً لهذه الجريمة وعلى القاضي تحديد ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل إزعاجاً أو مضايقة للمتلقي من عدمه فهي مسألة موضوعية تختلف من حالة إلى حالة أخرى⁽²⁾ .

(1) د/هنا مصطفي الخبيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 79 .

(2) في هذا المعنى للمستشار الدكتور/ عمر الشريف : شرح مبادئ وأحكام قوانين الاتصالات - الطبعة الأولى 2008 ص 124

المطلب الثالث

القواعد الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004

لم يقتصر أثر الثورة الرقمية علي مجالات معينة بل أثرت هذه الثورة علي كافة المجالات ومنها المجالات التجارية ، وتطور ذلك إلي التجارة الأمر للتجارة الالكترونية عبر الانترنت⁽¹⁾ .

ونري أن هذا القانون وثيق الصلة بمجالات الثورة الرقمية ، بل وأن قواعده تكاد تكون مرتبطة بالثورة الرقمية ارتباطاً وثيقاً ، ونكاد نجزم أن جريمة تزوير البيانات عبر التقنيات الرقمية يمكن أن يطبق عليها قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 حيث تضمن هذا القانون أن الكتابة الالكترونية هي : كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك⁽²⁾ .

أما المحرر الإلكتروني فهو : رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج ، أو تخزن ، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة .

أما التوقيع الإلكتروني فهو: ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره⁽³⁾ .

ونشير إلي أن الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية⁽⁴⁾ .

وتسري في شأن إثبات صحة المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني ، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية⁽⁵⁾ .

ويتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط اللازمة⁽⁶⁾ .

(1) د/هنا مصطفي الخيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 88 .

(2) د/هنا مصطفي الخيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 89 .

(3) المادة الأولى من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات .

(4) المادة 16 من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات .

(5) المادة 17 من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات .

(6) المادة 18 من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات .

ومما تقدم يتضح أن جريمة تزوير المحررات والبيانات عبر التقنيات الرقمية من الممكن أن تخضع لأحكام القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، ومن ثم يمكن القول بأن هذا القانون يمكن أن يغطي جرائم التزوير التي ترتكب عبر الأجهزة الرقمية .

المطلب الرابع

القواعد الواردة في قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020

أدت الثورة التكنولوجية في مجال الاتصالات وازدياد الاعتماد عليها من قبل الجميع ، سواء الحكومات والأفراد إلى ازدياد المخاطر المصاحبة لاستخدام هذه التقنيات من تكنولوجيا الاتصالات في أشكالها المختلفة وخاصة المخاطر الخاصة بالاعتداء على الحق في الخصوصية، والتي تمثلت في معظم الأحوال في انتهاك الحق في سرية البيانات الشخصية.

وفي مصر يستخدم أكثر من نصف عدد السكان المصريين تقريباً وسائل الاتصالات، كما قفز حجم التجارة الإلكترونية في مصر في ذات العام الى نحو ملياري دولار، وهي أرقام تؤكد نمو هذه السوق بشكل كبير وتؤكد ضرورة حماية رواد هذه السوق حفاظاً على الثقة فيها، وبالتالي ضمان استمرارية ازدهارها .

ولما كانت حماية البيانات الشخصية تعد مكوناً رئيساً في ازدهار التجارة الإلكترونية، وخاصة في ظل أزمة كورونا والتي اجتاحت العالم منذ ما يقارب العام الآن، فإن وجود الإطار التشريعي المناسب لفرض تلك الحماية يعزز من ثقة الأفراد في التعامل عبر الإنترنت مما يعد عاملاً رئيساً لازدهار التجارة الإلكترونية.

ولقد جاء تفصيل أجزاء قانون حماية البيانات الشخصية المصري رقم 151 لسنة 2020 علي النحو الآتي : جاء القانون رقم 151 لسنة 2020 بإصدار قانون حماية البيانات الشخصية المصري متوجاً للجهود المصرية الساعية لدفع عجلة التجارة الإلكترونية في البلاد.

وقد جاء القانون في 49 مادة بخلاف مواد الإصدار، مقسماً إلى أربعة عشر فصلاً تناولت جميع أحكامه وتصنيفات المخاطين بها وحقوقهم وواجباتهم.

ولقد جاء الفصل الأول في مادة واحدة حوت التعريفات المستخدمة لاحقاً في القانون ومنها تعريف البيانات الشخصية والبيانات الشخصية الحساسة والشخص المعني بالبيانات و الحائز والمتحكم في البيانات وغيرها، وحددت المادة الوزير المختص بالوزير المعني بشؤون الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

ويلاحظ على تلك المادة أنها حاولت الاهتداء بلائحة الاتحاد الأوروبي لحماية البيانات الشخصية في صياغة العديد من التعريفات، وإن خالفت بعض تعريفاتها تارة وخلت من بعضها تارة أخرى.

فقد خلا القانون مثلاً من تعريف "رضاء المعني بالبيانات" وهو تعريف ورد دقيقاً في اللائحة الأوروبية ويحل مشكلات عديدة تتعلق بنطاق الرضا والموافقة على معالجة البيانات، والجدير بالذكر أن طبيعة رضا

الشخص المعني بالبيانات على المعالجة تعد محوياً للعديد من النزاعات القضائية أو الإدارية بين المستخدمين أو الحكومات و شركات تقديم خدمات الإنترنت العملاقة⁽¹⁾.

كما غير القانون في تعريف "المتحكم"، حيث ورد بالتعريف بعد أن ذكر أنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحدد طرق و أسلوب ومعايير المعالجة، عاد وذكر أنه يحدد طرق ومعايير التحكم في البيانات، وهو تزايد غير منتج في المعنى الحقيقي للمتحكم.

كما جاء الفصل الثاني في مادتين وضحتا الأحكام الخاصة بحقوق الشخص المعني بالبيانات وشروط جمع ومعالجة البيانات، وعلى الأخص عدم جواز جمع أو معالجة البيانات إلا بموافقة المعني بها وكذا إعطاؤه إمكانية رفضه لذلك في أية مرحلة و العدول عن موافقته المسبقة.

كما جاء الباب الثالث من القانون في أربع مواد تتضمن التزامات المتحكم والمعالج بما في ذلك التراخيص اللازم الحصول عليها لممارسة النشاط والالتزام بإمساك سجلات تحوي تفاصيل عمليات المعالجة و الالتزام بالإخطار عن أي خرق أمني للمعلومات.

أما الفصل الرابع، فجاء في مادتين تناولتا تعيين مسئول حماية البيانات الشخصية وهو الشخص المسؤول عن حسن تنفيذ أحكام القانون داخل الكيان الذي يعمل به، وحددت المادتان طرق تعيينه وواجباته بالتفصيل. تناول الفصل الخامس والسادس إجراءات إتاحة البيانات وشروط الإتاحة مع إعطاء الدليل الرقمي المستمد من البيانات الشخصية الحجية القانونية للأدلة المستمدة من المعلومات الخطية، وتناول الفصل السادس كل ما يتعلق بالتعامل على البيانات الشخصية الحساسة وبيانات الأطفال. وحدد الفصل السابع إجراءات نقل البيانات الشخصية عبر الحدود والاستثناءات الواردة على الشروط الموضوعية لذلك.

كما نظم الفصل الثامن من القانون عمليات التسويق الإلكتروني والتي جاء تعريفها في المادة الأولى من القانون مرتكزاً على إرسال أي رسالة أو بيان أو محتوى إعلاني أو تسويقي بأي وسيلة تقنية أياً كانت طبيعتها أو صورتها تستهدف بشكل مباشر أو غير مباشر ترويج سلع أو خدمات أو التماسات أو طلبات تجارية أو سياسية أو اجتماعية أو خيرية موجهة إلى أشخاص بعينهم.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن أياً من المادة الأولى أو الفصل الثامن أتى على ذكر أو تعريف للملفات تعريف الارتباط (cookies) والمستخدم بشكل أساسي لأغراض التسويق وما جاءت تلك المواد منظمة لاستخدام تلك الملفات ولا طريقة محددة وواضحة لإلغاء استخدامها وهو أمر لو توفر لساعد بشكل كبير على حماية

⁽¹⁾د/هناء مصطفى الخبيري: الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 99 .

خصوصية المستخدمين للمواقع التي تستخدم تلك التقنية للأغراض الإعلانية مكتفياً في ذلك بالإحالة إلى اللائحة التنفيذية.

وتعد الفصول من التاسع إلى الحادي عشر من أهم فصول القانون فقد نصت على إنشاء مركز حماية البيانات الشخصية، وهي الهيئة المنوط بها مراقبة حسن تطبيق القانون بالإضافة إلى وضع القواعد العامة والنظم واستراتيجيات حماية البيانات الشخصية في مصر ووضع إجراءات وشروط إصدار التراخيص المختلفة في إطار تنفيذ أحكام القانون، وحدد الفصل تشكيل الهيئة واختصاصاتها وحدد الفصل الحادي وموازنة المركز وموارده المالية.

الفصل الثاني عشر نظم الطلبات والشكاوى التي يمكن للمعني بالبيانات تقديمها لكل من المتحكم والمعالج والإطار الزمني الممنوح كلا منهما للرد على ذلك الطلب أو تلك الشكوى.

ونص على أن تقدم الشكوى إلى المركز ، وله في ذلك اتخاذ ما يلزم من إجراءات التحقيق ، وعليه أن يصدر قراره خلال ثلاثين يوم عمل من تاريخ تقديمها إليه، على أن يحظر الشاكي والمشكو في حقه بالقرار . ويلتزم المشكو في حقه بتنفيذ قرار المركز خلال سبعة أيام عمل من تاريخ إخطاره به ، وإفادة المركز بما تم نحو تنفيذه.

أما الفصل الثالث عشر والرابع عشر فقد نظم إعطاء صفة الضبطية القضائية للعاملين بالمركز والعقوبات المقررة لمخالفة أحكام القانون إضافة إلى تنظيم طرق التصالح عن بعض من تلك المخالفات. فعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ١٠٠ ألف جنيهًا ولا تتجاوز مليون جنيهًا وذلك على المتحكم والمعالج والحائز الذي يفشي ما لديه من بيانات أو إتاحتها في غير الأحوال المعاقب عليها قانونًا، والجدير بالذكر هنا أن القانون لم ينظم عمل "الحائز" للبيانات فلا يتصور أصلاً حالة حيازة الحائز لتلك البيانات بسبب قانوني. وعاقب بالعقوبة ذاتها المتحكم أو المعالج الذي يمنع الشخص المعني بالبيانات من ممارسة حقوقه المخولة له بالقانون.

وارتفعت العقوبة بجديها الأدنى والأقصى لتصبح الغرامة من 500 ألف جنيهًا إلى 5 ملايين جنيه في حالة مخالفة أحكام التصاريح أو التراخيص.

وتبنى القانون فكرة عقابية جديدة نسبيًا تعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري بالعقوبات ذاتها المقررة عن الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون، إذا ثبت علمه بها وفي حالة أن أسهم إخلاله بواجباته في وقوعها.

والقانون وأن قصد منه أن يكون متماشياً مع روح اللائحة الأوروبية، فإنه ومن ناحية أخرى قد نجد اختلافات جوهرية بينه وبين القواعد الأوروبية التي تعد القواعد الذهبية عندما يتعلق الأمر بالحماية القانونية للبيانات الشخصية، من أهم تلك الفروق ما تضمنته المادة 20 من القانون و الخاصة بتشكيل مركز حماية البيانات المصري، حيث جاء تشكيل المركز غير محقق لشرط الحياد والاستقلال الذي أكدته قواعد

الاتحاد الأوروبي، حيث نصت المادة على أن يترأس الجهاز رئيس الوزراء ويتكون من أعضاء ممثلين عن وزارات الحكومة، بعكس الأجهزة المماثلة في الدول الأوروبية والتي جاء تشكيلها من خبراء مستقلين و أعضاء برلمانيين وقضاة مثل مركز حماية المعلومات و الحريات الفرنسي، وذلك توافقاً مع قواعد حماية البيانات الأوروبية.

ونخلص مما تقد إلي أن إصدار المشرع المصري لقانون حماية البيانات الشخصية يعد خطوة على الطريق الصحيح نحو التنمية الاقتصادية لمصر بوجه عام و دفعة للأمام للاقتصاد الرقمي و التجارة الإلكترونية بوجه خاص.

وبرغم من أهمية القانون البالغة، فإنه لا يخفى على أحد أنه يلقي بأعباء عديدة وجديدة على كثير من المتعاملين الحاليين في البيانات وهو ما دعا المشرع المصري إلى النص في مواد إصداره على مدة أعطاها للمخاطبين بأحكامه لتوفيق أوضاعهم تماشياً مع أحكام القانون.

فنصت المادة الرابعة من مواد الإصدار على أن يُصدر الوزير المعني بشئون الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات اللائحة التنفيذية للقانون المرافق خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون .

كما نصت المادة السابعة من مواد الإصدار على أن يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويُعمل به بعد مضي ثلاثة أشهر من اليوم التالي لتاريخ نشره.

أما المادة السادسة من مواد الإصدار فنصت على أن يلتزم المخاطبون بأحكام هذا القانون بتوفيق أوضاعهم طبقاً لأحكام القانون المرافق ولائحته التنفيذية، وذلك خلال سنة من تاريخ صدور هذه اللائحة .

ولما كان القانون قد صدر في يوليو 2020، بما يعني أن تاريخ العمل الفعلي للقانون قد بدأ في أبريل 2022 حيث إن حتى ميعاد الأشهر الستة الممنوحة للوزير المعني بشئون الاتصالات لإصدار اللائحة التنفيذية هو ميعاد تنظيمي لا يرتب أثراً على عدم صدور اللائحة في ذلك الميعاد مما قد يؤدي إلى مد فترة البدء في النفاذ الفعلي لمعظم أحكام القانون.

المطلب الخامس

القواعد الواردة في قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994

أورد المشرع في القانون رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية بعض النصوص التي ترتبط بالجريمة الإلكترونية ، ومن ذلك ما ورد في نص المادة الثالثة منه والتي تنص علي أنه :- في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالعبارات الآتية المعاني المبينة قرين كل منها:

(أ) وقائع الأحوال المدنية: وقائع الميلاد والوفاة، والزواج، والطلاق.

(ب) الجهات الصحية: مكاتب الصحة أو الجهات والأشخاص الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير الصحة.

(ج) السجلات: السجلات الورقية أو الآلية المخزونة على الحاسب الآلى وملحقاته سواء إلكترونيا أو مغناطيسيا أو بأية وسيلة أخرى.

ويتضح من ذلك أن السجلات الخاصة بالأحوال المدنية تشمل السجلات الآلية المخزونة على الحاسب الآلى وملحقاته سواء إلكترونيا أو مغناطيسيا كسجلات الكومبيوتر والاسطوانات الممغنطة .

كما تناول المشرع في المادة (13) من ذات القانون أنه تعتبر البيانات والمعلومات المتعلقة بالأحوال المدنية للمواطنين والتي تشمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها أو الحصول على بياناتها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ووفقا لأحكامه.

وتعتبر البيانات أو المعلومات أو الإحصائيات المجمعة التي تشمل عليها السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين سرا قوميا، ولا يجوز الاطلاع عليها أو نشرها إلا لمصلحة قومية أو علمية وبإذن كتابي من مدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينيبه وفقا للأوضاع والشروط التي يحددها القانون واللائحة التنفيذية.

