مجلة

القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية والتشريعات

يصدرها

ديوان الفتوى والتشريع

العدد الثاني عشر

يونيو ٢٠٠٣م

مجلة قانونية محكمة

مجلة القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية

رئيس هيئة التحرير

المستشار / إبراهيم الدغمة

هيئة التحرير

د.عبد الكريم خالد الشامي — الأستاذ محمد عمر عبيد

الأستاذ محمد فخري جنينه — الأستاذ وليدخالد الزيني

الأستاذ عودة عريقات

الإخراج والإشراف على تنفيذ الطباعة

محمد منذر كمال شعشاعه

المراجعة اللغوية

سالم أبو مهادي

الطباعة الإلكترونية

منى سامي الغصين

طباعة : مطبعة النصر (حجاوي) نابلس هاتف ٢٣٨٠٨٦٥

محتويات العدد

كلمة العدد

أبحاث ومقالات ١

نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق — د. خليل أحمد قدادة — ٣

تنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين — د. محمد أبو عماره — ٤١

جريمة الإبادة الجماعية – دراسة قانونية — أ. عبد القادر جرادة — ٩٥

وثائق ١٥٣

الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب. ١٥٥

تشريعات د ١٧٥

قانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٩م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية. ✓ ١٧٧

حركة القوانين ١٩٩

قضايا وأحكام ٢٠٩

أخبار قانونية ٢١٩

أعلام في القانون والقضاء ٢٢٣

كلمة العدد

ومع صدور العدد الثاني عشر لمجلة القانون والقضاء التي تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع، يطمح الشعب الفلسطيني لممارسة الديمقراطية التي تعتمد على التعددية السياسية والحزبية من خلال الانتخابات العامة الحرة والمباشرة والتي تعتبر الخطوة الأولى على طريق تحديد المعالم المميزة للمجتمع المدني المؤهل لتحقيق الاستقلال، ولهذا فقد اشتمل القانون الأساسي المؤقت المعدل على مجموعة من القواعد والأصول الدستورية المتطورة، سواء فيما يتصل بضمان الحقوق والحريات العامة والشخصية على اختلافها بما يحقق العدل والمساواة للجميع دون تمييز، أو فيما يخص مبدأ سيادة القانون وتحقيق التوازن بين السلطات، مع توضيح الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل منها، بحيث تكفل لها الاستقلالية من ناحية والتكامل في الأداء من ناحية أخرى، وذلك في سبيل المصلحة الوطنية العليا التي هي أمل الجميع.

فما أحوجنا في هذه الظروف إلى ممارسة الديمقراطية الداخلية التي توفر حدا أدنى من المستلزمات المادية، وكذلك درجة معقولة من الوعي السياسي، ونعني بهذا الوعي معرفة المواطن لحقوقه السياسية وواجباته وما يجري من حوله من أحداث ووقائع، وكذلك قدرة هذا المواطن على التطور الكلي للواقع المحيط به كحقيقة كلية مترابطة العناصر وليس كوقائع منفصلة وأحداث متناثرة.

فبالحرية والديمقراطية توضع السلطة السياسية بيد الشعب وضمان حقوق المواطنين وحريتهم، وتكفل لهم حق المشاركة في صنع السياسة العامة للدولة وحق المشاركة في اتخاذ القرارات وصناعتها.

وأخيرا لا تزال دعوة هيئة تحرير المجلة ملحة لكافة الفقهاء والباحثين والدارسين والمتخصصين وأساتذة القانون من خلال هذا العدد أن يزودونا بأبحاثهم ودراساتهم حتى يتسنى لنا نشرها في الأعداد القادمة للمجلة لتظل دائما في ارتقاء يتيح لها تحقيق أهدافها المرجوة.

هيئة التحرير

أبحاث ومقالات

نظرات

في نظرية التعسف في استعمال الحق

* د. خليل أحمد قدادة

تمهيد :

١- تطور مفهوم الحق :

يذهب أصحاب المذهب الفردي إلى أن الفرد هو الغاية من وجود أي قانون في المجتمع، وأن هذا الفرد له حقوق طبيعية يسبق وجودها وجود القانون ذاته، ومن ثم، يكون هدف القانون هو التوفيق بين الحقوق التي يتمتع بها الفرد والتي تثبت له قبل الآخرين قبل وجود القانون، ويترتب على مجمل هذه الأفكار، أن الفرد يستطيع استعمال حقوقه كيفما شاء وبالطريقة التي يراها[١].

على إثر المذهب الفردي، ظهرت المذاهب الاجتماعية، والتي تنظر إلى المجتمع باعتباره الغاية من وجود القانون لا الفرد ذاته، فالفرد ليست له حقوق إلا ما يقرره القانون له. ومن ثم، تتحدد وظيفة القانون وفقا لهذه المذاهب، بالمحافظة على كيان المجتمع ككل، حتى ولو أدي الأمر بالتضحية بمصلحة الفرد الخاصة

---

* أستاذ القانون المدني المشارك – كلية الحقوق بجامعة الأزهر بغزة.

[١] ويؤصل هذا على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية تشبعت بالروح الفردية – أنظر في هذا عبد المنعم فرج الصده أصول القانون طبعة ١٩٧٩ فقرة ٢٣ ص٢٤- والتي كان من أهم ما نادت به تلك النظريات، هو وجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته، على أن تكون لهذه الإرادة الحق في توجيه ما في المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية، ويعتبر "الفيزيوقراط" من حملوا لواء هذه النزعة في الميدان الاقتصادي، حيث نادوا بالحرية الاقتصادية، أما في نطاق السياسة والفلسفة، فقد حمل لواء هذه النزعة "روسو" في كتابة المسمى "بالعقد الاجتماعي".

من أجل تحقيق ذلك، فالحق إذن وفقا لمجمل أفكار المذاهب الاجتماعية يضحي وظيفة اجتماعية تثبت للفرد لتحقيق مصلحة المجتمع[٢].

لا يخفى على أحد أن الأخذ بأفكار المذهب الفردي على إطلاقها، سيؤدي إلى أن تصبح الحرية الفردية أداة لتحكم الأقوياء بالضعفاء واستغلالهم.

ولا يخفي على أحد بأن الأخذ بأفكار المذاهب الاجتماعية على إطلاقها، سيؤدي إلى إغفال ما للفرد من غايات وأهداف شخصية لا يمكن تجاهلها بأي صورة من الصور، وعلى القانون أن يعمل على تحقيق هذه الأهداف والغايات بصورة لا تفقد الفرد كيانه واستقلاله.

ننتهي إلى أن إطلاق حرية الفرد في استعمال حقوقه بدون قيد، وإن عدم إعطاء الفرد قدرا من الحرية في استعمال حقوقه، يعتبر أمرا يتجاوز الحق كقيمة يستأثر بها الفرد في المجتمع ويكفل المشرع لها الحماية القانونية.

ولقد كان لفقهاء الشريعة الإسلامية دور كبير في تحديد مضمون الحق وتحديد الغايات المقصودة منه، فجمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي، ينظرون للحق باعتباره منحة من الله سبحانه وتعالى لعباده ليحققوا غاياتهم أو غايات معينة، ومن ثم، يجب عند استعمال الحقوق أن لا يتجاوز الفرد صاحب الحق هذه الغاية والتي هي بالضرورة لا تتعارض البتة مع ما سنه الله سبحانه وتعالى من تشريعات تبين للناس في كل مجتمع الحلال والحرام[٣].

---

[٢] أنظر عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق فقرة ٣٤ ص٣٥.

[٣] أنظر في هذا المعنى حسن كيره، المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ فقرة ٣٨٧ ص٧٥٥- صبحي محمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية الجزء الأول ١٩٤٨ ص٤١- وانظر محمد سلام مدكور الفقه الإسلامي- الجزء الأول الأموال والحقوق والملكية والعقود فقرة ٢٥٩ ص١٨٦.

عبر هذا المنطق الشرعي لمفهوم الحق ووجوده وغايته، نستطيع أن نحقق التوازن المطلوب وجوده بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، بحيث لا يذوب الفرد في المجتمع، ولا يطغى المجتمع على الحرية الفردية، فكلاهما يتعاون من أجل تحقيق المصلحة العامة والتي من شأنها تحقيق المنفعة للمجتمع. ويجد هذا التوازن ضابطه ومعياره في أن لا يتعسف الفرد في استعمال حقوقه التي منحها له الله سبحانه وتعالى. فالفرد له أن يستعمل حقوقه، إنما يجب أن يكون هذا ضمن حدود الغاية التي أراد وقصد تحقيقها وهذا ما اصطلح عليه بنظرية التعسف في استعمال الحق.

وقد أقرت التشريعات العربية هذه النظرية، كالقانون المدني المصري[٤] والقانون المدني الجزائري[٥] وقد أخذ كل من القانونين أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق من أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر بحق في هذا الموضوع رائدة للتشريعات اللاحقة عليها كالقانون الروماني الذي لم يكن يعرف إلا صورة

---

[٤] فقد قررت المادة رقم ٤ من القانون المدني المصري على أنه "من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر" وفي المادة رقم ٥ فقد أورد المشرع المصري معايير التعسف ومتى يكون استعمال الحق تعسفا من صاحب الحق حيث تقرر هذه المادة على أنه يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج. إذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها غير مشروعة.

[٥] فقد قررت المادة رقم٤ من القانون المدني الجزائري بأنه "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير – إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

واحدة فقط من صور التعسف المعروفة، وهي صورة تعمد صاحب الحق الإضرار بالغير عند استعماله لحقه[٦].

وترجع أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية إلى قول الله تعالى وهو أصدق القائلين "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه، ولا تتخذوا آيات الله هزوا"[٧]. في هذه الآية الكريمة يحض الله تعالى على استعمال حق الزوج في ارتجاع الزوجة إلى عصمته أثناء العدة (في الطلاق الرجعي) ولكن يجب أن يكون استعمال هذا الحق بنية استمرار المعاشرة الطيبة، أو عليه أن يتركها حتى تكتمل مدة عدتها. لكن إذا تبين أن إمساك الزوج لزوجته المطلقة أثناء العدة كان بنية الإضرار بها فإن ذلك يعتبر اعتداء وتجاوزاً لحقه. وهذه الآية دليل على استعمال الحق لهدف غير مشروع[٨]. (وهو ما يمثل أصل المعيار الأول للتعسف وفقا لأحكام المادة الخامسة من القانون المدني المصري).

كذلك إلى قول الله تعالى "واشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا، فإنه فسوق بكم واتقوا الله"[٩]. في هذه الآية ينهى الله سبحانه وتعالى أن يضار الكاتب أو الشاهد من كتابته أو شهادته من قبل إصرار المطالب منهما في أن يكتب أو يشهد في وقت غير مناسب لكل منهما أو فيه حرج وإزعاج، لأن

---

[٦] أنظر في هذا مازو الوجيز في المسئولية الجزء الأول فقرة ٥٥٥ – وانظر للباحث شرح النظرية العامة للحق في القانون المدني الجزائري.

[٧] الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

[٨] في هذا المعنى انظر صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق قانون إسلامي مصطفى احمد الزرقا – دار البشير/عمان طبعة أولى ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م ص٥٣ فقرة ٧٤.

[٩] الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

اعتذار أحدهما سيؤدي إلى أن يقول الطالب للكاتب الرافض أو الشاهد لقد خالفت أمر الله الأمر الذي يوقع بالكاتب أو الشاهد الضرر، وهذه الآية تدلل على سوء استعمال الحق وذلك أن صاحب الحق قد استعمل حقه بصورة رعناء أوقعت بالغير الضرر دون ضرورة مع انتفاع صاحب الحق بذلك أو حتى دون أن يصيب أي انتفاع[١٠]. وتعتبر هذه الآية أصل المعيار الثاني للمادة الخامسة من القانون المدني المصري.

كذلك إلى قول الله سبحانه وتعالى "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن[١١] في هذه الآية ينهى الله عن التقتير على الزوجة المطلقة أثناء العدة من قبل الزوج وينهى كذلك سبحانه وتعالى عن مضايقة الزوجة في السكنى بغرض قهرها وإيذائها نقمة منه عليها لأنه يريد فراقها. وهذه الآية دليل على استعمال الحق لتحقيق هدف غير مشروع[١٢]. وتعتبر هذه الآية أصل المعيار الثالث للمادة الخامسة من القانون المدني المصري.

كما أكدت السنة النبوية الشريفة على نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد روى أبو داود في سننه عن سمرة بن جندب "أنه كان له عذْق من نخل[١٣] في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله. وكان 'سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى (الرجل) به، وشق عليه، فطلب إليه أن يناقله فأبى. فأتى (الرجل) النبي صلى الله عليه وسلم، فطلب إليه (أي 'سمرة) النبي أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال فهبه له ولك كذا وكذا، أمراً رغبة فيه، فأبى، فقال: أنت مضار، وقال النبي

[١٠] مصطفي أحمد الزرقا السابق فقرة ٣٤ ص٣٣.

[١١] الآية ٦ من سورة الطلاق.

[١٢] في هذا المعنى أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٢٩ ص٣١.

[١٣] عذْق من نخل / بعض نخلات في حديقة نخل.

صلى الله عليه وسلم للأنصاري: "اذهب فاقلع نخله"[١٤]. وهذا الحديث دليل على استعمال الحق استعمالا تعسفياً بقصد الحصول على منفعة قليلة لا تتناسب مع ما يصيب صاحب الحديقة من ضرر.

وقد روى مالك رضى الله عنه أن الضحاك بن خليفة أراد أن 'يمرَ جدول ماء إلى أرضه عبر أرض لمحمد بن مسلمة. فأتى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة، تشرب منه أولا وآخراً ولا يضرك فأبى محمد: فكلم فيه الضحاك عمر رضى الله عنه فأمره أن يمكنه فأبى، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك وأذن للضحاك أن يمره ففعل[١٥] وهذه الرواية تدل بأن الصحابة رضوان الله عليهم نهوا كذلك إقتداء بالرسول عليه الصلاة والسلام عن التعسف في استعمال الحق، فقرر عمر رضى الله عنه حق إرتفاق للضحاك على أرض محمد بن مسلمة حيث أن فيه نفع ظاهر وليس فيه ضرر للمالك[١٦].

كما أقرت التشريعات المعاصرة العربية منها والأوروبية نظرية التعسف في استعمال الحق، كالقانون الألماني، والسويسري والسوفيتي. وأما القانون المدني الفرنسي الجديد، فقد توسع في الأخذ بهذه النظرية عن القانون المدني الفرنسي القديم وقانون نابليون اللذين إستلهما روح القانون الروماني وتأثرا به تأثراً كبيراً بأحكامه والتي تقوم في الأصل على أساس الفردية المطلقة، ومع ذلك، يلاحظ أنه

[١٤] أنظر مصطفي أحمد الزرقا السابق فقرة ٣٨ ص٣٦ وقد نقله عن الدريني من كتابه عن التعسف ص١٤٩ عن سنن أبي داود في باب القضاء وعن الأحكام السلطانية لأبي يعلي الحنبلي ص١٤٩ وجامع العلوم لابن رجب ص٢٦٩ وما بعدها.

[١٥] أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٤٦ ص٤١.

[١٦] أنظر مصطفى أحمد الزرقا السابق فقرة ٤٧ ص٤٢ – والدرينى في كتابه التعسف في استعمال الحق ١٦٣ –١٦٥.

بالرغم من توسع القانون المدني الفرنسي بالأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أنه لم ينص عليها صراحة، وكل ما فعله أنه قنن بعض تطبيقات النظرية من خلال أحكام القضاء الفرنسي[١٧].

ولقد اختلف الفقهاء حول تأصيلها وربطها بالقواعد العامة، وعلى الرغم، من أنها تنهض كنظرية مستقلة مثلها في ذلك مثل النظريات الأخرى في القانون، فإلى أي مدى نجح الفقهاء بربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالقواعد العامة، والى أي مدى تحظى به هذه النظرية من استقلال عن القواعد العامة.

٢- أهمية البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق:

تكمن أهمية هذا البحث من أهمية النظرية وتطبيقاتها في الحياة العملية، والقضائية معا، فلا يخفى على أحد أهمية تحديد كيفية استعمال الحق من قبل صاحبه وتحديد حدود هذا الاستعمال، فالحقوق لم تعد كما كانت وفقا لأفكار المذهب الفردي سلطة أو استئثار لقيم معينة بصفة مطلقة، وإنما هي منح يمنحها الله سبحانه وتعالى لعباده لتحقيق غاية أو غايات معينة ومحددة، ومن ثم، يجب على كل فرد في المجتمع أن يعرف معيار وضابط استعمال حقوقه بحيث تقوم المسئولية في ذمته إذا ما تجاوز هذا المعيار أو الضابط لها. هذا من جانب، ومن جانب آخر لتدرك الجهات القضائية مدى ما تتمتع به نظرية التعسف في استعمال الحق من استقلال عن القواعد العامة، مما يكفيه البحث في ذلك وضياع الوقت، فضلا بأن هذا البحث يجد له أهمية أخري لدى الشارع وعلى وجه الخصوص، ونحن الآن في فلسطين نتجه نحو تطوير قوانيننا المطبقة أمام القضاء الفلسطيني بهدف ملاحقة التطورات التي أصابت القوانين العربية والأوروبية معاً، حيث يمكن

---

[١٧] أنظر في هذا مازو السابق فقرة ٥٥٨ – حسن كيره السابق فقرة ٣٨٧ ص٧٥٦ – وانظر للباحث شرح النظرية العامة للحق في القانون المدني الجزائري.

له فرصة الإطلاع عما قيل في هذه النظرية، وعلى الخصوص، بالنسبة لاستقلالها عن القواعد العامة وفيما قيل عن معايير استعمال الحقوق الأمر الذي يترك الأثر فيما يشرعه من تشريعات تتعلق بهذا الموضوع.

والبحث هو محاولة من المحاولات الكثيرة التي قام بها علماء القانون، وقد يكون له نصيب من التوفيق، وقد يكون له نصيب من عدم التوفيق، فإذا وفقت فإن هذا من الله العلي القدير، وإذا لم أوفق فهذا من نفسي.

٣- تقسيم البحث :

على ضوء ما تقدم نرى أنه من المفيد تقسيم بحثنا إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: نتناول فيه محاولات فقهاء القانون الوضعي ربط نظرية التعسف في استعمال الحق، بالقواعد العامة ومدى استقلال النظرية.

المبحث الثاني: معيار التعسف في استعمال الحق ونطاق النظرية والجزاء المترتب عليها.

المبحث الأول

محاولات فقهاء القانون الوضعي ربط نظرية التعسف بالقواعد العامة ومدى استقلال النظرية

٤- أولاً : محاولات فقهاء القانون الوضعي ربط نظرية التعسف بالقواعد العامة.

يذهب بعض فقهاء القانون الوضعي إلى ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بفكرة الخطأ التقصيري، ومن ثم، يبقون نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن دائرة المسئولية التقصيرية، ومع اتفاقهم في هذا، إلا أنهم اختلفوا في تبرير وتأصيل الربط بين النظريتين.

فيذهب "بلانيول" وهو فقيه فرنسي إلى تأسيس الربط بين النظريتين على أساس التسوية بين التعسف في استعمال الحق وبين مجاوزة الحق أو الخروج عنه،

والسبب في ذلك يرجع إلى أن التعسف في استعمال الحق لا يكون في نظره، إلا تجاوزا أو خروجا عن حدود الحق، فاستعمال الحق لا يمكن أن يكون موافقا للقانون ومخالفا له في نفس الوقت، وبالتالي، إذا وجد في سلوك الأفراد وهم يستعملون حقوقهم تعسف، فلا يكون إلا حينما يتجاوزون حدود حقوقهم، فالحق ينتهي حينما يبدأ التعسف[١٨].

وينتهي أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن فكرة التعسف في استعمال الحق ليست بفكرة جديدة، لا تحتاج إلى نص قانوني ليقررها، فالخروج عن الحق يعتبر عملا غير مشروع، ويندرج هذا المفهوم تحت لواء نظرية المسئولية التقصيرية "المدنية"[١٩].

تعرض هذا الرأي إلى النقد، من حيث أنه يقوم على الخلط بين الفعل الذي يدخل ضمن حدود الحق ويعتبر بذاته مشروعا، وإنما غايته ونتيجته تكون غير مشروعة وبين الفعل الذي لا يدخل ضمن حدود الحق ويعتبر بذاته فعلا غير مشروع في نظر القانون في حالة ما يتجاوز الإنسان حدود حقه المسموح بها قانونا، وعلى سبيل المثال، الشخص الذي يقيم على أرضه سورا لتحديدها عن أرض جاره لا يعتبر مخالفا للقانون، وإنما يقوم بعمل مباح لا يحرمه القانون ولا يعتبر مخالفة له، ولكن إذا أقام السور وعلاه بحيث أصبح يحجب النور عن جاره أو يحجب عنه منظرا طبيعيا خلابا، فإنه يكون قد قام بعمل مشروع، ولكنه في نفس الوقت قد تجاوز الهدف أو الغاية لهذا العمل، هذا الشخص لا يقاس بالشخص الذي يحمل حجرا ويكسر زجاجا للغير، فالعمل هنا غير مشروع في الأصل،

[١٨] أنظر بلانيول القانون المدني الفرنسي الجزء الثاني طبعة ١٩٣٢م فقرة ٨٧١.

[١٩] أنظر بلانيول السابق فقرة ٨٧١.

وغايته كذلك غير مشروعة، وعدم شرعية الفعل والغاية في هذه الحالة تؤسس على عدم جواز الاعتداء على مال الغير.

من هذا يتبين وجه الاختلاف بين الفعلين اللذين وضعهما أصحاب هذا الاتجاه في موضع المقارنة التي قاموا بها. حيث أن نظرية التعسف في استعمال الحق تكمن بين هذين العملين، فالشخص في نظرية التعسف يستعمل حقا مشروعا استعمالا يتجاوز فيه حدود وغاية حقه المشروع. فتستوجب مسئوليته حينئذ على هذا التجاوز[٢٠].

ويذهب بعض الفقهاء، ومنهم الأستاذ الدكتور السنهوري إلى الربط بين التعسف والخطأ التقصيري فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التقصيرية إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض.

بناء على هذا الاتجاه، تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق، أحد تطبيقات الخطأ المنشئ للمسئولية التقصيرية، فإذا كان الخطأ التقصيري عبارة عن انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، فهو يمكن تصوره كذلك ضمن استعمال الحقوق[٢١].

لم يسلم هذا الرأي من سهام النقد، فالربط بين التعدي والخطأ التقصيري لا يخلو من فائدة، حيث يؤدي إلى توحيد قواعد أحكام المسئولية وتوحيد كذلك معيارها

---

[٢٠] في هذا المعني أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٨٩ ص٧٥٩ إلى ص٧٦١ – وأنور سلطان مقال في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ العدد الأول تحت عنوان نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ص٩٩ – وانظر إلى مجموعة المراجع القيمة في هذا الخصوص في هامش رقم٢ ص٨٦١ حسن كيره.

[٢١] ومن هؤلاء – السنهوري الجزء الأول فقرة ٥٥٨ ص٨٤٣ وما بعدها – عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٢ ص٥٧٣ – مازو السابق فقرة ٥٦٢-٥٦٤-٥٧٦-٥٨١.

وضابطها. إلا أن هذا الهدف وتحقيقه سيكون على مصلحة فكرة الحق بمعناها الدقيق، والتي وجدناها في أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنظر للحق بأنه عبارة عن منحه تثبت للإنسان بحكم شرعي لتحقيق غاية معينة جديرة برعاية الشارع لها، ومن ثم إذا وجد تعسفا في استعمال الحق، فإنه يوجد في تجاوز الشخص هذه الغاية، وذلك إما بتخلفها عندما يستعمل حقه دون غاية أو دون قصد من وراء ذلك أو بتناقضها[٢٢] لكن الخطأ التقصيري يقع في سلوك الفرد عندما لا يتبع سلوك الشخص العادي عند القيام بالسلوك ذاته. وهذا الانحراف لا يمت بأي صلة للغاية التي يهدف إليها الفرد إلى تحقيقها أو تجاوزها، فهذا الانحراف يعتبر بذاته عملا غير مشروع بغض النظر عن الغاية التي يهدف إليها.

ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار التعسف نوعا متميزا عن الخطأ التقصيري، فالتعسف خطأ، ولكنه يتعلق ويتصل بروح الحق وغايته الاجتماعية، ومن ثم، فهو خطأ من طبيعة خاصة يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي لا يتحقق إلا إذا كان هناك انحراف عن غاية الحق الاجتماعية[٢٣].

يعتبر هذا الرأي من أفضل الآراء التي قيلت في محاولة تأسيس نظرية التعسف في استعمال الحق، وأفضلية هذا الرأي تكمن بتلمسه الأساس الحقيقي للنظرية، والذي لا يخرج ولا يتجاوز عن الحق وغايته، لكن يعيب هذا الرأي، أن أصحابه قعدوا عن مواصلة البحث عن أحكام متميزة لنظرية التعسف في استعمال

---

[٢٢] في هذا المعنى أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٨٩ ص٧٦٢و٧٦٣.

[٢٣] وهو ما يخرج به من مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردي كالخطأ التقليدي، فهو إذن خطأ خاص أو "خطأ اجتماعي" يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية.

الحق عن أحكام المسئولية التقصيرية[٢٤] الأمر الذي بقي هذا الرأي يدور كسابقيه بنفس دائرة القواعد العامة وعلى وجه الخصوص ضمن الخطأ التقصيري.

٥- ثانياً: مدى استقلال نظرية التعسف:

رأينا كيف قامت المحاولات السابقة في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك عن طريق ربطها بالخطأ التقصيري "المسئولية التقصيرية"، وكذلك رأينا المحاولة التي قال بها بعض الفقهاء باعتبار التعسف في استعمال الحق خطأ من نوع خاص أو من طبيعة خاصة ضمن دائرة المسئولية التقصيرية، ورأينا مدى العيوب الفنية في هذا الربط، بسبب التمايز الواضح بين التعسف في استعمال الحق، وبين الخطأ التقصيري "المسئولية التقصيرية" مما يقتضي استقلال نظرية التعسف استقلالا تاما عن نظرية المسئولية التقصيرية. ويوجب كذلك ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالحق ذاته وبغايته، لأن هذا الربط هو الأساس الحقيقي الذي تقوم عليه النظرية، فالحق عندما يمنح للشخص، فإنما يقصد منه تحقيق غاية معينة أو هدف معين مشروع يحميه الشارع، فالحق عبارة عن وسيلة في يد الإنسان لتحقيق غاية معينة، فإذا استعمل الحق وحقق من وراء ذلك الغاية المقصودة منه يكون الشخص "صاحب الحق" في نطاق المشروعية "الإباحة" وإذا لم يحقق الغاية وانحرف عنها، يكون صاحب الحق ليس جديرا في حماية الشارع لأنه يكون حينئذ خارج نطاق المشروعية "الإباحة".

هذا الربط بين التعسف في استعمال الحق وبين الحق ذاته وغايته، يمكننا من الإبقاء على فكرة الحق نفسها ضمن النظام القانوني، حيث يصعب التصور

[٢٤] أنظر في هذا المعني حسن كيره السابق ٣٨٩ ص٧٦٤.

بانفصال فكرة التعسف عن التصوير الفني للحق[٢٥] إضافة إلى ذلك أن فكرة التعسف بهذا التصور تثير مشكلة سابقة على مشكلة المسئولية[٢٦] ومن ثم، فإن أي حل للتعسف لا يمكن وجوده إلا من خلال الحق وحقيقته وجوهره، هذا الحل يرتبط في الاختيار التالي، أن يكون استعمال الحق بصورة مطلقة بدون قيد، أو أن يكون استعماله بصورة نسبية تقتضي تحديد مداها ومدى رقابة استعمال الحقوق، هذا الأمر لا يمكن تصوره ضمن إطار المسئولية التقصيرية في حالة اختيارنا النسبية في استعمال الحقوق، وإنما ضمن الحق ودوره أو وظيفته، وبفكرة العدل ومدلوله، وهذا كله يخرج عن نطاق المسئولية التقصيرية[٢٧].

إن أهم ما يترتب على هذا التصور لفكرة التعسف في استعمال الحق، أن المسئولية لا تثور في بعض المسائل، فلو تصورنا أن حرمنا أحد الأشخاص من استعمال حقه استعمالا تعسفيا ابتداء، فإن ذلك يمنع بالضرورة وقوع الضرر في الأصل، وبالتالي لا يمكن تصور قيام المسئولية، يتبين من هذا، أن دور التعسف في استعمال الحق يتجاوز دور المسئولية، فبينما تجبر المسئولية الضرر بالتعويض، فإن دور التعسف يمنع وقوع الضرر في الأصل، ومن ثم، لا يكون

---

[٢٥] وهذا لا يستدعى إلغاء فكرة الحق أو تحويلها كما يقترح البعض إلى اعتبار الحق واجبا ووظيفة اجتماعية خالصة، كما سبق لنا أن رأينا هذا في التمهيد عند دراسة المذاهب الاشتراكية ونظرتها إلى الحق وعلى وجه الخصوص المغالين فيها، وانظر في هذا حسن كيره السابق فقرة ٣٩٠ ص٧٦٦.

[٢٦] أنظر في هذا حسن كيره السابق فقرة ٣٩٠ ص٧٦٦.

[٢٧] أنظر في هذا المعني حسن كيره السابق فقره ٣٩٠ ص٧٦٦ وكذلك ضمن القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين.

هناك محل للتعويض، فدور التعسف دور وقائي[٢٨] ويظهر هذا الدور الوقائي كذلك في حالة التنفيذ العيني إذا كان مرهقا وذلك في حالة إصرار الدائن عليه، عن طريق إجباره على قبول التعويض النقدي.

المبحث الثاني

معيار التعسف ونطاق النظرية والجزاء المترتب عليها

٦- أولا: معيار التعسف:

السياسة التشريعية للشارع في كل تشريع عند وضع المعايير والضوابط لأي نظام قانوني أو نظرية عامة يتبع أحد طريقين..

الأول: وضع مبدأ عام يتسع لكل ما يمكن أن يندرج تحت هذا النظام أو هذه النظرية من وقائع وأعمال.

الثاني: أن لا يكتفي المشرع بوضع مبدأ عام، وإنما يضع عدة معايير يمكن أن يندرج تحت هذا النظام أو هذه النظرية من وقائع وأعمال.

والباحث في سياسة التشريعات المعاصرة، يجد أن بعضها اتبع الطريق الأول كقانون الموجبات والعقود اللبناني، حيث نصت المادة ١٢٤ منه على أن : "يلزم أيضا بالتعويض من يضر بالغير بتجاوزه أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو المفروض الذي من أجله منح هذا الحق".

[٢٨] ومن صور الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، ما يشترطه عند التنفيذ العيني للالتزام، حيث لا يجوز إذا كان فيه إرهاقا على المدين، وبالتالي يلزم القاضي الدائن متعسفا في استعمال حقه ويجبر على التعويض النقدي.

ونجد أن بعضه اتبع الطريق الثاني، كالقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري الحالي حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه "يكون الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

وقد دافع بعض الفقهاء عن مسلك المشرع المصري بالقول "أن المشرع المصري لاحظ أن العبارات التي صيغ فيها مبدأ التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة "ويقصد بالتشريعات التي وضعت للتعسف معيارا عاما" يعوزها التحديد الذي يهيئ للقاضي ضوابط يمكن الاسترشاد بها، وبذلك فتحت أمامه مجالا واسعا للاجتهاد، كما لاحظ أن المعايير التي يقول بها الفقه ليست منضبطة كذلك[٢٩].

في نظرنا، إن ما سلكه المشرع المصري والجزائري في تحديد متى يعتبر استعمال الحق استعمالا تعسفيا لا يتفق واعتبار نظرية التعسف في استعمال الحق تعتبر نظرية مستقلة تمام الاستقلال عن نظرية المسئولية التقصيرية، كما أكدنا ذلك عند تأصيلنا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لأن ذلك الاستقلال من شأنه أن يؤدي حتما إلى وضع معيار عام شامل لكل حالات التعسف التي كانت ماثلة في ذهن المشرع أثناء وضع النظرية وإقرارها، والحالات التي قد تنشأ ويظهرها العمل القضائي والفقهي في الحياة العملية.

فضلا عن ذلك، أن الأخذ بعدة معايير للتعسف سيؤدي إلى التساؤل حول معرفة إن كانت هذه المعايير قد وردت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر فإذا

[٢٩] أنظر في هذا عبد المنعم فرج الصدة السابق فقرة ٣٩٥ ص٥٧٧.

كان الجواب أنها وردت على سبيل الحصر، فهذا يعني جمود نظرية التعسف في استعمال الحق وعدم استجابتها لكل الظروف التي يمكن أن تستجد في المستقبل.

اقترح بعض الفقهاء معيارا عاما للتعسف، فيقولون "فنفضل -لما أوضحنا من أسباب- الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضي بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله، وينبغي الاكتفاء في ذلك بالإشارة إلى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف لهذه الغاية، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتتفاوت وظيفتها والغرض منها، ولذلك نفضل تجنب ما يذهب إليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها "غاية اجتماعية" حتى لا ينصرف الذهن -ولو أخذاً بظاهر هذا الاصطلاح- إلى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العام الاجتماعي وحده دون أي وزن لتحقيق الصالح الفردي[٣٠]، يقوم هذا الاقتراح على الربط بين التعسف في استعمال الحق وفكرة الحق بصفة عامة والغاية التي يقصد صاحب الحق تحقيقها من وراء استعماله للحق، وقد وجه لهذا المعيار سهام النقد من قبل بعض الفقهاء، بدعوى أن هذا المعيار يعتبر معيارا سياسيا أكثر منه معيارا قانونيا لأن القاضي بمقتضى سلطته التقديرية سوف يحدد الهدف الاجتماعي للحق في ضوء آرائه ومعتقداته الخاصة[٣١].

ويرد أصحاب الاقتراح على هذا النقد، بحق، أن القضاء خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف، فضلا عن أن القاضي وهو يحدد غاية الحقوق لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية، وإنما يستلهم روح

---

[٣٠] أنظر في هذا حسن كيره السابق فقرة ٣٩١ ص٧٧١و٧٧٢ وهامش رقم٢ ص٧٧٢.

[٣١] أنظر في هذا الانتقاد على وجه الخصوص عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٢ ص٥٧٥.

القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في المجتمع مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة[٣٢].

ومع ذلك إذا كنا نعتقد بصحة الربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق بغاية الحق وبالحق ذاته، إلا أننا لا نتفق مع العمومية المفرطة التي صيغ بها هذا المعيار من قبل أصحابه، ولهذا نرى وجوب التحديد لهذا المعيار من خلال القواعد العامة التي تسود العلاقات القانونية، وأهمها مبدأ حسن النية، فهذا المبدأ لا ينحصر تطبيقه ولزومه في نطاق تنفيذ العقود، وإنما أيضا في استعمال الحقوق، حيث يجب أن يكون صاحب الحق حسن النية وهو يستعمل كافة حقوقه ولا يتجاوز الأهداف والغايات والتي من أجلها 'منح هذا الحق. ويكون كذلك، إذا لم يهدف إصابة الغير بالضرر، أو كانت مصلحته الذي يريد تحقيقها أكبر من الضرر الذي يمكن أن يصيب الغير من جراء استعمال حقه أو كانت المصلحة التي يريد تحقيقها مصلحة مشروعة، وطالما الأمر كذلك، فإننا نقترح تعديل معيار التعسف الذي سبق ليعض الفقهاء الوصول إليه، فنقول، "إن الشخص يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا تجاوز أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو الغاية التي من أجلها منح هذا الحق".

وبهذا نكون قد رجحنا المعيار الذي أخذ به المشرع اللبناني في المبادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني فهذا المعيار قد جمع بين الحالات التي

---

[٣٢] أنظر في هذا الرد حسن كيره السابق فقرة ٣٩١ ص٧٧١ وهامش رقم١ ص٧٧١. ويضيف بالقول "أن وجود محكمة النقض (المجلس الأعلى) من فوق القاضي، وهي الرقيبة على صحة تطبيق القانون يكفل وحده هذا التطبيق. خبر حتمان لالتزام القصد والاعتدال وفي التحكم والانحراف في التقدير" وعبارة المجلس الأعلى مأخوذة عن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، والمجلس الأعلى في الجزائر يعادل محكمة النقض في مصر.

يكون فيها الشخص سيئ النية عند تجاوزه حدود حقه، وهذا يشمل المعايير الثلاثة التي أخذ بها المشرع المصري والجزائري، والحالات التي لا يكون فيها الشخص سيئ النية ولكنه مع ذلك يتجاوز حدود حقه والغاية منه كما هو واقع في المعيار المأخوذ عن الشريعة الإسلامية معيار الضرر الفاحش (الإضرار غير المألوفة) فالتعسف لا يقوم فقط حيث يكون الشخص سيئ النية ولكنه يقوم أيضا عندما يكون الشخص حسن النية أيضا ولكنه تجاوز في استعماله لحقه الغاية المقصود دون قصد منه[٣٣].

وحسن النية مفترض في الإنسان إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك، بإثبات أن صاحب الحق عند استعماله لحق من حقوقه كان سيئ النية أو أنه تجاوز الغاية أو الهدف الذي أراد تحقيقه من استعماله لحقه حتى ولو لم يكن سيئ النية وفي الإمكان اعتبار المعايير التي وضعها المشرع المصري مجرد قرائن يهتدي القاضي على سوء نية صاحب الحق ومن ثم، على تعسفه في استعمال حقوقه. يترتب على ذلك، أن يكون للقاضي السلطة في زيادة هذه المعايير وفقا لمقتضيات مجري الحياة العملية والقضائية وما يتكشف عن ذلك من نقص في معايير القانون المدني المصري، كمعيار الضرر الفاحش المأخوذ من الشريعة الإسلامية على سبيل المثال.

٧- تطبيق معيار التعسف:

بعد أن وضعنا المعيار العام لنظرية التعسف في استعمال الحق في مداه الصحيح وضمن حدود الحق والغاية من استعماله، ننتقل إلى دراسة بعض القرائن

---

[٣٣] أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه ١٩٩٧م-١٤١٨هـ فقرة ٦٦ ص١٥٥.

التي تمكن القاضي من اكتشاف سوء نية صاحب الحق أو تجاوزه عن الأهداف والغايات التي منح من أجل تحقيقها الحق وبالتالي، تعسفه في استعمال حقه.

أ- أولاً: الضرر الفاحش:

يذهب الأحناف والشافعي وأحمد، إلى "أن حق المالك التام يقتضي أن تكون يد المالك مطلقة من كل قيد يرد عليها في التصرف، إلا إذا تعلق الأمر بحق الغير، لأن الأصل في الأفعال الإباحة، ومنع المالك من الانتفاع بملكه بصفة كاملة فيه ضرر ينزل به غير مبرر يبرره، ولا يصح أن يدفع الضرر عن المالك من التصرف لفقد المالك حرية التصرف وليست حرية التصرف إلا معني الملك[٣٤].

على هذا رتب الفقهاء الثلاثة قاعدة مفادها، أن حق المالك يقتضي عدم التقيد قضاء، وليس للقاضي أن يمنع المالك من التصرف في ملكه، ولا يرد في نظرهم أي قيد على حرية المالك فيما يملكه، إلا ما يفرضه الدين والأخلاق، وحسن المعاملة والسلوك القويم بألا يتصرف الجار في ملكه مما يترتب عليه أذى جاره، لكن هذا القيد يظل مرهونا بإرادة المالك، إن شاء نفذه وإن لم يشأ فلا أحد يجبره على ذلك حتى ولو كان ذلك من القاضي، وهذا ما يراه أبو حنيفة وأصحابه على أساس القياس عندهم[٣٥].

ومع ذلك، فقد جاء أصحاب الفتاوى وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين في المذاهب فاستحسنوا أن يمنع الجار من التصرف في ملكه تصرفا يضر جاره ضررا بينا فاحشا على قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"

---

[٣٤] أنظر في هذا محمد مصطفي شلبي – المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود ١٤٠٣-١٩٨٣م ص٣٦٨ – وانظر للباحث الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ٦٦ ص١٥٢.

[٣٥] أنظر محمد مصطفي شلبي السابق ص٣٦٨.

ولقوله صلى الله عليه وسلم والله لا يؤمن ثلاثا، قالوا من يا رسول الله، قال ذلك الذي لا يأمن جاره بوائقه". أو كما قال رسول الله[٣٦]. ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليهم الدين من وجوب رعاية الجار، فحقت عليه كلمة القضاء لحملهم على منع الإضرار اضطرارا إذا لم يقوموا به اختيارا، وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ.

وإذا كان هذا الرأي جاء عند الحنفية على سبيل الاستحسان[٣٧]، فإن المذهب عند مالك رضى الله عنه، كما جاء في تهذيب الفروق ما نصه "مما هو معلوم لا شك فيه أن من ملك موضع له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره" فالمذهب إذن عند مالك "أن الانتفاع بالملك مقيد بقيد عدم الإضرار بالغير"[٣٨]. وقد قرر مرشد

---

[٣٦] ويقول الرسول صلوات الله عليه وسلم "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه". وقوله: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره" وقيل لرسول الله: إن فلانه تصوم النهار وتقوم الليل، تؤذي جيرانها، فقال: هي في النار" أنظر هذه الأحاديث، محمد مصطفي شلبي المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ١٤٠٣-١٩٨٣م ص٣٦٤.

[٣٧] هذا الرأي عند الفقهاء المتأخرين من الحنفية حيث قالوا: يجب أن نقيد تصرفاته بذلك وإن لم يقصد الضرر وقد استدلوا بحديث لا ضرر ولا إضرار في الإسلام" وكذلك عما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال لأصحابه "أتدرون ما حق الجار؟ إذا إستعانك أعنه، وإذا إستقرضك أقرضه، وإذا افتقر عدت عليه بمالك، وإذا مرض عدته، وإذا أصابه خير هنئه، وإذا أصابته مصيبة عزيته وإذا مات اتبعت جنازته، ولا تستطل عليه بالبناء فيحجب عنه الريح إلا بإذنه" -أنظر محمد مصطفي شلبي السابق ص٣٦٩- وقد قررت ذلك مجلة الأحكام العدلية بالمادة ١٢٠٣ حيث تقول "وإذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أن يضع سلما وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار".

[٣٨] الحقوق العينية الأصلية السابق فقرة ٦٦ ص١٥٥.

الحيران لما توصل إليه هؤلاء الفقهاء، حيث تقول المادة ٥٧ منه "للمالك أن يتصرف كيفما شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه، فيعلي حائطه، ويبني ما يريده، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا" وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية وهي القانون المطبق في فلسطين عن ذلك في المادة ١١٩٨ بقولها "لكل واحد التعلي على حائط يملكه وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا". وقد عرفت المادة ٥٩ من مرشد الحيران الضرر الفاحش بقولها "الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية، أي المنافع المقصودة من البناء، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية، فليس بضرر فاحش". بينما عرفته المادة ١١٩٩ من مجلة الأحكام العدلية بقولها "الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكني أو يضر البناء بأن يجلب عليه وهنا ويكون سبب انهدامه". وقد قننت بعض التشريعات المعاصرة هذه الأفكار وطبقتها المحاكم، ففي المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري فقد نصت على أنه "١- على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢-وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق[٣٩] بهذا

[٣٩] وقد نصت المادة ٦٩١ من القانون المدني الجزائري على مثل هذه المادة حيث قررت بأنه "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطالب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له.

تكون المادة (٨٠٧) من القانون المدني المصري الحالي، قد فرقت بين الضرر المألوف الذي جرى التسامح عليه، خصوصا في هذا الزمن الذي ازداد فيه الازدحام وزاد فيه النشاط التجاري والصناعي مما يترتب عليه كثرة المضايقات بين الجيران، لأن القول بغير ذلك، من شأنه أن يؤدي إلى غل يد الملاك في استعمال أملاكهم، وبين الضرر غير المألوف، والذي اصطلحت عليه الشريعة الإسلامية بالضرر الفاحش وهو لم يجر التسامح عليه، والقضاء هو الذي يناط إليه في النهاية تقدير متى يعتبر الضرر مألوفا فلا يستوجب مسئولية المالك، على أساس التسامح بهذا النوع من الإضرار، ومتى يعتبر الضرر فاحشا فيستوجب مسئولية المالك على أساس تعسفه في استعمال حقه.

وقد ضرب الفقهاء في الشريعة الإسلامية بعض الأمثلة على الضرر الفاحش، فجاء في فتح القدير، أن الضرر الفاحش "هو ما يكون سببا للهدم. وما يوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية أو يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية" وعلى ذلك يعتبر ضررا فاحشا أن يتخذ طاحونا ومصنع حديد، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء، وأن يحدث تنورا أو معصرة في سوق، فضر ضررا فاحشا ببضائع أهل السوق، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئرا أو بالوعة توهن بناء الجار، أو يحدث في ملكه بناء ما يمنع الضوء عن جاره، بحيث لا يستطيع القراءة في النهار من شدة الظلام، أو يحدث شباكا يطل منه على مقر النساء[٤٠].

ومن أمثلة الضرر الفاحش كذلك، الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام في فندق تملكه إحدى شركات الفنادق، كذلك الأضرار الناشئة عن إنشاء محطة من محطات

[٤٠] المادة ١٢٠٠، مجلة الأحكام العدلية وكذلك المادة ١٢٠١ و١٢٠٢.

المجاري أقامتها الحكومة على قطعة من أملاكها، مما ترتب على إدارتها إقلاق راحة السكان في حي مخصص للسكن، كذلك يعتبر من قبل الضرر الفاحش إنشاء مصحة لمرضي السل بين المساكن في منزل عادي يدخل ضمن المضار غير المألوفة[٤١].

ومن أمثلة الضرر الفاحش بناء على أحكام القضاء تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة من مصنع مجاور لمنازل السكن، ووجود مرآب (جراج) وسط المساكن الهادئة، ولا يحول دون ذلك كون المالك حصل على ترخيص من الجهة المختصة بالبناء، لكن لو أنشئ هذا المحل في ناحية مكتظة بالمصانع والمحلات العامة فإنه يعتبر ضررا مألوفا، ومن ذلك أيضا أن صاحب المصنع يسأل عن الضرر الفاحش الذي يحدث لأصحاب الدار المعدة للعلاج أو الاستشفاء والدخان المتصاعد من المداخن لأنه يعتبر ضررا غير مألوفا (فاحشا) بالنسبة لصاحب المغسل، لأنه يلحق بعمله ضررا فاحشا، كذلك يسأل صاحب المصنع عما يحدث لتاجر أجهزة (الراديو) من ضرر فاحش من أثر التشويش على أجهزته الأمر الذي لا يتمكن من بيعها بسببه.

ب- ثانياً: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير:

يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا قصد في استعمال حقه الإضرار بالغير، وقد أخذت بهذه القرينة كل الشرائع القديمة منها والمعاصرة وعلى رأسها الشريعة الإسلامية، ولا يهم لاعتبار الشخص متعسفا أم لا، كونه قد حقق منفعته من استعماله لحقه أم لم يحقق ذلك طالما بيت الإضرار بجاره أم ممن يتأذون من استعمال حقه بالصورة التي قام بها. والسبب في ذلك، أن وجود قصد الإضرار لدي صاحب الحق عند استعماله، استغرق المصلحة التي حققها.

---

[٤١] أنظر استئناف مصري ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجلة المحاماة المصرية ٨٩١/٣٧٦/٢١.

ويضرب الفقهاء الأمثلة على ذلك، أن يقوم أحد الأشخاص بزرع أرضه أشجارا عالية وكثيفة بقصد حجب الضوء عن أرض جاره، في هذه الحالة، يكون صاحب الأشجار متعسفا في استعمال حقه حتى ولو حقق من وراء هذه الأشجار المنفعة الذاتية طالما أن هذه المصلحة جاءت بصورة عارضة ليست مقصودة بذاتها، أو أن يقيم أحد الأشخاص سورا عاليا في أرضه بقصد حجب الهواء والنور عن جاره[٤٢] أو أن يقوم أحد الأشخاص بالحفر في ملكه لا بقصد النفع وإنما بقصد الإضرار بالغير، أو أن يفصل العامل بدون سبب وإنما لمجرد الانتقام منه لأنه قدم شهادته ضد رب العمل، أو أن يرفع أحد الأشخاص دعوى كيدية بأحد الأشخاص الذي بنى سورا في أرضه وطلاه باللون الأسود بقصد إظلام بناء جاره دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك[٤٣].

وقصد الضرر يقع إثباته على من يدعيه، وهو الشخص المضرور، فالبينة على من ادعى، والضرر كما هو معروف واقعة مادية، والوقائع المادية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وفي الواقع أن مسألة إثبات الإضرار من قبل صاحب الحق ليست من المسائل السهلة لإقامة الدليل عليها. ولكن يستطيع القاضي أن يستعين بجميع القرائن التي تساعده على اكتشاف هذا القصد، وبالتالي، إثبات سوء

---

[٤٢] لأن هذه الفائدة لا تبرر استعمال الحق، طالما بيت صاحب الحق نية الإضرار في نفسه بمصالح الآخرين.

[٤٣] في هذا المعني أنظر السنهوري الوسيط السابق فقرة ٥٦٠ ص٨٤٤ – عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٦ ص٥٧٩ – حسن كيره السابق فقرة ٣٩٣ ص٧٧٣ – أنور سلطان النظرية العامة للالتزام الجزء الأول ١٩٥٥ ص٤٤١ –أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء الأول ص٢٠٩.

نية صاحب الحق لدى استعماله لحقه، ومن أهم هذه القرائن، انعدام المصلحة لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه.

ج – ثالثاً: إذا كان الغرض من استعمال الحق الحصول على فائدة غير مشروعة:

يكون صاحب الحق كذلك متعسفا في استعمال حقه إذا قصد عند استعماله له تحقيق مصلحة غير مشروعة، حيث يكون انحراف الشخص شاملا للحق وغايته التي يحميها المشرع، الأمر الذي يدلل على سوء نية صاحب الحق عند استعماله لحقه[٤٤] ومن تطبيقات هذه القرينة، المالك الذي يطالب بإخلاء المنزل من المستأجر بحجة حاجته للسكن فيه وذلك بعد مطالبته للمستأجر زيادة الأجرة إلى حد لا يسمح به القانون[٤٥].

وكذلك المالك الذي يمتنع عن الترخيص بالإيجار من الباطن أو النزول عن الإيجار دون سبب مشروع[٤٦] أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة[٤٧] وكذلك صاحب العمل الذي يفصل أحد العمال بسبب مذهبه السياسي ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثيره فيه[٤٨]، أو بسبب انضمامه أو عدم

---

[٤٤] أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٩٦٣ ص٥٧٩ – حسن كيره السابق فقرة ٣٩٣ ص٧٧٣ – وانظر استئناف لبنان الجنوبي رقم ١٢٣ في ١١-٢-١٩٢٥ مجموعة حاتم الجزء ١٦ سنة ١٩٦١ ص٤٧ رقم١.

[٤٥] في هذا المعني أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٨ ص٥٨٠.

[٤٦] أنظر حسن كيره فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦ السابق.

[٤٧] أنظر في هذا المعني حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦ – وفي هذا المعني منصور منصور العقود المسماة "البيع والمقايضة والإيجار" ١٩٥٦-١٩٥٧ فقرة ٢٢٣ ص٥٧٢.

[٤٨] أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦.

انضمامه إلى نقابة من النقابات[٤٩] أو بسبب نشاطه النقابي المشروع[٥٠] أو كالمالك الذي يضع أسلاكا شائكة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة الطيران أن تهبط طائراتها في أرض مجاورة وبالتالي، تشتري منه أرضه بثمن مرتفع، وكذلك إذا امتنع المؤجر عن الترخيص بالإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذي أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع، وذلك لا توقيا بل سعيا وراء كسب غير مشروع يجنيه المشتري[٥١].

د- رابعاً: إذا كان صاحب الحق يرمي الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الغير نتيجة لاستعماله لحقه.

ويعبر الفقهاء عن هذه القرينة بالقول "رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا"، فالتعسف لا يقوم فقط حيث تنعدم مصلحة صاحب الحق أو عندما تكون مصلحة غير مشروعة، وإنما يقوم كذلك، عندما يكون لصاحب الحق مصلحة في استعماله لحقه، لكنها لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يمكن أن يقع على الغير من جراء استعمال صاحب الحق لحقه بالطريقة التي وقعت، وهذه القرينة تقوم على أساس مقدار التفاوت بين المنفعة التي سيحصل عليها صاحب

---

[٤٩] أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٨ ص٥٨٠ - القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ مدونة الفكهاني ١-٣ رقم٣١٣ ص٣٧٦ - حسن كيره السابق ٣٩٥ ص٧٧٦ - السنهوري الجزء الأول ٥٦٢ ص٨٤٦.

[٥٠] أنظر القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ مدونة الفكهاني الدورية ١٩٦٠ رقم ٢٠٨ ص٤٢٦ - حسن كيره السابق ص٧٧٦ فقرة ٣٩٥.

[٥١] أنظر السنهوري السابق فقرة ٥٦٢ ص٨٤٦ - حسن كيره السابق فقرة ٣٩٥ ص٧٧٦ - الجيزة الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ مدونة الفكهاني رقم ٣٠٢ ص٣٦٣ ج١-٣.

الحق وبين الضرر الذي يمكن أن يقع بالغير، وهو تفاوت كبير[٥٢] وفي الغالب ما يكشف عن قصد الإضرار بالغير حتى ولو لم يظهر هذا القصد وقت استعمال الحق.

ومن تطبيقات هذه القرينة التي يستشف منها على التعسف وبالتالي سوء نية صاحب الحق عند استعماله لحقه، حالة ما يقيم أحد الأشخاص مدخنة لتصريف العوادم من بيته، وقد وجهها هذا الشخص اتجاها قريبا من بيت جاره، الأمر الذي يؤدي إلى وقوع الضرر بالجار نتيجة لذلك، ففي هذه الحالة يكون صاحب المدخنة متعسفا في استعمال حقه، صحيح أنه حقق غايته من وراء ذلك بإبعاد العوادم من بيته، لكنه من جانب آخر أضر بجاره ضررا كبيرا نتيجة لتوجيه المدخنة نحوه. فقد كان على صاحب المدخنة أن يوجهها وجهة أخرى لا يحتمل وقوع الضرر منها بالجار[٥٣] ومن تطبيقات هذا المعيار ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة ٨٨١ منه والتي تقرر على أنه "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم يبق سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، ومن تطبيقات هذا المعيار كذلك ما نصت عليه المادة ٧٠٨ من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية على أنه (غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يعنى أن الحائط إذا كان مملوكا ملكية خاصة لأحد الجيران دون أن يشاركه في ملكيته الجار الآخر على الرغم من أنه يفصل بين ملكيتهما

---

[٥٢] حتى ولو لم يظهر هذا القصد وقت استعمال الحق-وانظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الأول ص٢١.

[٥٣] أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٢ ص٧٧٥ وهامش رقم ١ ص٧٧٥.

فليس لصاحب الحائط أن يهدمه إلا إذا وجد عذر قوى وإلا كان صاحب الحائط متعسفا في استعمال حقه).

٧- مكرر: وجود مصلحتين متعارضتين :

ويثور التساؤل حول ما إذا وجدت مصلحتان خاصتان متعارضتان. فتمسك أحد المصلحتين بحقه تجاه صاحب المصلحة الأخرى ومنعه من تحقيقها على الوجه الأفضل. وعلى سبيل المثال، جماعة من الأفراد يملك كل فرد منهم قطعة أرض صغيرة تجاور وتلاصق الأراضي الأخرى التي يملكها الأفراد الآخرين. اجتمع هؤلاء الأفراد بناء على طلب أحدهم عارضا عليهم تجميع هذه الملكيات الصغيرة لتصبح ملكية كبيرة موحدة لإقامة أحد المراكز التجارية أو مستشفى أو أحد الفنادق الكبيرة، رغبة في استغلال الأرض استغلالا أفضل مما لو استغلت كل قطعة صغيرة على انفراد. فاعترض أحد الملاك على ذلك وأصر على الرفض، فهل يجوز اعتبار هذا الشخص لرفضه وانضمامه بأرضه إلى باقي الملاك متعسفا في استعمال حقه، ومن ثم، يجوز إصدار قرار بضم ملكيته عنوه للأملاك الأخرى..؟؟.

إن أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على أساس الربط بين التعسف في استعمال الحق، والحق ذاته والغاية منه، فصاحب الحق لا يكون متعسفا طالما كان يتصرف في حدود حقه ووفقا للغاية المقصودة منه، فالخروج عن غاية الحق ووقوع الضرر نتيجة لهذا الخروج أهم أركان نظرية التعسف في استعمال الحق، فهل في الإمكان تطبيق ذلك على مثالنا السابق واعتبار المالك المعارض متعسفا في استعماله لحقه بعدم قبوله بضم ملكيته إلى الأملاك الأخرى؟؟

أولا: إذا كان الأمر يتعلق بمشروع حكومي يقصد به المصلحة العامة للناس، فليس من شك حول شرعية القرار الذي يصدره ولي الأمر بنزع ملكية

الأشخاص وتحويلها إلى ملكية عامة، وإنما مقابل تعويض عادل يدفع للأشخاص المنزوعة منهم الملكية.

فيروى أنه عندما استخلف عمر بن الخطاب رضى الله عنه وكثر الناس، ووسع المسجد واشتري دورا فهدمها وزادها فيه، وهدم على قوم من جيران المسجد أبو أن يبيعوا ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد، واتخذ المسجد جدارا قصيرا دون القامة كانت المصابيح توضع فيه[٥٤] وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه هدم كذلك مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام وزاد فيه وأدخل دار العباس فيه[٥٥].

وحدث ذلك أيضا في عهد عثمان بن عفان رضى الله عنه[٥٦]، في هذه الحالة قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فنزعت الثانية من أجل تحقيق المصلحة الأولي.

ثانيا: هل يجوز انتزاع ملكية خاصة من أجل تحقيق مصلحة خاصة؟؟ في هذه الحالة تتساوى المصالح، فلكل صاحب أرض له مصلحة في استعمالها واستغلالها أو التصرف فيها على الوجه والطريقة التي يشاء طالما أن كل شخص يلتزم حدود حقه والغاية المقصودة منه، وهذا الأصل لا اختلاف عليه، لكن يختلف الحال في نظرنا لو أن إحدى المصلحتين كانت جديرة برعاية الشارع دون الأخرى، كأن تكون إحداها تتساوى مع المصلحة العامة بالنظر للأهداف التي قصدت تحقيقها فيما لو تحققت، بينما الأخرى تنحصر في تحقيق ما قصده صاحبها فقط، فإقامة مستشفى حتى ولو كان خاصا، فإنه يهدف إلى تحقيق مصلحة القائمين به،

---

[٥٤] أنظر حسن كيره السابق فقرة ٣٩٢ ص٧٧٥ وهامش رقم١ ص٧٧٥.

[٥٥] سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص٥٣.

[٥٦] محمد سلامه مذكور الفقه الإسلامي ص١٩٠ فقرة٢٦٦.

ومصلحة الناس من توفير دار للاستشفاء قريبة عليهم ويوفر الكثير من نفقات الانتقال والبحث عن الأطباء...الخ. فإن هذه الأهداف وإن كانت تحقق مصلحة خاصة في ظاهرها، إلا أنه في جوهرها تهدف تحقيق مصلحة عامة، هذه المصلحة الخاصة تكون جديرة برعاية الشارع، وكذلك الحال بالنسبة لإقامة مدرسة، أو إقامة فندق كبير في أماكن هامة لتقديم الخدمات للناس على أحسن وجه، كأن يكون قريبا للحرم المكي أو الحرم النبوي أو الحرم المقدسي في القدس، أو إقامة مركز تجاري الخ.

ومن ثم، فإننا نرى أنه إذا وجد ما يعارض قيام المستشفى أو المدرسة..الخ يجب أن يزال هذا المعارض، فلو وجد متجر صغير أو بيت صغير في الأرض التي سيقام عليها المستشفى أو المدرسة، فإن المصلحة من إقامة هذه المباني ترجح انتزاع ملكية المتجر أو البيت من أصحابها، وإنما يجب أن يكون ذلك مقابل تعويض عادل يقدم لهما، فإذا رفضا مع ذلك، نرى أنهم يكونون متعسفين في استعمال حقوقهم، حيث سيؤدي تمسكهم بحقهم إلى عدم إقامة هذه المباني بالصورة التي تستطيع تقديم الخدمات للناس بصورة جيدة، وهذا ضرر لا يصيب من سيقوم بالمستشفى أو المدرسة..الخ وإنما للناس الذين كانوا سينتفعون من قيامها. ودرء الضرر أولى من جلب المنفعة أو المصلحة، وأصول الشريعة الإسلامية توجب المعارضة للحاجة والمصلحة الراجحة وإن لم يرض صاحب المال[٥٧].

لكن لو أراد أحد الأشخاص توسيع حديقته ووجد أحد المتاجر حتى ولو كان صغيرا يمثل عقبة أمام هذه الرغبة، فإن صاحب المتجر لا يكون متعسفا في

[٥٧] محمد سلامه مدكور الفقه الإسلامي ص١٩٠ فقرة ٢٢٦ – وانظر الملكية ونظرية العقد محمد أبو زهرة فقرة ٥٧ ص١٥٢ من موسوعة القضاء والفقه رقم ٢٠٥.

استعمال حقه حتى ولو رفض التعويض من صاحب الحديقة، فالمصلحة التي تعود من توسيع الحديقة على صاحب الحديقة تتساوى مع مصلحة صاحب المتجر، فلا ضرر ولا إضرار، أما إذا ترتب على أحد المصلحتين الخاصتين ضرر واجب درؤه، فهنا وجبت التضحية بأحد المصلحتين للآخر مع التعويض العادل، ويؤكد ذلك الحديث النبوي الشريف الذي رواه أبو داود في سننه عن 'سمرة بن 'جندب وقد سبق رواية هذا الحديث في التأكيد على أن السنة النبوية الشريفة أقرت نظرية التعسف في استعمال الحق[٥٨] وقد نقل الإمام ابن رجب الحنبلي[٥٩] حديثا في واقعة مشابهة لحادثة "'سمرة" قال: وأخرجه أبو داود في مراسيله: "أنه كان لأبي لبابة عذق في حائط رجل فكلمه فقال: إنك تطأ حائطي إلى عذقك، فأنا أعطيك مثله في حائطك وأخرجه عنى، فأبى عليه، فكلم النبي فقال صلى الله عليه وسلم !! يا أبا لبابة خذ مثل عذقك فخذها إلى مالك واكفف عن صاحبك ما يكره" فقال ما أنا بفاعل فقال صلى الله عليه وسلم للرجل اذهب فأخرج له مثل عذقه إلى حائطه ثم اضرب فوق ذلك بجدار، فإنه لا ضرر في الإسلام ولا ضرار".

٨- دراسة لموقف المشرع الأردني من نظرية التعسف:

جاء النص على نظرية التعسف في المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني، تحت عنوان إساءة استعمال الحق، حيث تقول "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع، ويكون استعمال الحق غير مشروع :

أ. إذا توافر قصد التعدي.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

---

[٥٨] أنظر فيما سبق فقرة ١ ص...

[٥٩] جامع العلوم لابن رجب الحنبلي ط٣ ص٢٧٠.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني ما يأتي "إن المشرع قد تفادى الصيغ العامة، كالتعسف والإساءة بسبب غموضها وخلوها من الدقة..، وانه استمد من الفقه الإسلامي الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص".

يتضح من نص المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني وكأنها منفصلة عن المذكرة التفسيرية التي وضعت لها، ويبدو ذلك فيما يأتي:

أولا: إن المذكرة التفسيرية ترفض أن تستعمل لفظ التعسف أو الإساءة وذلك بسبب غموضهما وخلوهما من الدقة وفقا لتعبير المذكرة التفسيرية، مع أن المشرع الأردني استعمل عبارة "إساءة استعمال الحق" كعنوان للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني، الأمر الذي يبين مدى الارتباك والتناقض بين النصوص والمذكرة التفسيرية وبين رغبة المشرع الأردني من أن تكون له صياغات خاصة به للتعبير عما يريد أن يقره ويؤكده وعدم التوفيق في هذه الصياغات، وهذه الحالة ليست الوحيدة التي وقع فيها المشرع الأردني. وعلى سبيل المثال، عند تنظيمه للرهن الحيازي وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بآثار الرهن في حق الغير حيث جاءت تحت عنوان (حق الحبس وحق التتبع والأولوية) مع أن المشرع الأردني لا يعطي للدائن المرتهن رهنا حيازيا حق التتبع في الأصل، حيث لا تجيز المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الأردني أن يتصرف المدين الراهن بالشيء المرهون إلا بإذن وقبول المرتهن، وإذا وقع البيع (التصرف) حل الثمن محل الشيء المرهون لضمان حق الدائن وفقا لنظرية الحلول العيني[٦٠] وإذا كان الأمر كذلك وفقا لوجهة

[٦٠] حيث تقول المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الأردني في هذا الصدد "١-لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازيا تصرفا قابلا للفسخ مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن. ٢- فإذا كان التصرف بيعا فإن حق المرتهن ينتقل إلى ثمن المرهون".

نظر المشرع الأردني فكيف يكون حق التتبع الذي جاء به العنوان والمدين الراهن في الأصل لا يجوز له التصرف بالشيء المرهون؟؟[٦١] ونعتقد أن هذا الارتباك مصدره هيمنة أفكار القانون المدني المصري على المشرع الأردني على الرغم أنه كانت عنده الرغبة في التخلص منها، وهو يقوم بعملية المزاوجة بين أفكار مستمدة من الشريعة الإسلامية وأفكار مستمدة من القوانين الوضعية، وأفكار مستمدة من مجلة الأحكام العدلية لصياغة القانون المدني الأردني، ونحن نعتقد أن الجمع بين المتناقضات يحتاج إلى جهد أكثر من المشرع الأردني وذلك للوصول إلى قانون مدني متطور يخلو من الضعف والارتباك بين نصوصه، وكذلك مذكرته التفسيرية[٦٢].

ثانيا: في المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني ورد فيها أربعة معايير لإساءة استعمال الحق، بينما ذكرت المذكرة التفسيرية بأن هناك ثلاثة معايير لإساءة استعمال الحق، يقول الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا في هذا الخصوص "ويبدو أن المادة كانت تتضمن ثلاثة معايير أو ضوابط فقط في الكتابة الأولية التي كتبت فيها المذكرة، ثم أضيف المعيار الرابع وبقيت المذكرة على حالها"[٦٣] لكن هذا لا يعتبر تبريرا بقدر ما هو شعور أو إقرار بوجود الارتباك بين المادة ٦٦ ومذكرتها التفسيرية الأمر الذي يقتضي التخلص من ذلك.

---

[٦١] أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني الجزء الثالث الحقوق العينية التبعية القسم الثاني التأمينات العينية الرهن الحيازي ١٩٩٨-١٤١٨هـ فقرة ٤٨/ب/مكرر ص١١١و١١٢.

[٦٢] أنظر للباحث الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني العقود المسماة - الكتاب الأول عقد البيع فقرة ٣٩ ص١٢٦ وما بعدها - ونظر في هذا المعنى مطصفى الزرقا السابق فقرة ٧٥ ص٥٤ وما بعدها.

[٦٣] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٦ ص٥٥ و٥٦.

ثالثا: لقد ذكرت المذكرة التفسيرية للمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني أنها استخدمت المعايير لإساءة استعمال الحق من الفقه الإسلامي، كما فعلت ذلك المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، دون أن تذكر الآيات أو الأحاديث أو النصوص الفقهية المأخوذة منها هذه المعايير[٦٤].

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن المشرع الأردني في المادة ٦٦ وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالمعايير التي آخذ بها للتدليل على إساءة استعمال الحق. لم يوفق كذلك في صياغة هذه المعايير على الوجه الذي أخذ به المشرع المصري وكذلك الفقه الإسلامي. وذلك من عدة جوانب.

أولا: إن الأخذ بمبدأ تعدد المعايير قد يثير مشكلة إن كانت هذه المعايير وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال، لأن القول بأنها وردت على سبيل الحصر فإن ذلك يكون المشرع قد أخضع هذه المادة للتقوقع وعدم التطور وذلك فيما لو استحدثت معايير جديدة أكتشفها العمل القضائي والاجتهاد الفقهي[٦٥]. الأمر الذي يستدعي التفكير لوضع معيار شامل لجميع الصور التي ذكرها المشرع المصري والتي وردت في الفقه الإسلامي على أن يكون قادرا على استيعاب كل معيار جديد لم يرد ضمن ما أورده المشرع المصري والفقه الإسلامي، وقد أحسن المشرع اللبناني في ذلك[٦٦].

ثانيا: أن المشرع الأردني في المعيار الأول الذي ذكرته المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني وهو "أن يتوافر قصد التعدي" والذي أخذه بدلا عن المعيار الأول الذي أخذ به المشرع المصري"إذا كان يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار

---

[٦٤] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧٦ ص٥٦.

[٦٥] أنظر فيما سبق فقرة ٦.

[٦٦] أنظر فيما سبق فقرة ٦.

بالغير" ينقلنا إلى نطاق المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار والتي ترتكز على أساس التعدي، مع أننا ركزنا على استقلالية نظرية التعسف عن نظرية المسئولية التقصيرية[٦٧] ولذا فإن المعيار الذي عبر عنه المشرع المصري يظل أقرب لنظرية التعسف وباستقلالية النظرية عن المسئولية التقصيرية.

ثالثا: إن المشرع الأردني لم يكن موفقا كذلك في إضافة المعيار الرابع ألا وهو "إذا تجاوز استعمال الحق ما جرى عليه العرف والعادة" فقط لاحظ بحق الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا هذا كذلك حيث يقول "هو أيضا معيار غير سديد بالنظر إلى مفهوم التعسف أو إساءة استعمال الحق، حيث يستعمل الشخص حقا مشروعا ولا يتجاوز حدود حقه هذا ومع ذلك يعتبر متعسفا أو سيئا فيمنع"[٦٨] وكما هو معروف أن ما جاوز ما جرى عليه العرف ليس بحق من أصله، بل هو تعد، فيخرج عن موضوع التعسف ونطاقه"[٦٩].

ننتهي إلى أن المشرع الأردني لم يكن موفقا كل التوفيق وهو يحاول تأصيل وصياغة نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي بعيدا عن ما وصل إليه المشرع المصري على الرغم من أن ما وصل إليه المشرع المصري كان يهيمن على الفكرة التي أراد المشرع الأردني تحقيقها لذا جاء التعبير عنها بصياغة قربت نظرية التعسف في استعمال الحق للمسئولية التقصيرية أكثر مما أبعدتها عن ذلك. ومما يدل على سيطرة فكرة المشرع المصري على المشرع

---

[٦٧] في هذا المعنى أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٧ ص٥٨ – وانظر فيما سبق فقرة ٥.

[٦٨] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٨٨ ص٥٧.

[٦٩] أنظر مصطفى الزرقا السابق فقرة ٨٨ ص٥٧ وهى منقولة حرفيا عنه.

الأردني المعيار الثاني والثالث منهما فهما نفس الذي أخذ بهما المشرع المصري[٧٠].

٩- ثانيا: نطاق النظرية والجزاء المترتب عليها:

١- نطاق نظرية التعسف :

يتسع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق لكل الحقوق التي تمنح للأشخاص من قبل الشارع بهدف تحقيق غايات إنسانية معينة، فكل حق يهدف إلى غاية محدودة، وعندما منح الشارع الحق للشخص إنما أراد أن يساعده في الوصول إلى هذه الغاية طالما كان ذلك في حدود نطاق الإباحة، فإذا تجاوز صاحب الحق في استعماله لحقه عن حدود هذه الغاية، يكون متعسفا في استعمال حقه، وبالتالي تستوجب مسئوليته لا على أساس أحكام المسئولية التقصيرية (الفعل الضار) وإنما على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، ومع ذلك فقد حاول بعض الفقهاء استثناء بعض الحقوق من نطاق نظرية التعسف كحق الشريك في طلب قسمة المال الشائع، وحق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الغير، وحق الإيصاء، وحق الموصي له في رد الوصية والحق في الطلاق[٧١] على أساس أن هذه الحقوق تقوم على دوافع شخصية خالصة. وفي الواقع إننا لسنا مع هذا الرأي، حيث يستوي في نظرنا أن يكون الحق المتعسف في استعماله يقوم على علاقات شخصية أو غيرها، لأن المسألة تتعلق بأي شخص تثبت له حقوق بطريقة شرعية وتجاوز في استعمالها الغاية المحدودة لها مما يصيب الغير الضرر من جراء ذلك، فالطلاق من الحقوق التي أثبتها الشارع للزوج، ومن ثم، إذا هو تعسف في استعمال هذا

[٧٠] أنظر فيما سبق فقرة ٥.

[٧١] أنظر عبد المنعم فرج الصده ، من فقرة ٣٩٠ ص٥٧٢.

الحق استوجبت مسئوليته وهكذا باقي الحقوق الأخرى المراد استبعادها من نطـــاق نظرية التعسف.

وعلى الرغم من عمومية نظرية التعسف في استعمال الحق بحيث تشـــمل كما ذكرنا كل الحقوق على اختلاف نوعها وطبيعتها، إلا أنها لا تشمل مـــع ذلـــك الرخص، كالحقوق السياسية كحق الانتخاب أو حق الترشيح أو السبب في ذلـــك أن هذه الرخص لا تعتبر حقوقا بالمعنى الدقيق لاصطلاح الحق[٧٢].

٢- عبء إثبات التعسف:

يقع عبء إثبات التعسف على من يدعيه، فالبينة على من ادعى، والعلـــة من ذلك، أن التعسف يرد على استعمال الحق، واستعمال الحق في الأصل يعتـــبر عملا مشروعا يدخل ضمن دائرة الإباحة، إلا إذا انحرف صاحب الحق عن الغايـــة التي يهدف إليها، وإثبات التعسف يكون بكافة طرق الإثبات لأنه ينصب على واقعة مادية.

٣- الجزاء الذي يرتبه الشارع على ثبوت التعسف:

الجزاء الذي يرتب على ثبوت التعسف قد يكون وقائيا، وقد يكون تعويضا عن الضرر، فالجزاء الوقائي، يتمثل بحرمان صاحب الحق من استعمال حقه ابتداء استعمالا تعسفيا وبالتالي يحول دون وقوع الضرر[٧٣] والتعويـــض، وهـــو لجـــبر الضرر الذي وقع بالغير على اثر تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، ويستوي

---

[٧٢] أنظر في هذا المعنى حسن كيره السابق فقرة ٣٩٩ ٧٨٣.

[٧٣] في هذا المعني حسن كيره السابق فقرة ٣٩٩ ص٧٨٣.

أن يكون التعويض نقديا أم عينيا وذلك بإزالة المخالفة[٧٤] علـــى أســـاس أن هـــذه الحقوق تقوم على دوافع شخصية خالصة.

---

[٧٤] أنظر عبد المنعم فرج الصده السابق فقرة ٣٩٩ ص٥٨١ – حسن كـــيره الســـابق فقـــرة ٤٠٢ ص٧٩٢ – السنهوري هامش ٨١٥.

تنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين
بين العقد الإداري وعقد الفيدك

* د. محمد أبو عماره

مشكلة البحث :

تقوم السلطة الوطنية الفلسطينية بنشاطات واسعة عبر مرافقها المختلفة تلبية لحاجات الجماعة، وتستخدم في ذلك القرارات والعقود شأن سائر السلطات في مجتمعاتها، ولكن من الملاحظ أن لدى استخدام الإدارة لأسلوب عقد الأشغال العامة، لا نجد عقدا إداريا منظما على غرار ما هو مألوف في عقود القانون الخاص من تنظيم لعقد البيع أو الإيجار مثلا ! فما هي أسباب عدم التنظيم ؟ وما هي نتائجه؟ وكيف نتغلب على السلبيات الناجمة عن عدم التنظيم؟ والى أي مدى نأخذ بأحكام العقود الإدارية وعقد الفيدك ؟ وبالمحصلة ما هي أحكام هذا العقد الهام كما تبدو في القانون والواقع الفلسطيني؟ والتوصيات التي يتقدم بها الباحث.

أهمية البحث :

يكتسي هذا الموضوع أهميته في فلسطين في عهد السلطة الوطنية كون عقد الأشغال العامة أحد أبرز العقود التي تباشرها السلطة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى بالنظر لكثرة المشروعات المتعلقة بالبنية الأساسية اللازمة لإقامة الدولة بعد عهود الاحتلال، سيما وقد رافق ذلك إصدار المشرع حديثا للكثير من القوانين، ومن بينها ما تعلق بعقد الأشغال العامة، الأمر الذي يحتاج إلى بيان، كما أن مرحلة التطور بطبيعتها وما تحمله من تخصص تفرض مثل هذا التنظيم لعقد الأشغال

* أستاذ القانون الإداري المشارك بكلية الحقوق بجامعة الأزهر – غزة.

العامة بما يميزه عن غيره من العقود الإدارية عموما وسواها باعتبار أن ذلك ما سيكون.

حدود البحث :

تقف حدود هذا البحث عند التعريف بعقد الأشغال العامة وتحقيقه في القانون الفلسطيني (تنظيمه) بما يبرز خصائصه وأحكامه، وتمييزه أو اقترابه من العقود الإدارية وعقد الفيدك، ثم بيان كيف نتغلب على الثغرات في تنظيم أحكام هذا العقد وعلاجها بما يؤدى إلى تحقيق المصالح المبتغاة منه أسوة بمن سبقونا في هذا المضمار.

المستفيدون من هذا البحث :

لا شك أن هذا العمل يفيد منه جمهور العامة فضلا عن الخاصة فالأمر يتعلق بالدولة ونشاطاتها والمرافق العامة ومبدأ دوام سيرها بانتظام واطراد.

إن فائدة دراسة أحكام عقد الأشغال العامة كثيرة، وخاصة في ضوء عدم وجود الدراسات السابقة أو الأحكام الموضحة والشارحة وضرورة ذلك من الناحية العملية للمعنيين والمهتمين وسواهم.

تقسيم الدراسة : نقسم الدراسة إلى ثلاثة فصول وعلى النحو الآتي :

الفصل الأول : في التعريف بعقد الأشغال العامة وأركانه وشروط صحته.

الفصل الثاني : نخصصه لإبرام عقد الأشغال العامة وطرق تنفيذه.

الفصل الثالث : في الحقوق والالتزامات التي يرتبها عقد الأشغال العامة بين أطرافه.

الفصل الأول

تعريف عقد الأشغال العامة وأركانه وشروط صحته

بداية نبين التطور التاريخي لتنظيم هذا العقد في فلسطين في مبحث أول، ثم نقوم بتعريف عقد الأشغال العامة وعناصره في مبحث ثان، ثم نبين أركانه وشروط صحته في مبحث ثالث.

المبحث الأول

التطور التاريخي لتنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين

ويبدو كما يلي :

١- زمن الدولة العثمانية ١٥١٧- ١٩١٧م : ظل تنظيم العقود عموما في هذه المرحلة محصورا في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ومجلة الأحكام العدلية الصادرة عن الدولة العثمانية سنة ١٢٨٦هـ والتي هي بمثابة القانون المدني الفلسطيني، ثم ما لحق بتلك القواعد من تعديلات تشريعية وتطبيقات قضائية.

لقد نظمت مجلة الأحكام العدلية أحكام العقود بصورة عامة[١] وتناولت أحكام عقد الأشغال ضمنا مع أحكام عقد الإيجار، وعلى اعتبار أن المقاول هو أجير مشترك[٢]. وأحكام هذا العقد لا تختلف هنا عن عقد المقاولة طبقا لأحكام القانون المدني.

٢- زمن الانتداب البريطاني على فلسطين ١٩١٧-١٩٤٨م : وفى هذه الحقبة لم يطرأ جديد على تنظيم عقد الأشغال العامة لأن الانتداب البريطاني لم يكن يعنى بهذا الأمر، وبقي الحال كما كان زمن الدولة العثمانية.

---

[١] ومعلوم أن مجلة الأحكام استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية وبالذات مما كتبه فقهاء الأحناف.

[٢] المواد ٤٢١-٤٢٢ من المجلة وما بعدها.

٣- زمن الإدارة العربية المصرية لقطاع غزة، والإدارة الأردنية للضفة الغربية :
بعد نكبة فلسطين سنة ١٩٤٨م والتي أسفرت عن تقسيمها واقعيا إلى أقسام ثلاثة وقيام دولة إسرائيل على القسم الأكبر منها، طبّق في قطاع غزة على العقد المذكور قواعد لائحية مميزة عرفت بنظام الاشتراطات العامة لسنة ١٩٥٣م إلى جانب القواعد العامة المستمدة من مجلة الأحكام العدلية بطبيعة الحال، بينما طبق في الضفة الغربية على العقد المذكور نظام الأشغال العامة رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار الضفة الغربية جزء من المملكة الأردنية الهاشمية.

٤- **وفى عهد الاحتلال الإسرائيلي** للضفة الغربية وقطاع غزة ١٩٦٧-١٩٩٤م ساد الحكم العسكري، وصدرت عنه الأوامر والمناشير لتنظيم مختلف الأغراض التي تهمه، وليس من بينها من يعتني بعقد الأشغال العامة، وبذلك استمر القديم على قدمه بهذا الخصوص.

٥- **وفى عهد السلطة الوطنية** صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٩م بشأن العطاءات للأشغال الحكومية ووضع موضع التنفيذ في مطلع سنة ٢٠٠٠م، وهو قانون مقتضب ويشتمل على ٤٤ مادة فقط[٣]، وقد نص هذا القانون على إلغاء ما سبقه من قوانين ولوائح، وأوجب في مادتيه الثانية عشرة والثانية والأربعين إصدار لوائح جديدة، وان كانت هذه اللوائح لم تصدر وحتى الآن !!

ومن محاسن هذا القانون أنه صادر عن المشرّع الفلسطيني بعد طول غياب وأنه يوحّد الأحكام بين شطري الوطن شماله وجنوبه على طريق الوحدة والاستقلال، وان كان الاستغناء عن اللوائح والقواعد العامة أمر متعذر في جميع الأحوال .

[٣] ألغى هذا القانون نظام الاشتراطات العامة للعطاءات وتوريد الأصناف لسنة ١٩٥٣م في قطاع غزة ونظام الأشغال العامة رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ في الضفة الغربية، كما ألغى هذا القانون اللوائح السابقة وكل نص يتعارض مع أحكامه.

ولسوف تكون دراستنا لأحكام هذا العقد في ضوء أحكام هذا القانون غير المكتمل باللوائح ومتعلقاته وما يجرى عليه العمل.

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص :

أن نطاق تطبيق القانون المذكور شامل لنشاط أية وزارة أو مجلس أو سلطة أو مؤسسة أو هيئة أو شركة عامة وسواء كانت إدارات مركزية أو لامركزية[٤]، وبذلك فهو يغطى كل نشاط الإدارات العامة بصورة تامة وعلى خلاف الأنظمة السابقة والتي كان تطبيقها محدودا في الهيئات المحلية أساسا أو في أجزاء من ربوع الوطن.

اللوائح التنفيذية اللازمة :

نص قانون الأشغال العامة على أن يصدر مجلس الوزراء اللوائح والأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ سريانه. ومع ذلك لم تصدر مثل هذه اللوائح أو الأنظمة على أهميتها وحتى تاريخه ! وان كان هذا لم يوقف نشاط الوزارات والإدارات والمؤسسات العامة..الخ في مباشرة عقود الأشغال العامة، **وهنا برزت المشكلة والتي تحتاج إلى تدخل السلطة التنفيذية – مجلس الوزراء – وسريعا** !! لأن كافة دوائر الدولة ومؤسساتها باشرت إبرام عقود الأشغال العامة بدون وجود اللوائح التنفيذية المبيّنة والمحدّدة والموحّدة، الأمر الذي أدى إلى النزاع والاختلاف وكثرة المشاكل التي تعرض على القضاء واختلاف الحلول وما زالت نتائج هذا الأمر تتفاقم وبدأت الأصوات ترتفع بالشكوى!

لذلك قامت وزارة الأشغال العامة باجتهاد منها (وبدون مصادقة مجلس الوزراء كما ينص القانون) وباعتبارها الجهة المسئولة عن عقد الأشغال العامة أكثر من

[٤] م/١ من القانون المذكور.

سواها، قامت وكعلاج للمشكلة بصورة مؤقتة وحتى صدور اللوائح اللازمة، بتبني وتطبيق نصوص بعنوان لائحة الشروط العامة لعقود الأعمال المدنية لسنة ١٩٩٤م، ونموذج العقد الموحد بين المالك والمقاول لسنة ١٩٩٤م، ودفتر عقد المقاولة للمشاريع الإنشائية (الشروط الخاصة) لسنة ١٩٩٦م، وجميعها في الأصل هي لوائح وتعليمات فرعية لقوانين وعقود الأشغال العامة في المملكة الأردنية الهاشمية، مصدرها نصوص عقد المقاولات للهندسة المدنية المعروف باسم فيدك FIDIC [٥] وقد سوّغ قبول تطبيقها أنها في مجموعها قواعد عرفية مستقرة ومتفقة مع المبادئ العامة لدينا، وان كان هذا لم يحل المشكلة بصورة شرعية.

وذهبت بعض المؤسسات الأخرى[٦] إلى تطبيق أحكام عقد الفيدك على عقود الأشغال لديها بناء على طلب الدول المانحة أو الجهات الممولة أو المقرضة ولقناعتها بذلك.

وبالمحصلة فان قواعد وأحكام عقد الفيدك في مجموعها أصبحت هي ما التقت عندها إرادة وزارة الأشغال والمؤسسات الفلسطينية الأخرى في مباشرتها لعقود الأشغال العامة، الأمر الذي أعطى أهمية لبيان ودراسة أحكام هذا العقد واسع الانتشار.

---

[٥] FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS CONSEILS - FIDIC-
عقد بريطاني الأصل، وضعه وطوّره الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، يلقى تطبيقا واسعا في أوروبا وتشترط تطبيقه الكثير من المنظمات العالمية بمناسبة إشرافها أو تمويلها لمشروعات أشغال عامة دولية، وجدير ذكره أن هذا العقد متطور الأحكام بحيث يتابع تطور نشاط المقاولات وما يستجد من سلوك وعادات تبرر المصلحة الأخذ بها، لذلك نجد منه أكثر من طبعة ومنطقي أن الطبعة الأحدث هي الأشمل والأوفى وهي الملزمة في الاتباع عند النص على تطبيق أحكام هذا العقد.

[٦] ومنها المجلس الاقتصادي الفلسطيني للتنمية والإعمار (بكدار) على وجه الخصوص.

ولكن ما القواعد الناظمة لأحكام عقد الأشغال العامة عندنا اليوم ؟ وفى الإجابة نقول : تسرى على العقد المذكور القواعد القانونية العامة كافة والتي تخضع لها العقود جميعا بالإضافة إلى القواعد المميزة التي تنصرف خاصة إلى هذا العقد وبذلك[٧] يكون الالتزام أولا بالقواعد القانونية المسطّرة بخصوص النشاط المذكور وبالعقد المبرم وملحقاته بدون تعارض، وألا غلّب النص القانوني ما لم يكن مكملا لإرادة أطراف العقد، فان لم نجد بحثنا عن الحل في أحكام وقواعد القانون المدني المنصوص عليها – القانون الموحد – أو بحثنا عن المبادئ القانونية العامة كمصدر ثان للقواعد القانونية في فلسطين يلي التشريع أهمية[٨].

وأوجب المشرع[٩] اعتماد لائحة الشروط العامة الموحدة للعطاءات والتي لم تصدر بعد شريطة أن ينص على أي تعديلات أو شروط إضافية في الشروط الخاصة للمقاولة.

وبالاتفاق جرى العمل والعرف الصحيح لدينا[١٠] على أن عقد الأشغال العامة يشمل عدة أجزاء أبرزها :

---

[٧] عدا الذاتية الخاصة للعقد المذكور فتسرى عليه أحكام العقود عموما باعتبار فلسطين من دول القضاء الموحد والقانون الموحد.

[٨] ورد في م/٥٠ من وثيقة الشروط العامة لعقود الأعمال المدنية لسنة ١٩٩٤م والتي أشرت إليها في المتن – ما نصه (تسرى فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا العقد القواعد العامة للمعاملات المدنية والإدارية والتجارية والأحكام العامة للتعاقد والقوانين والأنظمة المعمول بها في أراضى السلطة) والمعنى هنا واضح بأن المقصود هو الرجوع للقواعد العامة ! وأقول أن هذا ما يجرى عليه العمل في غياب اللائحة الرسمية. ونأمل أن يصوّب هذا الأمر في وقت قريب.

[٩] في م/٣٨ من قانون الأشغال العامة رقم ٦ لسنة ١٩٩٩م.

[١٠] د. عدنان انشاصى – إدارة المشروعات الهندسية ط١ ١٩٩٧م – غزة.

أ. وثائق ومستندات المناقصة والعقد : وتشمل إعلان طرح العطاء ودعوة المؤهلين للمشاركة فيه وصيغة التراضي بين أطرافه.

ب. لائحة الشروط العامة الموحدة، والشروط الخاصة للعقد : ولائحة الشروط العامة هي لائحة فرعية تبين تفصيلا ماهية الالتزامات التي يرتبها تنفيذ عقد الأشغال العامة، بينما الشروط الخاصة هي إضافات أو تعديلات على الشروط العامة وبداهة أن تقدم في تطبيقها على الشروط العامة (وهذه نأخذ بها لوقوع الاتفاق عليها وليس لأن المشرع أقرها).

ج. المواصفات العامة والمواصفات الخاصة للعمل أو النشاط : وهي قيود موضوعية على محل العقد تشمل مواصفات ضمان الجودة في المواد وصناعتها وتتولى بيانها الجهات الفنية المصممة للعمل محل العقد.

د. المخططات والتصاميم والمراسلات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها : وهي الرسومات والنماذج والأشكال المزمع تنفيذها وما يستجد من تفاهمات بين الأطراف أثناء التنفيذ.

المحكمة المختصة بنظر عقد الأشغال العامة :

برغم التطورات التي لحقت بنظامنا القانوني شكلا ومضمونا وفي عصور متلاحقة، فانه من المستقر لدينا علما وعملا أن المنازعات المتعلقة بالعقود جميعا وأيا كانت أطرافها تنظر أمام القضاء العادي الموحد وأيا كانت طبيعة هذا العقد وأيا كان موضوعه، علما بأن تطور جهاز القضاء لدينا أوجد محكمة العدل العليا والتي يشمل اختصاصها إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية دون التعويض عنها[11].

[11] المواد ٣٢-٣٤ من قانون تشكيل المحاكم رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢م.

ولعل أمر طرح منازعات عقد الأشغال العامة أمام القضاء العادي يعتبر خللا من بعض الوجوه، لأن جهاز القضاء الموحد لدينا لم يألف قواعد القانون الإداري المحدثة نسبيا والتي أصبحت تخصصا واسعا اشتمل على تخصصات فرعية كثيرة تحتاج إلى من يسهر عليها ويهتم بها وعلى غرار ما هو عليه الحال في دول القضاء المزدوج.

ثم أنه لم يتح للقضاء الفلسطيني في عهد السلطة الوطنية[١٢] أن يرسى مبادئ وأحكام لعقد الأشغال العامة نظرا للظروف المحيطة بمرفق القضاء والوطن عموما المتمثلة في غياب الاستقلال الوطني وحرب التحرير والانتفاضة المستمرة.

المبحث الثاني

تعريف عقد الأشغال العامة

عرفه **القانون الفلسطيني** بأنه[١٣] (اتفاق بين الإدارة العامة وبين أحد المقاولين محله إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها، مقابل أجر متفق عليه ووفقا لأحكام القانون وشروط العقد وملحقاته، **كما يشمل** عقد الأشغال العامة في محله الخدمات الفنية المعرّفة بأنها الدراسات والتصاميم الهندسية والفنية للأشغال والمشاريع والإشراف على تنفيذها وتشغيلها وأعمال المساحة وأية استشارات فنية أو هندسية تتعلق بالأشغال).

---

[١٢] وعهود سواها من باب أولى.

[١٣] م/١ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٩م بشأن العطاءات للأشغال العامة، وأنظر د. موسى شحاده – إبرام عقد الأشغال العامة دراسة مقارنة – أبحاث اليرموك – سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية – مجلد ١ عدد ٢ ١٩٩٩م ص ٥٧-٩١.

وفى القضاء والفقه المصري يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد[١٤].

ويؤخذ من هذا التعريف لدينا ولدى الآخرين أنه يشترط لوجود عقد الأشغال العامة ثلاثة عناصر :

١-أن ينصب موضوع العقد على عقار : وعليه فكل اتفاق موضوعه منقولات مملوكة للإدارة يخرج من نطاق أحكام هذا العقد. أما العقارات بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية وأسلاك تحت الماء..الخ فهي مما يندرج عليها حكم العقار[١٥]، بيّن ذلك القانون الفلسطيني عندما أدرج (الأشغال والخدمات الفنية) ضمن أحكام عقد الأشغال العامة ولا يشترط في العقار أن يكون مملوكا للإدارة، بل المهم أن يرتبط النشاط بالعقار المخصص لمصلحة الإدارة.

٢-يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، والأشخاص المعنوية العامة هي أما إقليمية كالدولة والمحافظات والهيئات المحلية الأخرى، وأما مرفقية كالهيئات والمؤسسات والسلطات والشركات والأشخاص المعنوية العامة الأخرى[١٦].

---

[١٤] محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٣ في العدد رقم ٨/٢٨٤ق السنة ١١ ص ١٠٤، وأيضا العميد الطماوى – الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة – دار الفكر العربي ط٥ ص١٢٥، وأيضا د. صلاح الدين فوزى – قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠ ص١٩ وأيضا د. محمود الجبورى – العقود الإدارية – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ط١٩٩٨ ص١٩.

[١٥] العميد الطماوى – المرجع سابق– ص ١٢٦.

[١٦] العميد الطماوى – المرجع السابق ص١٢٧.

ويذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى عدم التشدد في شرط إبرام العقد من قبل شخص معنوي عام لاعتبار العقد للأشغال العامة ! بل أقر بإمكان إبزامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص شريطة أن يعمل أحد المتعاقدين لحساب الإدارة، وهذا الاستثناء يظهر في ثلاث صور:

أ. أن يعمل أحد المتعاقدين بصفته وكيلا للشخص المعنوي العام.

ب. أن يكون العقد المبرم من عقود الأشغال العامة المتعلقة بإنشاء الطرق العامة والطرق السريعة.

ج. أن يعمل أحد أشخاص القانون العام من خلال أحد المتعاقدين الخاصين[١٧].

٣- يجب أن يكون الغرض من الأشغال العامة موضوع العقد تحقيق نفع عام أو مصلحة عامة، بين ذلك قانون الأشغال العامة[١٨] عندما ذكر الجهات العامة المسئولة عن هذا النشاط والأشخاص المسئولين عن هذا العمل بصفتهم الوظيفية.

هذا وقد توسع القضاء في دول القضاء المزدوج في فكرة الأشغال العامة بحيث ألحق بأحكام عقد الأشغال العامة عقودا واتفاقات أخرى تغاير التعريف الدقيق لعقد الأشغال العامة، وقصد بذلك توسيع نطاق تطبيق أحكام القانون الإداري لأنها اقدر من غيرها من القواعد القانونية على تحقيق المصلحة العامة.

فاضيف إلى عقود الأشغال العامة مثلا العقود أو الاتفاقات المبرمة مع المهندسين الاستشاريين العاملين في التصميم والإشراف على الأشغال العامة.وليس هذا محل خلاف في فلسطين اليوم مع ورود النص القانوني ووحدة جهة القضاء.

حكمة التشريع : بعد أن عرّفنا عقد الأشغال العامة تبدو لنا حكمة تشريع أحكامه، فعندما تعهد الإدارة العامة إلى المقاولين بالقيام بأعمال الأشغال العامة عبر أسلوب

---

[١٧] د. موسى شحادة – مرجع سابق.

[١٨] م/١ من القانون المذكور، وأيضا العميد الطماوى ص١٢٧.

العطاءات (المناقصات) إنما تهدف بذلك إلى الحصول على المواد الأولية واليد العاملة والخبرة بأحسن سعر للمصلحة العامة وبغير مساس بجودة العمل أو الإخلال بمواعيد إنجازه، والمقاولون فيما بينهم يتنافسون في تقديم المواد الأولية والخبرة وإدارة العمل بأحسن سعر يقوم على درجة كفاءة كل منهم واستعداده واقتداره بما في ذلك تحديد أرباحه أو أتعابه في أضيق نطاق يرتضيه.

أن تشريع وإعمال أحكام عقد الأشغال العامة ينبغي أن لا يؤدى بأي حال إلى الإضرار بمصلحة المقاول أو الدولة أو المستفيدين من هذا العقد، بل يجب أن تجرى الموازنة بينهما دائما[١٩].

وعليه فالإدارة عند اختيارها للمتعاقد معها في عقد الأشغال العامة تجد نفسها أمام اعتبارين أساسيين يؤديان إلى نتائج متعارضة :

١-ضرورة المحافظة على الأموال العامة، مما يعنى الحصول على أفضل الشروط المالية دون إطلاق سلطة الإدارة بمناسبة العقد .

٢- الجودة والكفاءة في العمل أو النشاط أو الخدمة، مما يعنى كفاءة فنية عالية، تمكّن الإدارة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة أو النشاط أو العمل بغض النظر عن الناحية المالية، وهذا بدوره يتطلب إعطاء الإدارة بعض الحرية والسلطة التقديرية في اختيار المتعاقد معها.

ويراعي المشرع عادة هذين الاعتبارين معا ويجتهد في التوفيق بينهما من خلال تنظيم أحكام العقد المذكور.

[١٩] وفى أحكام عقود الأشغال العامة كما ستأتي ما يحقق هذا التوازن.

المبحث الثالث

أركان عقد الأشغال العامة

وشروط صحته

لا تختلف أركان عقد الأشغال العامة عن أركان سائر العقـــود، فـــهي الرضـــاء والمحل والسبب، وهي في جملة أحكامها لا تخرج عن المألوف في القواعد العامة، ونبين ذلك بما يتطلبه المقام :

أولا : التراضي : ويلزم له شروط للانعقاد وأخرى للصحة :

١- **شروط الانعقاد** : توافق الإيجاب والقبول : ويتم ذلك كتابة وبالصيغـــة التـــي وردت في العقد وملحقاته، ومقتضى ذلك رضاء أطراف العقد بكـــل بنـــود العقـــد وملحقاته والتي تشمل تفاصيل العمل والالتزامات المتبادلة والتأمينات والضمانـــات والأجر والمواعيد المضروبة لإنجاز الأعمال وكيفية الإشراف والرقابـــة وأوامـــر التغيير وصلاحيات المهندس الاستشاري والجزاءات على مخالفة الالتزامات وغير ذلك من الشروط.

ومعلوم في عقد الأشغال العامة والذي يبرم أصلا عن طريق طرح العطـــاءات أن تقدم المقاول بعطائه هو الإيجاب والذي يحتاج إلى قبول من جهـــة الإدارة لإتمـــام التراضي وانعقاد العقد.

٢- **شروط صحة الرضاء**[٢٠]: يلزم لصحة الرضاء في عقد الأشـــغال العامـــة أن تتوافر أهلية التصرف من أطراف العقد. لأن الالتزامات التي يرتبها عقد الأشـــغال العامة هي في حكم أعمال التصرف.

---

[٢٠] الشرط هو أمر خارج عن حقيقة الشيء لا يلزم من وجوده وجود الشيء ويلزم من عدمه عـــدم الشيء.

والأهلية بالنسبة للإدارة هنا تعنى أن تصدر القرارات المتعلقة بعقد الأشغال العامة من الجهة المختصة كما حددها القانون وطبقا لمبدأ المشروعية. ثم أن قواعد الاختصاص هي من النظام العام ويترتب البطلان على مخالفتها، كما أن الإجازة اللاحقة لا تصحح التصرف الباطل، بل تصحح التصرف القابل للإبطال، وهنا فان مخالفة قواعد الاختصاص ترتب البطلان وان ما بني على الباطل باطل[٢١].

وكذلك أهلية المتعاقد مع الإدارة – المقاول – ينبغي أن تكون كاملة أيضا لأن هذا النشاط بالنسبة له أيضا هو في حكم أعمال التصرف.

وعن عيوب الرضاء فالأصل أن تطبق القواعد العامة أيضا، فإذا كان هناك غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال كان هناك مجال لإبطال العقد[٢٢].

ثانيا : المحل في عقد الأشغال العامة :[٢٣]ويعنى هنا العمل أو النشاط الذي يجب أن يقوم به المقاول في مقابل ما تقدمه الإدارة والذي هو أساسا دفع الأجرة – الالتزامات المتقابلة بين المقاول والإدارة – ويشترط في محل العمل طبقا للقواعد العامة أن يكون ممكنا ومعيّنا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا، ولا شك أن هذا من المسلمات في نشاط الإدارة العامة العقدي.