ولا يجوز نقل السجلات المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية في غير أغراض العمل الرسمية، وتحدد اللائحة التنفيذية ضوابط وقواعد نقل السجلات لأغراض العمل الرسمية.

وإذا أصدرت إحدى جهات القضاء أو النيابة العامة قرار بالاطلاع على السجلات المشار إليها أو بفحصها وجب أن ينتقل القاضى المنتدب أو المحقق للاطلاع والفحص في الجهة المحفوظة بها السجلات أو أن يطلب صورة قيد الواقعة أو البيانات المسجلة أو صورة طبق الأصل من المستند المدخلة ببياناته بالسجلات إلا إذا كان هذا المستند محلا لتحقيق في تزوير⁽¹⁾ .

تلتزم مصلحة الأحوال المدنية باتخاذ كافة التدابير اللازمة لتأمين البيانات الشخصية والمجمعة المخزنة بالحاسبات الآلية أو بوسائط التخزين الملحقة بها ضد أي اختراق أو عبث أو إطلاع أو إفشاء أو تدمير أو مساس بها بأية صورة كانت في غير الأحوال التي نص عليها القانون ووفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه⁽²⁾ .

(1) انظر المادة 13 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية .

(2) انظر المادة 65 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية

في تطبيق أحكام هذا القانون وقانون العقوبات تعتبر البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية وملحقاتها بمراكز معلومات الأحوال المدنية ومحطات الإصدار الخاصة بها المستخدمة في إصدار الوثائق وبطاقات تحقيق الشخصية بيانات واردة في محررات رسمية⁽¹⁾.

فإذا وقع تزوير في المحررات السابقة أو في غيرها من المحررات الرسمية، تكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات.

ولقد رصد المشرع العقاب على مخالفة أحكام هذا القانون حيث قرر أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أطلع أو شرع في الاطلاع أو حصل أو شرع في الحصول على البيانات أو المعلومات التي تحتويها السجلات أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة بها أو قام بتغييرها بالإضافة أو بالحذف أو بالإلغاء أو بالتدمير أو بالمساس بها بأي صورة من الصور أو أذاعها أو أفشاها في غير الأحوال التي نص عليها القانون ووفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه، فإذا وقعت الجريمة على البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمععة تكون العقوبة السجن⁽²⁾.

وفي إطار ذلك أيضاً رصد المشرع العقاب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عطل أو أتلف الشبكة الناقلة لمعلومات الأحوال المدنية أو جزء منها وكان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين واللوائح والأنظمة.

فإذا وقع الفعل عمداً تكون العقوبة السجن مع عدم الإخلال بحق التعويض في الحالتين⁽³⁾.

كما رصد المشرع أيضاً عقوبة السجن المشدد لكل من اخترق أو حاول اختراق سرية البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمععة بأية صورة من الصور، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب⁽⁴⁾.

(1) انظر المادة 72 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية

(2) انظر المادة 74 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية

(3) انظر المادة 75 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية .

(4) انظر المادة 76 من قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 بشأن الأحوال المدنية

المطلب السادس

القواعد الواردة في قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008

يعد قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2008 هو القانون الأساسى المنظم للملكية الفكرية في مصر، وقد نص على إلغاء كل القوانين السابقة التي كانت تُعنى بتنظيم الملكية الفكرية، ومنها القانون رقم 57 لسنة 1939 بشأن العلامات والبيانات التجارية، والقانون رقم 132 لسنة 1949 بشأن براءات الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية، والقانون رقم 354 لسنة 1954 بشأن حق المؤلف وغيرها (1).

وحيث جاء في المادة 86 من القانون المدني أن الحقوق التي ترد علي شئ غير مادي تنظمها قوانين خاصة .

ومن ثم فقد صدر هذا القانون متضمناً أربعة كتب رئيسية، هي: الكتاب الأول: براءات الاختراع ونماذج المنفعة، ومخططات التصميمات للدوائر المتكاملة، والمعلومات غير المفصح عنها، الكتاب الثاني: العلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية، الكتاب الثالث: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الكتاب الرابع والأخير الأصناف النباتية .

ويضم القانون مواد علة، منها على سبيل المثال أن تمنح براءة اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي، يكون جديداً، ويمثل خطوة إبداعية، سواء كان الاختراع متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق صناعية معروفة. كما تمنح البراءة استقلالاً، عن كل تعديل أو تحسين أو إضافة ترد على اختراع سبق أن منحت عنه براءة، إذا توافرت فيه شروط الجودة والإبداع والقابلية للتطبيق الصناعي، ويكون منح البراءة لصاحب التعديل أو التحسين أو الإضافة وفقاً لأحكام هذا القانون.

كما نص على أن يُعد بمكتب براءات الاختراع سجل خاص معتمد، تقيد فيه طلبات براءات الاختراع ونماذج المنفعة وجميع البيانات المتعلقة بكل منها وباستغلالها والتصرفات التي ترد عليها وفقاً لأحكام هذا القانون على النحو المبين في لائحته التنفيذية، وأن تكون مدة حماية براءة الاختراع عشرون سنة تبدأ من تاريخ تقديم طلب البراءة.

ولقد حدد هذا القانون نطاق الحقوق التي تتمتع بالحماية في ظلّه ، ومنها برامج الحاسبات الآلية ، وقواعد البيانات ، وهو ما نصت عليه المادة 140 من قانون حماية الملكية الفكرية والتي تنص على أنه :- تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الادبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية :

1. الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة.

2. برامج الحاسب الآلي.

¹د/هناء مصطفى الخبيري: الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 104 .

3. قواعد البيانات سواء كانت ومقروعة من الحاسب الآلي أو غيره .

4. المحاضرات والخطب والمواعظ واية مصنفت شفوية اخرى إذا كانت مسجلة..... " "

كما تناول المشرع في هذا القانون العقوبات التي ترصد لكل من يخالف أحكام هذا القانون ، حيث نصت المادة 181 من ذات القانون أنه :- " مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد في قانون اخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة الاف جنية ولا تجاوز عشرة الاف جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب احد الافعال الآتية:

أولاً : بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي محمي طبقاً لأحكام هذا القانون أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون اذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

ثانياً : تقليد مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو الأيجار مع العلم بتقليده.

ثالثاً : التقليد في الداخل لمصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي منشور في الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده.

رابعاً : نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو اداء محمي طبقاً لأحكام هذا القانون عبر اجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الانترنت أو شبكة المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون اذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب حق المجاور.

خامساً : التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأي جهاز أو وسيلة أو اداه مصممه أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سادساً : الازالة أوالتعطيل أو التعيب بسوء نيه لأية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سابعاً : الاعتداء على أي حق ادبي أو مالي من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها في هذا القانون . وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفت أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الإذاعية أو الأداءات محل الجريمة.

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة الاف جنية ولا تجاوز خمسين الف جنيه .

وفي جميع الاحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والادوات المستخدمة في ارتكابها.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة اشهر ويكون الغلق وجوبيا في حالة العود في الجرائم المنصوص عليها في البندين (ثانياً ، ثالثاً) من هذه المادة ، وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

ومما تقدم يتضح أن القانون رقم 82 لسنة 2008 بشأن حقوق الملكية الفكرية أصبح هو الذي يحكم الحقوق الفكرية ، ومنها برامج الحاسب الآلى لمعالجة المعلومات وقواعد بياناته من المصنفات المشمولة بالحماية المقررة بهذا القانون .

وعلى ذلك فإن النظم الآلية لمعالجة برامج الحاسب الآلى والتي يقصد بها جميع العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الحاسب الآلى⁽¹⁾.

خاتمة :

بعد تزايد استخدام الثورة الرقمية ، بما صاحبها من جدل علمي وقانوني كبير ، وهو ما يستلزم تبعاً لذلك تطوير المنظومة التشريعية لتتماشي مع التطور المذهل في تقنيات الذكاء الاصطناعي الخاصة بالتواصل الاجتماعي ، مع سد الفجوة بين التنظيم القانوني ، وبين التقنيات الرقمية .

ويجب تغيير النظرة إلى حرية التواصل عبر المنصات المظلمة عبر شبكات الإنترنت ، إلى وضع قيود عليها لمنع انتهاك خصوصيات الأفراد وحرابتهم ، وفي هذه الدراسة تناولنا مفهوم الثورة الرقمية ، وتطبيقاتها ، وتقييمها من حيث السلبيات والايجابيات ، ثم تناولت الدراسة القواعد الموضوعية القائمة المعنية بالثورة الرقمية ، ومنها القواعد الواردة في القانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن تقنية المعلومات ، و القواعد الواردة في قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 ، وأيضاً القواعد الواردة في قانون حماية الملكية الفكرية 82 لسنة 2008 ، ثم تناولنا القواعد الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، وأخيراً القواعد الواردة في قانون تنظيم الاتصالات والمعلومات رقم 10 لسنة 2003.

وظهر لنا من خلال الدراسة مخاطر الثورة الرقمية في مختلف المجالات ، كما ظهرت إيجابيات هذه التقنيات . كما تناولت الدراسة نطاق السلوكيات عبر التكنولوجيا الرقمية ، وإنزال القواعد القانونية القائمة علي الجرائم المستجدة من هذه الجرائم التحريض علي الانتحار والاعتصاب الافتراضي ، وهتك العرض ، والسب والقذف ، والسرقه والنصب والاحتيال والتزوير في البيانات ، ثم تناولت الدراسة التكييفات الجنائية المناسبة لهذه الجرائم ومدى ملاءمتها جنائياً ، ثم تعرضت الدراسة لحتمية التدخل التشريعي لمواجهة الثورة الرقمية ، والسماح المرتقبة في النص الذي يمكن أن يوضع لمواجهة المستجدات الناشئة عن هذه التقنية .

(1) د/هناء مصطفى الخبيري : الجرائم المعلوماتية وتقنين العملات الرقمية - مرجع سابق - ص 108 .

• نتائج الدراسة :

- تبين من خلال الدراسة أن النصوص القانونية القائمة أصبحت غير كافية لمواجهة الثورة الرقمية وتقنيات الذكاء الاصطناعي ، وذلك نبأ حتماً بالاصطدام مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي لا يمكن تطبيقها علي بعض الجرائم المرتكبة عبر هذه التقنية المستجدة ، فيما يخص الجرائم المتعلقة بالتعدي علي الأشخاص ، وكذلك الجرائم المتعلقة بالأموال .
- الثورة الرقمية وتقنيات الذكاء الاصطناعي تلعب دوراً مهماً في مستقبل البشرية ، فقد تساهم في ممارسة مختلف الأنشطة ومنح فرص كبيرة لتحسين الأوضاع وظروف الحياة المريحة ، و تقوم بحل الكثير من المشكلات ، وتتدخل في الظروف الصعبة للقيام بالمهام شديدة الخطورة ، كما في حالات الجوائح الصحية ، وتفشي الأوبئة ، إلا أنه ثمة خطراً محدقاً يترصد بالمجتمع من استخدام هذه التقنيات يتمثل في انتهاك الحريات والخصوصيات بشكل ملفت للنظر ، وهو ما يستوجب تنبه المشرع والفقه لهذه المخاطر .
- الجرائم التي يمكن أن ترتكب عن طريق التقنيات الرقمية لا يمكن حصرها ، و في تزايد مستمر ، ومن هذه الجرائم ما لا يتناسب مع القواعد القائمة ، وهو ما يتصادم مع التشريعات القائمة من حيث إمكانية إثبات المسؤولية الجنائية ، لأن هذه الجرائم لها خصوصية وتميز ، بحسبانها جرائم غير تقليدية من حيث مسرح الجريمة ، ومن حيث السلوكيات، ومن حيث مستخدمي هذه التقنيات الذين يرتكبون هذه الجرائم .

• توصيات الدراسة :

- توصي الدراسة بجمعية إصدار تشريع خاص بتقنيات الثورة الرقمية باعتبارها تقنيات مستجدة تحمل في طياتها جوانب سلبية يجب تجنب مخاطرها ، وأخري إيجابية يمكن الاستفادة منها ، لذلك نجد الدعوة للمشرع للتدخل التشريعي الفوري لتجريم ما ينجم عن مضار استخدام تقنيات الثورة الرقمية و الذكاء الاصطناعي بما يتلاءم معالسلوكيات التي تمارس عبر هذه التقنيات .
- توصي الدراسة بوضع تصور يسمح بإمكانية تطبيق قواعد المسؤولية الجنائية علي كل أطراف جرائم الثورة الرقمية وتقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي ، مع وضع عقوبات تناسب هذه الجرائم وتناسب مرتكبيها .
- توصي الدراسة بوضع قواعد إجرائية خاصة لجرائم التكنولوجيا الرقمية وتقنيات الذكاء الاصطناعي ، بحيث يتم اتباع تيسير وتسهيل الاثبات وإجراءات التحقيق ، مع ضرورة إنشاء دوائر خاصة لنظر هذه الجرائم ، ولعل أقربها المحاكم الاقتصادية ، كما توصي الدراسة بإعداد كوادر فنية مدربة ومتخصصة لضبط هذه الجرائم .
- توصي الدراسة بتقنين مسؤوليات منظومة الذكاء الاصطناعي والثورة الرقمية بكل دقة ، مع اعادة النظر في النظام العقابي الذي يتلاءم مع هذا النوع من جرائم الثورة الرقمية ، ويناسب الأشخاص الحديثة المخاطبة به .
- توصي الدراسة بضرورة وضع مخاطر الثورة الرقمية تحت التأمين الاجباري ، وإصدار شهادة باسم المسئول عنها أو مُصنعها ، ومبرمجها ، ومستخدمها ، وشهادة لضمان مخاطرها .

❖ قائمة المصادر والمراجع :

المراجع العربية :

- د/ أحمد إبراهيم محمد إبراهيم : المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 2020 .
- د/ أحمد صبحي العطار : الإسناد والأذنب والمسئولية في الفقه المصري والمقارن - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العددان 1 و 2 مطبعة جامعة عين شمس 1990 .
- د/ أحمد عادل جميل، د/ عثمان حسين عثمان : إمكانية استخدام تقنيات الذكاء الصناعي في ضبط جودة التدقيق الداخلي - دراسة ميدانية في الشركات المساهمة العامة الأردنية - أحداث الأعمال الذكية والمعرفة الاقتصادية - مجلة البحث الاجتماعي المُتقدّم - ماليزيا - المجلد 1 - عام 2012 .
- أ/ أحمد مجحودة : أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائي والقانون المقارن - الجزء الأول - دار هومة - الجزائر - ط 2004 .
- د/ أسماء محمد السيد : تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم - رسالة دكتوراه كلية التربية جامعة المنيا 2020 .
- د/ أسماء عبد العزيز الحسين : المدخل الميسر إلي الصحة النفسية والعلاج النفسي - دار عالم الكتب - الرياض 2002 .
- د/ الكرار حبيب مجهول ، ود/ حسام عيسي عودة : المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات - دراسة تحليلية مقارنة - بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية والقانونية - المجلد 6 مايو 2019 .
- د/ رفاعي سيد سعيد : تفسير النصوص الجنائية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط 2008 .
- د/ رمسيس بهنام : الكفاح ضد الإجرام - منشأة المعارف بالإسكندرية - ط 1996 .
- د/ سعيد بن علي بن حسن المعمرى ، ود/ رضوان أحمد الحاف : مبدأ الأمن القانوني ومقومات الجودة التشريعية - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق - جامعة المنصورة - العدد 79 مارس 2022 .
- د/ شريف سيد كامل: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية .
- د/ عبد الله موسي ، ود/ أحمد بلال : الذكاء الاصطناعي - ثورة في تقنيات العصر - الطبعة الأولى دار الكتب المصرية القاهرة 2019 .
- د/ عبد الحميد بسيوني : كيف تعيش الحياة الثانية في العالم الافتراضي - القاهرة - دار النشر للجامعات - ط 2015 .
- د/ عصام عفيفي عبد البصير: النصوص العقابية في القوانين غير الجنائية - نحو سياسة جنائية جديدة - دار النهضة العربية .

- د/ عمر قريعة ، د/ وهيبة الجوزي : العالم الافتراضي فضاء خصب لممارسة الجريمة الإلكترونية في ميدان التجارة الإلكترونية - بحث منشور في مجلة علوم الإنسان والمجتمع - مجلد 10 عدد 2 السنة 2021 .
- د/ فاتن عبد الله صالح : أثر تطبيق الذكاء الاصطناعي والذكاء العاطفي على جودة اتخاذ القرارات - أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير - جامعة الشرق الأوسط، الأردن - نوقشت فعام 2009 .
- د/ فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - 1988 .
- مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : المسؤولية الجنائية عن جرائم الروبوت - دراسة تحليلية - دار النهضة العربية 2022 .
- مستشار دكتور محمد جبريل إبراهيم : الميتافيرس والقانون الجنائي - دراسة استشرافية - دار النهضة العربية - 2022 .
- د/ محمد فهمي طلبة : الحاسب والذكاء الاصطناعي - مطابع المكتب المصري الاسكندرية 1997 .
- د/ محمد محي الدين عوض : مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات - الكمبيوتر - بحث مقدم للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي في 25-28 اكتوبر 1993 .
- د/ محمد محمد محمد عنب : استخدام التكنولوجيا الحديثة في الإثبات الجنائي - دار النهضة العربية - 2007 .
- د/ محمود أحمد طه : المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والانترنت - دراسة مقارنة - دار الفكر والقانون - المنصورة 2012 .
- د/ مصطفى محمد موسي : تنمية وتطوير إدارات التحري في جرائم مجتمع المعلومات والمجتمع الافتراضي - بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية .
- د/ مطاوع عبد القادر : تحديات ومتطلبات استخدام الذكاء الاصطناعي في التطبيقات الحديثة لعمليات إدارة المعرفة - دار النهضة العربية - 2012 .
- د/ هدي حامد قشقوش : جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة 1992 .
- د/ وفاء محمد أبو المعاطي صقر : المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - دراسة تحليلية استشرافية - مجلة روح القوانين العدد 96 اكتوبر 2021 .
- د/ ياسر محمد اللمعي : المسؤولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول - دراسة تحليلية استشرافية - بحث مقدم للمؤتمر الدولي السنوي العشرين - بكلية الحقوق - جامعة المنصورة في الفترة من 23 - 24 مايو 2021 .
- د/ يحيى إبراهيم دهشان : المسؤولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون - العدد 82 - ابريل 2020 .

المراجع الأجنبية :

- Gabriel Hallevy, the criminal liability of the artificial intelligence entities - from science fiction legal social control ,Akron law Journal ,2016 .
- Jonathan herring criminal law palgrave Macmillan fourth edition 2005.
- Michael Jefferson ;
criminal law Longman group edition 1995.
- Russell Heation ;
- criminal law Oxford University press second edition 2006.
- Steven J.Frank,adjudication and the emergence of artificial intelligence software,Suffolk, U.1.Rev,623,1987 .
- Ying HU : robot criminal , university of Michigan Journal of law reform,volume 52- 2019 .
- Section , AA.AB,AD , The European Parliament , civil law rules on robotics , 16 fev, 207.

التشريع الأسري المغربي

بين الخصوصية والكونية

- أحكام الولاية والتعدد نموذجا -

Moroccan family legislation

between privacy and universality : the

provisions of guardianship and polygamy as a model



نجاة بوعريب¹؛ دكتورة

في الشريعة والقانون ، كلية

الشريعة، جامعة ابن زهر أكادير، المغرب

Najat Bouarib : Doctor of Chariaa and Law

Faculty of Sharia , Ibn Zohr University, Agadir/Morocco

¹ - منسقة برنامج الدمج المدرسي للأطفال الصم ، مهتمة بقضايا المرأة والطفل. Email : najatbouarib26@gmail.com

Coordinator of the School Inclusion Program for Deaf Children , Interested in women's and children's issues

ملخص :

لقد شكل تبني مدونة الأسرة شهر فبراير 2004، تقدما كبيرا في الاعتراف بالمساواة في العلاقات بين الجنسين داخل الأسرة، حيث سعى المشرع من خلال المقتضيات المنظمة للعلاقات الأسرية الى تبني مبادئ العدل والمساواة والإنصاف، وذلك في اطار التوفيق بين قيم المرجعية الدينية في مجال الأسرة، والقيم الكونية الواردة في المواثيق والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية، خاصة ما يتعلق بأحكام الولاية والتعدد، باعتبارهما أبرز القضايا التي كانت محط نقاش حاد بين أنصار التيار المحافظ من جهة، وأنصار النموذج الأممي من جهة أخرى.

• الكلمات المفتاحية : الكونية – الخصوصية – الولاية – التعدد.

Abstract :

The adoption of the Family Code in February 2004 constituted a great progress in recognizing equality in gender relations within the family, as the legislator sought, through the regulating requirements of family relations, to adopt the principles of justice, equality and equity, within the framework of reconciling the values of the religious authority in the field of the family, and the values The universality contained in the international charters and treaties ratified by the Kingdom of Morocco, especially with regard to the provisions of guardianship and pluralism, as the most prominent issues that were the subject of intense debate between supporters of the conservative movement on the one hand, and supporters of the international model on the other.

• **Key words** : universality ,Privacy ,Guardianship , Polygamy.

مقدمة :

لقد شكل تبني مدونة الأسرة شهر فبراير 2004، تقدما كبيرا في الاعتراف بالمساواة في العلاقات بين الجنسين داخل الأسرة، فهو يندرج ضمن مسلسل إقرار دولة الحق، الذي انخرط فيه المغرب منذ تسعينيات القرن الماضي، خاصة إذا علمنا أن ديمقراطية المجال العام لا يمكن تصورها بدون ديمقراطية العلاقات بين أفراد الأسرة، التي تعتبر الخلية الأساس في التنشئة الاجتماعية والتربية على المساواة المؤسسة على النوع. في اطار ذلك، ورد في ديباجة مدونة الأسرة أنه تم تعديل مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في إطار العمل على صياغة منظومة تشريعية متكاملة ومنسجمة بهدف إنشاء أسرة قائمة على مبادئ المسؤولية

المشتركة، والمودة والمساواة والعدل، والمعايشة بالمعروف وفق أحكام الإسلام السمحة ومقاصده، مع الالتزام بمنظومة بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا.

وهكذا، فإن مدونة الأسرة سعت، انطلاقا من مبادئ العدل والمساواة والإنصاف، إلى التوفيق بين قيم المرجعية الدينية في مجال الأسرة، والقيم الكونية الواردة في المواثيق والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية، خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

استنادا إلى ما سبق، حاولنا رصد القضايا الأساس التي تعكس التزام المشرع المغربي بمبادئ الاتفاقيات الدولية، دون تجاوز الخصوصيات والثوابت الوطنية، من خلال تناول أحكام الولاية والتعدد باعتبارهما أبرز القضايا التي كانت محط نقاش حاد بين أنصار التيار المحافظ من جهة، وأنصار النموذج الأممي من جهة أخرى.

في إطار ذلك، يمكننا طرح الإشكالية التالية: إلى أي حد استطاع المشرع المغربي التوفيق بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان ومرجعية الشريعة الإسلامية دون تجاوز الثوابت الوطنية والهوية الدينية في أحكام الولاية والتعدد؟

المطلب الأول: الولاية على المرأة بين المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والخصوصية الوطنية:

لقد كانت مسألة الولاية من أبرز القضايا الخلافية بين أنصار الاتجاه المحافظ وأنصار الحداثة، فاعتبر الاتجاه المحافظ الولاية لازمة عند إبرام عقد الزواج، وأنها من شروط عقد الزواج، أما أنصار الحداثة فقد عارضوا فكرة الولاية في الزواج لأنها تتعارض مع ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان خاصة مبدأ المساواة عند إبرام عقد الزواج.

الفقرة الأولى: الولاية في الفقه الإسلامي:

أولا- تعريف الولاية:

*الولاية في اللغة: النصره والمحبة، قال ابن منظور: الولاية بالفتح المصدر والولاية بالكسر الاسم من ولي، تقول العرب ولي الأمر أي ملك الأمر وقام به، و"الولاية هي النصره والتدبير والقدرة والفعل: لأنها تشعر بالتدبير والقدرة والفعل"⁽¹⁾

إن الولاية في مدلولها اللغوي إذن، تحيل على معاني النصره والإعانة والتضامن وحسن التدبير والقدرة.

(1)- لسان العرب، لابن منظور، ص"407، المجلد الخامس عشر.

أما في الاصطلاح، فقد عرفها الفقهاء بأنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"⁽¹⁾، إلا أن ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يقتصر على أحد نوعي الولاية،⁽²⁾ وهي ولاية الإيجاب كما نبه إلى ذلك ابن عابدين رحمه الله، مما يجعل هذا التعريف لا يشمل الاختيار عند الحنفية. لذلك يكون التعريف الأشمل هو ما ذكره ابن منظور بأن ولي المرأة هو: "الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد دونه"⁽³⁾.

ثانيا- موقف الفقهاء من اشتراط الولي في النكاح :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الثيب لا ولاية عليها، إلا أنهم اختلفوا في البكر اختلافا يصل إلى أكثر من ستة أقوال تؤول اختصارا إلى رأيين أساسيين :

* رأي الجمهور: الذي اعتبر الولاية شرطا لازما في النكاح، فلا تعقد البكر زواجها، صغيرة كانت أم كبيرة إلا بولي يتولاه، وأنها إن فعلت كان نكاحها فاسدا.

- رأي الحنفية: رأي لا يعتبرها شرطا لازما في النكاح، بحيث أجازوا للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها من غير حاجة إلى ولي، إن كان لها كفؤا، ولقد استدلل الجمهور بآيات وأحاديث، منها قوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم)⁽⁴⁾. وحديث عائشة رضي الله عنها: (أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها مهر المثل بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)⁽⁵⁾.

أما القائلون بعدم اشتراط الولاية في النكاح وهم الحنفية، فقد استدلوا بآيات وأحاديث منها: قوله تعالى: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)⁽⁶⁾، وقوله سبحانه: (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف)⁽⁷⁾، واستدلوا أيضا بما روى النسائي، وابن ماجه، عن عائشة رضي الله

(1)- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان: 1415هـ- 1994م ص 154

(2)- تنقسم الولاية من حيث الإيجاب والاختيار إلى: - ولاية الإيجاب: أو ولاية حتم وإيجاب، ومعناها أن ينفذ الولي نكاح المولى عليها دون اعتبار لرأيها بدون إذنها ورضاها. / - ولاية الاختيار أو ولاية ندب واستحباب: فهي حق الولي في تزويج المولى عليها باختيارها ورضاها.

(3)- سليمان الأشقر، ماجد أبو روية، محمد بن عثمان شبير، عبد الناصر أبو البصل، مسائل الفقه المقارن، الطبعة الرابعة 1424/2003 دار النفائس، الأردن، ص: 184.

(4)سورة البقرة الآية 221.

(5)أخرجه أبو داود في سننه/كتاب الطلاق/باب في الولي/ج2/رقم الحديث 2083، وأخرجه الترمذي في سننه/أبواب النكاح/باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي/ج2/ص399. رقم الحديث 1102، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى/كتاب النكاح/باب لا نكاح إلا بولي/ج7/ص169. رقم الحديث 13598.

(6)سورة البقرة، الآية 23

(7)سورة البقرة، الآية 234.

عنها : " أن فتاة دخلت عليها فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء ". وفي رواية: " ولكن أردت أن تعلم النساء أنه ليس للآباء من الأمر بشيء"⁽¹⁾.

عموما، يمكن التأكيد على أن المؤسسة الولي أهمية قصوى في الفقه الإسلامي سواء من خلال اشتراط الولي عند الجمهور أو التشديد في شرط الكفاءة واعتبارها أمرا مشتركا بين المرأة ووليها، يمنح الحق لهذا الأخير في فسخ النكاح المعقود عليها دون تحقيق شرط الكفاءة.

الفقرة الثانية : الولاية في مدونة الأحوال الشخصية ومعارضة المرجعية الدولية لحقوق الانسان :

لقد كان المشرع في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وقبل تعديلات 1993 يساير رأي الجمهور، ومن ضمنه رأي الإمام مالك، عندما اعتبر الولاية شرط صحة في الزواج، لا يصح إلا بتوفرها سواء كانت المرأة بكرا أم ثيبا، صغيرة أم كبيرة، وبناء عليه، كانت المدونة الملغاة لا تسمح للمرأة بأن تبرم عقد زواجها بنفسها، ولو كانت بالغة سن الرشد بل لا بد من حضور ولي يتولى إبرامه نيابة عنها⁽²⁾. والأصل في هذه الولاية أنها ولاية اختيار غير أنها تتحول استثناء إلى ولاية إجبار انطلاقا من البند الرابع من الفصل 12، الذي يعطي الولي حق إجبار المرأة على الزواج في حالة الخوف عليها من الفساد، والولي المخبر في هذه الحالة ليس هو الأب أو الوصي إنما القاضي الذي يجبرها على الزواج لتكون في عصمة زواج كفاء لها⁽³⁾.

إن هذه المقتضيات المنظمة لأحكام الولاية في الزواج كانت محل عدة انتقادات بحيث اعتبر معارضو الولاية أنه إذا كان تقرير الولاية على النفس بالنسبة للزوجة القاصرة أو القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الرشد، فإن فرضها على المرأة الرشيدة دون الرجل يعد نوعا من أنواع التمييز بين حق المرأة لما يتضمنه من تقييد يديم فكرة اعتبار المرأة قاصرة مما ينتج عنه انتقاص من حرية المرأة في الزواج ومساس باستقلاليتها

(1) سنن النسائي، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، رقم 3218. سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم 1864.

(2) فبالإضافة إلى الفصل الخامس الذي اعتبر الولاية شرط صحة في الزواج، نص الفصل 12 على أن ما يلي:

- الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك إلا في الحالات المنصوص عليها في ما يلي:

+ لا تباشر المرأة العقد ولكن نفوض وليها أن يعقد عليها.

+ توكل المرأة وصيا ذكرا تعتمده في مباشرة العقد على من هي تحت وصايته.

+ لا يسوغ للولي ولو أبأ أن يجبر ابنته البالغ ولو بكر على النكاح إلا بإذنها ورضاها إلا إذا خيف على المرأة الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتى

تكون في عصمة زوج كفاء يقوم عليها.

(3) - محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، سنة: 1993، ص: 54.