وإذا كان الأصل في الأجر أن يكون نقودا تدفع جملة واحدة عند نهاية العمل أو بدايته أو بالتقسيط أو خلاف ذلك حسب الاتفاق، فقد يكون الأجر غير نقود مما يتقوّم بالمال ويجوز الاتفاق عليه.

---

[٢١] د. محمد خلف الجبورى – مرجع سابق ص ٩٨.

[٢٢] أنظر المواد ١٢٢-١٣٧ من مشروع القانون المدني الفلسطيني قيد المداولة، وأيضا د. جبورى ص ٩٨-٩٩-١٠٠-١٠١.

[٢٣] المواد ١٣٨-١٤٤ من مشروع القانون المدني المشار إليه، وأيضا د. الجبورى ص ٩٣-٩٤.

وأما حساب الأجر فقد يكون متفقا عليه جملة وسلفا على أساس تصميم معيـــن أو نموذج محدد، وقد يحدد بموجب مقايسة على أساس الوحدة أو على أساس فئـــات الأثمان أو المقطوعية..الخ

ثالثا : السبب في عقد الأشغال العامة :[٢٤]تقضى القواعد العامة بأن لكل التزام سببا مشروعا حتى يثبت العكس ولو لم يذكر هذا السبب، فإذا ذكر السبب فـــي العقـد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم ما يخالفه. وبموجب الأحكام الخاصة للقـانون الإداري فان لكل قرار إداري سبب ومشروع حتى يثبت العكس. وبذلـــك يتعـزز القول بأن سبب عقد الأشغال العامة موجود ومتفق مع مبدأ المشروعية وعلى مـن يدعى العكس إثبات ذلك.

شروط صحة عقد الأشغال العامة : وتبدو هذه الشروط في مجموعة القيود الواردة على حرية الإدارة في إبرام عقد الأشغال العامة والتي هي :

- مراعاة قواعد الشكل.
- مراعاة قواعد الاختصاص.
- مراعاة قواعد الاعتماد المالي.

وسيرد بيان ذلك لاحقا في موقعه من الدراسة.

الجزاء على مخالفة شروط الانعقاد وشروط الصحة لعقد الأشغال العامـــة:[٢٥] أن جزاء مخالفة شروط الانعقاد طبقا للقواعد العامة والخاصة هو البطلان المطلق، فلا بد من التراضي ومشروعية المحل والسبب.

---

[٢٤] المواد ١٤٥- ١٤٨ من مشروع القانون المدني المشار إليه، وأيضا د. الجبورى ص٩٥.

[٢٥] د. الجبورى – مرجع سابق ص ١٠١-١٠٢-١٠٣.

أما مخالفة شروط الصحة في عقد الأشغال العامة فقد يترتب عليها البطلان المطلق أو البطلان النسبي، فمخالفة قواعد الاختصاص يترتب عليها البطلان المطلق، بينما مخالفة الشكل في إجراءات غير جوهرية لا تؤدى إلى إبطال العقد.

أن تقرير بطلان عقد الأشغال العامة لا يكون إلا بحكم قضائي، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بإبطال العقد أمام القضاء، فيجوز للمتقدمين بالمناقصات العامة الطعن في صحة إجراءات التعاقد التي تمت بين أحدهم والإدارة سواء بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بموجب دعوى إلغاء تختص بها محكمة العدل العليا[٢٦]، أو بالطعن بالعقد ذاته أمام المحكمة المختصة.

أن ما يترتب على الحكم ببطلان العقد هو إلغاء الآثار التي ترتبت على وجوده، فإذا وقع الإبطال قبل التنفيذ أصبح التنفيذ غير ذي موضوع، أما إذا كان العقد قد نفذ فانه ينبغي إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد أو الحكم بالتعويض أن لم يكن ذلك ممكنا.

وبعد أن عرفنا عقد الأشغال العامة وأركانه وشروط صحته تبدو مظاهر التميز بين عقد الأشغال العامة وسواه من عقود القانون الخاص كما يلي[٢٧]:

١-هناك شروط شكلية لا بد من مراعاتها عند إبرام عقد الأشغال العامة، وتعتبر هذه الشروط شروطا لانعقاد العقد أو لصحته، في حين تتميز عقود القانون الخاص بمبدأ الرضائية.

---

[٢٦] د. جورجى شفيق سارى – القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري – دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٢ ص ٦١-٦٤.

[٢٧] أنظر الفقيه لاسو وبيانه لأوجه التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص على النحو السالف أورده د. محمود خلف الجبورى- العقود الإدارية – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ط ١٩٩٨م ص ٧.

٢- أن أحد أطراف عقد الأشغال العامة قوي ويتمتع بالسلطة ذلك هو الإدارة، بينما الطرف الآخر لا يتمتع بهذه الصفات بل هو نسبيا طرف ضعيف، من هنا يقال أن عدم المساواة قائم بين أطراف عقد الأشغال العامة، وليس الحال كذلك بين الأطراف في نطاق أحكام القانون الخاص.

٣- عقد الأشغال العامة أصلا هو من لزوميات المرافق العامة غالبا، وليس كذلك عقود القانون الخاص في أغلب الأحوال.

٤- عقد الأشغال العامة يبتغى تحقيق المصلحة العامة بينما عقود القانون الخاص تبتغى منافع خاصة وشخصية كأصل وأساس.

٥- إن أطراف العقد في نطاق أحكام القانون الخاص إما أن يكونوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، بينما يكون أحد أطراف عقد الأشغال العامة دائما شخصا معنويا عاما.

٦- بالتبعية لما تقدم فإن الالتزامات والأحكام والقواعد التي يرتبها كل منهما أو يخضع لها تكون مختلفة.

نخلص مما سبق إلى وجود ثغرات في تنظيم عقد الأشغال العامة الفلسطيني، وأن تعريف عقد الأشغال العامة وأركانه لا تختلف في فلسطين عنها في أي دولة أخرى من دول النظام الاقتصادي الحر، حتى ولو كانت تلك الدولة تأخذ بنظام القضاء الإداري والقانون الإداري (دول القضاء المزدوج) كمصر مثلا، بل أن أركان العقد هي أمر لا تختلف فيه العقود الإدارية عن العقود المدنية، أما فيما يتعلق بشروط الصحة فالأمر مختلف مراعاة لطبيعة هذا العقد.

الفصل الثاني

إبرام عقد الأشغال العامة وطرق تنفيذه

نتناول طرق إبرام هذا العقد في مبحث أول، ثم طرق تنفيذه في مبحث ثان

المبحث الأول

طرق إبرام عقد الأشغال العامة

الاختصاص بالإبرام : أناط المشرع إبرام عقد الأشغال العامة بجهات إدارية محددة تبعا لتقسيم الدولة وتنظيمها[٢٨] وهي – لجنة العطاءات المركزية– لجنة عطـــاءات الدائرة – لجنة عطاءات المحافظة، ونبين ذلك بما يتطلبه المقام :

أولا: لجنة عطاءات مركزية متخصصة تتبع وزارة الأشغال العامة برئاسة مديـــر عام دائرة العطاءات المركزية لكل من المجالات الأربعة الآتية[٢٩]:

أ. مجال الأبنية الحكومية.

ب. مجال المياه والري والمجارى والسدود.

ج. مجال الطرق والنقل والتعدين.

د. مجال الأعمال الكهروميكانيكية والاتصالات.

وتتشكل كل لجنة من ستة أعضاء، اثنين من ذوى الاختصاص، واثنين من الوزارة أو الجهة التي يتبعها النشاط، وممثل عن وزارة المالية وآخر عن وزارة الأشـــغال العامة، ومدة العضوية في اللجنة سنة واحدة قابلة للتجديد، وتتخذ قراراتها بأغلبيـــة أربعة أعضاء من أصل ستة أعضاء شريطة أن يكون من بينهم رئيـــس اللجنـــة، ويشارك في اجتماعات كل لجنة مندوب من هيئة الرقابة العامة بصفة مراقب.

---

[٢٨] م/٦ من ذات القانون ود. عدنان عمرو– مبادئ القانون الإداري الفلسطيني – القدس– ٢٠٠٢، ص ١٥٥.

[٢٩] م/٧ من القانون المذكور.

وتختص كل لجنة بمباشرة النشاطات المتعلقة بالعطاءات للأشغال العامة والتي تخرج من اختصاصات لجنة العطاءات للوزارة، ولجنة العطاءات للمحافظة، ولجنة العطاءات لأي شخص معنوي عام ومستقل (اللامركزية المرفقية)، كما تختص بكل ما يكلفها به وزير الأشغال العامة من طرح عطاءات بناء على طلب الوزارة المعنية.

وتقوم اللجنة بطرح العطاءات وإحالتها طبقا للقوانين والأنظمة السارية، ويخضع عملها لتصديق وزير الأشغال العامة والذي من صلاحياته توقيع العقد.

ثانيا : لجنة عطاءات الدائرة : (الوزارة وأي شخص معنوي عام ومستقل)[٣٠].

تتشكل هذه اللجنة من ستة أعضاء أيضا برئاسة وكيل الوزارة المعنية، أو رئيس الشخصية المعنوية العامة الأخرى وعضوية شخصين آخرين من نفس الوزارة أو الشخص المعنوي العام أيضا، واثنين من دائرة العطاءات المركزية وعضو من وزارة المالية. وتتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية أربعة أعضاء أيضا من بينهم رئيس اللجنة من أصل ستة أعضاء، ويحضر اجتماعات اللجنة مندوب من هيئة الرقابة العامة، وتختص اللجنة بطرح وإحالة العطاءات طبقا للقانون، ويخضع عملها لتصديق الوزير المختص وهو من يبرم العقود.

أما سقف نشاطها المالي فلا يتجاوز مبلغ ١٥٠٠٠٠ مائة وخمسين ألف دولار بالنسبة للأشغال العامة، و٧٠٠٠ سبعة آلاف دولار بالنسبة لعقود الخدمات الفنية.

ثالثا : لجنة عطاءات المحافظة[٣١]:

وتتشكل أيضا من ستة أعضاء برئاسة مدير الأشغال العامة في المحافظة وعضوية ممثل عن وزارة الحكم المحلي، وممثل عن وزارة المالية، وممثل عن وزارة

---

[٣٠] م/٨ من القانون المذكور.

[٣١] م/٩ من القانون المذكور.

الداخلية، وممثل عن الوزارة صاحبة العلاقة، وممثل عن دائرة العطاءات المركزية، ويحضر اجتماعات اللجنة مندوب عن هيئة الرقابة العامة، وتتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية أربعة أعضاء بينهم رئيس اللجنة من أصل ستة أعضاء.

وتختص اللجنة بطرح وإحالة العطاءات، ويخضع عملها لتصديق المحافظ وتوقيع عقودها من الوزير المختص بالنشاط تبعا لاختصاصات الوزارات المختلفة.

وأوجب القانون[٣٢] على الوزارات والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تشكيل لجان فنية متخصصة لدراسة عروض العطاءات من الناحية الفنية وتقديم توصياتها للجان الرئيسة المختصة والتي ذكرتها آنفا.

ضمانات نزاهة العمل : وقفنا آنفا على كيفية تشكيل لجان العطاءات وكيفية اتخاذ قراراتها وتوصياتها على مدى حرص المشرع على نزاهة أعمال هذه اللجان، ونضيف هنا أيضا أنه حرصا على الشفافية ومنعا لكل شبهة نص القانون[٣٣] على أنه لا يجوز استبدال عضو لجنة العطاءات ممثل الوزارة المعنية أثناء مباشرته نشاطه، وان كان يجوز استبدال هذا العضو في غير هذه الحالة.

ومنعا للإهمال أو التقصير أوجب القانون على لجان العطاءات إرسال وإحالة قراراتها وتوصياتها إلى الوزير المختص خلال أسبوع من تاريخ صدورها، وعلى الوزير أو المختص إصدار قراره أيا كان خلال ثلاثين يوما من تاريخ استلامه القرارات أو التوصيات، وإلا اعتبر عدم اتخاذ القرار خلال المدة المضروبة تصديقا لقرارات اللجنة[٣٤].

---

[٣٢] م/١٤ من القانون المذكور.

[٣٣] م/١٠ ف٣ من نفس القانون.

[٣٤] م/١٥ من القانون المذكور.

كذلك أجاز القانون لجهة التصديق أو للوزير توزيع نسخ من مستندات المناقصة مجانا لمن يعتبر أنه مؤهل أو كفؤ للدخول في المناقصة وهذا حرصا على استقطاب الكفاءات ومن يظن إجادتهم للعمل المطلوب.

ما يترتب على تجاوز جهة الاختصاص في إبرام عقد الأشغال العامة : لا شك أنه يترتب البطلان لأن قواعد الاختصاص هي من النظام العام ولا تجوز مخالفتها ولا تلحق الإجازة بالعمل الباطل.

المبحث الثاني

طرق تنفيذ عقد الأشغال العامة

حدد المشرع طرق تنفيذ الأشغال العامة على النحو الآتي[٣٥]:

أولا : العطاءات العامة (المناقصات) وهي التي تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة، وهي أما محلية أو دولية.

ثانيا : التعاقد للأشغال العامة بطريق استدراج العروض : وهي بتوجيه دعوات خاصة لعدد من المقاولين أو المستشارين لا يقل عددهم عن ثلاثة.

ثالثا : التعاقد المباشر في الأحوال الخاصة أو الاستثنائية العاجلة.

رابعا : التنفيذ المباشر : وهو الذي تقوم به الجهة المعنية بمعداتها وأجهزتها.

ويكون استدراج العروض والتعاقد المباشر في الحالات الآتية[٣٦] :

١. في الحالات المستعجلة لمواجهة حالة طارئة أو لوجود ضرورة لا تسمح بإجراءات طرح العطاء، كإقامة منشآت إيواء على عجل لمواجهة حالة زلزال أو سيول وأمطار جارفة.

---

[٣٥] م/٤ من القانون المذكور.

[٣٦] م/١٧ من القانون المذكور.

٢. توحيد الآليات والأجهزة أو التقليل من تنويعها أو لغرض التوفير في اقتناء قطع الغيار أو لتوفير الخبرة لاستعمالها.

٣. لشراء قطع غيار أو أجزاء مكملة أو آلات أو أدوات أو لوازم أو مهمات لا تتوفر لدى أكثر من مصدر واحد بنفس درجة الكفاءة.

٤. عند التعاقد على خدمات فنية أو تقديم خدمات علمية، حيث ضرورة اللجوء إلى أصحاب التخصص والخبرة.

٥. إذا كان التعاقد على تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات يتم مع مؤسسات حكومية أو مؤسسات علمية أو كانت الأسعار محددة من قبل السلطات الرسمية.

القيود على تنفيذ الأشغال العامة باستدراج العروض أو التعاقد المباشر :[٣٧] وهي متنوعة :

١. من حيث الشخص المناط به التوقيع : حدد المشرع ذلك بالنسبة لكل جهة على حدة.

٢. من حيث المبلغ الذي لا يمكن تجاوزه حدد المشرع ذلك بالنسبة لكل جهة على حدة.

٣. تنسيب لجنة فنية : فرض المشرع في جميع الحالات المذكورة أن يتخذ القرار بناء على تنسيب لجنة فنية مختصة.

شكل عقد الأشغال العامة : لا شك أنه عقد مكتوب ويخضع لإجراءات كثيرة كما يبين ذلك من المواد التي نظمت أحكامه[٣٨].

---

[٣٧] م/١٨ من القانون المذكور.

[٣٨] وانظر المواد م/١٠م/١١م/١٢م/١٣م/١٤م/١٥م/١٦م/٢٠-٢٤.

ما يراعى عند طرح العطاءات للأشغال العامة والخدمات الفنية : وهي الشروط التي فرضها المشرع بمناسبة هذه النشاطات[٣٩]:

١- الإعلان في الصحف المحلية، حيث المقصود هو الإشهار لتحقيق اكبر مشاركة من جانب المقاولين والمنافسة والحصول على أفضل الشروط والأسعار.

٢- الاعتماد المالي : أوجب المشرع ضرورة وجود الاعتمادات المالية قبل الإعلان في الصحف المحلية، أو أن يكون هناك قرار من مجلس الوزراء بتوفيرها من الجهة الممولة.

٣- قيود تتعلق باختيار المتعاقد مع الإدارة : يجب أن يكون المقاول مصنفا ومرخصا وغير خاضع لعقوبات تمنعه من المشاركة في العطاء[٤٠].

٤- استعمال المواد والمنتجات الصناعية المحلية بشرط مطابقتها للمواصفات المعتمدة وتجنب تحديد الأسماء التجارية لأية صناعة.

٥- كأصل وأساس يجب أن تكتب العقود باللغة العربية.

٦- الالتزام بالقوانين والأنظمة والتعليمات وعدم النص على أي إعفاء مالي إلا بعد موافقة مجلس الوزراء قبل التوقيع على العقد.

٧- إعطاء أولوية للمقاولين المحليين متى توافرت فيهم الشروط المطلوبة.

٨- على الشركات الأجنبية مراعاة القوانين ذات العلاقة والسارية في فلسطين.

طرح العطاءات وتلقيها ودراستها والبت فيها والمصادقة عليها :

أولا : طرح العطاء : يقوم رئيس لجنة العطاءات بطرح العطاء طبقا للقوانين والأنظمة السارية، ويجوز بموافقة الوزير – جهة التصديق – توزيع نسخ العطاءات مجانا لذوى العلاقة[٤١].

---

[٣٩] م/٥ من القانون المذكور.

[٤٠] المواد ٣٦-٤١ من القانون المذكور.

فتح المظاريف : بعد إقفال صندوق العطاءات في الموعد المحدد طبقا للإعلان عن المناقصة[٤٢] تقوم لجنة العطاء – بعد التأكد من سلامة الصندوق – بفتحه في الموعد المحدد وأمام المقاولين أو مندوبيهم وتدون محضرا بذلك يشتمل على البيانات الآتية:

١. عدد المظاريف وحالتها وترقيمها، وترقيم مشتملاتها.
٢. قراءة اسم مقدم العطاء وجملة العطاء والأسعار على الحاضرين من مقدمي العطاءات أو مندوبيهم.
٣. إثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين الابتدائي المقدم.
٤. إحصاء التأمينات أو السندات الخاصة وتسليمها للجهة صاحبة العطاء لتقيد أمانات وتحفظ حتى تنتهي تلك الجهة من كافة أعمال المقاولة بحساب.
٥. تتأكد لجنة العطاءات من العينات المقدمة من أصحاب العطاءات وتطابق ذلك على الكشف الذي دونت به هذه العينات، وتحفظ في مكان أمين لدى الجهة صاحبة العطاء.
٦. التوقيع من رئيس اللجنة وأعضائها الحاضرين على العطاءات ومشتملاتها وعلى المحضر المدون.
٧. بعد تلقى تقرير اللجنة الفنية تقوم لجنة العطاءات بدراسة العطاءات في ضوء القيود الآتية:

أ. لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات لتعديل عطائه، ومع ذلك يجوز للجنة بموافقة المسئول المختص مفاوضة :

---

[٤١] م/١٣ من قانون الأشغال العامة.

[٤٢] م/٢٠ من ذات القانون.

- صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو أكثر للنزول عن بعض أو كل تحفظاته ليتفق مع شروط المناقصة بقدر الإمكان.
- يجوز للجنة مفاوضة صاحب السعر الأقل للنزول بأسعاره إلى سعر السوق

ب. يحق للجنة العطاءات استبعاد المناقص الذي سبق له أن أخل أو أهمل أو قصر في التزاماته الفائتة أو إذا كان خاضعا لقرار حرمان ساري المفعول.

ج. يجوز للجنة العطاءات إلغاء المناقصة إذا كانت جميع العطاءات مخالفة للشروط أو غير مكتملة، ويجوز إعادة طرح المناقصة من جديد.

وجدير ذكره هنا أن بعض الأنظمة ومنها النظام المصري وضمانا للنزاهة أخذت بنظام الصندوقين، بحيث يخصص أحدهما لتلقى العروض الفنية والآخر لتلقى العروض المالية على ذات العطاء ومن نفس المقاولين المتقدمين، وبحيث لا يفتح مظروف العطاء المالي إلا بعد القبول المبدئي للعطاء من الناحية الفنية[٤٣].

المصادقة وإقرار الاتفاق على العقد : بعد استيفاء إجراءات المناقصة تصدر لجنة العطاء قراراتها وتوصياتها وترفعها إلى المسئول للمصادقة وكما تقدم[٤٤].

إعادة طرح العطاء أو إجراء الممارسة[٤٥] : قدر المشرع أن لا يسفر طرح العطاء عن تلقى عروض مناسبة رغم طرحه أكثر من مرة ! مما يضر بالمصلحة لو قبلت الإدارة أدنى الأسعار بصورة آلية !! وسرد المشرع أمثلة لذلك من نحو :

-إذا لم يتقدم للعطاء العدد الكافي من المقاولين : وهذه سلطة تقديرية للإدارة وان كان أقل عدد للمناقصين هو أربعة.

---

[٤٣] م/٥٤ من لائحة الشروط العامة الواردة باللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨م في جمهورية مصر العربية.

[٤٤] د. عدنان عمرو – مرجع سابق – ص١٦٧.

[٤٥] م/١٦ من القانون المذكور.

- أو إذا كانت العروض مشروطة أو غير مكتملة.
- أو إذا لم تكن الأسعار معقولة.

ففي مثل هذه الحالات ودفعا للضرر أوجب المشرع على لجنة العطاءات أن ترفع تقريرا بذلك للجهة المختصة بتوقيع العقد والمصادقة عليه، وللأخيرة إما أن تطرح العطاء مرة أخرى أو إجراء الممارسة للأقل سعرا من العروض المقدمة.

الفصل الثالث

الحقوق والالتزامات التي يرتبها عقد الأشغال العامة

يرتب عقد الأشغال العامة حقوقا والتزامات متبادلة بين كل من الإدارة والمتعاقد معها وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول

سلطات وحقوق الإدارة العامة

بداية نؤكد أن هذه السلطات والحقوق للإدارة اتجاه المتعاقد معها ليست مطلقة وإنما هي نشاط مبرر بالمصلحة العامة ومقيد بنصوص العقد وملحقاته وبمبدأ المشروعية بصورة عامة ثم أن الوجه الآخر لهذه السلطات والحقوق يمثل التزامات في جانب المقاول[٤٦]، وأبرز هذه السلطات والحقوق كما وردت في القوانين واللوائح هي:

أولا : سلطة الرقابة والتوجيه : يقصد بسلطة الرقابة والتوجيه هنا إلزام المقاول بأن يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه، وهي بذلك لا تختلف عن معنى الإشراف والذي له تطبيقات كثيرة في مجال عقد المقاولة في نطاق عقود القانون الخاص.

[٤٦] يمكن إيجاز التزامات المقاول في ثلاث، إنجاز العمل، وتسليم العمل، وضمان العمل، كل ذلك حسب الاتفاق، والوجه الآخر لهذه الالتزامات هي حقوق للإدارة.

ومما ييسر هذه السلطة كثرة التفصيلات المنصوص عليها في العقد وملحقاته لبيان كيفية تنفيذ الالتزام، وهذا الأسلوب هو ما أخذ به عقد الفيدك وجرى عليه العمل في فلسطين وكما يبين ذلك في الصفحات التالية.

وغالبا ما نجد بمناسبة عقد الأشغال العامة أن تقوم الجهة المختصة – الإدارة – بتعيين أو انتداب مهندس مختص يتولى مباشرة نشاط الإشراف والتوجيه بالنسبة للمشروع محل العقد.

ويكون تدخل الإدارة هنا في الحقيقة ممهدا لتسلم العمل عند إتمامه، فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسلم.

ولكن من هو المهندس وما هي صلاحياته : إنه الشخص المعين من قبل صاحب العمل بموجب علاقة تعاقدية أو وظيفية للإشراف على تنفيذ الأعمال موضوع العقد أو هو المهندس الاستشاري الذي تكلفه الدائرة بالإشراف على تنفيذ الأعمال موضوع العقد.

وللمهندس باعتباره ممثلا للإدارة (المالك) صلاحيات كبيرة يباشرها بموجب القانون وشروط العقد المبرم ووثائقه ووردت بتفاصيلها في عقد الفيدك، **ومن أمثلة هذه السلطات :**

– **إلزام المقاول ببرنامج العمل** : فأوردت اللائحة[٤٧] (١– يجب على المقاول خلال مدة أسبوعين من تاريخ التوقيع على هذا العقد أن يقدم للمهندس برنامجا واضحا ومفصلا لمراحل تنفيذ الأعمال، ويقسم البرنامج إلى أقسام وبنود ويبين فيها الترتيب الذي يتبعه لتنفيذ العمل بكل قسم وبند، على أن لا تتجاوز مدة هذا البرنامج المدة المحددة بالعقد، ولا يعمل بهذا البرنامج إلا بعد اعتماده كتابة من المهندس.

٢– ولا يجوز إجراء أي تعديل على البرنامج إلا بعد موافقة المهندس الكتابية، ولا

[٤٧] م/١٧ من لائحة الشروط العامة، والمعادلة م/١٤ ف١ من عقد الفيدك.

يؤثر اعتماد المهندس لبرنامج العمل أو التعديل الذي يدخله عليه على التزام المقاول بتنفيذ الأعمال في الموعد المحدد ولا على مسئولياته بشأن سلامة وصحة وصلاحيات وكفاية الأساليب المتبعة في التنفيذ والمعدات المستخدمة).

ومنها أيضا ما نصه[٤٨] :

(١- يجب على المقاول أن يقوم بتنفيذ الأعمال على نحو يرتضيه المهندس المشرف على تنفيذ الأعمال، وللمهندس أن يصدر من وقت لآخر ما يراه مناسبا من رسومات إضافية أو تعليمات وتوجيهات وإيضاحات، وتسمى جميعها تعليمات المهندس، وتشمل هذه التعليمات على سبيل المثال لا الحصر :

أ. تغيير في التصميم أو نوع الأعمال ومقدارها.

ب. البت في أي اختلاف بين الرسومات التنفيذية والمواصفات.

ج. إبعاد أية مواد من العمل يكون المقاول قد أحضرها ورفضت، وإحضار مواد بديلة يوافق عليها المهندس.

د. إعادة تنفيذ أي عمل قام به المقاول ولم يوافق عليه المهندس.

ه. إبعاد أي شخص غير مرغوب فيه عن العمل بالموقع فورا.

و. إصلاح الأعمال المعيبة.

ز. الكشف عن أي عمل مغطى لفحصه.

ح. طلب اختبار الأعمال أو المواد.

٢- يجب على المقاول أن يتبع وينفذ بدون تأخير وبكل دقة التعليمات التي يصدرها إليه المهندس، كما يجب عليه أن يخطر المهندس بالتفصيل بجميع المسائل المتعلقة بالأعمال وبالمواد اللازمة للمشروع.

[٤٨] م/١٨ من لائحة الشروط العامة المعادلة للمواد ٣٦-٤٠ وغيرها من أحكام عقد الفيدك.

٣- إذا أصدر المهندس للمقاول تعليمات أو توجيهات أو إيضاحات شفوية تستتبع تغييرا ما، وجب على المهندس تأكيدها كتابة، فإذا لم يفعل وجب على المقاول أن يطلب تأكيد هذه التعليمات أو التوجيهات أو الإيضاحات وذلك بالكتابة إلى المهندس خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها، فإذا لم يقم المهندس خلال سبعة أيام أخرى بنقضها كتابة للطرف الثاني، اعتبرت التعليمات أو التوجيهات أو الإيضاحات الشفوية كأنها صدرت كتابة عن المهندس)[٤٩].

ومن حقوق الإدارة أيضا تلقى تقارير عن سير العمل : فنصت اللائحة[٥٠] بقولها (يجب على المقاول أن يقدم للمهندس أو من يمثله في الأوقات وبالطريقة التي يراها تقارير مفصلة عن سير جميع الأعمال التي يتناولها العقد والطريقة التي يتبعها في التنفيذ وما يستخدمه من مواد، وعلى المقاول أن يقدم الصور الضوئية التي تبين بوضوح تقدم سير العمل وذلك في الوقت الذي يحدده المهندس وبالطريقة التي يعينها، وعلى المقاول أن يقدم للمهندس صباح كل يوم تقريرا بعدد العمال المستخدمين في الأعمال من قبله ومن قبل مقاولي الباطن وأماكن توزيعهم على الأعمال.

ومنها أيضا سلطة الإدارة في التفتيش والمعاينة : فنصت اللائحة[٥١] بقولها :

أ – للمهندس أو من ينوب عنه حرية المرور في أي وقت على أي جزء من مواقع العمل أو الورش أو المخازن وغير ذلك من أماكن تشوين أو تشغيل المهمات التابعة للمقاول أو للمقاولين من الباطن المعتمدين والمتعلقة بأعمال العقد وذلك بقصد التفتيش أو المعاينة أو أخذ القياس أو خلافه.

---

[٤٩] وانظر المواد من١٧ إلى ٣٦ من اللائحة، وأيضا د. الجبورى – مرجع سابق ص ١١٠-١١٢

[٥٠] م/٢٢من لائحة الشروط العامة – وزارة الأشغال.

[٥١] م/٢٣ من اللائحة وتعادل م/٣٧ من عقد الفيدك.

ب – ولا يجوز للمقاول تغطية أو ردم عمل أو حجبه عن النظر بـــدون موافقـــة المهندس وعليه أن يخطر المهندس في وقت مناسب كلما أصبح أي جزء من العمل جاهزا للفحص أو التغطية أو الردم.

ثانيا : سلطة الإدارة في تعديل شروط عقد الأشغال العامة[٥٢]:

والمبدأ أنه لا يجوز تعديل شروط العقد بعد أن تم الاتفاق عليها، والاســـتثناء أنـــه يجوز التعديل بمبرر والذي يفترض أنه المصلحة العامة.

فإذا استلزم الأمر تعديلا في أحكام العقد فبين القانون[٥٣] أولا أن المقصود بـــالتعديل هو العمل الإضافي للمقاولة والذي يشمل كل تعديل أو إضافة أو تغيير لم يرد فيـــه نص في أي وثيقة من وثائق العطاء عند توقيع الاتفاقية واقتضت ظروف المشروع تنفيذه، أي أنها أمور داخلية يبحث عنها في المشروع ذاته ووثائقه، ولا يعتبر عملا إضافيا الزيادة الحاصلة في الكميات الفعلية للأعمـــال التـــي يتـــم تنفيذهـــا وفقـــا للمخططات ولا يحتاج تنفيذها إلى أمر تغييري[٥٤].

مبدأ إعمال شرط أولوية العطاء[٥٥] :

إذا تطلبت ظروف العمل إحداث تعديل في بنود العقد فان قرار إحالة العطاء يظـــل نافذا وأنه يتوجب على الجهة المشرفة على التنفيذ – المـــهندس غالبـــا –أن تقـــدم تقريرا فنيا مسبقا إلى الجهة المختصة يتضمن مبررات القيام بالأعمال الإضافيـــة

---

[٥٢] م/١٩ من القانون المذكور وأنظر د. حمدى عكاشة – العقود الإداريـــة – منشـــأة المعـــارف بالإسكندرية ط ١٩٩٨م ص٤٢٥ وص٤٢٧.

[٥٣] م/١٩ من ذات القانون.

[٥٤] ف٢ م/١٩ من ذات القانون.

[٥٥] م/١٩ ف٣-٤ من قانون العطاءات للأشغال العامة وأيضـــا د. عكاشـــة – مرجـــع ســـابق – ص٤٢٩.

ومدى الحاجة إليها وتأثيرها على قيمة العطاء، وتقوم الجهة المختصة بتشكيل لجنة فنية لا يقل عددها عن ثلاثة أشخاص تضع تقريرا حول التغيير المطلوب.

ثم إن سعر هذه البنود يخضع لموافقة المسئول المختص بناء على تنسيب المهندس[٥٦]. كما أن المسئول المختص بالمصادقة على قرار التعديل يختلف طبقا لقيمة التغيير في شروط العقد وعلى النحو الآتي :

١- فإذا كانت قيمة التجاوز في الأعمال والكميات تقل عن ٥% من قيمة العطاء أو ٥٠٠٠ دولار أيهما أقل فيكفى موافقة المهندس في هذه الحالة[٥٧].

٢- فإذا تراوح مجموع قيمة التجاوز في الأعمال الإضافية والكميات بين ٥-١٥% من قيمة العطاء أو مبلغ ٥٠ ألف دولار أيهما أقل استلزم الأمر موافقة وكيل الوزارة أو مدير عام الدائرة أو من يقوم مقامهما.

٣- فإذا زادت قيمة الأعمال الإضافية أو الكميات على ٥٠ ألف دولار أو ما نسبته ١٥% من قيمة العطاء ولم تتجاوز ٢٥% منها استلزم الأمر موافقة الوزير وشريطة أن لا يتعدى هذا التجاوز مبلغ مائتين وخمسين ألف دولار.

٤- فإذا زادت قيمة الأعمال عن صلاحية الوزير استلزم الأمر موافقة مجلس الوزراء.

حقوق المتعاقد في مقابل سلطة التعديل[٥٨]:

من المسلمات أن يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن ما لحقه من خسارة تتمثل في المصروفات الفعلية التي أنفقها على التعديل في المشروع أو النشاط ويشمل

---

[٥٦] د. الجبورى ص١٤٨-١٥.

[٥٧] أنظر م/٥١ من عقد الفيدك.

[٥٨] د. الجبورى ص ١٥٥.

كذلك ما فات المتعاقد من كسب على اعتبار أن هذا ربح مشروع، وبذلك يختلف التعويض هنا عما هو عليه الحال طبقا لنظرية الظروف الطارئة[٥٩].

ثالثا : سلطة الإدارة بإيقاف العمل جزئيا بسبب مخالفة نصوص العقد[٦٠] : فإذا خالف المقاول أي شرط من شروط العقد أو مواصفات الأعمال أو أهمل في تنفيذها، فللمهندس أن يأمر بإيقاف تنفيذ أعمال جديدة في الجزء أو الأجزاء التي تتأثر بمخالفة المقاول أو إهماله وذلك إلى أن يصلح آثارها، ولا يحق للمقاول أن يطلب في هذه الحالة تمديد الموعد المحدد لإتمام الأعمال ولا أن يطلب تعويضا عن إيقاف العمل أو إعفاءه من غرامة التأخير.

رابعا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها[٦١]:

فالإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة المخالفة طبقا لنصوص القانون والعقد وملاحقه، وتشمل المخالفات حالات التقصير في تنفيذ الالتزام سواء كان بالامتناع عن تنفيذ العقد أو بالتأخير في التنفيذ أو بالتنفيذ غير المرضى، أو بالغش في التنفيذ أو بإحلال المتعاقد غيره في التنفيذ دون موافقة الإدارة..الخ[٦٢].

غرامات التأخير : أوجب المشرع[٦٣] النص على غرامات التأخير في نموذج عرض المناقصة، وبين أن قيمة غرامة التأخير يجب أن تكون متناسبة مع قيمة العطاء ومدة تنفيذه وأن لا تزيد نسبة غرامة التأخير اليومي من القيمة الكلية للعطاء على

---

[٥٩] د. الجبورى ص ١٥٦.

[٦٠] نص م/٤ من لائحة الشروط العامة المشار إليها المعادلة لنص م/٤٠ من العقد الموحد فيدك.

[٦١] د. الجبورى – مرجع سابق ص١١٣.

[٦٢] المواد ٣٩-٤٠-٤١-٤٢ من قانون العطاءات للأشغال العامة.

[٦٣] م/٣٥ ف٣ من قانون العطاءات المذكور.

١٠% من معدل الإنتاج اليومي، وأن لا تزيد نسبة الغرامة من القيمة الكلية للعطاء على ١٠%.

وبداية نذكر أنه من المسلمات أن غرامات التأخير لا تفرض عندما تمدد مدة التنفيذ للأشغال العامة بموافقة الإدارة ودون خطأ المقاول أو إهماله، ويكون ذلك لأسباب الظروف الطارئة[٦٤] أو لأسباب تعود لفعل الإدارة نفسها بل ربما استحق المقاول التعويض في مثل هذه الحالة الأخيرة.

وبعد أن بين المشرع جواز إعطاء المقاول المتأخر عن التنفيذ – والمفترض الخطأ في جانبه– مهلة للوفاء بالتزامه، أوجب إيقاع غرامة التأخير المتفق عليها في حدود النسب المذكورة في القانون بمجرد حصول التأخير ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية أخرى.

ثم أن توقيع غرامة التأخير لا يخل بحق الإدارة في مطالبة المقاول بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتيجة التأخير في الوفاء بالالتزامات.

وأكثر من ذلك فللإدارة الحق في استيفاء ما لها من ديون على المقاول بالطريق الإداري متى كان للمقاول حقوق مالية لدى أية جهة إدارية[٦٥].

أما الجزاءات غير المنصوص عليها في العقد وملحقاته أو بنصوص القانون المدونة فهذه مما لا يمكن تطبيقها في فلسطين[٦٦]، بل نلمسها في دول القضاء المزدوج كفرنسا ومصر.

---

[٦٤] أسماها المشرع القوة القاهرة المؤقتة في م/٣٤ ف٣ من القانون المذكور.

[٦٥] م/٣٢ من القانون المذكور.

[٦٦] د. الجبوري – مرجع سابق ص١١٤.

خامسا : سلطة الإدارة في فسخ العقد : أوجب المشرع[٦٧] فسخ العقد ومصادرة التأمين – دون الإخلال بحق الإدارة في الرجوع على المقاول بالتعويضات اللازمة – في الحالات الآتية :

١-إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة.

٢-إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام القانون.

٣- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر إعسارا لا يمكنه من تنفيذ العطاء.

وأضاف المشرع[٦٨] أنه إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد – عدا ما ذكر في م/٣٠ بطبيعة الحال – كان للجهة المتعاقدة جوازا حق فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المقاول، ويكون ذلك بقرار من الجهة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد.

ونص القانون[٦٩] أنه في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد يحق للإدارة مصادرة التأمين النهائي والحصول على جميع الغرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى من مبالغ دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية.

وذكر القانون[٧٠] أنه يجوز للمقاول أو المستشار في حالة فسخ العقد في الصور السالفة **طلب التحكيم أو اللجوء إلى القضاء خلال ٧٥ يوما من تاريخ قرار فسخ العقد.**

---

[٦٧] م/٣٠ من ذات القانون.

[٦٨] م/٣١ وأيضا د. عكاشة ٢٣٢.

[٦٩] م/٣٢ من ذات القانون.

[٧٠] م/٣٢ من ذات القانون.

أما اللائحة فبينت[٧١] حالات سحب العمل (فسخ العقد) وذكرت انه إذا أصبح المقاول غير قادر على دفع ديونه بتاريخ استحقاقها بموجب أي حكم قضائي، أو أعلن إفلاسه مختارا أو مضطرا، أو تعرض لتصفية موجوداته أو حل منشأته (باستثناء التصفية الطوعية من أجل الاندماج في منشأة أخرى أو إعادة هيكلة منشأته) أو فقد السيولة النقدية أو أجرى تسوية مع دائنيه أو وافق على الاستمرار في تنفيذ الأشغال تحت إشراف لجنة من دائنيه، أو إذا تم تعيين حارس قضائي عليه، أو مصف لتصفية قسم أساسي من موجوداته، أو بوشر بإجراءات قانونية لجدولة ديونه، أو فرض حجز على بضائعه، أو إذا قدم المهندس إلى صاحب العمل – مع إرسال نسخة من التقرير إلى المقاول – تقريرا خطيا يشهد فيه بأن المقاول :

أ. قد تخلى عن العقد، أو

ب. تخلف بدون عذر مقبول عن :

١- مباشرة العمل في الموعد المحدد لتسلم العمل أو

٢- رفض مواصلة العمل في الأشغال أو في أي قسم منها خلال ٢٨ يوما من تاريخ تبليغه إشعارا خطيا بذلك.

ج. تخلف عن الامتثال لأي إشعار صادر بموجب أحكام م/٣٢ المتعلقة برفض المواد والتجهيزات[٧٢]، أو عن التقيد بأي تعليمات صادرة بموجب أحكام المادة

---

[٧١] م/٤١ من لائحة الأشغال العامة.

[٧٢] م/٣٢ ونصها بعنوان :الأعمال والمواد والمهمات المرفوضة (١- إذا تبين للمهندس في أي وقت قبل الاستلام الابتدائي أن أي عمل من الأعمال موضوع العقد غير صالح في صناعته أو في مواده ن أو أنه غير مطابق للمواصفات ويدخل في ذلك الأعمال والمواد التي أعطيت عنها شهادة دفع، فان المقاول يكون ملزما بما يأمر به المهندس في شأنها من إصلاح أو ترميم أو إزالة أو تكسير أو إعادة إنشاء، على أن يكون ذلك على حساب المقاول ودون أن يكون له الحق في الرجوع على صاحب العمل بأية مصاريف ناشئة عن ذلك.

٧٣١٨ المتعلقة بإزالة الأشغال المخالفة، خلال ٢٨ يوما من تاريخ تسلم أي منها، أو

د. أنه على الرغم من إنذارات المهندس الخطية الموجهة له، لا يقوم بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد بصورة متعمدة وبلا استجابة، أو

ه. أنه قد خالف أحكام المادة ٣٨ من هذه اللائحة المتعلقة بالتنازل عن العقد.

ففي أي من الحالات المذكورة أعلاه، يحق لصاحب العمل بعد إنذار المقاول خطيا لمدة ١٤ يوما، أن يدخل إلى الموقع والأشغال، وأن يقصى المقاول عنها وذلك بدون إعفاء المقاول من أي من التزاماته ومسؤولياته بموجب العقد، وبدون الحد من الصلاحيات المعطاة لصاحب العمل أو المهندس، كما يحق لصاحب العمل أن يصادر كفالات المقاول ومحتجزاته، وأن يكمل الأشغال بنفسه أو يستخدم أي مقاول آخر لغاية إكمالها

ويجوز لصاحب العمل أو المقاول الآخر أن يستخدم معدات المقاول الأساسي وأشغاله المؤقتة ومواده لغرض تنفيذ الأشغال وفق ما يراه أي منهما مناسبا.

ولا شك أن هذه الأحكام هي تفسير صحيح لما ورد بنصوص القانون، وأن الأخير قاض على اللائحة.

٢- وإذا كانت الأعمال كلها أو بعضها مغطاة أو غير ظاهرة للعيان أو كانت غير تامة أو غير مصانة طبقا لشروط العقد، وظهر بها نقص أو عيب ولم تكن معلومة للمهندس، كان له الحق في أن يطلب من المقاول إجراء ما يراه بشأنها، وعليه أن يقوم على حسابه بتنفيذ المطلوب بحيث تصبح الأعمال المذكورة صالحة من جميع الوجوه.

٣- وإذا لم يقم المقاول بتنفيذ التزاماته بموجب هذه المادة فانه يحق لصاحب العمل استخدام أشخاص آخرين لتنفيذها على حساب المقاول.

٧٣ سبق ذكرها.

سادسا : سلطة الإدارة العامة في إنهاء العقد[٧٤]: لم يتعرض المشرع لأحكام هذه الحالة وإن كان ذلك من المسلمات في القواعد العامة، بل تعرضت لائحة الشروط العامة لذلك وذكرت[٧٥] أنه (يجوز لصاحب العمل في أي وقت إنهاء هذا العقد بموجب كتاب مسجل بعلم الوصول يرسله للمقاول على عنوانه بالعقد وذلك دون أي اعتراض منه، وتسوى مستحقات المقاول حتى تاريخ إبلاغه إخطار الإنهاء بما في ذلك التزامات المقاول المتعاقد عليها والتي يتم دفعها وكذلك مصاريفه وربحه المتوقع...)

وبذلك يتضح أن عقد الأشغال العامة يتناول بالشرح مدى سلطة الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، كما تبين القوانين واللائحة العامة تفاصيل ذلك، فإذا كان هناك مخالفة لأحكام اللائحة العامة بينت ذلك الشروط الخاصة في ملحقات العقد أيضا، وعليه فان حق الرقابة موضح تماما ولا صعوبة في بيان أبعاده ومضمونه والوقوف عنده،

وهذا المنهج التفصيلي هو ما أخذ به العقد الموحد فيدك، وعلى خلاف نسبى مع ما يجرى عليه الحال في دول القضاء المزدوج.

المبحث الثاني

التزامات المقاول المتعاقد مع الإدارة

كأصل وأساس فان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ التزام حسن النية يحكمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وتفصيل هذه القواعد هو أمر يختلف من عقد لآخر،

---

[٧٤] د. عكاشة ص ٢٥.

[٧٥] م/٤٣ من اللائحة المذكورة.

والمقاول المتعاقد مع الإدارة بموجب عقد الأشغال العامة ولوائحه التنفيذية[٧٦] تبدو أهم التزاماته فيما يلي :

أولا : مراعاة المصلحة الوطنية : ورد النص على هذا الالتزام في لائحة الشروط العامة[٧٧] حيث ذكرت : (تطبق بنود هذه المادة فوق أي اعتبار، وبغض النظر عن أي نص في هذه الشروط خلافا لذلك :

١- يستخدم المقاول عمالا وفنيين وإداريين فلسطينيين على وجه الإطلاق إلا باستثناء.

٢- يستخدم المقاول مواد وصناعات وخدمات وخبرات فلسطينية على وجه الإطلاق إلا باستثناء.

٣- يستخدم المقاول مقاولين من الباطن وشركات استشارية ومالية وشركات الخدمات الرئيسة والثانوية الفلسطينية على الإطلاق إلا باستثناء.

٤- لا يجوز للمقاول القيام بأي عمل أو امتناع أو شراء أي مادة أو صناعة أو خبرة أو عدم شرائها إذا كان من شأن ذلك الإضرار بالمصلحة الوطنية، وعلى المقاول القيام بالأعمال وشراء الاحتياجات للعمل التي من شأنها تطوير الاقتصاد الوطني ودعم استقلاليته.

٥- عند التقدم بطلب الاستثناء المشار إليه آنفا على المقاول أن يقدم تقريرا بطلب الاستثناء يبين فيه سبب الاستثناء وبيان البدائل وقيمة التكلفة والأثر على الاقتصاد

---

[٧٦] نستخدم لفظ اللائحة هنا ونقصد ما تأخذ به وزارة الأشغال من نصوص رغم عدم اعتمادها من مجلس الوزراء حسب الأصول، ولكن باعتبار ذلك أعراف صحيحة وأحكام متفق عليها وتشكل جزء من العقد، وغالبا فإن هذا ما سيكون لاحقا.

[٧٧] م/٤٥.

الوطني، ويبت المهندس في طلب الاستثناء إذا كانت له الصلاحية، أو يحيله إلى السلطة مع رأيه في الحالات الأخرى.

٦- عند استثناء القوة العاملة أو المصادر الفلسطينية، يتم اختيار مثيلتها العربية أولا، وإذا لم تتوفر فمثيلتها الأجنبية الصديقة ثانيا

ثانيا :-أن يقوم شخصيا بتنفيذ التزامه وعلى مسئوليته : بينت ذلك لائحة الشروط العامة[٧٨] وذكرت أنه يجوز للمقاول أن يعهد بجزء من الأعمال أو التوريدات الداخلة في نطاق العقد إلى مقاولين أو موردين من الباطن بشرط الحصول على موافقة المهندس. وبينت أن المقاول لا يستطيع أن يتعاقد من الباطن على الأعمال بأجمعها، وأنه يظل مسئولا عن كافة أعمال المقاولين والموردين من الباطن وعن التنسيق فيما بينهم ، ثم أن الإدارة – المهندس – لا ينبغي أن تحجب موافقتها على تنفيذ الأعمال من الباطن دون سبب صحيح.

وينبغي التأكيد بهذا الخصوص إلى أن مفهوم المقاولين من الباطن لا ينصرف إلى من يعاونون المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته بحكم العرف أو طبيعة الأمور والذين لا يتصور تنفيذ العقد بدون مشاركتهم، وقد لا يظهر هؤلاء بتاتا أمام المهندس أو صاحب العمل[٧٩].

ومن نتائج هذا الالتزام الشخصي بالتنفيذ أيضا عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة المالك الخطية[٨٠]، وفى حالة التنازل عن العقد أو جزء منه يبقى المقاول مسئولا بطريق التضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد[٨١]، واستثناء من ذلك أجاز

---

[٧٨] م/٣٧.

[٧٩] العميد الطماوى – مرجع سابق ص ٤٤٢.

[٨٠] م/٣ ف١ من عقد الفيدك.

[٨١] م/٣٨ ف٢ من الشروط العامة لوزارة الأشغال.

المشرع للإدارة[٨٢] في حالة وفاة المقاول أن تسمح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا توافق عليه الجهة المختصة

أما إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد أو متعهد متآلفين أو متشاركين وتوفي أحدهم، جاز للجهة المتعاقدة مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد.

أما التنازل عن الحقوق – المبالغ المستحقة للمقاول في العقد كلها أو بعضها – فجائز بعد أخذ موافقة صاحب العمل كتابة، ويجب أن يكون مصدقا على التوقيعات الواردة في التنازل، ويجوز التنازل عن المستحقات كلها أو بعضها لأحد المصارف بغير التصديق على التوقيعات. وأضاف عقد الفيدك إلى ما سبق جواز التنازل عن بعض حقوق العقد إلى شركات التأمين ودون رضاء المالك، ولا يخل قبول نزول المقاول عن المبلغ المستحق له بما يكون لصاحب العمل قبله من حقوق.

إدخال شركاء آخرين : يجوز للمقاول إدخال شركاء آخرين له بشرط موافقة صاحب العمل الكتابية المسبقة عليهم، وفى هذه الحالة يكون هؤلاء الشركاء متضامنين مع المقاول في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بناء على هذا العقد[٨٣].

ثالثا : أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة وعناية تامة ووفق ما وردت في نصوص العقد وملحقاته : وهذا يعتمد تماما على درجة وضوح محل العقد، والشروط المتعلقة بسير العمل أثناء التنفيذ[٨٤].

ويشمل ذلك ما يرد في الشروط الخاصة من قيود على نوعية العمالة وعددها وتشوين المواد الأولية وتجهيز خدمات طبية وترتيبات في موقع العمل وتعيين مهندس مقيم..إلخ[٨٥].

---

[٨٢] م/٣٣ من قانون الأشغال العامة المذكور.

[٨٣] م/٤٨ من لائحة الشروط العامة.

[٨٤] م/١٧-١٨-١٩-٢٠-٢١-٢٢ من لائحة الشروط العامة.