أيضا. ⁽¹⁾، تجاوزا لهذه الانتقادات عمل المشرع على إدخال عدة تعديلات على مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية في باب الولاية، وذلك بمقتضى الظهير بمثابة قانون الصادر في شتنبر 1993، وقد انصبت هذه التعديلات بشكل أساسي على الفصل 5 من المدونة الملغاة حيث أضيف إليه بند ينص على أنه لا يتم الزواج إلا برضى الزوجة وموافقتها وتوقيعها على ملخص الزوج لدى العدلين، بناء عليه أصبحت الولاية في التشريع المغربي، وفي كل الأحوال، لا يمكن أن تكون إلا ولاية اختيار، بحيث يشترط أن لا يتم الزواج إلا برضى الزوجة وموافقتها.

وفي هذا الإطار ميز المشرع بشأن شرط الولاية وبكيفية صريحة بين صنفين من النساء، المرأة الرشيدة التي لا أب لها، واليتيمة التي تملك أحقية تامة في أن تعقد زواجها بنفسها أو أن توكل من تشاء من الأولياء، والمرأة ذات الأب والتي تعتبر الولاية شرط صحة بالنسبة لها، لا يقوم الزواج صحيحا إلا بتوفرها ⁽²⁾. وعلى الرغم من هذه التعديلات، فقد استمرت المطالب بإلغاء الولاية، لدرجة اعتبر فيها تمسك المشرع المغربي بالولاية في الزواج تقييدا خلق وضعية شاذة واستثنائية بالنسبة لوضعية المرأة، فضلا عن كونه يقيد الحرية الشخصية للمرأة ككائن بشري، ويجعل اختيارها معلقا على رغبة الغير ⁽³⁾ فإنه يعكس تصورا دونيا للمرأة من خلال اعتبارها محجورا عليها معنويا مجال إبرام عقد زواجها أمام القانون ⁽⁴⁾. كما أن اشتراط الولي في الزواج يتنافى مع مبدأ المساواة بين الطرفين المتعاقدين، ويمس بكرامة المرأة البالغة الراشدة بالحكم عليها بالقصور مدى الحياة ⁽⁵⁾. لهذا، يجب أن يكون إلزام اللجوء إلى الولي أثناء عقد الزواج ثانويا بحيث يسمح للفتاة الرشيدة بأن تعقد زواجها دون وساطة الولي إذا رغبت في ذلك ⁽⁶⁾.

ان الولاية بالمعنى السابق تتنافى مع مبدأ الحرية والمساواة، كحقوق أساسية مكفولة للمرأة بمقتضى الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، خاصة الميثاق العالمي لحقوق الإنسان واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مايلي :

"1- للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة، دون قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما معا يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.

(1)- خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب: وضعية المرأة نموذجا، ص: 111.

(2)- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ص: 223-224.

(3)- يوسف بناصر، مدونة الأسرة المسار والتطلعات قراءة تحليلية وتقويمية، مقال منشور بمجلة الواحة القانونية، العدد: 2، ص: 221.

(4) سنة بعد مدونة الأسرة.. لا جديد، منشورات الجمعية المغربية لحقوق الإنسان فرع الرباط، مطبعة ربانية، الطبعة الأولى، سنة 1495-2005 ص8

راجع أيضا: + نجاه الكص، مواقف وآراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية، دار القلم للنشر والتوزيع الرباط، تقديم: عبد الله درميش، الطبعة الأولى، يونيو 2002، ص: 58-59.

(5) فريدة بناني، المرأة المغربية: الوضع القانوني والاجتماعي، مجلة مقدمات، ع 2، ص: 163.

(6) مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة، ص: 128.

2- لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاه كاملا لا إكراه فيه".
بموازاة ذلك تنص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على : " أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة :

أ- نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل...."
فكما هو واضح من خلال هذه المقتضيات أن مختلف المواثيق الدولية لحقوق الإنسان تشترط توفر الحرية، الإرادة والرضى كمبادئ تحكم العلاقة بين طرفين الزواج ولا شك أن تبنى المشرع لمؤسسة الولاية في مدونة الأحوال الشخصية يناقض حرية الإرادة الكاملة كما هي منصوص عليها في المواثيق الدولية.

الفقرة الثالثة : مدونة الأسرة وتكريس مبادئ المرجعية الدولية لحقوق الإنسان :

إن الاتفاقيات الدولية كمرجعية، كانت غائبة تماما عن نصوص مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والاستئناس بها كان بطيئا، فبالأحرى أن تكتسب صفة السمو عليها⁽¹⁾، وسبب غياب الاعتماد على هذه المرجعية، يرجع إلى مجموع التحفظات التي أبدتها المغرب على بعض بنود هذه الاتفاقيات التي صادق عليها، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعدم ملاءمتها لخصوصياتنا الدينية والثقافية والأخلاقية والاجتماعية⁽²⁾، ولقد كانت الولاية من أهم المسائل التي تم التحفظ عليها، على اعتبار أن المساواة التي جاءت بها المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز المرأة تعتبر منافية للشريعة الإسلامية، جاء في التحفظ المغربي على هذه المادة: " تتحفظ حكومة المملكة المغربية على مقتضيات هذه المادة وخصوصا منها ما يتعلق بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج... لكون مساواة من هذا القبيل تعتبر منافية للشريعة الإسلامية.⁽³⁾

إن الولاية التي شرعت في الأصل للإحسان للمرأة بخدمة مصالحها وحماية حقوقها في إطار تحقيق المقاصد الكبرى لعقد الزواج، فهتمت اليوم على أنها امتهان وحط من قيمة المرأة، ومظهر من مظاهر الدونية، وهو ما يفسر تزايد المطالبين بإلغائها، وسبب هذا الفهم الخاطئ هو قصور النظر القانوني الذي يتناول الولاية في

(1)- أحمد الخمليشي وعبد الرزاق مولاي رشيد، مدونة الأحوال الشخصية بعد عشر سنوات من صدورها، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10- 1981، ص: 8.

(2)- محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربية بين الثبات والتطور، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، ص 38.

(3)- ظهير الشريف رقم 361، 93، 1 صادر في 29 رمضان 1421 - 26 ديسمبر 2000 بنشر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 18، 01، 2001.

إطار ضيق لا يتعدى حقوق المتعاقدين، قياسا لعقد الزواج على عقد البيع أو الشركة، وهو منطوق من صميم التخطيء، إذ أن عقد الزواج عقد لا يقاس عليه.⁽¹⁾

في خضم هذه النقاشات، وبناء على المسوغات الواقعية، المرتبطة بضرورة مواكبة سنة التطور وما وصلت إليه المرأة من الوعي ومن درجات التعليم في مختلف أنواع المعرفة ناسبت بها الرجل، وتزايد الضغوط الداخلية لدعاة تغيير المدونة ونظرا لمرونة التشريع الإسلامي جاء تعديل حكم الولاية على المرأة في الزواج في المادتين 24 و25 من مدونة الأسرة، حيث نصت المادة 24 على: "أن الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها"، أما المادة 25 فتتص على أنه: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

من خلال هذه المقتضيات يتبين أن المشرع لم يبلغ مؤسسة الولاية من النسق القانوني، وإنما أبقى عليها، وهو ما يظهر واضحا من خلال صياغة المادة 24 التي تحدد الولاية كحق للمرأة، فالمشرع المغربي استطاع أن ينقل النقاش حول الولاية من دائرة الإبقاء عليها، أو إلغائها إلى دائرة أخرى حصرت في كيفية ممارسة هذه الولاية،⁽²⁾ حيث تم تقييد الولاية كحق للمرأة "بالرشيدة"، وحتى إن كانت رشيدة فلها الخيار في أن تعقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأولياها، أما القاصر التي لم تبلغ بعد سن الثامنة عشرة، فلا نقاش في أنه لا يمكنها أن تتزوج إلا بإذن من القاضي حسب منطوق المادة 20 من المدونة، كما أنه لا بد لها من التعويل على ولي يعقد عليها طبقاً لمقتضيات المادة 13، إن المشرع المغربي إذن، لم يبلغ الولاية، وإنما ألغى إجبارية مؤسسة الولي بالنسبة للرشيدة مطلقا سواء كان لها أب أم لا، بمعنى أنه جعل الاختيار لها في أن تحافظ على الولاية وتثبتها في عقد زواجها وهذا هو الأفضل والأسلم لها، أما من اضطرت أن تستغني عن الولي لسبب من الأسباب، أو لظرف من الظروف فلها مخرج في الفقه الإسلامي ولها وجه مشروع لدى عدد من الأئمة والفقهاء⁽³⁾، غير أن اعتبار الولاية حقا للمرأة وإعطاء المرأة الحق في إبرام زواجها دون ولي، لا يجب أن يفهم منه تغيب كل دور للعائلة، فالأولى لها أخذ رضى أولياء المرأة بالعقد تأمينا لمصلحتها وإقامة لبيان الأسرة على أسس متينة.

وعموما، فالتمسك بمؤسسة الولاية في النسق القانوني المغربي كحق للمرأة في حقيقته تمسك بضمانة تحمي مصالح المرأة وحقوقها لما يعتري المرأة من ضعف في الإرادة بحيث تحتاج إلى أن يكون بجانب إرادتها إرادة

(1)- حسن القصاب، تدافع قاعدة مراعاة الخلاف ونظرية تنازع القوانين في استبعاد تطور قوانين الأسرة، مقال منشور بمجلة المذهب المالكي، العدد: 7 سنة 2009-1430 ص: 99.

(2)- عبد الكبير طيب، مدونة الأسرة ومحددات الفكر الحدائي المجتمعي، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد، 22 نونبر 2004، ص: 21.

(3)- محمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة مقاربات في الفقه والقانون والعمل القضائي، الطبعة الأولى، سنة: 2011 دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، ص: 40.

ثانية تساعدها وتحميها ولا تلغيها ليجد الخاطب نفسه مواجهة بإرادتين إرادة المرأة وإرادة الولي، مما يؤلف إرادة عائلة واحدة يشعر معها الزوج أنه يتعاقد مع شخص معنوي هو عائلة الزوجة وليس مع المرأة عزلاء⁽¹⁾.

من الناحية الواقعية، وعلى الرغم من دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق منذ سنة 2004، فإن التمثلات الاجتماعية السائدة لا زالت تنظر للمقتضيات المنظمة للولاية نظرة سلبية سواء داخل المجتمع، أو من لدن الفتيات الراشديات أنفسهن اللواتي لا يستعملن هذه الامكانية الا نادرا، والسبب يرجع بالأساس إلى اعتبار هذا المقتضى مساسا بالسلطة الأبوية، وخروجها عن طاعة الأبوين، إذ ينبغي أن لا يغيب عن أذهاننا أن " طاعة الوالدين " تشكل جزءا مهما من الثقافة المغربية التي تنظر إليها كمفتاح للنجاح في الحياة عموما، وفي الحياة الزوجية على الخصوص، بالإضافة إلى أن مسألة اختيار شريك العمر تعتبر في مجتمعنا مسألة عائلية تهم الأسرة كلها، سواء تعلق الأمر بالفتاة أو الفتى، حيث يشترط على هذا الأخير أيضا احضار والديه في مراسيم الخطبة والزواج، كضمان لجديته في الزواج، ولكونه " مرضي الوالدين "، وبالتالي فإن عقد الفتاة الراشدة زواجها بنفسها دون حضور وليها لازل أمرا غير مقبول اجتماعيا، ويجعلها تفقد احترام أسرة زوجها، وفي نفس الوقت تفقد حماية أسرتها في حال وقوع مشاكل بينها وبين زوجها، حيث يتم تذكيرها بأن ما عليها إلا أن تتحمل عواقب اختيارها تزويج نفسها بدون وليها.⁽²⁾

نخلص إلى أن الموقف الذي تبناه المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة بخصوص الولاية لا يصادم نصا شرعيا، ويتوافق إلى حد كبير مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية ويرم أخيرا التسوية بينمتساويين، ميز بينهما تعديل 1993 بشكل تعسفي غير مستساغ.⁽³⁾

المطلب الثاني : تقييد التعدد بين المرجعية الدولية لحقوق الانسان والخصوصيات الوطنية :

لقد شكل موضوع تعدد الزوجات من أبرز المواضيع التي أثارت النقاش بين أنصار الاتجاه المحافظ وأنصار النموذج الأممي الداعي إلى التجديد و مسايرة روح العصر، فأنصار الاتجاه المحافظ دافعوا على حرية تعدد الزوجات بمبرر شرعي يجد أساسه في قوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث ورباع)⁽⁴⁾، وبمبررات أخرى اجتماعية، أما أنصار الاتجاه الداعي إلى التغيير ومسايرة روح العصر، فيعارضون

(1)- أحمد باكو، الولاية في الزواج حكمتها وضرورتها، ص: 86

(2) وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية: "10 سنوات على تطبيق مدونة الأسرة: أي تغيير في تمثلات ومواقف وممارسات المواطنين والمواطنات"، تقرير 2016، مرجع سابق، ص: 105

(3)- الحسين بلحساني، تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة، مداخلة في ندوة مستجدات مدونة الأسرة، نظمت بجامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2003، ص: 26.

(4)سورة النساء، الآية: 3.

فكرة التعدد لما يلحقه من حيف بالمرأة والأبناء من جهة ولتعارضه مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي تقر مساواة الرجل و المرأة و تنبذ كل تمييز أساسه الجنس من جهة أخرى⁽¹⁾.

الفقرة الأولى : التعدد في الفقه الإسلامي :

إن الإسلام لم يشرع نظام التعدد، بل وجده سائدا قبل لدى شعوب كثيرة متحضرة وغير متحضرة مثل الصينيين و الهنود و الفرس والمصريين...، كما صادفه ساري المفعول في المجتمع الجاهلي، حيث كان عامة العرب يعددون نساءهم بلا حصر وبغير قيد أو شرط.

فتدخل الإسلام للحد من هذه الظاهرة الفاسدة المضرة بالمرأة وبالمجتمع والأمة، وذلك بتقييده وضبطه وتنظيمه، فوضع بادئ الأمر حدا أقصى لهذا التعدد، ثم تدرج الى اشتراط العدل بالتسوية بينهن وجعل الخوف من عدم العدل كتحققه⁽²⁾.

والأصل في مشروعية التعدد في الإسلام، هو قوله عز وجل: (وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا)⁽³⁾

فهذه الآية نص صريح على إباحة التعدد، فللرجل أن يتزوج واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعاً، إلا أن هذه الإباحة مقصورة على الجمع بين أربع زوجات كحد أقصى للجمع ولا يجوز الزيادة عليه وبهذا قال المفسرون⁽⁴⁾.

أما من السنة فالتعدد يجد أساسه في- ما رواه ابن عمر من أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعة⁽⁵⁾.

(1) خالد برجوي، إشكالية الأضالة و العاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب: وضعية المرأة نموذجا، مرجع سابق، ص: 133-136

(2) الطاهر الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، منشورات دار المعارف للطباعة والنشر، سوسة-تونس 1992، ص: 55.

(3) سورة النساء، الآية 3

(4) أنظر تفسير الرازي، ج 9، ص: 175

تفسير ابن كثير ج 1 ص 45

و تفسير القرطبي ج 5، ص 12-16

(5) أخرجه الترمذي السنن 3/434 باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة رقم الحديث 1128، و البيهقي في السنن الكبرى باب من يسلم و

عنده أكثر من أربع نسوة رقم الحديث 13819، و في السنن الصغرى باب عدد ما يحل من الحرائر والاماء حديث رقم 2528، و أحمد في المسند 2/83

حديث رقم 5558، كما أخرجه الحاكم في المستدر 2/493 حديث رقم 2779 و ذكره الألباني في صحيح سنن الترمذي 3/128 حديث رقم 1128.

- عن الحارث بن قيس أنه قال : أسلمت وعندني ثماني نسوة فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : (اختر منهن أربعة)⁽¹⁾.

ولقد بين الله سبحانه وتعالى أن التعدد مشروط بالعدل، وفي غيابه يجب الاقتصار على زوجة واحدة، يقول تعالى: (فان خفتن ألا تعدلوا فواحدة)⁽²⁾، فهذه الآية الكريمة صريحة في أن العدل شرط لإباحة التعدد فإذا خاف الرجل من عدم العدل بين زوجاته إذا تزوج أكثر من واحدة كان محظورا عليه الزواج بأكثر من واحدة.

ولا يشترط اليقين من عدم العدل لحرمة الزواج بالثانية، بل يكفي غلبة الظن فإذا كان غالب ظنه أنه إذا تزوج زوجة أخرى مع زوجته، لم يستطع العدل بينهما حرم عليه هذا الزواج⁽³⁾.

والمقصود بالعدل المطلوب من الرجل لإباحة التعدد له، هو التسوية بين زوجاته في النفقة والكسوة والمبيت ونحو ذلك من الأمور المادية مما يكون في مقدوره واستطاعته.

أما التسوية بين الزوجات في المحبة وميل القلب ونحو ذلك من الأحاسيس فهذه الأمور غير مكلف بها، ولا مطالب بالعدل فيها بين زوجاته لأنه لا يستطيعها⁽⁴⁾.

وهذا هو معنى قوله تعالى : (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)⁽⁵⁾.

ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (اللهم إن هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك)⁽⁶⁾.

(1) أخرجه أو داوود في كتاب الطلاق باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع رقم الحديث: 2241، ورواه ابن ماجة في كتاب النكاح باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة رقم الحديث 1952، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح جماع أبواب المشرك باب من أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة رقم الحديث 1428.

(2) سورة النساء، الآية 3.

(3) تفسير الرازي ج 9 ص: 176-177، تفسير ابن كثير، ج 1 ص: 415، تفسير القرطبي، ج 5 ص: 12.

(4) تفسير ابن كثير 1/432.

(5) سورة النساء، الآية 129.

(6) رواه أحمد في مسند عائشة ج 6 ص: 161، وأبو داوود في كتاب النكاح باب في القسم بين النساء رقم الحديث 2134، وابن ماجة في كتاب النكاح، باب القسم بين النساء رقم الحديث 1971، وأخرجه البيهقي في كتاب القسم والنشوز: باب ما جاء في قوله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء..) رقم الحديث 15112.

أما الشرط الثاني لإباحة التعدد فهو القدرة على الإنفاق على الزوجات، ويستدل على شرط الإنفاق بقوله تعالى: (فان خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا)⁽¹⁾، وقد نقل الإمام الشافعي أن معنى قوله تعالى: (ألا تعولوا) أي ألا (يكثرون عيالكم)⁽²⁾.

هذا وقد اختلف المعاصرون في حكم التعدد، هل هو قاعدة أم استثناء، أي أصل أم رخصة إلى رأيين:

-الرأي الأول: اعتبر أن التعدد هو الأصل، إذ التعدد مباح مطلقا ولو لم تكن هناك ظروف تقتضيه.

وفي هذا الصدد ذهب الدكتور محمود شلتوت الى القول بأن: "إباحة التعدد لا يتوقف على شيء وراء أمن العدل، وعدم الخوف من الجور، فلا يتوقف على عقم المرأة ولا مرضها مرضا يمنع من تحصن الرجل، ولا على كثرة النساء كثرة ينفرط معها عقد العفاف... ولو كان الأمر عكس هذا لكان أسلوب الآية في معناه هكذا: وان خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا واحدة من غيرهن، فان كان بها عقم أو مرض أو اضطرتم الى غيرها مثنى وثلاث ورباع، ولفات بذلك الغرض الذي ربط به تشريع تعدد الزوجات، من قصد التوسعة عليهم في ترك اليتامى حين الخوف من عدم الإقساط فيهن..."⁽³⁾.

-الرأي الثاني: يرى أصحابه بأن التعدد ليس هو الأصل، وإنما هو استثناء يلجأ إليه في حالة الضرورة والحاجة، إذ الأولى الاقتصار على واحدة إذا حصل بها الاعفاف لما فيه من التعرض الى المحرم، قال تعالى: (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)⁽⁴⁾.

وقد عبر الشيخ محمد عبده عن هذا الموقف بالقول: "من يتأمل الآيتين يجد أن إباحة التعدد في الإسلام أمر مضيق فيه أشد التضيق، كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لاحتياجها بشرط الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور ذلك أن الشريعة عندما سمحت بالاقتران بأربع نسوة فإنها لم تفعل ذلك لكي يقضي الرجل شهواته فيمن شاء، بل كانت هذه الإباحة محددة بفكرة العدل وكان الملحوظ فيها أن تكون لدوافع خاصة تضطر الرجل الى اتخاذ زوجات أخرى، أما الأصل في الشريعة الإسلامية فهو أن تكون الزوجة واحدة"⁽⁵⁾.

(1)سورة النساء، الآية 3

(2)تفسير الرازي، ج9ص: 179

(3)محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة،، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة التاسعة، سنة 1977م، ص: 186-187

(4)سورة النساء، الآية 3.

(5)محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ص:، 349 ج 4

نفس الرأي ذهب إليه تلميذه رشيد رضا، حيث قال: (إن تعدد الزوجات خلاف الأصل الطبيعي في الزوجية فإن الأصل أن يكون للرجل امرأة واحدة يكون بها كما تكون به زوجها، ولكنه ضرورة تعرض للاجتماع، ولاسيما في الأمم الحربية كالأمة الإسلامية، فهو إنما للضرورة"⁽¹⁾).

الفقرة الثانية : التعدد في قانون الأحوال الشخصية ومعارضة المرجعية الدولية لحقوق الإنسان :

في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وقبل تعديلات 1993 كان التعدد مفتوحا على إطلاقه من الناحية القانونية، بحيث لا ترد عليه أية قيود أو موانع تحول دون لجوء الزوج إليه ⁽²⁾. حيث لم تكن ترد عليه أية قيود ملزمة، فحتى اشتراط عدم التعدد عند الخوف من الجور تبقى مسألة أخلاقية ترجع بالأساس الى الوازع الديني للزوج، حيث من الصعب ضبطها من الناحية الواقعية، خصوصا وأن صياغة هذا الشرط ظلت غامضة⁽³⁾، كما أن المشرع لم يرتب أية جزاءات في حالة عدم احترام الزوج لشرط عدم التعدد الذي قد تشترطه عليه الزوجة الأولى، مما يجعل من حق المرأة في هذه الحالة المطالبة بإنهاء الرابطة الزوجية دون إمكانية منعه من التعدد⁽⁴⁾.

إلا أنه بعد الإصلاح التشريعي الذي طال مدونة الأحوال الشخصية الملغاة 1993، تم تعديل الفصل 30 بحيث تم إقرار قيدين على التعدد، تمثل الأول في اشتراط المشرع على الزوج ضرورة إشعار الزوجة الأولى برغبته في الزواج عليها مع إعلام الزوجة الثانية بأنه متزوج، ويتمثل الثاني في منح القاضي حق مراقبة التعدد وتقييم مدى إمكانية توفر العدل من عدمه.

إن هذه التعديلات لم تذهب -حسب بعض الباحثين⁽⁵⁾ - إلى حد منع التعدد كما كانت تنتظر العديد من الجهات المدافعة عن حقوق المرأة خاصة، كما لم تمنح المرأة أية إمكانية حقيقية للحيلولة دون حصول التعدد رغم اشتراط إذن القاضي، لأن الفصل 30 لم يحدد المعايير التي يمكن لهذا الأخير اعتمادها لتحديد مدى توفر شرط العدل من عدمه، مما يجعل هذه التعديلات محدودة ومتعارضة مع النموذج الأسري القائم على إلغاء التمييز بين الجنسين كما تحدده الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي تقر بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، من ذلك المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، التي تنص على أن: " للرجل و المرأة متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج و تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، و هما يتساويان في الحقوق خلال قيام الزواج.. "

(1) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ص: 350.

(2) خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة، مرجع سابق، ص: 136

(3) المرجع نفسه، ص: 136

(4) إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية، مرجع سابق، ص: 17

(5) خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة، مرجع سابق، ص: 138

بموازاة ذلك، دعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى شجب كل ميز ضد المرأة واعتبرت في المادة الأولى أن الميز يعني: "أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية.. أو ممارستها بصرف النظر عن حياتهما الزوجية وعلى أسباب المساواة بينها وبين الرجل".

في هذا الإطار أفادت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أن: " المساواة في المعاملة فيما يخص الحق في الزواج، يعني ضمنا أن تعدد الزوجات لا يتماشى مع هذا المبدأ، فتعدد الزوجات ينتهك كرامة المرأة، كما أنه تمييز غير مقبول ضد المرأة، وبالتالي ينبغي إلغاؤه حيث لم يزل قائما"⁽¹⁾.

وحسب اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، فتعدد الزوجات يعتبر أمرا منافيا لكرامة النساء والفتيات، ومخل بما لهن من حقوق الانسان وحرياته، بما في ذلك التمتع بالمساواة والحماية داخل الأسرة. ويتباين تعدد الزوجات فيما بين السياقات القانونية والاجتماعية وداخلها، وتشمل آثاره الاضرار بصحة الزوجات، البدنية والذهنية ورفاههن الاجتماعي، وتعريض الزوجات للأذى والحرمان الماديين، والحاق أضرار مادية وعاطفية بالأطفال كثيرا ما تكون لها عواقب خطيرة على رفاههم.⁽²⁾

وينحو تعدد الزوجات الذي أذنت به مدونة الأسرة نفس المنحى، باعتباره من الممارسات الضارة، فوفقا للإحصاءات الصادرة عن وزارة العدل والحريات سنة 2010، فان 43,41 من طلبات الحصول على الاذن بتعدد الزوجات الذي نظرت فيها محاكم الأسرة خلال سنة 2010 تم قبولها من قبل القضاة، علما أن هذه التراخيص سجلت ارتفاعا طفيفا بين سنتي 2009 و 2010 (40,4% و % 43,4) على التوالي.⁽³⁾

كما بينت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أن الزواج القائم على تعدد الزوجات "مناف لحق المرأة في المساواة بينها وبين الرجل، ويمكن أن تترتب عليه آثار عاطفية ومالية بليغة الخطورة عليها وعلى أطفالها لذا ينبغي عدم تشجيع مثل هذه الزيجات وتحريمها".

وتعتبر هذه اللجنة أن البلدان التي تسمح بالزواج القائم على تعدد الزوجات بالرغم من الحق في المساواة المضمونة دستوريا، تخرق على هذا النحو ليس فقط الحقوق الدستورية للمرأة، بل إنها تخرق أيضا المادة 5 في فقرتها (أ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تقتضي من الدول الأطراف أن تعدل نماذج السلوك الاجتماعي والثقافي للرجل والمرأة بغية القضاء على التمييز القائم على أساس الجنس"⁽⁴⁾، لذلك عبرت اللجنة عن قلقها إزاء استمرار الترخيص القانوني بتعدد الزوجات في

(1)التعليق العام رقم 28 على المادة 3"المساواة في الحقوق بين المرأة والرجل"مجموع التعليقات الصادرة عن الأمم المتحدة ص:172-173 الفقرة 24.

(2) منشورات المجلس الوطني لحقوق الانسان، وضعية المساواة والمناصفة في المغرب: صون غايات وأهداف الدستور واعمالها، ص: 12

(3)المرجع نفسه، ص: 12

(4)حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، ص: 440

العديد من الدول، كما تحت على ضرورة اتخاذ تدابير تشريعية لمنع هذه الممارسة وفقا لتوصيتها العامة رقم 21⁽¹⁾.

استنادا إلى هذه المعطيات، يتبين أن الاحتفاظ بمبدأ التعدد يعبر عن تناقض صارخ بين التشريع الأسري المغربي وما تنص عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان خاصة اتفاقية سيداو.

إن هذا التعارض، يجسد بحق إشكالية عويصة طالما أرقت تفكير الباحثين، وهي إشكالية الخصوصية في مقابل الكونية، فالتعدد من وجهة نظر الشريعة الإسلامية يدخل في دائرة المباح من حيث المبدأ، بغض النظر عن القيود التي يمكن أن ترد عليه، بينما هو ممنوع من وجهة نظر الاتفاقيات الدولية، لأنه قد يشكل تهديدا لحقوق المرأة ويمس بمبدأ مساواتها مع الرجل.

في هذا الإطار يجدر التنبيه إلى أن الحفاظ على الخصوصية الدينية والثقافية، هي الدوافع التي جعلت المغرب يتحفظ على بنود اتفاقية سيداو، خاصة ما يتعلق بمقتضيات المادة 16، إلا أن هذا التحفظ-كما يري أحد الباحثين-ليس القصد منه التملص من التزامات المغرب بعدم تطبيق مقتضيات الاتفاقيات الدولية، بل القصد منه ترك المجال واسعا لتأويلها بما يتناسب مع النظام العام المغربي، وخاصة متطلبات الدستور وما تقضي به الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

مما سبق يتبين أن المشرع المغربي ملزم بالبحث عن حل توفيقى يوازن بين التزاماته الدولية، دون الخروج عما تقتضيه هويته وخصوصياته الدينية والثقافية، فإلى أي حد استطاع المشرع من خلال مدونة الأسرة التوفيق بين هذين المبدأين مبدأ الخصوصية والكونية.

الفقرة الثالثة : تقييد التعدد في ظل مدونة الأسرة في اتجاه تكريس مبادئ المنظومة الدولية لحقوق

الانسان :

نصت بعض الدول العربية في تشريعاتها الأسرية على إباحة التعدد مطلقا بغير قيد أو شرط، كالمملكة العربية السعودية والأردن، ودرجت أخرى على منعه مطلقا، ويتعلق الأمر بتونس التي منعت التعدد مطلقا، بل وفرضت عقوبة على كل من سولت له نفسه الزواج بأكثر من واحدة⁽³⁾.

أما المشرع المغربي فقد نظم التعدد في المواد من 40 الى 46 من مدونة الأسرة، وفق مقتضيات لم تتجاوز نظام التعدد كمبدأ، وإن كانت قد قيدته بضوابط عديدة اقتربت فيها من المنع⁽⁴⁾.

(1) المرجع نفسه، ص: 440

(2) أحمد ادريوش، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الداخلي، مساهمة في مؤلف جماعي "الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية ص: 112.

(3) ينص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في: 1 غشت 1956م أن "تعدد الزوجات ممنوع".

(4) الحسين بلحساني، تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة، ص: 23

فالمادة 40 تنص على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

إن هذه المقتضيات صريحة إذن في أن التعدد يمنع بكيفية مطلقة في حال الخوف من عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حال وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها⁽¹⁾.