رابعا : أن ينفذ التزاماته بحسن نية[٨٦]: أن هذا المبدأ اصل وينبغي أن يراعى في تنفيذ جميع الالتزامات والعقود، ومن مقتضياته أن لا يتأخر المقاول في تنفيذ التزاماته طالما أن بمقدوره أن يتلافى التأخير، ومن مستلزماته أيضا أن لا يحاول المقاول إخفاء أي جزء من أعماله عن المهندس أثناء تنفيذ العمل، وعلى المقاول أن يلتزم بروح العقد المبرم فضلا عن نصوصه وبروح التعليمات الصادرة فضلا عن ألفاظها بما يحقق المصلحة العامة، فإذا كان هناك مقاولون آخرون في مكان العمل وجب إفساح المجال لهم للعمل طبقا لتعليمات المهندس. فإذا طلب من المقاول تقديم تسهيلات متوافرة لديه في مكان العمل لصالح عمل المقاولين الآخرين وجب عليه الالتزام بذلك ويستحق تعويضا عن هذا العمل[٨٧].

٤- **أن يلتزم بالتنفيذ خلال المدة المتفق عليها** : فليس للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد أو يتأخر في التنفيذ، وبينت لائحة الشروط العامة[٨٨] أن مدة تنفيذ العقد تبدأ من تاريخ تسليم الموقع للمقاول بموجب محضر يوقع عليه من طرفي العقد، وأنه إذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ المحدد له، يحرر محضر بذلك ويخطر المقاول بصورة منه، ويعتبر هذا التاريخ موعد البدء في تنفيذ العمل، وبينت نفس المادة أن المدة المحددة تشمل أيام الجمع والأعياد والعطلات الرسمية وأنه يجب على المقاول أن ينتهي من كافة الأعمال المحددة بالعقد وملحقاته والتعديلات والزيادات في العمل التي صدرت بها أوامر تغييرية حسب الأصول كل ذلك في الأجل المضروب وتمديداته المبررة إن وجدت، وبينت ذات المادة

---

[٨٥] وانظر لائحة الشروط الخاصة وأيضا د. جبورى ص ١٧٠ وما بعدها.

[٨٦] د. جبورى ص ١٧١-١٧٢.

[٨٧] م/٣١ فيدك.

[٨٨] م/٢ من اللائحة المذكورة.

أيضا أنه إذا صادف الموعد المحدد لانتهاء تنفيذ الأعمال طبقا للعقد يوم عطلة رسمية فيمتد هذا الموعد تلقائيا بمقدار العطلة الرسمية بدون غرامة تأخير.

أثر القوة القاهرة على تمديد موعد إنجاز العمل وتعويض الأضرار: بين القانون ذلك فذكر[٨٩]:

١- لا يتحمل المتعاقد الأضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به، إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة.

٢- في كل الأحوال عند وجود قوة قاهرة على المتعاقد تقديم إشعار خطى وفوري إلى الجهة المتعاقدة بالظروف والأسباب التي تمنع تنفيذ العقد أو التأخير في الوفاء به، وتقديم كل ما يثبت ذلك.

٣- تكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها، وتكون القوة القاهرة الدائمة من مبررات عدم الوفاء.

والقوة القاهرة تعرف فقها وقضاء بأنها الحادث الخارجي الذي لا يمكن دفعه بحيث يؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام وانقضاؤه بالتبعية[٩٠] ومنطقي أن لا يضار المقاول من فعل القوة القاهرة، فإذا كانت القوة القاهرة مؤقتة كان تأخير المقاول في التنفيذ مبررا ولا غرامة تأخير عليه[٩١].

وفى جميع الحالات أوجب المشرع على المقاول وكإجراء عملي أن يخطر المهندس فور وقوع العارض الذي يتسبب في التأخير، وعلى المقاول أن يبذل قصارى جهده لتفادى التأخير[٩٢].

---

[٨٩] م/٣٤ من قانون العطاءات للأشغال المذكور.

[٩٠] العميد الطماوى – مرجع سابق ص٧٧٠ وهذا هو معنى م/٦٦ من عقد الفيدك.

[٩١] ذات المرجع السابق ص٦٦٤ وورد ذات المعنى في م/٤٤ من عقد الفيدك.

[٩٢] م/٣ ف٢ من الشروط العامة لوزارة الأشغال.

ومن أسباب المنازعات الكثيرة القائمة بين الإدارة والمقاولين في هذه الفترة من الزمن، ما تعلق بالقوة القاهرة المؤقتة الناجمة عن الإغلاقات المتكررة المتوقعة وغير المتوقعة للمعابر والحدود الفلسطينية من جانب قوات الاحتلال الإسرائيلي والمتسببة في تأخير تنفيذ الالتزامات من جانب المقاولين وما يرتبط بذلك من حق الإدارة في فرض غرامات التأخير.

والرأي عندنا في ظل هذا الوضع الاستثنائي المستمر – حالة الانتفاضة – والذي يقدم فيه المقاولون عن بصيرة بإبرام عقود الأشغال العامة (رغم الشروط المكتوبة والمتكررة التي تحذر بها الإدارة هؤلاء المقاولين من ضرورة أخذ الحيطة والحذر لضرورة الوفاء بالالتزامات في المواعيد المضروبة مع وجود الانتفاضة..) ورغم ذلك يحدث التأخير في الوفاء..هو في تفريد الحلول ولكل حادثة على حدة، وبحيث يطبق على المقاول معيار الرجل الحريص على تنفيذ التزاماته، فإذا قصر كان تأخيره في تنفيذ الالتزام غير مبرر وتحمل نتائج تقصيره، وإذا وقع الإخلال بالالتزام لقوة قاهرة مؤقتة رغم بذل المقاول عناية الرجل الحريص وبطريقة موضوعية استفاد من تمديد أجل تنفيذ الالتزام وأصبح تأخيره مبررا ورفعت عنه غرامة التأخير.

خامسا : التزام المقاول بتقديم الكفالات والتأمينات المنصوص عليها :

أ – **الكفالات** : حددها المشرع على النحو الآتي[٩٣]:

- كفالة المناقصة : وتحدد بمبلغ مقطوع يحتسب على أساس نسبة ٢-٣% من القيمة المقدرة للعطاء، ويتم بيانه في ملحق نموذج عرض المناقصة.
- كفالة حسن التنفيذ : وتكون بنسبة ١٠% من قيمة العقد.
- كفالة الصيانة : وتكون بنسبة ٥% من قيمة المشروع الفعلية بعد الإنجاز[٩٤].

[٩٣] م/٣٥ ف١ من قانون الأشغال العامة المذكور.

ب – التأمينات على أعمال العقد والعمال والغير : أوجبت لائحة الشروط العامة المذكورة التأمين على أعمال العقد والعمال والغير على النحو الآتي :

١– **التأمين على الأعمال** : يجب على المقاول قبل البدء بالأعمال التأمين باسمه وباسم صاحب العمل على الأعمال المنفذة كافة وكذلك المواد والسلع الموجودة بالموقع بما يعادل قيمتها كاملة، وعن الخسارة والتلف الناتجين عن الحريق والمخاطر والأضرار الأخرى وذلك لدى إحدى شركات التأمين الوطنية المقبولة، ويجب أن يبقى هذا التأمين ساريا لحين إتمام تسليم الأعمال تسليما نهائيا، وأن يقوم بإبراز صورة من عقود التأمين وإيصالات سداد الأقساط، فإذا قصر المقاول في القيام بذلك، جاز لصاحب العمل القيام به وسداد الأقساط المستحقة خصما من مستحقات المقاول لديها.ويجب على المقاول أن يشرع بالهمة الكافية في إصلاح أو إعادة بناء أو استبدال الأعمال والسلع والمواد التي أصابها التلف أو الضرر[٩٥].

– يستثنى من التأمين المشار إليه آنفا الخسارة والتلف الناتجين عن –الأخطار المستثناة – وعلى المقاول إصلاح الأعمال الناتجة عن تلك الأخطار متى طلب منه صاحب العمل، وعلى صاحب العمل أن يدفع للمقاول قيمة هذه الأعمال إضافة إلى العقد، وعليه أيضا أن يعوض المقاول ويحميه من أية مطالبات أو خسائر أو تعويض ناجم عن الأخطار المستثناة.

– وتعرف الأخطار المستثناة هنا بأنها العمليات العسكرية وأشباهها، والاضطرابات، والثورة والانتفاضة، وأعمال صاحب العمل..

---

[٩٤] وانظر أيضا م/١٤ من اللائحة.

[٩٥] م/١٢ من اللائحة المذكورة.

٢- **التأمين على العمال والغير**[٩٦] : أوجبت اللائحة على المقاول قبل بدء الأعمال التأمين ضد ما يحدثه سير العمل من وفاة أو إصابة لأي من موظفيه أو عماله أو غيرهم من أفراد الناس، أو من أضرار بممتلكات الحكومة أو الغير، ويكون المقاول مسئولا وحده عما ينتج عن الوفاة أو الإصابة أو الأضرار أيا كان نوعها وسواء نشأت عن إهماله الشخصي أو إهمال وكلائه وعماله ومن استخدمهم أثناء سير العمل.

سادسا : التزام المقاول بالتبليغ عن حوادث العمل : وبموجبها يجب على المقاول إخطار صاحب العمل أو المهندس بأي حادث في الموقع أو بالقرب منه، خاصة إذا ترتب على هذا الحادث وفاة أو إصابة أشخاص أو إلحاق ضرر بالممتلكات مع تضمين الإخطار كافة التفاصيل وشهادة الشهود، كما يجب إبلاغ السلطات المختصة بأمر هذه الحوادث.

سابعا : التزام المقاول باتخاذ الحيطة عند النقل عبر الطرق والجسور والممرات : وإلا التزم بتعويض الأضرار الناجمة عن عدم الحيطة من دون المالك[٩٧].

ثامنا : التزام المقاول بالتوقف عن العمل عند وجود الأثريات واتخاذ الإجراءات الاحترازية اللازمة والتبليغ للسلطات المختصة[٩٨].

تاسعا : إخلاء وتنظيف الموقع وتسليم العمل[٩٩] : فرضت اللائحة هذا الالتزام قبل القيام بعملية لتسليم الابتدائي للموقع، ومتى تبين أن المقاول وفى بالتزامه يعتبر

---

[٩٦] م/١٣ من لائحة الشروط العامة.

[٩٧] م/٣٤ من لائحة الشروط العامة.

[٩٨] م/٣٥ من لائحة الشروط العامة.

[٩٩] م/٣٦ من لائحة الشروط العامة.

تاريخ إعلان المهندس من جانب المقاول بتمام العمل موعدا لانتهاء العمل وبدء مدة الصيانة.

فإذا ظهر أن هناك نواقص، كتبت بها لائحة وتأجل التسليم حتى استكمال النواقص، فإذا كانت هذه النواقص لا تمنع استلام العمل فيتم الاستلام الابتدائي وتحجز قيمة النواقص من مستحقات المقاول وحتى يقوم المقاول باستكمال النواقص في الموعد المتفق عليه، وإلا جاز للإدارة استكمال النواقص على حساب المقاول بدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إجراءات قضائية.

ومتى تم تسليم العمل فعلا أو حكما ارتفعت مسئولية المقاول عما يكون ظاهرا في العمل من عيب، أما العيوب الخفية فضمانها يظل طبقا للقواعد العامة ما لم ينص على خلافه.

عاشرا : ضمان الصيانة والضمان العشري : يلتزم المقاول بضمان صيانة الأعمال التي أنجزها لمدة عام، فإذا نفذ العمل مقاول من الباطن والتزم بفترة ضمان أطول من فترة الصيانة وفق شروط العقد، فان على المقاول أن ينقل التزام الصيانة للمدة الطويلة لصالح صاحب العمل، فإذا كان هناك نفقات تترتب على مثل هذا الالتزام وجبت على صاحب العمل[١٠٠].

كما يلتزم المقاول بالضمان العشري (عشر سنوات) للبناء بالتضامن مع المهندس المعماري. ويشمل الضمان ما يحدث للبناء من تهدم كلى أو جزئي ولو كان التهدم ناشئا عن الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. ويشمل الضمان ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء

[١٠٠] م/٤ ف٢ من عقد الفيدك.

وسلامته. ولا يمنع الضمان العشري من جانب المقاول والمهندس للبناء من حق الرجوع على المقاولين من الباطن إذا كان له وجه.

حادي عشر : ملكية الإدارة للمستندات: [١٠١] وهذا مما ينص عليه في شروط العقد تحوطا لما قد يحدث في المستقبل من الحاجة إلى الرجوع لهذه المستندات.

ثاني عشر : السرية : [١٠٢] لكل مهنة أسرارها ولكل عمل خصوصياته، والمصلحة العامة تتطلب في كثير من الحالات عدم إفشاء الأسرار وحتى لا يساء فهمها من جانب غير المعنيين أو المختصين لذلك يرد النص على مثل هذا الالتزام.

المبحث الثالث

حقوق المتعاقد مع الإدارة[١٠٣]

يجمل القانون الخاص حقوق المقاول اتجاه رب العمل، بوجوب تمكينه من إنجاز العمل، واستلام العمل بعد إنجازه، ودفع الأجرة المتفق عليها[١٠٤]، ولكن الأمر يختلف بعض الشيء في نطاق عقد الأشغال العامة ويشمل ذلك :

١- **تمكين المقاول من مباشرة العمل** : ويكون ذلك بتسليمه موقع العمل خال من أي منازعة أو اعتراض، والسماح لعماله ولمقاولي الباطن بالعمل حسب الاتفاق.بل يفترض في المقاول قبل تقديمه لعطائه أن يكون قد اطلع على موقع العمل والأماكن المحيطة به وأنه تفحص كافة المعلومات المقدمة من صاحب العمل، لأن هذا الأمر يشكل التزاما على الإدارة تقوم به قبل أن يكون هناك أي التزام اتجاه أي مقاول[١٠٥].

[١٠١] م/٤٧ من اللائحة.

[١٠٢] م/٤٦ من اللائحة.

[١٠٣] د. جبورى ص ١٧٧.

[١٠٤] د. السنهوري ج٧ ص ١٤٣ وما بعدها.

[١٠٥] م/١١ من عقد الفيدك.

٢- **منحه التراخيص اللازمة** للقيام بالعمل مثل تراخيص الكهرباء والمياه، أو التراخيص اللازمة لاستيراد المواد والأدوات والخامات اللازمة للمشروع طبقا لبنود العقد.

٣- **تقديم الدفعات المتفق على دفعها** مقدما تحت الحساب من قيمة المشروع[١٠٦]: أجاز المشرع دفع دفعات مقدمة من قيمة المشروع تحت الحساب، مقابل خطاب ضمان معتمد بقيمة الدفعة المقدمة وذلك وفقا للشروط والنسب والحدود الواردة بلائحة الشروط العامة أو الشروط الخاصة للعطاء.

وبينت اللائحة[١٠٧] أن المقاول يستحق دفعة مقدما (تدرج قيمتها بشروط العقد) من قيمة العقد مقابل ضمان بنكي، ويخفض هذا الضمان بمقدار تسديد المقاول لأقساط الدفعة المقدمة. ثم أن الشروط الخاصة بينت أن قيمة هذه الدفعة تعادل ١٠% من قيمة العقد.

٤- حق **المتعاقد في تلقى التعليمات من المهندس أو** المالك في الوقت المناسب وإلا استحق التعويض ماليا عن كل ضرر، واستحق مدة إضافية من الوقت عن التأخير الناجم عن فعل المهندس[١٠٨].

٥- **حق المقاول في الاعتراض على مقاولي الباطن** لأسباب معقولة متى فرضهم صاحب العمل بدون علمه، أو إذا رفض هؤلاء المقاولون من الباطن الالتزام اتجاه المقاول الأصلي بما التزم به اتجاه رب العمل، أو إذا رفض المقاول الفرعي تأمين

---

[١٠٦] م/٣٥ ف٤ من القانون المذكور.

[١٠٧] م/١١ ف٤.

[١٠٨] م/٦ ف٤ من عقد الفيدك.

المقاول ضد إهمال أو سوء استعمال عماله وضد أي مطالبات تنشأ عن هذه الأمور[١٠٩].

٦- **حق المتعاقد في تلقى الدفعات المتفق عليه طبقا لتقدم العمل** وفى المواعيد المحددة[١١٠].

٧-**حق المتعاقد في التباطؤ عن العمل أو حتى التوقف** عن العمل إذا تأخرت الإدارة في دفع المستحقات لمدد طويلة[١١١].

٨- **حق المتعاقد في إنهاء العقد**[١١٢]: أجازت لائحة الشروط العامة للمقاول إنهاء العقد مع صاحب العمل إذا لم يدفع صاحب العمل مستحقاته خلال ستة أشهر من تاريخ الاستحقاق، أو إذا استحال على المقاول تنفيذ العقد لأسباب قانونية أو طبيعية، وعلى صاحب العمل حينئذ دفع كافة مستحقات المقاول والتزاماته ومصاريفه وربحه.

٩- **تسلم العمل من المقاول**[١١٣] : فرضت اللائحة هذا الالتزام، ومتى تبين أن المقاول وفى بالتزامه يعتبر تاريخ إعلان المهندس من جانب المقاول بتمام العمل موعدا لانتهاء العمل وبدء مدة الصيانة.

ومتى تم تسليم العمل فعلا أو حكما ارتفعت مسئولية المقاول عما يكون ظاهرا في العمل من عيب، أما العيوب الخفية فضمانها يظل طبقا للقواعد العامة ما لم ينص على خلافه.

---

[١٠٩] م/٥٩ ف٢ عقد الفيدك.

[١١٠] م/٦٠ من عقد الفيدك.

[١١١] م/٦٩ ف٤ فيدك.

[١١٢] م/ ٤٣ من اللائحة ف٢، وأيضا م/٦٩ ف١ فيدك.

[١١٣] م/٣٦ من لائحة الشروط العامة.

١٠- حق المتعاقد في تلقى التعويضات المناسبة (سواء الوقت أو المال) في حالة العوائق والأوضاع الطبيعية المعاكسة (غير المناخ)، أو حالة الصعوبات غير المتوقعة، فمتى كانت هذه الأوضاع أو العوائق من النوع الذي لا يستطيع مقاول خبير أن يتوقع حدوثها، كان للمقاول الحق في التعويض المالي فضلا عن احتساب التأخير في تنفيذ العمل لهذا السبب مبررا[١١٤].

ويمكن أن يقاس على هذا الأمر الظرف الطارئ والذي يعرف فقها وقضاء بأنه حادث استثنائي غير متوقع ليس من فعل أطراف العقد يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، وتكون نتيجته جواز تعويض المدين بالالتزام إلى الحد المعقول بحيث يستمر في تنفيذ التزامه ومن ثم دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبهذا أخذ مشروع القانون المدني الفلسطيني[١١٥].

١١- **وفى حالة تعديل التشريعات أو اتخاذ الإدارة إجراءات** تؤدى إلى تغيير الأسعار مما يؤدى إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وكان ذلك بعد انتهاء تاريخ إيداع العطاءات، فتدفع للمقاول الزيادة المتحصلة للخزينة من جراء هذه التشريعات أو الإجراءات، وبالمقابل يحق للإدارة خصم الزيادة المترتبة على هذه التشريعات أو الإجراءات من استحقاقات المقاول[١١٦] وتعرف هذه التشريعات والإجراءات في دول القضاء المزدوج بأفعال الأمير[١١٧].

---

[١١٤] م/١٢ ف٢ من عقد الفيدك.

[١١٥] م/١٨٢ من مشروع القانون المذكور قيد المداولة.

[١١٦] م/٧٠ من عقد الفيدك.

[١١٧] عن نظرية أفعال الأمير د. الطماوى – مرجع سابق ص٦٢٣ وما بعدها.

١٢- حسم المنازعات الواقعة، وغير المعالجة قانونا :

أ- حسم المنازعات الواقعة : بينت لائحة الشروط العامة ذلك بقولها[١١٨]:

١- إذا حدث خلاف حول تفسير أو تطبيق العقد بين صاحب العمل والمقاول، يصدر المهندس الاستشاري إذا كان شخصا مستقلا قرارا خلال ١٥ يوما (تجدد إذا وافق الطرفان) من تاريخ إبلاغ الطرفين له بموضوع الخلاف وطلب القرار.

٢- إذا لم يوافق أحد الطرفين على قرار المهندس، يتم اللجوء إلى محكم واحد يتفق عليه الطرفان، أو ثلاثة (٣) محكمين يختار كل طرف واحدا منهما ويختار المحكمان ثالثهما، ويكون قرار التحكيم نهائيا.

٣- تعتمد صلاحية محاكم السلطة في سلامة التحكيم وتطبيق القوانين السارية فيما ليس فيه نص في شروط العقد.

ب- واجه المشرع فرضية أن تنشأ وقائع وحالات لم تتعرض لها النصوص القانونية[١١٩].

(فذكر أنه عند نشوء حالة طارئة لا يمكن معالجتها بموجب أحكام هذا القانون فلمجلس الوزراء بناء على طلب الوزير أو المسئول المختص البت فيها حسبما يراه مناسبا ويكون قراره قطعيا)، وفى النهاية فإن باب القضاء مفتوح لكل نزاع.

خلاصة البحث والتوصيات

وقفنا في هذا الدراسة على تعريف عقد الأشغال العامة، وأدركنا أسباب عدم تنظيم هذا العقد بصورة فضلى في عصر ما قبل السلطة الوطنية، وأنه ترتب على عدم

---

[١١٨] م/٤٤.

[١١٩] م/٤٠ من القانون المذكور، ثم أن اللائحة في م/٤٤ تحدثت عن إمكانية الوساطة أو التحكيم بدون إلزام في ذلك.

التنظيم ثغرات في النظام القانوني الفلسطيني، أدت بدورها إلى خلل في نواحي أخرى اقتصادية وسواها في حياة الجماعة.

لذلك بادر المشرع الفلسطيني إلى تنظيم أحكام هذا العقد عبر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٩م المتعلق بالعطاءات للأشغال العامة، ولكن عمل المشرع ظل مبتورا لعدم إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ هذا القانون.

لذلك قامت الإدارات العامة الفلسطينية من جانبها بملء هذا الفراغ القانوني عبر الاجتهادات المختلفة، فتبنت وزارة الأشغال العامة اللوائح الأردنية لكونها المناسبة لمجتمعنا غير المنفصل عن المجتمع الأردني، وزكى الأخذ بأحكام هذه اللوائح الأردنية كونها واضحة وتفصيلية بادية المنطقية والدقة والعدالة وشائعة التطبيق والانتشار في السعودية ودول الخليج العربي عامة حيث العلاقات الاقتصادية الوطيدة مع أوروبا والعالم الحر ! وليس حال فلسطين اليوم ببعيدة عن مثل هذه الظروف، حيث التواصل مع أوروبا والعالم الحر (الدول الممولة والمانحة والمقرضة للسلطة الوطنية) قائم بفعل الظروف المحيطة وهي ما بعد اتفاقات أوسلو ١٩٩٣م ذلك أدى إلى تيسير قبول هذه القواعد في المجتمع الفلسطيني.

وذهبت إدارات أخرى فلسطينية لملء الفراغ القانوني في عقد الأشغال العامة، إلى الأخذ بأحكام عقد الفيدك مباشرة بناء على طلب الدول المانحة أو الممولة أو المقرضة.

فإذا عرفنا أن اللوائح الأردنية لعقد الأشغال العامة مصدرها التاريخي هو عقد الفيدك ! أدركنا بأننا أكملنا النقص في نصوص عقد الأشغال العامة الفلسطيني ولوائحه بأحكام عقد الفيدك في كل الحالات.

وبعد أن أتينا على الأحكام المنظمة لعقد الأشغال العامة في فلسطين في ضوء الواقع القانوني والعملي أدركنا طبيعة هذا العقد وأنه عقد مركب تحكمه قواعد

القانون الإداري من جهة، وقواعد القانون الخاص من جهة ثانية، وظـــهرت لنـــا بالضرورة الفوارق بين تنظيم هذا العقد في فلسطين وبين غيرها من دول القضـــاء المزدوج كمصر وفرنسا، حيث تضيق سلطة الإدارة العامة في فلسطين اتجاه هـــذا العقد إذا ما قورنت بسلطة الإدارة العامة في مصر وفرنسا، وبالمقابل فان حقـــوق المقاولين في فلسطين تتسع مقارنة بحقوق المقاولين في دول القضـــاء المـــزدوج.

ومن توصياتنا بنتيجة هذا البحث :

١. ضرورة قيام مجلس الوزراء بوضع اللوائح التنفيذية اللازمة لتطبيق أحكام القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٩م المتعلق بالعطاءات للأشغال العامة.
٢. ضرورة تبني السلطة الوطنية أحكام عقد الفيدك كما تبنتها حياتنا القانونيـــة والعملية.
٣. ضرورة تبني السلطة الوطنية تنظيم كامل للعقود الإدارية، حيث الفـــراغ القانوني التام في هذا المجال.
٤. العمل على أفراد المنازعات الإدارية بقضاء متخصص على غرار فرنســا ومصر.
٥. ضرورة الاتجاه إلى الأخذ بالتخصص في معاهد وكليات الحقوق بما يخـدم المجتمع بصورة افضل وأسوة بمن سبقونا في هذا المضمار.

جريمة الإبادة الجماعية

في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

* عبد القادر صابر جرادة

المقدمة :

أولاً : موضوع البحث.

لقد قوضت الجرائم الدولية الكثير من معالم الحضارة الإنسانية، واستباحت الكثير مما حرمه الله عز وجل، وقذفت الرعب في قلوب أجيال كثيرة. ولعل أخطرها، جريمة الإبادة الجماعية، التي كبدت الإنسانية خسائر جمة فادحة، وتتطلب تعاون الدول كافة لتحرير الإنسانية من شرورها. وعلة تجريمها تتجسد في وضع حد لطغيان الحكام الذين يظلمون جماعة معينة، لسبب، أو آخر، بغية إقرار الحماية اللائقة للقيم الإنسانية العليا.

وبالرغم من جهود الأمم المتحدة في سبيل محاكمة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية، عن طريق إنشاء محاكم خاصة لهذا الغرض، إلا أن السلم والأمن الدوليين لا يمكن ضمانهما بصورة فعلية، إذا لم يتم تفعيل دور المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في المستقبل القريب.

فمفهوم العدالة الجنائية لم يعد وطنياً، ينطلق من الاتجاهات التشريعية المحلية، تمهيداً لتنفيذها بمعرفة القضاء المحلي، بل تعدى هذا المفهوم إلى المجال الدولي، مستهدفاً من وراء ذلك استكمال منظومة العدالة الجنائية، من خلال إقرار النظام القضائي الجنائي الدولي، كي ينهض بمسئولية مقاضاة مرتكبي الجرائم الدولية،

---

* وكيل نيابة وحاصل على درجة الماجستير في القانون ومرشح للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الجنائي من جامعة القاهرة.

والتي لا يستطيع القضاء الجنائي المحلي أن يفصل فيها، وللنضال من أجل إنـــهاء الحصانة، التي طالما تمتع بها مقترفوها.

إن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لن تكون علاجاً فعالاً لكل مساوئ الإنســـانية، ولن تقضي على الصراعات، والمنازعات، أو تعيد المجني عليهم للحياة ولن تمنـح ذويهم السعادة التي كانوا ينعمون بها، ولن تطبق العدالة علـــى كـــل المجرميـــن الدوليين، ولكن يمكنها تجنب وقوع بعض الجرائم الدولية، وتقليص عدد الضحايـــا، وإقامة العدالة الجنائية على بعض المجرمين الدوليين، الأمر الذي سيســـاعد فـــي النهاية على بسط السلم، والأمن الدوليين في المجتمع الدولي.

ثانياً : أهمية موضوع البحث.

رغم دقة، وحساسية موضوع البحث، وما قد يثيره مـــن إرهاصـــات، ورغـــم أن طريقه وعر، ويمتلئ بكثير من الصعوبات، فقد شعرت بضـــرورة الإســـهام فـــي البحث فيه، من أجل إرسائه على أسس علمية قويمة. وترجع أهمية الموضوع فـــي نظري إلى عدة أمور، أذكرها على نحو ما هو آتٍ :

١ . ما زال الكيان الصهيوني جاثما في فلسطين المحتلة، ويمارس أبشـــع أنـــواع الجرائم الدولية، ومنها ما يتعلق بجرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية وغيرها من القائمة الطويلة غير المنتهية من الجرائم التي تمارســـها الصهيونية، بحق الشعب الفلسطيني. ومن هنا فعلينا أن نقدر بإجلال إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ونأمل أن تكون فاتحة خير لمؤسسة قضائية عالمية. نستفيد منـــها بوضع استراتيجية واضحة، لمحاكمة المجرمين الدوليين الإسرائيليين أمامها.

٢ . قرب بدء العمل في المحكمة يجعل من العسير الوقوف على ما تفرزه التجربة العملية من مشكلات واقعية، والتي تمثل في ذاتها مصدراً علمياً خصباً يمكـــن أن يكون أساساً للدراسات العلمية. وتأتي هذه الدراسة، لتدعيم أركان حكم القانون فـــي المجال الدولي، ومحاولة رسم نسق حديث، لموضوع البحث، يسير مـــع النســـق

التقليدي، جنباً إلى جنب، حتى تستطيع المحكمة الجنائية الدولية أن تؤدي دوراً محورياً فاعلاً في المجتمع الدولي.

٣ . إن السبب الأساسي في اختيار موضوع البحث هو ارتباطه بالقانون الدولي الإنساني، والحاجة الماسة لدراسة هذا النوع من الدراسات القانونية، خاصة أن المعروض منها في العالم العربي، يحتاج إلى مزيد من البحث، والتمحيص، لسد الثغرات القانونية التي تعتريه، ومعالجة بعض أوجه النقص، أو القصور في معالجة بعض المشكلات التشريعية المحلية المرتبطة به، من جهة أخرى.

ثالثاً : منهج البحث.

إن الركيزة الأساسية لمنهج البحث تقوم على استخدام الأسلوب التحليلي التأصيلي للنصوص التشريعية التي تنظم هذه الدراسة، في محاولة لفهم أبعادها، وهدف المشرع من ورائها، وذلك من خلال إلقاء الضوء عليها بشكل أوسع، وبصورة موضوعية، بهدف استجلاء حقيقتها، وبيان موقفنا اتجاهها، فيما يتصل بها من ثغرات تشريعية، من خلال أحكام المحاكم الجنائية الدولية. ونحاول التركيز على الإثراء الفقهي، من خلال مناقشة كم هائل من الآراء، لتضفي على البحث المصداقية العلمية، بإذن الله.

رابعاً خطة البحث.

إن الإحاطة بالمفهوم العام لجريمة الإبادة الجماعية، تتطلب تناول ما هو آتٍ :

المبحث الأول : أوليات جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الأول : التطور التاريخي لجريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثاني : ماهية جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثالث : الاختصاص بنظر دعوى جريمة الإبادة الجماعية.

المبحث الثاني : أركان جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الأول : الركن الدولي لجريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثاني : الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثالث : الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية.

وبعد ..... فهذا ما سنقوم ببحثه بإذن الله، عسى أن ينال قبول المنصفين، ويحظى بتوجيهات المخلصين.

المبحث الأول : أوليات جريمة الإبادة الجماعية.

تقريب وتصنيف :

لم تنل جريمة الإبادة الجماعية ما تستحقه من اهتمام الفقه الجنائي الدولي، ولذا يبدو مفهومها القانوني غير واضح، ويحيط به الكثير من الصعوبات، وسنتناول في هذا المبحث ما هو آت :

المطلب الأول : التطور التاريخي لجريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثاني : ماهية جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الثالث : الاختصاص بنظر دعوى جريمة الإبادة الجماعية.

المطلب الأول : التطور التاريخي لجريمة الإبادة الجماعية.

كأي ظاهرة إنسانية، يمكن القول أن تجريم الإبادة الجماعية، قد تطور بفعل عوامل شتى، اقتصادية، وسياسية، واجتماعية، وربما حضارية، ولم يقتصر هذا التطور على فلسفة التجريم والجزاء فحسب، بل شمل نطاق تطبيقه، من حيث المكان ومعايير هذا التطبيق، وتنامي أهميته التي أسهمت في حدوث ذلك التطور[1].

ومن منظور تاريخي نجد أن عملية تجريمها مرت بمراحل تطور عديدة[2] فالتاريخ القديم يذكرنا بالكثير من جرائم الإبادة التي ارتكبت في ذلك الوقت، وغيرها من

---

[1] د. سليمان عبد المنعم، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٦.

[2] F. Desportes , F. Le Gunehec ; Le nouveau droit penal , Tome 1 , Economica , Paris, 1994, p. 113.

الجرائم الدولية[٣]، وكما قال " جان بول سارتر " إن تاريخ الإبادة الجماعية قديم قدم الإنسانية[٤].

ونحن بدورنا سنقصر دراستنا على التطور الذي حدث بعد الحرب العالمية الثانية. فبعد أن وضعت تلك الحرب أوزارها، فرض المنتصر شروطه على المهزوم، ومنها أن توقع ألمانيا وثيقة التسليم في ٨ من مايو ١٩٤٥م، ثم أعقب ذلك صدور تصريح بالهزيمة في ٥ من يونيو ١٩٤٥م. وبعد مضي ثلاثة أسابيع اجتمع مندوبو الحلفاء في لندن، للتشاور فيما ينبغي عمله إزاء عدوهم النازي، وخلصوا إلى وجوب محاكمة مجرمي تلك الحرب[٥].

ودفعت جرائم الإبادة الجماعية التي ارتكبها النازيون في ألمانيا الأمم المتحدة، للاهتمام بمكافحتها، ولهذا السبب أصدرت الجمعية العامة في ١١ من ديسمبر ١٩٤٦م القرار رقم (٩٦)[٦]، والتي قررت فيه أن إبادة الجنس البشري، هو إنكار حق الوجود لجماعات بشرية بأكملها، ولذا تؤكد الجمعية العامة أن إبادة الأجناس جريمة في نظر القانون الدولي، يدينها العالم المتمدين، ويعاقب مرتكبوها سواء أكانوا فاعلين أصليين، أم شركاء فيها، وبغض النظر عن صفاتهم حكاماً أو أفرادا

---

[٣] د. محمد غزوي، جريمة إبادة الجنس البشري، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٢م ص١١.

[٤] William A. Schabas "Genocide in international law" Cambridge university press, 2000, P 1.

[٥] د. حسام علي الشيخة، المسئولية والعقاب على جرائم الحرب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١م، ص٢٣٢.

[٦] Nasser Zakr " Anolyse specifique du crime de genocide dans le Tribunal penal international pour le Rwanda " Rev. sc. Crim. (2). 263 p 2001 juin-avr.

عاديين وسواء قاموا بارتكابها على أسس دينية أو عرقية أو سياسية أو أي أسس أخرى[٧].

وهكذا خطت الجمعية العامة الخطوة الأولى بجعل جريمة الإبادة الجماعية جريمة دولية يتعين توقيع الجزاء على مرتكبيها. وطلبت من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة [٨]، العمل على إصدار التشريعات اللازمة، لمنع ارتكابها، والعقاب عليها، والتوصية في ذات الوقت بوجوب إنشاء محكمة جنائية دولية، من أجل ذلك الهدف[٩]. وتنفيذا لقرار الجمعية العامة شكل المجلس الاقتصادي والاجتماعي بهيئة الأمم المتحدة في مارس ١٩٤٨م، لجنة من ممثلي سبع دول، لإعداد مشروع اتفاقية دولية، لمكافحة ما يرتكب من جرائم إبادة[١٠].

وبعد أن تم إعداده، فقد طرح على أعضاء الأمم المتحدة، حيث تمت الموافقة عليه بالإجماع في ١١ من ديسمبر ١٩٤٨م[١١].

---

[٧] راجع المواد (٢ و٣ و٥) من اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري والعقاب عليها لسنة ١٩٤٨م.

[٨] راجع المادة (٦) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والسياسية.

[٩] د. محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، مارس سنة ١٩٦٥م، ص٢٦١ وما بعدها.

د. حسنين عبيد، القضاء الدولي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٧م، ص ١٠١.

- Nasser Zakr, Op. cit. P. 264

[١٠] د. محمد غزوي، المصدر السابق، ص٨.

[١١] د. عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦م، ص٢٩٨. د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، ٢٠٠١م ص٣٧١.

تتكون الاتفاقية من ديباجة وتسع عشرة مادة وجاء في الديباجة " Genocide is a crime under international law , Contrary to the spirit and aims of the united Nations , and Condemned by civilized world.

وقد دخلت الاتفاقية حيز النفاذ بعد سنتين، بعد الحصول على تصديق عشرين دولة، وقد وصفت الاتفاقية ذاتها، كمعاهدة الحقوق الإنسانية المثالية[١٢]. وبحلول سنة ١٩٩٧م بلغ عدد الدول التي صدقت على الاتفاقية أو انضمت إليها ١٢٣ دولة[١٣].

ونجد تجريم إبادة الجنس البشري واضحاً، ومنصوصاً عليه في صلب الاتفاقية، فالمادة (٣) منها نصت على تجريم الأفعال التالية : أ. إبادة الأجناس. ب. الاتفاق بقصد ارتكاب إبادة الأجناس. ج. التحريض المباشر، والعلني، على ارتكاب إبادة الأجناس. د. الشروع في ارتكاب إبادة الأجناس. هـ. الاشتراك في ارتكابها. وكما هو واضح توسعت تلك المادة في التجريم، ليس على ارتكاب الجريمة فحسب، بل أيضاً على الأفعال المؤدية لارتكابها[١٤]. ومن جهة التعاون بين الدول، فقد عنيت الاتفاقية بالتأكيد على أن جرائم الإبادة، لا تشكل جريمة سياسية، حتى لا يمثل ذلك عائقاً أمام مقتضى تسليم المجرمين[١٥].

وهكذا تعتبر الاتفاقية الدولية لمنع، وعقاب إبادة الأجناس لسنة ١٩٤٨م، نقطة البداية التي تعبر عن اهتمام الأمم المتحدة بإنشاء قضاء جنائي دولي. حيث دعت الجمعية العامة، لجنة القانون الدولي، لدراسة ما إذا كان من الممكن إنشاء هيئة قضائية تتولى محاكمة المتهمين بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، أو غيرها من

---

[١٢] William A. Schabas "An introduction to the international criminal court" Cambridge university press, 2001, P. 30.

[١٣] د. سمعان بطرس فرج الله، الجرائم ضد الإنسانية، إبادة الجنس، وجرائم الحرب، وتطور مفاهيمها، ضمن كتاب جماعي بعنوان "دراسات في القانون الدولي الإنساني" دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٤٢٨.

[١٤] د. محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، غير موضح سنة النشر، ص ١٤٤.

[١٥] F. Desportes, F. Le Gunehec; Op. cit. p. 119.

الجرائم الدولية، وانتهت إلى إمكانية إنشاء قضاء جنائي دولي، ولم تحبذ إنشاء دائرة جنائية لدى محكمة العدل الدولية[١٦].

وفي أبريل ١٩٩٨م، انتهت اللجنة التحضيرية من أعمالها، وتم إقرار مشروع إنشاء المحكمة الجنائية الدولية تمهيداً في المؤتمر الدبلوماسي بروما، الذي تقرر انعقاده في ١٥ من يونيو إلى ١٧ من يوليو ١٩٩٨م[١٧]، ودخل النظام الأساسي حيز النفاذ في الأول من يونيو ٢٠٠٢م. ولا شك أن إقرار هذا النظام يمثل تطوراً كبيراً في القانون الجنائي الدولي، كما يعتبر نقطة انعطاف هامة في مجال العلاقات الدولية[١٨]. وكانت أول الجرائم التي ادخلها النظام الأساسي في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، هي جريمة الإبادة الجماعية، باعتبارها أخطر الجرائم الدولية[١٩].

ورغم ذلك يجدر بنا أن نشير إلى ملاحظة هامة، وهي أن ارتكاب جرائم الإبادة الجماعية عبر التاريخ، كان يمر دون عقاب يوقع على مقترفيها[٢٠]، ورغم إقرار اتفاقية منع إبادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨م، فقد صدر أول حكم على المستوى الدولي سنة ١٩٩٨م، ضد " Jean – paul Akayesu "، لارتكابه جرائم إبادة جماعية في رواندا[٢١].

---

[١٦] د. محمد منصور الصاوي، المصدر السابق، ص ٦٢٩. د. محمد صافي يوسف، الإطار العام للقانون الدولي الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢م، ص ٨٣.

[١٧] د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، منشورات نادي القضاة، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٨٠.

[١٨] Bruce Broomhall " The international criminal court: Overview, and cooperation with state" International review of penal law,1999, P46.

[١٩] راجع المادة (١/٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٢٠] William A. Schabas "Genocide in international law" Op. cit. P 1.

[٢١] Jugement Jean – Paul Akayesu affaire no. 96 – 4 – T. P. I. R. 25 septembre 1998.

ومما يؤسف له أن نهاية القرن العشرين قد شهد تكرار ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية بصورة بشعة، حيث ارتكبت السلطات الصربية أعمال الإبادة، وغيرها من جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية بحق المسلمين في البوسنة، والهرسك، أثناء حرب البلقان، ابتداء من سنة ١٩٩١، حتى سنة ١٩٩٤م.

ولا يخفى عن الأنظار ما ارتكبته، وترتكبه، قوات الاحتلال الصهيوني من الجرائم الدولية، وخاصة أعمال الإبادة الجماعية ضد الشعب الفلسطيني، ومن تلك الجرائم مذبحة دير ياسين عام ١٩٤٨م، ومذبحة كفر قاسم عام ١٩٥٦م ومذبحة صبرا وشاتيلا عام ١٩٨٢م[٢٢]، والتي راح ضحيتها أكثر من (٣٥٠٠) شهيد.

*** مذبحة جنين.**

بلغت الاعتداءات الصهيونية على الشعب الفلسطيني ذروتها في مخيم جنين فجر الثالث من أبريل سنة ٢٠٠٢م، وحتى منتصف الشهر ذاته، حيث دفعت إسرائيل بالمئات من الدبابات، وناقلات الجند المصفحة، والآليات الثقيلة المعززة بالمروحيات القتالية، إلى مشارف المخيم، وبدأت بقصفه بالصواريخ، والقذائف، ورصاص الرشاشات الثقيلة[٢٣]. وشكلت المنازل، التي كان السكان يعتقدون أنها

---

[٢٢] د. أحمد عبد الوهاب، الجريمة السياسية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢م، ص١٠٨.

[٢٣] لقد شارك في ارتكاب مجزرة جنين العديد من المسئولين والضباط والجنود الإسرائيليين، ونذكر بعض أسماء المشتبه فيهم، وهم أعضاء المجلس الوزاري المصغر: ١. رئيس الوزراء / أرئيل شارون. ٢. وزير الخارجية / شمعون بيرس. ٣. وزير الجيش / بنيامين بن اليعازر. ٤. وزير المالية / سيلفان شالوم. ٥. الوزير بدون حقيبة / أفي إيتام. ٦. وزير العمل / إيلي يشاي. ومن القادة العسكريين : ١. رئيس هيئة الأركان / شاؤول موفاز "وزير الجيش حاليا ". ٢. رئيس هيئة المخابرات العامة / اسحق مالكا. ٣. قائد ما يسمى بمنطقة يهودا والسامرة، العميد / غرشون يتسحاق. ٤. قائد سلاح الجو / دان حلوتس. أما الضباط والجنود فمنهم : ١. قائد لواء جفعاتي المقدم / تشيكو تامير. ٢. الجنرال ليال تسيمرمن. ٣. الجندي ايال يوئل. ٤. الجندي شلومو=

آمنة، هدفاً مباشراً للقوات الصهيونية، التي تعمدت قصف جميع المنـــازل هنـــاك بدون استثناء، فدمرت منها المئات التي سوتها الجرافات والصواريخ بالأرض[٢٤]. وقد نتج عن المذبحة استشهاد (٥٠٠) مواطن تقريباً[٢٥]، وجرح، واعتقـــال الآلاف وتدمير، وجرف، وحرق مئات المنازل.

=لاندو. ٥. الجندي أفي سريون. ٦. الرائد احتياط / عبري فرفين، ويعمل مستشارا فـــي وزارة الخارجية.

- http://www.jeninrefugeecamp.plo.ps/bayan/bayan.html

[٢٤] نشير هنا إلى شهادة الجندي "دوبي كردي" أحد سائقي جرافات "أل دي ٩" التي أعملت الـــهدم، والخراب في مخيم جنين، وذلك في لقاء مع صحيفة "يدعوت أحرنوت" حيث يقـــول : لـــم أعـــط فرصة لأي أحد، لم انتظر لم اضرب الضربة الأولى وانتظر حتى يخرجوا بل كنت اضرب البيت ضربة قوية لكي يسقط بالسرعة الممكنة وروى كيف عمل ثلاثة أيام متواصلة، وكان يهدم حتـــى حول أرض المخيم إلى ملعب كرة قدم. ويضيف أنه كان يهدم ويشرب الويسكي وعندمـــا كـــانوا يطلبون منه هدم أحد البيوت، كان يستغل الفرصة ويهدم ٣-٤ بيوت إضافية كانت تعيق الوصـــول إلى البيت المحدد ويقول كنت أريد أن انهي عملي بسرعة والكثيرون من الناس كانوا داخل البيوت عندما بدأنا بهدمها ولو رأيت أناسا تحت أنقاض البيوت لم يكن ذلك ليؤثر علي وأنا متأكد أن أناسا ماتوا تحت أنقاض تلك البيوت، ولكن كان من الصعب رؤيتهم بسبب الغبار، وعتمة الليل، كنـــت اشعر بمتعة كبيرة بعد هدم كل بيت : لأنني كنت اعرف أن الموت لا يهمهم، وأن هـــدم البيـــوت يوجعهم اكثر، هدمت بيتاً قبرت ٤٠- ٥٠ نفرا لأجيال قادمة، ويضيف إذا تألمت من شيء، فـــأنني تألمت من أننا لم نمح المخيم بالكامل، ويقول شعرت بمتعة حقيقية لم استطع التوقف عن الـــهدم، كل الوقت أردت أن اهدم أكثر، وكنت اطلب من الضابط المسؤول، وأتوســـل إليـــه أن يعطينـــي مهمات هدم إضافية، وعندما خرجنا تأسفت جداً، لأنني لم أتمكن من إزالة اللافتـــة التـــي تحمـــل صورة عرفات على مدخل المخيم. ويؤكد كردي أن أحداً من الجنود والضباط لم يبـــد أي تحفـــظ على ما قام به، ويضيف... كان ناقصا أن يتحفظ أحد... لو أن أحدا أبدى تحفظاً، لكنـــت قبرتـــه تحت الجرافة، وينهي قائلاً : من جهتي تركنا لهم ملعب كرة القدم، لكي يلعبوا..هذه هديتنا لمخيـــم جنين !!

- http://www.jenincamp.ps/Index/recognitionIsrael1.htm

وعلى أثر مذبحة جنين أصدر مجلس الأمن القرار رقم (١٤٠٥)، والذي دعا إلى تشكيل لجنة تقصي حقائق، لبحث ما جري في جنين.

ورفضت إسرائيل التعامل مع اللجنة الدولية بفضل التواطؤ الأمريكي، وموافقة الأمين العام للأمم المتحدة، على بعض المطالب الإسرائيلية التي تفرغ اللجنة من محتواها الحقيقي، وهو تقديم المجرمين الدوليين الإسرائيليين إلى العدالة الجنائية الدولية.

وقد جاء تقرير لجنة تقصي الحقائق مخالفاً للحقيقة، إذ ساوى بين الجاني، والمجني عليه، ويبدو أن الأمم المتحدة أثبتت مرة أخرى أنها تحولت إلى أداة من أدوات التزوير والكذب المفضوح الذي تمارسه السياسة الأميركية تجاه القضية الفلسطينية وكل القضايا العربية الأخرى.

المطلب الثاني : ماهية جريمة الإبادة الجماعية.

بداية وتحديد :

إن أول من استخدم لفظ "الإبادة الجماعية"، "Genocide" هو الفقيه "ليمكان" سنة ١٩٤٤م، وقد اعتمد هذا المصطلح من قبل الادعاء العام للمحكمة الجنائية الدولية بنورمبرج[٢٦]. وتعتبر جريمة مستقلة، قد تقع في زمن السلم، أو في زمن النزاع

---

[٢٥] روى الطفل عبد الله الوشاحي كيف استشهد شقيقه الأكبر منير (١٧عاماً) بعد أن نزف حتى الموت، إثر إصابته بقذيفة في صدره أطلقتها طائرة أباتشي إسرائيلية، وقال الطفل إن والدته عندما هامت على وجهها في أزقة المخيم تطلب النجدة، لم تجد سوى رصاصات الاحتلال التي أردتها قتيلة على الفور. انظر في ذلك :

- http://www.aljazeera.net/news/arabic/2002/4/ - TOP

[٢٦] William A. Schabas ;" An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 29."

المسلح الدولي، أو النزاع المسلح غير الدولي[٢٧]، وسنتحدث في هذا المطلب عما هو آت: الفرع الأول : تعريف جريمة الإبادة الجماعية وأقسامها.

الفرع الثاني : صور جريمة الإبادة الجماعية.

الفرع الأول : تعريف جريمة الإبادة الجماعية وأقسامها.

أولا : تعريف جريمة الإبادة الجماعية.

لقد أثير موضوع تعريف جريمة الإبادة الجماعية[٢٨]، أمام لجنة الأمم المتحدة المخصصة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، حيث قدمت عدة اقتراحات حول تعريفها، يمكن أن نلخصها في فريقين[٢٩] :

الفريق الأول : رأى بأن التعريف المعتمد لتلك الجريمة موجود في اتفاقية منع إبادة الجنس البشري لسنة ١٩٤٨م، واقترح استنساخ هذا التعريف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وذلك على غرار ما جرى عليه العمل بالنسبة للنظامين الأساسيين للمحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية في ورواندا.

الفريق الثاني : رأى توسيع نطاق التعريف، ليشمل فئات لم تذكرها اتفاقية سنة ١٩٤٨م، بهدف سد بعض الثغرات الموجودة في النص سالف الذكر. إلا أن الفريق الأول، عارض إجراء أي تعديل باعتبار الاتفاقية ملزمة لجميع الدول، وكونه قد تم إدراجه في تشريعات الكثير من الدول، كما أن التعديل يتجاوز نطاق أعمال اللجنة. تلك الأسباب، وغيرها منعت واضعي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من تجاوز المادة (٢) من اتفاقية سنة ١٩٤٨م، فجاءت جريمة إبادة الجماعية في المادة

---

[٢٧] Bruce Broomhall; Op. cit. P 57.

[٢٨] راجع المادة (٢/٢٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٢٩] راجع في هذا الشأن : تقرير اللجنة المخصصة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، الجمعية العامة، الدورة الخمسون الملحق رقم (٢٢)، نيويورك سنة ١٩٩٥م، ص١٥.

(٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مطابقة للمادة (٢) من الاتفاقية[٣٠].

والتعريف الوارد في المادة (٢) من اتفاقية منع إبادة الجنس البشري، والمادة (٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، محل انتقاد، لأنه مقيد بحالات محددة كالقتل الجماعي، فقد تتطور الحالات بفعل عامل الزمن وتظهر حالات جديدة، خاصة، وأن التعريف الأول، قد مر عليه خمسون عاماً تقريباً[٣١].

وقد أوضح النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[٣٢]، المقصود بجريمة الإبادة الجماعية بأنها : أي فعل من الأفعال التالية، يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية، بصفتها تلك، إهلاكاً كلياً، أو جزئياً :

أ. قتل أفراد الجماعة. ب. إلحاق ضرر جسدي، أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة. ج. إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية، يقصد بها، إهلاكها الفعلي، كلياً، أو جزئياً. د. فرض تدابير، تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة. ونقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

وبناء عليه، تعتبر جريمة الإبادة الجماعية، أخطر جريمة دولية، لأنها تهدد الإنسان في أغلى ما يملك، فهي تهدد بالخطر حياة الإنسان، وصحته، وكرامته، وتظهر خطورتها بصورة أكبر، إذا علمنا أنها لا تهدد بالإبادة فردا واحدا، أو مجموعة أفراد، بل تهدد جماعة، أو جماعات كاملة، لأسباب قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية[٣٣]. وليس هناك معيار محدد لعدد الضحايا، لثبوت الجريمة، فالمهم هو اتجاه

---

[٣٠] Bruce Broomhall; Op. cit. P 57.

[٣١] William A. Schabas; "An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 31.

[٣٢] راجع المادة (٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٣٣] د. أبو الخير عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص١٤٣.

إرادة الجاني إلى إهلاك أعداد كبير من أفراد تلك الجماعة[٣٤]. ومن ثم فإن عدد الضحايا يعتبر قرينة على نية الإبادة، وتملك المحكمة سلطة تقديرية واسعة في تقييم تلك القرينة[٣٥].

وتكمن الخطورة في تعدد الفعل، بقصد القضاء العمدي على جماعات بشرية معينة[٣٦]، قومية كانت تلك الجماعات، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية.

وجدير بالذكر أن التّعريف الوارد في المادة (٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قد دُمِجَ في التشريعات الجنائية المحلية، للعديد من دول العالم[٣٧]، ومنها القانون الإنجليزي، والكندي، والبلجيكي[٣٨].

ثانياً : أقسام الإبادة الجماعية.

يتضح من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[٣٩]، أنه قد قسم الإبادة الجماعية إلى قسمين، الأول : الإبادة المادية، والثاني : الإبادة المعنوية.

أولا : الإبادة المادية : وتعني القيام بأفعال مادية تؤدي إلى القضاء على الجماعة البشرية كالقتل، أو منع الإنجاب. ومن أمثلتها المذابح التي ارتكبتها الصهيونية في دير ياسين في فلسطين.

---

[٣٤] William A. Schabas ;"An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 32.

[٣٥] د. سمعان بطرس فرج الله، المصدر السابق، ص ٤٣٣.

[٣٦] F. Desportes, F. Le Gunehec; Op. cit. p. 116.

[٣٧] William A. Schabas ;"An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 31.

[٣٨] راجع المادة (١/٥٠) من قانون المحكمة الجنائية الدولية الإنجليزي لسنة ٢٠٠١م، والمادة (٤) من القانون الكندي لسنة ٢٠٠٠م، المتعلق بجريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، والتصديق على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والمادة (١) من القانون البلجيكي لسنة ١٩٩٩م المتعلق بقمع الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني.

[٣٩] راجع المادة (٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ثانيا : الإبادة المعنوية : أي الاستئصال المعنوي، الذي يعني التأثير على النفس البشرية، وأحاسيسها، وشعورها، وإخضاعها لظروف معيشية معينة[٤٠]، كنقل الأطفال عنوة من جماعة إلى أخرى. وإن كان النظام الأساسي قد تكلم عن الاعتداء النفسي، والإخضاع لظروف معيشية معينة، ونقل الأطفال من جماعتهم إلى جماعة أخرى، إلا أنه لم يتضمن الاعتداءات التي قد تؤدي إلى القضاء على المقومات اللغوية، والثقافية لجماعات معينة[٤١].

الفرع الثاني : صور جريمة الإبادة الجماعية.

تعتبر جريمة الإبادة الجماعية " جريمة الجرائم "، كما عرفتها المحكمة الجنائية الدولية في رواندا، وهذا الأمر لا يدعو للاستغراب، إذ أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قد تناولها كأول جريمة[٤٢]. ويمكن أن تتخذ جريمة الإبادة الجماعية عدة صور[٤٣]، نتولى بيانها على نحو ما هو آت :

أ. جريمة الإبادة الجماعية بالقتل.

القتل هو إزهاق روح إنسان بدون وجه حق[٤٤]. ويعتبر القتل بدون شك في مقدمة الأفعال الخمسة التي تشكل جريمة الإبادة الجماعية[٤٥]، وسواء وقع القتل على جميع أعضاء الجماعة، أو على بعضهم، وسواء وقع على الرجال، أو النساء، أو الكبار،

---

[٤٠] د. إسماعيل عبد الرحمن محمد، الحماية الجنائية للمدنيين في زمن النزاعات المسلحة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة ٢٠٠٠م، ص ٥٥٠.

[٤١] William A. Schabas; An introduction to the international"Op. cit. P. 31, 32

[٤٢] William A. Schabas; "An introduction to the international" Op. cit. P. 30.

[٤٣] راجع المادة (٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٤٤] فسرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، القتل، بأنه الفعل الذي يرتكب بهدف التسبب في الموت، وقد اعتمدت في تفسيرها للقتل على تعريف القتل الوارد في القانون الجنائي الرواندي.
- Jugement Jean – Paul Akayesu; Op. cit. s.s. 489

[٤٥] William A. Schabas "An introduction to the international" Op. cit. P. 33."

أو الصغار، فلا عبرة بالجنس، أو السن، فالجريمة تقع في كل الحالات بهذه الوسيلة أو تلك، التي تعتبر من أبشع أفعال الإبادة[٤٦].

والقتل الجماعي يمكن أن يرتكب بفعل إيجابي، أو بفعل سلبي، فالمذابح بالجملة لطوائف معينة، أيا كانت طريقة ارتكابها، تدخل في عداد الجريمة، كما يمكن أن تتم الإبادة بقنبلة جرثومية، أو ببث ميكروب الجمرة الخبيثة في جماعة ما، فيؤدي إلى إبادتها[٤٧]. ومثال ذلك، سياسة التطهير العرقي "fterritory Ohnic cleansingt" التي ارتكبها الصرب في البوسنة والهرسك، بأن قام بعضهم بالتخلص من كل من ليس صربيا من المدنيين، بهدف إحداث تغيير في البناء الإحصائي للسكان[٤٨]. ووفقا للتقارير الرسمية للجنة التحقيق، فإنه لم يعرف على وجه الدقة عدد الضحايا التي نجمت عن تلك الجرائم[٤٩].

ويتضح لنا من قضية "عمر سيروشابو" بشأن التهمة الموجهة إليه، أن المذابح التي وقعت في رواندا، وعلى الأخص في مدينة "جيزني" خلال سنة ١٩٩٤م، كان الغرض منها إبادة قبائل التوتسي، وكذلك المذابح المنظمة التي تعرضت لها النساء، والأطفال، والشباب، والشيوخ، فالثابت أن أولئك الضحايا، قد تم ملاحقتهم،

---

[٤٦] د. عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية، المصدر السابق، ص ٣٠٠.

[٤٧] د. محمود صالح العادلي، الجريمة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص١٢٩.

[٤٨] ذكر تقرير رئاسة الطائفة الإسلامية بالبوسنة أنه في مدينة فيشكراد التي يقطنها أكثر من سبعة عشر ألفا، قام الصرب بقصفها بالمدافع، وطالبو الأهالي بتسليم أسلحتهم، وبعد جمع السلاح من الأهالي، قاموا بذبح أئمة المساجد، ومثلوا بجثثهم، وقد ذكر الشهود أن اكثر من ٤٠٠ مسلم قتلوا بأيدي أعضاء الحزب الديموقراطي الصربي مع بعض المتطوعين من صربيا، والجبل الأسود.
- The report about war in Bosna by the Riyasat of Islamic community, 1992 , 298 /92 , p. 2.

[٤٩] راجع التقرير الرسمي للجنة الدولية التي شكلت لجمع الحقائق عن جرائم الحرب في جمهورية البوسنة والهرسك، في أكتوبر سنة ١٩٩٢م.

وقتلهم بغرض إبادتهم، وذلك في كل مكان داخل المنشآت، والمدارس، والكنائس، والنوادي، بمعنى كل مكان تم اللجوء إليه[٥٠].

ب. جريمة الإبادة الجماعية بإلحاق أذى بدني، أو معنوي جسيم.

إن التعدي الجسيم على السلامة العضوية، أو العقلية لأعضاء جماعة معينة، يشكل أيضا جريمة إبادة جماعية، وإن كانت أقل وحشية من القتل، ولا تؤدي إلى الإبادة المطلقة، إلا أنها تنطوي على قدر كبير من العدوان اللاإنساني، مثل تعريض أفراد الجماعة للإصابة بأمراض معدية، أو تعذيبهم إلى الحد الذي يصيب ملكاتهم العقلية، وهي جميعها أفعال تعتبر تمهيدا للإبادة البطيئة، مما يفقد أعضاء الجماعة القدرة على ممارسة وظائفهم في الحياة الاجتماعية[٥١]، وليس بالضرورة أن يكون الضرر دائما، أو غير قابل للشفاء[٥٢].

وقد أشار تقرير لجنة التحقيق في جرائم الحرب في جمهورية البوسنة، والهرسك، إلى قيام الجناة بتقييد ضحاياهم، وتعذيبهم تعذيبا وحشيا، حتى يفقدوا وعيهم، وضربهم بقطع من الحديد، والخشب، ضربا مبرحا على أجسادهم، وأعضائهم التناسلية، وقاموا باستخدام الآلات الحادة، لرسم علامة الصليب على وجوههم، وأيديهم، ثم وضعوا الملح على تلك الجروح، كما قاموا بإطفاء أعقاب السجائر في أجساد الضحايا، وكانوا يغتصبون النساء اغتصابا جماعيا[٥٣].

---

٥٠ V. jugement Omar Serushago, Le procureur c/ Omar Serushago, affaire no. 98-39-s, T.P.I.R., 1999, p. 6-7.

٥١ د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٢٦٤.

٥٢ Nasser Zakr, Op. cit. P. 265.

٥٣ راجع التقرير الرسمي للجنة الدولية التي شكلت لجمع الحقائق عن جرائم الحرب في جمهورية البوسنة والهرسك، في أكتوبر سنة ١٩٩٢م.

وجدير بالذكر أن المحكمة الجنائية الدولية في رواندا، قد اعتبرت في قضية "أكايزو" الاغتصاب، كمثال على تلك الجريمة[٥٤].

ج. الإبادة الجماعية بفرض أحوال معيشية بقصد الإهلاك الفعلي.

إن من بين الأعمال المنشأة لجريمة الإبادة الجماعية، إخضاع جماعة إنسانية، عن عمد، لظروف معيشية قاسية، تكفي للقضاء عليهم عضويا، بصورة تامة، أو جزئية. وتتفق تلك الصورة مع سابقتها في انطوائها على الإبادة البطيئة، لكنها تهدف إلى إخضاع الجماعة لظروف معيشية قاسية، من شأنها القضاء عليهم ببطء. ونستطيع أن نستشهد في ذلك على سبيل المثال إخضاع جماعة لنظام غذائي رديء[٥٥]، أو عزل جماعة في أماكن مجدبة خالية من مقومات الحياة، أو تقييد إقامتهم في مناطق موبوءة بالأمراض، دون تمكينهم من الحصول على الدواء اللازم.

د. الإبادة الجماعية بفرض تدابير تستهدف منع الإنجاب.

لكي تقوم هذه الصورة، فلا بد أن يفرض مرتكب الجريمة تدابير معينة على شخص، أو أكثر، بقصد منع الإنجاب داخل تلك الجماعة.

ومنع الإنجاب، وسيلة تعتمد على أساليب بيولوجية تعوق نمو، وتكاثر أعضاء الجماعة المستهدفة، مثل : تطعيم النساء بعقاقير تؤدي للعقم، أو إكراه الحوامل على الإجهاض عند تحقق الحمل، أو استخدام طرق من شأنها أن تقضي على خصوبة الذكور[٥٦]، وبتر، أو تشويه الأعضاء التناسلية، وإجراء عمليات التعقيم،

---

[٥٤] William A. Schabas ;" An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 34.

[٥٥] Nasser Zakr , Op. cit. P. 265.

[٥٦] د. عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية، المصدر السابق، ص ٣٠١.

وإرغام نساء الجماعة على استخدام وسائل منع الحمل، والفصل بين الجنسين، وأخيرا تحريم الزواج[٥٧].

ومن الأوفق أن نشير بشأن المجتمعات التي يتم فيها تقنين الانتماء إلى جماعة عن طريق الأب إلى المثال الخاص بتدبير عرقلة المواليد لدى جماعة في حالة حمل امرأة، نتيجة تعرضها للاغتصاب من جانب رجل ينتمي إلى جماعة أخرى، متى وقعت تلك الجريمة عن قصد من الجاني، بغرض إرغام تلك المرأة أن تضع مولودا، لا ينتمي لجماعة أمه[٥٨].

هـ. الإبادة الجماعية بنقل الأطفال قسرا.

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة ١٩٧٤م إعلانا بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ، والنزاع المسلح، ويشجب ذلك الإعلان كل هجوم، أو قصف على السكان المدنيين، ويحظر الاضطهاد، والسجن، والتعذيب، وكافة أشكال العنف المهين ضد النساء، والأطفال[٥٩]. وفي سنة ١٩٨٩م اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع اتفاقية حقوق الطفل، بموجب القرار رقم ٤٤/٢٥، المؤرخ في ٢٠ من نوفمبر ١٩٨٩م[٦٠].

ويعتبر نقل الأطفال قسرا إلى جماعة أخرى، صورة من صور جريمة الإبادة الجماعية، والذي يفترض أنه وسيلة للقضاء على ظاهرة تعاقب الأجيال، والحيلولة دون اكتساب الأبناء للغة الأباء، أو عاداتهم، أو شعائرهم الدينية، بحيث ينشئون،

---

[٥٧] F. Desportes , F. Le Gunehec ; Op. cit. p. 116.

[٥٨] Nasser Zakr, Op. cit. P. 265, 266..

[٥٩] أ. ساندرا سنجر، حماية الأطفال في حالات النزاع المسلح، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٣٣ وما بعدها.

[٦٠] http://www.un.org/arabic/ga/children/children.htm#2.

نشأة أخرى، منقطعة الصلة بجذورهم، ويستوي أن يتم نقلهم إلى جماعة تكفل لهم الرعاية الصحية، أو الثقافية، أو الاجتماعية، أو إلى جماعة تجردهم من تلك الرعاية، أو إلى مكان يتعرضون فيه إلى ظروف معيشية صعبة[٦١].

وقد جرت محاولات لإدراج نقل البالغين في تلك الفقرة، إلا انه لم يؤخذ بها، على أساس أن نقل الأطفال إلى مجموعة أخرى، له نتائج خطيرة جدا على الجماعة التي ينتمي إليها أولئك الأطفال أساسا[٦٢].

ولم يحدد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المقصود بالأطفال، فلم يتطرق إلى تحديد عمرهم، ويعتقد أن المقصود بالطفل هو الإنسان الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، كما حددته اتفاقية حقوق الطفل، وهو ما أقره مندوب الولايات المتحدة الأمريكية[٦٣]. والحقيقة أن فعل الإبادة بنقل الأطفال، لا يعتبر سليما بالنسبة للأطفال كبار السن، صحيح أن نقل الأطفال صغار السن من جماعة إلى جماعة أخرى، سيفقدهم هويتهم الثقافية، وسيتكلمون لغة الجماعة الأخرى، والمشاركة في تراثها، وممارسة شعائرها الدينية، ولكن ليس بالضرورة أن يفقد الأطفال كبار

---

[٦١] د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، المصدر السابق، ص ٩٦. د. عبد الواحد الفار، الجرائم الدولية، المصدر السابق، ص ٣٠١.

[٦٢] د. حسن الجوني، جريمة إبادة الأجناس في ضوء نظام المحكمة الدولية الجنائية، بحث منشور في مؤلف المحكمة الجنائية الدولية : تحدي الحصانة، منشورات جامعة دمشق، واللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٢، ص ٢٤٣.

[٦٣] نصت المادة (١) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩م على أنه : "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

- http://www.un.org/arabic/ga/children/children.htm

السن تراثهم بمجرد نقلهم إلى جماعة أخرى[٦٤].ويشترط لوقوعها توافر الأركان التالية[٦٥] :

١. أن ينقل مرتكب الجريمة قسرا شخصا، أو أكثر.

ولا يشير مصطلح " قسرا " على وجه الحصر إلى القوة المادية، وإنما قد يشمل أعمال التهديد التي ترغم الجماعة على نقل الأطفال من جماعة لأخرى[٦٦]، أو القسر الناشئ مثلا عن الخوف من العنف، والإكراه، والاحتجاز، والاضطهاد النفسي، وإساءة استخدام السلطة ضد الشخص المعني، أو الأشخاص، أو أي شخص آخر، أو استغلال بيئة قسرية.

٢ . أن يكون الشخص، أو الأشخاص، منتمين إلى جماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية معينة.

٣ . أن ينوي الجاني إهلاك تلك الجماعة، إهلاكا كليا، أو جزئيا، بصفتها جماعة قومية، أو إثنية، أو، عرقية، أو دينية.

٤ . أن يتم النقل من تلك الجماعة إلى جماعة أخرى.

٥ . أن يكون الشخص، أو الأشخاص، دون الثامنة عشرة من العمر.

٦ . أن يعلم الجاني أو يفترض علمه بأن الشخص أو الأشخاص هم دون ذلك السن

---

[٦٤] Genocide in international law" Op. cit., P 176." William A. Schabas

[٦٥] راجع المادة (٦/٥) من تقرير اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية، بشأن الصيغة النهائية لمشروع أركان الجرائم. انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم (PCNICC/2000/1/Add.2)

[٦٦] Nasser Zakr; Op. cit. P. 266.

٧ . أن يصدر ذلك التصرف في سياق نمط سلوك مماثل واضح، موجه ضد تلك الجماعة، أو أن من شأن التصرف أن يحدث بحد ذاته إهلاك الجماعة[٦٧].

المطلب الثالث : الاختصاص بنظر دعوى جريمة الإبادة الجماعية.

لا شك أن خطورة الجريمة الدولية يقتضي وجود هيئة قضائية دولية دائمة، تتولى توقيع الجزاء المناسب، على مقترفيها، ممن عرفوا بطبيعتهم الدموية، والبربرية[٦٨]. ومنذ انتهاء الحرب العالمية الأولى أدت المطالبة بإقامة العدالة الجنائية الدولية إلى إنشاء عدد من لجان التحقيق الدولية[٦٩]، وعدد آخر من المحاكم الجنائية الدولية[٧٠]، وذاك المنهج يعكس ظهور المسئولية، والعدالة كقيم دولية معترف بها. ولقد حسم نظام روما الأساسي الجدل حول الجهة المختصة بمحاكمة مجرمي الإبادة

---

[٦٧] نشير في هذا الشأن إلى أنه خلال الحرب العالمية الثانية كان الأطفال يؤخذون من أمهاتهم، ويعين لهم أبوان غير أبويهم، ويمنحون جنسية أخرى. أ. ساندار سنجر، المصدر السابق، ص١٥٢.

[٦٨] F. Desportes , F. Le Gunehec ; Op. cit. p. 303.

[٦٩] ومن تلك اللجان : ١. اللجنة الخاصة بمسئولية المتسببين في الحرب، وتنفيذ العقوبات لسنة ١٩١٩م ٢. لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب لسنة ١٩٤٣م ٣. لجنة الشرق الأقصى لسنة ١٩٤٦م ٤. لجنة الخبراء لسنة ١٩٩٢م، للتحقيق في جرائم الحرب والانتهاكات الأخرى للقانون الدولي الإنساني في يوغسلافيا. ٥. لجنة الخبراء المستقلة لسنة ١٩٩٤م، للتحقيق في الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي في رواندا.

[٧٠] ومن تلك المحاكم : ١. المحكمة العسكرية الدولية لمحاكمة مجرمي الحرب على المسرح الأوربي لسنة ١٩٤٥م. ٢. المحكمة العسكرية الدولية لمحاكمة مجرمي الحرب في الشرق الأقصى لسنة ١٩٤٦م ٣. المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا لسنة ١٩٩٣م. ٤. المحكمة الجنائية الدولية لرواندا لسنة ١٩٩٤م.

الجماعية، بحيث تختص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة بنظرها، ما لم تقم المحاكم المحلية المختصة بالنظر فيها وفقا لمبدأ التكامل[٧١].

*** المحكمة الجنائية الدولية في رواندا.**

لقد شهد العالم طوال سنة ١٩٩٤م أبشع الجرائم الدولية بحق الإنسانية في رواندا، في منطقة البحيرات بأفريقيا. وشملت الممارسات التي ارتكبت : الإبادة الجماعية، والتطهير العرقي، وذلك على خلفية الصراع العرقي بين قبائل التوتسي والهوتو[٧٢]، الأمر الذي أدى إلى انهيار النظام السياسي. ولم تتوقف تلك الانتهاكات إلا بعد تدخل قوات الأمم المتحدة[٧٣]، حيث أقر مجلس الأمن في يوليو سنة ١٩٩٤م القرار رقم (٩٣٥) الخاص بإنشاء لجنة الخبراء، للتحقيق في الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني، والإبلاغ عنها للسكرتير العام، وقد باشرت اللجنة أعمالها لمدة أربعة أشهر فقط، فكانت تلك المدة غير كافية، لكي تقوم اللجنة بمهامها على أكمل وجه[٧٤].

ومن جهة أخرى كانت أهم المشاكل التي واجهت الحكومة الرواندية، لانعقاد الاختصاص القضائي المحلي، ذلك التأليب السياسي من جانب قبائل الهوتو، وهو

---

[٧١] راجع الفقرة (١٠) من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. والمادة (١) منه.

[٧٢] يذكر أن المتهم "كلمنت كايشيما"، والذي حوكم بتهمة ارتكاب المجازر التي وقعت في "Bisesero " قد وجه النداء بالهجوم على الجنود عبر جهاز الميكروفون ضد قبائل التوتسي، وتلي رسالة صادرة عن "كيجالي" بتوجيه الأمر المباشر إليهم بقتل التوتسي.

Jugement Clement Kayishema et Obed Ruzindana Le Procureur c/ Clement Kayishema et – .T, T.P.I.R. 21 mai 1999, p. 145 – Obede Ruzindana, affaire n 95- 1

[٧٣] د. أمين مكي مدني، المصدر السابق، الولاية القضائية الجنائية الدولية، محاسبة المسئولين عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني في فلسطين، مجلة القانون والقضاء، العدد الثالث، مارس ٢٠٠١م، ص ٢٦.

[٧٤] د. محمود شريف بسيوني، المصدر السابق، ص ٦١.

ما دعا إلى تنحية الرأي المنادي بانعقاد الاختصاص للقضاء المحلي في رواندا[٧٥]، بشكل مطلق بحيث يشاركه في الاختصاص، المحكمة الجنائية الخاصة.

وبناء على ذلك، طلب سفير رواندا في الأمم المتحدة، باستصدار قرار تشكيل محكمة مماثلة للمحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا، لمحاكمة المتهمين بارتكاب تلك الانتهاكات، على أساس أن الجرائم المقترفة، جاءت بناء على خطة منهجية استهدفت عمليات الإبادة الجماعية، وهو ما يخرجها عن المفهوم التقليدي للجرائم التي تخضع للقضاء المحلي[٧٦].

وعلى أثر ذلك صدر قرار مجلس الأمن رقم (٩٥٥) بتاريخ ٨ من نوفمبر سنة ١٩٩٤م، لمحاكمة المسئولين عن جرائم القتل الجماعي، وغيرها من الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني، التي ارتكبت في رواندا، والأقاليم المجاورة لها، خلال الفترة من أول يناير إلى أخر ديسمبر سنة ١٩٩٤م[٧٧].

وقد واجهت المحكمة صعوبات جمة، مما أدى إلى تأخير العمل فيها، ولعل الصعوبات الإدارية كما يرى البعض هي التي دفعت إلى تأخير بدء سير العمل بالمحكمة، مما جعل الحكومة تضطر إلى تدخل القضاء المحلي باختصاصه، للنظر في الانتهاكات المرتكبة[٧٨].

---

[٧٥] Bassiouni & Graham; "Between expectations and achievement political, Realities" International review of penal law, vol 67, 1996 P. 95.

[٧٦] Madeline H. Morris "7" The trials of concurrent jurisdiction, the case of Rwanda Cited D Uke J. of Comp. & Int, L. P. 354.

[٧٧] د. عبد الفتاح سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠١م، ص ١٤ و١٥.

[٧٨] Bassiouni & Graham; Op. cit. P. 95.

وتعتبر إنجازات المحكمة، التي توصلت إليها، بالنظر إلى عدد الدعاوى المنظورة أمامها وحجم المأساة التي عانى منها الشعب الرواندي مخيبة للآمال[٧٩].

وقد وضعت الحكومة الانتقالية في رواندا، مشروع قانون أطلق عليه القانون الأساسي، والذي يقضي في المادة (٣/٢٢) منه، بأن يتولى المحامي العام للمحكمة العليا، سلطة الإشراف على محاكمة المتهمين بتلك الانتهاكات بواسطة الغرف الخاصة، وجاء ذلك الاختصاص القضائي، مستندا إلى الاتفاقات الدولية ذات الصلة بتلك الانتهاكات، وأهمها اتفاقية منع إبادة الجنس البشري والعقاب عليها لسنة ١٩٤٨م[٨٠].

ويرجع السبب الرئيسي الذي جعل الحكومة الرواندية تصدر القانون الأساسي إلى التزايد المطرد في أعداد المتهمين بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية في السجون الرواندية، وهو ما تطلب انعقاد الاختصاص للقضاء الجنائي المحلي، لسرعة الفصل في تلك القضايا[٨١].

---

[٧٩] أقيمت المحكمة في مدينة أروشا بدولة تنزانيا، وقد كان إنشاؤها في دولة أخرى حدثا غير مسبوق، وتتطلب عقد اتفاق بين الأمم المتحدة وتنزانيا، تستضيف الأخيرة بموجبه المحكمة، وهو الأمر الذي استغرق وقتا للوصول إلى قرار فيه، لأن أغلب المدعى عليهم والشهود كان يتعين عليهم الحضور من رواندا، وقد كان ذلك بمثابة مغامرة مفعمة بالمشاكل المنطقية والصعوبات العملية، وعلاوة على ذلك لم تكن مدينة أروشا بالمكان المثالي، لإقامة المحكمة ومن ثم، اضطرت الأمم المتحدة إلى إنشاء البنية اللازمة للمحكمة، بدءا من لا شيء، تحت ظروف شاقة. د. محمود شريف بسيوني، المصدر السابق، ص٦٥ و٦٦.

[٨٠] د. عبد الفتاح محمد سراج، المصدر السابق، ص ١٥ و١٦.

[٨١] Madeline H. Morris; Op. cit. P. 358.

المبحث الثاني : أركان جريمة الإبادة الجماعية.

تمهيد وتصنيف :

لكل جريمة مجموعة من الأركان، ويتطلب قيام جريمة الإبادة الجماعية، اجتماع ثلاثة أركان، وهي : الركن الدولي، والركن المادي، والركن المعنوي، فإذا انتفى أحدها، فلا يكون للجريمة وجود من الناحية الجنائية الدولية. وسنتحدث في هذا المبحث عن تلك الأركان وذلك على نحو ما هو آت :

المطلب الأول : الركن الدولي.

المطلب الثاني : الركن المادي.

المطلب الثالث : الركن المعنوي.

المطلب الأول : الركن الدولي لجريمة الإبادة الجماعية.

تقريب وتقسيم :

تتميز جريمة الإبادة الجماعية عن الجرائم المحلية بركنها الدولي[٨٢]. الذي يمثل في حقيقته، جوهر جريمة الإبادة الجماعية، لإمكان وجودها ابتداء، أو لاستمرار خضوعها لأحكام القانون الجنائي الدولي[٨٣].

أولا : ماهية الركن الدولي.

إن جوهر الركن الدولي لجريمة الإبادة الجماعية أن ترتكب بناء على طلب دولة، وتشجيعها، أو على الأقل برضاء منها، بقصد المساس بمصلحة دولية معتبرة قانونا، لدولة أخرى[٨٤]، أو جماعة بشرية معينة. ولا يهم صفة المتهم، لأنه يستوي

---

[٨٢] د. محمود صالح العادلي، المصدر السابق، ص ٦٩.

[٨٣] د. ماجد إبراهيم علي، قانون العلاقات الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ١٩٩٩م، ص٣٣٩.

[٨٤] د. فتوح الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص٢٩.

أن يكون مرتكبها فرد عادي، أو دولة، أو منظمة دولية[٨٥]. فالأمر يتطلب ضرورة ارتكاب اعتداء على مصلحة، أو حق يحميه القانون الجنائي الدولي، وعليه فإن هذا الركن يستمد وجوده من نوع المصالح، أو الحقوق التي ينالها الاعتداء[٨٦].

ثانيا : المسئولية الجنائية الفردية عن جريمة الإبادة الجماعية.

١ . موقف الفقه من المسئولية الجنائية الفردية.

يثير تعاظم مركز الفرد في ظل القانون الجنائي الدولي، بعض الإرهاصات حول مدى اعتباره من أشخاصه. حيث يرى البعض[٨٧]، أن الفرد ليس شخصا من أشخاص ذلك القانون، استنادا إلى أن قواعده، تخاطب الأفراد بصفة مباشرة، يقتضي إمكانية قيام تلك القواعد بتحميل الأفراد بالالتزامات، ومنحهم الحقوق دون تطلب إذن، وموافقة الدولة أو المنظمة الدولية التي يتبعونها.

ونرى أن منهج الفقه التقليدي في اعتبار أن الفرد ليس شخصا من أشخاص القانون الجنائي الدولي، هو منهج محل نظر، ذلك أن أساسه هو النظر إلى القانون الجنائي الدولي باعتباره " قانون الدول" أو على الأقل، هو القانون الذي تمثل فيه الدولة بشكل، أو بآخر في علاقتها بغيرها. فقد تغير المدلول التقليدي للقانون الدولي، فلم تعد المسئولية، علاقة بين الدول وحدها، وإنما من المتصور وجود حالات أخرى للمسئولية الدولية منها المسئولية الجنائية للفرد على الصعيد الدولي[٨٨]، باعتباره

---

[٨٥] د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية في الشريعة الإسلامية، غير موضح جهة النشر، ١٩٩٧م، ص٦١.

[٨٦] د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، المصدر السابق، ص١٣٠.

[٨٧] د. محمد صافي يوسف، المصدر السابق، ص٨٦ وما بعدها.

[٨٨] د. أحمد أبو الوفا، الملامح الأساسية للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ضمن كتاب "المحكمة الجنائية الدولية – تحدي الحصانة" منشورات جامعة دمشق و اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٢م، ص ٤٨.

محورا جديدا، يبنى عليه القانون بعض أحكامه. وأصبح الفرد هو محور المجتمع الدولي، وأصبح من المقبول القول بأن إصلاح الفرد هو الخطوة الأولى لتقدم النظام الدولي في مجموعه ولذا نميل للقول بأن الفرد اصبح من أشخاص القانون الدولي العام، استنادا إلى الاعتراف للفرد بأهلية التقاضي دوليا[٨٩].

٢ . الأحكام العامة للمسئولية الجنائية الفردية.

لقد اصبح الفرد محلا للاهتمام المباشر لقواعد القانون الدولي[٩٠]. ويبدو ذلك من خلال تمتعه بأهلية إجرائية، تتمثل في إمكانية أن يتقدم بشكوى، أو طلب، أو الإدعاء المباشر ضد الدول، أمام المحاكم المحلية، أو الدولية[٩١].

ولقد أكدت محكمتا يوغسلافيا ورواندا، مسئولية الفرد الجنائية، طبقا للقانون الدولي[٩٢]، حيث قرر النظامان الأساسيان للمحكمتين، على أن اختصاصهما القضائي، يكون على الأشخاص الطبيعيين[٩٣]. وهو ما أكدته المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا السابقة، في تقريرها السنوي الأول[٩٤].

---

[٨٩] د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، المصدر السابق، ص ٢٧٦.
أنظر في هذا الشأن : المواد (١٧٣ و١٧٤ و١٧٥) من معاهدة الجماعة الأوربية الاقتصادية.

[٩٠] د. محمد منصور الصاوي، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

[٩١] د. إسماعيل عبد الرحمن محمد، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

[٩٢] د. محمد منصور الصاوي، المصدر السابق، ص ١٤.

[٩٣] راجع المادة (٦) من النظامين الأساسيين للمحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا، ورواندا.

[٩٤] Neither organizations nor legal persons , nor states can be brought to trial before the " tribunal. Proceeding can be instituted only against individuals. The concept of Collective Liability is increasingly yielding to the nation of individual responsibility in international humanitarian law ".

.S / 1994 / 1007.29 August 1994 – A / 49 / 342

The first annual report of the international tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the farmer Yougothlaphia since 1991 – p. 13 – n. 21.

وقد أفرد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الأحكام العامة للمسئولية الجنائية الفردية، والتي بموجبها ينعقد الاختصاص للمحكمة، وهي[٩٥] :

أ. أن اختصاص المحكمة يثبت في حق الأشخاص الطبيعيين فقط، وهم الذين يكونون معرضين لتوقيع الجزاءات المقررة[٩٦]. ومن ثم، فقد استبعدت نظرية المسئولية الجنائية الدولية للدولة حيث ما زالت تلك المسئولية مسئولية مدنية محضة.

ب. يسأل الشخص جنائيا أمام المحكمة، ويكون عرضة لتوقيع الجزاء المقرر، إذا كان فاعلا لجريمة من اختصاص المحكمة، أو شريكا في ارتكابها.

ج. يسأل الشخص في حالة شروعه في ارتكاب أي من الجرائم الدولية.

د. لا تؤثر المسئولية الجنائية الفردية في مسئولية الدول[٩٧].

والسؤال الآن، يدور حول معرفة مدى انطباق المسئولية الجنائية الفردية على عسكر الجيش، أو الأشخاص الذين يباشرون وظيفة عامة مدنية، من عدمه ؟

وللإجابة نقول: أن المسئولية تنطبق على الفريقين، كما أنها قد تقع من موظف عام في الدولة، أو من مواطنين لا يتمتعون بتلك الصفة[٩٨]. ونشير إلى أنه خلال سير دعاوى محكمة طوكيو، صدرت الأحكام ضد بعض أفراد السلطات المدنية، بشأن جرائم الحرب، بالتطبيق لذلك المبدأ، حيث انعقدت المسئولية الجزائية لوزير

---

[٩٥] راجع المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[٩٦] Bruce Broomhall; Op. cit. P 61.

[٩٧] وبموجب المادة (٤/٢٥) من نظام روما الأساسي، يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أن تفصل في الدعوى التي أمامها، لمعاقبة الأفراد المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية، ثم تفصل محكمة العدل الدولية بما لها من اختصاصات في مدى توافر المسئولية الدولية بمفهومها السابق في حق تلك الدولة.

[٩٨] Bruce Broomhall; Op. cit. P 57.

خارجية اليابان الأسبق " كيتوهيروتا " بشأن ما وقع من جرائم بشعة، وعلى الأخص الاغتصاب الجماعي الذي ارتكب تحت اسم "اغتصاب نانكينج"، حيث وجه إليه الاتهام بالتقاعس عن القيام بالالتزام القانوني الذي تفرض عليه مهام وظيفته، بضمان احترام قوانين، وأعراف الحرب، وتجنب انتهاكها[٩٩]. ولعل القرار الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا، يعتبر أكثر جلاء في شأن تلك المسألة، حيث قرر أن كل شخص، ولو كان مدنيا، يمكن أن تنعقد مسئوليته الجنائية، متى ثبت أن له سلطة فعلية على مرتكبي الجرائم، وتتجلى تلك السلطة من خلال صلاحية توجيه الأوامر إليهم، ومجازاتهم في حالة المخالفة[١٠٠].

ثالثا : المسئولية الجنائية للدولة عن جريمة الإبادة الجماعية.

لقد حسم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مشكلة من أعقد المشاكل، والتي أثيرت عند إعداد مشروع ذلك النظام، تلك التي كانت تتعلق بقضية المسئولية الدولية الجنائية للدولة، وعما إذا كانت الدولة تسأل جنائيا، أم أن المسئولية الجنائية الدولية تثبت فقط في حق الأشخاص الطبيعيين ؟ فليس للمحكمة اختصاص على الدول، أو الهيئات الاعتبارية، بالإضافة إلا أنه لا يستثنى أحد من المسئولية الجزائية، بسبب صفته الرسمية، مثلما قد يكون واردا في القانون الجنائي المحلي[١٠١].

أ. عدم الاعتداد بالصفة الرسمية للمتهم.

يتمتع رؤساء الدول بالحصانة في معظم الدساتير تجاه المقاضاة الجنائية، فيما يتعلق بأفعال اقترفوها إبان أداء مهامهم، وتحمي بعض الدساتير أيضا أعضاء

---

[٩٩] Nasser Zakr, Op. cit. P. 274.

[١٠٠] V. jugement Zlatko Aleksouski, Le procureur c/ Zlatko Aleksouski, affaire n IT -٩٥- ١٤) ١- T, Tribunal penal international pour l'ex-Yougoslavie. 25 juin 1999, p. ٤٥.

[١٠١] راجع المادة (٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الحكومة ومسئوليها. وبهذا المعنى للحصانة يمكن القول بأنها تمثل سياجا واقيا من المقاضاة، غير أن هذا المعنى قد اندثر في أعقاب الحرب العالمية الثانية، بعد أن قرر نظام محكمة نورمبرج، زوال ما للحصانة من أثر[١٠٢].

وسار على ذات المبدأ، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا السابقة[١٠٣]، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في رواندا[١٠٤].

وقد أقر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حكما هاما، يشكل تقدما عظيما في القانون الجنائي الدولي، حيث قرر محاكمة كل شخص يثبت ارتكابه جريمة دولية، بغض النظر عن الصفة الرسمية له، ولو كان ذلك الشخص ملكا لمملكة، أو رئيسا لدولة، أو عضوا في حكومتها.

ومعنى هذا أن تمتع الشخص بالحصانة دوليا، أو داخليا، لا يؤثر على مسئوليته عن الجرائم الواردة في النظام الأساسي للمحكمة[١٠٥]. ومن ثم، فهي لا تحول دون ممارسة المحكمة اختصاصها، بمحاكمة مثل أولئك الأشخاص عن جرائم الإبادة الجماعية التي يرتكبونها[١٠٦].

ب. مسئولية القادة والرؤساء.

كان الرأي السائد في فقه القانون الجنائي الدولي قبل محاكمات الحرب العالمية الأولى أن رئيس الدولة لا يسأل عما يأتيه من أعمال منافية للقانون الدولي، بحجة

---

[١٠٢] نصت المادة (٧) من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرج على أنه : "إن مركز المتهمين الرسمي سواء كرؤساء دولة، أو من كبار الموظفين، لا يعتبر عذرا محلا، ولا سببا، لتخفيف العقوبة".

[١٠٣] راجع المادة (٢٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا السابقة.

[١٠٤] راجع المادة (٢٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في رواندا.

[١٠٥] د. أحمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص ٧٤.

[١٠٦] راجع المادة (١/٢٧، ٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أنه وكيل عن شعبه، الذي يملك السيادة الشعبية، وشعبه وحده هو الذي يحاسبه، ولا يمكن أن يسأل أمام سيادة أخرى، لشعب آخر[١٠٧].

وفي الحرب العالمية الأولى بدأ المجتمع الدولي يتحدث عن مسئولية رؤساء الدول وإمكان محاكمتهم عن الجرائم الدولية التي يرتكبونها، أو يأمرون بارتكابها، وعند عقد معاهدة فرساي عام ١٩١٩م، تم النص على محاكمة غليوم الثاني إمبراطور ألمانيا، إلا أن المحاكمة لم تتم، بسبب فراره إلى هولندا، التي رفضت تسليمه للحلفاء، لمحاكمته[١٠٨].

وأقر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حكما خاصا يتعلق بمسئولية القادة، والرؤساء، عن الجرائم التي يرتكبها من هم تحت أمرتهم، أو رئاستهم، حيث قرر[١٠٩]، مسئولية القائد العسكري، أو الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري، مسئولية جنائية، عن جريمة الإبادة الجماعية، والتي اقترفتها قوات تخضع لأمرته، وسلطته الفعليتين، وذلك بشرطين هما :

الأول : أن يعلم ذلك القائد أن قواته ترتكب، أو تكون على وشك ارتكاب تلك الجريمة.

ثانيا : إذا لم يتخذ القائد العسكري، أو الشخص جميع التدابير اللازمة، والمعقولة في حدود سلطاته، لمنع أو قمع وقوع تلك الجريمة، أو لعرض المسألة على السلطات المختصة، للتحقيق، والمقاضاة.

---

[١٠٧] د. عبد الواحد الفار، القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م، ص٣٣٠.

[١٠٨] د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص ٩٨.

[١٠٩] راجع المادة (١/٢٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

كما قرر حكما آخر يتعلق بمسئولية الرئيس عن أعمال مرءوسيه[١١٠]، بحيث يسأل جنائيا عن الجرائم المقترفة من جانب مرءوسين، يخضعون لسلطته، وسيطرته الفعليتين، بسبب عدم ممارسته سيطرته على أولئك المرءوسين، ممارسة سليمة، في الحالات التالية[١١١] : ١. إذا كان الرئيس قد علم، أو تجاهل عن وعي أية معلومات، تبين بوضوح أن مرؤسيه يرتكبون، أو على وشك أن يرتكبوا تلك الجرائم. ٢. إذا تعلقت الجرائم بأنشطة تندرج في إطار المسئولية، والسيطرة الفعليتين للرئيس. ٣. إذا لم يتخذ الرئيس جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته، لمنع، أو قمع ارتكاب تلك الجرائم، أو لعرض المسألة على السلطات المختصة، للتحقيق والمقاضاة.

فالمبدأ يفرض التزاما على القائد بمنع مرءوسيه من اقتراف جرائم دولية، وتثبت المسئولية في حقه في حالة امتناعه عمدا، أو بإهمال عن منع ارتكابها، دون حاجة للبرهنة على نية الإضرار لديه[١١٢]. ويجب لكي تثبت المسئولية الجنائية بحقه، أن يتوافر لديه علم بأن مرءوسيه عازمون على ارتكاب تلك الجرائم، ولم تتجه إرادته بالتصرف في منع وقوعها، ومعاقبتهم عنها، وبالتالي يجب ثبوت الخطأ بنوعيه العمد، والإهمال[١١٣].

ولا شك أن هذا المبدأ يعد استثناء على مبدأ " ألا تزر وازرة وزر أخرى "، وتعليل ذلك أن أولئك الرؤساء كان بإمكانهم منع الانتهاكات التي وقعت، إما لأن الأوامر التي أصدروها كانت غير مشروعة وكان بالتالي من الواجب عدم إصدارها أو

---

[١١٠] راجع المادة (٢/٢٨) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١١١] Bruce Broomhall; Op. cit. P 62, 63.

[١١٢] Nasser Zakr; Op. cit. P. 273.

[١١٣] د. عباس السعدي، مسئولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٣٠.

لأنهم تقاعسوا عن منع وقوع تلك الانتهاكات، ومن ثم يكونون قد تغاضوا عن وقوع المحظور، أو وافقوا عليه[١١٤].

المطلب الثاني : الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية.

ويتمثل في الماديات المحسوسة في العالم الخارجي من خلال سلوك يقترفه الشخص كما يحددها نص التجريم، فلا توجد جريمة دون ركن مادي.

الفرع الأول : عناصر الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية.

الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية، شأنه شأن كافة الجرائم له عناصر ثلاثة، وهي : السلوك الإجرامي، والنتيجة، وعلاقة السببية.

أولا : السلوك الإجرامي.

إذا لم تتخذ الأفكار، والمعتقدات الداخلية لشخص ما، مظهرا خارجيا ملموسا، فإنه لن يترتب عليها أية أضرار بالمصالح التي يحميها القانون، ولا ينتج عنها تهديد للنظام العام الدولي وتنتفي عنها علة التجريم والجزاء. أضف إلى ذلك أنه لا يمكن التعرف على تلك الأفكار والمعتقدات ما دامت حبيسة داخل الشخص نفسه[١١٥].

ويشترط لقيام السلوك المكون للركن المادي لجريمة الإبادة :

١. أن يوجه السلوك الإجرامي لشخص، أو أشخاص منتمين إلى جماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية معينة.

٢ . أن يصدر هذا التصرف في سياق نمط سلوك، مماثل، واضح، موجه ضد تلك الجماعة أو أن يكون من شأن التصرف أن يحدث بحد ذاته إهلاك الجماعة[١١٦].

---

[١١٤] د. أحمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص ٧٤.

[١١٥] د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٣م ص ٢٦٦.

[١١٦] William A. Schabas; "An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 32.

وبالتالي لا قيام للركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية، إذا تخلف السلوك والـــذي يتخذ ثلاث صور، هي :

١. السلوك الإيجابي.

هو نشاط إرادي، ينفذه الجاني في العالم الخارجي، تحقيقا لغاية معينة، مخالفا بذلك نهيا تفرضه قاعدة جزائية، وقد يكون هذا السلوك من فعل واحد، أو مـــن جملـــة أفعال متتابعة، وتجمعها وحدة الهدف. ويتطلب قيام السلوك الإيجابي لجريمة الإبادة الجماعية[١١٧]، توافر عنصرين :

أ. حركات عضوية، صادرة عن جسم الإنسان، بأن استخدمت بعض أعضاء الجسم في إتيانه، والتي تحدث أثرا خارجيا تلمسه الحواس[١١٨].

ب. الصفة الإرادية للحركة العضوية، أي إن إرادة الجاني هي التي حركت عضوا من جسمه، ودفعته إلى إتيان السلوك، وليس حركة عضوية أيا كانت[١١٩].

٢ . السلوك السلبي.

يتمثل في إحجام الشخص إراديا عن إتيان سلوك إيجابي معين، كان من الواجـــب عليه قانونا أن يأتيه في ظروف معينة. وهو سلوك نادر الحـــدوث، إذ الغـــالب أن تكون الجرائم إيجابية[١٢٠]. ويطلق عليه "الامتناع". كامتناع الشخص المسئول عـــن

---

[١١٧] د. يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات، النظريات العامة، غير موضح جهة النشـــر، ســـنة ١٩٩٨م، ص ٢٤٧.

- Stafan Glaser; " Infraction internationale" Librairie Generale de droit et de jurisprudence , Paris, 1957. p. 11.

[١١٨] د. محمد عبد المنعم عبد الخالق، النظرية العامة للجريمة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م ص ٢٥٥.

[١١٩] د. أشرف شمس الدين، مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القـــاهرة، ســـنة ١٩٩٨م، ص ١٠٨. د. ماجد إبراهيم علي، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

[١٢٠] د. محمود محمود مصطفى، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

اتخاذ الضمانات الأساسية الكفيلة بمنع قيام من هم تحت إمرته، من فرض تدابير، تستهدف منع الإنجاب داخل جماعة معينة[١٢١].

٣ . الجريمة الإيجابية بطريق الامتناع.

تتمثل في الإحجام عن إتيان سلوك معين، كان من شأن القيام به الحيلولة دون تحقق نتيجة محظورة في القانون الجنائي الدولي[١٢٢]. والفارق بين السلوك السلبي المجرد، والسلوك السلبي الذي يفضي إلى تحقق نتيجة إجرامية، أنه في الحالة الأولى، يجرم القانون مجرد الامتناع، بصرف النظر عن تحقق النتيجة، أم لا. أما في الحالة الثانية، فإن تحقق النتيجة الإجرامية يعد عنصرا في الركن المادي للجريمة[١٢٣]. ومن الأمثلة على الجرائم الإيجابية بطريق الامتناع، الامتناع عن تقديم المعونات الغذائية، في حالة انتشار الجفاف، أو المجاعة، في المنطقة التي تقطنها الجماعة المجني عليها، وذلك بقصد إبادة تلك الجماعة.

ثانيا : النتيجة الإجرامية.

النتيجة في جريمة الإبادة الجماعية، لها مدلول مادي يتمثل في الأثر الخارجي الذي يتجسد فيه الاعتداء على المصالح التي يحميها القانون الجنائي الدولي، بمعنى ما يحدثه السلوك الإجرامي من تغيير مادي تدركه الحواس[١٢٤].

---

[١٢١] د. محمد عبد المنعم عبد الخالق، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

[١٢٢] د. محمد محي الدين عوض، المصدر السابق، ص ٨٦٦.

[١٢٣] د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص٢٧١. د. حسام على الشيخة، المصدر السابق، ص١٨٩.

[١٢٤] د. محمد صافي يوسف، المصدر السابق، ص ٣٧. د. محمود صالح العادلي، المصدر السابق، ص٦٧.

- Stafan Glaser; Op. cit. p. 11.

ولا تثير الجرائم المادية في نطاق القانون الجنائي الدولي ما تثيره في القانون الجنائي المحلي من جدل فقهي، يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الجريمة، إذا ارتكب السلوك في مكان، وتحققت النتيجة في مكان آخر[١٢٥]، وتلك الصورة لا يصعب تصورها، ومثالها إطلاق صاروخ من دولة، ليستقر في دولة أخرى، محققا فيها نتائج إجرامية تتمثل في قتل المدنيين، وتخريب المنشآت[١٢٦].

ثالثا : علاقة السببية.

علاقة السببية تعني أن يكون السلوك الإجرامي إيجابيا كان، أو سلبيا هو الذي أفضى إلى تحقق النتيجة الإجرامية التي يتطلبها القانون في نموذج الجريمة بمعنى إثبات أن تلك الأخيرة، ما كانت لتحدث في العالم الخارجي، ما لم يتم ارتكاب عمل معين، أو الامتناع عن إتيان عمل محدد. وهذا ما يعبر عنه بقيام علاقة السببية بين السلوك، والنتيجة الإجرامية.

وعلاقة السببية أحد عناصر الركن المادي، لجريمة الإبادة الجماعية. ومن هنا تبدو الأهمية القانونية لها، فهي من عناصر الركن المادي في الجرائم ذات النتيجة المادية، وتحققها شرط أساسي من شروط المسئولية الجنائية عن تلك الجرائم[١٢٧]، فإذا أمكن إسناد النتيجة إلى السلوك، اكتمل الركن المادي للجريمة، وتحققت بالتالي المسئولية الجزائية، إذا اكتملت الأركان الأخرى للجريمة، أما إذا انتفت علاقة

---

[١٢٥] Stafan Glaser; op cit. p. 28 , 29.

[١٢٦] د. محمد عبد المنعم عبد الخالق، المصدر السابق ص ٢٦٧ و٢٦٨.

[١٢٧] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات نادي القضاة، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٢٩٣. د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

السببية بين السلوك، والنتيجة، بأن كان تحققها لا يرجع إلى سلوك الجاني، فلا يمكن أن تقوم مسئولية الجاني عن الجريمة التامة[١٢٨].

الفرع الثاني : صور الركن المادي لجريمة الإبادة الجماعية.

أولا : معنى الشروع في جريمة الإبادة الجماعية.

يتم الشروع في جريمة الإبادة الجماعية، وفقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، عن طريق اتخاذ إجراء يبدأ به تنفيذ الجريمة بخطوة ملموسة، ولكن لم تقع لظروف غير ذات صلة بنوايا الشخص[١٢٩].

فالشروع يفترض أن الجاني قد حقق من الركن المادي عنصر السلوك الذي كان يقصد منه تحقيق النتيجة، لكن تلك النتيجة تخلفت، بسبب لا دخل لإرادته فيه[١٣٠]، فالجاني لم يتوصل بسلوكه إلى إزهاق روح المجني عليهم في جريمة الإبادة الجماعية. ويقتضي الأمر أن نميز بين مراحل ثلاث تمر بها جريمة الإبادة:

أ. مرحلة التفكير، والتصميم على الجريمة.

لا يتدخل القانون الجنائي الدولي بالعقاب على تلك المرحلة من مراحل جريمة الإبادة الجماعية، إذا لم تتجسد في سلوك مادي، وظلت محض إرادة. ولا يتغير الحكم، ولو اعترف الشخص بسبق التفكير في ارتكابها، أو قيام التصميم على ارتكابها، أو أفضى بما يدور في خلده من فكرة، صمم عليها، متى كان التفكير، أو التصميم، لم يجاوز تلك المرحلة الداخلية[١٣١]. لكنه قد يعاقب على أفعال يشير ظاهرها إلى أن الجزاء فيها يكون على مجرد النية، مثل الجزاء على التهديد

---

[١٢٨] د. فتوح الشاذلي، المصدر سابق، ص ٢٨٨. د. محمد عبد المنعم عبد الخالق، المصدر السابق، ٢٧٠.

[١٢٩] راجع المادة (٢٥/٣/و) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٣٠] Stafan Glaser; op cit. p. 164 , 165.

[١٣١] د. محمد عبد المنعم عبد الخالق، المصدر السابق، ص ٢٥١.

باستعمال القوة في العلاقات بين دولتين[١٣٢]. ومع ذلك، فإن تلك المحاولات، لا يكون الجزاء فيها على مجرد التفكير في الجريمة، أو التصميم عليها، لأنها تنطوي على تعبير عن التصميم، وهذا التعبير هو الذي ينقل الجريمة من مرحلة التفكير، والتصميم، إلى مرحلة التنفيذ، فالقانون لا يعاقب على أفعال التهديد، أو التحريض، أو الاتفاق، لكنه يعاقب على تلك الأفعال، باعتبارها جرائم مستقلة، وقائمة بذاتها، بصرف النظر عما يحدث بعد ذلك، فهي جرائم خطر، و من ثم لا يعد الجزاء عليها، عقابا على مجرد التفكير في الجريمة، بل الجزاء عن جريمة تامة، وليس شروع في جريمة، لم تتم[١٣٣]. ومثاله تقرير الجزاء على الاتفاق على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، أو التحريض المباشر والعلني عليها، بوصفها جريمة خاصة[١٣٤].

ب. مرحلة التحضير، والإعداد للجريمة.

هذه المرحلة لها أهمية خاصة، لما يمكن أن تنطوي عليه من خطر يهدد بارتكاب جريمة الإبادة[١٣٥]، ولذا يرى البعض[١٣٦]، أن الأعمال التحضيرية جديرة بالتجريم، والجزاء، للحيلولة دون وقوع الجريمة محل التحضير فجريمة الإبادة الجماعية

---

[١٣٢] راجع المادة (٤/٢) من ميثاق الأمم المتحدة، والمادة (٢) من مشروع تقنين الجرائم ضد سلام، وأمن البشرية، الذي أعدته لجنة القانون الدولي سنة ١٩٥٤م.

[١٣٣] د. محمد محي الدين عوض، المصدر السابق، ص ٨٤٨ وما بعدها. د. محمد عبد المنعم عبد الخالق، المصدر السابق، ص ٢٥٠.
- Nasser Zakr; Op. cit. P271..

[١٣٤] راجع المادة (٥/٣/٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٣٥] د. عباس السعدي، المصدر السابق، ص ٢٦.

[١٣٦] د. أشرف شمس الدين، المصدر السابق، ص ١١٠. د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، المصدر السابق، ص ٢٢٠.
- Stafan Glaser; Op. cit. p. 176.

تسبقها أعمال تحضيرية عديدة، بقصد الإعداد لها، وتلك الأعمال تكون دلالة كاشفة عن تهديد وشيك بالحق الذي يحرص القانون الجنائي الدولي على حمايتـــه، أي أن تلك الأفعال، هي في حقيقتها من جرائم الخطر بالنسبة للأمن الجماعي الدولـــي[١٣٧]، لذا كان من الواجب مجازاة مرتكبيها بوصفها جرائم دولية قائمة بذاتها.

ج. مرحلة البدء في تنفيذ الجريمة.

متى بدأ الجاني في تنفيذ جريمة الإبادة الجماعية، فـــإن الشـــروع يتحقـــق فيـــها، ويستوجب الأمر مجازاة مرتكبها. ونظرا لأن الجزاء يكون على مرحلة التحضـــير في مجال الإجرام الدولي، والتحضير يسبق الأعمال التنفيذية، التي يقوم بها الركـــن المادي للجريمة، فإن البدء في التنفيذ يجب أن يتحدد وفقا للمعيار الموضوعي[١٣٨].

٢. أحكام الشروع في جريمة الإبادة الجماعية.

أ. صور الشروع.

الشروع في جريمة الإبادة الجماعية، يقع إما في صورة الشروع التام، أو الجريمـــة الخائبة، أو في صورة الشروع الناقص، أو الجريمة الموقوفة.

فالشروع التام يتصور في جريمة الإبادة الجماعية إذا اتخذ ســـلوك الجـــاني فيـــها صورة إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية، يقصد بها إهلاكهم الفعلي كليـــا، أو جزئيا، لكن الإهلاك المقصود لم يحدث، بسبب أجنبي لا دخل لإرادة الجاني بـــــه، كما لو تدخلت منظمة إنسانية، وقدمت الدعم، والمعونة اللازمـــــة، للحيلولـــة دون تحقق النتيجة التي قصدها الجاني.

والشروع الناقص يمكن تصوره إذا لم يكن الجاني قد قام بإتيان الســـلوك الـــلازم لتنفيذ الجريمة كاملا، لأن سببا خارجا عن إرادته أوقف نشاطه، فلم يتمكـــن مـــن

[١٣٧] د. محمد محي الدين عوض، المصدر السابق، ص ٨٥٣.

[١٣٨] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المصدر السابق، ص ٣٦٣ وما بعدها.

إتيان كل الأفعال التنفيذية اللازمة، لتحقيق الركن المـــادي لـــها[١٣٩]. ومثالـــه : أن تحاول دولة قوية غزو دولة ضعيفة، بقصد إبادة شعبها، فتحرك قواتها في اتجـــاه حدود الدولة المقصودة، وقبل أن تصل إلى تلك الحدود، تتدخل قوات دولة ثالثـــة، فتمنع الدولة المعتدية من الدخول إلى إقليم الدولة المقصـــودة بـــالعدوان، بعـــد أن صارت قاب قوسين، أو أدنى من ذلك الإقليم[١٤٠].

ب. العدول الاختياري.

لا يتوافر الشروع إذا كان عدم إتمام الجريمة راجعا إلى محض العدول الاختيـاري للجاني، وعلة ذلك أن المشرع قد أفسح فرصة التوبة للجاني قبل أن ينفذ مشـروعه الإجرامي[١٤١]. فالشروع يفترض أن عدم إتمام الجريمة كان سببه غير راجع إلـــى إرادة الجاني، أي أنه كان غير اختياري، مبعثه عوامل خارجية، حالت بين الجاني، وبين إتمام جريمته، وأنه لولا تلك الأسباب الخارجية، لاستمر في نشاطه في اتجـاه الجريمة التي بدأ في تنفيذها، لذلك إذا ثبت أن الجاني قد عدل باختياره عن المضي في تنفيذها، انتفى أحد أركان الشروع، ولا يكون هناك مبرر للجزاء على ما حدث منه[١٤٢].

ولقد نص نظام روما على أثر العدول في نفي المسئولية الجنائية عـــن الشـــروع، حيث قرر أنه : ".... ومع ذلك، فالشخص الذي يكف عن بذل أي جهد، لارتكـــاب الجريمة، أو يحول بوسيلة أخرى دون إتمام الجريمة، لا يكون عرضـــــة للعقـــاب

---

[١٣٩] د. محمود محمود مصطفى، المصدر السابق، ص ٣١٣ و٣١٤.

[١٤٠] د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص ٣٠٩ و٣١٠.

[١٤١] د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجـــزء الأول، دار النهضـــة العربيـــة، ١٩٨١م، ص ٤٦١.

[١٤٢] د. محمود محمود مصطفى، المصدر السابق، ص ٣١٢.

بموجب هذا النظام الأساسي على الشروع في ارتكاب الجريمة، إذا هو تخلى، وبمحض إرادته عن الغرض الإجرامي"[١٤٣].

ومثال العدول الاختياري في مجال جريمة الإبادة الجماعية، إذا كان الجاني قد تعمد فرض أحوال معيشية، مثل الحرمان من الحصول على الطعام والشراب، بقصد إهلاك جزء من السكان، لكنه عدل عن الاستمرار في تنفيذ ذلك السلوك، قبل أن تتحقق النتيجة التي كان يريد إحداثها، بأن قام بتقديم الطعام، والشراب بإرادته إلى أولئك الأشخاص، منقذا إياهم من الهلاك.

ثانيا : المساهمة الجرمية.

١ . المقصود بالمساهمة الجرمية.

المساهمة الجرمية قوامها تعدد الجناة، ووحدة الجريمة، فإذا تعددت الجرائم التي ارتكبها شخص واحد، لم نكن بصدد مساهمة جرمية، وإذا تعددت الجرائم، وتعدد الجناة، بأن ارتكب كل واحد منهم جريمة مستقلة، فلا تقوم حالة المساهمة الجرمية، بل يسأل كل واحد منهم عن جريمته[١٤٤].

وفي حالة تعدد الذين ارتكبوا جريمة واحدة، تتنوع الأدوار التي يمكن أن يقوم بها كل مساهم في سبيل تحقيق الجريمة، وتختلف أهمية كل دور، بحسب قدر مساهمته في إخراج الجريمة إلى حيز الوجود.

---

[١٤٣] راجع المادة (٢٥/٣/و) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٤٤] Nasser Zakr, Op. cit. P. 272

- Jugement Jean – Paul Akayesu; Op. cit. s.s. 472.

د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المصدر السابق، ص ٣٩٧.

ويعرف القانون الجنائي الدولي، نظام المساهمة الجرمية[١٤٥]، فالأشكال الأساسية نجدها متمثلة من جهة في التحريض، والمؤامرة، ومن جهة أخرى، في المساعدة بوسائلها المختلفة، ويدخل في البناء القانوني للمساهمة، فكرة الفاعل المعنوي، والاتفاق الجنائي[١٤٦].

أ. التسوية بين المساهمين.

النظرية السائدة في القانون الجنائي الدولي تقر التسوية الكاملة بين المساهمين في الجريمة كافة، وذلك بالنسبة للمراحل المختلفة التي تمر بها، وهذا الاتجاه يأخذ به الفقه الجنائي الدولي، وتؤكده المواثيق الدولية منذ الحرب العالمية الثانية.

وتبعا لذلك قررت محكمة نورمبرج أن[١٤٧] : "المساهمة في إعداد، أو تنفيذ خطة مدبرة، أو مؤامرة، بقصد ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها[١٤٨] "تعني طبقا لتفسير المحكمة "ليس فقط المساهمة في مؤامرة بالمعنى الفني للتعبير، ولكن أي اشتراك يتمثل في المساهمة في تنظيم، أو تنفيذ أي جناية من الجنايات التي عددتها المادة السادسة من نظام المحكمة". ويشمل ذلك التحريض، والاشتراك بالمساعدة

---

[١٤٥] راجع المادة (٣) من اتفاقية منع إبادة الجنس البشري والعقاب عليها لسنة ١٩٤٨م. والمادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٤٦] - Nasser Zakr, Op. cit. P. 267.

[١٤٧] Stafan Glaser; Op cit. p. 182.

[١٤٨] لقد أيد ذلك مفوض جمهورية روسيا البيضاء خلال إبرام الاتفاقية الدولية لمكافحة جريمة الإبادة، ورد عليها حينما أعلن الآتي : "من المستحيل أن يرتكب مئات الأفراد مثل تلك الجرائم، ما لم يتم تحريضهم على ذلك، وما لم يتم الإعداد الجيد لها وتنظيمها بعناية، وفي مثل تلك الحالة كيف يمكن التسليم بإفلات المحرضين، والمنظمين لتلك الجرائم من القصاص، بينما هم المسئولون الحقيقيون عن تلك المذابح ؟".

- Comptes rendus analytiques des séances de la 6 Commission de l` Assemblee generale des Nations Unies du 21 septembre au 10 decembre 1948, Documents officials de l` Assemblee generale, declarations de M. Morozov, p. 241.

في الجريمة، أيا كان نوعها، طبقا لما تقرره المبادئ العامة في القانون الجنائي الحديث[١٤٩].

ولقد ساوى نظام روما الأساسي بين المساهمين في الجريمة كافة، أيا كانت صورة السلوك المرتكب[١٥٠]، حيث قرر في وضوح تام المسئولية الجزائية للشخص عن جريمة الإبادة الجماعية، في حال قيام ذلك الشخص بما يلي : ارتكاب تلك الجريمة، أو الأمر، أو الإغراء بارتكابها، أو الحث على ارتكابها، أو شرع فيها، أو تقديم العون، أو التحريض، أو المساعدة، بأي شكل آخر، لغرض تيسير ارتكابها، أو الشروع في ارتكابها، بما في ذلك توفير وسائل ارتكابها، أو المساهمة بأي طريقة أخرى في قيام جماعة من الأشخاص، يعملون، بقصد مشترك بارتكاب تلك الجريمة، أو الشروع فيها.

والتسوية بين المساهمين في جريمة الإبادة الجماعية كافة، من حيث المسئولية والجزاء، أيا كان الدور الذي يقوم به المساهم الأصلي، أو التبعي، محل تأييد من الفقه الجنائي الدولي[١٥١]، ولا تحول تلك التسوية القانونية دون استعمال القاضي الجنائي الدولي للسلطة التقديرية المعترف له بها، لتفريد الجزاء، مراعيا في ذلك طبيعة الدور الذي قام به كل مساهم، وأثره في الإفضاء إلى الجريمة[١٥٢].

ب. مسئولية الفاعل المعنوي.

يراد بالفاعل المعنوي كل من سخر شخصا غير مسئول جنائيا على مباشرة الأعمال التنفيذية للجريمة ولذا يطلق عليه بعض الفقه "الفاعل بالواسطة"[١٥٣].

---

[١٤٩] د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

[١٥٠] راجع المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٥١] F. Desportes, F. Le Gunehec; Op. cit. p. 117.

[١٥٢] د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، المصدر السابق، ص ١١٤.

[١٥٣] د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص ٦١٤.

وتجد فكرة الفاعل المعنوي تطبيقات لها في مجال القانون الجنائي الدولي، بل إن أكثر تطبيقاتها تعرض في الجريمة الدولية، ومن أجل ذلك كانت القاعدة، هي التسليم بوجوب مساءلة الفاعل المعنوي، بوصفه مرتكبا للأفعال التي لا تشكل جرائم بالنسبة لمن نفذها ماديا، بسبب عدم إمكان نسبة الخطأ إليه[١٥٤].

وجاء نظام روما الأساسي واضحا في تقرير مسئولية الفاعل المعنوي جنائيا، إذا نفذها بواسطة غيره، فهو لا يقصر المسئولية الجنائية على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، على حالة ما إذا ارتكبها الفرد بنفسه، أو بالاشتراك مع آخر، وإنما نجده يقرر المسئولية عن ارتكابها، إذا ارتكبت " عن طريق شخص آخر " بغض النظر عما إذا كان الشخص الآخر مسئولا جزائيا، أم لا[١٥٥].

ج. الاتفاق الجنائي.

الاتفاق الجنائي صورة من المساهمة التبعية، فهو وسيلة من وسائل الاشتراك في الجريمة، والاتفاق في تلك الحالة يعاقب عليه إذا ارتكبت الجريمة المتفق عليها.

ولكن نظرا لما ينطوي عليه من خطر يحتمل معه إيقاع الضرر بالمصالح الاجتماعية الدولية محل الحماية الجنائية، يضفي القانون على الاتفاق في ذاته وصف الجريمة، فهو ليس في حاجة إلى تجسيد، حتى يمكن ملاحقته بالجزاء[١٥٦]، بمعنى أنه سيعاقب عليه، ولو لم تنفذ الجريمة المتفق عليها[١٥٧].

---

[١٥٤] د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، المصدر السابق، ص ١١٣.

- Stafan Glaser; op cit. p 192.

[١٥٥] راجع المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٥٦] د. محمود محمود مصطفى، المصدر السابق، ص ٣٩١ وما بعدها.

- Nasser Zakr, Op. cit. P. 270

[١٥٧] د. عبد المنعم عبد الخالق، المصدر السابق، ص ٢٩٠. د. أحمد محمد محمد عبد الوهاب، ص ١٠٩.

وفي القانون الجنائي الدولي استقرت فكرة الاتفاق الجنائي، وأصبحت من القواعد المسلم بها، فالاتفاق بين شخصين، أو اكثر على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، يكمن في اتفاق إرادات الجناة على ذات الهدف، أو بمعنى أدق، امتزاج تلك الإرادات في إرادة واحدة، ومشتركة[١٥٨].

المطلب الثالث : الركن المعنوي لجريمة الإبادة الجماعية.

تقديم وتقسيم :

إن القول بوجود جريمة الإبادة الجماعية، يستلزم وجود النية المسبقة للقضاء على كل، أو جزء من جماعة معينة، فبدون تلك النية، لا يعتبر الفعل جريمة إبادة، مهما بلغت فظاعته[١٥٩]، ومن ثم يلزم لتجريم الفعل، أن يرتكب في مواجهة واحد، أو أكثر من الأفراد، لكونهم ينتمون لجماعة بعينها، أو باعتبارهم أعضاء فيها، فالمجني عليه في الجماعة، وقع الاختيار عليه بتلك الصفة[١٦٠].

فجريمة الإبادة الجماعية تتفق في طبيعتها مع الجرائم العمدية كافة التي تستلزم لتوافرها الركن المعنوي، ومهما تكن العوامل التي ساعدت على ارتكابها، أو البواعث التي أدت إليها، فلا يكون ذلك سببا للإعفاء من الجزاء[١٦١]. وسنتناول في هذا المطلب، بيان ما هو آت :

---

[١٥٨] Nasser Zakr, Op. cit. P. 269. - Stafan Glaser; op cit. p 197 , 198.

[١٥٩] د. حسن الجوني، المصدر السابق، ص ٢٣١.

[١٦٠] Nasser Zakr, Op. cit. P. 266.

[١٦١] د. محمد غزوي، المصدر السابق، ص ١٣ وما بعدها.

راجع المادة (١/٣٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الفرع الأول : القصد الجنائي.

القصد الجنائي، هو علم مرتكب الفعل بتوافر عناصر جريمة الإبادة الجماعية، واتجاه إرادته إلى ارتكاب الفعل، وإلى إحداث النتيجة، التي يعاقب عليها الشارع في تلك الجريمة[١٦٢].

وقد قرر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بأن القصد الجزائي يتوافر لدى الشخص عندما :

أ. يقصد ذلك الشخص، فيما يتعلق بسلوكه، ارتكاب ذلك السلوك.

ب. يقصد ذلك الشخص فيما يتعلق بالنتيجة التسبب في تلك النتيجة، أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسار العادي للأحداث[١٦٣].

وعليه، فإن القصد الجنائي، علم وإرادة، وعلى هذين العنصرين، يقوم بنيانه، وهو ما سنتناوله بالتحليل على نحو ما هو آت :

أولا : العلم :

عرف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية " العلم "، بأنه إدراك الشخص أنه توجد ظروف، أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث[١٦٤].

فلا تكون الإرادة آثمة، إلا إذا كانت مدركة، أي لديها مكنة التمييز بين الأفعال المجرمة، والمباحة. والقاعدة أنه لكي يتوافر العلم، الذي يقوم به القصد الجنائي، إلى جانب الإرادة، يتعين أن يحيط الجاني علما بجميع العناصر القانونية

---

[١٦٢] د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص ٥٢٦.

- William A. Schabas "Genocide in international law" Op. cit. P 213.

[١٦٣] راجع المادة (٢/٣٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٦٤] راجع المادة (٣/٣٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

للجريمة[١٦٥]، فإذا انتفى العلم بأحد تلك العناصر، بسبب الجهل، أو الغلط، انتفى القصد بدوره.

وهذه القاعدة، ليست مطلقة، وإنما تحتاج إلى تحديد بالنسبة لموضوع العلم من ناحية، وأثر الجهل، أو الغلط على العلم من ناحية أخرى[١٦٦].

١. تحديد موضوع العلم الذي يقوم به القصد الجنائي.

يجب أن ينصب العلم على عناصر الواقعة المادية التي نص عليها التشريع كافة، أي كافة مراحل السلوك، أو الامتناع. كما يشمل علاقة السببية بين السلوك، والنتيجة، فالفرد يجب أن يعرف نهاية التتابع السببي الذي بدأه، ويجب أن يريده، ذلك أن الإنسان لا يمكن أن يريد ما لا يعرف أنه يمكن أن يتسبب فيه، فلا وجود لإرادة شيء مجهول[١٦٧].

فيجب أن يعلم الجاني بموضوع الحق المعتدى عليه فلا يتوافر القصد الجنائي في القتل الجماعي مثلا، إلا إذا علم مرتكبه أن فعله ينصب على جسد أشخاص أحياء[١٦٨]. ويجب أن يعلم الجاني صلاحية فعله لإحداث الاعتداء على موضوع الحق، وأن يتوقع النتيجة التي تنجم عن ذلك الاعتداء، فمن يضع على جسد المجني عليهم مادة ملتهبة، معتقدا أنها غير ذات خطر، لا يتوافر لديه قصد الإيذاء البدني الجسيم[١٦٩].

٢. تحديد أثر الجهل، أو الغلط على توافر القصد الجنائي.

---

[١٦٥] Stafan Glaser; Op cit. p 120 , 121.

[١٦٦] د. علي القهوجي، ود. فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، غير موضح جهة النشر، سنة ٢٠٠٢م، ص ٣٦٢ و٣٦٣.

[١٦٧] د. يسر أنور علي، المصدر السابق، ص ٣٢٥.

[١٦٨] William A. Schabas" Op. cit. P 211." Genocide in international law

[١٦٩] د. على القهوجي، د. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص ٣٦٤ و٣٦٥.

أ. الجهل، أو الغلط في القانون.

يرى معظم الفقه في الإحاطة بأن القانون يعاقب على الفعل ويجرمه، واجبة، وهي مفترضة طبقا للقواعد العامة في القانون الجنائي الدولي، فهي قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، اقتضتها الضرورات الاجتماعية، لاستتباب الأمن الدولي، وبدونها لا يمكن توقيع الجزاء[١٧٠]. فالقاعدة أنه لا أثر للجهل في قواعد القانون على توافر القصد الجنائي تطبيقا لمبدأ "عدم جواز الاعتذار بجهل القانون" فلا يجوز للجاني أن يحتج، بأنه كان يعتقد أن فعله مشروع، وقت ارتكابه، بسبب غلط وقع فيه، أو جهله بذلك، وأنه لا يتوافر القصد الجنائي تبعا لذلك[١٧١].

وهذا الافتراض ليس مطلقا، بل تحيط به قيود عديدة، فإن توافر أحدها، فلا محل لذلك الافتراض، فيقبل الادعاء من المتهم بالجهل، أو الغلط بالقانون، فإن أقام الدليل على ذلك، اعتبر القصد الجنائي لديه منتفيا. ومن أهم تلك القيود حالة استحالة العلم بالقانون، وهي تفترض أن الجاني قد أحاطت به عند ارتكابه فعله ظروف جعلت علمه بالقانون في غير استطاعته، ومن تلك القيود حالة الغلط دون خطأ، وهي تفترض أن الجاني قد أتى الفعل، وهو يعتقد شرعيته، دون أن يكون مخطأ في اعتقاده، لأن كل شخص متوسط العناية، والحذر في أموره كان يعتقد مثله شرعية الفعل، لو أحاطت به ذات الظروف التي أحاطت بالمتهم[١٧٢].

---

[١٧٠] د. محمد محي الدين عوض، المصدر السابق، ص ٩٢٥.

[١٧١] د. عبد الرحيم صدقي، دراسة لمبادئ القانون الدولي الجنائي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد (٤٠) سنة ١٩٨٤م، ص ٦٨.

[١٧٢] د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩، ١٩٦٠، ص ٨٩ و ٩٠.

وإذا عرضنا للمشكلة في مجال جريمة الإبادة الجماعية، فإن البعض[١٧٣]، يرى أن طبيعتها، تملي الأخذ بالاتجاه السابق، بحيث يتطلب العلم بالصفة الإجرامية للفعل، كي ينسب القصد الجنائي إلى من يقترفه، مستندا في ذلك إلى أن قواعد القانون الجنائي الدولي، عرفية، ولا تخلو من الغموض، وتفتقر غالبا إلى التحديد، والدقة. وقد حسم النظام الأساسي الأمر[١٧٤]، حين قرر أن الغلط في القانون، لا يشكل من حيث ما إذا كان نوع معين من أنواع السلوك يشكل جريمة دولية، سببا لامتناع المسئولية الجنائية، ومع ذلك، فقد أجاز أن يكون الغلط في القانون سببا لامتناعها، إذا نجم عن ذلك الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب تلك الجريمة أو كان الوضع على النحو المنصوص عليه في المادة (٣٣) من النظام[١٧٥].

ب. الجهل، أو الغلط في الوقائع.

ينفي الجهل، أو الغلط في الوقائع، القصد الجنائي، بشرط أن يكون هذا الجهل، أو الغلط منصبا على واقعة تدخل في العناصر المكونة لجريمة الإبادة الجماعية، أي بشرط أن يكون الغلط جوهريا، أما إذا كان الغلط يتعلق بواقعة لا تدخل في عناصر الجريمة فإنه لا ينفي القصد الجنائي، لأنه غلط غير جوهري[١٧٦].

وعليه، فقد قرر النظام الأساسي بأن الغلط في الوقائع لا يشكل سببا لامتناع المسئولية الجنائية، إلا إذا نجم عنه انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب الجريمة[١٧٧].

---

[١٧٣] د. أشرف شمس الدين، المصدر السابق، ص ١٤٦. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي المصدر السابق، ص ٩١ وما بعدها.

[١٧٤] راجع المادة (٢/٣٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٧٥] راجع المادة (٣٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

[١٧٦] د. عبد الرحيم صدقي، دراسة لمبادئ القانون الدولي الجنائي، المصدر السابق، ص ٦٨.

[١٧٧] راجع المادة (١/٣٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

فينتفي القصد الجنائي مثلا لدى الشخص الذي يرى قطيعا من الحيوانات عن بعد، فيطلق عليه الرصاص، فإذا به يقتل بعض المارة، ويصيب البعض الآخر، كانوا يتجولون بالمكان. فالغلط هنا ينفي القصد الجنائي، لأنه ينصب على واقعة تدخل ضمن عناصر جريمة قتل أفراد الجماعة، وهي كون موضوع الحق المعتدى عليه في الجريمة، هو الإنسان الحي[١٧٨].

ثانيا : الإرادة.

تعتبر الإرادة العنصر الثاني للقصد الجنائي، وهي عبارة عن قوة نفسية توجه كل أعضاء الجسم، أو بعضها، نحو تحقيق غرض غير مشروع، أي نحو المساس بحق، أو مصلحة يحميها الشارع. ويجب أن تكون الإرادة مختارة، أي لديها القدرة على المفاضلة بين دوافع السلوك، بين الإقدام على ما هو مباح، والإحجام عما هو محظور[١٧٩].

ويلزم أن تتجه إرادة الجاني في جريمة الإبادة الجماعية إلى السلوك الإجرامي الذي يتحقق به مثلا قتل أفراد جماعة معينة، حتى يمكن القول بتوافر قصد السلوك الإجرامي فيها.

ويجب أن تتجه الإرادة إلى تحقيق النتيجة، فيكون غرضه من السلوك الإجرامي هو إبادة تلك الجماعة. فإذا اتجهت الإرادة إلى فعل آخر، ولم يكن غرضها الإبادة، فلا يتوافر القصد الجنائي، كالضابط الذي يطلق الرصاص في الهواء، لإرهاب المتشاجرين، فيقتل بعضهم، لا يرتكب جريمة الإبادة الجماعية، لأن إرادته لم تتجه إلى إزهاق روح المجني عليهم، بل كان الهدف من إطلاق الرصاص، هو فض

---

[١٧٨] د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص ٥٤١. د. محمد محي الدين عوض، المصدر السابق، ص ٩٢٢

[١٧٩] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المصدر السابق، ص ٦٣٣.

المشاجرة. فيجب أن يعلم الجاني أنه يستهدف بفعله إهلاك جماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية، بصفتها تلك، إهلاكا كليا أو جزئيا، وأن يريد ارتكاب الأفعال التي تفضي إلى تلك النتيجة[١٨٠].

ثالثا : القصد العام والقصد الخاص.

أولا : القصد العام : إذا أحاط العلم بعناصر الجريمة، واتجهت الإرادة إلى فعل، ونتيجته، فذلك هو القصد الجنائي في أبسط صوره، ويطلق عليه تعبير " القصد العام "[١٨١].

ولذا، فإن طبيعة الغاية، حينئذ سواء كانت نبيلة، أو غير ذلك لا أهمية لها في تكامل القصد العام. وبالمثل، فإن صفة الباعث أي سواء كان شريفا، أو خبيثا لا أثر لها أيضا في تكامل عناصر ذلك القصد[١٨٢].

ثانيا : القصد الخاص : الأصل أن يكتفي الشارع، لقيام المسئولية العمدية، بتوافر القصد العام لدى الجاني، ولكن عددا من الجرائم يخرج عن ذلك الأصل، فلا يكتفي فيه المشرع بالقصد العام، بل يتطلب بالإضافة إلى ذلك علما وإرادة متجهين إلى غاية معينة، يبغيها الجاني، وتلك الغاية تخرج عن عناصر الركن المادي للجريمة[١٨٣].

وبالعلم والإرادة، تقوم فكرة القصد الخاص، وبذلك يتضح الفارق بين نوعي القصد الجنائي، فالقصد العام تنصب عناصره على الركن المادي، والقصد الخاص تتجه

---

[١٨٠] Genocide in international law" Op. cit. P 222." William A. Schabas

[١٨١] د. السيد أبو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، المصدر السابق، ص ٢٢٢.
د. علي القهوجي ود. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص ٣٨١.

[١٨٢] د. يسر أنور علي، المصدر السابق، ص ٣٣٠ و٣٣١.

[١٨٣] د. محمود محمود مصطفى، المصدر السابق، ص ٤٤٠.
- Stafan Glaser; Op cit. p 125.

عناصره إلى واقعة، أو وقائع، لا تدخل في عداد عناصر الركن المادي للجريمة[١٨٤].

وليست فكرة القصد الجنائي الخاص غريبة عن القانون الجنائي الدولي، فالكثير من الجرائم تتطلب قصدا خاصا[١٨٥]، وأهم مثال لذلك جريمة الإبادة الجماعية، إذ لا قيام لها، إلا إذا ارتكبها الجاني بنية القضاء على وجود مجموعة من الناس، يجمع بينهم رباط قومي، أو إثني، أو عرقي، أو ديني، قضاء تاما، أو جزئيا[١٨٦].

والقصد الخاص، هو الذي يميز بين جريمة الإبادة الجماعية من جهة، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب من جهة أخرى، والتي لا تتطلب توافر نية القضاء على جماعة معينة[١٨٧]. علما بأن الجرائم ضد الإنسانية تتضمن بالأحرى مجموعة أوسع من الأعمال الوحشية[١٨٨]، وإن كانت جميعها تتحد في مادياتها التي تقوم

---

[١٨٤] د. أحمد فتحي سَرور، المصدر السابق، ص ٥٢٧ وما بعدها.

[١٨٥] William A. Schabas "Genocide in international law" Op. cit. P 217.

[١٨٦] Nasser Zakr, Op. cit. P. 267.

د. أحمد محمد محمد عبد الوهاب، المصدر السابق، ١٠٩.

[١٨٧] Bruce Broomhall; Op. cit. P 57.

نود الإشارة إلى قول ممثل البرازيل الاتحادية خلال الأعمال التحضيرية للاتفاقية الخاصة بجريمة الإبادة الجماعية، إذ يقول "إن ما يميز جريمة الإبادة الجماعية على نحو خاص، هو ذلك القصد الخاص المتمثل في القضاء على الجماعة، وبدون ثبوت هذا القصد لا يمكن تكييف الفعل الإجرامي على أنه إبادة جماعية مهما كانت بشاعة هذا العمل وتشابهه مع الأعمال المنصوص عليها في الاتفاقية".

- Comptes rendus analytiques des seances de la Sixieme Commission de l`assemblee generale des Nations Unies du 21 septembre au 10 decembre 1948, Documents officiels de l`Assemblee generale, p. 109.

[١٨٨] William A. Schabas "An introduction to the international criminal court" Op. cit. P. 30.

بأفعال اضطهاد ضد عدد من الناس بغير تمييز[١٨٩]. ولعل تصنيف الجماعات البشرية إلى قومية، وإثنية، وعرقية، ودينية، هو تصنيف غامض، فلا شك أن هناك صعوبة واضحة في إيجاد معايير محددة للتفرقة بين مفاهيم القومية والاثنية، والعرقية، نظرا للتداخل الشديد بين تلك المفاهيم[١٩٠].

وحري بالذكر أن المشرع الفرنسي قد وسع مفهوم الجماعة، بحيث أضاف إلى عبارة القضاء على جماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية، صيغة أخرى أكثر اتساعا، وهي "أو كل جماعة محددة على أساس معيار آخر"، وبذلك يمكن أن يمتد النص إلى المرضى العقلين مثلا. والحق أن هذا التوسع لا يخلوا من العيوب، لعل أبرزها الإضرار بسمة الخصوصية التي تتسم بها جريمة الإبادة الجماعية، وإزالة الحد الذي يفصلها عن الجرائم ضد الإنسانية[١٩١].

الفرع الثاني : الخطأ غير العمدي.

أولا : ماهية الخطأ غير العمدي.

١. تعريف الخطأ غير العمدي.

الخطأ غير العمدي، هو إرادة السلوك التي تترتب عليه نتائج غير مشروعة لم يتوقعها الفاعل، حالة كونها متوقعة، وبوسعه من ثم أن يتوقعها، وأن يتجنبها، فهي تمثل صلة نفسية تقوم بين إرادة الجاني، وبين نتيجة فعله، تنحصر في خمولها عند توقع تلك النتيجة، مع قدرتها على توقعها، وعلى الحيلولة دون حدوثها[١٩٢].

٢. معيار الخطأ غير العمدي.

---

[١٨٩] د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، المصدر السابق، ص ٩٤.

[١٩٠] د. سمعان بطرس فرج الله، المصدر السابق، ص ٤٣٠.

[١٩١] F. Desportes, F. Le Gunehec; Op. cit. p. 117.

[١٩٢] د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المصدر السابق، ص ٦٦٤. د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، المصدر السابق، ص ١٢٠.

تردد قياس خطأ الجاني بين معيارين، الأول : موضوعي، والثاني : شخصي[١٩٣]. أما المعيار الموضوعي، فقوامه " الشخص العادي "، وينظر على أساسه إلى ما كان يفعله شخص مجرد يتمتع بقدر من الحرص، واليقظة، لو وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالجاني، فإذا اتضح أنه كان يسلك مسلك الجاني، فلا خطأ في جانبه، أما إذا تبين أنه كان سيسلك مسلكا آخر، فيتوافر الخطأ في جانبه. أما المعيار الشخصي، فينظر فيه إلى الجاني نفسه، وما كان في وسعه أن يفعله في الظروف التي أحاطت به، سواء كانت تلك الظروف شخصية خاصة، أم خارجية.

ثانيا : صور الخطأ غير العمدي.

في القانون الجنائي الدولي كما هو الحال في القانون الجنائي المحلي، للخطأ غير العمدي صورتان، الأولى : صورة الخطأ بتبصر، والثانية : صورة الخطأ بدون تبصر[١٩٤]. ويكون الخطأ بتبصر، متى كان الفاعل يتوقع إمكان حدوث النتيجة بناء على فعله، ولكنه يقدر في نفسه أنه سيتجنبها، دون أن يكون تقديره، مبنيا على أساس. ويكون الخطأ بدون تبصر، متى كان الفاعل لا يتوقع النتيجة الإجرامية، أو الصفة الإجرامية لفعله، ولكنه كان في إمكانه أن يتوقعها، ويجب عليه أن يتوقعها[١٩٥].

---

[١٩٣] د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص ٥٥٢ وما بعدها.

[١٩٤] د. يسر أنور علي، المصدر السابق، ص ٣٤٤. د. حسام علي الشيخة، المصدر السابق، ص١٩٧.

[١٩٥] د. على القهوجي، ود. فتوح الشاذلي، المصدر السابق، ص ٣٨٨. د. محمد محي الدين عوض، المصدر السابق، ص ٩٠٢ و٩٠٣.

نتائج البحث

أولا : لقد حاولت أن استعرض بقدر الإمكان، مجمل القضايا التفصيلية المتعلقة بجريمة الإبادة الجماعية، بحيث قسمت البحث إلى مبحثين، تحدثت في الأول منه، عن أوليات جريمة الإبادة الجماعية، وتناولت في ثلاثة مطالب : التطور التاريخي لها، ثم ماهية جريمة الإبادة الجماعية، وأخيرا قواعد الاختصاص بنظر دعواها. أما في المبحث الثاني، فقد تناولت في مطالب ثلاثة أركان جريمة الإبادة الجماعية، وهي: الدولي والمادي والمعنوي.

ثانيا : ننتهي إلى أن جريمة الإبادة الجماعية من الجرائم المعقدة، والمتداخلة في الزمان، والمكان في كل جزئية من جزئيات القانون الجنائي الدولي، غير أنها تفتقر إلى التأصيل، والتحليل القانوني الذي يجب أن تخضع له، وتعمل في ظلاله.

غير انه بارتسام أصولها القانونية، يمكن القول أننا أمام جريمة قانونية متكاملة بعد إقرار نظام روما الأساسي وثمة توصيات هامة تترتب على هذه الدراسة، وهي :

١. يتعين على المشرع العربي أن يتخذ الترتيبات التشريعية التي تتفق، وصياغة نظام المحكمة الجنائية الدولية، بما يمكنه من مباشرة اختصاصها بتجانس مع النظام القضائي المحلي، والتقارب مع المصالح الدولية.
٢. تشكيل محكمة عربية عليا، يشمل اختصاصها جميع المسائل القانونية بما فيها، الاختصاص المدني، والجنائي.
٣. نقترح أن لا يقتصر اختصاص المحكمة على الجرائم الدولية الأربع الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بل يتعين أن تشمل أيضا جرائم أخرى كالجرائم الاقتصادية، وغيرها من الجرائم التي تخرق حدود الدول، وتمثل اعتداء على الشرعية الدولية.
٤. أن يزود القضاء الجنائي الدولي بقوة شرطة دولية تشترك في تكوينها دول العالم، مثلما يوجد حاليا قوة البوليس الدولي " الانتربول " في شأن التعاون

بين الدول، لتعقب المجرمين الدوليين، وأن تكون تلك القوة، مزودة بما يكفل لها تنفيذ أحكام المحكمة الجنائية الدولية.

والخلاصة : إن الناظر للواقع الدولي، يرى أن المجتمع الدولي مستمر في تبني سياسة انتقائية في تطبيق قواعد الشرعية الدولية في حال ارتكاب الجرائم الدولية، وهو ما ظهر واضحا في أكثر من مناسبة تجلت فيها الازدواجية في التعامل، الأمر الذي يدعونا للمناداة بضرورة إصلاح البيت، كي نكون قادرين على فرض إرادتنا، والسياسات التي تحقق مصالحنا، فالقول بالحق وحده، غير كاف للوصول له، ما لم تدعمه القوة. إن الأمر أكثر تعقيدا، وصعوبة، مما يتصور البعض، الذي يطالب المجتمع الدولي بمحاكمة المسئولين الإسرائيليين المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية، دون سند قانوني واتهامات محددة، وأحداث بعينها. فالأمر يتطلب الإعداد المهني لملفات الادعاء، والزمن الكافي، والتمويل اللازم، وتبرير توجيه التهم المحددة، ضد متهم ارتكب انتهاكا صريحا، بحق ضحايا معروفين في زمن، ومكان معينين، وإعداد الوثائق، والشهود اللازمين والمحاميين ونفقات السفر والإقامة في مكان إقامة الدعوى.

وثائـق

الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب

الديباجة

إن الدول العربية الموقعة:

رغبة في تعزيز التعاون فيما بينها لمكافحة الجرائم الإرهابية، التي تهدد أمن الأمة العربية واستقرارها، وتشكل خطرا على مصالحها الحيوية.

والتزاما بالمبادئ الأخلاقية والدينية السامية، ولا سيما أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا بالتراث الإنساني للأمة العربية التي تنبذ كل أشكال العنف والإرهاب، وتدعو إلى حماية حقوق الإنسان، وهى الأحكام التي تتماشى معها مبادئ القانون الدولي وأسسه التي قامت على تعاون الشعوب من أجل إقامة السلام.

والتزاما بميثاق جامعة الدول العربية وميثاق هيئة الأمم المتحدة، وجميع العهود والمواثيق الدولية الأخرى التي تكون الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقية طرفا فيها.

وتأكيدا على حق الشعوب في الكفاح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان بمختلف الوسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح من أجل تحرير أراضيها، والحصول على حقها في تقرير مصيرها واستقلالها، وبما يحافظ على الوحدة الترابية لكل بلد عربي، وذلك كله وفقا لمقاصد ومبادئ ميثاق وقرارات الأمم المتحدة.

قد اتفقت على عقد الاتفاقية، داعية كل دولة عربية لم تشارك في إبرامها إلى الانضمام إليها.

الباب الأول

تعاريف وأحكام عامة

المادة الأولى : يقصد بالمصطلحات التالية التعريف المبين إزاء كل منها :

١. **الدولة المتعاقدة** : كل دولة عضو في جامعة الدول العربية صدقت على هذه الاتفاقية، وأودعت وثائق تصديقها لدى الأمانة العامة للجامعة.

٢. **الإرهاب** : كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذا لمشروع إجرامي فردى أو جماعي، يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر.

٣. **الجريمة الإرهابية** : هي أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذا لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة، أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها يعاقب عليها قانونها الداخلي، كما تعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات التالية، عدا ما استثنته منها تشريعات الدول المتعاقدة أو التي لم تصادق عليها:

أ. اتفاقية طوكيو والخاصة بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات والموقعة بتاريخ ١٩٦٣/٩/١٤م.

ب. اتفاقية لاهاي بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات والموقعة بتاريخ ١٩٧٠/١٢/١٦م.

ج. اتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني والموقعة في ١٩٧١/٩/٢٣ والبروتوكول الملحق بها والموقع في مونتريال ١٩٨٤/٥/١٠م.

د. اتفاقية نيويورك الخاصة بمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المشمولين بالحماية الدولية بمن فيهم الممثلون الدبلوماسيون والموقعة في ١٩٧٣/١٢/١٤م.

ه. اتفاقية اختطاف واحتجاز الرهائن والموقعة في ١٩٧٩/١٢/١٧م.

و. اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة ١٩٨٣م، ما تعلق منها بالقرصنة البحرية.

المادة الثانية :

أ. لا تعد جريمة، حالات الكفاح بمختلف الوسائل، بما في ذلك الكفاح المسلح ضد الاحتلال الأجنبي والعدوان من أجل التحرر وتقرير المصير، وفقا لمبادئ القانون الدولي، ولا يعتبر من هذه الحالات كل عمل يمس بالوحدة الترابية لأي من الدول العربية.

ب. لا تعد أي من الجرائم الإرهابية المشار إليها في المادة السابقة من الجرائم السياسية.

وفي تطبيق أحكام هذه الاتفاقية، لا تعد من الجرائم السياسية – ولو كانت بدافع سياسي – الجرائم الآتية:

١. التعدي على ملوك ورؤساء الدول المتعاقدة والحكام وزوجاتهم أو أصولهم أو فروعهم.

٢. التعدي على أولياء العهد، أو نواب رؤساء الدول، أو رؤساء الحكومات، أو الوزراء في أي من الدول المتعاقدة.

٣. التعدي على الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم السفراء والدبلوماسيون في الدول المتعاقدة أو المعتمدون لديها.

٤. القتل العمد والسرقة المصحوبة بإكراه ضد الأفراد أو السلطات أو وسائل النقل والمواصلات.

٥. أعمال التخريب والإتلاف للممتلكات العامة والممتلكات المخصصة لخدمة عامة حتى ولو كانت مملوكة لدولة أخرى من الدول المتعاقدة.

٦. جرائم تصنيع أو تهريب أو حيازة الأسلحة أو الذخائر أو المتفجرات أو غيرها من المواد التي تعد لارتكاب جرائم إرهابية.

الباب الثاني

أسس التعاون العربي لمكافحة الإرهاب

الفصل الأول

في المجال الأمني

الفرع الأول

تدابير منع ومكافحة الجرائم الإرهابية

المادة الثالثة : تتعهد الدول المتعاقدة بعدم تنظيم أو تمويل أو ارتكاب الأعمال الإرهابية أو الاشتراك فيها بأية صورة من الصور، والتزاما منها بمنع ومكافحة الجرائم الإرهابية طبقا للقوانين والإجراءات الداخلية لكل منها فإنها تعمل على:

أولا : تدابير المنع :

١. الحيلولة دون اتخاذ أراضيها مسرحا لتخطيط أو تنظيم أو تنفيذ الجرائم الإرهابية أو الشروع أو الاشتراك فيها بأية صورة من الصور، بما في ذلك العمل على منع تسلل العناصر الإرهابية إليها أو إقامتها على أراضيها فرادى أو جماعات أو استقبالها أو إيوائها أو تدريبها أو تسليحها أو تمويلها أو تقديم أية تسهيلات لها.

٢. التعاون والتنسيق بين الدول المتعاقدة، وخاصة المتجاورة منها، التي تعانى من الجرائم الإرهابية بصورة متشابهة أو مشتركة.

٣. تطوير وتعزيز الأنظمة المتصلة بالكشف عن نقل واستيراد وتصدير وتخزين واستخدام الأسلحة والذخائر والمتفجرات وغيرها من وسائل الاعتداء والقتل والدمار. وإجراءات مراقبتها عبر الجمارك والحدود لمنع انتقالها من دولة متعاقدة إلى أخرى، أو إلى غيرها من الدول إلا لأغراض مشروعة على نحو ثابت.

٤. تطوير وتعزيز الأنظمة المتصلة بإجراءات المراقبة وتأمين الحدود والمنافذ البرية والبحرية والجوية لمنع حالات التسلل منها.
٥. تعزيز نظم تأمين وحماية الشخصيات والمنشآت الحيوية ووسائل النقل العام.
٦. تعزيز الحماية والأمن والسلامة للشخصيات وللبعثات الدبلوماسية والقنصلية والمنظمات الإقليمية والدولية المتعمدة لدى الدولة المتعاقدة وفقا للاتفاقيات الدولية التي تحكم هذا الموضوع.
٧. تعزيز أنشطة الإعلام الأمني وتنسيقها مع الأنشطة الإعلامية في كل دولة وفقا لسياستها الإعلامية، وذلك لكشف أهداف الجماعات والتنظيمات الإرهابية، وإحباط مخططاتها، وبيان مدى خطورتها على الأمن والاستقرار.
٨. تقوم كل دولة من الدول المتعاقدة، بإنشاء قاعدة بيانات لجمع وتحليل المعلومات الخاصة بالعناصر والجماعات والحركات والتنظيمات الإرهابية ومتابعة مستجدات ظاهرة الإرهاب، والتجارب الناجحة في مواجهتها، وتحديث هذه المعلومات، وتزويد الأجهزة المختصة في الدول المتعاقدة بها، وذلك في حدود ما تسمح به القوانين والإجراءات الداخلية لكل دولة.

ثانيا : تدابير المكافحة :

١. القبض على مرتكبي الجرائم الإرهابية ومحاكمتهم وفقا للقانون الوطني، أو تسليمهم وفقا لأحكام هذه الاتفاقية، أو الاتفاقيات الثنائية بين الدولتين الطالبة والمطلوب إليهم التسليم.
٢. تأمين حماية فعالة للعاملين في ميدان العدالة الجنائية.
٣. تأمين حماية فعالة لمصادر المعلومات عن الجرائم الإرهابية والشهود فيها.
٤. توفير ما يلزم من مساعدات لضحايا الإرهاب.

٥. إقامة تعاون فعال بين الأجهزة المعنية وبين المواطنين لمواجهة الإرهاب بما في ذلك إيجاد ضمانات وحوافز مناسبة للتشجيع على الإبلاغ عن الأعمال الإرهابية، وتقديم المعلومات التي تساعد في الكشف عنها والتعاون في القبض على مرتكبيها.

الفرع الثاني

التعاون العربي لمنع ومكافحة الجرائم الإرهابية

المادة الرابعة : تتعاون الدول المتعاقدة لمنع ومكافحة الجرائم الإرهابية، طبقا للقوانين والإجراءات الداخلية لكل دولة، من خلال الآتي:

أولا : تبادل المعلومات :

١. تتعهد الدول المتعاقدة بتعزيز تبادل المعلومات فيما بينها حول:

أ. أنشطة وجرائم الجماعات الإرهابية وقياداتها وعناصرها وأماكن تمركزها وتدريبها ووسائل ومصادر تمويلها وتسليحها وأنواع الأسلحة والذخائر والمتفجرات التي تستخدمها، وغيرها من وسائل الاعتداء والقتل والدمار.

ب. وسائل الاتصال والدعاية التي تستخدمها الجماعات الإرهابية وأسلوب عملها، وتنقلات قياداتها وعناصرها، ووثائق السفر التي تستعملها.

٢. تتعهد كل من الدول المتعاقدة، بإخطار أية دولة متعاقدة أخرى، على وجه السرعة، بالمعلومات المتوفرة لديها عن أية جريمة إرهابية تقع في إقليمها تستهدف المساس بمصالح تلك الدولة أو بمواطنيها، على أن تبين في ذلك الإخطار ما أحاط بالجريمة من ظروف والجناة فيها وضحاياها والخسائر الناجمة عنها والأدوات والأساليب المستخدمة في ارتكابها، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع متطلبات البحث والتحقيق.

٣. تتعهد الدول المتعاقدة، بالتعاون فيما بينها لتبادل المعلومات لمكافحة الجرائم الإرهابية، وأن تبادر بإخطار الدولة أو الدول الأخرى المتعاقدة بكل ما يتوافر

لديها من معلومات أو بيانات من شأنها أن تحول دون وقوع جرائم إرهابية على إقليمها أو ضد مواطنيها أو المقيمين فيها أو ضد مصالحها.

٤. تتعهد كل من الدول المتعاقدة، بتزويد أية دولة متعاقدة أخرى. بما يتوافر لديها من معلومات أو بيانات من شأنها:

أ. أن تساعد في القبض على متهم أو متهمين بارتكاب جريمة إرهابية ضد مصالح تلك الدولة، أو الشروع أو الاشتراك فيها سواء بالمساعدة أو الاتفاق أو التحريض.

ب. أن تؤدى إلى ضبط أية أسلحة أو ذخائر أو متفجرات أو أدوات أو أموال استخدمت أو أعدت للاستخدام في جريمة إرهابية.

٥. تتعهد الدول المتعاقدة، بالمحافظة على سرية المعلومات المتبادلة فيما بينها، وعدم تزويد أية دولة غير متعاقدة أو جهة أخرى بها، دون أخذ الموافقة المسبقة للدولة مصدر المعلومات.

ثانيا : التحريات :

تتعهد الدول المتعاقدة بتعزيز التعاون فيما بينها، وتقديم المساعدة في مجال إجراءات التحري والقبض على الهاربين من المتهمين أو المحكوم عليهم بجرائم إرهابية وفقا لقوانين وأنظمة كل دولة.

ثالثا : تبادل الخبرات :

١. تتعاون الدول المتعاقدة، على إجراء وتبادل الدراسات والبحوث لمكافحة الجرائم الإرهابية، كما تتبادل ما لديها من خبرات في مجال المكافحة.

٢. تتعاون الدول المتعاقدة، في حدود إمكانياتها على توفير المساعدات الفنية المتاحة لإعداد برامج أو عقد دورات تدريبية مشتركة، أو خاصة بدولة أو مجموعة من الدول المتعاقدة عند الحاجة، للعاملين في مجال مكافحة الإرهاب، لتنمية قدراتهم العلمية والعملية ورفع مستوى أدائهم.

الفصل الثاني

في المجال القضائي

الفرع الأول

تسليم المجرمين

المادة الخامسة : تتعهد كل من الدول المتعاقدة بتسليم المتهمين أو المحكوم عليهم في الجرائم الإرهابية المطلوب تسليمهم من أي من هذه الدول، وذلك طبقا للقواعد والشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية.

المادة السادسة : لا يجوز التسليم في أي من الحالات التالية:

أ. إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم معتبرة بمقتضى القواعد القانونية النافذة لدى الدولة المتعاقدة المطلوب إليها التسليم، جريمة لها صبغة سياسية.

ب. إذا كانت الجريمة المطلوب من اجلها التسليم تنحصر في الإخلال بواجبات عسكرية.

ج. إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم، قد ارتكبت في إقليم الدولة المتعاقدة المطلوب إليها التسليم، إلا إذا كانت هذه الجريمة قد أضرت بمصالح الدولة المتعاقدة طالبة التسليم، وكانت قوانينها تنص على تتبع مرتكبي هذه الجرائم ومعاقبتهم، ما لم تكن الدولة المطلوب إليها التسليم قد بدأت إجراءات التحقيق أو المحاكمة.

د. إذا كانت الجريمة قد صدر بشأنها حكم نهائي (له قوة الأمر المقضي) لدى الدولة المتعاقدة المطلوب إليها التسليم، أو لدى دولة متعاقدة ثالثة.

ه. إذا كانت الدعوى عند وصول طلب التسليم قد انقضت، أو العقوبة قد سقطت بمضي المدة طبقا لقانون الدولة المتعاقدة طالبة التسليم.

و. إذا كانت الجريمة قد ارتكبت خارج إقليم الدولة المتعاقدة الطالبة من شخص لا يحمل جنسيتها، وكان قانون الدولة المتعاقدة المطلوب إليها التسليم لا يجيز توجيه الاتهام عن مثل هذه الجريمة إذا ارتكبت خارج إقليمه من مثل هذا الشخص.

ز. إذا صدر عفو يشمل مرتكبي هذه الجرائم لدى الدولة المتعاقدة الطالبة.

ح. إذا كان النظام القانوني للدولة المطلوب إليها التسليم لا يجيز لها تسليم مواطنيها، فتلتزم الدولة المطلوب إليها التسليم بتوجيه الاتهام ضد من يرتكب منهم لدى أي من الدول المتعاقدة الأخرى جريمة من الجرائم الإرهابية، إذا كان الفعل معاقبا عليه في كل من الدولتين بعقوبة سالبة للحرية لا تقل مدتها عن سنة أو بعقوبة أشد. وتحدد جنسية المطلوب تسليمه بتاريخ وقوع الجريمة المطلوب التسليم من أجلها، ويستعان في هذا الشأن بالتحقيقات التي أجرتها الدولة طالبة التسليم.

المادة السابعة : إذا كان الشخص المطلوب تسليمه قيد التحقيق أو المحاكمة أو محكوما عليه عن جريمة أخرى في الدولة المطلوب إليها التسليم، فان تسليمه يؤجل لحين التصرف في التحقيق أو انتهاء المحاكمة أو تنفيذ العقوبة، ويجوز مع ذلك للدولة المطلوب إليها التسليم تسليمه مؤقتا للتحقيق معه أو محاكمته، بشرط إعادته للدولة التي سلمته قبل تنفيذ العقوبة عليه في الدولة طالبة التسليم.

المادة الثامنة : لغرض تسليم مرتكبي الجرائم بموجب هذه الاتفاقية لا يعتد بما قد يكون بين التشريعات الداخلية للدول المتعاقدة من اختلاف في التكييف القانوني للجريمة، جناية كانت أو جنحة، أو بالعقوبة المقررة لها، بشرط أن تكون معاقبا عليها بموجب قوانين كلتا الدولتين بعقوبة سالبة للحرية لمدة لا تقل عن سنة أو بعقوبة اشد.

الفرع الثاني
الإنابة القضائية

المادة التاسعة : لكل دولة متعاقدة أن تطلب إلى أية دولة أخرى متعاقدة، القيام في إقليمها نيابة عنها. بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى ناشئة عن جريمة إرهابية وبصفة خاصة.

أ. سماع شهادة الشهود والأقوال التي تؤخذ على سبيل الاستدلال.

ب. تبليغ الوثائق القضائية.

ج. تنفيذ عمليات التفتيش والحجز.

د. إجراء المعاينة وفحص الأشياء.

ه. الحصول على المستندات أو الوثائق أو السجلات اللازمة أو نسخ مصدقة منها.

المادة العاشرة : تلتزم كل من الدول المتعاقدة، بتنفيذ الإنابات القضائية المتعلقة بالجرائم الإرهابية، ويجوز لها رفض طلب التنفيذ في أي من الحالتين التاليتين :

أ. إذا كانت الجريمة موضوع الطلب محل اتهام أو تحقيق أو محاكمة لدى الدولة المطلوب إليها تنفيذ الإنابة.

ب. إذا كان تنفيذ الطلب من شأنه المساس بسيادة الدولة المكلفة بتنفيذه أو بأمنها أو بالنظام العام فيها.

المادة الحادية عشرة : ينفذ طلب الإنابة وفقا لأحكام القانون الداخلي للدولة المطلوب إليها التنفيذ، وعلى وجه السرعة، ويجوز لهذه الدولة تأجيل التنفيذ حتى استكمال إجراءات التحقيق والتتبع القضائي الجاري لديها في نفس الموضوع، أو زوال الأسباب القهرية التي دعت للتأجيل على أن يتم إشعار الدولة الطالبة بهذا التأجيل.

المادة الثانية عشرة :

أ. يكون للإجراء الذي يتم بطريق الإنابة، وفقا لأحكام هذه الاتفاقية، الأثر القانوني ذاته، كما لو تم أمام الجهة المختصة لدى الدولة طالبة الإنابة.

ب. لا يجوز استعمال ما نتج عن تنفيذ الإنابة إلا في نطاق ما صدرت الإنابة بشأنه.

الفرع الثالث

التعاون القضائي

المادة الثالثة عشرة : تقدم كل دولة متعاقدة للدول الأخرى المساعدة الممكنة واللازمة للتحقيقات أو إجراءات المحاكمة المتعلقة بالجرائم الإرهابية.

المادة الرابعة عشرة :

أ. إذا انعقد الاختصاص القضائي لإحدى الدول المتعاقدة بمحاكمة متهم عن جريمة إرهابية، فيجوز لهذه الدولة إن تطلب إلى الدولة التي يوجد المتهم في إقليمها محاكمته عن هذه الجريمة، شريطة موافقة هذه الدولة وان تكون الجريمة معاقبا عليها في دولة المحاكمة بعقوبة سالبة للحرية لا تقل مدتها عن سنة واحدة أو بعقوبة أخرى أشد، وتقوم الدولة الطالبة في هذه الحالة بموافاة الدولة المطلوب منها بجميع التحقيقات والوثائق والأدلة الخاصة بالجريمة.

ب. يجرى التحقيق أو المحاكمة حسب مقتضى الحال عن الواقعة أو الوقائع التي أسندتها الدولة الطالبة إلى المتهم، وفقا لأحكام وإجراءات قانون دولة المحاكمة.

المادة الخامسة عشرة : يترتب على تقديم الدولة الطالبة لطلب المحاكمة، وفقا للبند (أ) من المادة السابقة، وقف إجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة المتخذة لديها بشأن المتهم المطلوب محاكمته، وذلك باستثناء ما تستلزمه مقتضيات التعاون أو المساعدة أو الإنابة القضائية التي تطلبها الدولة المطلوب إليها إجراء المحاكمة.

المادة السادسة عشرة :

أ. تخضع الإجراءات التي تتم في أي من الدولتين – الطالبة أو التي تجرى فيها المحاكمة – لقانون الدولة التي يتم فيها الإجراء وتكون لها الحجية المقررة في هذا القانون.

ب. لا يجوز للدولة الطالبة محاكمة أو إعادة محاكمة من طلبت محاكمته إلا إذا امتنعت الدولة المطلوب إليها عن إجراء محاكمته.

ج. وفى جميع الأحوال تلتزم الدولة المطلوب إليها المحاكمة، بإخطار الدولة الطالبة، بما اتخذته بشأن طلب إجراء المحاكمة. كما تلتزم بإخطارهم بنتيجة التحقيقات، أو المحاكمة التي تجريها.

المادة السابعة عشرة : للدولة المطلوب إليها إجراء المحاكمة، اتخاذ جميع الإجراءات والتدابير التي يقررها قانونها قبل المتهم سواء في الفترة التي تسبق وصول طلب المحاكمة إليها أو بعده.

المادة الثامنة عشرة : لا يترتب على نقل الاختصاص بالمحاكمة المساس بحقوق المتضرر من الجريمة، ويكون له اللجوء إلى قضاء الدولة الطالبة أو دولة المحاكمة في المطالبة بحقوقه المدنية الناشئة عن الجريمة.

الفرع الرابع
الأشياء والعائدات المتحصلة عن الجريمة
والناتجة عن ضبطها

المادة التاسعة عشرة :

أ. إذا تقرر تسليم الشخص المطلوب تسليمه، تلتزم أي من الدول المتعاقدة بضبط وتسليم الأشياء والعائدات المتحصلة من الجريمة الإرهابية، أو

المستعملة فيها، أو المتعلقة بها، للدولة الطالبة سواء وجدت في حيازة الشخص المطلوب تسليمه، أو لدى الغير.

ب. تسليم الأشياء المشار إليها في الفقرة السابقة، ولو لم يتم تسليم الشخص المقرر تسليمه. بسبب هربه أو وفاته أو لأي سبب آخر، وذلك بعد التحقق من أن تلك الأشياء متعلقة بالجريمة الإرهابية.

ج. لا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بحقوق أي من الدول المتعاقدة أو حسن النية من الغير على الأشياء أو العائدات المذكورة.

المادة العشرون : للدولة المطلوب إليها تسليم الأشياء والعائدات، اتخاذ جميع التدابير والإجراءات التحفظية اللازمة لتنفيذ التزامها بتسليمها، ولها أيضا أن تحتفظ مؤقتا بهذا الأشياء أو العائدات إذا كانت لازمة لإجراءات جزائية تتخذ عندها، أو أن تسلمها إلى الدولة الطالبة بشرط استردادها منها لذات السبب.

الفرع الخامس

تبادل الأدلة

المادة الحادية والعشرون : تتعهد الدول المتعاقدة، بفحص الأدلة والآثار الناتجة عن أية جريمة إرهابية تقع على إقليمها ضد دولة متعاقدة أخرى بواسطة أجهزتها المختصة، ولها الاستعانة بأية دولة متعاقدة أخرى في ذلك. وتلتزم باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على هذه الأدلة والآثار واثبات دلالتها القانونية، ولها وحدها الحق في تزويد الدولة التي وقعت الجريمة ضد مصالحها بالنتيجة متى طلبت ذلك، ولا يحق للدولة أو الدول المستعان بها إخطار أية دولة بذلك.

الباب الثالث

آليات تنفيذ القانون

الفصل الأول

إجراءات التسليم

المادة الثانية والعشرون : يكون تبادل طلبات التسليم بين الجهات المختصة في الدول المتعاقدة مباشرة. أو عن طريق وزارات العدل بها أو ما يقوم مقامها، أو بالطريق الدبلوماسي.

المادة الثالثة والعشرون : يقدم طلب التسليم كتابة مصحوبًا بما يلي:

أ. أصل حكم الإدانة أو أمر القبض أو أية أوراق أخرى لها نفس القوة، صادرة طبقاً للأوضاع المقررة في قانون الدولة الطالبة، أو صورة رسمية مما تقدم.

ب. بيان بالأفعال المطلوب التسليم من أجلها، يوضح فيه زمان ومكان ارتكابها وتكييفها القانوني مع الإشارة إلى المواد القانونية المطبقة عليها، وصورة من هذه المواد.

ج. أوصاف الشخص المطلوب تسليمه بأكبر قدر ممكن من الدقة، وأية بيانات أخرى من شأنها تحديد شخصه وجنسيته وهويته.

المادة الرابعة والعشرون :

١. للسلطات القضائية في الدولة الطالبة، أن تطلب من الدولة المطلوب إليها –بأي طريق من طرق الاتصال الكتابية – حبس (توقيف) الشخص احتياطيًا إلى حين وصول طلب التسليم.

٢. ويجوز في هذه الحالة للدولة المطلوب إليها التسليم أن تحبس (توقف) الشخص المطلوب احتياطيًا، وإذا لم يقدم طلب التسليم مصحوبًا بالمستندات

اللازمة المبينة في المادة السابقة، فلا يجوز حبس (توقيف) الشخص المطلوب تسليمه مدة تزيد على ثلاثين يومًا من تاريخ إلقاء القبض عليه.

المادة الخامسة والعشرون : على الدولة الطالبة أن ترسل طلبًا مصحوبًا بالمستندات المبينة في المادة الثالثة والعشرين من هذه الاتفاقية، وإذا تبينت الدولة المطلوب إليها التسليم سلامة الطلب. تتولى السلطات المختصة فيها تنفيذه طبقًا لتشريعها على أن تحاط الدولة الطالبة دون تأخير بما اتخذ بشأن طلبها.

المادة السادسة والعشرون :

١. في جميع الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس الاحتياطي ستين يومًا من تاريخ القبض.

٢. يجوز الإفراج المؤقت خلال المدة المعينة في الفقرة السابقة، على أن تتخذ الدولة المطلوب إليها التسليم التدابير التي تراها ضرورية للحيلولة دون هروب الشخص المطلوب.

٣. لا يحول الإفراج دون إعادة القبض على الشخص وتسليمه إذا ورد طلب التسليم بعد ذلك.

المادة السابعة والعشرون : إذا رأت الدولة المطلوب إليها التسليم حاجتها إلى إيضاحات تكميلية للتحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في هذا الفصل، تخطر بذلك الدولة الطالبة، وتحدد لها موعدا لاستكمال هذه الإيضاحات.

المادة الثامنة والعشرون : إذا تلقت الدولة المطلوب إليها عدة طلبات تسليم من دول مختلفة إما عن ذات الأفعال أو عن أفعال مختلفة، فيكون لهذه الدولة أن تفصل في هذه الطلبات مراعية كافة الظروف، وعلى الأخص إمكان التسليم اللاحق، وتاريخ وصول الطلبات، ودرجة خطورة الجرائم، والمكان الذي ارتكبت فيه.

الفصل الثاني

إجراءات الإنابة القضائية

المادة التاسعة والعشرون : يجب أن تتضمن طلبات الإنابة القضائية البيانات الآتية:

أ. الجهة المختصة الصادر عنها الطلب.

ب. موضوع الطلب وسببه.

ج. تحديد هوية الشخص المعنى بالإنابة وجنسيته بقدر الإمكان.

د. بيان الجريمة التي تطلب الإنابة بسببها، وتكييفها القانوني، والعقوبة المقررة على مقارنتها، وأكبر قدر ممكن من المعلومات عن ظروفها، بما يمكن من دقة تنفيذ الإنابة القضائية.

المادة الثلاثون :

١. يوجه طلب الإنابة القضائية من وزارة العدل في الدولة الطالبة، إلى وزارة العدل في الدولة المطلوب إليها، ويعاد بنفس الطريق.

٢. في حالة الاستعجال، يوجه طلب الإنابة القضائية مباشرة من السلطات القضائية في الدولة الطالبة، إلى السلطات القضائية في الدولة المطلوب إليها. ترسل صورة من هذه الإنابة القضائية في نفس الوقت، إلى وزارة العدل في الدولة المطلوب إليها، وتعاد الإنابة القضائية مصحوبة بالأوراق المتعلقة بتنفيذها بالطريق المنصوص عليه في البند السابق.

٣. يمكن أن يوجه طلب الإنابة القضائية مباشرة من الجهات القضائية، إلى الجهة المختصة في الدولة المطلوب إليها، ويجوز أن تحال الردود مباشرة عن طريق هذه الجهة.

المادة الحادية والثلاثون : يتعين أن تكون طلبات الإنابة القضائية والمستندات المصاحبة لها موقعًا عليها ومختومة بخاتم سلطة مختصة أو معتمدة منها. وتعفى

هذه المستندات من كافة الإجراءات الشكلية التي قد يتطلبها تشريع الدولة المطلوب إليها.

المادة الثانية والثلاثون : إذا كانت الجهة التي تلقت طلب الإنابة القضائية غير مختصة بمباشرته، تعين عليها إحالته تلقائيًا إلى الجهة المختصة في دولتها، وفى حالة ما إذا أرسل الطلب بالطريق المباشر. فإنها تحيط الدولة الطالبة علمًا بنفس الطريق.

المادة الثالثة والثلاثون :كل رفض للإنابة القضائية يجب أن يكون مسببا.

الفصل الثاني

إجراءات حماية الشهود والخبراء

المادة الرابعة والثلاثون : إذا قدرت الدولة الطالبة أن لحضور الشاهد أو الخبير أمام سلطتها القضائية أهمية خاصة، فانه يتعين أن تشير إلى ذلك في طلبها، ويتعين أن يشتمل الطلب أو التكليف بالحضور على بيان تقريبي بمبلغ التعويض ونفقات السفر والإقامة وعلى تعهدها بدفعها، وتقوم الدولة المطلوب إليها بدعوة الشاهد أو الخبير للحضور، وبإحاطة الدولة الطالبة بالجواب.

المادة الخامسة والثلاثون :

١. لا يجوز توقيع أي جزاء أو تدبير ينطوي على إكراه قبل الشاهد أو الخبير الذي لم يمتثل للتكليف بالحضور، ولو تضمنت ورقة التكليف بالحضور بيان جزاء التخلف.
٢. إذا حضر الشاهد أو الخبير طواعية إلى إقليم الدولة الطالبة، فيتم تكليفه بالحضور وفق أحكام التشريع الداخلي لهذه الدولة.

المادة السادسة والثلاثون :

١. لا يجوز أن يخضع الشاهد أو الخبير للمحاكمة أو الحبس أو تقييد حريته في إقليم الدولة الطالبة عن أفعال أو أحكام سابقة على مغادرته لإقليم الدولة المطلوب إليها، وذلك أيا كانت جنسيته، طالما كان مثوله أمام الجهات القضائية لتلك الدولة بناء على تكليف بالحضور.

٢. لا يجوز أن يحاكم أو يحبس أو يخضع لأي قيد على حريته في إقليم الدولة الطالبة أي شاهد أو خبير- أيا كانت جنسيته- يحضر أمام الجهات القضائية لتلك الدولة بناء على تكليف بالحضور عن أفعال أو أحكام أخرى غير مشار إليها في ورقة التكليف بالحضور وسابقة على مغادرته أراضي الدولة المطلوب إليها.

٣. تنقضي الحصانة المنصوص عليها في هذه المادة إذا بقى الشاهد أو الخبير المطلوب في إقليم الدولة الطالبة ثلاثين يومًا متعاقبة، بالرغم من قدرته على مغادرته بعد أن أصبح وجوده غير مطلوب من الجهات القضائية، أو إذا عاد إلى إقليم الدولة الطالبة بعد مغادرته.

المادة السابعة والثلاثون :

١. تتعهد الدولة الطالبة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لكفالة حماية الشاهد أو الخبير من أية علانية تؤدى إلى تعريضه أو أسرته أو أملاكه للخطر الناتج عن الإدلاء بشهادته أو بخبرته وعلى الأخص:

أ. كفالة سرية تاريخ ومكان وصوله إلى الدولة الطالبة، ووسيلة ذلك.

ب. كفالة سرية محل إقامته وتنقلاته وأماكن تواجده.

ج. كفالة سرية أقواله ومعلوماته التي يدلى بها أمام السلطات القضائية المختصة.

٢. تتعهد الدولة الطالبة بتوفير الحماية الأمنية اللازمة التي تقتضيها حالة الشاهد أو الخبير وأسرته وظروف القضية المطلوب فيها، وأنواع المخاطر المتوقعة.

المادة الثامنة والثلاثون :

١. إذا كان الشاهد أو الخبير المطلوب مثوله أمام الدولة الطالبة محبوسًا في الدولة المطلوب إليها، فيجرى نقله مؤقتًا إلى المكان الذي ستعقد فيه الجلسة المطلوب سماع شهادته أو خبرته فيها، وذلك بالشروط وفى المواعيد التي تحددها الدولة المطلوب إليها، ويجوز رفض النقل:

أ. إذا رفض الشاهد أو الخبير المحبوس.

ب. إذا كان وجوده ضروريًا من أجل إجراءات جنائية تتخذ في إقليم الدولة المطلوب منها.

ج. إذا كان نقله من شأنه إطالة أمد حبسه.

د. إذا كانت هناك اعتبارات تحول دون نقله.

٢. يظل الشاهد أو الخبير المنقول محبوسًا في إقليم الدولة الطالبة إلى حين إعادته إلى الدولة المطلوب إليها، ما لم تطلب الدولة الأخيرة إطلاق سراحه.

الباب الرابع

أحكام ختامية

المادة التاسعة والثلاثون : تكون هذه الاتفاقية محلا للتصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من الدول الموقعة، وتودع وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية في موعد أقصاه ثلاثون يومًا من تاريخ التصديق أو القبول أو الإقرار، وعلى الأمانة العامة إبلاغ سائر الدول الأعضاء بكل إيداع لتلك الوثائق وتاريخه.

المادة الأربعون :

١. تسري هذه الاتفاقية بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع وثائق التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من سبع دول عربية.

٢. لا تنفذ هذه الاتفاقية بحق أية دولة عربية أخرى، إلا بعد إيداع وثيقة التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها لدى الأمانة العامة للجامعة، ومضى ثلاثين يومًا من تاريخ الإيداع.

المادة الحادية والأربعون : لا يجوز لأية دولة من الدول المتعاقدة أن تبدى أي تحفظ ينطوي صراحة ضمناً على مخالفة لنصوص هذه الاتفاقية، أو خروج عن أهدافها.

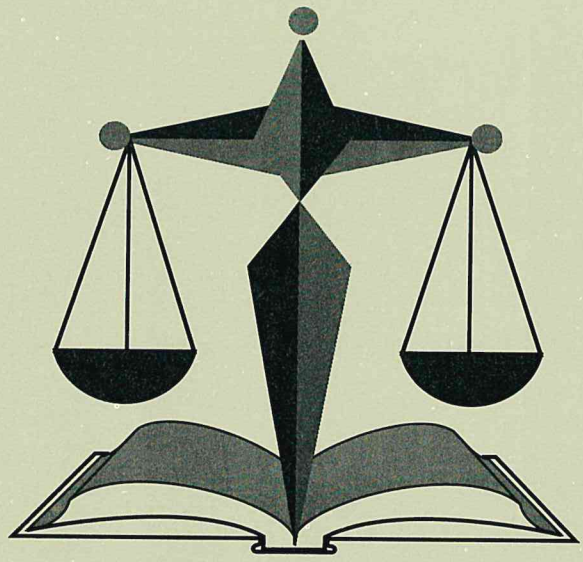
المادة الثانية والأربعون : لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تنسحب من هذه الاتفاقية إلا بناء على طلب كتابي، ترسله إلى أمين عام جامعة الدول العربية.

يرتب الانسحاب أثره بعد مضى ستة شهور من تاريخ إرسال الطلب، إلى أمين عام جامعة الدول العربية.

وتظل أحكام هذه الاتفاقية نافذة في شأن الطلبات التي قدمت قبل انقضاء هذه المدة.

حررت هذه الاتفاقية باللغة العربية بمدينة القاهرة / جمهورية مصر العربية في ١٤١٨/١٢/٢٥هـ، الموافق ١٩٩٨/٤/٢٢م، من أصل واحد مودع بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية، ونسخة مطابقة للأصل تحفظ بالأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب، وتسلم كذلك نسخة مطابقة للأصل لكل طرف من الأطراف الموقعة على هذه الاتفاقية أو المنضمة إليها.

وإثباتا لما تقدم، قام أصحاب السمو والمعالي وزراء الداخلية والعدل العرب، بتوقيع هذه الاتفاقية، نيابة عن دولهم.



تشریعات

قانون رقم [٦] لسنة ١٩٩٩م
بشأن العطاءات للأشغال الحكومية

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

بعد الاطلاع على القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٨م بشأن اللوازم العامة،

وعلى نظام مقاولات الأشغال العامة رقم (٦) لسنة ١٩٦٠م المعمول به في محافظات الضفة الغربية،

وعلى نظام الاشتراطات العامة للعطاءات لسنة ١٩٥٣م المعمول به في محافظات غزة،

وعلى تعليمات تصنيف المقاولين الفلسطينية لسنة ١٩٩٤م المعمول بها في فلسطين،

وعلى مشروع القانون المقدم من مجلس الوزراء،

وموافقة المجلس التشريعي.

أصدرنا القانون التالي :

الفصل الأول
تعاريف

مادة [١]

في تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك.

الوزارة : وزارة الأشغال العامة.

الوزير : وزير الأشغال العامة.

الدائرة : أية وزارة أو مجلس أو سلطة أو مؤسسة رسمية عامة.

المسؤول المختص : المسؤول فيما يختص بوزارته والدوائر والمؤسسات المرتبطة به ولغايات هذا القانون تشمل عبارة المسؤول المختص:

١- رئيس الوزراء فيما يختص برئاسة الوزراء.

٢- رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني فيما يختص بالمجلس التشريعي الفلسطيني.

٣- الوزير فيما يختص بوزارته.

٤- رئيس أية دائرة يمارس صلاحيات الوزير فيما يتعلق بتلك الدائرة بموجب قوانين أو أنظمة خاصة.

الوكيل : وكيل الوزارة أو مدير عام الدائرة أو من يعين ليقوم بأعماله حال غيابه.

المدير : مدير عام دائرة العطاءات المركزية.

المحافظ : المحافظ العامل في إحدى المحافظات.

دائرة العطاءات : دائرة العطاءات المركزية المشكلة وفقاً لأحكام هذا القانون.

الأشغال : إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها.

الخدمات الفنية : الدراسات والتصاميم الهندسية والفنية للأشغال والمشاريع والإشراف على تنفيذها وتشغيلها وأعمال المساحة وأية استشارات فنية أو هندسية تتعلق بالأشغال.

المقاول : أي شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع الدائرة لتنفيذ الأشغال.

المستشار : أي شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتقديم الخدمات الفنية.

الفصل الثاني

دائرة العطاءات المركزية

مادة [٢]

[١] تنشأ في وزارة الأشغال العامة دائرة تسمى "دائرة العطاءات المركزية" يكون لها جهازها الخاص ويعين للدائرة مدير عام بقرار من مجلس الوزراء.

[٢] تنشأ في دائرة العطاءات المركزية المديريات والأقسام الضرورية لإدارة شؤونها وتحدد صلاحياتها بموجب نظام يصدر عن مجلس الوزراء بناء على تنسيب من الوزير.

[٣] للوزير تسمية أحد كبار موظفي دائرة العطاءات نائباً للمدير، لمساعدته في إدارة شؤون الدائرة وتولي مهامه في حالة غيابه، ويجوز للمدير تكليفه بتفويض خطي برئاسة اجتماعات لجان العطاءات المركزية في حالات خاصة ومحددة.

مادة [٣]

تمارس دائرة العطاءات المهام والصلاحيات المخولة لها بمقتضى أحكام هذا القانون بما في ذلك ما يلي :

[١] إشراف ومتابعة تصنيف المقاولين والمستشارين ومتابعة تأهيلهم بالتنسيق والمشاركة مع النقابات، والاتحادات المعنية المختصة، ولجنة التصنيف المعتمدة بموجب تعليمات تصنيف المقاولين، وحفظ المعلومات المنوطة بهم وبأعمالهم وذلك لغايات العمل داخل الوطن وخارجه وبموجب تعليمات تصدر لهذه الغاية.

[٢] تدقيق وتحليل عطاءات الأشغال والخدمات الفنية الحكومية وجمع وحفظ وتحليل المعلومات المتعلقة بالعطاءات.

[٣] توحيد الشروط العامة لعقد المقاولة وإجراءات العطاءات وتطوير تلك الشروط والإجراءات وفقاً للقوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها.

[٤] إصدار النشرات الدورية حول قطاع الإنشاءات وأسعار المواد الإنشائية وبنود الأشغال.

[٥] القيام بأعمال سكرتارية لجان العطاءات المركزية.

الفصل الثالث

طرق تنفيذ الأشغال والخدمات

مادة [٤]

تنفذ الأشغال والخدمات الفنية العامة بإحدى الطرق التالية :

[١] العطاءات العامة : وهي التي تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهي إما محلية أو دولية.

[٢] العطاءات بطريقة استدراج العروض : وهي بتوجيه دعوات خاصة لعدد من المقاولين أو المستشارين لا يقل عددهم عن ثلاثة.

[٣] التعاقد المباشر في الأحوال الخاصة أو الاستثنائية العاجلة.

[٤] التنفيذ المباشر : هو التنفيذ الذي تقوم به الوزارة بمعداتها وأجهزتها.

مادة [٥]

وفقاً لأحكام هذا القانون، عند طرح أي عطاء يتعلق بالأشغال أو الخدمات الفنية العامة تراعى القواعد التالية :

[١] يكون طرح العطاء بموجب إعلان في الصحف المحلية على أن لا يتم الإعلان عن طرح أي عطاء أو إجراء أي تلزيم إلا إذا كانت المخصصات المالية متوفرة لتنفيذه أو كان هناك التزام بتوفيرها من الجهة الممولة بقرار من مجلس الوزراء.

[٢] تطبيق مبدأ المنافسة وإعطاء فرص متكافئة للجهات المؤهلة للقيام بتنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات الفنية وبالطريقة التي تراها الجهة المختصة مناسبة مع مراعاة إعطاء مدة كافية للمقاولين والمستشارين لدراسة وثائق العطاءات وتقديم العروض التي تتناسب وطبيعة الأشغال أو الخدمات الفنية المطلوبة.

[٣] التقيد عند إحالة العطاء بأفضل العروض المستوفية لشروط دعوة العطاء وأنسب الأسعار مع مراعاة درجة الجودة المطلوبة وإمكانية التنفيذ ضمن المدة المحددة ومدى قدرة المقاول أو المستشار للقيام بالعمل المطلوب حسب الشروط والمواصفات.

[٤] النص في شروط العطاءات والمواصفات على استعمال المواد والمنتجات الصناعية المحلية في الأشغال ما دامت مطابقة للمواصفات المعتمدة، مع وجوب تجنب تحديد الأسماء التجارية لأية صناعة.

[٥] أن تكون جميع الاتفاقيات والشروط التعاقدية باللغة العربية ويجوز أن تكون المواصفات والمخططات والتقارير الفنية والمراسلات باللغة الإنجليزية، كما يجوز ترجمة العقود إلى اللغة الإنجليزية على أن تكون المرجعية للعقد باللغة العربية.

[٦] التقيد بالقوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها عند وضع الشروط التعاقدية وعدم النص على الإعفاء من أي التزام مالي مفروض بموجب أي تشريع إلا بعد موافقة مجلس الوزراء على الإعفاء بصورة تسبق توقيع التعاقد.

[٧] تعطى الأولوية في مشاريع الأشغال الحكومية للمقاولين المحليين، إذا توافرت فيهم الشروط المطلوبة.

[٨] على الشركات الأجنبية مراعاة القوانين والأنظمة ذات العلاقة السارية في فلسطين.

الفصل الرابع

تشكيل لجان العطاءات

مادة [٦]

تتشكل بمقتضى أحكام هذا القانون لجان العطاءات التالية :

[١] لجان العطاءات المركزية

[٢] لجنة عطاءات الدائرة.

[٣] لجنة عطاءات المحافظة.

مادة [٧]

[١] تشكل لجنة عطاءات مركزية متخصصة برئاسة المدير، لكل مجال من المجالات الأربعة التالية، ويكون مقر هذه اللجان في دائرة العطاءات المركزية ويجوز أن تعقد اجتماعاتها في الدائرة ذات العلاقة بالعطاء:-

أ. مجال الأبنية الحكومية.

ب. مجال المياه والري والمجاري والسدود.

ج. مجال الطرق والنقل والتعدين.

د. مجال الأعمال الكهروميكانيكية والاتصالات.

[٢] تتألف كل لجنة من:

أ. المدير رئيساً.

ب. ممثل عن وزارة المالية يعينه وزير المالية. عضواً.

ج. ممثل عن الوزارة يعينه الوزير. عضواً.

د. ممثلين عن الدائرة ذات العلاقة بالعطاء – يعينهما المسؤول المختص. عضوين.

ه. شخصين يعينهما الوزير من ذوي الاختصاص. عضوين.

[٣] تكون مدة العضوية في كل لجنة سنة واحدة قابلة للتجديد ويشترط في الأعضاء أن يكونوا من ذوي الخبرة والكفاءة والاختصاص، ولا يجوز لأي شخص أن يكون عضواً في أكثر من لجنتين.

[٤] تعقد هذه اللجان اجتماعاتها بدعوة من رئيسها ويكون اجتماعها قانونياً بحضور خمسة من أعضائها على الأقل على أن يكون رئيسها وأحد ممثلي الدائرة ذات العلاقة بالعطاء من بينهم وتتخذ قراراتها بأكثرية أربعة من أصوات أعضائها الحاضرين.

[٥] تختص هذه اللجان بطرح وإحالة العطاءات الخارجة عن نطاق صلاحيات اللجان الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون. أو أي عطاء آخر يكلفها الوزير بطرحه بناء على تنسيب المسؤول المختص.

[٦] تخضع قرارات لجان العطاءات المركزية لتصديق الوزير.

[٧] يتولى الوزير أو من يفوضه خطياً توقيع الاتفاقيات نيابة عن الحكومة تنفيذاً لقرارات لجان العطاءات المركزية.

مادة [٨]

[١] تشكل في كل دائرة لجنة عطاءات تسمى لجنة عطاءات الدائرة على النحو التالي :

أ. الوكيل رئيساً.

ب. شخصين يعينهم المسؤول المختص عضوين.

ج. ممثلان عن دائرة العطاءات يعينهما الوزير بناء على تنسيب المدير العام. عضوين.

د. ممثل عن وزارة المالية – يعينه وزير المالية. عضواً.

[٢] تكون العضوية في هذه اللجنة لمدة سنة قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط وتختص هذه اللجنة بطرح وإحالة عطاءات الأشغال التي لا تزيد قيمة كل منها على مائة وخمسين ألف دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً وعطاءات الخدمات الفنية إذا كانت قيمة كل منها لا تتجاوز سبعة آلاف دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

[٣] تعقد لجنة عطاءات الدائرة اجتماعاتها بدعوة من رئيسها ويكون اجتماعها قانونياً بحضور أربعة من أعضائها على الأقل، على أن يكون رئيسها من بينهم، وتتخذ قراراتها بأكثرية أربعة من أصوات أعضائها الحاضرين.

[٤] تخضع قرارات هذه اللجنة لتصديق المسؤول المختص ويتولى توقيع الاتفاقيات تنفيذا للقرارات الصادرة عنها.

مادة [٩]

[١] تشكل في كل محافظة لجنة تسمى لجنة عطاءات المحافظة على النحو التالي :

أ. مدير الأشغال في المحافظة رئيسا.

ب. ممثل عن وزارة الحكم المحلي يعينه وزير الحكم المحلي عضوا.

ج. ممثل عن وزارة المالية يعينه وزير المالية عضوا.

د. ممثل عن الدائرة ذات العلاقة بالعطاء يعينه المسؤول المختص عضوا.

ه. ممثل عن دائرة العطاءات يعينه الوزير بناء على تنسيب المدير عضوا.

و. ممثل عن وزارة الداخلية يعينه المحافظ عضوا.

[٢] تكون العضوية في هذه اللجنة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط وتختص هذه اللجنة بطرح وإحالة عطاءات الأشغال التي لا تزيد قيمة كل منها على خمسة وعشرين ألف دولار أمريكي أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا.

[٣] تعقد لجنة عطاءات المحافظة اجتماعاتها بدعوة من رئيسها ويكون اجتماعها قانونيا بحضور خمسة من أعضائها على الأقل، على أن يكون رئيسها من بينهم وتتخذ قراراتها بأكثرية أربعة من أصوات أعضائها الحاضرين.

[٤] تكون قرارات هذه اللجنة خاضعة لتصديق المحافظ وتقوم الجهة ذات الاختصاص بتوقيع الاتفاقيات تنفيذا لهذه القرارات.

مادة [١٠]

[١] يتعين على لجان العطاءات تدوين محضر لكل جلسة من جلساتها وتنظيم تقرير بتوصياتها يوقعه رئيسها وأعضاؤها الحاضرون وتحفظ نسخة منها في الملف الخاص بالعطاء، وعلى العضو المتخلف عن حضور الجلسة أن يقدم بيانا بأسباب عدم حضوره موقعا من قبله ليرفق بتقرير اللجنة.

[٢] يشارك مندوب عن هيئة الرقابة العامة في اجتماعات لجان العطاءات المنصوص عليها في هذا القانون بصفة مراقب.

[٣] للمسؤول المختص تعيين أي من أعضاء لجان العطاءات المنصوص عليها في هذا القانون وله أن يستبدل عضواً آخر به في أي وقت على أنه لا يجوز استبدال ممثل الدائرة ذات العلاقة بالعطاء المعروض على أي من تلك اللجان خلال قيامها بالنظر في ذلك العطاء وحتى إصدار توصياتها أو قرارها بشأنه ويعتبر باطلاً أي إجراء يتم عكس ذلك.

مادة [١١]

للجان العطاءات المركزية أو أية لجنة عطاءات أخرى وبعد موافقة الوزير أو المسؤول المختص أن تستعين بالخبراء والفنيين في الأمور المتعلقة بالعطاءات المعروضة عليها ولمجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير منح أولئك الخبراء والفنيين مكافآت مالية تتناسب والأعمال التي قاموا بها.

مادة [١٢]

تنظم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها ومدد الإعلانات والضمانات المالية المطلوبة وطرق تقديم العروض وفتحها ودراستها وتقييمها وقواعد الإحالة وغيرها من الشروط الواجب توافرها في وثائق العطاءات وفي المقاولين أو المستشارين بموجب أنظمة صادرة عن مجلس الوزراء تنشر في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة.

مادة [١٣]

يطرح رئيس لجنة العطاءات المختصة الأشغال أو الخدمات الفنية مراعياً بذلك أنظمة العطاءات الحكومية الصادرة بمقتضى المادة (١٢) أعلاه من هذا القانون وله بعد موافقة الجهة المختصة بتصديق قرار الإحالة أن يوزع نسخ العطاءات مجاناً لذوي العلاقة.

مادة [١٤]

تشكل في كل من دائرة العطاءات المركزية والدوائر الأخرى المقـــرة فـــي هـــذا القانون لجان فنية مختصة لدراسة عروض المناقصات من النواحي الفنية وتقديـــم توصياتها للجان الرئيسية المحال إليها عروض العطاءات.

مادة [١٥]

ترسل قرارات لجان العطاءات وتوصياتها للجهات المختصة بالتصديق عليها خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها وعلى هذه الجهات إصدار قرار بشأن العطاء خـــلال ثلاثين يوماً من وروده إليها وإذا لم تصدر تلك الجهات قراراً بالتصديق أو عدمـــه خلال تلك المدة، اعتبر قرار لجنة العطاءات مصدقاً.

مادة [١٦]

إذا طرح عطاء لأكثر من مرة ولم يتقدم له عدد كاف من المقاولين أو لـــم تكـــن الأسعار في العروض المقدمة معقولة أو كانت العروض مشروطة أو غير مكتملـــة فعلى لجنة العطاءات في مثل هذه الحالة أن ترفع تقريراً عن الموضوع إلى الجهـــة المختصة بالتصديق على العطاء ولهذه الجهة أن تقرر إعـــادة طـــرح العطـــاء أو إجراء الممارسة للأقل سعراً من العروض المقدمة.

مادة [١٧]

يجوز تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات الفنية باستدراج العروض أو التعاقد المباشـــر وفقاً للصلاحيات المنصوص عليها في المادة (١٨) من هذا القانون وذلك فـــي أي من الحالات التالية:

[١] في الحالات المستعجلة لمواجهة حالة طارئة أو لوجـــود ضـــرورة لا تســـمح بإجراءات طرح عطاء.

[٢] توحيد الآليات والأجهزة أو التقليل من تنويعها أو لغرض التوفير فـــي اقتنـــاء قطع الغيار أو لتوفير الخبرة لاستعمالها.

[٣] لشراء قطع غيار أو أجزاء مكملة أو آلات أو أدوات أو لوازم أو مهمات لا تتوفر لدى أكثر من مصدر واحد بنفس درجة الكفاءة.

[٤] عند التعاقد على خدمات فنية أو تقديم خدمات علمية.

[٥] إذا كان التعاقد على تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات يتم مع مؤسسات حكومية أو مؤسسات علمية أو كانت الأسعار محددة من قبل السلطات الرسمية.

مادة [١٨]

[١] يتم تنفيذ الأشغال باستدراج العروض أو التعاقد المباشر وفقاً للصلاحيات التالية ويتم توقيع الاتفاقيات المتعلقة بها من قبل الجهة المختصة وذلك :

أ. بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير إذا كان العطاء يتعلق بالوزارة، وبتنسيب من الوزير والمسئول المختص إذا كان العطاء متعلقاً بأية دائرة أخرى وكانت قيمة الأشغال في أي من الحالتين تزيد على ١٥٠ ألف دولار ولا تتجاوز ٤٠٠ ألف دولار أو ما يعادلهما بالعملة المتداولة قانوناً، على أن يكون القرار مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير والمسئول المختص من أصحاب الاختصاص والخبرة في موضوع العطاء.

ب. بقرار من الوزير بناء على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل أو المدير إذا كانت قيمة العطاء لا تزيد على ١٥٠ ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

[٢] يتم التعاقد على تقديم الخدمات الفنية باستدراج العروض أو التعاقد المباشر وفقاً للصلاحيات التالية ويتم توقيع الاتفاقيات المتعلقة بها من قبل الوزير أو من يفوضه خطياً وذلك :

أ. بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير إذا كانت قيمة الخدمات الفنية تزيد على ٧٥ ألف دولار ولا تتجاوز ٢٥٠ ألف دولار أو ما يعادلهما

بالعملة المتداولة قانوناً، على أن يكون القرار مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير لهذه الغاية.

ب. بقرار من الوزير بناء على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على ٧٥ ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

ج. بقرار من المسئول المختص بناء على تنسيب لجنة فنية يشكلها المسئول المختص برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على ٢٥ ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

د. بقرار من الوكيل بناء على تنسيب لجنة فنية يشكلها المسئول المختص إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على ٧ آلاف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

مادة [١٩]

[١] يراعى عدم إجراء أي تعديل أو إضافة أو تغيير في شكل الأشغال أو نوعيتها أو كمياتها أو في حجم الخدمات الفنية أثناء التنفيذ، وعلى صاحب العمل والجهة المشرفة التقيد بتنفيذ العمل وفقاً لمخططات ومواصفات وشروط العطاء. ويعتبر ورود النص على أي عمل في أية وثيقة من الوثائق المكونة للعطاء كافياً للتدليل على ضرورة تنفيذ ذلك العمل.

[٢] يعتبر عملاً إضافياً لغايات هذه المادة كل تعديل أو إضافة أو تغيير لم يرد عليه نص في أي وثيقة من وثائق العطاء عند توقيع الاتفاقية واقتضت ظروف المشروع تنفيذه. ولا يعتبر عملاً إضافياً الزيادة الحاصلة في الكميات الفعلية للأعمال التي يتم تنفيذها وفقاً للمخططات ولا يحتاج تنفيذها إلى إصدار أمر تغييري.

[٣] إذا تطلبت ظروف العمل إحداث بنود جديدة لم تكن واردة في أي من وثائق العطاء أصلاً، فإن تحديد أسعار هذه البنود يكون خاضعاً لموافقة المسئول المختص بناء على تنسيب المهندس المشرف.

[٤] إذا اقتضت الحاجة إلى إجراء أي تعديل أو إضافة أو تغيير أثناء التنفيذ فإن قرار إحالة العطاء يبقى نافذاً، ويترتب على الجهة التي تتولى الإشراف على تنفيذ العطاء أن تقدم تقريراً فنياً مسبقاً إلى الجهة المختصة يتضمن مبررات القيام بالأعمال الإضافية ومدى الحاجة إليها وتأثيرها على قيمة العطاء.

ويتم تنفيذ الأعمال الإضافية والأوامر التغييرية بناءً على تقرير لجنة فنية تشكل لهذا الغرض من عدد لا يقل عن ثلاثة أشخاص من ذوي الكفاءة والخبرة بهذا المجال وفقاً للصلاحيات التالية :

أ. بقرار من المهندس المشرف إذا كان مجموع قيمة التجاوز يقل عن ٥% من قيمة العطاء أو (٥٠٠٠) خمسة آلاف دولار أيهما أقل.

ب. بقرار من الوكيل إذا كان مجموع التجاوز في قيمة الأعمال الإضافية والكميات أثناء التنفيذ يتراوح بين (٥-١٥%) من قيمة العطاء أو مبلغ ٥٠ ألف دولار أيهما أقل.

ج. بقرار من المسئول المختص، إذا كان مجموع التجاوز في قيمة الأعمال الإضافية والكميات أثناء التنفيذ يزيد على ٥٠ ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، أو تزيد نسبته على ١٥% من قيمة العطاء ولم تتجاوز ٢٥% منها، ويشترط في جميع الأحوال أن لا يتعدى هذا التجاوز مبلغ مائتين وخمسين ألف دولار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

د. بقرار من مجلس الوزراء إذا تجاوزت قيمة الأعمال المنفذة نتيجة للأعمال الإضافية وزيادة الكميات أثناء التنفيذ ما تزيد نسبتها أو قيمتها على صلاحية المسئول المختص المنصوص عليها في الفقرة (ج) من هذه المادة.

الفصل الخامس

فتح المظاريف

مادة [٢٠]

يقفل صندوق العطاءات في الموعد الذي تحدد في الإعلان عن المناقصة ولا يلتفت إلى أي عطاء يرد بعد انتهاء الموعد المحدد.

مادة [٢١]

تقوم اللجنة بفتح صندوق العطاءات بعد التأكد من سلامته في اليوم المعين والساعة المحددة لفتح المظاريف كآخر موعد لتقديم العطاءات وعليها اتخاذ الإجراءات التالية:

[١] الحالة التي وردت عليه مظاريف العطاءات.

[٢] إثبات عدد المظاريف في محضر فتح المظاريف.

[٣] فض العطاءات بالتتابع وكل عطاء يفتح مظروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مظروفه رقماً مسلسلاً على هيئة كسر اعتيادي بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة.

[٤] ترقيم الأوراق المكون منها العطاء وإثبات عدد تلك الأوراق.

[٥] قراءة اسم مقدم العطاء والأسعار وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمي العطاءات أو مندوبيهم.

[٦] إثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين الابتدائي المقدم.

[٧] التوقيع من رئيس اللجنة وجميع الأعضاء الحاضرين على العطاء ومظروفه وكل ورقة من أوراقه.

[٨] التوقيع من رئيس اللجنة وجميع الأعضاء الحاضرين على محضر اللجنة بعد إثبات كافة الخطوات المتقدمة.

مادة [٢٢]

تقوم لجنة العطاءات بإحصاء مبالغ التأمين أو السندات الخاصة بها وتسليمها في الحال إلى الجهة الطالبة لقيدها أمانات وتحفظ في خزانة مقفلة حتى الانتهاء من كافة أعمالها بحساب.

مادة [٢٣]

تراجع لجنة العطاءات العينات المقدمة من أصحاب العطاءات على الكشف الذي دونت به هذه العينات عند ورودها وتتأكد من أوصافها ومقدارها ويجري حفظها في مكان أمين لدى الجهة الطالبة على أن يثبت ذلك بمحضر اللجنة.

مادة [٢٤]

بعد مطابقة العطاءات على كشف التفريغ والتأكد من صحتها ومطابقتها لشروط المناقصة تقدم العطاءات وجميع أوراق المناقصة إلى لجنة العطاءات مشفوعة بملاحظات اللجنة الفنية.

الفصل السادس

البت في العطاءات وتوقيع العقود

مادة [٢٥]

لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه ومع ذلك يجوز للجنة مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان. كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق. وتجري المفاوضة في الحالتين المشار إليهما بقرار من المسئول المختص.

مادة [٢٦]

إذا سبق للمناقص أن أخل أو أهمل أو قصر في التزاماته الفائتة، أو كان يخضع بقرار بالحرمان ساري المفعول، للجنة العطاءات الحق في استبعاد عطائه.

مادة [٢٧]

يجوز للجنة العطاءات إلغاء المناقصة إذا كانت جميع العطاءات مخالفة للشروط أو غير مكتملة مما يجعلها غير صالحة للنظر فيها وفي هذه الحالة يجوز لها إعادة طرح المناقصة من جديد وبنفس الخطوات التي تمت عند الإعلان في المرة الأولى.

مادة [٢٨]

يجوز تجزئة العطاء لأكثر من مناقص إذا كانت شروط العطاء تسمح بذلك أو ورد نص يجيز ذلك في كراسة الشروط.

الفصل السابع

مسئوليات والتزامات المتعاقد

مادة [٢٩]

إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للجهة المتعاقدة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقاً للأسس وفي الحدود المنصوص عليها في العقد بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة ١٠% بالنسبة لعقود المقاولات و٥% بالنسبة لعقود التوريد، وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية أخرى.

ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة المتعاقدة في مطالبة المتعاقد بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره في الوفاء بالتزاماته.

مادة [٣٠]

يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي في الحالات التالية :

[١] إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة.

[٢] إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام القانون.

[٣] إذا أفلس المتعاقد أو أعسر إعساراً لا يمكنه من تنفيذ العطاء.

ولا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق الجهة المتعاقدة في الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة.

مادة [٣١]

إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه.

ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من الجهة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد.

مادة [٣٢]

يكون للجهة المتعاقدة في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق في مصادرة التأمين النهائي والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقاً للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى من مبالغ دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية، كما يحق للمقاول أو المستشار طلب التحكيم أو اللجوء للقضاء خلال ٧٥ يوماً من تاريخ قرار فسخ العقد.

مادة [٣٣]

إذا توفي المتعاقد جاز للجهة المتعاقدة فسخ العقد مع رد التأمين ما لم يكن للجهة الطالبة استحقاقات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً توافق عليه الجهة المختصة.

وإذا كان العقد المبرم مع أكثر من متعاقد أو متعهد متآلفين أو متشاركين وتوفي أحدهم فيكون للجهة المتعاقدة الحق في مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد.

مادة [٣٤]

[١] لا يتحمل المتعاقد الأضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة.

[٢] في كل الأحوال عند وجود قوة قاهرة على المتعاقد تقديم إشعار خطي وفوري إلى الجهة المتعاقدة بالظروف والأسباب التي تمنع تنفيذ العقد أو التأخير في الوفاء به وتقديم كل ما يثبت ذلك.

[٣] تكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها، وتكون القوة القاهرة الدائمة من مبررات عدم الوفاء.

الفصل الثامن

الكفالات والغرامات

مادة [٣٥]

[١] تحدد كفالات عطاء الأشغال على النحو التالي :

أ. كفالة المناقصة : تحدد بمبلغ مقطوع، ويحتسب هذا المبلغ على أساس نسبة (٢-٣%) من القيمة المقدرة للعطاء ويتم بيانه في ملحق نموذج عرض المناقصة.

ب. كفالة حسن التنفيذ : تكون بنسبة ١٠% من قيمة العقد.

ج. كفالة الصيانة : تكون بنسبة ٥% من قيمة المشروع الفعلية بعد الإنجاز.

[٢] يحدد لعطاءات الخدمات الفنية كفالة حسن أداء بنسبة ١٠% من قيمة العقد.

[٣] تحدد في ملحق نموذج عرض المناقصة مدة تنفيذ العطاء وقيمة غرامة التأخير عن كل يوم على أن تكون تلك الغرامة متناسبة مع قيم العطاء ومدة تنفيذه. وأن لا

تزيد نسبة غرامة التأخير اليومي من القيمة الكلية للعطاء عن ١٠% من معدل الإنتاج اليومي على أن لا تزيد نسبة الغرامة من القيمة الكلية للعطاء عن ١٠%.

[٤] يجوز بموافقة الوزير أو المسئول المختص دفع دفعات مقدمة من قيمة المشروع تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد بقيمة الدفعة المقدمة وذلك وفقاً للشروط والنسب والحدود التي تبينها التعليمات أو الشروط الخاصة للعطاء.

الفصل التاسع

تصنيف المقاولين والمستشارين و(المكاتب الهندسية)

مادة [٣٦]

[١] يجري تصنيف المقاولين في مختلف أنواع الأشغال ضمن فئات ودرجات حسب المؤهلات المالية والفنية والإدارية والتجهيزات والخبرة في تنفيذ الأشغال وذلك بموجب تعليمات تصنيف المقاولين المعتمد.

[٢] يشكل مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير لجنة أو أكثر لدراسة طلبات تصنيف المقاولين لمختلف أنواع الأشغال وفئات أو درجات التصنيف على أن يمثل اتحاد المقاولين ونقابة المهندسين في هذه اللجان، ولمجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير منح مكافآت لأعضاء لجان التصنيف.

[٣] تعتمد جداول تصنيف المقاولين المقرة رسمياً في جميع المؤسسات الرسمية وشبه الرسمية لغايات المناقصات في عطاءات الأشغال الحكومية.

مادة [٣٧]

[١] يخصص قسم في دائرة العطاءات لحفظ المعلومات عن المقاولين والمستشارين المحليين وغير المحليين العاملين في الوطن وعن الأشغال أو الخدمات الفنية العامة لغايات إحصائية.

[٢] على جميع الدوائر ولجان العطاءات التي تقوم بإحالة عطاءات الأشغال العامة أو الخدمات الفنية بموجب هذا القانون أو أي أنظمة خاصة أن تزود دائرة

العطاءات المركزية خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ إحالة العطاء بنسخة عن الاتفاقية والشروط والأسعار وقرار لجنة العطاءات وقيمة الإحالة.

[٣] على كل دائرة تتابع تنفيذ الأشغال والخدمات الفنية أن تزود دائرة العطاءات بعد إنجاز المشاريع للأشغال أو الخدمات بالمعلومات النهائية عن المشروع تبيين القيمة النهائية للعمل ومدة التنفيذ والأوامر التغييرية والأعمال الإضافية والتمديدات والغرامات وأي معلومات أخرى تطلبها دائرة العطاءات.

مادة [٣٨]

على أية دائرة عند تنفيذ الأشغال والخدمات الفنية الخاصة بها اعتماد الشروط العامة الموحدة للعطاءات شريطة أن ينص على أي تعديلات أو شروط إضافية في الشروط الخاصة للمقاولة.

الفصل العاشر

أحكام عامة

مادة [٣٩]

بالرغم مما ورد في هذا القانون لمجلس الوزراء أن يعهد إلى الوزارة بتنفيذ أي أشغال تعود إلى أية دائرة بصورة مباشرة إذا كانت إمكانيات الوزارة من الناحية الفنية والآلية تسمح بذلك.

مادة [٤٠]

عند نشوء أية حالة طارئة لا يمكن معالجتها بموجب أحكام هذا القانون فلمجلس الوزراء بناء على طلب الوزير أو المسئول المختص البت فيها حسبما يراه مناسباً ويكون قراره قطعياً.

مادة [٤١]

[١] لا يجوز لأي شخص أو هيئة معنوية أن يعقد اتفاقاً إنشائياً مع مقاول غير مرخص ومصنف.

[٢] لا يجوز لأي مقاول غير مرخص ومصنف أن يقوم بأعمال المقاولات تحت طائلة المسئولية الجزائية.

مادة [٤٢]

يصدر مجلس الوزراء اللوائح والأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ سريان القانون.

مادة [٤٣]

يلغى نظام الاشتراطات العامة للعطاءات وتوريد الأصناف لسنة ١٩٥٣م وتعديلاته المعمول به في محافظات غزة، ونظام مقاولات الأشغال العامة (١) لسنة ١٩٥٣م المعول به في محافظات الضفة، وكل نص يتعارض مع أحكام هذا القانون.

مادة[٤٤]

تبقى تعليمات المقاولين الفلسطينية لسنة ١٩٩٤م سارية المفعول إلى أن تستبدل بنظام يصدر عن مجلس الوزراء.

مادة [٤٥]

على جميع الجهات المختصة، كل فيما يخصه تنفيذ أحكام هذا القانون، ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

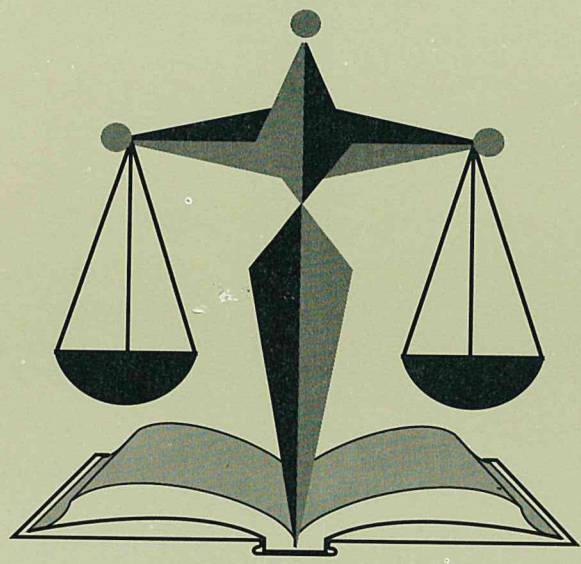
صدر بمدينة غزة في : ١٩٩٩/١٢/٢٨ ميلادية.

الموافق : ٢٠ من رمضان/١٤٢٠ هجرية.

ياسر عرفات

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية



حركة القوانين

* حركة القوانين

القوانين التي أقرها المجلس التشريعي وأصدرها الرئيس

رقم القانون	اسم القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	المناقشة العامة	القراءة 1	القراءة 2	القراءة 3	الإحالة	الإصدار
96/3	الخدمة المدنية	مجلس الوزراء	96/5/8	96/5/8	96/11/7	97/1/29	97/6/3		97/6/4	98/5/28
97/25	دمغ ومراقبة المعادن الثمينة	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30	97/11/25	97/12/9	98/3/17		98/3/24	98/5/28
97/17	الدفاع المدني	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30	97/11/25	98/1/8	98/3/31		98/4/20	98/5/28
97/13	مراكز الإصلاح والتأهيل/ السجون	لجنة الرقابة	97/11/20		97/11/25	98/4/2	98/4/28		98/5/2	98/5/28
97/10	تنظيم الموازنة العامة والشئون المالية	لجنة الموازنة	98/3/9	98/3/19	98/3/19	98/4/2	98/4/14		98/4/20	98/8/3
97/11	حماية الثروة الحيوانية	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30	97/10/13	97/10/14	97/12/10		98/3/9	98/11/2
98/37	التعليم العالي الفلسطيني	مجلس الوزراء	98/5/17	98/5/17	98/5/27	98/7/13	98/7/30		98/8/19	98/11/2
98/32	المدن الصناعية والمناطق الحرة الصناعية	مجلس الوزراء	98/3/17	98/3/17	98/3/17	98/7/29	98/8/18		98/9/9	98/11/2
97/1/29	اللوازم العامة	مجلس الوزراء	98/3/19	98/3/19	98/5/27	98/7/14	98/8/18		98/9/14	98/11/2
97/24	الاجتماعات العامة	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30	98/4/28	98/8/20	98/11/25		98/12/19	98/12/28
96/1	الأساسي	عضو فريح أبو مدين	96/5/8	96/8/5	96/7/10	96/9/1	97/9/17	97/10/2	97/10/4	2002/5/30
97/14	السلطة القضائية	اللجنة القانونية	97/6/8	99/12/30	97/11/12	98/6/25	98/9/2	98/11/25	98/12/5	2002/5/16
2000/72	قانون العاصمة القدس	عضو د.عزمي الشعيبي	2000/6/8	2000/6/8	2000/6/8	2000/7/19	2000/7/20	2000/9/28	2000/9/29	2002/10/5
98/43	المصارف	مجلس الوزراء	98/11/5	98/11/5	98/12/8	2001/3/10	2001/6/24	2001/9/15	2001/7/29	2002/5/21
2000/67	معدل قانون السلطة القضائية	مجلس الوزراء	2000/2/3						2000/2/5	2000/5/14
2002/94	معدل السلطة القضائية		2002/1/15			2002/1/15	2002/1/15		2002/2/14	2002/5/14
2000/79	معدل قانون الأحوال المدنية	لجنة الداخلية	2000/9/19	2000/9/19	2000/9/28	2001/4/5	2001/6/24		2001/7/30	2001/10/21
96/2	انتخاب مجالس الهيئات المحلية الفلسطينية	مجلس الوزراء			96/8/22	96/10/10	96/12/1			96/12/16
97/4	الهيئات المحلية الفلسطينية	مجلس الوزراء			97/2/4	97/2/12	97/7/2	97/7/14	97/7/21	97/10/12
97/6	سلطة النقد	مجلس الوزراء	96/5/7	96/5/7	97/3/27	97/4/11	97/6/30	97/12/11	97/12/15	97/12/16
97/20	تشجيع الاستثمار في فلسطين	أعضاء	97/11/10	97/11/10	97/12/9	98/3/19	98/4/14		98/4/20	98/4/23

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

رقم القانون	اسم القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	المناقشة العامة	القراءة 1	القراءة 2	القراءة 3	الإحالة	الإصدار
97/18	الأسلحة النارية والذخائر	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30	97/11/25	98/1/7	98/4/2		98/4/20	98/5/20
98/30	المصادر الطبيعية	مجلس الوزراء	98/3/19	98/3/19	98/4/28	98/8/18	98/11/5		98/12/5	99/1/24
98/35	الأحوال المدنية	مجلس الوزراء	98/7/29	98/7/29	98/11/11	98/11/12	98/12/8	99/4/21	99/5/10	99/6/8
97/9	تنظيم مهنة المحاماة	اللجنة القانونية	97/7/10	97/7/10	97/7/14	98/12/1	99/1/6	99/4/6	99/4/19	99/6/24
98/40	حقوق العاقين	أعضاء	98/3/19	98/3/19	98/11/5	99/1/6	99/3/16	99/5/25	99/6/2	99/8/9
99/61	المعدل لقانون تنظيم مهنة المحاماة	عضو- فريح أبو مدين	99/11/18	99/11/18	99/11/25	99/11/25	99/11/25	99/11/25	99/11/27	99/12/28
98/36	البيئة	مجلس الوزراء	98/5/17	98/5/17	98/8/18	99/5/27	99/7/6		99/8/5	99/12/28
97/2/29	العطاءات للأشغال الحكومية	مجلس الوزراء	98/3/19	98/3/19	98/5/27	98/9/1	98/11/25	99/6/9	99/6/27	99/12/28
97/19	الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية	أعضاء	97/10/13	97/10/13	97/12/9	98/5/30	98/7/30	99/5/25	99/8/12	2000/1/16
97/21	تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين	أعضاء	97/11/10	97/11/10	97/12/9	99/1/7	99/4/20	99/6/24	99/7/15	2000/1/16
99/53	التحكيم	مجلس الوزراء	99/6/24	99/6/24	99/7/6	99/11/23	2000/2/3		2000/2/22	2000/4/5
99/38	العمل الفلسطيني	لجنة التربية	98/3/10	98/3/10	98/5/27	98/12/24	99/10/27	2000/3/29	2000/4/2	2000/4/30
99/50	التعديلات على قانون دمغ ومراقبة المعادن الثمينة	مجلس الوزراء	99/4/20	99/4/20	99/9/27					99/9/27
98/31	الإحصاءات العامة	مجلس الوزراء	98/3/17	98/3/17	98/3/17	2000/3/29	2000/5/2	2000/6/7	2000/6/17	2000/7/8
99/55	المواصفات والمقاييس الفلسطينية	أعضاء	99/10/14	99/10/14	99/12/1	2000/2/16	2000/4/12	2000/6/28	2000/7/1	2000/9/17
99/49	المرور	مجلس الوزراء	99/4/20	99/4/20	99/6/23	99/12/16	2000/2/15	2000/6/8	2000/6/17	2000/9/17
99/58	الرسوم القنصلية	مجلس الوزراء	99/10/14	99/10/14	99/12/1	2000/5/17	2000/6/8		2000/6/24	2001/1/30
99/62	تشكيل المحاكم النظامية	مجلس الوزراء	99/12/14	99/12/14	99/12/15	2000/3/12	2000/3/12	2000/5/17	2001/5/18	2001/5/12
99/56	الإجراءات الجزائية	مجلس الوزراء	99/10/14	99/10/14	99/10/27	2000/2/15	2000/6/28		2000/7/9	2001/5/12
2000/71	البينات في المواد المدنية والتجارية	مجلس الوزراء	2000/6/7	2000/6/7	2000/6/28	2000/8/9	2000/8/16		2000/9/4	2001/5/12
2000/66	أصول المحاكمات المدنية والتجارية	مجلس الوزراء	2000/2/3	2000/2/3	2000/2/3	2000/9/19	2000/9/28		2000/10/7	2001/5/12
99/59	المياه	مجلس الوزراء	99/10/14	99/10/14	99/12/1	2000/9/28	2001/8/8	2002/2/18		

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

الموازنات العامة للسلطة الوطنية الفلسطينية التي أقرها المجلس

رقم القانون	القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	المناقشة العامة	تاريخ الإقرار	تاريخ الاصدار
97/5	الموازنة العامة للسلطة الوطنية لعام 1997	مجلس الوزراء	1997/3/15	1997/3/15		1997/5/27	
98/34	الموازنة العامة للسلطة الوطنية لعام 1998	مجلس الوزراء	1998/3/31	1998/3/31	1998/4/28	1998/6/29	
99/54	الموازنة العامة للسلطة الوطنية لعام 1999	مجلس الوزراء		1999/7/14		1999/8/12	1999/9/4
99/60	الموازنة العامة للسنة المالية لعام 2000	مجلس الوزراء	1999/11/17	1999/11/17	2000/1/26		
2001/85	الموازنة العامة للسنة المالية لعام 2001	مجلس الوزراء	2001/3/10	2001/3/10		2001/4/4	
2002/108	الموازنة العامة للسنة المالية لعام 2003	مجلس الوزراء	2002/12/31	2002/12/31		2003/2/1	

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي مقرة بالقراءة الأولى

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	اللجان	المناقشة العامة	القراءة 1
2000/80	الزراعة	مجلس الوزراء	2000/12/21	2000/12/21	2001/3/10	2002/2/18
2002/105	معدل قانون المواصفات والمقاييس	لجنة الموازنة	2002/12/12	2002/12/12	2002/12/12	2003/1/13
2002/102	معدل قانون سلطة النقد	عضو- د.عزمي الشعيبي	2002/12/12	2002/12/12	2002/12/12	2003/1/13
2002/101	معدل قانون المدن والمناطق الصناعية	عضو- د.عزمي الشعيبي	2002/12/12	2002/12/12	2002/12/12	2003/2/6
2002/103	معدل قانون اللوازم العامة	عضو- د.عزمي الشعيبي	2002/12/12	2002/12/12	2002/12/12	2003/2/6
2002/104	معدل قانون تشجيع الاستثمار	عضو- د.عزمي الشعيبي	2002/12/12	2002/12/12	2002/12/12	2003/2/6

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي مقرة بالقراءة الثانية

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	اللجان	المناقشة العامة	القراءة 1	القراءة 2
2002/99	واجبات وحقوق النواب	اللجنة القانونية	2002/11/4	2002/11/4	2002/11/4	2002/12/12	2003/1/13

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي الفلسطيني محالة للرئيس ولم يتم توقيعها

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	المناقشة العامة	القراءة 1	القراءة 2	القراءة 3	تاريخ الإحالة	الإحالة للرئيس
97/7	تنظيم تملك الأجانب للعقارات في فلسطين	اللجنة القانونية	97/6/16	97/6/16	97/6/16	97/6/30	97/9/30			97/10/4
97/8	الهيئة العامة الفلسطينية للبترول	مجلس الوزراء	97/4/19		97/7/15	97/7/18	97/11/25			97/12/7
98/44	التشكيلات الإدارية	مجلس الوزراء	98/11/10	98/11/10	98/12/8	99/11/3	2000/3/13			2000/4/9
99/63	التأمينات الاجتماعية	مجلس الوزراء	99/12/14	99/12/14	2000/9/28	2001/3/11	2001/6/24		2001/7/10	2002/7/29
2001/90	رسوم المحاكم	مجلس الوزراء	2000/6/10	2001/8/8	2001/8/8	2001/10/16	2002/1/16			2002/2/28
98/41	ضريبة الدخل الفلسطيني	لجنة الموازنة	98/11/5	98/11/5	98/12/21	2000/8/17	2001/3/11		2001/4/22	2001/5/23
2001/83	هيئة سوق رأس المال الفلسطيني	لجنة الموازنة	2001/2/14	2001/2/14	2001/3/10	2002/1/16	2002/10/6		2002/10/8	2002/10/22
2001/91	مزاولة مهنة تدقيق الحسابات	مجلس الوزراء	2001/8/8	2001/8/8	2001/8/8	2002/1/16	2002/10/6		2002/10/8	2002/10/22

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي تم دمجها في قانون واحد

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	اللجان	المناقشة العامة	دمج
98/33	رعاية وتأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة المعاقين	عضو/ د. عزمي بشارة	98/3/19	98/3/19	98/8/18	قانون موائمة الأماكن العامة ليصبحا قانون حقوق المعوقين

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي تم وقفها

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	اللجان	المناقشة العامة	تاريخ طلب وقفه	الجهة التي طلبت وقفه
99/52	تنظيم تجارة وتداول مبيدات الآفات الزراعية	مجلس الوزراء	99/6/24	99/6/24	99/12/1	2000/5/15	مجلس الوزراء

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي تم رفضها

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	اللجان	المناقشة العامة	تاريخ الرفض	سبب الرفض
99/47	المطبوعات والنشر		99/3/16	99/3/16	99/5/25	99/5/25	بسبب صدور مرسوم رئاسي بإصداره
97/26	تعيين المخاتير	مجلس الوزراء	97/9/11			99/7/2	
99/64	منع التعذيب للموقوفين والمحتجزين والمسجونين	لجنة الرقابة	99/12/30	99/12/30		2000/5/17	

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي تم تأجيلها

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	اللجان	المناقشة العامة	التأجيل	سبب التأجيل
97/15	بنك تنمية الهيئات المحلية	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30		97/9/30	لحين إقرار قانون المصارف
97/16	الأطباء البيطريين	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30		97/9/30	لحين إقرار قانون النقابات العام
98/39	التأمين الصحي الحكومي	لجنة التربية	98/5/20			98/11/5	لتقديمه كجزء من مشروع قانون الصحة العامة
98/42	مراقبة الحمضيات	مجلس الوزراء	98/11/5	98/11/5		98/12/8	
99/51	المجلس الطبي الفلسطيني	عضو د. معاوية المصري	99/5/11	99/5/11		99/5/25	لحين استكمال تقنين قوانين الصحة
97/23	صندوق دعم أسر الشهداء	أعضاء	97/9/30	97/9/30		98/8/19	قدم للقراءة الأولى وتم إعادته للجنة لإعادة النظر

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي التي قبلت بالمناقشة العامة

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	المناقشة العامة
97/12	الأحزاب السياسية	مجلس الوزراء	97/9/30	97/9/30	97/10/11
98/45	التموين	مجلس الوزراء	98/11/10	98/11/10	99/12/1
99/46	حقوق المؤلف والحقوق المجاورة	عضو/د. عزمي الشعيبي	99/3/16	99/3/16	99/12/1
99/57	صندوق تعويض المزارعين	مجلس الوزراء	99/10/14	99/10/14	99/12/1
2000/65	الصحة العامة	مجلس الوزراء	2000/2/3	2000/2/3	2000/3/12
2000/68	إيجار المساكن والعقارات التجارية	مجلس الوزراء	2000/5/3	2000/5/3	2000/5/3
2000/73	المجلس الفلسطيني للتمريض والقبالة	مجلس الوزراء	2000/7/20	2000/7/20	2000/8/1
2001/81	مؤسسة إدارة وتنمية أموال اليتامى	مجلس الوزراء	2001/1/24	97/6/16	2001/3/10
2000/74	مكافحة التدخين	عضو/ مروان البرغوتي	2000/9/19	2000/9/19	2001/3/10
97/28	الخدمة الوطنية	عضو/ عزمي الشعيبي	98/3/19	98/3/19	98/5/27
2000/70	الكسب غير المشروع	عضو/ عبد الفتاح حمايل	2000/9/19	2000/9/19	2000/9/28
2000/75	الصناعة	مجلس الوزراء	2000/9/19	2000/9/19	2000/9/28
2000/78	معدل قانون انتخابات مجالس الهيئات المحلية	مجلس الوزراء	2000/9/19	2000/9/19	2001/3/10
2000/76	تنظيم المهن الهندسية	مجلس الوزراء	2000/9/19	2000/9/19	2001/3/10
2000/77	تنظيم مهنة المعلمين الحكوميين	عضو/ عبد الفتاح حمايل	2000/9/19	2000/9/19	2001/3/10
2001/82	الأوراق المالية	لجنة الموازنة	2001/2/14	2001/2/14	2001/3/10
2001/84	صندوق التأمينات الاجتماعية	عضو/ عزمي الشعيبي	2001/2/14	2001/2/14	2001/3/10
2001/88	تنظيم التعامل مع الألعاب النارية	عضو	2001/5/21	2001/6/24	2002/1/15

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	المناقشة العامة
2001/92	التنفيذ	الأمين العام لمجلس الوزراء	2001/6/12	2001/8/8	2001/8/8
2001/89	أمانة القدس ــ العاصمة	لجنة الداخلية والأمن	2001/6/10	2001/6/24	2002/1/15
2001/93	العقوبات	مجلس الوزراء	2001/10/15	2001/10/15	2001/10/15
2002/97	الطفل الفلسطيني	مجلس الوزراء	2002/10/6	2002/10/6	2002/10/6
2002/100	المعدل بشأن تنظيم الموازنة	عضو ــ عزمي الشعيبي	2002/2/12	2002/12/12	2002/2/12

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي المحالة إلى اللجان المختصة لإبداء الرأي فيها

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم	الإحالة للجان	اسم اللجنة
2001/86	معدل لقانون الهيئات المحلية	مجلس الوزراء	2000/11/13	2001/6/24	الأمن والداخلية
2001/87	التأمين ضد البطالة	عضو – د.عزمي الشعيبي	2001/2/13	2001/8/8	
2002/95	معدل قانون مراكز الإصلاح والتأهيل	عبد الفتاح حمايل	2002/2/16	2002/10/6	
2002/96	إصابات العمل لموظفي الحكومة والهيئات المحلية	مجلس الوزراء	2002/2/16	2002/10/6	
2002/98	الانتخابات	عضو – د.عزمي الشعيبي	2002/9/9	2002/9/9	
2002/107	ديوان الرقابة المالية والإدارية		2003/1/13	2003/1/13	
2002/106	صندوق تعويضات لإزالة آثار العدوان الإسرائيلي	عضو – د.عزمي الشعيبي	2002/12/21	2003/2/6	
2003/109	نقل وزرع الأعضاء البشرية	مجلس الوزراء	2003/1/16	2003/2/6	

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

مشاريع قوانين في المجلس التشريعي سيتم تقديمها للمجلس وإحالتها إلى اللجان المختصة لإبداء الرأي

رقم القانون	مشروع القانون	الجهة المقدمة	تاريخ التقديم
2003/110	صندوق الرعاية الاجتماعية	مجلس الوزراء	2003/2/6

* إعداد قسم حفظ السجلات في المجلس التشريعي

قضايا وأحكام

لدى محكمة النقض العليا بغزة
في الطعن رقم ٢٠٠٢/٧٥ جزاء

أمام السادة القضاة : المستشار / جميل العشي رئيساً وعضوية المستشارين خليل الشياح ويونس الأغا وسعادة الدجاني وفيصل الحسيني.

وسكرتارية : نور فارس.

الطاعن : الأستاذ / النائب العام.

المطعون ضدهم : ١) ي . م . أ – خان يونس – حارة المجايدة.

٢) ف. س . أ – خان يونس – حارة المجايدة.

وكيلهما المحامي / فتحي نصار – رفح.

الموضوع : الحكم الصادر عن محكمة بداية خان يونس بصفتها الاستئنافية بتاريخ ٢٠٠٢/٥/٢٨ في الاستئناف الجزائي رقم ٢٠٠١/٥٩ القاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بفسخ حكم محكمة أول درجة وإعادة القضية لها لتسير فيها من النقطة التي وصلت إليها قبل صدور الحكم.

تاريخ الجلسة : ٢٠٠٢/٦/٢٥م.

جلسة اليوم : الأربعاء ٢٠٠٢/١١/٢٠م.

الحضور : حضر وكيل النيابة.

وحضر الأستاذ / فتحي نصار وكيل المطعون ضدهما.

القرار

حيث أن الطعن قدم في الميعاد فهو مقبول شكلا.

وحيث أن الوقائع تخلص في أنه بتاريخ ٩٩/١٢/٢٥ قررت محكمة صلح رفح في القضية رقم ٩٨/٤٠٥ جزاء بإدانة المطعون ضدهما بالتهمة المسندة إليهما وحكمت

على الأول بتغريمه أربعمائة شيكل أو الحبس شهرين وحرمانه من الحصول على رخصة قيادة لمدة ثلاثة أشهر عن التهمة الأولى ومائة وخمسين شيكل أو الحبس شهر وحرمانه الحصول على رخصة قيادة لمدة ثلاثة أشهر على التهمة الثانية وتغريمه مائتي شيكل أو الحبس شهرين عن كل تهمة من التهمتين الثالثة والرابعة وتغريم المدان الثاني مائتي شيكل أو الحبس شهرين مع حرمانه من الحصول على رخصة قيادة لمدة ثلاثة أشهر عن التهمة الخامسة وتغريمه مائة وخمسين شيكل أو الحبس شهر عن كل تهمة من التهمتين السادسة والسابعة.

وحيث أن المطعون ضدهما تقدما للمحكمة بالطلب رقم ٢٠٠١/٤ لفسخ الحكم الغيابي الصادر ضدهما وبجلسة ٢٠٠١/٦/٢٥ قررت المحكمة رفض الطلب.

وحيث أنه بتاريخ ٢٠٠١/٧/٢١ قررت المحكمة رفض الطلب.

وحيث أنه بتاريخ ٢٠٠١/٧/٢١ بادر المطعون ضدهما إلى استئناف الحكم الصادر ضدهما أمام محكمة مركزية خان يونس بصفتها محكمة استئناف استنادا إلى أن الحكم الابتدائي قد صدر في غيابهما ودون الاستماع إلى بيناتهما مما أجحف بحقهما وطالبا في ختام لائحة الاستئناف بفسخ الحكم المستأنف والسماح لهما بتقديم بيناتهما.

وحيث أنه في جلسة الاستئناف كرر المطعون ضدهما ما تضمنته لائحة الاستئناف بينما طالب وكيل النيابة في مرافعته برفض الاستئناف شكلاً لرفعه بعد الميعاد وقررت المحكمة قبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع بفسخ حكم محكمة أول درجه وإعادة القضية إليها للسير فيها من النقطة التي وصلت إليها قبل صدور الحكم حسب الأصول.

وحيث أن النائب العام قد بادر إلى الطعن في هذا الحكم بالنقض أمام هذه المحكمة ويتحصل مبنى الطعن فيما يلي :

أولاً : خلو الحكم المطعون فيه من أسبابه.

ثانياً: مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون وذلك عندما قررت المحكمة قبول الاستئناف شكلا بالرغم من تقديمه بعد الميعاد.

وحيث أنه عن السبب الأول من أسباب الطعن فإن الثابت من أوراق القضية الاستئنافية أن أسباب الحكم مرفقه فيها وموقعه من هيئة المحكمة بتاريخ النطق به ولم يقدم الطاعن ما يؤيد هذا السبب الذي قام عليه طعنه.

وحيث أنه عن السبب الثاني من أسباب الطعن فإنه لما كانت الفقرة (١) من المادة ٢٧٧ من أصول المحاكمات لدى محاكم الصلح لسنة ١٩٤٠ قد أوجبت إفراغ جميع الأحكام في قالب رسمي من قبل حاكم الصلح وتؤرخ وتوقع منه علناً حين النطق بها وأن الفقرة (٢) من تلك المادة قد اقتضت أن يدرج في الحكم الصادر بإدانة المتهم نوع الجرم. والمادة التي أدين بموجبها والعقوبة التي حكم بها عليه، وان الفقرة (١) من المادة ٢٧٦ من تلك الأصول قد أوجبت أن تقرأ الأحكام التي تصدرها أية محكمة جزائية في أية محاكمة أمامها علناً. واشترط في نهاية تلك الفقرة أن يقرأ حاكم الصلح نص الحكم جميعه إذا طلبت منه ذلك النيابة أو الدفاع فإن مخالفة هذه الواجبات القانونية في إصدار الأحكام يترتب عليه بطلانها لتعلقها بالنظام العام. ويجوز لمحكمة النقض أن تحكم به من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها ذلك.

وحيث أنه لما كان قاضي الصلح لم يراع هذه الواجبات عند إصدار حكمه وقد خلت ورقة الضبط التي اشتملت على منطوق حكمه من توقيعه عليه مما يجعله باطلاً.

وحيث أنه لما كان ذلك يكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من نتيجة بإعادة القضية الابتدائية إلى محكمة أول درجة للسير فيها من النقطة التي وصلت إليها قبل صدور الحكم حسب الأصول يتفق والقانون ويكون الطعن لذلك قائماً على غير أساس من القانون مما يتعين معه رفضه.

لهذه الأسباب

وباسم الشعب العربي الفلسطيني

// الحكم //

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه صدر تدقيقاً وأفهم علناً في ٢٠٠٢/١١/٢٠م.

عضو عضو عضو عضو رئيس المحكمة

(فيصل الحسيني) (سعادة الدجاني) (يونس الأغا) (خليل الشياح) (جميل العشي)

لدى المحكمة العليا بغزة
بصفتها محكمة نقض
في النقض رقم ٢٠٠٢/٣٦

أمام السادة القضاة : المستشار / جميل العشي رئيسا.
المستشار / محمد صبح عضوا.
المستشار / يونس الأغا عضوا.
المستشار / عدنان الزين عضوا.
المستشار / سعادة الدجاني عضوا.

وسكرتارية : نور فارس.

الطاعن : سمير محمود عبد الرحمن الغصين بالأصالة عن نفسه وبالإضافة لباقي ورثة المرحوم والده محمود عبد الرحمن الغصين.

وكيله المحامي / زياد ثابت.

المطعون ضدهم :

١. زكريا محمد كحيل بالأصالة عن نفسه وبالإضافة لباقي ورثة المرحومة والدته ربيحة رضوان كحيل.
٢. فوزي شعبان كحيل بالأصالة عن نفسه وبالإضافة لباقي ورثة المرحوم والده شعبان رضوان كحيل – غزة.
٣. كمال شعبان كحيل بالأصالة عن نفسه وبالإضافة لباقي ورثة المرحومة والدته تمام رضوان كحيل – غزة.
٤. عبد الله محمد على حجاج بالأصالة عن نفسه وبالإضافة لباقي ورثة المرحومة والدته سميحة رضوان كحيل – غزة.

وكيلهم المحامي / عوني الشياح.

الحكم المطعون فيه : هو الصادر من لدن محكمة بداية غزة في الاستئناف الحقوق رقم ٢٠٠١/١٩١ والقاضي بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف والصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٢/١١م.

تاريخ تقديمه : ٢٠٠٢/٣/٢١م.

جلسة اليوم : الأربعاء ٢٠٠٢/١٠/٢٣م.

الحضور : حضر الأستاذ / زياد ثابت وكيل الطاعن.

وحضر الأستاذ / عوني الشياح / وكيل المطعون عليهم.

القرار

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة قانوناً.

حيث أن الطعن مقدم في الميعاد فهو مقبول شكلاً.

وحيث أن واقعة الدعوى أجملها الحكم الصلحي فلا داعي لتكرارها.

وحيث أن محكمة صلح غزة كانت قد حكمت في ٢٠٠١/١٠/٣٠م بإلزام الطاعن (المدعي عليه) بصفته المذكورة بإخلاء المحل التجاري موضوع الدعوى وتسليمه للمطعون ضدهم (المدعين) خلال ثلاث أشهر وذلك تأسيساً على أن الحماية القانونية للمستأجر هي حق شخصي تنتهي بوفاته.

وحيث أن هذا الحكم قد استؤنف من الطاعن لمحكمة الاستئناف فأيدته وقالت أن حكم محكمة أول درجة قد جاء سليماً ومطابقاً للقانون ومتفقاً والبينات التي طرحت عليها ولما استقر عليه قضاؤنا في أن الحماية القانونية للمستأجر فقط وأنها تنتهي بوفاة المستأجر خاصة إذا كان أولاد المتوفى لا يتعاملون بنفس المهنة وانتهى إلى أن الاستئناف لا يخرج عن كونه جدلاً في الوقائع.

وحيث أن هذا الحكم لم يرق للطاعن أيضاً فطعن فه بهذا الطعن.

وحيث أن أهم ما جاء في هذا الطعن هو :

١. أخطأت محكمة البداية في حكمها المستأنف وكذلك محكمة الموضوع عندما تجاهلتا أن جميع الورثة كانوا يقومون بإدارة تجارتهم مع والدهم في العقـــار موضوع الدعوى.

٢. أخطأت محكمة الموضوع عندما تجاهلت أن المبرزات كانت أكـــثر مـــن إيصال واحد عن سنة واحدة.

٣. أخطأت محكمة الموضوع عندما قالت في أسباب حكمها أن الذي قبـــض الأجرة لم يكن مفوضاً من المالكين الآخرين وانتهى الطاعن في طعنه إلـــى أن محكمة الاستئناف ومحكمة الموضوع قد خالفتا القانون.

وحيث أن المادة " ٢٢٥ " من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقـــم "٢" لسنة ٢٠٠١ نصت على أن (للخصوم حق الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقـــه أو في تأويله).

كما أن الفقرة " ١ " من المادة " ٢٢٦ " من نفس القانون تقول يجوز للخصـــوم أن يطعنوا بطريق النقض في أي حكم نهائي إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان فـــي الإجراءات أثر في الحكم.

وحيث أنه بتدقيق هذه المحكمة لأوراق القضية سواء في مرحلتـــها الصلحيـــة أو الاستئنافية وبتمحيص أسباب الطعن المذكورة أعلاه فإنها لم تجد أية مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وكل ما ذكر في أسباب الطعن إنما هو جدل فـــي الوقائع يرد عليه بأن للقاضي السلطة الكاملة في استخلاص النتائج القانونيـــة مـــن الوقائع طالما أن ذلك الاستخلاص لم يخرج عن المنطق والحق والعدل.

وحيث أن الحكم الاستئنافي المطعون فيه لم تنل منه أسباب الطعن الحالية فقد بـات سليماً وغدا الطعن مرفوضاً من الناحية الموضوعية.
وحيث أن الرسوم والمصاريف تلزم خاسر الطعن.

لهذه الأسباب

وباسم الشعب العربي الفلسطيني

// الحكم //

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وإلزام الطاعن بالرسوم والمصاريف ، صدر تدقيقاً وأفهم علناً في ٢٠٠٢/١٠/٢٣م.

عضو عضو عضو عضو رئيس المحكمة
(سعادة الدجاني) (عدنان الزين) (يونس الأغا) (محمد صبح) (جميل العشي)

أخبار قانونية

❖ برعاية ديوان الفتوى والتشريع وتحت إشراف مشروع تطوير الأطر القانونية فلسطين عقدت بمدينة غزة يوم الخميس الموافق ٢٠٠٣/٥/١٥م ورشة عمل حول مشروع قانون المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، الذي قامت بإعداده لجنة تضم في عضويتها القضاء والنيابة العامة ووزارة الداخلية والإدارة العامة لمكافحة المخدرات وديوان الفتوى والتشريع، وقد أوضح المستشار إبراهيم الدغمة رئيس ديوان الفتوى والتشريع مدى أهمية مشروع القانون حيث بات من الضروري وضع تشريع فلسطيني حديث متكامل موحد يوفر الحماية التشريعية للمجتمع الفلسطيني من هذه الآفة الخطيرة ويتماشى مع الاتفاقيات الدولية.

******

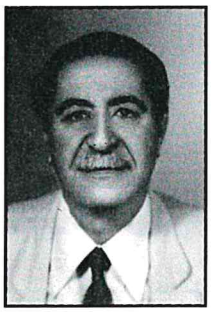
❖ كما عقد بمدينة غزة يومي الثلاثاء والأربعاء ٣و٢٠٠٣/٦/٤م ورشة عمل حول مشروع قانون الشركات الذي أعد تحت إشراف ديوان الفتوى والتشريع ضمن مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين وقامت بإعداده لجنة ضمت في عضويتها أعضاء من وزارة الاقتصاد الوطني وأساتذة الجامعات والمحامين وديوان الفتوى والتشريع، وقد شهدت الورشة حضورا متميزا وكبيرا وأبدى الحاضرون خلالها العديد من الملاحظات والمداخلات حول مواد المشروع.

******

❖ عقد بمدينة رام الله يوم الأربعاء الموافق ٢٠٠٣/٦/٤م جلسة نقاش حول مشروع قانون التجارة الذي انتهى ديوان الفتوى والتشريع ومن خلال مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين من إعداده، وقد شارك في هذه الجلسة عدد من الأساتذة المختصين في هذا الشأن.

❖ تحت رعاية المفوضية الأوروبية للاتحاد الأوروبي انعقد في بروكسيل مؤتمرا دوليا لدول الشراكة المتوسطية في الفترة من ١٥-١٩ يونيو وذلك لمناقشة سبل تطوير وتنمية وتحديث الأنظمة القضائية والقانونية في دول الشراكة المتوسطية، علما بأن فلسطين عضوا فيها، ولذلك فقد شكل وفد من كل من وزارة العدل والمحاكم والشرطة للمشاركة في هذا المؤتمر ولكن الظروف الصعبة وإغلاق الطرق والمعابر حال دون ذلك، إلا أن الوفد الفلسطيني قام بإرسال ورقة عمل إلى المؤتمر وحدد كافة احتياجاته لتنمية وتطوير النظام القضائي والقانوني في فلسطين ومدى الحاجة إلى دورات تدريبية لتأهيل القضاة ووكلاء النيابة والأعضاء الفنيين لديوان الفتوى والتشريع.

أعلام في القانون والقضاء



المرحوم الأستاذ كمال جورج الصايغ

- ولد بمدينة غزة بتاريخ ١٩٢٥/١٢/٢٥.
- تلقى علومه الأولية في غزة وحصل على شهادة الثانوية العامة من كلية تراسنطة بالقدس سنة ١٩٤٣م.
- كان المرحوم رجلا عصاميا مكافحا عمل في عدة وظائف هامة في الفترة من ١٩٤٣م إلى ١٩٦٠م وحصل على ليسانس الحقوق من جامعة القاهرة عام ١٩٥٩م.
- بدأ حياته المهنية الحقوقية وكيلا للنائب العام بمدينة غزة عام ١٩٦٠م.
- عين قاضيا للصلح في مدينة غزة بتاريخ ١٩٦٤/١٢/١٩م.
- عين قاضيا في المحكمة المركزية بقطاع غزة ثم رئيسا احتياطيا لها عام ١٩٧٠م فرئيسا لها بتاريخ ١٩٧١/٢/١م.
- توجت مسيرته المهنية بتعيينه قاضيا في المحكمة العليا وقائما بأعمال المسجل الأعلى عام ١٩٨١م.
- كان المرحوم قاضيا حازما ومناصرا لقضايا شعبه وحقوقه المشروعة ولم يتوان عن اتخاذ القرارات الجريئة والشجاعة والتي كادت أن تطيح به كقاضي

من قبل سلطات الاحتلال الإسرائيلي، إلا أن إيمانه بعدالة قضيته وتمسكه بمبدأ استقلال القضاء مكنه من الاستمرار بعطائه، بل أحاطه باحترام الجميع.

- عطاءه في مجال القضاء لم يحل بينه وبين عطاءه لمجتمعه وشعبه فقد خاض معترك العمل الاجتماعي التطوعي بأن شغل منصب رئيس جمعية الشبان المسيحية بغزة ورئيسا لجمعية اتحاد الكنائس بقطاع غزة ورئيسا للجنة المحلية للمستشفى الأهلي العربي بغزة، وحصل على وسام القبر المقدس مقدما من بطريرك الروم الأرثوذكس.
- توفي رحمه الله عام ١٩٨٣م ودفن في مدينة غزة.

مجلة القانون والقضاء

قسيمة اشتراك

أرجو قبول اشتراكي بـــ ( ) نسخة اعتبارا من / / ٢٠٠م ولمدة سنة.

❑ مرفق طيه شيك رقم : _____ .

❑ حوالة إلى حساب المجلة رقم ٦١٥٥٧٥ بنك القدس للتنمية والاســـتثمار غزة .

❑ نقدا.

الاســم : _____ .

العنوان : _____ .

التوقيع التاريخ

الاشتراكات السنوية المحلية :

❑ ٢٠ دولارا أمريكيا سنويا للأفراد.

❑ ٣٠ دولارا أمريكيا سنويا للمؤسسات.

الاشتراكات السنوية الخارجية بما فيها أجور البريد :

❑ ٥٠ دولارا أمريكيا سنويا للأفراد.

❑ ٦٠ دولارا أمريكيا سنويا للمؤسسات.

توجه المراسلات باسم رئيس هيئة التحرير

غـــــــزة : هاتف ٢٨٤٢٧٢٥ فاكس ٢٨٤٢٧٣٥

رام اللـــــه : صندوق بريد ٢٣٨٢ هاتف ٢٩٨٤٣٠٤ فاكس ٢٩٨٤٣٠٣

JOURNAL of LAW AND THE JUDICIARY

Request from. Date / /

From Annual Subscription

☐ Enc. Chequ ( ) payable to the accountant of the Journal at **Jerusalem Development & Investment Bank** - Gaza. for the account # 615575 in U.S $

☐ Cash

Name :.....

Address :.....

.....

Signature

Local Subscription

20$ (per annum) for Jnd.

30$ (per annum) for Inst .

Extemal Subscription .

(per annumt postage and handling)

50$ for Ind .

60$ for Inst .

Address all correspondence to the chief editor and Judicial Journal .

Gaza - Tel. 2842725 - Fax 2842735
Ramallah - B.O.Box 2382 - Tel. 2984304 - Fax 2984303

شروط النشر في المجلة

١. ترحب المجلة بنشر الأبحاث والمقالات القانونية والقضائية التي تتوافر فيها الأصالة والمنهجية السليمة والملائمة باللغة العربية أو الإنجليزية من داخل فلسطين أو خارجها.

٢. يقدم الباحث نسخة مطبوعة من البحث مرفقا بها نسخة إلكترونية (ديسك كمبيوتر) مع ملخص باللغة العربية في حدود ١٠٠ كلمة ويفضل إرفاق ملخص باللغة الإنجليزية.

٣. ترجو المجلة من الكتاب أن يقرنوا مساهماتهم بتعريف عنهم.

٤. يعرض البحث المقدم للنشر في حال قبوله على متخصصين محكمين من الهيئة الاستشارية للمجلة لتقييم مدى صلاحيته للنشر، ويجوز لهيئة التحرير أن تطلب إجراء أية تعديلات على البحث بناء على توصية الهيئة الاستشارية.

٥. يفضل ألا تزيد صفحات البحث عن أربعين صفحة بما في ذلك الملاحق والمراجع.

٦. تحتفظ المجلة بحقها في الحذف أو التعديل بما لا يخل بجوهر البحث ويتلاءم مع أسلوب المجلة في النشر.

٧. المجلة غير ملزمة بنشر أو إعادة أية مادة تصل إليها.

٨. الأبحاث والمقالات التي تنشرها المجلة تعبر عن أراء أصحابها وحدهم.

٩. تزود المجلة صاحب البحث بنسخة واحدة من العدد الذي نشر فيه البحث.

١٠. تمنح هيئة تحرير المجلة مكافأة نقدية رمزية للبحوث التي تنشرها.

توجه جميع المراسلات إلى رئيس هيئة التحرير

ديوان الفتوى والتشريع

غـــــزة : فاكس ٢٨٤٢٧٣٥

رام اللـــه : صندوق بريد ٢٣٨٢ هاتف ٢٩٨٤٣٠٤ فاكس ٢٩٨٤٣٠٣

JOURNAL
of
LAW AND THE JUDICIARY

A Specialized Periodical Journal for Publishing legal, Judicial, and Legislative Researches

Chief Editor

Mr. Ibrahim Al-Daghma

Editorial Board

Dr. Abd Al-Kareem Al-Shami

Mr. Omar Ebeid

Mr. Mohammad Jenena

Mr. Walid Khaled Al-Zaini

Mr. Ouda Eriqat

JOURNAL
of
LAW AND THE JUDICIARY

A Specialized Periodical Journal for Publishing legal, Judicial, and Legislative Researches

Published By
Diwan Al Fatwa Wa al Tashri

Issue No. (12) June 2003