وهذا الشرط حسب مدونة الأسرة، لا يمكن أن يكون موضوعا لأية مراجعة، ولو طرأت ظروف جعلت الالتزام به مرهقا على عكس باقي الشروط الاتفاقية الأخرى، فالمادة 48 من مدونة الأسرة استبعدت أية إمكانية لتعديل أو إعفاء الزوج من هذا الشرط.

استثناء من ذلك، وفي حالة عدم وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، يمكن للزوج أن يتزوج بزوجة ثانية بشرط جاء في المادة 41 من مدونة الأسرة: "لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.

إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان، ومساواة في جميع أوجه الحياة".

بمقتضى هذا النص منح المشرع السلطة القضائية، سلطة الإشراف الفعلي والقانوني والمسطري على أحقية التعدد في الزواج⁽²⁾، كما حدد مجموعة من المعايير التي على المحكمة أخذها بعين الاعتبار قبل منح الإذن بالتعدد، فبالإضافة إلى ضرورة التحقق من إمكانية العدل بين الزوجات، ومن عدم وجود شرط من الزوجة يمنع التعدد، فإن على المحكمة التثبت من وجود سبب ومبرر استثنائي وموضوعي لهذا الأخير، مع توفر الإمكانيات المادية اللازمة لإعالة الأسرتين، وضرورة موافقة الزوجة المراد التزوج عليها، مع استدعائها لأخذ رأيها في غرفة المشورة حسب ما نصت عليه المادتان 43 و44 من مدونة الأسرة.

وضمنا لحقوق الزوجة الأولى، وفي حالة توفر الشروط اللازمة وحصول طالبه على الإذن بالتعدد بعد إجراء محاولة الصلح، فإن المادة 44، منحت المحكمة صلاحية تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالها، كما أعطت المادة 45 الزوجة المراد التزوج عليها حق طلب التطلق في حالة عدم قبولها بالتعدد مع حفظ كافة حقوقها وحقوق أولادها.

(1) إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج مرجع سابق، ص: 16.

(2) يوسف بناصر، مدونة الأسرة المسار والتطلعات قراءة تحليلية وتقويمية، مقال منشور بمجلة الواحة القانونية، مجلة فصيلة نغني بالبحث

القانوني والقضائي، العدد الثاني، ص: 18

عموما، يمكن القول بأن المشرع قد عمل من خلال المقتضيات المنظمة للتعدد على تجاوز النقاشات العقيمة حول الإبقاء على التعدد أو إلغائه كمبدأ، وكما هو منصوص عليه شرعا إلى العمل على وضع قيود قانونية من أجل ترجمة ما ورد في القرآن الكريم من قيود⁽¹⁾، يقول تعالى: " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم"⁽²⁾.

استنادا إلى ذلك أبقّت المدونة على مبدأ التعدد في عدد من النصوص وقيده بضوابط وشروط.⁽³⁾

إن هذه الشروط التي حددتها مدونة الأسرة، كما تمت الإشارة إليها سابقا، لا تخرج عن الشروط الشرعية، إذ أن الإسلام حين أقر التعدد وضع له حدودا وشروطا، فمن حيث العدد قيده بأربع ومن حيث إمكانية تحقيقه قيده بالاستطاعة، ومن حيث تطهيره من الضرر قيده بالعدل، ومن حيث كونه ميثاقا غليظا قيده برضا جميع الأطراف⁽⁴⁾.

فالإسلام رخص في التعدد واشترط على الزوج إقامة العدل بين نسائه، والاقتران على زوجة واحدة عند الخوف من التعدد، قال تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة)⁽⁵⁾.

كما قال عز من قائل: (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيفا)⁽⁶⁾، إن المتأمل في سورة النساء عموما وهاتين الآيتين الواردتين فيها خصوصا يجد، أولا أن جميع الأحكام الواردة في شأن النساء تسعى لرفع الظلم عن المرأة وإنشاء حقوق لها، ثانيا يجد هذه الآية أن حالة التعدد هي حالة استثنائية⁽⁷⁾. حيث إن الأصل هو الاقتصار على واحدة والاستثناء عند الضرورة هو التعدد إلى حده الأقصى⁽⁸⁾.

ولما كان الخوف أو عدم الخوف من العدل حالة وجدانية يشعر بها المرء في نفسه ولا يمكن الاطلاع عليها، فإن ترك تقدير مدى قدرته على العدل لوازعه الديني والأخلاقي قد يؤدي به إلى النقيض من المقصد في التعدد، لأن الأفراد مجبولون على إيجاد المبررات لما يرغبون فيه، وربما طغت للرجال فيه عوامل الرغبة، فلم

(1) عبد الكبير طبيح، مدونة الأسرة ومحددات الفكر الحدائى المجتمعي، مجلة رسالة المحاماة، العدد، 22 ص: 23

(2) سورة النساء، الآية 3

(3) عبد الكبير طبيح، مدونة الأسرة ومحددات الفكر الحدائى المجتمعي، ص: 24

(4) عبد الكريم العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مرجع سابق، ص: 180:

(5) سورة النساء، الآية 3

(6) سورة النساء، الآية 129.

(7) ادريس حمادي، البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 77

(8) عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في محك السياسة الشرعية، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، 2001، ص: 324

يحسن بعضهم تقدير ظروفه وربما ترتب عن هذا ضرر يصيب فيه زوجته الحالية أو المستقبلية أو أولاده، خاصة وأن العدل ضابط نسبي يمكن تبريره وإعطاؤه أكثر من مفهوم.

لذلك كان منح تقدير ظروف الناس في هذا الأمر إلى هيئة رسمية أو قضائية، أضمن حتى تحتاط للضرر وتمنع وقوعه، وليس في الشريعة ما يمنع ذلك، لأن عملها يقتصر على مراقبة الشروط الشرعية⁽¹⁾. ومن ثم فإن إخضاع رقابة التعدد للقضاء، حسب ما جاءت به مدونة الأسرة تعتبر خطوة حميدة ومرغوبة، خاصة وأن ضوابط الرقابة هي موضوعية والقاضي يكون محايدا عن مصالح ورغبات طالب التعدد، لذلك فإن حكمه وتقديره للمبررات ودوافع التعدد تكون أكثر موضوعية.

إن مدونة الأسرة إذن، وفي إطار التوفيق بين مبادئ الاتفاقيات الدولية والمقاصد العليا للشريعة عملت على تقييد التعدد-دون إلغائه- لتظل محافظة على خصوصيات المجتمع المغربي الدينية والثقافية ووفية لالتزاماتها الدولية في الوقت نفسه.

ختاما، يتبين أن المشرع المغربي عمل على تنظيم أحكام الأسرة وفق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ثم استمر في نفس التوجه في ظل مقتضيات مدونة الأسرة، مما يؤكد التزامه بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تشكل أساس المرجعية الإسلامية، بموازاة ذلك، ورغم كل التجاذبات التي شاهدها الساحة الوطنية والدولية، سهر على صياغة مدونة أسرية بمثابة قانون متطور يجمع بين الاجتهاد والإصلاح المنبعث من الشرع الإسلامي مصاغة بأسلوب قانوني فقهي جديد، متطابقة إلى حد كبير مع أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، مراعية حقوق وكرامة الإنسان رجلا وامرأة وطفلا، ومستجيبة لمبادئ المرجعية الألفية فيما اتفقت فيه مع الشريعة الإسلامية خاصة في قضيتين حساستين هما الولاية والتعدد، وهذا ما عبر عنه العاهل المغربي محمد السادس في كلمته الخالدة الواردة في خطابه أمام مجلس النواب بقوله: "لا يمكنني، بصفتي أميراً للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله و أحرم ما أحله".

(1) عبد الخالق أحمدون، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 164.

❖ لائحة المصادر و المراجع :

- القرآن الكريم.
- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان: 1415هـ - 1994م .
- أحمد ادريوش، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الداخلي، مساهمة في مؤلف جماعي " الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية، مركز التوثيق و الإعلام، 2002.
- أحمد الخمليشي وعبد الرزاق مولاي رشيد، مدونة الأحوال الشخصية بعد عشر سنوات من صدورها، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10 - 1981.
- أحمد باكو، الولاية في الزواج حكمها وحكمتها وضرورتها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- ادريس حمادي، البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، إفريقيا الشرق 2005.
- تفسير الرازي، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة: 1990
- حسن القصاب، تدافع قاعدة مراعاة الخلاف ونظرية تنازع القوانين في استبعاد تطور قوانين الأسرة، مقال منشور بمجلة المذهب المالكي، العدد: 7، سنة 1430 - 2009 .
- الحسين بلحساني، تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة، مداخلة في ندوة مستجدات مدونة الأسرة، نظمت بجامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2003.
- الحسين بلحساني، تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة، مداخلة في ندوة مستجدات مدونة الأسرة، للدكتور الحسين بلحساني، نظمت بجامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2003.
- حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين.
- خالد برجوي، إشكالية الأصالة و العاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب: وضعية المرأة نموذجا، للدكتور خالد برجوي، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى 2003 م.
- خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغربوضعية المرأة نموذجا.
- سليمان الأشقر، ماجد أبو رحية، محمد بن عثمان شبير، عبد الناصر أبو البصل، مسائل الفقه المقارن، الطبعة الرابعة 1424/2003 دار النفائس، الأردن.
- سنة بعد مدونة الأسرة.. لا جديد، منشورات الجمعية المغربية لحقوق الإنسان فرع الرباط، مطبعة ربانيت، الطبعة الأولى، سنة: 1495 - 2005.
- الطاهر الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، منشورات دار المعارف للطباعة والنشر، سوسة - تونس 1992.

- عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في محك السياسة الشرعية، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، 2001.
- عبد الكبير طييح، مدونة الأسرة ومحددات الفكر الحدائثي المجتمعي، مقال منشور بمجلة رسالة الحمامة، العدد، 22 نونبر 2004.
- عبد الكريم العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة الى التغيير، مطبعة فضالة، الطبعة الأولى، سنة 1999.
- فريدة بناني، المرأة المغربية: الوضع القانوني والاجتماعي، مجلة مقدمات، ع 2.
- لسان العرب، للإمام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، حققه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، المجلد الخامس عشر الطبعة الأولى 1424 هـ - 2003، دار الكتب العلمية بيروت.
- محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة : الأولى، سنة: 1993.
- محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربية بين الثبات والتطور، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى.
- محمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة مقاربات في الفقه والقانون والعمل القضائي، الطبعة الأولى، سنة : 2011 دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط.
- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق للنشر والتوزيع و الطباعة، الطبعة التاسعة، سنة 1977م.
- نجة الكص، مواقف و آراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية، دار القلم للنشر والتوزيع الرباط، تقديم: عبد الله درميش، الطبعة الأولى، يونيو 2002.
- وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية : "10 سنوات على تطبيق مدونة الأسرة: أي تغيير في تمثلات ومواقف وممارسات المواطنين والمواطنات"، تقرير 2016.
- يوسف بناصر، مدونة الأسرة المسار والتطلعات قراءة تحليلية وتقويمية، مقال منشور بمجلة الواحة القانونية، العدد : 2.

الحماية القانونية للعاملات والعمال المنزليين في ضوء المعايير الدولية والوطنية

Legal protection for domestic workers and workers in
light of international and national standards



بدر الحيمودي : باحث بسلك الدكتوراه

بكلية الحقوق ، جامعة محمد الأول وجدة-المملكة المغربية

Bader elHimoudi PhD researcher at the Faculty of

Law, Mohammed I University, Oujda-Kingdom of Morocco

ملخص :

شكل صدور القانون 65.99، حدثا هاما وبارزا حيث تم جمع الشتات الذي تميزت به النصوص القانونية المنظمة لعلاقات الشغل ، إلا أن المشرع المغربي رغم صدوره لهذا القانون استثنى فئتين من الأجراء من أحكام هذه المدونة، وهم خدام المنازل والعمال الذين يشتغلون في القطاعات التي تتميز بطابع تقليدي صرف، وذلك بنص صراحة في الفقرة الأولى والثانية من المادة الرابعة من مدونة الشغل، وبعد انتظار دام من ثلاثة عشرة سنة استجاب المشرع المغربي لمقتضيات المدونة فيما يخص عمال المنازل بإصدار القانون 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعاملات والعمال المنزليين، حيث جاء نتيجة ملائمة التشريع المغربي مع ما اعتمده منظمة العمل الدولية الاتفاقية رقم 189 المتعلقة بالعمل اللائق للعاملات والعمال المنزليين، وما نص عليه دستور 2011 في المادة 32 منه على ضرورة سعي الدولة لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي ، وبالفعل فإن المشرع المغربي حاول توفير ضمانات لفئة من العمال المنزليين التي ضلت محرومة منها عهدا من الزمن وذلك من خلال تنصيبه على قالب شكلي لعقد العمل، يوفر لهاته الفئة الحماية القانونية عند حدوث نزاع في العلاقة الشغلية، إضافة إلى ترتيب جزاءات رادعة عند غياب الشكليات المطلوبة. إلا أنه ومع ذلك ظلت هذه الحماية قاصرة من عدة جوانب أساسية، وذلك من خلال السماح بإبرام العقود الشفوية وهزالة العقوبات المالية عند تخلف الشكليات المطلوبة ، وغياب رقابة حقيقية وفعالية لمفتشي الشغل.

• الكلمات المفتاحية : الحماية الاجتماعية ، العاملات المنزليات، المعايير الدولية ، الملائمة الوطنية للاتفاقيات الدولية.

Abstract :

The issuance of Law 65.99 was a significant and prominent event, as the diaspora was collected, which was characterized by the legal texts regulating labor relations. However, the Moroccan legislator, despite the issuance of this law, excluded two categories of wage earners from the provisions of this Code, namely, domestic servants and workers who work in sectors characterized by a traditional character. Disbursed, as explicitly stated in the first and second paragraphs of Article 4 of the Labor Code, and after a waiting period of thirteen years, the Moroccan legislator responded to the requirements of the Code with regard to domestic workers by issuing Law 19.12 related to determining the conditions of work and employment related to domestic workers and workers. It came as a result of the compatibility of Moroccan legislation with what was adopted by the International Labor Organization Convention No. 189 regarding decent work for domestic workers, and what the 2011 Constitution stipulated in Article 32 of it on the need for the state to strive to provide legal protection and social and moral consideration. Indeed, the Moroccan legislator tried to provide guarantees for a category of the domestic workers that have been deprived of it for a long time. This is done by providing a formal template for the employment contract, which provides this category with legal protection in the event of a conflict in the employment relationship, in addition to arranging deterrent penalties in the absence of the required formality.

However, however, this protection remained deficient in several basic aspects, by allowing the conclusion of oral contracts and the lack of financial penalties when the required formalities are lacking, and the absence of real and effective oversight of labor inspectors.

- **Keywords** : social protection -domestic workers - international standards- National compatibility with international conventions.

مقدمة :

منذ دخول المغرب لعهد الحماية بادر المشرع إلى إصدار مجموعة من النصوص القانونية المنظمة لعلاقات الشغل والتي تميزت بالشتات والتفرقة إلى غاية صدور القانون 65.99، حيث تم جمع هذا الشتات، إلا أن المشرع المغربي استثنى فئتين من الأجراء من أحكام هذه المدونة، وهم خدام المنازل والعمال الذين يشتغلون في القطاعات التي تتميز بطابع تقليدي صرف، وذلك بنصه صراحة في الفقرة الأولى والثانية من المادة الرابعة من مدونة الشغل، وبعد انتظار دام من ثلاثة عشرة سنة استجاب المشرع المغربي لمقتضيات المدونة فيما يخص عمال المنازل بإصدار القانون 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعمالات والعمال المنزليين، وأخيرا جاء القانون لحماية هذه الشريحة العريضة من المجتمع التي ظلت دون حماية طيلة هذه المدة، خاصة وأنها أولى بالحماية بالنظر لهشاشة وضعيتها والحيث التي لحقها بالرجوع لمواد هذا القانون يتبين أنه جاء بمجموعة من المقتضيات الحمائية، وذلك انسجاما مع التوصيات الدولية.

• أهمية الموضوع :

إن موضوع الحماية القانونية لعمالات المنازل يحظى بأهمية كبيرة للنظر إلى ازدياد عدد كبير من ممتهمي هذا العمل، سواء من طرف الوطنيين أو الأجانب، لاسيما تزايد الطلب باستمرار على خدمات هذه الفئة من العمال، على اعتبار أن الضرورة الملحة للحياة للاشتغال خارج البيت وانشغال أفراد الأسرة خارجه، تطلب معه بالضرورة لحاجاتهم لمن يدبر شؤونهم في المنزل وقت غيابه أو انشغاله، ولا يغيب عن البال أن تركز النشاط النسائي في القطاعات ذات التأهيل الضعيف، واقتصره على عدد محدود من المهن، جعل العديد من النساء يشتغلن في هذا القطاع، حيث يشتغل ما يقارب ثلاثة أرباع النساء النشيطات في الوسط الحضري كعمالات أو مستخدمات أغلبهن من مساعدات كعمالات المنازل.

• إشكالية الموضوع :

لمعالجة هذا الموضوع الغاية في الأهمية سيتم طرح إشكالية كبرى تتعلق بمدى توفيق القانون 19.12

في توفير الحماية اللازمة لعمال المنازل ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات التالية :

فأين تتجلى مظاهر الحماية القانونية لعمالات المنازل ؟

وما الضمانات الحمائية المقررة له ؟

• منهج البحث :

لمعالجة هذا الموضوع وما يرتبط به من تساؤلات سيتم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي في مقارنته، وذلك من خلال التحليل النصوص القانونية واستقراء بعض الأحكام والقرارات القضائية، فإبراز الآراء الفقهية.

● خطة البحث :

للإجابة على الإشكالية السالف ذكرها وما يرتبط بها من تساؤلات، سيتم الموضوع إلى مبحثين : حيث سيتم تخصيص المبحث الأول لبيان تجليات الحماية القانونية لعاملات المنازل أثناء إبرام العقد وبعد تنفيذه على أساس أنه سيتم تخصيص المبحث الثاني للشكلية كضمانة حمائية ودور مفتش الشغل في توفير الحماية القانونية لهذه الفئة.

المبحث الأول : تجليات الحماية القانونية لعاملات المنازل أثناء وبعد إبرام العقد :

سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مطلبين اثنين، إذ سيتم تخصيص المطلب الأول للحدوث عن شروط عقد العمل في إطار القانون 19.12 على أساس أنه سيتم تأسيس المطلب الثاني لإبراز تجليات الحماية القانونية لعاملات المنازل أثناء تنفيذ عقد الشغل.

المطلب الأول : شروط عقد العمل في القانون 19.12

لقد عمل المشرع على تحديد شروط تشغيل عمال المنازل، وذلك بتنصيبه على كيفية تحرير عقد الشغل (الفقرة الأولى)، وكذلك على الوثائق والبيانات التي يقدمها العامل إلى المشغل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : كتابة عقد العمل في القانون 19.12

إذا كان عقد الشغل رضائي من حيث المبدأ ولا يشترط أن يكون كتابيا إلا في حالات استثنائية¹ حددتها مدونة الشغل²، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقد عمل العمال المنزليين، حيث نصت المادة الثالثة من القانون 19.12 على أنه يتم تشغيلهم عقد عمل محدد المدة³، أو غير محدد المدة يعده المشغل وفق

¹ . محمد بنحسايين، ملاحظات بشأن قانون رقم 19.12 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعمالات والعمار المنزليين، المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد 4، مطبعة الأمانة، الرباط 2018، ص 55.

² . وتتمثل هذه الحالات الاستثنائية :
عقد الشغل المبرم بين الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط وبين مشغله في الصناعة والتجارة "المادة 80 من مدونة الشغل".
عقد المقاولة من الباطن الذي يكلف بمقتضاه المقاول الأصلي مقاولا من الباطن بأن يقوم له بشغل من الأشغال أو بخدمة من الخدمات "المادة 86 من مدونة الشغل".

عقود الشغل التي تبرمها وكالات الفنانين مع فنانين إذا الغرض منها تشغيل فنانين من جنسيات أجنبية من طرف مقاولات للعروض تزاوّل نشاطها بالمغرب أو تشغيل فنانين من جنسيات مغربية من طرف مقاولات مماثلة تزاوّل نشاطها بالخارج "المادة 492 من مدونة الشغل".
عقود الشغل التي تربط مقاولات التشغيل مؤقت لكل أجير من الأجراء الذين تم وضعهم رهن إشارة المشغل الذي يستفيد من خدمتهم (المادة 501 من مدونة الشغل).

عقود الشغل التي تبرم مع الأجراء الأجانب "المادة 516 من مدونة الشغل".

³ . وذلك عكس ما ذهب إليه مدونة الشغل حيث حددت في مادتها 16 حالاته والتي جاء فيها "...وتنحصر حالات عقد الشغل محدد المدة في مايلي :

إحلال الأجير محل الأجير آخر في حالة توقف عقد الشغل هذا الأخير ما لم يكن التوقف ناتج عن الإبرام

ازدياد نشاط المقاولة بكيفية مؤقتة

إذا كن الشغل ذا طبيعة موسمية..."

نموذج سيحدد بنص تنظيمي يكون موقعا من طرف صاحب المنزل والعامل مع مراعاة الشروط المتعلقة بالرضا والأهلية والحل والسبب المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي¹.

ويجر هذا العقد في ثلاث نظائر مصادق على صحة إمضاءها من طرف السلطة المختصة، يحتفظ المشغل بواحد منها ويسلم آخر للعامل المنزلي ويودع الثالث لدى مفتش الشغل مقابل وصل، وهذه المقتضيات جاءت مشابهة لما أورده مدونة الشغل في المادة الخامسة عشر².

وتضيف المادة الثالثة من القانون 19.12 أنه في حالة تعلق الأمر بعامل (ة) منزلي (ة) أجنبي يتعين تطبيق البابين الخامس والسادس من مدونة الشغل، وبالرجوع إلى هذه المقتضيات نجد المادة 516 من مدونة الشغل تشترط في حالة كون العامل أجنبيا على ضرورة حصول المشغل على رخصة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بقطاع الشغل تسلم على شكل تأشيرة توضع على عقد العمل الذي يجب أن يكون مطابقا للنموذج (ج)³ تحده السلطة الحكومية المكلفة بقطاع الشغل، ويرى بعض الفقه⁴، أن هذه الإحالة تثير بعض الملاحظات، أولها أن مدونة الشغل تنص في مادتها الرابعة على صدور قانون خاص يحدد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بخدم البيوت ما يعني أن أحكام هذه المدونة لا تنطبق على هذه الفئة من الأجراء، ومع ذلك فالمادة الثالثة من القانون 19.12 تحيل على مقتضيات هذه المدونة إذا تعلق الأمر بعامل أجنبي، أما الملاحظة الثانية فتتجلى في أن المادة 517 من مدونة الشغل يشترط أن يكون عقد العمل بالنسبة للعامل الأجنبي مطابقا للنموذج المحدد من طرف السلطة المختصة والذي يتوفر على بيانات من قبيل رقم السجل التجاري ورقم الانخراط في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ورسم شركة التأمين عن حوادث الشغل والأمراض المهنية وهي بيانات قد لا تتوفر عليها رب المنزل، مما يجعل حسب رأي هذا الفقه أن هذه الإحالة غير فاعلة ويجب تكييف هذا النموذج مع خصوصيات رب المنزل. بالإضافة لكل ما سبق إذا تعلق الأمر بعامل منزلي يتراوح عمره ما بين 16 و 18 سنة قد اشترطت الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون 19.12 على ضرورة حصولهم على إذن مسبق مكتوب من طرف أولياء أمورهم مصادق عليه مع التنصيص في نفس المادة في الفقرة الأولى منها على أن تشغيل هاته الفئة من العمال المنزليين هو فقط فترة انتقالية مدتها خمس سنوات تبدأ من تاريخ دخول القانون 19.12 حيز التطبيق، بالإضافة لكل هذا أوجبت المادة

¹ ظهير شريف بتاريخ 9 رمضان 1331 هـ الموافق 12 غشت بشأن قانون الالتزامات والعقود.

² .تنص المادة 15 من مدونة الشغل على أنه : "تتوقف صحة عقد الشغل على شروط متعلقة بتراضي الطرفين وبأهليتها للتعاقد ومحل العقد، وبسببه كما حددها قانون الالتزامات والعقود.

في حالة إبرام عقد الشغل كتابة وجب تحريره في نظيرين موقع عليهما من طرف الأجير والمشغل ومصادق على صحة إمضاءهما من قبل الجهة المختصة، ويحتفظ الأجير بأحد النظيرين".

³ .قرار لوزير الشغل والادماج المهني رقم 350.05 صادر في 9 فبراير 2005 يتعلق بتحديد نموذج عقد شغل بالأجانب، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5300 بتاريخ 17 مارس 2015، ص 998.

والذي تم تنميته بمقتضى قرار لوزير الشغل والادماج المهني رقم 1391.05 الصادر في 25 نونبر 2005 الجريدة الرسمية عدد 5402 بتاريخ 9 مارس 2006، ص 702.

⁴ .محمد بنحساين، م.س، ص 61.60.

الخامسة من القانون 19.12 تقديم مجموعة من الوثائق والبيانات من طرف العامل المنزلي لصاحب البيت وهو ما سنتناوله في الفقرة اللاحقة.

الفقرة الثانية : ملحقات عقد العمل :

بالإضافة إلى مقتضيات المادة الثالثة أوجبت المادة الخامسة من قانون 19.12 على العامل المنزلي أن يقدم للمشغل نسخة مصادق عليها من بطاقة التعريف الوطنية أو ما يقوم مقامها، وما يمكن فهمه من التعديل الأخير له بالنسبة للعمال المنزليين الذين تتراوح أعمارهم ما بين 16 و 18 سنة يمكنهم تقديم ما يقوم مقام بطاقة التعريف الوطنية كعقد الازدياد¹، على اعتبار أن القانون 35.06² المحدثه بموجب البطاقة الوطنية للتعريف الإلكتروني لا تلزم هاته الفئة من التوفر عليها³.

وإضافة إلى تقديم جميع الوثائق والبيانات التي يطلبها منه المشغل وخصوصا تلك المتعلقة باسمه وعنوانه وتاريخ ازدياده وبحالته العائلية، وأن يحيط المشغل علما بكل تغيير قد يطرأ على هاته البيانات كان على المشرع حسب رأي بعض الفقه⁴ الاقتصار على تقديم بطاقة التعريف الوطنية باعتبارها تعفي من الإدلاء بمجموعة من الوثائق كرسوم الولادة وشهادة الإقامة لاشتمال هذه الأخيرة على البيانات الواجب تقديمها سابقا كالاسم والعنوان وتاريخ الازدياد.

كما يمكن للمشغل وعلى نفقته أن يطلب من العامل (ة) المنزلي (ة) أن يدلي بشهادة طبية تثبت سلامته الصحية، وأن يصرح للمشغل بكل مرض مزمن أو معدي مصاب به ونفس الشيء بالنسبة للمشغل يتعين أن يخبر العامل بكل مرض معدي يعاني منه هو أو أحد أفراد أسرته، إلا أن المادة الخامسة من القانون 19.12 في فقرتها الثالثة اشترطت ضرورة إجراء فحص طبي كل ستة أشهر بالنسبة للعامل المنزلي الذي تتراوح أعمارهم بين 16 و 18 سنة.

كما تضيف المادة العاشرة من القانون أعلاه على ضرورة تسليم شهادة العمل من طرف المشغل للعامل (ة) المنزلي (ة) عند انتهاء عقد العمل، وذلك تحت طائلة العقوبة المالية.

المطلب الثاني : تجليات الحماية القانونية لعامله المنازل أثناء تنفيذ عقد الشغل :

في هذا المطلب سيتم التطرق في الفقرة الأولى إلى استحقاق الأجر على أساس أنه سيتم التطرق في الفقرة الثانية إلى التعويض عن الفصل.

¹ . محمد بنحساين، م.س، ص 60.

² . قانون 35.06 المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.07.149 بتاريخ 30 نونبر 2007، ص 3839، الجريدة الرسمية عدد 5583 بتاريخ 03 دجنبر 2007.

³ . نصت المادة 1 في فقرتها الثانية من القانون 35.06 على أنه : "يجب على كل مواطن مغربي بلغ 18 سنة ميلادية كاملة أن يتوفر على بطاقة التعريف الوطنية الإلكترونية".

⁴ . عبد الحكيم موساوي، خدم البيوت بين الفراغ التشريعي الحالي ومشروع القانون 19.12، مجلة القانون المدني العدد الثالث، ص 106.

الفقرة الأولى : استحقاق الأجر :

إن المشرع المغربي في إطار قانون 19.12 سعى إلى وضع مجموعة من الشروط وتكريس مجموعة من الضمانات من أجل تشغيل عمال المنازل في ظروف ملائمة تحفظ كرامتهم وتصون حقوقهم، مع تحويلهم أجر يساوي الحد الأدنى للأجور المقررة في القطاعات الصناعية والتجارية المهنية الأخرى. إن العامل كأي أجير يستحق أجرا مقابل الخدمات المقدمة للمشغل وأسرته، وذلك طبقا لقاعدة الأجر مقابل العمل، كما يستحق تعويضا محددًا في حالة فصله عن العمل، فبخصوص الأجر، من أجل الحد من الأجور الهزيلة التي يتقاضاها العامل والتي لا تتجاوز في أغلب الأحيان 500 درهم، فإن المشرع المغربي أكد في المادة 19 من القانون الإطار 19.12 على أنه لا يمكن أن يقل مبلغ الأجر النقدي للعامل أو العاملة المنزلي عن 60% من الحد الأدنى القانوني للأجر¹ المطبق في القطاعات الصناعية والتجارية والمهن الحرة، دون أن تعتبر ضمن مكونات الأجر النقدي مزايا الإطعام والسكن، وبالتالي أصبح للعامل المنزلي حد أدنى قانوني للأجر لا يمكن النزول عنه، عوض ترك تحديد ذلك إلى اتفاق الطرفين الذي قد يميل إلى المشغل بحكم مركزه الاقتصادي القوي².

الفقرة الثانية : التعويض عن الفصل :

إن العامل المنزلي قد يتعرض للفصل عن العمل بسبب أو دونه بناء على محض إرادة المشغل أو أحد أفراد أسرته، وبالتالي فحماية له من تعسف المشغل أو أسرته، فإن المشرع المغربي قد نص على أحقيته في التعويض في حالة ما إذا تعرض للفصل عن العمل، وذلك شريطة أن يكون قد قضى ما لا يقل عن سنة متواصلة من العمل الفعلي لدى نفس المشغل³، وذلك وفق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون 19.12⁴، ومما تجدر الإشارة إليه أنه هذه المدة هي أطول من تلك المنصوص عليها في مدونة الشغل والتي لا تتجاوز ستة أشهر⁵.

وبالتالي يظهر لنا بشكل جلي مدى التفاوت الكبير وكذلك التمييز الغير المبرر الذي نهجه المشرع في مدة الشغل التي تحول الحق في التعويض عن الفصل، ومن وجهة نظر ينبغي على المشرع المغربي إعادة النظر في هذا المقتضى، وذلك بغية تعزيز وتكريس الترسنة القانونية لعمال وعاملات المنازل.

¹ الحد الأدنى للأجر المعمول به حاليا في القطاع الخاص هو :

1812.98 درهم في القطاع الفلاحي.

2586.84 درهم في باقي القطاعات.

معلومات مأخوذة من الموقع الرسمي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي على الأترنيت « www.cnss.ma » تم الاطلاع عليه بتاريخ 29 أبريل 2022.

² محمد بنحساين، ملاحظات بشأن القانون رقم 19.12 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلق بالعمال المنزليين، م.س، ص 58.

³ محمد بنحساين، م.س، ص 10-11.

⁴ تنص الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون 19.12 على أنه "تستحق العامل أو العاملة المنزلي تعويضا عن فصله، إذا قضى ما لا يقل عن سنة متواصلة من الشغل الفعلي لدى نفس المشغل".

⁵ تنص المادة 52 من مدونة الشغل "يستحق الأجير المرتبط بعقد شغل غير المحدد المدة، تعويضا عن فصله بعد قضائه 6 أشهر من الشغل داخل نفس المقولة، بصرف النظر عن الطريقة التي يتقاضى بها أجره، وعن دورية أدائه".

المبحث الثاني : الشكلية كضمانة حمائية للعامل في القانون 19.12 :

يهدف قانون 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل العمال المنزليين إلى تعزيز الحماية القانونية لهذه الفئة وإخراجها من الوضعية الصعبة التي عانت منها لكون العدالة تستوجب معاملة هؤلاء كغيرهم من الأجراء، مما دفع المشرع إلى إقرار الشكلية، نظرا لأهميتها في إثبات عقد العمل (المطلب الأول) وذلك كضمانة حمائية لهذه الفئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الشكلية في القانون 19.12 وكيفية إثباتها :

من حيث المبدأ عقد العمل عقد رضائي، لكن المشرع نص على كتابة وفق شكلية محددة، مما شكل ذلك حماية للعامل المنزلي وخصوصا في إثبات العلاقة الشغلية (الفقرة الأولى) إلا أنه لم يحسم في طبيعتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة الشكلية في القانون 19.12 :

طبقا لمقتضيات المادة الثالثة من قانون 19.12 يتعين أن يجرر عقد العمل بالنسبة للعمال المنزليين وفق نموذج يحدد بنص تنظيمي وإذا كان العامل المنزلي أجنبيا فإنه يتعين عليه التقييد بمقتضيات الكتاب الرابع والخامس من مدونة الشغل.

والتساؤل المطروح هنا هل الشكلية التي تطلبها المشرع هي للإثبات أم للانعقاد؟

من خلال هذا التساؤل هناك من يرى أن الشكلية المتطلبة هي للانعقاد وللإثبات معا، وذلك في كون كتابة العقد الذي يربط بين العامل المنزلي وصاحب البيت من شأنه أن يؤسس علاقة شغلية مبنية على رضا الأطراف ويؤدي ذلك إلى الاستفادة من مقتضيات القانون 19.12 أما إذا نظرنا إليها من حيث الإثبات فهذا القول يصح مادام الشغل يتم في مجال مغلق لا يعلم معه حالة العامل المنزلي ووضعيته هل يعيش في استقرار أم العكس، ومنه كانت أهمية العقد في الإثبات عند إخلال أحد الأطراف التعاقدية بما التزم به، حيث يحق للطرف المتضرر الإدلاء بذلك العقد لإثبات ما تعرض له وهو ينفذ التزاماته التعاقدية¹.

في حين هناك من يرى أن المشرع رغم اعتماده مبدأ الشكلية في إبرام عقد الشغل بالنسبة للعمال المنزليين، وذلك وفق المادة الثالثة من قانون 19.12 لكن سرعان ما تراجع عن هذا المبدأ حينما نص في المادة التاسعة من نفس القانون، على إمكانية إثبات عقد شغل العمال المنزليين بجميع وسائل الإثبات كشهادة الشهود والقرائن مقرا بكيفية ضمنية إمكانية إبرام الشغل بشكل شفوي².

¹ . محمد قاسمي، قراءة في مضامين قانون رقم 19.12 المتعلق بالعمال المنزليين، مجلة القانون، ص 5. www.kanounaka.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 27/04/2022

² . حسن هروش، ملاحظات حول القانون 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلق بالعمال المنزليين، www.cobinetkostas.net تم الاطلاع عليه بتاريخ 27/04/2022.

الفقرة الثانية : دور الشكلية في إثبات عقد العمل في القانون 19.12 :

بما أن الشكلية تلعب دورا مهما في إثبات العلاقة التعاقدية القائمة بين الأطراف، فإن المشرع نص صراحة على أن يكون العقد الذي يجمع بين العامل (ة) المنزلي (ة) والمشغل كتابيا وفق نموذج يحدد بنص تنظيمي وموقع عليه من قبل الطرفين¹، وذلك تحت طائلة غرامة مالية عند مخالفة هذا المقتضى²، مما يشكل ذلك ضمانا حامية لهذه الفئة من العمال تمكنهم من اعتماد هذا العقد ومضمونه في الإثبات، وذلك في حالة إثارة نزاع أمام مفتش الشغل والقضاء³، إلا أنه ومع ذلك قد انتبه المشرع إلى الحالة التي تتخلف فيها هذه الشكلية، فمن العامل (ة) المنزلي (ة) من ضمانات حامية أخرى تسمح له من إمكانية إثبات العلاقة الشغلية بجميع وسائل الإثبات⁴، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة التاسعة من قانون 19.12 التي جاء فيها على أنه يمكن إثبات عقد العاملة أو العامل المنزلي بجميع الوسائل بجميع وسائل الإثبات، وذلك لحماية العامل (ة) المنزلي (ة) من تملص المشغل من العلاقة الشغلية.

المطلب الثاني : دور مفتشي الشغل في حماية العمال المنزليين :

نظرا للمكانة الاجتماعية للعلاقات الشغلية ودورها في استقرار الأوضاع الاجتماعية وحماية السلم الاجتماعي، فإن المشرع حاول حمايتها وذلك إلى أبعد الحدود ووضع هيئات خاصة لحماية وحتى لا يمكن إعدام عقود الشغل فإن المشرع قد خصها بنوع من التنظيم، ونص على هيئات تقوم بدور رقابي وأهمها مفتشي الشغل⁵، وهكذا جاء القانون 19.12 ليعطي دورا لهذا الجهاز في إضفاء الصفة الرقابية في العلاقات الشغلية الخاصة بالعمال المنزليين، وذلك في الباب الخامس من القانون 19.12 حيث نص في المادة 22 على أنه : "يتلقى الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل الشكايات التي يتقدم بها كل من العاملة أو العامل المنزلي ضد المشغل، أو المشغل ضد عامله المنزلي في كل ما يخص تنفيذ عقد العمل المبرم بينهما.

- يستدعي مفتش الشغل الطرفين للتحقق من مدى تطبيق أحكام هذا القانون.

- يقوم مفتش الشغل بإجراء محاولات الصلح بين الطرفين يتم تضمينها في محضر يوقعه

الطرفان.

¹ تنص المادة الثالثة من قانون 19.12 "يتم تشغيل العاملة أو العامل المنزليين بمقتضى عقد العمل محدد أو غير محدد المدة يعده المشغل وفق نموذج محدد بنص تنظيمي. ويوقع هذا العقد من قبل المشغل والعاملة والعامل المنزلي ويوقع هذا العقد من قبل المشغل والعاملة والعامل المنزلي..."

² المادة 24 من قانون 19.12.

³ محمد بنحساني، م.س، ص 55.

⁴ الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي :

. إقرار الخصم

. الحجة الكتابية

. شهادة الشهود

. القرينة

. اليمين والنكول عنها.

⁵ نظم المشرع مهام هذه الفئة في الكتاب الخامس من القانون 65.99 المتعلق بمدونة الشغل وذلك في الباب الأول منه بعنوان "الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل".

- وإذا تعذر عليه الصلح، حرر محضرا في الموضوع يسلم إلى العاملة أو العامل المنزلي ليديله إذا قرر اللجوء إلى المحكمة المختصة قصد البث في النزاع.

- يمكن لمفتش الشغل أن يطلب من الطرفين مده بالوثائق التي من شأنها أن تساعد على القيام بالمهمة المذكورة، وفي حالة معارضة مخالفة أحكام هذا القانون يحرر محضرا في الموضوع يحيله إلى النيابة العامة المختصة".

ومن خلال استقراء هذه المادة تبين لنا أن المشرع قد حدد مهام مفتش الشغل بصفة دقيقة فيما يخص هذا القانون وهي كالتالي :

أولا : تلقي الشكاية :

يلاحظ أن مراقبة مفتش الشغل متوقعة على تقديم شكاية من العامل المنزلي والتي قلما يتم تقديمها خاصة إذا كانت علاقة الشغل مازالت قائمة، خوفا من انتقام المشغل، وبالتالي لا يمكن تصور تقديمها إلا في حالة إنهاء هذه العلاقة¹.

وبهذا يكون المشرع ضيق مجال تدخل مفتش الشغل من خلال تعليق مراقبته على توصله الشكالية، وهي طريقة قد تحول دون تحقيق حماية فعالة للعامل أو العاملة المنزليين².

ثانيا : إجراء محاولة الصلح :

يلاحظ أن المشرع قصر مهام مفتش الشغل في محاولة الحفاظ على العلاقة الشغلية، وذلك بمنحه صلاحية استدعاء الشهود والقيام بمحاولة الصلح وتحريرها في محضر³، ويلاحظ أن المشرع يخلط في نظام المراقبة بين مهمة التفتيش التي تؤدي إلى الوقوف على المخالفات وبين محاولات الصلح الهادفة إلى تحقيق الصلح⁴.

غير أن مسطرة الصلح تعترضها عدة إشكالات أهمها ان غالبية مفتشي الشغل لا يجيدون القيام بمهام المصالحة، وباعتبار مهامهم تنصب على مهام المراقبة والتفتيش، إضافة إلى تساهل هذا الجهاز في المراقبة وتطبيق القانون وهو ما قد يساهم في حرمان حقوق هذه الفئة من الأجراء كما أن مفتش الشغل لا يملك الوقت الكافي للقيام بمهمة المصالحة ولا يتوفر على تقنيات المصالحة ولا الحوار لإيجاد التي ترضي الطرفين⁵.

¹ . محمد بنحساين، م.س، ص 64.

² رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بخصوص القانون 19.12 المتعلق بشروط شغل وتشغيل العمال والعاملات المنزليين، منشور بموقع : www.cese.ma تم الاطلاع عليه بتاريخ 27 أبريل 2022.

³ . رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، م.س.

⁴ . الفقرتين 2 و 3 من المادة 2 من قانون 19.12.

⁵ . كمال العبدلاوي أندلسي، دور الصلح في حل نزاعات الشغل الفردية بين القواعد العامة ومدونة الشغل، منشور بالموقع الإلكتروني لمجلة منازعات الأعمال، ص 67.

وقد يكون السبب في عدم النص على قيام مفتش الشغل بزيارات إلى المنازل لمراقبة تطبيق القانون حتى دون شكاية هو الحفاظ على حرمة المنزل¹ لكن المشرع لم ينص على زيارة الشغل التي تسمح بزيارة مفتش الشغل للأماكن المسكون، وذلك شريطة حصوله على إذن من ساكنيها. وتمثل هذه الرقابة إرهافا لجهاز مفتشي الشغل نظرا لمهامهم الكثيرة وقلة عددهم، مما سيؤدي إلى عدم فعاليتها تماما².

خاتمة :

من خلال ما سبق، يتضح على أن المشرع المغربي حاول توفير ضمانات لفئة من العمال المنزليين التي ضلت محرومة منها عهدا من الزمن.

وذلك من خلال تنصيبه على قالب شكلي لعقد العمل، يوفر لهاته الفئة الحماية القانونية عند حدوث نزاع في العلاقة الشغلية، إضافة إلى ترتيب جزاءات رادعة عند غياب الشكلية المتطلبية.

إلا أنه ومع ذلك ظلت هذه الحماية قاصرة من عدة جوانب أساسية، وذلك من خلال السماح بإبرام العقود الشفوية وهزالة العقوبات المالية عند تخلف الشكلية المتطلبية، وهذا كله إلى جانب غياب القانون التنظيمي المؤطر لعقد العمل الخاص لهاته الفئة، الشيء الذي يدعو إلى ضرورة المناذاة بتعجيل صدور هذا القانون، وذلك قصد تبيان النموذج الشكلي المتطلب في عقد العمل الخاص بفئة العمال المنزليين.

ومن بين الملاحظات التي يمكن إبرازها من خلال تطرقنا لهذا الموضوع مايلي :

- ضرورة نص المشرع المغربي إعطاء حق الأم العاملة إجازة الوضع على غرار مدونة الشغل ؛
- تعزيز دور مفتشية الشغل في مراقبة ظروف تشغيل عمال المنازل ومنحها صلاحيات واسعة في مجال إبرام عقود العمل المنزلي ؛
- ضرورة وجوب المشرع المغربي النص صراحة على استفادة هذه الفئة من مقتضيات مدونة الشغل في الحالة التي لم يذكر فيها القانون 19.12 مقتضيات استفادة هذه الفئة من بعض المزايا.

كما يلاحظ أيضا أن المشرع المغربي لم يقيم بتحديد الفئات الخاضعة لهذا القانون بصريح العبارة، بل اكتفى بتعريف أطراف العلاقة الشغلية.

¹ محمد بنحساين، م،س، ص 64 .65.

² رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، م.س.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

• الكتب :

- أمينة رضوان : مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي "دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط 2016.
- وفاء جوهر : قانون الشغل بالمغرب، عقد الشغل بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2018، مكتبة المعرفة مراكش.

• الرسائل :

- طارق محسن : الحماية القانونية للعمال المنزليين، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2014/2015.

• المجلات والمقالات :

- محمد بنحساين : الملاحظات بشأن القانون رقم 19.12 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعاملات والعمال المنزليين، المحلة العربية في الفقه والقضاء، العدد 4 مطبعة الأمنية الرباط 2018.
- محمد قاسمي : قراءة في مضامين القانون 19.12 المتعلق بالعمال المنزليين، مجلة القانون.
- حسن هروش : ملاحظات حول القانون 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلق بالعمال المنزليين، مقال منشور www.cobinetkostas.net.
- عبد الحكيم موساوي : مقال منشور، خدم البيوت بين الفراغ التشريعي الحالي ومشروع القانون 19.12، مجلة القانون المدني العدد 3، 2016.

• المواقع الإلكترونية :

- www.cobinethostas.net
- www.kanounaka.com
- www.cese.ma
- www.cnss.ma

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك