

مجلة
القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية والتشريعات



يصدرها

ديوان الفتوى والتشريع - وزارة العدل

مارس ٢٠٠١

العدد الثالث

مجلة قانونية محكمة

مجلة القانون والقضاء

دورية متخصصة بنشر البحوث القانونية والأحكام القضائية

الهيئة الاستشارية

الأستاذ فريح أبو مدين وزير العدل رئيساً

الأستاذ إبراهيم الدخمة رئيس ديوان الفتوى والتشريع نائباً

- | | |
|------------------------|----------------------------|
| ▪ الأستاذ حسن أبو لبدة | ▪ أ. د. أحمد مبارك |
| ▪ أ. د. موسى أبو ملوح | ▪ أ. د. سيف الدين البلعاوي |
| ▪ د. محمد أبو عمارة | ▪ القاضي خليل الشياح |
| ▪ د. نافع الحسن | ▪ القاضي إسحاق مهنا |
| ▪ الأستاذ فريد الجلال | ▪ الأستاذ مازن سيسالم |
| ▪ د. درويش الوحيدي | ▪ د. حنا عيسى |

رئيس التحرير المنشأ ابن اهير الدخمة

هيئة التحرير

الأستاذ محمد عمر عبيد

الأستاذ وليد الزيني

د. عبد الكريم الشامي

الأستاذ محمد جنيه

الأستاذ عودة عريقات

الإخراج والإشراف على تنفيذ الطباعة

محمد منذر كمال شعشاعة

المراجعة اللغوية

سالم أبو مهادي

الطباعة الإلكترونية

منى سامي الغصين

طباعة: النص حجاوي، نابلس هاتف ٢٣٨٠٨٦٥

محتويات العدد

كلمة العدد	
١	أبحاث ومقالات
٣	الولاية القضائية الجنائية الدولية د. أمين مكي مدني
٥٧	مصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين معين البرغوثي
١٠٧	أحكام الشرط الجزائي أ.د. موسى أبو ملوح
وثائق	
١٤٥	اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها
١٤٧	اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية
١٥٣	مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال ومعاقبة المجرمين
١٥٩	
تشريعات	
١٦٣	قانون الإحصاءات العامة
١٦٥	
قضايا وأحكام	
١٧٧	مدني - جزائي
أخبار قانونية	
١٩٣	
أعلام في القانون والقضاء	
١٩٧	

كلمة العدد

مع صدور هذا العدد (الثالث) من مجلة القانون والقضاء تكون المجلة قد أتمت عامها الأول من حيث استمرارية الصدور التي كانت في حد ذاتها مدعاة لقلق هيئة التحرير باعتبارها تجربة رائدة تستلزم تضافر جهود الباحثين في القانون الذين يزودون المجلة بدراساتهم وأبحاثهم والتي تتحدد من خلالها قيمة ومستوى المجلة، وكذا جهود القراء بالقراءة الواعية الناقدة. وبهذا الصدد تهيب هيئة التحرير بالأسرة القانونية في فلسطين أن تزود المجلة بأبحاث تطرق مواضيع جديدة تلمس أوضاعنا الحالية واحتياجاتنا المستقبلية، كما تهيب بالأخوة والأخوات القراء أن يدلوا بدلائهم فيما تنشره المجلة من أبحاث، فلا تقدم للفكر " القانوني " دون نقد وتمحيص. وسترحب هيئة التحرير بنشر ما يردها من آراء القراء نقداً كان أو تعليقا أو تصحيحاً لمعلومة في بحث، بهدف خلق التفاعل بين الباحثين والقراء، فاحتكاك الأفكار يولد الفكر الجديد. وترجو هيئة التحرير من جميع المشتركين أفراداً ومؤسسات تسديد اشتراكاتهم السنوية وفق القسائم المرفقة، وترحب بتلقي الاشتراكات الجديدة، دعماً لاستمرارية صدور المجلة.

هيئة التحرير



أبحاث ومقالات

الولاية القضائية الجنائية الدولية

محاسبة المسؤولين عن انتهاكات القانون الإنساني الدولي

في فلسطين

د. أمين مكي مدني*

تقديم :

ظلت المناداة بضرورة ملاحقة المسؤولين والضباط الإسرائيليين عما ارتكبه من جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب تتردد لدى الأوساط العربية غير الرسمية قبل قيام دولة الكيان الإسرائيلي بسبب ما ارتكبه من فظائع وانتهاكات ضد المواطنين العرب في دير ياسين وكفر قاسم وخلافها، مما أدى إلى إجبار الفلسطينيين على الهجرة والنزوح بعد تدمير قرأهم ومدنهم بالجرافات وإحلال المدن الإسرائيلية مكانها. بعد قيام الكيان الصهيوني استمرت الممارسات الإسرائيلية في هدم البيوت ومصادرة الأراضي وطرد المواطنين العرب لإحداث التغيير الديموغرافي وتمكين سيطرة الدولة الصهيونية بسند الولايات المتحدة والغرب بصفة عامة. ثم جاءت حرب ١٩٦٧ لتؤكد نوايا إسرائيل في التوسع الجغرافي والاستيطاني ليشمل الضفة الغربية وقطاع غزة وهضبة الجولان وسيناء، ثم عقب ذلك قرار ضم القدس، ثم احتلال جنوب لبنان لفترة فاقت العشرين عاماً.

ظلت السلطات الإسرائيلية وما زالت طوال فترة الاحتلال تمارس أبشع انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي من خلال الاستمرار في مصادرة الأراضي وهدم البيوت وإقامة وتوسيع المستوطنات على الأراضي العربية، وفرض القوانين الإسرائيلية على الأراضي المحتلة، وممارسات الاعتقال الإداري، والتعذيب، والمحاكم العسكرية، ومحاربة المواطنين في كسب قوتهم بممارسات

* مستشار فني أول - مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان - الأمم المتحدة.

الإغلاق والحصار، ومنع الدواء والمواد الغذائية، ونقل المرضى والجرحى إلى المستشفيات، وعزل المناطق عن بعضها البعض، وتهويد القدس بطرد المواطنين ونزع هويتهم ومنازلهم والترحيل القسري للسكان، إلى غير ذلك من الممارسات المخالفة للقانون الإنساني الدولي، خاصة اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة التي ظلت إسرائيل تنكر انطباقها على الأراضي المحتلة برغم قرارات مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة ولجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان والأطراف السامية الموقعة على تلك الاتفاقية، بانطباق الاتفاقية على الأراضي المحتلة وإلزام إسرائيل بمبادئ حماية المدنيين الواردة في الاتفاقية. كما شملت انتهاكات إسرائيل لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي مجازر أودت بحياة مئات إن لم يكن ألوف المواطنين في صبرا وشاتيلا وقصف قانا الذي أودى حتى بحياة موظفي الأمم المتحدة.

غير أن تلك الانتهاكات والإدانات في المحافل الدولية والإقليمية والتقارير الصادرة من المنظمات المحلية والدولية والمطالبة بضرورة ملاحقة ومحاسبة الإسرائيليين المسؤولين عن الانتهاكات ظلت تراوح مكانها ولم ترق إلى وضع استراتيجي أو خطة واضحة أو تحديد الخطوات اللازمة للارتقاء بتلك الإدانات والمطالبات إلى حيز الإجراءات القانونية بالنظر في إمكانية إعداد الملفات والوثائق والشهود والأحداث المحددة وتاريخ ومكان وزمان وقوعها، والأشخاص المسؤولين عن تنفيذها، وكيفية ومحل ملاحظتهم، ومكان تحريك الإجراءات ضدهم، لدرجة أن بعض الجهات الرسمية وغير الرسمية، والتي ينبغي أن تكون جهة الاختصاص، أو موقع القيادة السياسية والفكرية والقانونية، ظلت تطلق تلك الشعارات مع كل أحداث تقع وتتخبط بين تصريحات تنادي باللجوء إلى محكمة العدل الدولية والمحكمة الجنائية الدولية دون إدراك عما إذا كانت تلك هي الجهات المعنية أو كيفية

الوصول إليها أو المثول أمامها، ناهيك عن المادة التي ينبغي أن تقدم أمام تلك الجهات، حتى بافتراض أنها صاحبة الاختصاص.

في هذا السياق، قد تكون انتفاضة الأقصى التي تفجرت في الثامن والعشرين من أيلول ٢٠٠٠ نقطة فاصلة في هذا الصدد، فقد تداعت منظمات حقوق الإنسان العربية وغيرها في المطالبة بالملاحقة الجنائية للمسؤولين عن اغتيال مئات الفلسطينيين وجرح الألوف وهدم المباني وقصفها بواسطة الطائرات والدبابات والسفن الحربية والمدافع الرشاشة وصواريخ اللاو والهاون والغازات السامة وقنابل الدوم دوم المحظورة دولياً في مواجهة أطفال الحجارة مثل محمد الدرة طفل العاشرة الذي استشهد في حزن أبيه الذي كان يستصرخ قوات الاحتلال أن تبقى على حياة ابنه، فقتلت محمداً وبقي الأب الحسير ليعيش مشلولاً بقية أيامه. طالت المناداة بالملاحقة الجنائية لتصل لأول مرة إلى الجامعة العربية وإلى مؤتمر القمة العربي الطارئ الذي انعقد بالقاهرة في ٢١ أكتوبر ٢٠٠٠. كما أكد على ذلك اجتماع وزراء العدل العرب في اجتماعهم في نوفمبر ٢٠٠٠. وفي فلسطين أصدر الرئيس عرفات أمراً بتشكيل "اللجنة الوطنية للتوثيق" يناط بها مهمة جمع وتوثيق الانتهاكات والجرائم الإسرائيلية ضد الشعب الفلسطيني.

إزاء تلك الأوضاع ارتأى اتحاد المحامين العرب ضرورة إعداد دراسة قانونية عن الملاحقة الجنائية موضوعاً وإجراءات، حتى يتسنى للجهات المعنية المختلفة البدء في اتخاذ الخطوات اللازمة من أجل العمل الجاد لتحقيق تلك الغاية. شرف السيد الأمين العام لاتحاد المحامين العرب الكاتب بمهمة إعداد هذه الورقة لوضعها أمام المكتب الدائم للاتحاد لعرضها أمام الزملاء المحامين لتناولها أساساً للبحث والدراسة والتفويج وإثرائها بكفاءاتهم وخبراتهم للعون في وضع الأسس السليمة للملاحقة القضائية لمرتكبي الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب بحق المواطنين العرب في الدول العربية المعنية.

انصب منهج الدراسة على توضيح الآليات القانونية الدولية المختلفة، ومدى جدواها أو إتاحتها أو غير ذلك في مجال الملاحقة الجنائية، ثم تناولت الولاية القضائية الدولية بالتفصيل باعتبارها الصيغة الأمثل من ناحية الواقع حيث التعريف بها ومقتضياتها، ثم عرضت الورقة على مسألة إعداد ملفات القضايا والتوصيات والإرشادات الصادرة من عدة منظمات دولية، وخلصت في الختام إلى تقديم بعض التوصيات. من المتوقع أن تقوم ندوة المكتب الدائم بدراستها وتمحيصها وإثرائها للخروج بما ينبغي اتخاذه من خطوات أو توجيهات إرشادية في شأن ملاحقة مرتكبي الانتهاكات من مدنيين وعسكريين إسرائيليين.

محكمة العدل الدولية

محكمة العدل الدولية محكمة أنشئت بموجب ميثاق الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٥ كأحدى مؤسسات المنظمة الدولية الرئيسية شأنها شأن مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الوصاية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والأمين العام للمنظمة.

تنص المادة ٣٤ للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الخاصة باختصاصها على أن "الدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة". يتضح من هذا النص أن اختصاص المحكمة يقتصر فقط على النزاعات التي تقع بين الدول وعليه ليس من سبيل لولاية المحكمة في أية دعوى مرفوعة ضد أشخاص بعينهم أو مجموعات حتى وإن كانوا يتولون مناصب رسمية في دولة أو أخرى. نخلص من ذلك أن محكمة العدل الدولية لا تعيننا في ما نحن بصدده.

الأفعال المخالفة للقانون الإنساني الدولي

خلفية تاريخية :

تطور تدوين القانون الإنساني الدولي ضمن القانون الدولي العام عبر مراحل عديدة، ابتداء باتفاقية جنيف لسنة ١٨٦٤ وانتهاء بالبروتوكولين الإضافيين

الصادرين في ١٩٧٧ الملحقين باتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩. فاتفاقية سنة ١٨٦٤ تم إبرامها في مؤتمر دعت له الحكومة السويسرية بهدف تحسين حال العسكريين الجرحى في الميدان، خاصة من حيث الخدمات الصحية وحماية المتطوعين المدنيين العاملين في مجال الإغاثة وحمل شارة "الصليب الأحمر". بعد ذلك تم توقيع اتفاقية جنيف لعام ١٩٠٦ التي جاءت مكملة للاتفاقية الأولى، وأضافت أحكاماً خاصة بالعناية بالعسكريين المرضى والجرحى. بعد الحرب العالمية الأولى أصبح من الضرورة تطوير وتوسيع نطاق الاتفاقيتين السابقتين من خلال توسيع الحماية التي يوفرها القانون الدولي لتشمل ضحايا النزاع المسلح، وكان نتاج ذلك إبرام اتفاقيتي جنيف لعام ١٩٢٩ بجهد من اللجنة الدولية للصليب الأحمر. عنيت الاتفاقية الأولى بمراجعة اتفاقية ١٩٠٦ بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى، وأولت اهتماماً خاصاً بالطيران الصحي والإسعاف وإضافة شارة "الهلال الأحمر" والأسد والشمس الأحمرين إلى الصليب الأحمر. أما الاتفاقية الثانية، فقد عنيت لأول مرة بمسألة أسرى الحرب التي كانت تخضع من قبل للاتفاقيات الثنائية بين الدول المتحاربة. كما أن موضوع أسرى الحرب أثار اهتماماً كبيراً أبان الحرب العالمية الأولى نتيجة الظروف القاسية والمعاناة التي تعرض لها الأسرى. فتناولت الاتفاقية معالجة الأمور المتعلقة بحياة الأسير وحاجته للحماية والرعاية وحسن المعاملة. كما أفردت الاتفاقية نصاً لإنشاء وكالة تختص بجمع المعلومات عن الأسرى وأحوالهم واتصالهم مع أهلهم وذويهم. هكذا سعى القانون الإنساني الدولي إلى وضع الاعتبارات ذات الطابع الأخلاقي والإنساني في مرتبة القانون الدولي والالتزام به.

كانت تجربة الحرب العالمية الثانية تجربة قاسية وأليمة فرضت على المجتمع الدولي وضع أسس وقواعد جديدة شاملة كل نواحي الحرب وتداعياتها. من أجل هذا دعت الحكومة السويسرية إلى مؤتمر دولي انعقد في عام ١٩٤٩ توصل إلى إبرام اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩ تلبية للضرورات التي أفرزتها الحرب العالمية الثانية. عنيت الاتفاقية الأولى بتحسين حالة الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، والثانية بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، والثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب. أما

الاتفاقية الرابعة، والتي تهمنا بشكل خاص في هذه الدراسة، فقد عنيّت بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، وسنعرض لها بتوسع لاحقاً، هي وبروتوكول الإضافي الثاني لسنة ١٩٧٧ الملحق بها والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، أي التي تدور داخل حدود إقليم الدولة.

هناك أيضاً ما يعرف في القانون الإنساني الدولي ب"مبادئ لاهاي"، وهي اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٧ وبروتوكول ١٩٢٥ حول منع المتقاتلين من إحداث أضرار لا تتناسب مع الغرض من النزاع المسلح، ومنع استخدام الأسلحة الكيميائية. كذلك اتفاقية سنة ١٩٥٤ لحماية الأعيان الثقافية زمن الحرب واتفاقية سنة ١٩٨٠ بشأن حظر استخدام بعض الأسلحة التقليدية، غير أن الفرق بين قانون جنيف وقانون لاهاي لم يعد ذي جدوى في وقتنا المعاصر، إذ أن بروتوكول ١٩٧٧ الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لسنة ١٩٤٩ تضمن قواعد شملت القانونين معاً.

تبقى كلمة أخيرة عن إلزامية قواعد القانون الإنساني الدولي التي تم الاتفاق على أنها قواعد أمرّة Jus cogens وهي، وفق التعريف الذي ورد في المادة ٥٣ من اتفاقية فينا الخاصة بالمعاهدات الدولية، قواعد لا يجوز انتهاكها أو تعديلها، إلا عن طريق قاعدة جديدة لها الطابع نفسه. كما ينبغي أن نأخذ بعين الاعتبار أهمية إلزام الدول جميعها، دونما اعتبار لانضمامها أو تحفظها على بعض بنود الاتفاقية هذه أو تلك، بمبادئ العرف الدولي كأحد مصادر القانون الإنساني الدولي.

١. مبادئ نورمبرج

فور انتهاء الحرب العالمية الثانية أجمع الحلفاء على ضرورة محاكمة مجرمي الحرب الذين ارتكبوا جرائم مخالفة للقانون الدولي وأعمالاً ضد الإنسانية من الألمان النازيين (محاكمة نورمبرج) ومن اليابانيين (محاكمة طوكيو) ممن ارتكبوا تلك الجرائم. وقع الحلفاء في ٨ أغسطس ١٩٤٥ على النظام الأساسي للمحكمة الدولية الذي حدد الجرائم المخالفة للقانون الدولي على النحو التالي^١:

^١ بتاريخ ١١/١٢/١٩٤٦ أيدت الجمعية العامة للأمم المتحدة تلك المبادئ والحكم الذي أصدرته

أ. جرائم ضد السلم: وتشمل التخطيط والإعداد والبدء في حرب عدوانية أو حرب مخالفة للمعاهدات والاتفاقيات والالتزامات الدولية، والمشاركة في خطة مشتركة أو مؤامرة لتحقيق أي من الأغراض السابقة.

ب. جرائم الحرب: الإخلال بقوانين وأعراف الحرب، بما في ذلك القتل العمد، المعاملة اللاإنسانية، نقل السكان المدنيين بغرض العبودية أو السخرة أو لأي غرض آخر، قتل وسوء معاملة أسرى الحرب والرهائن، الاستيلاء على الممتلكات العامة والخاصة، تدمير المدن والقرى أو تخريبها غير المبرر بضرورات الحرب.

ج. الجرائم ضد الإنسانية: القتل والإبادة والاسترقاق والإبعاد، وأي أفعال غير إنسانية تستهدف السكان المدنيين والاضطهاد بناء على أسباب سياسية أو عرقية أو دينية، إذا ما تم ارتكاب تلك الأفعال تحقياً أو بصله إلى أي جريمة ضد السلم أو أي جريمة حرب.

حدد نظام المحكمة الأساسي، الذي اتفق عليه الحلفاء، طريقة تكوين المحكمة وعدد قضاتها ونطاق اختصاصها. وجاء في المادة (٧) أن الوظيفة الرسمية للمتهم، سواء كان رئيساً للدولة أو أحد المسؤولين في أقسامها، لا تعفيه من المسؤولية أو تكون سبباً لتخفيف العقوبة عليه. كما تنص المادة (٨) على أن ادعاء المتهم بأنه قام بفعله تنفيذاً لأوامر الحكومة أو أوامر رئيسه لا يعفيه من المسؤولية، وربما كانت سبباً لتخفيف الحكم إن رأت المحكمة أن مبادئ العدالة تقتضي ذلك.

إذا توقفنا برهة عند تعريف الجرائم المخالفة للقانون الدولي، حسب ما ورد وصفها في الفقرات (أ) إلى (ج) أعلاه، نجد أن ليس هناك من شك في أن "الجرائم ضد السلم" و "جرائم الحرب" قصد بها تحديداً تجريم الأفعال التي تحدثت في حالة النزاع المسلح أو الاحتلال أو الحرب بين دولتين. أما "الجرائم ضد الإنسانية"، فقد تمت إضافتها إلى ميثاق نورمبرج، إضافة للجرائم ضد السلم وجرائم الحرب، لتشمل الجرائم التي وقعت داخل ألمانيا ضد المواطنين الألمان وضد الأجانب بواسطة السلطات النازية. من هذا المنطلق فالجرائم ضد الإنسانية قصد بها الأفعال الإجرامية التي لا علاقة لها بالنزاع المسلح، وهذا ما أكدته مجلس الحلفاء بالقانون رقم ١٠ الصادر في ٢٠ ديسمبر ١٩٤٥، وما أكدته لجنة القانون الدولي والجمعية

العامّة للأمم المتحدة خاصّة عند إعدادها لاتفاقية منع الإبادة الجماعية لسنة ١٩٤٨ التي تعرف "الإبادة"، كإحدى الجرائم ضد الإنسانية سواء تم ارتكابها وقت الحرب أو السلم. تجدر الإشارة إلى أن محكمة الاستئناف الخاصة بجرائم الحرب في يوغسلافيا السابقة قررت مؤخراً، في محاكمة "دسكوتاديك"، أن القانون العرفي الدولي قد استقر على أن الجرائم ضد الإنسانية لا يشترط أن تكون ذات صلة بالنزاعات المسلحة.

هكذا يقفل الباب تماماً أمام الدول التي تسعى لحجب المجتمع الدولي عن النظر في الانتهاكات الجسيمة ضد الإنسانية التي تقع داخل تلك الدول، حتى وإن لم تكن لتلك الانتهاكات أي صلة بالحروب أو النزاعات المسلحة بين دولتين أو أكثر. لعل الأمر الأكثر أهمية في محاكمات نورمبرج وطوكيو بالنسبة للقانون الجنائي الدولي هو التأكيد، ولأول مرة، على مبدأ المسؤولية الشخصية عن بعض الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي المتصلة بالنزاعات المسلحة، فضلاً عن جرائم الحرب والجرائم ضد السلام والجرائم ضد الإنسانية، الأمر الذي يسر على المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في جنيف بعد ذلك بأربعة أعوام الاتفاق على اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩، خاصة فيما يخص النزاعات غير ذات الطابع الدولي التي تقع داخل إقليم الدولة الواحدة.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أقرت في ديسمبر ١٩٧٣ مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم الأشخاص المدنيين المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، والتي تنص على ضرورة أن تكون تلك الجرائم، أياً كان المكان التي ارتكبت فيه، موضع تحقيق، ويكون المتهمون بارتكابها محل تعقب وتوقيف ومحاكمة وعقاب إن ثبتت إدانتهم. كما نصت المبادئ على ضرورة تعاون الدول، بعضها مع الآخر، على أساس ثنائي ومتعدد الأطراف على وقف تلك الجرائم واتخاذ التدابير اللازمة لذلك على الصعيدين الداخلي والدولي.

٢. اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩

بصفة عامة، وكما أسلفنا، مر القانون الإنساني الدولي بمراحل متعددة في تكوينه قبل أكثر من مئة عام، بدءاً باتفاقية جنيف لسنة ١٨٦٤ وانتهاءً بالبروتوكولين

الصادرين في سنة ١٩٧٧ والملحقين باتفاقيات جنيف الأربع. وتعتبر اتفاقيات جنيف الأربع اليوم أساس القانون الإنساني الدولي أو المبادئ الإنسانية في قانون الحرب. وكما أشرنا سالفاً عنيت الاتفاقية الأولى بتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، والثانية بتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، والثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، والرابعة بشأن حماية المدنيين في وقت الحرب، وهي الاتفاقية التي تهتمنا بالأساس في هذه الدراسة.

اتفاقية جنيف الرابعة والنزاعات المسلحة الداخلية

يتضح مما تقدم أن ما يعنينا في موضوع دراستنا هي اتفاقية جنيف الرابعة المعنية بحماية المدنيين في زمن الحرب والنزاعات المسلحة. تحتل هذه الاتفاقية الأهمية الأكبر في مجال القانون الإنساني الدولي، وقد انضمت إليها أكثر من ١٨٨ دولة حتى الآن بما فيها إسرائيل وتعنى الاتفاقية بالأساس بحماية المدنيين في النزاعات المسلحة بين الدول الأطراف في الاتفاقية، وتفرض عليهم التزامات عديدة بشأن المدنيين أثناء وبعد انتهاء الحروب والاحتلال والنزاعات المسلحة.

ما يعنينا على وجه الخصوص في مجال هذه الدراسة ليس الحروب والنزاعات المسلحة بين الدول الأطراف في الاتفاقية، أي بين دولتين أو أكثر، إنما النزاعات المسلحة الداخلية في بلد واحد بين قوات الاحتلال وقوات أخرى مسلحة أو المواطنين من ثوار ومناضلين أو متمردين أو انفصاليين أو خوارج. فالاتفاقية الرابعة لا تهتم بصفة أو طبيعة الحرب أو هوية أطرافها، بقدر ما تهتم بالحماية الإنسانية للمدنيين في تلك الأحداث. من هذا المنطلق أولت الاتفاقية، والبروتوكول الإضافي الثاني لسنة ١٩٧٧، عناية خاصة بمسألة النزاعات المسلحة الداخلية. فالمادة الثالثة المشتركة في كل من اتفاقيات جنيف الأربع تنص على ما يلي: "في حال قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية:

١. الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال

معاملة إنسانية، دون تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر. لهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن:

أ. الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب.

ب. أخذ الرهائن.

ج. الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

د. إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكياً قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظم الشعوب المتقدمة.

٢. يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم. ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع. وعلى أطراف النزاع أن تعمل وفق ذلك، عن طريق اتفاقيات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها. وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع".

يتضح مما تقدم أن الاتفاقية أولت اهتماماً خاصاً بالنزاعات الداخلية التي تنور داخل الإقليم الواحد، حسب ما ورد في إشارة النص على تعبير "نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أرض أحد الأطراف السامية". فالمادة الثالثة المشتركة في الاتفاقيات الأربع ليست معنية بالحروب والنزاعات بين دولتين، بل بالنزاعات داخل الإقليم الواحد. كما يؤكد النص على "كل طرف في النزاع"، إذ أن جميع نصوص الاتفاقيات الأربع الأخرى، والمعنية بالنزاعات المسلحة الدولية، تشير إلى "الأطراف السامية المتعاقدة"، أي الدول المصادقة عليها، وليس "أطراف النزاع" كما ورد في المادة الثالثة. هذا علماً بأن المادة نفسها لا تعرف النزاع المسلح غير الدولي، بل تعتبره ظاهرة موضوعية ينبغي إيلاء الاهتمام اللازم بتبعاتها ونتائجها فيما يخص حماية المدنيين، دونما اعتبار لأسباب وطبيعة وأطراف النزاع المسلح.

وقد ورد تعريف في اجتهاد أحد الكتاب أن النزاعات المسلحة الداخلية هي "تلك التي تخوض فيها القوات المسلحة لدولة ما مواجهة مع فئة أو بعض الفئات داخل ترابها الوطني".^٢

البروتوكول الإضافي الثاني لسنة ١٩٧٧

أما البروتوكول الإضافي الثاني الملحق بالاتفاقيات، والذي صدر في سنة ١٩٧٧، فقد اقتصر على النزاعات المسلحة الداخلية. وواقع الأمر أن الغرض الوحيد منه كان تطوير وتكملة المادة الثالثة المشتركة، ليطبق على النزاعات المسلحة "التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة، بين قواته المسلحة وقوات مسلحة مستقلة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة" وفق ما جاء في المادة (١) من البروتوكول. يستثني البروتوكول في نفس المادة صراحة "حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية، مثل الشغب وأعمال العنف العرضية الندرى ومن الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد منازعات مسلحة".

وقد جاء البروتوكول الإضافي الثاني لتكملة وتطوير حماية المدنيين في حالات النزاع المسلح بصورة أوفى مما ورد في المادة الثالثة من اتفاقية جنيف الرابعة، وذلك على النحو التالي:

المعاملة للإنسانية :

نصت الفقرة الأولى من المادة (٤) من البروتوكول على توفير ضمانات أساسية لجميع الأشخاص الذين لا يشتركون بصورة مباشرة، أو الذين توقفوا عن الاشتراك في الأعمال العدائية، سواء قيدت حريتهم أم لم تقيد. وتتمثل هذه الضمانات في احترام أشخاصهم وشرفهم ومعتقداتهم وممارستهم لشعائرهم الدينية، ووجوب معاملتهم في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون تمييز، ويحظر إصدار أوامر بعدم إبقاء أحد على قيد الحياة. أما الفقرة الثانية من ذات المادة، فتؤكد على ما ورد في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع، التي سبقت الإشارة إليها، في حظر الاعتداء على الحياة والصحة والسلامة البدنية أو العقلية، لا سيما القتل والمعاملة

^٢ عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الإنساني الدولي، تونس ١٩٩٧، ص ٣٧.

القاسية كالتعذيب أو التشويه، وأخذ الرهائن، والاعتداء على الكرامة الشخصية، وإصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون محاكمة.

وتعني الفقرة الثالثة من المادة (٤)، بصفة خاصة، بالأطفال وضرورة توفير الرعاية لهم بقدر ما يحتاجونه خاصة التعليم والتربية الدينية والخلقية، ومنع تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة في العمل المسلح أو العدائي، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتسهيل جمع الأسر المشتتة وإجلاء الأطفال عن المناطق التي تدور فيها الأعمال العدائية.

الأسرى والمعتقلون :

يولي البروتوكول اهتماماً خاصاً بالأسرى والأشخاص الذين حرّموا من حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع، سواء كانوا معتقلين أو محجوزين. فيكفل لهم العناية الصحية والطعام والوقاية ضد قسوة المناخ وأخطار النزاع المسلح. كما يكفل لهم حق تلقي الغوث، وممارسة الشعائر الدينية، وفصل النساء عن الرجال، وإرسال وتلقي الخطابات، وضمان سلامتهم عند إطلاق سراحهم.

المحاكمات الجنائية :

تسعى المادة (٦) من البروتوكول على تأكيد سيادة حكم القانون ومبادئ العدالة، وإرساء قواعد حقوق الإنسان في المحاكمات الجنائية التي تجري في الحالات المرتبطة بالنزاعات المسلحة، وذلك بتوفير الضمانات التالية:

١. منع إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون محاكمة مسبقة من قبل محكمة مستقلة محايدة.

٢. إخطار المتهم دون إبطاء بالتهمة الموجهة إليه وكفالة حقه في الدفاع.

٣. عدم إدانة أي شخص إلا على أساس المسؤولية الفردية، ومنع العقاب عن فعل الغير أو العقاب الجماعي.

٤. عدم رجعية القوانين وعدم جواز توقيع عقوبة أشد من العقوبة السارية وقت ارتكاب الجريمة.

٥. حق المتهم في أن يحاكم حضورياً.

٦. عدم إجبار شخص على الشهادة على نفسه أو الإقرار بأنه مذنب.

٧. تنبيه الشخص المدان إلى طرق الطعن والاستئناف.

٨. منع تنفيذ حكم الإعدام على من هم دون الثامنة عشرة وقت ارتكاب الجريمة أو على النساء الحوامل أو أمهات صغار الأطفال.

حماية السكان المدنيين :

بما أن الغرض الأساسي للبروتوكول هو تكملة اتفاقية جنيف الرابعة المعنية بحماية المدنيين في أوقات النزاعات المسلحة، فقد نصت المادة (١٣) من البروتوكول بصفة عامة على ضرورة تمتع المدنيين بحماية عامة من الأخطار الناجمة عن الأعمال العسكرية. وإضافة فاعلية على هذه الحماية تلزم المادة الأطراف المتعاقدة بحماية الأشخاص والسكان المدنيين، بوصفهم هذا، من أن يكونوا محلاً للهجوم، وتحظر أعمال العنف أو التهديد بالعنف الرامية إلى بث الذعر بين المدنيين. كما تحظر المادة (١٤) تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتل أو مهاجمة أو تدمير أو تعطيل الأعيان التي يحتاجها المدنيون للبقاء على قيد الحياة، وكذلك المواد الغذائية والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وأشغال الري. وتحظر المادة (١٦) ارتكاب الأعمال العدائية ضد الآثار التاريخية وأماكن العبادة، أو استخدامها في دعم المجهود الحربي. وتجزئ المادة (١٨) لجمعيات الغوث الكائنة في الإقليم تقديم خدماتها لضحايا النزاع المسلح، خاصة الأغذية والخدمات الطبية.

أخيراً، يولي البروتوكول اهتماماً خاصاً لحظر الترحيل القسري للمدنيين لما لذلك من آثار خطيرة على حياة السكان وإبعادهم عن ديارهم وذويهم ومصادر رزقهم وثقافتهم. فالمادة ١٧ من البروتوكول تنص على ما يلي:

١- لا يجوز الأمر بترحيل السكان المدنيين، لأسباب تتصل بالنزاع، ما لم يتطلب ذلك أمن الأشخاص المدنيين المعنيين أو أسباب عسكرية ملحة. وإذا ما اقتضت الظروف إجراء مثل هذا الترحيل، يجب اتخاذ كافة الإجراءات الممكنة لاستقبال السكان المدنيين في ظروف مرضية من حيث المأوى والأوضاع الصحية الوقائية والعلاجية والسلامة والتغذية.

٢- لا يجوز إرغام الأفراد المعنيين النزوح من أراضيهم لأسباب تتصل بالنزاع.

الأشخاص المعنيين بالحماية :

توضح المادة الثالثة من الاتفاقية الأشخاص الذين يهدف القانون حمايتهم، وهم أولئك الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية، بمن فيهم الجنود الذين تخلوا عن السلاح والعاجزين عن القتال لأي سبب، ويشمل ذلك بالأساس المدنيين الذين يزاولون حياتهم العادية في المدن والقرى والمزارع والغابات، والذين لا دور لهم في النزاع المسلح بأي صورة من الصور. وتؤكد المادة (٤٧) من الاتفاقية حق الأشخاص الذين يوجدون في أي إقليم محتل بالانتفاع بالحماية التي تكفلها الاتفاقية.

تنفيذ الاتفاقية :

أخيراً، فيما يخص تنفيذ الاتفاقية والبروتوكول أو تطبيقهما في حال حدوث انتهاك لهما، وقياساً على ما جاء في المادة ١٤٦ من الاتفاقية، فإن الوضع الأمثل أن تقوم كل دولة طرف في الاتفاقية باتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة، وإصدار القوانين والنظم الملائمة لمحاكمة ومعاقبة الأشخاص الذين يقترفون أو يأمرؤن باقتراح أي من الأفعال التي تحظرها المادة الثالثة المشتركة أو المادة الرابعة من البروتوكول أياً كانت جنسيتهم. كما تلتزم الدولة المعنية بملاحقة المتهمين بارتكاب الأفعال ومحاكمتهم أو تسليمهم إلى طرف آخر معني لمحاكمتهم، متى ما توفرت أدلة اتهام كافية.

أما آلية تنفيذ الاتفاقية على الصعيد الدولي، فقد تركته اتفاقيات جنيف للأطراف السامية المتعاقدة لاتخاذ الإجراءات المناسبة لمعاقبة مرتكبي الانتهاكات. وواقع الحال أن المجتمع الدولي لم يصل بعد إلى آلية دائمة ومحددة للعناية بهذا الأمر على الصعيد الدولي. ومن الضرورة الإشارة هنا إلى مؤتمر الأطراف السامية الذي انعقد في جنيف في ١٥ يولييه ١٩٩٩، بناء على دعوة الجمعية العامة للأمم المتحدة لتلك الأطراف لعقد مؤتمر دولي للنظر في انتهاكات إسرائيل لاتفاقية جنيف الرابعة في الأراضي الفلسطينية المحتلة. على الرغم من أن ذلك المؤتمر كان أول اجتماع لأطراف الاتفاقية خلال الخمسين سنة من عمرها، وعلى الرغم من أن المؤتمر قد أكد على انطباق اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، فقد فشلت الأطراف في اتخاذ أي إجراء، بسبب الضغوط الأمريكية

والإسرائيلية من منطلق إعطاء رئيس الوزراء المنتخب آنذاك إيهود باراك فرصة للمضي قدما في مفاوضات السلام.

إنشاء محكمة دولية جنائية بموجب الاتفاقية :

باستقراء نص المادة ١٤٦ التي تلزم الأطراف المتعاقدة على ملاحقة المتهمين بارتكاب الانتهاكات في مخالفة الاتفاقية وتقديمهم للمحاكمة أو تسليمهم إلى طرف متعاقد آخر معني لمحاكمتهم، يمكن القول بأن الأطراف المتعاقدة يحق لها أيضا إنشاء محكمة أو محاكم دولية في أي وقت وأي مكان لمحاكمة مرتكبي تلك الانتهاكات انطلاقا من حق الدول الأطراف في محاكمتهم داخل أقاليمهم أو تسليمهم إلى دول أخرى. ولعل هذا التفسير، إن صحت حجته، أن يكون الحل الأمثل إذ أنه، بخلاف المحاكم الدولية المؤقتة التي يكونها مجلس الأمن، يتجاوز عقبة استعمال حق النقض الذي قد تلجأ إليه الدول دائمة العضوية لا لسبب سوى سعيها لغرض الحماية السياسية والقانونية للكيان الإسرائيلي. غير أننا لا ينبغي أن نهمل النفوذ السياسي الهائل للولايات المتحدة وقدرتها التأثير على الأطراف المتعاقدة كما اتضح جليا عند عرقلتها لمؤتمر الأطراف السامية المتعاقدة الذي انعقد بجنيف في ١٥ يولييه ١٩٩٩، ذلك المؤتمر الذي انعقد لبضع دقائق ثم انفض بعدم اتخاذ أية إجراءات ضد إسرائيل بذريعة منح محادثات السلام فرصة عقب انتخاب باراك بدلا عن ناتياهو رئيسا للوزراء. وها هي قد مرت فترة قاربت العام ونصف اتضح أثناءها ضعف فرص السلام وتفجرت نتيجة ذلك انتفاضة القدس ونزيف الشعب الفلسطيني دون أن يخطر على بال الأطراف المتعاقدة مجرد التفكير في عقد المؤتمر الذي تم تأجيله العام الماضي. على الرغم من ذلك يظل احتمال تشكيل محكمة دولية خاصة مؤقتة بواسطة الدول الأطراف في اتفاقية جنيف الرابعة خيارا قائما من الناحية القانونية البحتة.

من أجل هذه الأسباب كانت الوسيلة التي اتبعتها المجتمع الدولي في بعض الأحيان هي اللجوء إلى مجلس الأمن لتكوين محاكم خاصة ومؤقتة Adhoc لمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية أسوة بما حدث في محاكمات نورمبرج وطوكيو عقب الحرب العالمية الثانية، والمحكمتين الدوليتين اللتين أنشأهما مجلس الأمن في التسعينات لمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم الحرب

والجرائم ضد الإنسانية في كل من يوغسلافيا السابقة ورواندا التي سيرد الحديث عنها لاحقاً.

في هذا الصدد يأتي أيضاً مشروع تأسيس المحكمة الجنائية الدولية، الذي سنعرض له لاحقاً، كبادرة جديدة لإيجاد وسيلة قضائية دائمة تتولى هذه المهمة الصعبة، وضمان عدم إفلات المجرمين، من الحكام والمسؤولين الذين يضطهدون شعوبهم، من يد العدالة.

٣. العهود الدولية الخاصة :

فضلاً عما تقدم ذكره عن مبادئ نورمبرج واتفاقية جنيف الرابعة والبروتوكول الإضافي الثاني، رأى المجتمع الدولي أن الضرورة تقتضي إصدار موثيق واتفاقيات وإعلانات دولية خاصة تفصل وتحدد بوضوح تعريف بعض جرائم القانون الدولي وعناصرها، وتلزم الدول بحظرها وإصدار تشريعات وطنية لملاحقة ومسائلة ومعاقبة مرتكبيها، وتحقيق التعاون بين الدول لتحقيق تلك الأهداف. يقتضي الأمر إذا استعراض تلك الاتفاقيات والإعلانات حتى تكتمل صورة ما عرف بالقانون الإنساني الدولي، وذلك على النحو التالي:

أ- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة :

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم ٤٦/٣٩ بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٨٤ اتفاقية مناهضة التعذيب، باعتبار الحماية من التعذيب من الحقوق غير القابلة للانتقاص في أي الأوقات وبأي الأسباب، حتى في حالات الطوارئ والظروف الاستثنائية، كما جاء في نص المادة (٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

تعرف المادة الأولى من الاتفاقية "التعذيب" كما يلي:

"١- لأغراض هذه الاتفاقية، يقصد "بالتعذيب" أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث أو تخويله أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث، أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب

لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية. ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها.

٢- لا تخل هذه المادة بأي صك دولي أو تشريع وطني يتضمن أو يمكن أن يتضمن أحكاما ذات تطبيق أشمل."

هكذا جاء التعريف صريحا وواضحا، بما لا يحتاج إلى اجتهاد أو إضافة فيما يخص طبيعته أو الغرض من ورائه. كما لا يوجد أي غموض في أن التعريف يشمل التحريض والموافقة على التعذيب أو التستر والسكوت عليه من جانب الموظفين الرسميين.

وتمنع المادة الثانية من الاتفاقية التذرع بأي ظروف استثنائية مهما كانت، سواء كانت حالة حرب أو تهديد بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي أو حالات الطوارئ العامة، كمبرر للتعذيب. ففي هذا الصدد تؤكد تلك المادة ما جاء في المادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تجيز تعليق بعض الحقوق الواردة في العهد نفسه "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة"، على أن يكون ذلك في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع. غير أن تلك المادة تحظر فرض قيود، حتى في حالات الطوارئ، على بعض الحقوق التي تعتبر غير قابلة للانتقاص مهما كانت الظروف والدواعي. وتشمل تلك الحقوق غير القابلة للانتقاص: الحق في الحياة، منع التعذيب، منع الاسترقاق والعبودية، السجن لعدم الوفاء بالتزام تعاقدية، منع رجعية القوانين، الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية للإنسان، وحرية الفكر والوجدان والدين.

يتضح من هذه النصوص أن الحماية من التعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية والحاطة بالكرامة تعتبر من الحقوق التي لا يجوز الانتقاص منها في أي زمان أو مكان أو بأية ذرائع أو دعاوى، حتى في حالات الحرب والظروف الاستثنائية الأخرى.

تواصل المادة الثانية من اتفاقية منع التعذيب لتتص على رفض التذرع بالأوامر الصادرة عن موظفين أعلى مرتبة أو سلطة عامة كمبرر للتعذيب، الأمر الذي

يعني أن الجهة التي أصدرت الأمر بالتعذيب والجهة التي قامت بتنفيذه تكونان عرضة للعقاب، كما أن مخالفة الأوامر العليا بتعذيب إنسان، مثلها مثل أي أوامر أخرى مخالفة للقانون، لا يترتب عليها أية مسؤولية جنائية أو إدارية تجاه الشخص الذي يخالف تلك الأوامر العليا.

تجدر الإشارة أيضا إلى المادة (٦) من "مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن"، والتي اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٩ ديسمبر ١٩٨٨. تنص المادة المذكورة على ما يلي:

" لا يجوز إخضاع أي شخص يتعرض لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ولا يجوز الاحتجاج بأي ظرف كان كمبرر للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة".

كما أن المادة (٥) من "مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين"، التي اعتمدها الجمعية العامة بتاريخ ١٧ ديسمبر ١٩٧٩ تنص على ما يلي:

"لا يجوز لأي موظف من الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يقوم بأي عمل من أعمال التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، أو أن يحرض عليه أو يتغاضى عنه، كما لا يجوز لأي من الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يتذرع بأوامر عليا أو بظروف استثنائية كحالة الحرب، أو التهديد بالحرب، أو إلحاقه الخطر بالأمن القومي، أو تقلقل الاستقرار السياسي الداخلي، أو أية حالة أخرى من حالات الطوارئ العامة، لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة".

تلزم اتفاقية منع التعذيب الدول الأطراف أيضا باتخاذ الإجراءات التشريعية والإدارية والقضائية الفعالة لمنع أعمال التعذيب، واعتبارها جرائم بموجب قانونها الجنائي تستوجب العقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة. كما تلتزم الدولة بأن تضمن لأي فرد يدعى أنه تعرض للتعذيب الحق في أن يرفع شكواه إلى سلطاتها المختصة وفي أن تنظر هذه السلطات في حالته على وجه السرعة وبنزاهة، وتتعهد بضمان حماية الشاكي والشهود من كافة أنواع المعاملة

السيئة أو التخويف نتيجة شكواه أو لأية أدلة تقدم. وفي حالة طلب دولة أخرى تسليم المتهمين بالتعذيب لمحاكمتهم، فعلى الدولة التي يوجد بها المتهم محاكمته أمام محاكمها أو تسليمه للدولة التي تطالب به، حسب ما حدد لورد ويلكنسون القاضي الرئيس في محاكمة بنوشيه "aut dederaut punire". كما تلتزم الدولة بإنصاف من يتعرض للتعذيب، وتمتعه بحق قابل للتنفيذ في تعويض عادل ومناسب بما في ذلك وسائل إعادة تأهيله على أكمل وجه ممكن. وفي حال وفاة المعتدى عليه نتيجة عمل من أعمال التعذيب، يكون للأشخاص الذين كان يعولهم الحق في التعويض.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن المادة (١٥) من الاتفاقية تلزم الدول الأطراف بعدم الاستشهاد بأية أقوال يثبت أنه تم الإدلاء بها نتيجة للتعذيب، كدليل في أية إجراءات. لا بد من الإشارة هنا إلى ممارسات التعذيب "الضغط الجسدي المعتدل" في إسرائيل والتي أضفت عليها الشرعية لجنة لاندوا في تقريرها لسنة ١٩٨٧ وعلى الرغم من حكم المحكمة العليا الإسرائيلية القاضي بعدم جواز الممارسة إلا أن حكم المحكمة نفسها قضت بأن على الحكومة الإسرائيلية إن أرادت أن تصدر قانوناً يبرر ممارساتها. وعلى الرغم من أن هذا القانون لم يصدر فقد أعلن النائب العام الإسرائيلي صراحة أنه لن يتم تقديم أي من رجال الأمن للمحاكمة بتهمة التعذيب في أي الأحوال.

ب- اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها :

صدرت اتفاقية منع الإبادة الجماعية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٩ ديسمبر ١٩٤٨، باعتبارها جريمة بموجب القانون الإنساني الدولي بسبب ما ألحقته من خسائر جسيمة للإنسانية في جميع العهود. تقر الاتفاقية المذكورة أن الإبادة الجماعية، سواء ارتكبت في زمن السلم أو الحرب، جريمة ينبغي منعها والمعاقبة عليها. وتعرف المادة الثانية من الاتفاقية "الإبادة الجماعية" على النحو التالي:

في هذه الاتفاقية، تعني الإبادة الجماعية أيًا من الأفعال التالية، والمرتكبة على قصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، بصفاتها هذه:

- قتل أعضاء من الجماعة.

- إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
 - إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً.
 - فرض تدابير تستهدف الحؤول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة.
 - نقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلى جماعة أخرى.
- كما تنص المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة على تجريم الإبادة الجماعية، والتآمر والتحريض والشروع والاشتراك في ارتكابها. وتشير المادة الرابعة إلى معاقبة مرتكبيها "سواء كانوا حكماً ومسؤولين أو موظفين عامين أو أفراداً". وتلزم المادة الخامسة الدول الأطراف بالنص في قوانينها على عقوبات جنائية ناجعة بحق مرتكبي تلك الجريمة. وتنص المادة السادسة على محاكمة مرتكبي الإبادة الجماعية أمام محكمة مختصة في الدولة التي ارتكب الفعل على أرضها، أو أمام محكمة جزائية دولية ذات اختصاص.

- الاختفاء القسري :

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٨ ديسمبر ١٩٩٢ "الإعلان الخاص بحماية الأشخاص من الاختفاء القسري"، وجاء في ديباجة الإعلان أن الجمعية يساورها بالغ القلق عن حالات الاختفاء القسري الذي يأخذ صورة القبض على الأشخاص واحتجازهم على أيدي موظفين حكوميين أو جماعات منظمة أو أفراد يعملون باسم الحكومة ورفض الكشف عن مصير الأشخاص المعنيين أو أماكن وجودهم، مما يحرمهم من حماية القانون، وأن الجمعية ترى أن تلك الممارسة تعتبر بمثابة جريمة ضد الإنسانية ومخالفة للحماية التي تمنحها اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين لضحايا المنازعات المسلحة ولمواثيق الشريعة الدولية والصكوك والمعايير الدولية.

واعتبرت المادة الأولى من الإعلان كل عمل من أعمال الاختفاء القسري جريمة ضد الكرامة الإنسانية، وإنكاراً لمقاصد الأمم المتحدة وانتهاكاً خطيراً وصارخاً لحقوق الإنسان الواردة في الإعلان العالمي التي طورتها الصكوك الدولية اللاحقة، وانتهاكاً لقواعد القانون الدولي التي تكفل حق الاعتراف للإنسان بشخصيته

القانونية، وحقه في الحرية والأمن وحقه في عدم التعرض للتعذيب والعقوبات اللاإنسانية والمهينة وحقه في الحياة.

حظرت بقية المواد على الدول ممارسة أعمال الاختفاء القسري، وحثتها على اتخاذ التدابير التشريعية والإدارية اللازمة لمنع وإنهاء الاختفاء القسري واعتباره جريمة يعاقب عليها القانون بالعقوبات المناسبة التي تراعى فيها شدة جسامتها في نظر القانون الجنائي. كما يمنع الإعلان التذرع بأي أمر أو تعليمات صادرة من سلطة عامة، مدنية أو عسكرية، لتبرير أي عمل من أعمال الاختفاء القسري. ويكون من حق كل شخص يتلقى هذه الأوامر أو تلك التعليمات، بل ومن واجبه، عدم إطاعتها. كما لا يجوز اتخاذ أي ظرف، مهما كان، سواء تعلق الأمر بالتهديد باندلاع حرب أو قيام حالة حرب أو عدم الاستقرار السياسي الداخلي أو أي حالة استثنائية أخرى، ذريعة لتبرير أعمال الاختفاء القسري. ويكفل الإعلان الحق في اللجوء للقضاء السريع والفعال وسيلة لتحديد مكان وجود الأشخاص المحرومين من حريتهم، والوقوف على حالتهم والسلطة التي أصدرت الأمر بحرمانهم من الحرية أو نفذته.

هكذا يولي الإعلان أهمية خاصة لخطورة الاختفاء القسري الذي يتم بموجبه الاعتقال وحبس المواطنين دون علم ذويهم، وحتى دون علم المعتقلين أنفسهم بأماكن تواجدهم خلافا للقانون الذي لا يتيح الحبس سوى في أماكن الاحتجاز المعترف بها رسمياً، وذلك منعا لتعرض حياة المحتجزين للخطر أو التعذيب أو الأعتصاب أو سوء المعاملة، فضلا عما تسببه أعمال الاختفاء القسري لأسر وذوي المحتجزين من قلق وهلع خوفا على مصيرهم. من أجل هذا حرم الإعلان أعمال الاختفاء القسري حتى في حالات الحرب وعدم الاستقرار السياسي، وفي حالة الانقلابات العسكرية. وشدد على ضرورة اللجوء إلى القضاء لتحديد مكان حجز المحبوسين والجهة التي أمرت بذلك ونفذته. كما يرفض الإعلان التذرع بالأوامر العليا العسكرية أو المدنية لأعمال الاختفاء القسري.

- الإعدام خارج نطاق القضاء :

أصدر المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة بتاريخ ٢٤ مايو ١٩٨٩ "مبادئ المنع والتقصي الفعالين لعمليات الإعدام خارج نطاق القانون

والإعدام التعسفي والإعدام دون محاكمة". تكمن أهمية المبادئ في التأكيد على أن الإعدام خارج نطاق القانون أو بدون محاكمة يعتبر عملاً إجرامياً خطيراً يخالف مبادئ حقوق الإنسان، خاصة الحق في الحياة. وينبغي حظره حتى في الحالات الاستثنائية، مثل عدم الاستقرار السياسي أو الحرب أو حالات الطوارئ أو حالات النزاع المسلح الداخلي. كما تطالب المبادئ الحكومات بفرض رقابة على الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون، ومنع الرؤساء والسلطات العامة من إصدار أوامر لتنفيذ الإعدام التعسفي دون محاكمة، وتكفل لأي شخص الامتناع عن الامتثال لهذه الأوامر.

وتطالب المبادئ الدول بإجراء تحقيق شامل ونزيه عن كل اشتباه بحالة إعدام خارج القانون أو دون محاكمة، والنظر في شكاوى الأقارب والتقارير بحدوث وفيات غير طبيعية، وذلك لتحديد أسباب الوفاة ووقت حدوثها والمسؤولين عنها. ويضمن التحقيق تشريح الجثة وجمع وتحليل جميع الأدلة، ويكفل لهيئة التحقيق كل الصلاحيات والأدوات اللازمة لإجراء التحقيق بالصورة المناسبة والسليمة. كما يمنع التصرف في الجثة إلا بعد تشريحها بواسطة طبيب مختص، وإذا اتضح بعد الدفن أن الوضع يتطلب إجراء تحقيق، تخرج الجثة دون إبطاء لتشريحها. وتهدف المبادئ أيضاً إلى حماية مقدمي الشكاوى والشهود والمحققين وأسرهم من العنف والتهديد والتخويف، ويحق لأسر المتوفين وممثليهم والقانونيين حضور الجلسات والإطلاع على جميع المعلومات ذات الصلة بالتحقيق. وبعد انتهاء التحقيق ينشر على الملأ تقرير كتابي عن التحقيق، وما أسفر عنه من نتائج، والتوصيات المستندة على التقرير والقانون واجب التطبيق. وأخيراً توصي المبادئ الحكومات بمحاكمة الأشخاص الذي يثبت التحقيق أنهم اشتركوا في عمليات إعدام خارج نطاق القانون أو تعسفي أو دون محاكمة، وتمنع التذرع بالأوامر الصادرة من جهات أعلى، وتعتبر من يصدر هذه الأوامر مسؤولين عن الأفعال التي يرتكبها من يعملون تحت رئاستهم، وتمنع منح أية حصانة لهم من الملاحقة، وتمنح أسر الضحايا ومن يعولونهم حق الحصول على تعويض عادل وكاف.

- منع تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية :

بخلاف الجرائم العادية المخالفة لقانون العقوبات في عدد من الدول، فإن جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية لا تسقط بالتقادم، أي مضي الزمن، طال أم قصر. وقد شهدنا في عصرنا الحديث ملاحقة ومحاكمة بعض مجرمي النازية في عدد من الدول الغربية، على الرغم من مضي أكثر من نصف قرن من ارتكابها ومن بلوغ بعض المتهمين فوق الثمانين من العمر. وإعمالاً لهذا المبدأ، أجازت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها الصادر في ٢ نوفمبر ١٩٦٨ "اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية"، باعتبار أن تلك الجرائم تعد من أخطر الجرائم في القانون الدولي، وأن معاقبة مرتكبيها عنصر هام في تفادي وقوعها وحماية حقوق الإنسان.

وقد نصت الاتفاقية المذكورة في مادتها الأولى على ما يلي:

" لا يسري أي تقادم على الجرائم التالية بصرف النظر عن وقت ارتكابها:

(١) جرائم الحرب الوارد تعريفها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية، الصادر في ٨ آب/ أغسطس ١٩٤٥، والوارد تأكيدها في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣ (د-١) المؤرخ في ١٣ شباط/ فبراير ١٩٤٦ و ٩٥ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٦، ولا سيما "الجرائم الخطيرة" المحددة في اتفاقية جنيف المعقودة في ١٣ آب / أغسطس ١٩٤٩ لحماية ضحايا الحرب.

(٢) الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، سواء في زمن الحرب أو في زمن السلم، الوارد تعريفها في النظام الأساس لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية الصادر في ٨ آب/ أغسطس ١٩٤٥، والوارد تأكيدها في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣ (د - ١) المؤرخ في ١٣ شباط/ فبراير ١٩٤٦، ٩٥ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٦، والطرء بالاعتداء المسلح أو الاحتلال، والأفعال المنافية للإنسانية والناجمة عن سياسة الفصل العنصري، وجريمة الإبادة الجماعية الواردة تعريفها في اتفاقية عام ١٩٤٨ بشأن منع جريمة الإبادة الجماعية

والمعاقبة عليها، حتى لو كانت الأفعال المذكورة لا تشكل إخلالا بالقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه.^٣

وتنص المادة الثانية على انطباق الاتفاقية، في حال ارتكاب أي من تلك الجرائم، على ممثلي سلطة الدولة وعلى الأفراد الذين يقومون بوصفهم فاعلين أصليين أو شركاء، بالمساهمة في ارتكاب أي من تلك الجرائم، أو بتحريض الغير تحريضا مباشرا على ارتكابها، بصرف النظر عن درجة التنفيذ، وعلى ممثلي سلطة الدولة الذين يتسامحون في ارتكابها. وهكذا تقع المسؤولية كاملة على من يرتكب الجريمة، أو من يحرض عليها أو يشارك في ارتكابها، ما يعني أن المسؤولين الذين يصدرن الأوامر، أسوة بالذين يقومون بتنفيذ الفعل، والذين يستترون عليه، أو يخفونه، يكونون عرضة للمسائلة مهما علت وظائفهم السياسية أو التنفيذية.

المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة

المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة:

مر زهاء نصف قرن على محاكمات نورمبرج وطوكيو قبل أن يعود العالم مرة أخرى إلى إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة Ad hoc International Tribunals، لمحاكمة المتهمين بالجرائم ضد الإنسانية والانتهاكات الجسيمة. وتفاديا للتكرار، لن ندخل هنا في تفصيل النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بجرائم يوغسلافيا السابقة^٣، إذ تتفق مبادئه وقواعده مع النظام الأساسي للمحكمة الدولية لرواندا التي سنتناولها فيما يلي.

المحكمة الدولية لمحاكمة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية في رواندا :

شهد العالم طوال عام ١٩٩٤ أبشع الجرائم ضد الإنسانية في رواندا في منطقة البحيرات بأفريقيا. شملت هذه الممارسات الإبادة الجماعية والقتل والتطهير العرقي والترحيل القسري والتعذيب، وذلك على خلفية الصراع العرقي بين قبائل التوتسي والهوتو. ولم تتوقف تلك الانتهاكات إلا بعد تدخل قوات الأمم المتحدة، بعد اغتيال مئات الألوف من المواطنين وهجرة ونزوح أعداد أكبر إلى الدول الأفريقية المجاورة.

^٣ قرار مجلس الأمن رقم ٨٠٨ (١٩٩٣).

بعد الاطلاع على تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، والمقرر الخاص بحقوق الإنسان في رواندا، وتقرير لجنة الخبراء التي قامت بدراسة الانتهاكات المختلفة المخالفة للقانون الدولي الإنساني في ذلك البلد، رأى مجلس الأمن ضرورة محاكمة المسؤولين عن تلك الانتهاكات. وإعمالاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، أصدر المجلس بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٩٤ قراره رقم ٩٩٥ (١٩٩٤) بإنشاء محكمة دولية بغرض محاكمة المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة مخالفة للقانون الدولي الإنساني، في الفترة ما بين أول يناير ١٩٩٤ و٣١ ديسمبر ١٩٩٤. وقد حدد قرار مجلس الأمن تلك الجرائم على النحو التالي:

أ - الإبادة الجماعية :

أي من الأفعال التالية التي يتم ارتكابها بقصد :

- إهلاك جماعة قومية أو عرقية أو أثنية أو دينية إهلاكا كلياً أو جزئياً.
 - قتل أفراد الجماعة.
 - إلحاق الضرر الجسدي أو العقلي الجسيم بأفراد تلك الجماعة.
 - إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.
 - فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.
 - نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.
- وتكون الإبادة أو التآمر لارتكابها والتحريض المباشر والمقصود على ارتكابها والشروع في أو الاشتراك في ارتكابها عرضة للعقاب.
- ب- الجرائم ضد الإنسانية :

تخول المحكمة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الجرائم التالية، عندما يتم ارتكابها كجزء من هجوم واسع النطاق على السكان المدنيين على أساس قومي أو سياسي أو عرقي أو أثنى أو ديني:

- القتل العمد.
- الإبادة.
- الاسترقاق.
- إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان.

- السجن.
 - التعذيب.
 - الاغتصاب.
 - أية أفعال لا إنسانية أخرى.
- ج - الأشخاص الذين يرتكبون أو يأمرون بارتكاب انتهاكات جسيمة خلافا للمادة (٣) المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة ١٩٤٩، والبروتوكول الإضافي الثاني لسنة ١٩٧٧، وتشمل، دون حصر:
- العنف ضد الحياة والصحة والسلامة البدنية والعقلية للأشخاص، على وجه الخصوص القتل والمعاملة القاسية كالتعذيب، والتشويه وأي نوع من العقوبات البدنية.
 - العقوبات الجماعية.
 - أخذ الرهائن.
 - الأعمال الإرهابية.
 - إساءة الكرامة الشخصية، على وجه الخصوص المعاملة الحاطة للكرامة، الاغتصاب، الإكراه على الدعارة وأي شكل من أشكال الاعتداء اللاأخلاقي.
 - السلب.
 - إصدار الأحكام وتنفيذ الإعدام دون محاكمة أمام محكمة منشأة بموجب القانون مع جميع الضمانات القضائية.
 - التهديد بارتكاب أي من الأفعال السابقة.
- كما ينص القرار في فقرته السادسة على أن مركز الشخص المتهم، سواء كان رئيساً للدولة أو الحكومة أو مسؤولاً حكومياً، لا يكون سبباً يعفيه من المسؤولية الجنائية أو يخفف عنه العقوبة. كما لا يعفي الرؤساء من المسؤولية كون مرتكب الجريمة مرؤوساً، إذا كان الرئيس يعلم أو لديه سبب ليعلم أن مرؤوسه على وشك ارتكاب الجريمة، أو إذا ارتكب المرؤوس الجريمة ولم يقم الرئيس باتخاذ الخطوات اللازمة والمناسبة لمنع تلك الأفعال أو العقاب عليها، ولا يعفي المرؤوس أنه قام بالفعل تنفيذاً لأوامر حكومته أو رؤسائه، وربما تخفف العقوبة إذا ارتأت المحكمة أن في ذلك ما يخدم العدالة.

احتمال إنشاء محكمة خاصة بالانتهاكات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية :
 بما أن المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة تقتضي إصدار قرار من مجلس الأمن الدولي كما حدث في جميع الحالات المذكورة، وفي ضوء الأوضاع السياسية الراهنة والسند غير المشروط من جانب الولايات المتحدة لجميع الممارسات الإسرائيلية، الأمر الذي اتضح جليا في حملة الولايات المتحدة لمنع الأطراف السامية في اتفاقية جنيف الرابعة من اتخاذ أي إجراء ضد إسرائيل، يبدو واضحا أنها سوف تمارس حق النقض حيال أي محاولة لطرح مشروع قرار بإنشاء محكمة خاصة لمحاكمة الإسرائيليين المسؤولين عن ارتكاب تلك الانتهاكات.

المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

لم تمض فترة طويلة على إنشاء منظمة الأمم المتحدة، حتى كلفت لجنة القانون الدولي، وهي الهيئة المناط بها إعداد مشاريع الصكوك الدولية في إطار المنظمة الدولية، مهمة تقنين مبادئ نورمبرج. غير أن أجواء الحرب الباردة لم تساعد على تحقيق إنجاز يذكر حتى عام ١٩٨٩، حينما تجدد الحماس لوضع الفكرة حيز التنفيذ. فقامت الجمعية العامة بمطالبة لجنة القانون الدولي بإعداد مشروع النظام الداخلي للمحكمة الجنائية الدولية في ديسمبر ١٩٩٤. وقررت الجمعية العامة تشكيل لجنة خاصة مفتوحة للدول الأعضاء والوكالات المتخصصة للنظر في المشروع الذي أعدته لجنة القانون الدولي، واتخاذ الترتيبات اللازمة لعقد مؤتمر دبلوماسي عالمي لإجازة المشروع. وبعد جهود من تلك اللجنة مع الدول والمنظمات غير الحكومية الدولية، وإجراء المزيد من الدراسات والبحوث، كونت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٩٥ لجنة تحضيرية للإعداد لوضع الخطوات النهائية لتشكيل المحكمة.

ناقشت اللجنة التحضيرية خلال اجتماعات مكثفة في غضون ١٩٩٦ قضايا أساسية تباينت حولها الآراء، مثل اختصاص المحكمة، تعريف الجرائم، الآليات، المبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي، الصلة بين اختصاص المحكمة واختصاص المحاكم الوطنية. وأثمرت تلك المداولات عن الوصول إلى تطوير مشروع لجنة القانون

الدولي. وقد ساعد في ذلك قرارات مجلس الأمن الخاصة بتشكيل المحكمتين الجنائيتين الخاصتين بكل من يوغسلافيا السابقة وروندا. وبعد مزيد من النقاش والتفاوض تم الاتفاق على عقد المؤتمر الدبلوماسي، وعرضت إيطاليا استضافته. وبالفعل انعقد المؤتمر في روما حيث تم إنجاز النظام الأساسي في يولييه ١٩٩٨، ووقعت عليه ١٢٠ دولة من أصل ١٢١ دولة حاضرة. وبموجب النظام الأساس سوف يتم قيام المحكمة بعد تصديق ٦٠ دولة عليه، ويتوقع المراقبون أن يتم ذلك خلال السنوات القليلة القادمة.

بالنظر إلى الجرائم التي يحق للمحكمة النظر فيها بموجب النظام الأساسي، يتضح لنا المدى البعيد الذي استفاد منه المؤتمر من النظامين الأساسيين اللذين اقرهما مجلس الأمن بالنسبة لمحكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا، اللتين تعرضنا لهما في ما تقدم. الأمر الذي وضع جليا أمام معظم الدول، إن لم يكن جميعها، ضرورة قيام محكمة جنائية دولية لمعاقبة مرتكبي تلك الجرائم، ووضع حد للفرار من العدالة حتى أن لم توافق الدولة التي يكون المتهمون من رعاياها.

وتشمل الجرائم التي تقع في اختصاص المحكمة جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي تم تعريفها لحد كبير وفق قرارات مجلس الأمن في كل من محاكمة متهمي البوسنة وروندا.

بقيت كلمتان أخيرتان عن المحكمة الجنائية الدولية. الأولى هي أن إنشاء المحكمة لم يتم بعد وينتظر تصديق ٦٠ دولة على نظامها الأساسي^٤. وحتى عند قيام تلك المحكمة فسوف ينحصر اختصاصها على الانتهاكات أو الجرائم التي تقع بعد إنشاء المحكمة. إذ تنص المادة (١١) من النظام الأساسي على أنه "ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد نفاذ هذا النظام الأساسي". وهذا يعني بالطبع أن الجرائم التي تم ارتكابها قبل دخول النظام الأساسي حيز النفاذ لن تقع ضمن اختصاص المحكمة، غير أن هذا لن يحرم المحكمة من النظر فيما يعرف في القانون بـ "الجريمة المستمرة" *continuous crime*، أي الوقائع التي تبدأ قبل نفاذ النظام الأساس وتستمر في الوقوع بعد ذلك. تجدر الإشارة هنا إلى السابقة القانونية الهامة التي تقررت أخيرا في قضية تسليم الديكتاتور التشيلي

^٤ بلغ عدد الدول المصدقة حتى الآن ثلاث عشرة دولة.

بنوشيه إلى أسبانيا، والتي سنعرض إليها فيما بعد بالتفصيل. فمجلس اللوردات البريطاني كان قد قضى بجواز تسليم بنوشيه لمحاكمته على جرائم الاختفاء القسري والتعذيب إبان فترة حكمه، شريطة أن تكون تلك الجرائم قد وقعت بعد أن صادقت بريطانيا على اتفاقية مناهضة التعذيب في ٨ ديسمبر ١٩٨٨. وجاء ذلك خلافاً لقضية الاتهام التي استندت على جميع الانتهاكات التي ارتكبتها بنوشيه طوال فترة حكمه، أي منذ عام ١٩٧٣.

غير أن تطوراً قضائياً هاماً حدث بعد حكم مجلس اللوردات، وأثناء نظر المحكمة المختصة بإجراءات التسليم إلى إسبانيا. فقد قرر القاضي رونالد بارثل في التفسير الهام الذي توصل إليه أن تسليم بنوشيه لا يقتصر فقط على جرائم التعذيب التي ارتكبتها بعد تاريخ تصديق بريطانيا على اتفاقية مناهضة التعذيب في ٨ ديسمبر ١٩٨٨، بل يشمل حالات الاختفاء القسري لآلاف من الأشخاص قبل ذلك التاريخ. إذ أن حالات الاختفاء القسري هذه، طالما ظل الأشخاص المختفون غير معروفين المكان والمصير، فإن استمرار الاختفاء هذا في حد ذاته، يعتبر تعذيباً لأسر وذوي الأشخاص المختفين، ويظل التعذيب مستمراً طالما ظل أقاربهم مختفين. وعليه وبرغم أن الاختفاء كان قد حدث قبل التاريخ الذي حدده مجلس اللوردات، أي قبل عام ١٩٨٨، فإن التعذيب (بالنسبة للأقارب) يظل قائماً حتى الوقت الحاضر، ما يجعل بنوشيه عرضة للمحاكمة بسبب استمرار أثر الاختفاء على الأقارب واستمرار معاناتهم نتيجة ذلك.

أما الكلمة الثانية فيما يخص المحكمة الجنائية الدولية فتتعلق بالقانون واجب التطبيق، أي القانون الذي تطبقه المحاكم على القضايا المعروضة أمامها. في هذا الصدد تنص المادة ٢١ من النظام الأساسي أن المحكمة تطبق:

" أ- في المقام الأول، النظام الأساسي وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة.

٢- في المقام الثاني، حيثما يكون ذلك مناسباً، المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنزعات المسلحة."

مما تقدم نخلص أن اختصاص المحكمة الجنائية ينعقد في الانتهاكات الجسيمة أو الجرائم ضد الإنسانية بأنواعها وجرائم الإبادة، سواء كان ذلك في النزاعات المسلحة الدولية، أو غير الدولية التي تقع في داخل إقليم الدولة الواحدة. والقانون الذي تطبقه المحكمة هو، كما ورد في الفقرة (ب) من المادة (٢١) من النظام الأساسي، كل ما أشرنا إليه فيما يخص الجرائم التي تقع في نطاق القانون الإنساني الدولي كاتفاقيات جنيف الأربع، والبروتوكول الإضافي الثاني الملحق بها، والنظم الأساسية التي وضعها مجلس الأمن للمحاكم الدولية الخاصة، مثل نورمبرج وطوكيو ويوغسلافيا السابقة وروندا، إضافة إلى العهود الدولية الخاصة مثل اتفاقية مناهضة التعذيب، واتفاقية منع الإبادة الجماعية، والعهود الخاصة بمنع التمييز العنصري، ومنع الرق والسخرة والعهود الأخرى الخاصة بالحالية أو التي يتم إصدارها لاحقاً.

بما أن المحكمة لم يتم تشكيلها بصفة نهائية بعد، فإن النظر في رفع أي دعاوى أمامها في الوقت الحالي يصبح أمر غير وارد.

الولاية القضائية الدولية للمحاكم الوطنية

الجنرال بنوشيه وما بعده

مقدمة :

عرضنا في البداية قواعد القانون الإنساني الدولي وتطورها منذ مبادئ محاكمات نورمبرج وطوكيو ومن بعدها إصدار اتفاقيات جنيف الأربع لسنة ١٩٤٩، خاصة الاتفاقية الرابعة التي تعنى بجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية التي تستهدف المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، والبروتوكول الإضافي الثاني المعني أساساً بالنزاعات المسلحة غير الدولية. كما عرضنا إلى المحاكم الدولية المؤقتة التي أنشأها مجلس الأمن الدولي خلال العقد الأخير لمحاكمة مرتكبي مثل تلك الجرائم في كل من يوغسلافيا السابقة ورواندا، كما تحدثنا.

ونشير أيضاً إلى أن محاكمة المتهمين أمام المحاكم المحلية، أي الوطنية، ربما يكون أنجع السبل لمحاكمتهم، غير أن بعض الصعاب العملية قد تجعل ذلك غير ممكن في أغلب الأحيان بسبب التسويات السياسية وقوانين العفو العام، وعجز أو

امتناع العديد من الدول لعقد تلك المحاكمات لسبب أو آخر بسبب الظروف الداخلية. ومن غير المتصور بالطبع أن تقدم دولة مثل إسرائيل بمحاكمة أي من رعاياها أمام القضاء بسبب ارتكاب انتهاكا للقانون الإنساني الدولي، هذا بالرغم من إصرارها على ملاحقة ومحاكمة المتهمين بالممارسات النازية من أكثر من نصف قرن من الزمان وفي وقت لم يكن الكيان الإسرائيلي نفسه موجودا على خارطة العالم.

غير أن تطورا جديدا وهائلا حدث في عام ١٩٩٨ في بريطانيا، يخص طلب الحكومة الإسبانية من الحكومة البريطانية تسليم ديكتاتور تشيلي السابق، الجنرال بنوشيه، لمحاكمته في إسبانيا عن جرائم ارتكبها إبان توليه الحكم في تشيلي. سنعرض هنا إلى تفاصيل تلك القضية لما لها من أهمية قصوى، ليس من باب أنها تضيف بعدا جديدا للقانون الإنساني الدولي من الناحية الإجرائية، بل بسبب فتح المجال لما تم التعرف عليه "بالاختصاص الجنائي الدولي" أو "الولاية القضائية الدولية" universal jurisdiction، أي حق المحاكم الوطنية في أي بلد في محاكمة مرتكبي مخالفات القانون الإنساني الدولي في بلادهم أو في أي بلد آخر، مهما بلغت درجة مسؤوليتهم السياسية، سواء كانوا رؤساء دول سابقين أو رجال أمن أو قوات مسلحة أو سلطة تنفيذية، قاموا بارتكاب تلك الجرائم في أي بلد يفرون إليه أو يتصادف وجودهم فيه، دونما اعتبار لجنسياتهم. مما يشكل فتحا قانونيا جديدا يتيح المجال لمطاردة ومحاكمة أولئك المسؤولين خارج دولهم ويجعل من العسير، إن لم يكن من المستحيل، إفلاتهم من يد العدالة متى أقدموا على مغادرة بلادهم.

في ١١ سبتمبر ١٩٧٣ قام بنوشيه بانقلاب عسكري دموي في تشيلي أطاح بحكومة سيلفادور اليندي المنتخبة. وبدأ عهد ظلامي من البطش والقمع وانتهاكات حقوق الإنسان، اعتقل خلاله آلاف المواطنين دون محاكمة أو تهمة، وتعرض الكثيرون للتعذيب والقتل خارج نطاق القضاء، والاختفاء القسري، والاختطاف، والاضطهاد السياسي. واهتز ضمير العالم لممارسات نظام بنوشيه، فأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم ٣٤٤٨ بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٧٥ أدانت فيه ممارسات الاعتقال التعسفي والتعذيب وسوء المعاملة. كما قامت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ولجنة الأمريكتين لحقوق الإنسان برصد سجل انتهاكات

النظام، وقرر فريق العمل الذي كونته لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان أن ممارسة التعذيب في تشيلي تشكل جريمة ضد الإنسانية تستوجب محاكمة الحكومة العسكرية بواسطة المجتمع الدولي.

بعد انتهاء نظام حكم بنوشيه، اعترفت الحكومة المدنية التي تلتها عام ١٩٩٠ بوقوع تلك الانتهاكات في تقريرها أمام لجنة الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب. كما أقرت "لجنة الحقيقة والمصالحة" التي كونها الرئيس باترسيو الوين أن هيئة المخابرات التشيلية Dina، التي كانت مسؤولة مباشرة من بنوشيه، لعبت دوراً أساسياً في الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان إبان عهده، خاصة حالات الاختفاء القسري للمواطنين والأجانب الذين اعتبروا أعداء للنظام، سواء داخل أو خارج البلاد. كما قامت "هيئة التعويض والمصالحة" التي خلفت "لجنة الحقيقة والمصالحة" في عام ١٩٩٢ بكشف المزيد من حالات الاختفاء بلغت ١٢٣ حالة إضافة إلى ٧٧٦ حالة اغتيال خارج نطاق القضاء أو تحت التعذيب، مما بلغ بحالات الاختفاء إلى ١١٠٢ حالة، وحالات الاغتيال خارج نطاق القضاء أو تحت التعذيب إلى ٢٠٩٥ حالة، جميعهم ممن اعتبروا معارضين للنظام^٥.

كان بنوشيه مسؤولاً عن كل عمليات جهاز Dina من خلال مديره الجنرال كونترياس، كما كان بنوشيه قائد الجيش الذي قام بانتهاكات واسعة لحقوق الإنسان. وطوال فترة حكم بنوشيه سعى ضحايا الانتهاكات وذوهم إلى كشف الحقيقة والمطالبة بتطبيق القانون وتحقيق العدالة، وذلك بعون المحامين ومؤسسات المجتمع المدني، لكن دون جدوى، بسبب حرص النظام على منح الحصانة التامة للمتهمين. ففي عام ١٩٧٨ أعلن النظام العفو العام عن مرتكبي تلك الانتهاكات منذ وقوع الانقلاب، وقد أيدت ذلك المحكمة في سنة ١٩٩٠، مما جعل من المستحيل حتى معرفة أماكن آلاف المختفين. وقد أعلنت لجنة الأمريكيتين لحقوق الإنسان أن قانون العفو المذكور يخالف التزامات جمهورية تشيلي بموجب قواعد القانون الدولي. وأيدت ذلك لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان باعتبار قانون العفو العام مخالفاً للالتزامات تشيلي بموجب المواثيق الدولية.

^٥ منظمة العفو الدولية، قضية بنوشيه، يناير ١٩٩٩ ص ٤.

أما بالنسبة للجنرال بنوشيه نفسه، فقد نص دستور تشيلي، الذي وضع في عهده، على منح حصانة تامة للأعضاء في مجلس الشيوخ مدى الحياة. واستغل بنوشيه ذلك النص عند تقاعده من القوات المسلحة، وتم تعيينه عضوا مدى الحياة في مجلس الشيوخ. وبالتالي حمايته ضد أي إجراءات قضائية عن كل ما ارتكبه من جرائم وانتهكات. وهكذا قضى بنوشيه السنوات التالية ينعم بتلك الحصانة حتى مغادرته بلاده عام ١٩٩٨.

بنوشيه في بريطانيا :

بتاريخ ١٧ أكتوبر ١٩٩٨ وصل بنوشيه إلى لندن بغرض الاستشفاء، وبمجرد وصوله قامت السلطات القضائية الإسبانية بالتقدم إلى سلطات بريطانيا بطلب القبض علي بنوشيه وتسليمه إلى أسبانيا لمحاكمته هناك، بموجب تهم باغتيال مواطنين أسبان في تشيلي إبان فترة حكمه، وبارتكابه جرائم قتل وتعذيب واختفاء قسري واعتقال تعسفي وترحيل للسكان في تشيلي ودول أخرى.

في ذات الوقت تقدمت الحكومة السويسرية بطلب إلى بريطانيا بخصوص مواطن يحمل الجنسيين التشيلية والسويسرية تم اختطافه في الأرجنتين بواسطة رجال Dina ونقله إلى تشيلي حيث اختفي. كما تقدمت الحكومة الفرنسية بطلب تسليم بنوشيه لمحاكمته بشأن مواطنين فرنسيين اختفوا أو تم قتلهم في تشيلي. وبدأت في نفس الوقت إجراءات جنائية في محاكم بلجيكا وإيطاليا ولوكسمبورج والنرويج والسويد والولايات المتحدة الأمريكية^٦.

عند نظر طلب القضاء الأسباني أمام المحكمة العليا بلندن، رفضت المحكمة الطلب بدعوى أنه في حالة اغتيال مواطنين أسبان في تشيلي لا يملك القضاء الإسباني أو الإنجليزي الاختصاص بنظر تلك القضايا. كما أضافت المحكمة أنه وفقا للقانون الإنجليزي فإن رؤساء الدول الأجنبية السابقين تحق لهم بتلك الصفة حصانة قضائية في أي إجراءات جنائية أو مدنية فيما يخص الجرائم التي ترتكب خارج بريطانيا، مهما كان نوع الجريمة.

غير أن مجلس اللوردات، أعلى سلطة قضائية بريطانية، الذي أستؤنف أمامه حكم المحكمة العليا، أصدر قراره بالأغلبية في ٢٥ نوفمبر ١٩٩٨ وقرر أن رؤساء

^٦ المرجع السابق ص ٢.

الدول السابقين لا حماية لهم أو حصانة في حال ارتكابهم جرائم ضد الإنسانية، ذلك أن هذه الجرائم لا تقع ضمن وظيفته أو مسؤوليته كرئيس للدولة.

وفي ١٧ ديسمبر ١٩٩٨ ألغى مجلس اللوردات ذلك القرار بعد طعن محامي بنوشيه أن أحد القضاة اللوردات، (اللورد هوفمان)، الذين أصدروا القرار، كانت تربطه صلة بمنظمه العفو الدولية التي تدخلت كطرف له مصلحة في قرار تسليم بنوشيه نيابة عن عدد من المنظمات والأفراد. أعاد مجلس اللوردات النظر في قراره السابق بحجة مصلحة القاضي المذكور في تسليم بنوشيه، وقضى ضرورة إبعاده من نظر القضية. وتم بموجب ذلك إلغاء القرار المذكور.

بناء على ذلك، تم تشكيل محكمة جديدة من سبعة من اللوردات استمعت إلى القضية في ١٨ يناير ١٩٩٩، وأصدرت حكمها مؤيدة القرار السابق بأن بنوشيه ليس له حق الحصانة القضائية. كما أضافت المحكمة مبدأ جديدا هو أن الجريمة موضوع الدعوى ينبغي أن تكون جريمة بموجب قانون الدولة التي يكون المتهم من رعاياها (تشيلي)، وفي نفس الوقت تكون جريمة بموجب قانون الدولة التي يقدم إليها طلب التسليم (بريطانيا). ويعرف هذا القانون بمبدأ Double criminality rule، وعليه قررت المحكمة أن التسليم لا يجوز بالنسبة لجرائم التعذيب التي لم تشكل جرائم بموجب القانون البريطاني.

بإضافة هذا الشرط ضيق حكم مجلس اللوردات من نطاق الطلب الأسباني فيما يخص جرائم التعذيب التي ارتكبتها منذ بداية حكمه في ١٩٧٣ حتى ديسمبر ١٩٨٨، بمعنى أن بريطانيا ما كانت ستوافق على الاستجابة للطلب الإسباني على الجرائم المنسوبة إلى بنوشيه قبل عام ١٩٨٨، وهو تاريخ تصديق بريطانيا على اتفاقية منع التعذيب. في تلك الأثناء تقدم القضاء الإسباني بقائمة تهم جديدة ارتكبتها بنوشيه بعد عام ١٩٨٨، بما فيها أكثر من ألف حالة من حالات الاختفاء القسري، باعتبار أن عددا من المنظمات الدولية أقرت أن حالات الاختفاء القسري، طالما لم يتم الكشف عنها، تعتبر نوعا من أنواع التعذيب المرتكب بحق أسرة وذوي الأشخاص المختفين، ما يعني أن حالات الاختفاء التي تمت قبل ديسمبر ١٩٨٨ ينبغي اعتبارها جرائم تآمر على التعذيب المستمر بعد ديسمبر ١٩٨٨ .continuing crimes

كان هذا هو التفسير الذي أخذ به فيما بعد القاضي رونالد بارتيل الذي تولى نظـر اعتراض الدفاع على قرار وزير الداخلية البريطاني بالسـير قدما في تسليم بنوشيه إلى السلطات الإسبانية. وبناء على ذلك اتخذ الوزير البريطاني قراره بتسليم بنوشيه إلى القضاء الإسباني لمحاكمته بأربع تهم تعذيب وتهم بالتآمر على التعذيب. وأوضحت منظمة مراقبة حقوق الإنسان أهمية قرار القاضي بارتيل كما يلي:

"The House of Lords, in its second decision on March 24, 1999 ruled that the only crimes for which General Pinochet could be extradited were torture and conspiracy to torture after December 8, 1988, when the UN torture Convention took effect in the U.K. Magistrate Bartel specifically ruled however that Pinochet's conduct before 1988, which would include creation of the secret police and the establishment of Operation Condor targeting Pinochet's opponents abroad, could be examined by the Spanish courts proving the existence of a conspiracy which continues after December 1988⁷ .

وفيما يخص حالات الاختفاء، علقت المنظمة على قرار القاضي على النحو التالي: "Disappearances are considered continuous crimes as long as the fate of the "disappeared" remains hidden and thus they continue past 1988 if the victims were abducted earlier. Bartle ruled that " the effect on the families of those who disappeared can amount to mental torture..."[^] .

في تطور لاحق قرر وزير الداخلية بتاريخ ١١ يناير ٢٠٠٠ أن التقارير الطبية أوضحت أن حالة بنوشيه الصحية تدهورت في الشهور الأخيرة بدرجة لا تسمح له المثول أمام المحكمة. ولقي هذا القرار احتجاجا شديدا من العاملين في مجال حقوق الإنسان، الذين زعموا أن الحالة المرضية البدنية لا ينبغي أن تمنع بنوشيه من المثول أمام المحكمة، وأن الذي يمكن أن يعفيه من ذلك هو المرض العقلي الذي يمنعه من فهم أو متابعة إجراءات المحكمة، واستشهدت تلك المنظمات بمحاكمة

^٧ Human Right Watch, Update of 14 October, 1999 ص ١ .

[^] المرجع السابق، ص ٢ .

عدد من مرتكبي جرائم النازية رغم كبر سنهم ومرضهم الجسدي^٩. كما أن القاضي الأسباني الذي بدأ إجراءات المطالبة بترحيل بنوشيه، سعى لاستبيان الآراء بخصوص القرار البريطاني المتعلق بقرار عدم لياقة بنوشيه صحياً لمواجهة المحكمة، وطلب الإطلاع على القرارات الطبية^{١٠}، الأمر الذي رفضه وزير الداخلية. غير أن عدة حكومات، منها سويسرا وإسبانيا وبلجيكا وفرنسا، وعدد من منظمات حقوق الإنسان الدولية تقدمت بطلب إلى المحكمة العليا ضد ذلك القرار. وقد قضت المحكمة العليا في ٢٥ فبراير ٢٠٠٠ بإلزام الوزير بضرورة إطلاع تلك الدول على التقارير الطبية. أوضحت التقارير أن بنوشيه قد يتمكن من المشول أمام المحكمة، إلا أن حالته الصحية أدت إلى تدهور في قدراته الذهنية تجعل من الصعب عليه تذكر الأحداث السابقة أو متابعة إجراءات المحكمة والرد على الاستجواب بالوضوح اللازم.

أخيراً، بتاريخ ٢ مارس ٢٠٠٠، قرر وزير الداخلية البريطاني جاك سترو رفض طلب تسليم بنوشيه إلى إسبانيا بسبب حالة الأخير الصحية، وتمكن الدكتاتور السابق من المغادرة عائداً إلى بلاده في اليوم التالي. أثار قرار جاك سترو غضب منظمات حقوق الإنسان العالمية. كما أعلنت الحكومة السويسرية أن القرار البريطاني ارتكز على اعتبارات سياسية، ويعتبر بمثابة عرقلة للعدالة وتطبيق القانون. أما القاضي الإسباني الذي طالب بتسليم بنوشيه في البداية وحكومات فرنسا وبلجيكا، فقد أعربوا عن انتقادهم لقرار الوزير البريطاني وطالبوا بضرورة تقديم بنوشيه للمحاكمة أمام القضاء التشيلي.

مهما يكن من أمر، ومهما تقرر حول محاكمة بنوشيه في تشيلي أو عدمها، فإن حكم مجلس اللوردات في قضية بنوشيه يعتبر سابقة قانونية تاريخية هامة في حرمان مرتكبي الجرائم الدولية من تفادي العقاب، حتى لو أفلتوا من المحاسبة أمام المحاكم المحلية في بلادهم، أو في حال عدم وجود محاكم دولية كالتالي شكلت في حالة اليوسنة وروندا، وذلك من خلال ما رسخه الحكم البريطاني في قواعد الاختصاص الجنائي الدولي للمحاكم الوطنية، الأمر الذي اعتبرته منظمات حقوق

^٩ جريدة الحياة اللندنية بتاريخ ١٣/١/٢٠٠٠

^{١٠} جريدة الشرق الأوسط اللندنية بتاريخ ١٥/١/٢٠٠٠

الإنسان الدولية بمثابة، إنذار وتنبية wake up call للطغاة في جميع أنحاء العالم، إذ لم يعد لهم مكان آمن يفرون إليه.
آليات تنفيذ الولاية القضائية الدولية :

كما أوضحنا في ما تقدم، أكدت قضية بنوشيه لأول مرة تطبيق الاختصاص الجنائي الدولي، بمعنى حق المحاكم في بلد ما في محاكمة أو تسليم شخص من غير رعاياها موجود في إقليمها ارتكب انتهاكا لقواعد القانون الإنساني الدولي في بلده أو في أي بلد آخر وفي أي زمان كان ذلك.

غير أن مسألة تطبيق أو تنفيذ الاختصاص الجنائي الدولي ليست بالبساطة التي تبدو بها، إنما يكتنفها كم هائل من التعقيد والصعاب. من أجل هذا اهتمت المنظمات الدولية العاملة في مجال حقوق الإنسان بإيلاء أهمية قصوى لدراسة جوانب الموضوع المتعددة، وإشراك أكبر عدد من المنظمات الدولية والإقليمية والوطنية في سبر غور الصعاب القانونية والعملية التي حتما ستواجهها في حال عزمها على الإقدام على رفع دعوى في بلد ما في مواجهة أحد المسؤولين عن ارتكاب جرائم ضد الإنسانية في بلده، وتصادف وجوده في بلد آخر.

تشرف الكاتب بحضور أول مؤتمر دولي للبحث في هذه الجوانب الهامة من الاختصاص الدولي، انعقد في الفترة ٦-٨ مايو ١٩٩٩ بمدينة جنيف بسويسرا، بدعوة من المجلس الدولي لسياسات حقوق الإنسان^{١١}. وقد شارك في الاجتماع الدولي ٣٣ شخصية من المهتمين بالقانون الدولي وحقوق الإنسان من ٢٤ دولة من جميع القارات، بغرض الحوار والتفكير حول أبعاد القرار البريطاني في قضية بنوشيه، وكيفية الاستفادة من ذلك القرار لمحاكمة مرتكبي الجرائم المخالفة للقانون الدولي الإنساني خارج أوطانهم، في حال كانت دولة الموطن تعجز أو ترفض أو تماطل في تقديمهم للمحاسبة أمام محاكمها المحلية.

تناول الاجتماع، بكثير من التفصيل، الصعاب العملية التي يمكن أن تواجه ضحايا الانتهاكات وذويهم في الاستفادة من الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية في محاكمة المسؤولين عن الانتهاكات عند تواجدهم في بلاد أجنبية. ويرجع ذلك إلى

^{١١} راجع تقرير المجلس، International Council on Human Rights Policy عن

الاجتماع الدولي حول قضية بنوشيه، فيرسوا، جنيف، مايو ١٩٩٩.

انعدام الخبرة لدى الضحايا أو من ينوبون عنهم، سواء كانوا من الأقارب أو المحامين أو منظمات حقوق الإنسان، فضلا عن صعاب عملية أخرى تتعلق بإعداد القضية والبيانات والوثائق وإعداد قوائم الشهود وكلفة سفرهم وإقامتهم في البلد الأجنبي، وضرورة حمايتهم، وكلفة التقاضي والمحاماة والنواحي الفنية الأخرى. وقد نبه الاجتماع إلى خطورة التعجل في رفع الدعاوى قبل إعدادها الإعداد الكافي والتزود بكل ما تحتاجه من الضرورات المذكورة. وقد أجمع المؤتمر على أن الإسراع والتعجل قد يأتي بنتائج عكسية، خاصة إذا تكرر إخلاء سبيل المتهمين، لا لسبب سوى عدم الإعداد الجيد للقضايا. إذ لا يكفي أن يسمع شخص بوجود مسؤول اشتهر بارتكاب انتهاكات في بلد أو آخر أجنبي والهرولة إلى أجهزة الشرطة للإبلاغ عن مجرد وجوده، دون إثبات أو بينة مبدئية تحمل الشرطة على اتخاذ الإجراءات اللازمة، وتقديم قضية متكاملة تتيح للنيابة إعداد الملف للقضاء بغية الوصول إلى أحكام عادلة.

من هذا المنطلق توصل الاجتماع إلى العديد من القرارات والتوصيات اللازمة من أجل تفعيل الاختصاص الدولي نورد منها ما يلي:

- ضرورة مراجعة القوانين الجنائية المحلية لمراعاة تجريمها للأفعال التي يجرمها القانون الإنساني الدولي، والسعي لانضمام الدول للاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تجرم تلك الأفعال مع مراعاة القانون الدولي العرفي.
- التزام عدد من منظمات حقوق الإنسان الدولية، بما فيها منظمة العفو الدولية، الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان FIDH، منظمة مراقبة حقوق الإنسان Human Rights Watch، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ICRC، Redress Trust والاتحاد الدولي للمحامين IBA، بإجراء الدراسات والبحوث اللازمة والتنسيق فيما بينها ومع المحامين والمنظمات المحلية لإيجاد أنجع السبل للاستفادة من فرص اللجوء إلى الاختصاص الدولي.
- ضرورة التنسيق وتبادل المعلومات والخبرات بين الأفراد والمنظمات وخلق شبكات اتصال بينهم والمحامين وضحايا الانتهاكات والنيابة والقضاء والجهات الأكاديمية، خاصة أولئك الذين سبق وأن تقاضوا بموجب الاختصاص الدولي.

- عقد اجتماعات بين المنظمات التي شاركت في قضية بنوشييه والآخرين للاستفادة من التجربة.
- سد الثغرات الناجمة عن عدم الخبرة والمعرفة لدى المنظمات والأفراد وممثلي النيابة والمحامين والضحايا، عن طريق التدريب وتطوير القدرات في الاختصاص الدولي وقوانين العقوبات والإجراءات الجنائية، والقانون الدولي، وقوانين تسليم المتهمين والعون القضائي.
- ضرورة خلق وعي عام وسط الجماهير عن طريق برامج التعليم والتوعية ليقف الرأي العام على أهمية وأبعاد الاختصاص الدولي وأثاره الإيجابية على المجتمع وتحقيق رغباته في ملاحقة ومعاقبة الذين يرتكبون جرائم بحق.
- أهمية الإعداد المهني للقضايا، ما يقتضي بذل الجهد اللازم وإعطاء الوقت الكافي لجمع الأدلة وإعداد قوائم الشهود والبيانات الوثائقية والفنية، مثل تصوير مكان الحادث، آثار التعذيب على المتهمين، التقارير الطبية والمختبرية، ما يقتضي إعداد دليل أو مرشد للتحري وإعداد الدلائل والبيانات بواسطة جهات الخبرة والاختصاص.
- حاجة المنظمات والأفراد والمحامين في الدول النامية إلى خبرات الآخرين في إعداد القضايا والملفات، خاصة تلك التي تتضمن مسائل قانونية معقدة، والنظر في إنشاء منظمة مختصة لتقديم مثل ذلك العون.
- النظر في خلق مؤسسة دولية مركزية يناط بها تولي قضايا الاختصاص الدولي بجمع الأدلة وإعداد القضايا للاتهام، مع الأخذ بعين الاعتبار المخاطر الأمنية التي يمكن أن تواجهها مثل تلك المؤسسة، ومصادر تمويلها وفعاليتها على أرض الواقع.
- الحاجة لإنشاء مؤسسة أو مركز لتبادل المعلومات والتنسيق وخلق شبكات الاتصال سالفة الذكر، أي جهة تنسيق محددة ينظر إليها الآخرون للاطلاع على ما يدور في الساحة من قضايا تنظر أو في طور الإعداد وإبداء النصح حول ما يحتاجه الآخرون والنظر في إمكانية تواجده واحتياجات وموارد تلك الجهة.

- أخيرا قرر الاجتماع متابعة أعماله بالدعوة لاجتماع لاحق للتداول حول:
- إنشاء website للاختصاص الجنائي الدولي.
 - إيجاد منظمة تنسيق محورية أو خلق لجنة تسيير مؤقتة لتقوم بالأعباء الاستشارية.
 - خطوات أولية لخلق مركز معلومات أو إرشادات.
 - إعداد دليل عن المنظمات التي تعمل في إعداد القضايا.
 - تناول احتمال إيجاد التمويل لكل من الأنشطة السابقة.

في هذا السياق بذلت منظمة مراقبة حقوق الإنسان الأمريكية Human Rights Watch جهدا كبيرا في قضيتي بنوشيه وحسين حبري، ونشرت مرشدا (دليلا) من حوالي ٢٠ صفحة، عرفت فيه الاختصاص الجنائي الدولي واستعرضت القضايا التي نظرت بموجبه. ويتضمن المرشد دليلا هاما للحكومات ومنظمات حقوق الإنسان وضحايا الانتهاكات عن كيفية الاستفادة ومن القانون الدولي، والإجراءات التي ينبغي اتباعها والمؤسسات التي يمكن أن تعين في هذا الصدد^{١٢}.

خلاصة :

نخلص مما تقدم إلى أن هناك خيارات قانونية مختلفة لتعقب ومحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية، وجرائم حرب، والانتهاكات الجسيمة بموجب القانون الإنساني الدولي:

١- المحاكم الوطنية :

وذلك عن طريق التحقيق مع المتهمين وتقديمهم أمام المحاكم المحلية، أي الوطنية، في البلاد التي هم من رعاياها. ولعل أهم الأسباب وراء ضرورة انعقاد تلك المحاكمات على المستوى الوطني يكمن في القيمة المعنوية لشعوب تلك الدول في أن يشهدوا بأنفسهم وأمام محاكمهم وقضائهم الحرص على تنفيذ القانون وبسط العدالة Justice must not only be done, it must also be seen to be done، وأخذ الدروس والعبر وتأكيد الردع حتى لا تتكرر مثل تلك الجرائم في المستقبل. كما أن نواح عملية تجعل من السهل عقد المحاكمات داخل الدول. فالجرائم ارتكبت في إقليمها، والمتهمون والضحايا والشهود والبيانات المادية تصبح كلها في متناول

^{١٢} Human Right Watch, The Pinochet Precedent, March 2000

اليد. ولن يكون هناك عناء كبير في إجراءات المحكمة دون تعقيدات، مثلما سيحدث في حال عقدها في الخارج. والصعاب الإجرائية والمادية التي تواجهها كل من محكمة يوغسلافيا السابقة وروندا منذ تكوينهما قبل خمس سنوات أو يزيد خير دليل على ذلك.

تكمن الصعوبة في هذا الإجراء، أي المحاكم المحلية، أنه قلما تلجأ إليه الدول، خاصة في البلاد النامية وذلك بسبب تغيير الأنظمة والتسويات السياسية بين مسؤولي النظام الذي يقوم بتلك الانتهاكات ونظام الحكم الجديد الذي يقوم بالإطاحة بالنظام القديم، وتجنباً لاحتمالات التصعيد واستمرار المواجهة المسلحة أو إراقة المزيد من الدماء. إضافة إلى ثقافة روح التسامح وإعمال شعارات عفا الله عما سلف. بالتالي، فإن المحاكمة أمام المحاكم الإسرائيلية بالنسبة لمسألة ومحاكمة المسؤولين الإسرائيليين عن الانتهاكات في الأراضي الفلسطينية لا ينبغي أخذها في الاعتبار إذ أنها في مصاف المستحيل.

٢- المحاكم الدولية الخاصة أو المؤقتة Adhoc tribunals:

وهي المحاكم التي يكونها المجتمع الدولي من وقت لآخر من خلال الأمم المتحدة - مجلس الأمن، لمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي انتهاكات تصل إلى حد الجرائم ضد الإنسانية والانتهاكات الجسيمة، التي تشمل الإبادة الجماعية والتطهير العرقي والتعذيب والقتل خارج نطاق القضاء. ونذكر هنا ما ذكرناه في هذا الصدد عن محاكمات نورمبرج وطوكيو التي كونت بعد الحرب العالمية الثانية لمحاكمة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وقيام مجلس الأمن بإنشاء المحكمتين الخاصتين في يوغسلافيا السابقة (البوسنة الهرسك) التي تتعقد حالياً في لاهاي بهولندا، والمحكمة الثانية المنعقدة حالياً بمدينة أروشا بتنزانيا لمحاكمة مرتكبي الانتهاكات ضد الإنسانية في روندا.

٣- المحاكمة عن طريق الدول الأطراف في اتفاقية جنيف الرابعة :

كما أسلفنا القول يجوز للأطراف السامية المتعاقدة بموجب اتفاقية جنيف الرابعة أحد خيارين، أما محاكمة مرتكبي الانتهاكات بواسطة المحاكم الوطنية أو تسليمهم إلى دولة طرف معنية بمحاكمتهم، أو إنشاء محكمة دولية مؤقتة خاصة لإجراء تلك المحاكمة. وبالرغم من الصعاب السياسية التي تكتنف ذلك يظل الخيار متاحاً

لمتابعته خاصة وأن غالبية الدول الأطراف البالغ عددها ١٨٨ دولة تساند عدالة القضية الفلسطينية وضرورة معاقبة مرتكبي الجرائم في مخالفة القانون الإنساني الدولي.

هذه المحاكم، بطبيعتها، محاكم مؤقتة تقتصر على ملاحقة ومحاكمة المتهمين بجرائم معينة خلال فترة زمنية محددة، وفي منطقة جغرافية معينة، وعليه فهي ليست محاكم دائمة يمكن اللجوء إليها بواسطة أي فرد أو جماعة أو دولة في أي زمان ومكان. ويعتمد إنشاء هذه المحاكم على انعقاد الإرادة الدولية، خاصة الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن الدولي. وهذا، كما هو معلوم، ليس بالأمر السهل بسبب مصالح تلك الدول السياسية والاقتصادية وما تملك من حق النقض.

وعلى الصعيد الدولي، نجد أمثلة عديدة للتغاضي أو العجز عن معاقبة المسؤولين عن جرائم القانون الإنساني الدولي. ففي كمبوديا ما زال النظام يتردد في تقديم مجرمي الخمير الحمر Khmer Rouge المسؤولين عن تصفية مليوني كمبودي أثناء فترة الجزار بول بوت. وكذلك يتمتع ديكتاتور الصرب مليوسوفيتش، والمطلوب أمام المحكمة الدولية في لاهاي، عن محاسبة المسؤولين عن جرائم مماثلة بسبب مشاركته هو شخصيا فيها في مجازر ضد البوسنة، ومن بعدها انتهاكات كوسوفو الأخيرة. وتسعى الأمم المتحدة جادة لإيجاد السبل لمحاكمة مرتكبي جرائم أخرى في سيراليون وتيمور الشرقية. وهذا ما سعت ماري روبنسون، المفوض السامي لحقوق الإنسان، التأكيد عليه في خطابها الأخير أمام مجلس الأمن حين أكدت على ضرورة محاربة منح فرص الحصانة لمرتكبي تلك الأفعال على النحو التالي:

كما أسلفنا، فإن هذا الخيار أيضا غير وارد بسبب استحالة صدور قرار من مجلس الأمن الدولي لإنشاء محكمة خاصة لمحاكمة المسؤولين الإسرائيليين وإعلان الولايات المتحدة وبريطانيا سلفا اعتراضهما على أي مشروع في هذا الصدد.

٤- الولاية القضائية الدولية :

كما أوضح اجتماع المجلس العالمي لسياسات حقوق الإنسان في اجتماعه بجنيف، والذي سبقت الإشارة إليه، تعد قضية بنوشيه أول سابقة قضائية تقوم فيها محكمة محلية برفض الحصانة أو الحماية التي تمنحها دولة ما لرئيس دولة سابق في ما

يخص الجرائم الدولية. كما أن قضية بنوشيه تشكل تطورا تاريخيا هائلا في محاسبة الحكام والقادة عن مسؤوليتهم الجنائية عما يرتكبونه من جرائم. وكانت محكمة الأمم المتحدة المختصة بمحاكمة مسؤولي يوغسلافيا السابقة اتخذت قرارا في مايو ١٩٩٩ بتوجيه تهم عديدة، وطلبت القبض على رئيس جمهورية الصرب (يوغسلافيا السابقة) الحالي سلوبودان ميلوسفتش عن الجرائم التي ارتكبتها، وتستمر قواتها في ارتكابها في كوسوفو، فضلا عن الجرائم التي ترتكب في فوكوفار وسراييفو وسيربرنتشا وغيرها من المدن والقرى. وتكمن أهمية هذا القرار في أن مبدأ المحاسبة لا يقتصر فقط على الرؤساء السابقين، بل حتى على الرؤساء والحكام الحاليين ومسؤوليتهم عن أعمال مرءوسيهيهم من الضباط والجنود الذين يقترفون تلك الانتهاكات. كما تلاحق المحكمة أيضا رئيس الصرب في البوسنة السابق رادوفان كاراديتش، وميلادوفوتش عن ما ارتكبه من جرائم ضد مسلمي البوسنة في مطلع التسعينات. وتتطور ملاحقة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية في تيمور الشرقية قبل وأثناء فترة الاستفتاء، الأمر الذي حدا بالرئيس الإندونيسي إقالة وزير الأمن والشؤون السياسية الجنرال ديرانتو ليمتل أمام القضاء في الاتهامات الموجهة له. كما تصاعدت في الآونة الأخيرة المطالبة بالتحقيق الدولي فيم ارتكبه الجيش الروسي في الشيشان. وفي تطور أخير أفادت صحيفة الهيرالد تريبيون بتاريخ ٤ أبريل ٢٠٠٠ أن قوات الناتو في البوسنة تمكنت من اعتقال كراچسك، الزعيم الصربي الذي كان مسؤولا عن مجازر المسلمين خلال الحرب، وسيقدم أمام المحكمة في لاهاي بتهم الإبادة الجماعية والتطهير العرقي.

تكمن أهمية قضية بنوشيه في أنها تجسد الأهمية التي توليها أعلى محكمة في دولة مثل بريطانيا للقانون الدولي الإنساني، وكيفية تطوره خلال نصف القرن الأخير. وتحسم القضية بشكل واضح المكان الذي يمكن فيه رفع الدعوى، واحتمال تسليم المتهمين إلى دولة أخرى لها الحق في محاكمتهم، ما يقتضي ضرورة إلمام المهتمين بالاختصاص الدولي بقواعد وإجراءات تسليم المتهمين في هذا البلد أو ذلك، فضلا عن الإلمام بقوانين العقوبات والإجراءات الجنائية في تلك البلدان. كما تؤكد القضية ضرورة سرعة التحرك والتجاوب والإعداد للأوضاع المماثلة. ففي تلك القضية نجحت المنظمات المعنية في إعداد ملفات بخصوص الانتهاكات التي

ارتكبت خلال ما يقارب الثلاثين عاما، وهذا اقتضى بذل جهود خارقة وتنسيق بين المنظمات المعنية.

أما الأسباب التي تكمن وراء الفائدة من اللجوء إلى الاختصاص الدولي لتوجيه الاتهام، حسبما ورد في مداوات المجلس العالمي لسياسات حقوق الإنسان، فتكمن في أنها تشكل أداة هامة في الردع ومنع تكرار انتهاكات مماثلة وتحذير المسؤولين عن الانتهاكات حول عدم جدوى السفر إلى الخارج خشية أن يواجهوا مصير بنوشيه. إذ عادة ما يقوم المسؤولون والحكام بارتكاب تلك الانتهاكات مع قناعتهم بأنهم محميون بحكم تقلد وظائفهم الرسمية، أو بعدم تمكن أو رغبة أنظمتهم الحاكمة في تعريضهم للمسائلة أو المحاكمة. هذا مع العلم أن مبدأ الردع في مثل تلك الحالات يحتاج، بالضرورة، إلى الوقت الكافي والنجاح في محاكمة عدد أكبر من الجناة في مختلف البلدان، مع التغطية الإعلامية اللازمة على مستوى العالم.

ولا يقتصر الغرض من محاكمات الاختصاص الدولي على الردع فحسب، بل قد يكون تحقيق العدالة وإنزال العقوبات اللازمة بالمجرمين سببا أكثر قوة ومنطقا، وذلك لضمان عدم فرارهم من العدالة ومنحهم حصانة لا يستحقونها. فالعقوبة للمجرمين هي إحدى أهم مكونات العدالة، كما أنها تعتبر بمثابة إرضاء وتعويض للضحايا عما أصابهم من ظلم ومعاناة، فضلا عن حمايتهم وحماية الآخرين من تكرار الانتهاكات.

كما أن تطبيق القانون ونفي الحصانة عن مرتكبي الانتهاكات يمثل اعتبارا قويا لتوجيه الاتهام وعقد المحاكمات. فالقانون يسنه المشرع بناء على رغبة وحماية المواطنين، وينفذه رجال الشرطة والنيابة، ويطبقه ويفسره القضاء المستقل. فإن لم يتم تطبيق القانون على تلك الجرائم، فلا سبيل للحديث عن سيادة حكم القانون، خاصة بالنسبة للأفعال التي تعتبر جرائم بموجب القانون الدولي.

وأخيرا، فإن محاكمات الجرائم وفق الاختصاص الدولي تعين على كشف الحقيقة، وتسجل وقائع تاريخ نظم الحكم القاهرة وما ترتبه بحق شعوبها. تلك الحقائق التي لم تكن متاحة لهم في ظل تلك الأنظمة التي تتباهى بسجلاتها "الناصعة" في احترام القانون وحقوق الإنسان وبسط العدل. كما أن تلك المحاكمات تشجع على الحوار

العلمي بين أفراد الجمهور وحثهم على الوفاق من أجل مستقبل أكثر عدالة واستقراراً.

كل ما تقدم لا يعني أن لا تكون محاكمات المتهمين محاكمات عادلة، تتيح لهم حق الدفاع عن أنفسهم والاستعانة بمن يختارونه من محامين، وتتيح لهم الوقت الكافي لإعداد دفاعهم وتقديم الشهود والوثائق الخاصة بدفاعهم، إضافة إلى حيدة القضاء وكل ما تقتضيه المحاكمة العادلة.

تطور الولاية القضائية الدولية بعد بنوشيه Pinochet Syndrome

يبقى الحال أن قضية بنوشيه تسببت في تحريك عدد من الدعاوى في دول أخرى أوروبية تصادف وجود مواطني دول أخرى فيها ارتكبوا أفعالاً في بلادهم تشكل انتهاكاً للقانون الدولي الإنساني، الأمر الذي تم التعارف عليه فيما بعد بعقده بنوشيه Pinochet Syndrome.

ففي سويسرا ألقت السلطات السويسرية القبض على أحد الضباط الروانديين السابقين، ووجهت له عدة تهم بارتكاب جرائم إبادة في رواندا أبان الحرب الأهلية بين حكومة الهوتو والمواطنين التوتسي عام ١٩٩٤. ومن المعروف أن محكمة روندا الجنائية الدولية تحاكم حالياً في أروشا حوالي ٤٠ متهماً من مسؤولي الهوتو. وتتساءل جهات عدة عن مصير مسؤولي التوتسي أنفسهم الذين وصلوا إلى الحكم في سنة ١٩٩٤ عن الانتهاكات التي ارتكبوها هم أنفسهم خلال فترة الحرب وبعد تمكنهم من الاستيلاء على السلطة^{١٣}. فإن كانت الحكومة نفسها عاجزة أو غير راغبة في محاكمة مسؤولي السلطة الحاليين عن تلك الانتهاكات، فإن الاختصاص الجنائي الدولي سيفتح الباب واسعاً لتلك المحاسبة.

كما بدأت العديد من المنظمات في مختلف أنحاء العالم تطالب بتطبيق مبادئ الاختصاص الجنائي الدولي على عدد من المسؤولين السابقين والحاليين الذين يتهمون بارتكاب جرائم في مخالفة القانون الإنساني الدولي. منهم، على سبيل المثال لا الحصر، البريطانيان أيان هندرسون المعروف "بجزار البحرين"، والذي تولى حتى وقت قريب مهمة المخابرات والأمن العام في دولة البحرين، ويعمل حالياً مستشاراً لوزارة الداخلية في ذلك البلد، ويتهم بأنه ارتكب أبشع أنواع

^{١٣} Herald Tribune, 20 December 1999, p. 2.

الانتهاكات من اعتقال وسجن وتعذيب وقتل ونفي من البلاد لمئات المواطنين البحرنيين، خاصة المعارضين السياسيين. وقد أفادت لجنة مراقبة حقوق الإنسان مؤخرا أن الحكومة البريطانية بدأت التحقيق في جرائم التعذيب التي ارتكبتها هندرسون خلال سني توليه السلطة في البحرين^{١٤}.

وفي فرنسا اعتقلت الشرطة العقيد الموريتاني علي ولد داداه في يولييه ١٩٩٩، حيث كان يدرس في الأكاديمية العسكرية الفرنسية، لارتكابه جرائم تعذيب في موريتانيا، وذلك إثر شكوى تقدم بها اثنان من ضحاياه.

وازداد في الآونة الأخيرة خاصة على الصعيد العربي الحديث عن إيريل شارون، الوزير الإسرائيلي السابق، وزعيم حزب الليكود حاليا، والمعروف بممارساته البشعة تجاه الفلسطينيين في فترة توليه السلطة، وخاصة مسؤوليته كوزير للدفاع آنذاك في غزو لبنان وحصار بيروت والمذابح الشهيرة التي شارك في ارتكابها في سنة ١٩٨٢ في معسكري صبرا وشاتيلا، والتي أودت بحياة ألفين من اللاجئين الفلسطينيين أغلبهم من النساء والأطفال والعجزة. وهكذا الحال بالنسبة إلى عاموس يارون، أمين عام وزارة الدفاع الإسرائيلية حاليا، الذي شارك مباشرة في نفس العمليات حسب تقرير لجنة كاهان الإسرائيلية، التي حققت في الأمر فيما بعد وأدانت يارون وحملته مسؤولية عدم منع المجزرة.

في هذا الصدد يذكر أن المستشار القانوني للحكومة الإسرائيلية، الياكيم روبنشتاين، قد حذر الحكومة الإسرائيلية من أن زعماء وقادة إسرائيل قد يواجهون مستقبلا إمكانية المطالبة بتقديمهم للمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية عن قيامهم بارتكاب جرائم مرتبطة بالاحتلال الإسرائيلي في الضفة وغزة ولبنان، حتى وإن لم تنضم إسرائيل إلى المحكمة الدولية^{١٥}.

وفي جنوب أفريقيا لاحقت منظمات حقوق الإنسان الديكتاتور الأثيوبي السابق منجستو هايلي مريام عند وصوله إلى جنوب إفريقيا في نوفمبر ١٩٩٩ طلبا للعلاج في جوهانسبرج، وطالبت تلك المنظمات بالقبض عليه وبدء التحقيق معه في ما ارتكبه هو وقيادات الدرق Dergue من جرائم إبادة وقتل وتعذيب إبان حكمهم

^{١٤} Human Rights watch, Update, 11 January, 2000

^{١٥} صحيفة "يدعوت أحرنوت" الإسرائيلية، ١٩ مارس ٢٠٠٠.

لأثيوبيا، ومحاكمته في جنوب أفريقيا أو تسليمه لأثيوبيا أو أي بلد آخر لمحاكمته على جرائمه^{١٦}، غير أن السلطات الحكومية لم تتخذ أي إجراء قبيل مغادرته البلاد. ويحدث نفس الشيء لحاكم إندونيسيا الأسبق سوهارتو، الذي يعاني من المرض، وكان من المفترض أن ينقل إلى ألمانيا للعلاج إلا أن السبب الوحيد الذي منع نقله إلى ألمانيا هو خشية وقوعه فريسة الاختصاص الجنائي الدولي. وفي تطور أخير حركت النيابة الإندونيسية الدعوى ضد سوهارتو لارتكابه عدة جرائم من ضمنها القتل والتعذيب، واخضع للإقامة الجبرية في منزله، إلا أنه يسعى أيضا إلى الاحتماء وراء شهادات طبية تؤكد مرضه وعدم قدرته على مواجهة المحكمة. ولكن قررت المحكمة أخيرا بضرورة مثوله أمام القضاء، وربما حدث ذلك قريبا.^{١٧}

وتستمر المنظمات الدولية لحقوق الإنسان بمتابعة تحركات الحكام والمسؤولين عن الانتهاكات، سواء كانوا في الحكم أم تغيروا، وتطالب بملاحقتهم والتحقيق معهم وتقديمهم للمحاكمة، إما في البلد الذي يتواجدون فيه أو في بلدهم الأصلي أو أي بلد آخر على استعداد لمحاكمتهم. وقد أشارت منظمة مراقبة حقوق الإنسان، على سبيل المثال، إلى عدد من الحكام السابقين منهم عيدي أمين دادة (أوغندا) الذي يعيش في السعودية، وميلتون أبوتي رئيس أوغندا السابق الذي يعيش في زامبيا، وراؤول سيدراس (هايتي) المتواجد في بنما، والفريدوا ستروسنر (الأرجنتين) الموجود في البرازيل وإيمانويل "توتو" (هايتي) الذي يعيش في الولايات المتحدة^{١٧}.

وفي تطور لاحق كشفت جريدة "التايمز" اللندنية بتاريخ ١٦ نوفمبر ١٩٩٩ عن وجود الجنرال ساريسي موفوني، الضابط السابق في الجيش الرواندي، في لندن وهو الذي تطالب به الحكومة الرواندية لمحاكمته بسبع عشرة تهمة تتعلق بالإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية. وقد وجهت منظمة العفو الدولية نداء إلى الحكومة البريطانية تذكرها بالتزاماتها الدولية، خاصة بموجب اتفاقيات التعذيب

^{١٦} Human Rights watch, Update of 24 November 1999

^{١٧} المرجع السابق.

ومنع الإبادة واتفاقيات جنيف الأربع^{١٨}، مطالبة الحكومة بضرورة تقديم منتهكي تلك القوانين للمحاكمة، وأضاف النداء:

"أيا كان المكان الذي ارتكبت فيه الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب أو التعذيب، وأيا كانت جنسية المتهم أو الضحية، يلزم القانون الدولي جميع الدول، بما في ذلك المملكة المتحدة، أن تجري التحقيق اللازم متى توفرت اتهامات ومتى كان الشخص المتهم بارتكاب تلك الانتهاكات موجودا في إقليم تلك الدولة"^{١٩}.

في واقع الحال يتضح أن قيام بعض الدول بمحاكمة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية خلال العهود السياسية السابقة أمام المحاكم الوطنية ليس بالأمر المستبعد تماما، إذ قامت بعض الدول فعلا بذلك. ففي أثيوبيا، على سبيل المثال، يقوم النظام الحالي بمحاكمة حوالي ٥٠٠٠ متهم منهم ٢٠٠٠ يحاكمون غيابيا، بمن فيهم الرئيس السابق منجستو هايلي مريام، وحوالي ٣٠٠٠ يحاكمون حضوريا أمام مختلف المحاكم منذ أكتوبر ١٩٩٧ بتهم الإبادة العرقية وتهم أخرى مماثلة. وقد طالبت أثيوبيا حكومة زامبيا بتسليم منجستو، إلا أن زامبيا رفضت الطلب.

وفي كمبوديا قام نظام الخمير الحمر Khmer Rouge إبان فترة حكمه بقيادة بول بوت في الفترة ١٩٧٥ - ١٩٧٩، بارتكاب أسوأ عمليات إبادة شهدتها القرن العشرون، تمثلت باغتيال مليوني شخص، يشكلون ربع سكان البلاد، في أقل من أربع سنوات. ارتكبت هذه الجرائم في مراكز لتصفية من اعتبروا أعداء للحزب الشيوعي، بمعدل ٥٢٠٠ مواطن يصفون أسبوعيا، إضافة إلى موت مليون آخر جوعا ومرضا وسخرة. وقد أصر النظام الكمبودي الجديد الذي استولى على السلطة على تقديم بول بوت إلى المحكمة التي قضت بإعدامه غيابيا. تبع ذلك تقديم عدد من قادة الخمير الحمر إلى محاكمات فشلت في الحكم عليهم لأسباب سياسية ولضعف النظام القضائي في البلاد.

وبعد الحكم في قضية بنوشيه قام عدد من المنظمات برفع دعاوى جنائية ضد قادة الخمير الحمر أمام محاكم فرنسا وبلجيكا. وفي ١٩٩٧ تقدمت الحكومة الكمبودية

^{١٨} Nizkor international Human Rights Team. 26 November 1999

١٩ أخيرا قررت المحكمة وقف إجراءات القضية بسبب التقرير الطبي الذي أكد مرض سوهارتو وعدم قدرته متابعة الإجراءات القضائية والدفاع عن نفسه.

يطلب من الأمم المتحدة لإنشاء محكمة دولية خاصة لمحاكمة قادة الخمير الحمر بتهمة الإبادة الجماعية. ولم تقم الأمم المتحدة باتخاذ أي إجراء حتى بداية ١٩٩٩، حينما تقدمت مجموعة خبراء بمقترح إلى الأمين العام للأمم المتحدة لتوسيع صلاحيات محكمة يوغسلافيا السابقة لتشمل الخمير الحمر. غير أن رئيس الوزراء الكمبودي الحالي، هون سن، رفض التوصية وأعلن أن المحاكمة ستتم أمام المحاكم الكمبودية، لكن المراقبين يرون أن النظام القضائي غير مؤهل لذلك، وأن رئيس الوزراء ربما ينظر إلى الأمر في إطار التوازنات السياسية الداخلية ومصالحته في الحصول على سند قوات الخمير الحمر العائدة إلى كمبوديا.

ويبدو أن تطورا آخر قد حدث أخيرا في موقف رئيس الوزراء الكمبودي، إذ يفيد تقرير صادر عن منظمة مراقبة حقوق الإنسان في أكتوبر ١٩٩٩ أن هون سن قد أبدى استعدادا لإعادة النظر في انعقاد المحكمة الدولية، على أن تعقد داخل كمبوديا، وأن يكون معظم القضاة من كمبوديا، مع عدد محدد من قضاة دوليين تعينهم الأمم المتحدة. غير أن المنظمة المذكورة أبدت تحفظها، ما لم تكن المحكمة تحت الإشراف العام للأمم المتحدة خوفا من تأثرها وتعرضها للاعتبارات والمصالح السياسية داخل كمبوديا، الأمر الذي لن يضمن حيادها وفعاليتها^{٢٠}. ويتوقع أن يتضح الموقف في المستقبل القريب^{٢١}.

وفي روندا، وعلى الرغم من قيام المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة المتهمين بارتكاب انتهاكات لحقوق الإنسان في فترة الحرب الأهلية، فإن الحكومة الرواندية نفسها ظلت طوال الفترة منذ ١٩٩٤ تحتجز أكثر من ١٢٥٠٠٠ من الهوتو المتهمين بارتكاب جرائم إبادة وجرائم ضد الإنسانية في تلك الفترة بغرض محاكمتهم.

وفي تطور أخير على غاية الأهمية قامت عدة منظمات إفريقية وعالمية لحقوق الإنسان، استنادا على مبدأ الاختصاص القضائي الذي أرسته قضية بنوشيه، بإعداد ملف قضائي ضخم ضد رئيس جمهورية تشاد السابق حسين هبري الذي حكم

^{٢٠} أنظر Human Rights Watch, Update of 22 October, 1999

^{٢١} في تطور أخير تفيد التقارير بأن الحكومة الكمبودية وقعت اتفاقا مع المستشار القانوني للأمم المتحدة هانس كوريل يقضى بإنشاء محكمة دولية خاصة لمحاكمة الخمير الحمر.

البلاد في الفترة ١٩٨٢ - ١٩٩٠ وهرب بعدها ليعيش لاجئاً في السنغال. وبعد جهود مضنية وسرية تمكنت تلك المنظمات، خلال فترة غير قصيرة، من جمع معلومات وأدلة غاية في الخطورة تشمل ٩٧ حالة اغتيال سياسي و١٤٢ حالة تعذيب، و١٠٠ حالة اختفاء داخل تشاد خلال حكم هبري. وقد مثل حسين هبري أمام المحكمة المختصة في داكار في ٣ فبراير ٢٠٠٠، بعد أن كان قيد الحبس المنزلي منذ توجيه التهمة له بواسطة المحكمة. كما استمعت المحكمة إلى شهادة ستة من الشهود من مواطني تشاد أدلوا بأقوالهم حول اعتقالهم وتعريضهم للتعذيب في فترة حكم هبري. من تلك الإفادات ما أدلى به الشاهد سليمان جونجتق، موظف خدمة مدنية سابق تم اعتقاله بتهمة معارضته النظام في أغسطس ١٩٨٨ وظل رهن الاعتقال لمدة عامين، تعرض خلالها لأبشع صنوف التعذيب وغاب عن الوعي ثلاث مرات وظن رفاقه أنه قد فارق الحياة. وقد جاء في إفادته أن ما لا يقل عن أربعة سجناء كانوا يموتون يوميا بسبب الأمراض وسوء الأوضاع والاختناق والحرارة، وروى أن حوالي ٢٠٠ معتقل حشروا في زنزانية، وأن الملع كان يصب لهم من ثقب في السقف لاضطرارهم إلى لعق البلاط. وعبر سليمان عن سعادته بوجوده في المحكمة شاهدا على متهم مثل حسين هبري الذي لم يكن يتصور أن يمثل أمام محكمة في حياته.

هكذا، وبسرعة فائقة، انتقلت مسألة الاختصاص الدولي عقب بنوشيه إلى القضاء الأفريقي لأول مرة في تاريخ القارة.

ما من شك أن ذلك سيتكرر في العديد من الدول الأفريقية، طالما كان هناك قضاء مستقل وطالما قامت منظمات حقوق الإنسان والمحامون والضحايا وذوهم بجمع الأدلة ورفع الدعاوى أمام المحاكم.

وقد عبر ريد برودي، من منظمة مراقبة حقوق الإنسان بنيويورك، عن سعادة المنظمات بنجاحها في تحريك الدعوى ضد حسين هبري في السنغال، واصفا ذلك أنه ينم عن تغيير قانوني هائل "a sea of changes is underway"، وأضاف أن سابقة هبري تعتبر الأولى من نوعها خارج أوروبا لتوجيه اتهام ضد مسؤول سابق في دولة غير وطنه. ومضى برودي يقول:

"The Pinochet case reaffirmed the principle that a country can judge the crime of torture no matter where the acts were committed, and that not even a former head of state has immunity from prosecution.. But it also showed that there are countries like England and Spain where these lofty principles can actually be applied in practice. By arresting Habre, Senegal demonstrated that African countries can also do the rights thing"²² .

خاتمة

نختم فنقول أن مبادئ القانون الدولي الإنساني كفيلة بملاحقة ومحاسبة جميع المسؤولين عن الانتهاكات التي عانى منها الشعب الفلسطيني، بل والعربي، منذ بداية الاحتلال في العام ١٩٤٨ وحتى يومنا هذا، سواء كانوا عسكريين أو مدنيين، وسواء كان ذلك في الأراضي الفلسطينية أو اللبنانية أو السورية أو المصرية أو داخل ما يسمى بالكيان الإسرائيلي.

وإن كانت محكمة العدل الدولية ليست جهة الاختصاص وفق حدود ولايتها القانونية، وإن كانت المحكمة الجنائية الدولية لم ينعقد اختصاصها بعد بسبب عدم توفر تصديقات العدد الكافي من الدول على نظامها الأساسي، وإن كانت فرص إنشاء محاكم جنائية دولية خاصة مؤقتة تقابلها عقبة ممارسة حق النقض في مجلس الأمن الدولي لمنع صدور أي قرار في هذا الشأن من الولايات المتحدة أو غيرها، يبقى الخيار متاح هو الولاية القضائية الدولية التي تبلورت أبعادها بشكل واضح بعد الحكم في قضية بنوشيه وما تبعها من تداعيات على المستوى الدولي في مختلف أرجاء المعمورة. أما الخيار الثاني، والذي لا يخلو من صعوبة أيضاً، هو قيام الدول الأطراف السامية بإنشاء محكمة خاصة بموجب اتفاقية جنيف الرابعة.

²² Human Rights Watch update, 3 March 2000.

أخيرا، تبقى هناك محاذير هامة وأساسية قبل الإقدام على أية خطوة في هذا الصدد. فقرارات الجامعة العربية أو القمة الطارئة في هذا الصدد والمطالب الجماهيرية أو تلك الصادرة من بعض المنظمات المعنية بحقوق الإنسان، والتي نالت حيزا إعلاميا ضخما في الآونة الأخيرة، ورفع شعارات طنانة حول الاقتصاص، والضجة الإعلامية ورمي الحديث على عواهنه، كل هذا لا يكفي لتفعيل الولاية القضائية الدولية. ماذا يعني لرجل الشرطة أو النيابة أن يتم إخطاره في هذا البلد أو ذلك أن شارون أو غيره يقيم في هذا الفندق أو ذلك في هذه المدينة أو تلك وأنه مسؤول عن ارتكاب مذابح وانتهاكات جسيمة وجرائم ضد الإنسانية في لبنان أو فلسطين أو هضبة الجولان أو سيناء؟ أيكفي هذا لتوجه الشرطة لاحتجازه وفتح تحقيق معه؟ ماذا يعني هذا أمام القضاء المستقل حتى بافتراض أن الشرطة أو النيابة شرعت في الاحتجاز أو التحقيق.

إن الأمر أكثر تعقيدا وصعوبة من هذا التبسيط المخل الذي يطالب المجتمع الدولي (وأي مجتمع دولي!) بمحاكمة المسؤولين عن الجرائم ضد الإنسانية والمخالفة للقانون الإنساني الدولي دون سوغ قانوني ولائحة اتهام محددة وأحداث بعينها. فالأمر يتطلب الزمن الكافي والتمويل اللازم والإعداد المهني لملفات الادعاء وتبرير توجيه التهم المحددة ضد متهم معين ارتكب انتهاكا صريحا بحق ضحايا معروفين في زمان ومكان محددين وإعداد الوثائق والشهود اللازمين، هذا إلى جانب القانون واجب التطبيق وكلفة الشهود والمحامين والسفر والإقامة والنفقات في مكان إقامة الدعوى.

أشرنا في منحنى الدراسة إلى توصيات محددة واستعداد للعون الفني والبحث عن التمويل اللازم من جانب مؤسسات مثل منظمة العفو الدولية والاتحاد الدولي للمحامين ومنظمة مراقبة حقوق الإنسان والمجلس الدولي لسياسات حقوق الإنسان. ينبغي الاستعانة بخبراتها ونصحها قبل الإقدام على أية خطوة في تقديم الشكاوى.

فالمنظمات الأسبانية والتشيلية والمنظمات الدولية وحدثت جهودها وعملت لسنوات طوال في إعداد ملف قضية بنوشيه، كما فعلت التشادية والأفريقية والدولية في قضية حسين حبري.

لذا فالأمر يقتضي كثيرا من التروي والتدبير والزمن والمال. يقيني أن اتحاد المحامين العرب الذي يولي اهتماما كبيرا بهذا الأمر سيقوم من خلال المكتب الدائم بدراسة الأمر من زواياه الإجرائية والقانونية والعملية بعد مناقشة وإثراء هذا الجهد المتواضع للوصول إلى الصيغة الأمثل لبلوغ الغاية المبتغاة.

مصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين

(تنازع القوانين)

معين البرغوثي*

المقدمة :

جال في خاطري تساؤل عن مصادر القانون الدولي الخاص الفلسطيني، وهل هناك قانون دولي خاص في فلسطين، فتوجهت بالسؤال عن هذه المصادر، وكان الجواب على تساؤلي هو السؤال ذاته؟ بمعنى أوضح يمكن القول بأن مصادر القانون الدولي الخاص الفلسطيني تكاد تكون غير محددة المعالم، خاصة وان الكتابة في هذا الموضوع تكاد تكون بالنسبة إلى فلسطين نادرة.

إن الغموض وعدم التحديد في هذا الموضوع، بالإضافة إلى ندرة الكتابة فيه كانا من ابرز الدوافع إلى البحث فيه رغم الصعوبات التي كان من المتوقع مواجهاتها لنفس الأسباب السابقة.

وتحدياً لكافة الصعوبات المتوقعة، وانطلاقاً من جدية الهدف سعينا من خلال هذا البحث إلى إبراز معالم القانون الدولي الخاص الفلسطيني إلى حيز الوجود في إطار البحث الأكاديمي الفلسطيني الذي نحن في اشد الحاجة إليه في هذه المرحلة والمراحل القادمة.

إن البحث في مصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين على قدر كبير من الأهمية لسببين : أولهما، إن تحديد هذه المصادر ضروري لغايات الإجابة على تساؤلات عديدة تثور في أذهان القانونيين في فلسطين حول ماهية هذه المصادر، وحول معرفة قواعد هذا القانون في فلسطين إن وجدت. ثانيهما أن تحديد قواعد هذا القانون في فلسطين إن وجدت سوف تشكل الأساس الواقعي والقانوني الذي

* باحث قانوني.

يمكن أن يبني عليه أي توجه أو تفكير مستقبلي بغية توحيد قواعده، وصبها في قالب قانوني جديد بحيث تطبق في جميع أنحاء فلسطين على نحو واحد. سنحاول من خلال هذا البحث أن نرسم بتأن هادف وبتمعن فاحص الإطار القانوني للقانون الدولي الخاص الفلسطيني مسترشدين في ذلك بأهم التشريعات التي اهتمتينا إليها، هذا بالإضافة إلى الأحكام القضائية التي استطنعنا حصرها بعد التتقيب عنها واستخلاصها من مصادرها الأولية. ومقدماتاً فان البحث في هذا الموضوع يتطلب من الباحث أو المحلل القانوني أن ينظر بمنظار مزدوج أخذاً بعين الاعتبار الوضع القانوني في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة. كما أن تحديد إطار هذا الموضوع يتطلب من الباحث أن يستعين بجاذب لاقط ومنظار ثاقب لرصد المصادر المتعلقة به والعائمة أو المتناثرة هنا وهناك.

وقبل الخوض في تفاصيل الموضوع نود التأكيد على مجموعة من النقاط والتحفظات التي تحيط به، وهي تتمثل فيما يلي :

1. يهدف هذا البحث إلى تحديد مصادر القانون الدولي الخاص الفلسطيني في إطار موضوع تنازع القوانين باعتباره الموضوع الأبرز من ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص.
2. يخرج من إطار هذا البحث موضوعات أخرى تقع في نطاق القانون الدولي الخاص مثل الجنسية ومركز الأجانب والموطن وتنفيذ الأحكام الأجنبية وتنازع الاختصاص القضائي، إذ أن كلا من هذه الموضوعات يحتاج إلى بحث مستقل لا مجال لبحثه هنا.
3. أن دراستنا لموضوع تنازع القوانين ستركز على تحديد أهم التشريعات المطبقة في فلسطين والمتعلقة بهذا الموضوع مع تحليل مبسط لنصوصها.

٤. من جانب آخر سنتعرض لأبرز الأحكام والسوابق القضائية المتعلقة بهذا الموضوع في فلسطين.
٥. سنحاول البحث عن منابع أخرى غير التشريع والقضاء بهدف استخلاص مصادر تنازع القوانين منها في إطار القانون الدولي الخاص الفلسطيني. في ضوء ما تقدم سنتناول بالدراسة من خلال هذا البحث مصادر القانون الدولي الخاص بشكل عام (المبحث الأول)، ومصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مصادر القانون الدولي الخاص بشكل عام

يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من فروع القانون الخاص حيث أنه ينظم العلاقات بين الأفراد، إلا أنه يتميز عن بقية الفروع بأنه ذو طابع دولي، ذلك أنه يتناول بالتنظيم المسائل التي يدخل فيها عنصر أجنبي، أو بمعنى آخر فهو ينظم في الجانب الأكبر منه علاقات بين أفراد من دول مختلفة.

وكأي فرع من فروع القانون فإن لهذا الفرع مصادر داخلية متعددة كالتشريع والعرف والفقهاء والقضاء، لكن يتميز هذا الفرع عن الطائفة التي ينتمي إليها (أي طائفة القانون الخاص) في أن بعض مصادره دولية كالمعاهدات والأعراف الدولية، وأحكام القضاء وآراء الفقهاء الدوليين.

ويتطلب البحث في المصادر بشكل عام تحديد مفهوم المصدر (المطلب الأول)، ثم تحديد أنواع المصادر وبيان أحكامها المختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم المصدر

إن تحديد مفهوم المصدر يتطلب تأصيله، وهذا التأصيل لا يتأتى إلا ببيان المعنى اللغوي للمصدر (أولاً)، والمعنى القانوني له (ثانياً).

أولاً : معنى المصدر في المجال اللغوي^١

المصدر في اللغة هو ما يصدر عنه الشيء فيقال مثلاً الشمس هي مصدر النور في النهار.

ثانياً : معنى المصدر في المجال القانوني^٢

مصدر القانون هو المنبع الذي تؤخذ منه قواعده، وتتنوع أشكال المصدر في المجال القانوني لتشمل ما يلي :

١. المصدر المادي (أو الموضوعي) : ويقصد به المنبع الذي ينبع منه مضمون القاعدة، وتدخل فيه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية. كذلك يدخل في إطار المصدر المادي نوعان من المصادر هما :

أ- المصدر التاريخي : وهو الأصل التاريخي الذي أخذ منه مضمون القاعدة القانونية، وعلى سبيل المثال يعتبر المذهب الحنفي المصدر التاريخي لمجلة الأحكام العدلية.

ب- المصدر التفسيري : وهو المصدر الذي يساهم في توضيح ما يشوب القاعدة القانونية من غموض. وخير مثال عليه الفقه والقضاء، حيث أنهما يعتبران مصدراً استثنائياً أو استرشادياً للقاضي، ويستثنى من ذلك حالة السوابق القضائية في القانون الإنجليزي إذ أنها تعتبر مصدراً رسمياً للقانون.

^١ المحيط " معجم اللغة العربية ". أديب العجمي وآخرون، المجلد الثالث، ١٩٩٣، ص ٥٩٠.

^٢ د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية - بيروت، ١٩٧٨، ص ٨٣، ٨٤.

د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة - عمان، ط ٢، ١٩٩١، ص ٤١-٤٣.

٢. المصدر الرسمي (أو الشكلي) : ويقصد به الوسيلة التي تخرج بها القاعدة القانونية للجمهور فتصبح ملزمة لهم. وخير مثال على هذا المصدر التشريع والعرف والمعاهدات.

المطلب الثاني

أنواع المصادر^٣

يمكن وصف مصادر القانون الدولي الخاص بأنها ذات طابعين : وطني (محلي) ودولي (عالمي)، يضاف إلى ذلك أن هذه المصادر منها ما هو مكتوب (مقنن) ومنها ما هو غير مكتوب، كذلك فإن بعض هذه المصادر يتصف بالرسمية كالتشريع والمعاهدات والأعراف، ومنها ما لا يتصف بهذه الصفة كالفقه والقضاء. وسنتناول في هذا المبحث مجموعة من

^٣ للتوسع في موضوع المصادر أنظر : د. صوفي حسن أبو طالب. الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ج ١، ١٩٧٤، ص ٣٤-٥١.

د. موحد إسعاد. القانون الدولي الخاص، ج ١ : قواعد التنازل، ١٩٨٥، ص ٨١-١١٠.

د. بدر الدين عبد المنعم شوقي. دراسات في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي)، ١٩٩٠، ص ١١-٢٤.

د. جمال محمود الكردي. محاضرات في القانون الدولي الخاص - النظرية العامة للقانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، ط ١، ١٩٩٦، ص ١٤-٥٣.

د. غالب علي الداودي. القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - (دراسة مقارنة). ط ١، ١٩٩٦، ص ٢٥-٥٢.

د. هشام علي صادق. تنازع القوانين - دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الإسكندرية - ١٩٩٧، ص ٧١-١٠٣.

د. أحمد مسلم. القانون الدولي الخاص، ط ١، القاهرة ١٩٥٤، ص ١٦-٢٥.

المصادر بتحليلها وبيان أحكامها المختلفة وهي التالية : التشريع (أولاً)، المعاهدات (ثانياً)، الأعراف (ثالثاً)، آراء الفقهاء (رابعاً)، أحكام القضاء (خامساً). ومبادئ القانون الدولي الخاص (سادساً).

أولاً : التشريع :

يقصد بالتشريع القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن الجهة المختصة بالتشريع في بلد ما.

وبوجه عام يعتبر التشريع مصدراً رسمياً أولاً للقاعدة القانونية في مختلف فروع القانون، إلا أن أهميته كمصدر لقواعد القانون الدولي الخاص حديثة نسبياً، فقد أصبح كذلك منذ القرن التاسع عشر.

ويترتب على وجود قاعدة تشريعية في نطاق القانون الدولي الخاص نتيجة مفادها أن على القاضي الالتزام بالبحث عن هذه القاعدة لتطبيقها على النزاع المعروض عليه، فإن لم يجد نصاً يمكنه الانتقال إلى المصادر الأخرى المتاحة.

والحقيقة أنه رغم قيام التشريع بدور رئيسي في تكوين قواعد القانون الدولي الخاص إلا أن صورة هذه القواعد لم تأخذ شكل تشريع محدد إلا حديثاً في بعض الدول، وفي معظم الدول نجد نصوص التنازع متناثرة هنا وهناك، فبعض الدول مثلاً تناولت بعض قواعده في نطاق القانون المدني (مثل الأردن، مصر). أما حديثاً فهناك اتجاه عند بعض الدول نحو وضع قانون دولي خاص مستقل ومن أبرزها ألمانيا، حيث صدر القانون الدولي الخاص الألماني في عام ١٩٨٦^٤.

^٤ Marielle Koppenol, Daan Dokter, Gerard J. Meijer, Frank G. M. Smeele. International contracts-aspects of jurisdiction. Arbitration and private international law, first edition, london, 1996, p 120.

ثانياً : المعاهدات :

١. معنى المعاهدة :

هي اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة.

٢. أنواع المعاهدات :

تنقسم المعاهدات بشكل عام وضمن إطار القانون الدولي الخاص إلى تقسيمات متعددة من أبرزها :

من حيث أطرافها : تنقسم المعاهدات إلى ثلاثة أقسام هي :

أ. المعاهدة الثنائية : وهي المعاهدة التي تتعدّد بين دولتين فقط.

ب. المعاهدة الجماعية : وهي المعاهدة التي تتعدّد بين ثلاث دول فأكثر.

ت. الاتحاد " UNION " : و هو نوع من المعاهدات الجماعية سمي بهذا الاسم لتمييزه من ناحية إمكانية انضمام أو اشتراك دول أخرى إليه في المستقبل.

من حيث طريقة معالجة تنازع القوانين : تنقسم المعاهدات إلى قسمين هما :

أ. معاهدات القواعد الموضوعية : وهذه المعاهدات تضع قواعد موضوعية تحكم مسائل القانون الخاص بين الدول الموقعة عليها، ويلجأ إليها القاضي مباشرة للحكم بموجبها (ومثالها معاهدة وارسو بشأن النقل الجوي لسنة ١٩٢٩).

ب. معاهدات قواعد الإسناد : وهذه المعاهدات تضع قواعد إسناد تبين القانون الذي يستمد منه الحكم الواجب التطبيق، ومن الأمثلة على ذلك الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على إخضاع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية.

٣. القوة الملزمة للمعاهدات :

للمعاهدة أثر نسبي، وبالتالي فهي لا تلزم سوى الأطراف أو الدول الموقعة عليها. وفيما يخص القوة الملزمة للمعاهدات يجب أن نميز بين مجالين هما :

المجال الدولي : وهنا تكتسب المعاهدة قوتها بمجرد التصديق عليها وفقاً للأوضاع المقررة في القانون الدولي العام والقانون الداخلي معاً.
المجال الداخلي : وهنا تكتسب المعاهدة قوتها وفقاً للأوضاع المقررة في القانون الداخلي، فهي إما أن تصبح ملزمة بمجرد التصديق عليها أو بصورها بقانون داخلي.

٤. تفسير المعاهدات :

تتعدد الجهات التي تملك سلطة تفسير المعاهدات لتشمل :

أ. حكومات الدول الموقعة على الاتفاقية أو المعاهدة.

ب. القضاء الدولي في النزاعات المعروضة عليه.

ج. القضاء الوطني.

أما عن مدى سلطة القضاء الوطني في تفسير المعاهدات فالاتجاهات متضاربة في هذا الموضوع وهناك اتجاهان :

الأول : يمتنع على القاضي الوطني تفسير المعاهدات، وأنه في حالة الغموض يجب على القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى حتى يتلقى تفسيراً من حكومته.

الثاني : يملك القاضي الوطني سلطة تفسير المعاهدات على أساس ضرورة سرعة الفصل في المنازعات من جهة، وإن المعاهدة تصبح بعد المصادقة عليها جزءاً من التشريع الوطني. وهذا هو الرأي الراجح ونحن نؤيده نظراً للاعتبارات الواقعية والقانونية السابقة.

٥. حكم التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي :

إذا ما ثار تعارض بين معاهدة دولية وتشريع داخلي يجب أن ننظر أولاً إلى الجهة القائمة بنظر هذا التعارض، وهنا لا بد من التمييز بين حالتين هما :

أ- النظر في التعارض من قبل القاضي الدولي : وهنا تقدم نصوص المعاهدة على نصوص التشريع الداخلي سواء أكان دستورا أم قانونا عاديا، استنادا إلى فكرة أن الدولة لا تستطيع التوصل من التزاماتها الدولية بالاستناد إلى تشريعاتها الداخلية.

ب- النظر في التعارض من قبل القاضي الوطني : وهنا يجب أن نفرق بين وضعين :

تعارض المعاهدة مع الدستور : وهنا يجب أن نميز بين وجهين :

- وجود حق للقضاء الوطني بنظر دستورية القوانين : وهنا للقاضي الوطني الامتناع عن تطبيق نصوص المعاهدة المتعارضة مع الدستور.
 - عدم وجود حق للقضاء الوطني بنظر دستورية القوانين : وهنا لا يستطيع القاضي الامتناع عن تطبيق نصوص المعاهدة المتعارضة مع الدستور.
- ونود الإشارة هنا إلى أن هناك اتجاها يرى بأن للمعاهدة أبعادا سياسية دولية، كما أنها تتصل بسيادة الدولة الأمر الذي يقتضي ضرورة تطبيق نصوصها حتى في حالة تعارضها مع الدستور وان كان للقضاء الوطني سلطة النظر بدستورية القوانين. ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الذي يقول بضرورة الامتناع عن تطبيق المعاهدة المتعارضة مع نصوص الدستور إذا كان نظام الدولة يعطي القاضي الوطني حق الرقابة الدستورية خصوصا وان المعاهدة بعد التصديق عليها تصبح تشريعا داخليا عاديا.

تعارض المعاهدة مع التشريع العادي : وهنا يجب أن نميز بين وجهين :

- وجود نص صريح على تقديم المعاهدة : وفي هذه الحالة إذا نص التشريع العادي على تقديم نصوص المعاهدة صراحة فإنها تقدم، وخير مثال على ذلك ما نص عليه المشرع الأردني (المادة ٢٤ من القانون المدني الأردني).
- عدم وجود نص على تقديم المعاهدة : وهنا يجب أن نميز بين نقطتين :

□ تعارض المعاهدة مع تشريع سابق عليها : وهنا يذهب الغالبية إلى القول بتقديم المعاهدة على التشريع السابق المتعارض صراحة أو ضمناً معها استناداً إلى فكرة أن المعاهدة تشريع، وأن التشريع اللاحق ينسخ السابق.

□ تعارض المعاهدة مع تشريع لاحق : وهنا نميز بين شكلين :

❖ التعارض الصريح : وهنا يقدم التشريع اللاحق استناداً إلى ما ذكرناه سابقاً من أن التشريع اللاحق ينسخ السابق، ولكن هذا الحكم قد يعرض الدولة للمسؤولية الدولية نظراً لتجاهلها تطبيق المعاهدة.

❖ التعارض الضمني : وهنا تطبق نصوص المعاهدة باعتبارها تتضمن حكماً خاصاً يقدم على نصوص التشريع الداخلي باعتبارها تتضمن حكماً عاماً.

ثالثاً : الأعراف :

١. معنى العرف :

يقصد بالعرف مجموعة القواعد التي اضطرد الناس على اتباعها في مسألة معينة حتى يتبلور الاعتقاد لديهم بالزاميتها. وبهذا المعنى فإن للعرف عنصرين هما : عنصر مادي يتمثل في الاضطراد والاعتیاد، وعنصر معنوي يتمثل في الإلزام.

٢. أنواع العرف :

أ. العرف الداخلي : ويقصد به العرف الذي ينشأ في المجتمع الداخلي ويستمد قوته من القضاء الوطني.

ب. العرف الدولي : ويقصد به العرف الذي ينشأ في المجتمع الدولي ويستمد قوته أيضاً في إطار القانون الدولي الخاص من تطبيق القضاء الوطني له، وهذا النوع نادر الوجود.

٣. دور العرف :

يمكن القول كقاعدة عامة بأن دور العرف يزداد بروزاً كلما قلّ دور التشريع في تنظيم قواعد القانون الدولي الخاص، وقد رأينا سابقاً بأن دور التشريع قد ازداد

بشكل واضح وكبير في تنظيم موضوعات القانون الدولي الخاص، وهذا بالنتيجة أدى إلى انحسار دور العرف. فمثلاً في إطار موضوع تنازع القوانين يكاد يكون في الوقت الحاضر قليلاً، ولا يظهر دور العرف إلا عندما يعجز القاضي الوطني عن الكشف عن قاعدة تشريعية تحكم المسألة المعروضة عليه. ولكن ما نود الإشارة إليه هنا أن هناك بعض القواعد الهامة التي استمدت من العرف ومنها : قاعدة خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، وقاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية.

٤. حكم التعارض بين العرف والتشريع أو المعاهدة :

إذا ما عرض نزاع على القاضي الوطني كان من واجبه البحث عن قاعدة سواء في تشريع داخلي أو معاهدة جرى التوقيع عليها من قبل دولته للبت في هذا النزاع، فإن لم يجد فانه يمكنه اللجوء إلى القواعد العرفية. وبناء على ذلك فان القاعدة العرفية تأتي في مرتبة أدنى من التشريع في إطار هرمية مصادر القانون الدولي الخاص، ويترتب على ذلك نتيجة هامة مفادها إسقاط القاعدة العرفية المتعارضة مع تشريع داخلي أو معاهدة دولية مرعية التطبيق داخل الدولة.

رابعاً : أحكام القضاء :

١. معنى القضاء :

يقصد بالقضاء كمصدر للقانون الدولي الخاص مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية التي ترسيها المحاكم عند تصديها للبت في المنازعات القائمة بين الأفراد.

٢. أنواع القضاء :

أ. القضاء الوطني : ويقصد به مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة عن الجهات المحلية المختصة بالقضاء داخل الدولة.

ب. القضاء الدولي : ويقصد به مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة عن الجهات الدولية المختصة بالقضاء.

تساؤل : إذا كان من الممكن للقضاء الوطني أن يرسى مبادئ قانونية في إطار القانون الدولي الخاص، فكيف يمكن أن ينطبق هذا الوصف على القضاء الدولي خصوصا وأن هذا القضاء يختص بنظر المنازعات بين الدول وليس بين الأفراد؟؟
ببساطة ينطبق الوصف المذكور على القضاء الدولي في حالة إذا ما تبنت الدولة قضية الفرد الذي يحمل جنسيتها أمام القضاء الدولي وأصدر هذا القضاء حكماً، فإن مثل هذا الحكم يعتبر مصدراً للقانون.

٣. دور القضاء :

نود الإشارة إلى أن طبيعة القضاء كمصدر يختلف باختلاف النظام القانوني للدولة، ففي دول القانون العام (الانجلوسكسونية) يعتبر القضاء مصدراً رسمياً إلزامياً. أما في دول القانون المدني (اللاتينية) ومنها معظم الدول العربية فيعتبر القضاء مصدراً استثنائياً يلجأ إليه القضاء للاسترشاد فقط.

خامساً : آراء الفقهاء :

١. معنى الفقه :

يقصد بالفقه كمصدر مجموعة الآراء الفقهية التي يرسىها فقهاء القانون الدولي الخاص في شروحاتهم وكتاباتهم وتعليقاتهم وتفسيراتهم لقواعد هذا القانون.

٢. أنواع الفقه :

أ. الفقه الوطني : ويقصد به مجموعة الآراء الصادرة عن الفقهاء المحليين داخل الدولة مثل أساتذة القانون الدولي الخاص في الجامعات والباحثين القانونيين والمحامين المختصين في هذا الفرع من القانون.

ب. الفقه الدولي : ويقصد به مجموعة الآراء الصادرة عن الفقهاء الأجانب في الدول الأخرى والمختصين في هذا الفرع من القانون.

٣. دور الفقه :

يعتبر الفقه بشقيه الدولي والوطني مصدراً استثنائياً يلجأ إليه القاضي عند انعدام المصادر الأخرى، ويلجأ إليه لتفسير ما ورد في المصادر الأخرى من قواعد مبهمه.

سادساً : مبادئ القانون الدولي الخاص :

يقصد بهذا المصدر مجموعة المبادئ والحلول الموحدة التي تأخذ بها التشريعات في كثير من الدول أو يرجحها الفقه الدولي، أو بمعنى آخر فهي مجموعة المبادئ السائدة أو المتبناة عالمياً في موضوع تنازع القوانين. ويزداد الدور الذي تلعبه مبادئ القانون الدولي الخاص في بلورة قواعد تنازع القوانين كلما قل دور المصادر الأخرى خصوصاً التشريعية منها. كما أن التحقق من هذه المبادئ والكشف عنها يتطلب الإطلاع على القوانين والشروحات الفقهية المقارنة.

المبحث الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين

إن الدراسة الشاملة لمصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين تتطلب مراعاة المعيار الزمني الذي يستوجب تحديد التشريعات المطبقة فيها والصادرة في الفترات التاريخية المختلفة، كما يستلزم إتباع المعيار المكاني الذي يستوجب تحديد مصادر القانون الدولي الخاص في الضفة الغربية كجزء من فلسطين (المطلب الأول)، وتحديدًا في قطاع غزة كجزء آخر منها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مصادر القانون الدولي الخاص في الضفة الغربية

بعد ضم الضفة الغربية إلى المملكة الأردنية الهاشمية رسمياً عام ١٩٥٠، قامت المملكة الأردنية الهاشمية بإحداث انقلاب تشريعي بهدف توحيد القوانين

المعمول بها في الضفتين الغربية والشرقية، وصدر العديد من التشريعات الموحدة التي طبقت في كلا الضفتين.

في نطاق بحثنا عن مصادر القانون الدولي الخاص استطعنا أن نرصد العديد من النصوص التشريعية التي تتعلق بموضوع تنازع القوانين، وتتحدد هذه النصوص فيما يلي :

١. الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ °.
٢. قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٣، وتعديله رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ .^٦
٣. قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ (تطبيقه على الضفة الغربية) رقم ٨ لسنة ١٩٥٨ .^٧
٤. قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم ٢ لسنة ١٩٣٨ (تطبيقه على الضفة الغربية) رقم ٩ لسنة ١٩٥٨ .^٨
٥. قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ .^٩
٦. قانون المخالفات المدنية رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٤ .^{١٠}
٧. إتفاقية واشنطن لسنة ١٩٩٥ .^{١١}

° الجريدة الرسمية الأردنية، العدد ١٠٩٣ المؤرخ في ١/٨/١٩٥٢، ص ٣.

^٦ الجريدة الرسمية الأردنية، العدد ١١٣٤ المؤرخ في ١٦/٢/١٩٥٣، ص ٥٥٨.

^٧ الجريدة الرسمية الأردنية، العدد ١٤٧٦ المؤرخ في ١٦/٢/١٩٦٠، ص ١٦٤.

^٨ الجريدة الرسمية الأردنية، العدد ١٣٦٦ المؤرخ في ١/٢/١٩٥٨، ص ١٠١.

^٩ الجريدة الرسمية الأردنية، العدد ١٣٦٦ المؤرخ في ١/٢/١٩٥٨، ص ١٠٢.

^{١٠} الجريدة الرسمية الأردنية، العدد ١٩١٠ المؤرخ في ٣٠/٣/١٩٦٦، ص ٤٧٢.

^{١١} الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني)، العدد ١٣٨٠ الملحق ١ المؤرخ في ٢٨/١٢/١٩٤٤.

^{١٢} إتفاقية واشنطن ٢٨ أيلول ١٩٩٥، ووثيقة إعلان المبادئ (أوسلو). سلسلة الوثائق الفلسطينية،

نيسان ١٩٩٦ - رقم ٦، مركز القدس للإعلام والاتصال Jmcc، ط١.

وستتناول بالدراسة والتحليل المبسط النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في هذه التشريعات، مع الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية لها إن وجدت.
أولاً : الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ :

قبل تحديد النص الدستوري المتعلق بتنازع القوانين نود الإشارة إلى مسألة هامة تتعلق بمدى سريان الدستور الأردني في الضفة الغربية. إن حديثنا عن هذه المسألة يأخذ شقين :

أولهما : سريان الدستور منذ صدوره حتى عام ١٩٦٧ : هنا لا تثار صعوبة إذا ما قررنا سريان الدستور في الضفة الغربية باعتبارها في تلك الفترة جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية.

ثانيهما : سريان الدستور منذ عام ١٩٦٧ وحتى اليوم : في ظل تبدل الأنظمة السياسية وتغير الظروف من الصعب الحكم ببقاء سريان الدستور الأردني من عدمه في الضفة الغربية، وإن الحديث عن هذه الإشكالية لا يكاد يخرج عن ثلاثة أبعاد :

البعد الأول : يتمثل في القول بعدم السريان الكلي لنصوص الدستور استناداً إلى فكرة أن الدستور يضع الأحكام الأساسية الخاصة ببناء وشكل الدولة ونظام الحكم فيهما وسلطاتها والعلاقة بين هذه السلطات، فإذا زالت هذه الدولة باحتلالها من قبل دولة أخرى زال معها دستورها .

البعد الثاني : يتمثل في القول بالسريان الجزئي لنصوص الدستور استناداً إلى فكرة أن النصوص الدستورية غير المتعلقة بالسلطة والحكم كتلك المتعلقة بحريات وحقوق المواطنين وتنظيم حمايتها بواسطة قضاء عادل، تبقى قائمة طالما أن الدستور لم يلغ صراحة .

البعد الثالث : يتمثل في القول بالسريان الكلي لنصوص الدستور استناداً إلى حجتين هما : (١) أن التشريعات على اختلافها بما فيها الدساتير لا تزول ولا

- تلغي باحتلال الدولة من قبل دولة أخرى، وإنما على الدولة المحتلة أن تراعي وتحترم التشريعات المعمول بها في الأراضي المحتلة خصوصاً تلك المتعلقة بحقوق المواطنين وحرّياتهم وسلامتهم وحمّياتها عملاً بقواعد القانون الدولي العام. (٢) إن الدستور بشكل خاص لم يبلغ صراحةً في فترة الاحتلال الإسرائيلي، وكذلك في عهد السلطة الوطنية الفلسطينية، وبالتالي ظل قائماً.
- ونحن أمام هذا المثلث ذي الأبعاد الثلاثة نتجه إلى الميل إلى البعد الثالث القائل باستمرارية سريان الدستور الأردني في الضفة الغربية مستندين في ذلك إلى الحجج التي احتواها هذا البعد، إضافة إلى الحجج التالية :
١. إن الدستور الأردني عبارة عن نص تشريعي مكتوب، وبالتالي لا يمكن إلغاؤه إلا بنص تشريعي مماثل، وان مثل هذا النص بالإلغاء لم يصدر بتاتاً حتى يومنا هذا رغم تعاقب الأنظمة السياسية منذ فترة صدور الدستور حتى الآن .
 ٢. أن القول بإلغاء أو عدم سريان الدستور الأردني يعني هدم الأساس الدستوري والقانوني لمعظم التشريعات والقوانين الأردنية المعمول بها حالياً في الضفة الغربية، باعتبار أن هذا الدستور يشكل المظلة الدستورية لهذه التشريعات .
 ٣. أن عدم إمكانية تفعيل بعض نصوص الدستور كذلك المتعلقة بنظام الحكم والعرش على سبيل المثال لا يعني زوالها بل تبقى نصوصاً قائمة تتمتع بالقانونية الكاملة طالما أن الدستور ذاته قائم، يضاف إلى ذلك أن هنالك العديد من النصوص الواردة في الدستور التي تتعلق بحقوق المواطنين وحرّياتهم وتنظيم حمايتها بواسطة القضاء، وهذه لا يمكن بأي حال من الأحوال تعطيلها، بل من الضروري تفعيلها نظراً لما توفره من ضمانات دستورية .

إن الاستنتاج السابق الذي ارتأينا الاعتماد عليه يقودنا إلى التساؤل عن ماهية النصوص الدستورية التي تتعلق بتنازع القوانين في إطار بحثنا هذا؟؟ تطرق الدستور الأردني إلى موضوع التنازع في الفصل السادس فيه الخاص بتنظيم السلطة القضائية، وتحديداً في المادة ١٠٣ بقولها [١ - تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون . ٢ - مسائل الأحوال الشخصية هي المسائل التي يعينها القانون وتدخل بموجبه في اختصاص المحاكم الشرعية وحدها عندما يكون الفرقاء مسلمين].

أما عن اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في تكريس هذا النص الدستوري فقد استطعنا رصد الأحكام القضائية العملية التالية^{١٣}:

أ- الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٧٩/١٥٨ : جاء فيه [١. إن المادة ١٠٣ من الدستور أجازت تطبيق القانون الأجنبي في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي تطبيقه في بلاد أخرى. ٢. إذا نظم العقد في ألمانيا فإن مكان تطبيقه هو ألمانيا ولو كان أحد طرفيه يزاوّل نشاطه في الأردن. ٣. إن الاتفاق في العقد على تطبيق القانون الألماني على النزاعات الناشئة عن العقد هو شرط متفق والعرف الدولي في أن قانون محل العقد هو الذي يطبق على النزاع الناشئ عنه].

ب- الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٨٠/٧٠ : جاء فيه [أن المادة ١٠٣ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية قد أجازت للمحكمة تطبيق القانون الأجنبي في الأمور

^{١٣} أنظر الملحق الثاني من البحث بخصوص توثيق أحكام محكمة التمييز الأردنية.

الحقوقية والتجارية للأجانب ويكون الاطلاع على القانون الأجنبي لتطبيق أحكامه من واجبات المحكمة وليس من قبيل البيانات الإضافية [.

ج- الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٨٦/٤٧٠ : جاء فيه [القاعدة أن القاضي يطبق قانون بلده ما لم يكن ثمة مبرر لتطبيق قانون أجنبي حسب المبدأ المقرر في المادة ١٠٣ من الدستور] .

وبتحليل نص المادة ١٠٣ من الدستور نستخلص أصلاً ونتيجة وتساؤلاً :
الأصل : أن يصدر قانون داخلي بالاستناد إلى نص الدستور يحدد الحالات التي تستوجب تطبيق قانون بلاد أخرى (أي قانون أجنبي / قانون غير أردني) في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب مثل الزواج أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي يكون أحد الأطراف فيها أجنبياً مثل العقود.

النتيجة : إذا ما صدر مثل هذا القانون الداخلي فلا صعوبة في ذلك إذ أن على القاضي الذي ينظر في النزاع أن يطبق النص القانوني المكتوب في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لكن تثار الصعوبة إذا لم يصدر هذا القانون أو إذا صدر متأخراً.

التساؤل : هل يمكن اللجوء مباشرة إلى نص المادة ١٠٣/١ من الدستور وتفعيله بشكل يمكن من خلاله استيعاب الحالات العملية التي يمكن أن تثار في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي؟؟

استنتاجاً من نص المادة ١٠٣/١ واجتهادات محكمة التمييز المذكورة سابقاً يمكننا القول بأن المبدأ الذي قرره المادة المذكورة يتمثل في تطبيق القانون الوطني أي قانون بلد القاضي من حيث الأصل ولكن يستثنى من ذلك حالة وجود قاعدة عرفية دولية تقضي بتطبيق قانون أجنبي على مسألة أو أمر معين إذا ما كان احد الأطراف أجنبياً، فهنا على القاضي الوطني (الأردني) مراعاة هذه القاعدة وأعمالها، وهذا ما حصل عملياً في الحكم التمييزي رقم ٧٩/١٥٨ المذكور سابقاً إذ

أن المحكمة قررت تطبيق قانون أجنبي وهو القانون الألماني استناداً إلى قاعدة عرفية دولية تقضي بتطبيق قانون محل العقد على النزاعات الناشئة عنه.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن معيار العرف الدولي معيار واسع مطاط، فكما لاحظنا سابقاً عند حديثنا عن العرف الدولي كمصدر للقانون الدولي الخاص، فلين إمكانية اعتبار العرف الدولي مصدراً يتأتى أو ينبع من تطبيق وتكريس القاضي الوطني له، أما إذا لم يطبق فعلاً فإنه يبقى مصدراً نظرياً .

وفي ختام حديثنا عن الدستور الأردني نود تثبيت نقطتين هما :

أ- أن نص المادة ١/١٠٣ يعتبر النص الأساسي في تحديد مصادر القانون الدولي الخاص في الضفة الغربية، وبناء على ذلك يمكن ترتيب هذه المصادر على النحو التالي:

(١) التشريع: الدستور/ المعاهدة / القانون.

(٢) العرف الدولي.

(٣) أحكام القضاء.

(٤) آراء الفقهاء.

ب - أن نص المادة ٢/١٠٣ يعتبر النص الأساسي في تكييف مسائل الأحوال الشخصية إذ أن القاعدة التي يضعها هذا النص تتمثل في أن اعتبار مسألة معينة من مسائل الأحوال الشخصية يتوقف على اعتراف قانون الأحوال الشخصية الأردني المطبق على المسلمين بها، وعليه فإن تذرع الشخص الأجنبي أمام القضاء الفلسطيني في الضفة الغربية بأن مسألة ما هي من مسائل الأحوال الشخصية بهدف تطبيق قانونه الشخصي عليها لا يلزم هذا القضاء بذلك التكييف.

أخيراً يمكن القول بأن نص المادة ١/١٠٣ من الدستور قد تم تفعيله بصور القانون المدني الأردني في عام ١٩٧٦، إذ تناول هذا القانون تنظيم تنازع القوانين في المواد من ١١-٢٩ منه، وحدد حالات تطبيق القوانين الأجنبية والأردنية في

العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والحقيقة أنه لا مجال لإعمال نصوص هذا القانون في الضفة الغربية لاسباب قانونية واقعية نعرفها جميعاً. ولا يعني عدم إمكانية تطبيق القانون المدني الأردني انه القانون الوحيد في هذا المجال، إذ أن هناك العديد من القوانين الخاصة التي تناولت في متن نصوصها أحكاماً تتعلق بتنازع القوانين وصدرت في الفترة السابقة على احتلال الضفة الغربية في عام ١٩٦٧، وهذه القوانين متنوعة ومتعددة رغم أنها قليلة نسبياً، وهي واجبة التطبيق في الضفة الغربية كما سنرى في السطور القادمة.

ثانياً : قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٣، وتعديله رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠

تناول هذا القانون بالتنظيم حالتي إيجار وتملك الأموال غير المنقولة (العقارات) من قبل الأجانب في المملكة الأردنية الهاشمية، وهو قانون ساري المفعول في الضفة الغربية.

وفي نطاق الحديث عن تنازع القوانين لا بد من النظر على وجه الخصوص إلى المادة ٣/أ بند ٤ من هذا القانون المعدلة لاحقاً بموجب القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ إذ جاء فيها " يجوز لأي شخص غير أردني أن يمتلك أموالاً غير منقولة في المملكة الأردنية الهاشمية شرط أن يقتصر تملكه على ١، ٢، ٣ - ٤ أن يتعهد بأن يكون خاضعاً للقوانين المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية.

أما عن اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في تكريس هذا القانون فقد استطلعنا رصد الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٧٧/١٢٠ الذي جاء فيه [أن قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب هو قانون خاص ويتعلق بالتصرف بالأموال غير المنقولة و أحكامه تتعلق بالنظام العام لان القواعد المقررة فيه إنما وضعت لتحقيق مصلحة عامة سياسية تعلق على مصلحة الأفراد وهي مراقبة تصرفات الأجانب في البلاد].

وإعمالاً لنص المادة ٣/أ-٤ المذكور سابقاً نجد بأن المشرع قد قيد ملكية الأموال غير المنقولة (العقارات) والتصرف بها من قبل الأجانب بشرط الخضوع إلى القانون الأردني على أساس أن هذه الأموال موجودة في المملكة من جهة، ولأن التصرف بها من قبل الأجانب يتعلق بالنظام العام في الدولة من جهة أخرى. ومن وجهة نظرنا فإن النص السابق يشكل تكريراً واضحاً لما يعرف بقواعد التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص، كما أنه يكرس قاعدة من القواعد المعروفة في القانون الدولي الخاص، وهي تلك التي تقضي بأن يسرى على الملكية قانون الموقع فيما يتعلق بالعقارات (الأموال غير المنقولة)، بل يمكن التوسع في هذه الفكرة لتشمل القاعدة السابقة كل التصرفات التي تقع على العقارات كالحيازة والحقوق العينية الأخرى، إذ لا بد من خضوعها إلى قانون موقع العقار .

ثالثاً : قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ (تطبيقه على الضفة الغربية) رقم ٨ لسنة ١٩٥٨

صدر قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ بالاستناد إلى القانون الأساسي لشرق الأردن لسنة ١٩٢٨، وطبق فيها منذ ١/٤/١٩٤١ . أما فيما يتعلق بتطبيقه في الضفة الغربية فقد تم بموجب القانون رقم ٨ لسنة ١٩٥٨ اعتباراً من تاريخ ١/٢/١٩٥٨، وما زال ساري المفعول حتى يومنا هذا .

سنتناول بالتحليل أبرز الأحكام القانونية التي تضمنها هذا القانون، وبشكل عام فقد عرف هذا القانون الشخص الأجنبي (١)، كما نظم أمور تنازع القوانين في مسائل الوراثة والوصايا (٢)، وأخيراً تناول فكرة الإحالة (٣).

١ : المقصود بالشخص الأجنبي :

حددت المادة (٢) من القانون الخاصة بتفسير المصطلحات المقصود بالشخص الأجنبي بقولها " الأجنبي هو شخص غير أردني التابعية " . ووفقاً لهذا

المعنى فإن تطبيق القانون المذكور يثبت في حالة ما إذا ثبت بان الشخص المتوفى أجنبي أي غير وطني، وبالمفهوم المخالف فإن هذا القانون لا يمكن إعماله في حالة ما إذا ثبت بأن الشخص المتوفى هو وطني (أي حامل للجنسية الأردنية وفي نطاق دراستنا الحالية الجنسية الفلسطينية) وليس أجنبياً.

وقد تأكد المعنى السابق في حكم لمحكمة استئناف الضفة الغربية أعلى محكمة نظامية في الضفة الغربية - وهو الحكم الاستئنافي الحقوقي رقم ١٧٢/٨١، إذ جاء فيه [أن كل شخص غير أردني التبعية يعتبر أجنبياً حسب أحكام المادة ٢ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ بصرف النظر عن جنسية التي يحملها ما دام انه لم يكتسب الجنسية الأردنية حسب أحكام قانون الجنسية الأردني النافذ المفعول].

٣: تنازع القوانين :

تتطلب المعالجة المفصلة لموضوع التنازع النظر إلى مسألتين هما : مسألة الوراثة (أ)، والوصايا (ب).

(أ) مسائل الوراثة :

فيما يتعلق بتوزيع تركة المتوفى الأجنبي لا بد من التمييز بين الأموال المنقولة، وتلك غير المنقولة :

الأموال المنقولة : توزع هذه الأموال حسب قانون بلاد المتوفى الأجنبي أي قانون جنسية المتوفى (أنظر المادة ٤ (أ) من القانون).

الأموال غير المنقولة : توزع هذه الأموال الموجودة في الضفة الغربية بمقتضى أحكام القوانين المحلية المطبقة على المسلمين، بغض النظر عن أي تصرف قام به المتوفى أو وكالة أعطاها بقصد التنفيذ بعد وفاته سواءً بوصية

^{١٤} مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة استئناف الضفة الغربية في القضايا الحقوقية من سنة ٦٧-١٩٧٢. إعداد وترتيب القاضي غالب الحاج محمود. ص ٣٥٣.

أو غيرها (أنظر المادة ٩ من القانون). والمقصود بالقانون المحلي المطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية.

ويثور التساؤل هنا عن الأموال غير المنقولة التي تقع خارج الضفة الغربية من ناحية القانون الذي تخضع له حقوق الوراثة فيها؟؟ في الإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأن القانون قد تناول بالنص الصريح مسألة خضوع حقوق الوراثة في الأموال غير المنقولة الموجودة داخل الضفة الغربية لأحكام الشريعة الإسلامية، أما تلك الأموال الموجودة في الخارج فلا بد من خضوعها لقانون جنسية المتوفى^{١٥}.

(ب) الوصايا :

هنا يجب التمييز بين شكل الوصية وأهلية الموصى من جهة، ومقدار

الوصية من جهة أخرى :

شكل الوصية وأهلية الموصى :

تخضع الوصية من حيث صحة الشكل وأهلية الموصى لعملها إلى قانون جنسية الموصى، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني وفقاً لنصوص هذا القانون، إذ أنها في هذه الحالة تكون صحيحة (انظر المادة ٤ (ب) من القانون)، هذا مع ضرورة مراعاة الشروط التي أوجبها القانون لعمل الوصية بشكل مدني (أنظر المادة ٧ من القانون).

مقدار الوصية :

نصت المادة ٦ من القانون على ما يلي " مع مراعاة أحكام المادتين الرابعة والتاسعة من هذا القانون يترتب على المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية لدى قيامها بإدارة أموال المتوفى وتوزيعها أن تتبع القواعد التالية : ب- لا يجوز

^{١٥} د. حسن الهداوي. تنازع القوانين - المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني -

دراسة مقارنة، الطبعة الثانية _ عمان ١٩٩٧، ص ١٢٢.

للموصى أن يتصرف بأكثر من ثلث أمواله بوصية وتتبع التعليمات المذكورة في وصيته فيما يتعلق بهذا الثلث ."

إن التوفيق بين نص المادة ٦ (ب) السالفة الذكر والمادتين ٩،٤ من القانون كان مثاراً للجدل والنقاش في غرفة محكمة التمييز الأردنية في أكثر من موضع، وقد أفرزت لنا اجتهادات المحكمة حكيمين هما :

❖ **الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٧٤/٣٠٤** : جاء فيه [أن المادة التاسعة من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ قد نصت على تطبيق أحكام قوانين المملكة الأردنية المطبقة على المسلمين في مسائل وراثية الأموال غير المنقولة فقط، أما وراثية الأموال المنقولة التي يخلفها الأجنبي غير المسلم فتطبق أحكام قانون بلاده كما هو واضح من نص المادة ٤ (أ) من ذات القانون. وحيث أن حكم المادة السادسة من هذا القانون التي حددت الوصية بثلث أموال التركة مشروط بمراعاة أحكام المادتين الرابعة والتاسعة منه، فإنه إذا نص قانون بلاد المتوفى على جواز الوصية بالأموال المنقولة بأكثر من الثلث جاز، إلا في الأموال غير المنقولة فلا يجوز].

❖ **الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٧٥/١٩** : جاء فيه [١- إن الفقرة (ب) من المادة السادسة من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين لا تجيز للموصي أن يتصرف عن طريق الوصية بأكثر من ثلث أمواله الموجودة في الأردن، هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام. ٢ ٣ ٤- إن المادة الرابعة من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين التي أوجبت المادة السادسة منه مراعاة أحكامها، إنما ينحصر حكمها في مسألة الوصية من حيث شكلها وأهلية الموصى، أما مقدار المال الذي يجوز الإيصاء به فلم تتعرض له هذه المادة إطلاقاً الأمر الذي يستلزم تطبيق أحكام القانون الأردني الذي لا يجيز أن يتصرف المالك عن طريق الوصية بأكثر من ثلث أمواله. ٥- إن أحكام

قانون التركات للأجانب وغير المسلمين تسري على تركات الأجنبي وغير المسلم الموجودة في المملكة بقطع النظر عن مكان وفاة مالكيها].

ومن وجهة نظرنا فإن هناك تناقضا خفيا بين الحكمين السابقين، فمؤدى الحكم الأول (٧٤/٣٠٤) جواز الوصية بالأموال المنقولة بأكثر من الثلث إذا نص قانون جنسية الأجنبي الموصى على ذلك، أما مؤدى الحكم الثاني (٧٥/١٩) فهو عدم جواز الوصية بأكثر من ثلث أموال الأجنبي الموصى لمخالفة ذلك للقوانين المحلية (أي أحكام الشريعة الإسلامية).

وأمام هذا التناقض لا بد من النظر بعين فاحصة إلى مواد القانون في مجموعها، وتحليلها على نحو منطقي لوضع التفسير السليم الذي يكفل وضوح نصوص القانون في هذه النقطة بالذات. ومن وجهة نظرنا فإن التحليل السليم لنصوص القانون في هذه النقطة تحديداً يكون على النحو التالي: [فيما يخص الأموال غير المنقولة الموجودة في الضفة الغربية تتم مسائل الوراثة فيها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المطبق على مواريث المسلمين (انظر المادة ٩ من القانون)، وعليه فإن الوصية بأكثر من الثلث في هذه الأموال غير جائزة لمخالفته لقواعد الوصية في الشريعة الإسلامية بمعنى آخر للنظام العام في الضفة الغربية، أما فيما يخص الأموال المنقولة للأجنبي المتوفى سواء أكانت موجودة في الضفة الغربية أم لم تكن فإن مسائل الوراثة فيها تتم وفقاً لقانون جنسية المتوفى (انظر المادة ٤ (أ) من القانون)، وعليه فإن الوصية بأكثر من الثلث في هذه الأموال جائزة إذا ما أجازه قانون جنسية الموصي، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يمتنع على المحكمة الوطنية في الضفة الغربية تطبيق هذا القانون خصوصاً فيما يتعلق بالأموال المنقولة الموجودة في الضفة الغربية لتعارضه مع النظام العام، كذلك يمتنع على المحكمة الوطنية إصدار أي قرار بتنفيذ حكم أجنبي في هذه الحالة أيضاً، على اعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية في الوصايا لا

تجزئتها بأكثر من الثلث، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن المنطق القانوني يفترض ذلك من زاوية منع تهريب أموال تركات الأجانب إلى خارج البلاد عن طريق الوصية بكامل التركة لآخرين]. وفي ضوء هذا التحليل يمكننا القول بأن الحكم التمييزي رقم ٧٥/١٩ السالف الذكر كان أكثر توفيقاً من ناحية التحليل القانوني لنصوص قانون التركات من الحكم التمييزي رقم ٧٤/٣٠٤.

٤ : الإحالة :

أخيراً نود الإشارة إلى أن نص المادة ٤ (ج) من القانون قد كرس فكرة الإحالة كفكرة من الأفكار الموجودة في القانون الدولي الخاص، إذ نصت المادة المذكورة على ما يلي " إذا كان قانون البلاد التي ينتمي إليها المتوفى ينص على تطبيق قانون محل الإقامة أو القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة، بشرط أنه إذا كان قانون بلاده ينص على تطبيق قانون محل الإقامة أو القانون الديني ولم يكن في القانونيين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده ويشترط كذلك إذا كان قانون بلاده لا ينص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص أن يطبق القانون العثماني ". ذكرنا سابقاً بأن توزيع أموال المتوفى الأجنبي المنقولة، وصحة الوصية التي يتركها من حيث شكلها وأهليته لعملها تكون وفقاً لقانون جنسيته (الفقرتين أ، ب من المادة ٤)، وبعد ذلك جاءت الفقرة (ج) السالفة الذكر لتحديد لنا انه في الحالتين المذكورتين في الفقرتين أ، ب إذا أحال قانون الجنسية إلى قانون محل الإقامة أو القانون الديني فإنهما يطبقان، لكن في حالة عدم احتوائهما على قواعد في هذا الشأن فإنه يصر إلى إعادة تطبيق قانون الجنسية، لكن إذا لم يتضمن هذا القانون الأخير قواعد أيضاً في هذا الشأن فإنه يصر إلى تطبيق القانون العثماني.

والحقيقة أن النص على تطبيق القانون العثماني يعتبر تكريساً لما يعرف بالقواعد الاحتياطية في القانون الدولي الخاص.
رابعاً : قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (٢) لسنة ١٩٣٨ (تطبيقه على الضفة الغربية) رقم (٩) لسنة ١٩٥٨
صدر قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم ٢ لسنة ١٩٣٨ بالاستناد إلى القانون الأساسي لشرق الأردن لسنة ١٩٢٨، وطبق فيها منذ ١٩٣٨/٥/٢. أما فيما يتعلق بتطبيقه على الضفة الغربية فقد تم بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٨ اعتباراً من تاريخ ١٩٥٨/٢/١ وما زال ساري المفعول حتى يومنا هذا.

وفي وصف عام لهذا القانون يمكن القول بأنه قد تضمن الأحكام المتعلقة بمجالس الطوائف الدينية غير المسلمة من حيث تبيانها، وصلاحياتها، والعلاقات فيما بينها أو فيما بينهما وبين الطوائف المسلمة، ومسألة التنازع في الاختصاص بين مجالس الطوائف والمحاكم النظامية.

ومن بين نصوص هذا القانون سنتوقف قليلاً أمام مادتين على سبيل التحديد هما : ١١، ١٢ من حيث أنهما حددتا القانون الواجب التطبيق في مسألتين هامتين هما : الزواج والمسائل الناشئة عنه مباشرة (١)، والأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن (عندنا الضفة الغربية) (٢).

١ : الزواج والمسائل الناشئة عنه مباشرة :

نصت المادة ١١ من القانون على ما يلي " في الأحوال التي يكون فيها الفرقاء في الدعوى غير مسلمين وينتمون إلى أكثر من طائفة دينية وتكون القضية المنازع فيها قضية زواج أو ناشئة مباشرة عن زواج أو كان احد الفرقاء قد ترك الطائفة التي عقدت سلطتها الكنائسية الزواج - يطبق قانون الطائفة التي تنتمي إليها السلطة الكنائسية التي عقدت الزواج ويكون لمجلس تلك الطائفة صلاحية

النظر في الدعوى والبت فيها أما إذا لم يكن لتلك الطائفة مجلس فيكون للمحاكم النظامية عندئذ صلاحية النظر في الدعوى والبت فيها، وإذا كانت السلطة الكنائسية لكلتا الطائفتين قد عقدت الزواج فيطبق عندئذ قانون الطائفة التي سلطتها الكنائسية قد عقدته أولاً ويكون لمجلس تلك الطائفة صلاحية النظر في الدعوى والبت فيها. أما إذا لم يكن لتلك الطائفة مجلس فيكون للمحاكم النظامية صلاحية النظر في الدعوى والبت فيها " .

ولتوضيح مفهوم النص السابق نضرب المثل الافتراضي التالي : تزوج (أ) الذي ينتمي إلى الطائفة الارثوذكسية من (ب) التي تنتمي إلى الطائفة البروتستانتية، وابرم عقد زواجها لدى الطائفة اللاتينية. في هذه الحالة إذا ما ثار نزاع بخصوص عقد الزواج ينعقد الاختصاص للنظر فيه لمجلس الطائفة اللاتينية باعتبارها السلطة الكنائسية التي عقدت الزواج ويكون قانون الطائفة اللاتينية هو الواجب التطبيق على هذا النزاع، أما إذا لم يكن للطائفة اللاتينية مجلس طائفي ينعقد الاختصاص عندئذ للمحاكم النظامية مطبقة في ذلك قانون الطائفة اللاتينية.

أما عن اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في تكريس نص المادة

(١١) من القانون، فقد كان ذلك في المواضع التالية :

أ- الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٧٤/١٢١ : جاء فيه [١- أن قانون مجالس الطوائف الدينية المعمول به في المملكة الأردنية الهاشمية هو القانون الواجب التطبيق على دعوى الحضانة المتكونة بين الزوج الأردني الجنسية من أفراد طائفة الروم الأرثوذكس والزوجة الأمريكية الجنسية من أفراد طائفة البروتستانت الذين عقد زواجهما في أمريكا بموجب عقد مدني وليس أمام سلطة كنائسية، بصفته قانون جنسية الزوج . ٢. ---٣. ---) .

ب- الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٨٤/٢٢٩ : جاء فيه [١- أن قانون الكنيسة التي عقدت الزواج هو الذي يطبق على النزاع بين المتداعين سنداً لنص المادة (١١) من قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة ٢٠٠٣-٣-٠٠٠].

ج- انظر أيضا الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٧٥/١٩٩، والحكم رقم ٦٦/٤٩ الصادر عن المحكمة الخاصة في الملحق الثاني من هذا البحث.

وبنظرة فاحصة إلى الأحكام السابقة نجد بان محكمة التمييز قد كرسست في الحكم الأول (٧٤/١٢١) أحد المبادئ الهامة في القانون الدولي الخاص وهو مبدأ سريان قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج (أي قانون جنسية الزوج)، وتمتد هذه القاعدة لتسري على الطلاق، الفراق، الحضانة، والنفقة باعتبارها مسائل ناشئة مباشرة عن الزواج. أما في الحكم الثاني ٨٤/٢٢٩ فقد أقرت المحكمة بتطبيق قانون أجنبي وهو قانون المسيحيين في الباكستان رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ لانه قانون الكنيسة التي عقدت الزواج عملاً بأحكام المادة ١١ من قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة.

٢ : الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن :

نصت المادة (١٢) من القانون على ما يلي " عندما ينظر مجلس طائفة ديني أو أية محكمة في قضية تتعلق بأموال غير منقولة واقعة في شرق الأردن تركت بوصية أو بدون وصية يجب أن يطبق قانون شرق الأردن الذي يطبق على المسلمين في هذه القضية دون أن يلتفت إلى أي قانون أو عرف لأية طائفة دينية غير مسلمة ".

يتضح من هذا النص أن القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالأموال غير المنقولة المتروكة بوصية أو بدون وصية هو القانون المطبق على المسلمين في شرق الأردن (في الضفة الغربية)، وعليه لا يجوز تطبيق أي قانون

أو عرف آخر، ويرجع ذلك إلى تركيز المشرع على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية في مسائل الوراثة والوصايا في الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن باعتبارها القواعد الأنسب في هذا المجال، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن المال غير المنقول يفترض أن يخضع إلى قانون موقعه، إذ حاول المشرع تكريس هذه القاعدة السائدة في القانون الدولي الخاص تلافياً لتطبيق قانون أو عرف آخر فيما يتعلق بأموال غير منقولة موجودة في شرق الأردن وعائدة لأفراد طائفة دينية غير مسلمة خصوصاً وإن أحد أفراد هذه الطائفة قد يكون من خارج المملكة^{١٦}.

خامساً : قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ :

صدر هذا القانون في ١٩٦٦/٣/٨، وأصبح سارياً في الضفة الغربية باعتبارها جزءاً من المملكة الأردنية الهاشمية في ١٩٦٦/٦/٢٨. وفي وصف علم لهذا القانون يمكن القول بأنه قد تناول بالتنظيم الأحكام المتعلقة بشؤون التجارة والتجار والعقود التجارية والأوراق التجارية والصلح الوافي والإفلاس، في عدد من المواد يتحدد بـ ٤٨٠ مادة قانونية.

وفي إطار الحديث عن مصادر القانون الدولي الخاص سنسلط الضوء على المادتين ٢/١٣٠، ٢٢٥ من القانون لتعلقهما بالأهلية في نطاق تنازع القوانين.

^{١٦} يذكر أن هناك العديد من الأحكام التي صدرت عن محكمة التمييز الأردنية بخصوص مواد هذا القانون نحصرها _ إضافة لما ذكرناه سابقاً - في الأحكام ذوات الأرقام التالية : ٥٧/١٠٢، ٥٩/١٤٠، ٦٠/١٩٩ (استئناف القدس)، ٧٤/٣٦٣، ٧٩/٣٣٦، ٨١/٢٣٢، ٨١/٢٤٧، ٨٢/٤٠٨، ٨٥/٩٨. وبشكل موجز فقد ركزت هذه الأحكام في مجموعها على مسألتين هما : مسألة التنازع في الاختصاص بين مجالس الطوائف والمحاكم النظامية، ومسألة تغيير الدين للاستفادة من حق الطلاق.

نصت المادة ٢/١٣٠ على أنه " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا إلتزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده ".
كما نصت المادة ٢٢٥ على أنه " تسري على السند لأمر الأحكام المتعلقة بسند السحب المستحق الأداء في موطن أحد الأغيار والنتائج المترتبة على التوقيع وعلى " .

وبتحليل هذه النصوص نستشف النقاط التالية :

- ١ - المبدأ الذي قرره صدر المادة ٢/١٣٠ هو إخضاع أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب (البوليصة أو السفجة) إلى قانون الجنسية.
- ٢ - تضمن عجز المادة ٢/١٣٠ الاستثناء على هذا المبدأ، وهو صحة الالتزام بمقتضى سند السحب إذا توافرت في الشخص الملتزم الأهلية وفقا لقانون البلد الذي وقع فيه سند السحب بصرف النظر عما إذا كان هذا الشخص أهلا وفقا لقانون جنسيته أم لم يكن.
- ٣ - يشكل الاستثناء السابق تكريسا لفكرة المصلحة الوطنية كأحد موانع تطبيق القوانين الأجنبية في القانون الدولي الخاص^{١٧}. ومؤدى الأخذ بهذه الفكرة هنا هو امتناع القاضي الوطني عن الأخذ بأحكام الأهلية وفقا لقانون جنسية الشخص الملتزم في سند السحب، إذا توافرت في هذا الشخص الأهلية اللازمة لعمل السند وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التوقيع على السند. ولتوضيح هذه الفكرة نضرب المثل الافتراضي التالي : قام (أ) وهو مواطن مكسيكي يبلغ من العمر ٢٢ عاما بالتوقيع على سند سحب في الضفة الغربية لصالح (ب) وهو مواطن فلسطيني في

^{١٧} د. الهداوي. المرجع السابق، ص ٩٩.

مقابل صفقة ما بينهما. في هذه الحالة يعتبر التزام المكسيكي بمقتضى السند صحيحاً لتوافر أهليته للتوقيع على السند وفقاً للقانون السائد في الضفة الغربية، ولا يستطيع هذا الشخص أن يدفع بنقصان أهليته وفقاً لقانون جنسيته (القانون المكسيكي) على اعتبار أن أهلية الالتزام وفقاً لهذا القانون الأخير هي ٢٥ سنة.

٤ - ينحصر حكم الأهلية الوارد في المادة ٢/١٣٠ في أهلية الأداء التجارية، وبذلك يستبعد من نطاق هذه المادة أهلية الوجوب. ويتضح الحصر المذكور من عبارة " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم ".

٥ - أن ما ينطبق على سند السحب (السفنتجة) بمقتضى المادة ٢/١٣٠، ينطبق أيضاً على السند لأمر (الكمبيالة) بمقتضى المادة ٢٢٥ المذكورة سابقاً، والتي أحالت إلى أحكام المادة ٢/١٣٠ في عبارة " النتائج المترتبة على التوقيع " الواردة فيها.

سادساً : قانون المخالفات المدنية رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٤ :

صدر هذا القانون في فترة الانتداب البريطاني على فلسطين، وهو ما زال ساري المفعول في الضفة الغربية. والمستعرض لنصوص هذا القانون يلحظ بأن المادة الثالثة المتعلقة بمسألة الحق في النصف في المخالفات المدنية تحدد أحد أهم قواعد الإسناد، وهي القاعدة المتعلقة بالفعل الضار.

نصت المادة الثالثة على ما يلي " تعتبر الأمور التالي بيانها في هذا القانون مخالفات مدنية، ومع مراعاة أحكام هذا القانون، يحق لكل من لحق به أذى أو ضرر، بسبب مخالفة مدنية ارتكبت في فلسطين، أن ينال النصف التي يخوله إياها هذا القانون من الشخص الذي ارتكب تلك المخالفة، أو المسؤول عنها .".

والحكم المستخلص من هذه المادة يتلخص في تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار، وعليه ينطبق القانون الفلسطيني على كافة المخالفات المدنية المرتكبة في فلسطين حتى وإن كان أحد الأطراف أجنبياً.

سابعاً : اتفاقية واشنطن الفلسطينية - الإسرائيلية لسنة ١٩٩٥ :

تتكون اتفاقية واشنطن (تسمى أيضا " طابا " أو " أسلوب ") من (٣١) مادة موزعة على (٥) فصول تعالج في مجملها قضايا المرحلة الانتقالية، كما تشمل على (٧) ملاحق تتعلق بقضايا إعادة الانتشار والترتيبات الأمنية، والانتخابات، والشؤون المدنية، والأمور القانونية، والعلاقات الاقتصادية، وبرامج التعاون، والسجناء والموقوفين الفلسطينيين. ومن بين تلك المواد والملاحق سنركز على المادة ٣ فقرة ٤ من الملحق الرابع الخاص بالأمور القانونية^{١٨}.

نصت المادة ٣ / ٤ من الملحق الرابع - القانوني على ما يلي " إسرائيليون، بما في ذلك شركات مسجلة لإسرائيليين، يقومون بنشاط تجاري في المنطقة يخضعون للقانون المدني السائد في المنطقة فيما يتصل بذلك النشاط، وفرض الأحكام القضائية والإدارية وأوامر صادرة ضد إسرائيليين وملكيتهم تنفذ من جانب إسرائيل خلال وقت معقول بالتنسيق والتعاون مع المجلس".

وبتحليل هذا النص نجد أنه يتعلق بشكل واضح بموضوع تنازع القوانين الفلسطينية - الإسرائيلية، إذ نستخلص من هذا النص أن القانون الفلسطيني هو القانون الواجب التطبيق على كافة النشاطات التجارية التي يمارسها إسرائيليون أو شركات مسجلة لإسرائيليين في حدود الولاية الإقليمية الفلسطينية، حسبما حددت هذه الولاية بمقتضى الاتفاقية.

^{١٨} الجدير بالذكر أن الملحق الرابع - القانوني تضمن نوعين من ولاية المحاكم هما، الولاية الجنائية، والولاية المدنية، إذ حدد حالات اختصاص المحاكم الفلسطينية وحالات اختصاص المحاكم الاسرائيلية.

المطلب الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص في قطاع غزة

على الرغم من تعدد الأنظمة السياسية التي سادت في قطاع غزة، إلا أن فترة الانتداب البريطاني وما صدر من تشريعات في تلك الفترة الزمنية شكّلت المرجعية التشريعية في مختلف الجوانب. وظلت هذه التشريعات في معظمها مطبقة في قطاع غزة حتى يومنا هذا. ويرجع أساس هذه الفكرة إلى أن فترة الإدارة المصرية للقطاع لم يصحبها إحداث انقلاب تشريعي على غرار ما حدث في فترة الحكم الأردني للضفة الغربية، وكذلك الحال بالنسبة لفترة الاحتلال الإسرائيلي إذ ركز الاحتلال على التشريعات القائمة حينذاك.

في ضوء هذه المعادلة ظلّت معظم التشريعات المطبقة في قطاع غزة موروثاً من عهد الانتداب البريطاني. وفي إطار الحديث عن مصادر القانون الدولي الخاص إستطعنا أن نرصد العديد من النصوص التشريعية التي تتعلق بموضوع تنازع القوانين، وتتحدد هذه النصوص فيما يلي :

١. مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢^{١٩}.
٢. قانون الوراثة الباب ١٣٥ لسنة ١٩٢٣^{٢٠}.
٣. قانون البوالس الباب ١٠ لسنة ١٩٢٩^{٢١}، وتعديله القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٤٥^{٢٢}.

^{١٩} قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الإنتداب البريطاني). روبرت هاري درايتون - مدون حكومة فلسطين، المجلد الرابع، ١٩٣٣، ص ٣٣٠٤.

^{٢٠} قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الإنتداب البريطاني). روبرت هاري درايتون - مدون حكومة فلسطين، المجلد الثاني، ١٩٣٣، ص ١٥٧٩.

^{٢١} قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الإنتداب البريطاني). روبرت هاري درايتون - مدون حكومة فلسطين، المجلد الأول، ١٩٣٣، ص ٦١.

٤. قانون بروتوكول التحكيم لسنة ١٩٢٤^{٢٣}.

٥. قانون المخالفات المدنية رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٤.

٦. إتفاقية واشنطن لسنة ١٩٩٥.

وستتناول بالدراسة والتحليل النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في هذه التشريعات مع الإشارة إلى أهم التطبيقات القضائية لها إن وجدت.
أولاً: مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ :

قبل الخوض في بحث النصوص الدستورية المتعلقة بتنازع القوانين، نود التأكيد على مسألة هامة، وهي مسألة استمرار سريان مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ في قطاع غزة منذ صدوره وحتى يومنا هذا. ويؤكد هذه المسألة فكرتان : أولاًهما، أن هذا المرسوم الدستوري لم يبلغ بأي نص تشريعي (دستوري) آخر. وثانيهما، أن قضاة المحاكم العليا في قطاع غزة كرّسوا العديد من نصوص هذا المرسوم في العديد من القضايا العملية نذكر منها على سبيل المثال : القضية رقم ٦١/١٠ استئناف عليا (أحوال شخصية)^{٢٤}، والقضية رقم ٨٣/٣٠ استئناف عليا (أحوال شخصية)^{٢٥}.

^{٢٣} الوقائع الفلسطينية (الإنتداب البريطاني) الملحق ١ من العدد ١٤٠٠ المؤرخ في ٢/٤/١٩٤٥، ص ٦٩.

^{٢٤} قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الإنتداب البريطاني). روبرت هاري درايتون - مدون حكومة فلسطين، المجلد الرابع، ١٩٣٣، ص ٣١٣٢.

^{٢٥} مجموعة مختارة من أحكام محكمة الاستئناف العليا - القسم المدني - الحقوق، ١٩٦٦/٦١، ج ١٢، إعداد وتجميع القاضي وليد حلمي الحايك، أغسطس ١٩٩٦، ص ٥.

^{٢٥} مجموعة مختارة من أحكام محكمة الاستئناف العليا، ١٩٩٣/٧٣، ج ٢، إعداد وتجميع القاضي وليد حلمي الحايك، مايو ١٩٩٤، ص ٣٢٥.

حدد المرسوم الدستوري المقصود بالشخص الأجنبي (١)، كما بين مسائل الأحوال الشخصية والقانون الواجب التطبيق عليها (٢)، كذلك حددت المادة ٤٦ المصادر التي يمكن للقاضي الاستعانة بها للحكم في النزاع المعروض عليه (٣). وسنبحث في هذه الأمور الثلاثة بشيء من التفصيل.

١ : المقصود بالشخص الأجنبي :

حددت المادة (٥٩) المقصود بالشخص الأجنبي. بقولها " تعني لفظة " أجنبي " أحد رعايا دولة من الدول الأوروبية أو الأمريكية أو دولة اليابان ولكنها لا تشمل : (١) الأهالي الأصليين لبلاد موضوعة تحت حماية دولة أوروبية أو تدار بمقتضى انتداب ممنوح لإحدى الدول الأوروبية. (٢) الرعايا العثمانيين. (٣) الأشخاص الذين فقدوا تابعيتهم العثمانية ولم يكتسبوا جنسية أخرى". وبالنظر إلى هذا المعنى نلاحظ أن تعريف الأجنبي جاء واسعاً إلا أنه محدد في نفس الوقت، وقد يرجع ذلك إلى أن هذا المرسوم الدستوري قد صدر في فترة الإمبراطوريات، ووقوع العديد من البلاد تحت وصاية أو انتداب أو إستعمار بلاد أخرى. أما في الوقت الحاضر فإن أعمال هذا التعريف يمتد ليشمل - من وجهة نظرنا - كل شخص لا يحمل الجنسية الفلسطينية.

٢ : مسائل الأحوال الشخصية للأجانب والقانون الواجب التطبيق عليها :

سنحدد مقدماً المقصود بمسائل الأحوال الشخصية (أ)، ثم سنبين القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل فيما يتعلق بالأجانب (ب).

أ- المقصود بمسائل الأحوال الشخصية :

حددت المادة ٥١ المقصود بمسائل الأحوال الشخصية بقولها " ، تعني مسائل الأحوال الشخصية الدعاوى المتعلقة بالزواج أو الطلاق والنفقة والإعالة والوصاية وشرعية البنوة وتبني القاصرين وحجر فاقد الأهلية القانونية من التصرف بأموالهم والتركات والوصايا والهيئات بوصية وإدارة أموال الغائبين ".

ب- القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب^{٢٦}:

حددت المادة ٦٤ الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، حيث نصت على ما يلي " ١- إن مسائل الأحوال الشخصية التي تمس أشخاصاً أجانب من غير المسلمين تنتظر فيها المحاكم المركزية مطبقة في ذلك قانون الأحوال الشخصية المتعلق بالمتقاضين وفقاً لنظام يصدره المندوب السامي، ويشترط في ذلك دائماً أن لا تمارس هذه المحاكم صلاحية إصدار أحكام بفسخ عقود الزواج حتى يصدر قانون يخولها هذه الصلاحية. ٢- يكون قانون الأحوال الشخصية الذي يسري على الأجنبي قانون البلاد التي ينتمي إليها إلا إذا نص ذلك القانون على سريان قانون البلاد التي يقيم فيها فعندئذ يطبق القانون الأخير".

وبتحليل هذا النص نستنتج النقاط التالية :

١. حددت الفقرة الأولى من المادة ٦٤ إختصاص المحاكم المركزية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية إذا كان أحد أطراف الدعوى أو كلاهما أجنبياً غير مسلم.
٢. يستثنى الأجانب المسلمين من الخضوع لإختصاص المحاكم المركزية، ويفهم ذلك من المفهوم المخالف لما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٦٤. وعليه فإن الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب المسلمين ينعقد للمحاكم الشرعية الإسلامية عملاً بأحكام المادة ٥٢ من المرسوم الدستوري.
٣. حددت الفقرة الثانية من المادة ٦٤ القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية للأجانب وهو " قانون جنسية الأجنبي".

^{٢٦} للتوسع أنظر : م. كودبي. القانون الدولي والمللي الخاص في فلسطين والشرق الأدنى، القدس

١٩٣١، ص ٢١٠-٢٧٤.

٤. كرست الفقرة الثانية من المادة ٦٤ فكرة الإحالة في القانون الدولي الخاص عندما أجازت تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب إذا أشار إلى تطبيقه قانون جنسية الأجنبي.

٣ : المادة ٤٦ وأثرها على القانون الدولي الخاص :

تعتبر المادة ٤٦ أحد أبرز وأهم مواد مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢، إذ حددت هذه المادة المصادر التي يمكن للقضاء النظامي الإتهداء بها عند فصله في المنازعات، كما بيّنت الآلية الواجب السير بمقتضاها في هذا المجال. وبفحص هذه المادة نجد بأنها قد حددت أربعة أصناف من المصادر نجمها فيما يلي :

- أ. القوانين العثمانية.
- ب. المراسيم والقوانين والأنظمة المعمول بها في فلسطين.
- ج. مبادئ القانون الإنجليزي (Common Law, Equity) : وهذا المصدر يشترط لتطبيقه أربعة شروط هي :
 - مراعاة ظروف فلسطين.
 - مراعاة أحوال سكان فلسطين.
 - مراعاة مدى اختصاص الملك البريطاني فيها (هذا الشرط لم يعد قائماً من الناحية العملية حالياً لزوال الانتداب).
 - مراعاة ما تستدعيه الأحوال المحلية في فلسطين من تعديلات.
- د. الصلاحيات المخولة لمحاكم العدل ومحاكم الصلح في إنجلترا والأصول والعادات المتبعة أمامها^{٢٧}.

^{٢٧} For more informations about article 46; See C.A.Hooper. The civil law of Palestine and Trans-Jordan, volume 11,

وفي نطاق الحديث عن مصادر القانون الدولي الخاص يمكن القول بأنه إذا كانت المادة ٤٦ تشكل الأساس الدستوري للمصادر التي يجب على القاضي اتباعها عند الفصل في المنازعات بوجه عام، فإنها تعتبر بوجه أخص أساساً لمصادر القانون الدولي الخاص في قطاع غزة. وتظهر أهمية هذه المادة من ناحية أنها تعتبر المنبع الذي يمكن استغلاله لإكمال النقص التشريعي في التشريعات المحلية في موضوع تنازع القوانين.

وتتبدى هذه الأهمية من خلال المصدر الثالث المتمثل في مبادئ القانون الانجليزي، إذ سندا لهذه المادة يمكن اللجوء إلى هذه المبادئ وإعتبارها مصدرا مرعيا في قطاع غزة. وكل ذلك يدفعنا إلى التساؤل عن قواعد تنازع القوانين في القانون الإنجليزي حاليا على إعتبار أنها تشكل مصدرا مكملا للتشريعات في قطاع غزة، هذا مع ضرورة مراعاة الشروط التي حددتها المادة ٤٦ عند اللجوء إلى مبادئ القانون الإنجليزي.

ويؤكد ما ذكرنا سابقا عن أهمية المادة ٤٦ ما جاء في الحكم التمييزي الحقوقي رقم ٥٤/٦ [١-] إن القانون الواجب التطبيق في هذه القضية هو قانون العقد وهو القانون الذي كان قائما في فلسطين حتى نهاية الانتداب وأنه يتوجب الرجوع في تفسير هذا القانون إلى مبادئ القانون الإنجليزي العام بحكم المادة ٤٦ من دستور فلسطين الذي كان قائما آنذاك كما يجب أن يرجع في تفسير قانون الشركات الفلسطيني إلى التشريعات الإنجليزية الخاصة بالشركات كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة الثانية فيه^{٢٨}.

^{٢٨} مجلة نقابة المحامين الأردنية. سنة ١٩٥٤، ص ٣٣١.

ثانياً : قانون الوراثة الباب ١٣٥ لسنة ١٩٢٣ :

تناول هذا القانون بالتنظيم مسائل الوراثة للمتوفين في القضايا الخارجة عن إختصاص محاكم الطوائف الدينية، وفي الأموال المنقولة وغير المنقولة التي يخلفها المتوفون في فلسطين. وبشكل خاص فقد عرّف هذا القانون الشخص الأجنبي (١)، كما نظّم أمور تنازع القوانين في مسائل الوراثة والوصايا وشرعية البنوة للأجانب (٢)، وأخيراً فقد كرّس هذا القانون فكرة الإحالة (٣). وسنتحدث في هذه الأمور بشيء من التفصيل.

١ : المقصود بالشخص الأجنبي :

حددت المادة (٢) من القانون الخاصة بتفسير المصطلحات المقصود بالشخص الأجنبي بقولها " تعني لفظة (أجنبي) كل شخص يعتبر أجنبياً حسب مفاد المادة ٥٩ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ ". وقد وضحنا سابقاً مضمون المادة ٥٩ عند الحديث عن مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢.

٢ : تنازع القوانين في مسائل الوراثة والوصايا وشرعية البنوة للأجانب :

تتطلب المعالجة السليمة لموضوع التنازع التطرق إلى ثلاثة أمور هي مسائل الوراثة (أ)، والوصايا (ب)، وشرعية البنوة (ج).

أ. مسائل الوراثة :

عند توزيع تركة المتوفى الأجنبي لابد من التمييز بين الأموال المنقولة والأموال غير المنقولة، وفي هذه الأخيرة لابد من التمييز بين الأراضي الملك والأراضي الأميرية :

الأموال المنقولة : توزع هذه الأموال وفقاً لقانون بلاد المتوفى الأجنبي أي قانون جنسيته (أنظر البند (أ) من الفقرة ٣ من المادة ٤ من القانون).

الأموال غير المنقولة : في هذا النوع من الأموال لابد من التمييز بين الأراضي الملك والأراضي الأميرية. فيما يتعلق بالأراضي الملك تقسم هذه الأراضي وفقاً

لقانون بلاد المتوفى الأجنبي أي قانون جنسيته (أنظر البند (أ) من الفقرة ٣ من المادة ٤ من القانون). والجدير بالذكر أن المادة ٢ من القانون قد عرّفت الأراضي الملك بأنها " جميع الأراضي و الحقوق الجائز توريثها والتي هي ليست من صنف الأراضي الأميرية ". أما فيما يتعلق بالأراضي الأميرية فهي تقسم وفقاً لأحكام القانون العثماني (أنظر المادة ٢١ من القانون). والجدير بالذكر أن المادة ٢ من القانون قد بيّنت المقصود بكل من الأراضي الأميرية والقانون العثماني بقولها : " الأراضي الأميرية هي الأراضي الموقوفة وسائر الأراضي التي يسري عليها صراحة أحكام القانون العثماني، كما تشمل أي حق مسجل في هذه الأراضي"، ويقصد بالقانون العثماني " قانون انتقال الأموال غير المنقولة المؤقت المؤرخ في اليوم الثالث من شهر ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ ".

ب. الوصايا :

حددت المادة ٢ من القانون المقصود بالوصية بقولها " يراد بلفظة (الوصية) كل تصريح قانوني خطي يتضمن إرادة الموصي بشأن التصرف بأمواله بعد وفاته، وتشمل ذيل الوصية ". وفقاً لذات المادة فإن المقصود بذيل الوصية " كل صك تحريري وضع بشأن وصية وتضمن تفسيراً أو إضافة إلى أي تصرف بمال أجراه الموصي في وصيته أو إلغاءً لذلك التصرف بصورة كلية أو جزئية ".

وفي الحديث عن الوصايا لا بد من التمييز بين شكل الوصية وأهلية الموصي لعملها من جهة، ومقدار الوصية من جهة أخرى.

شكل الوصية وأهلية الموصي :

تخضع الوصية من حيث صحة الشكل وأهلية الموصي لعملها إلى قانون جنسية الموصي (أنظر البند (ب) من الفقرة ٣ من المادة ٤ من القانون). ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني وفقاً لنصوص هذا القانون (أي قانون الوراثة)، إذ أنه في هذه الحالة تكون صحيحة (أنظر البند

(ب) من الفقرة ٣ من المادة ٤ من القانون)، هذا مع ضرورة مراعاة الشروط التي حددها القانون لعمل الوصية بشكل مدني (أنظر المادة ١٢ من القانون).
مقدار الوصية :

هنا يجب التمييز بين الأراضي الملك والأموال المنقولة من جهة، والأراضي الأميرية من جهة أخرى. فيما يتعلق بمقدار الوصية في الأراضي الملك والأموال المنقولة فإنها تكون وفقا لأحكام قانون جنسية الموصى، أما فيما يتعلق بالأراضي الأميرية فإنها تقسم وفقا لأحكام القانون العثماني كما ذكرنا سواء تركت بوصية أم بدون ذلك (أنظر المادة ٢١ من القانون).
ج. شرعية البتوة :

يقصد بشرعية البتوة " تحديد فيما إذا كان شخص ما يعتبر إينا شرعيا للمورث المتوفى ". وتحديد شرعية البتوة يكون وفقا لقانون جنسية المورث المتوفى (أنظر البنود (د) من المادة ٢٣ من القانون). ولتوضيح هذه الفكرة يضرب الفقه المثل التالي : إذا كان المدعي (الوارث) مسلما وكان بموجب قانونه الشخصي إينا شرعيا لأبيه، فلا يمكن حرمانه من حصته في الإرث من قريب أو نسيب نصراني بحجة أن القانون النصراني لا يعتبره إينا شرعيا^{٢٩}.
٣ : الإحالة :

كرس قانون الوراثة فكرة الإحالة في البند (ج) من الفقرة ٣ من المادة ٤ منه، إذ نص هذا البند على انه " إذا كان قانون البلاد التي ينتمي إليها المتوفى ينص على تطبيق قانون البلاد التي يقيم فيها أو على تطبيق القانون الديني أو قانون البلاد التي توجد فيها الأموال غير المنقولة، ينطبق القانون المنصوص عليه على هذا الوجه : ويشترط في ذلك أنه إذا كان قانون بلاد المتوفى ينص على تطبيق

^{٢٩} كودبي. المرجع السابق، ص ٢٥٧.

قانون البلاد التي يقيم فيها الشخص المختص وكان هذا القانون لا يحتوي على أحكام قابلة للتطبيق على ذلك الشخص، فيطبق عندئذ قانون بلاده". ذكرنا سابقا بأن تقسيم الأراضي الملك العائدة للمتوفى الأجنبي وأمواله المنقولة، وصحة الوصية التي يتركها من حيث شكلها وأهليته لعملها تكون وفقا لقانون جنسيته (البندين (أ) (ب) من الفقرة ٣ من المادة ٤ من القانون). وبعد ذلك جاء البند (ج) المذكور أعلاه ليحدد لنا أنه في الحالتين المذكورتين في البند (أ)، (ب) إذا أحال قانون الجنسية إلى قانون محل الإقامة أو القانون الديني أو قانون محل وجود الأموال غير المنقولة، فإن هذا القانون المحال إليه يطبق. لكن في حالة الإحالة إلى قانون محل الإقامة إذا كان هذا القانون لا يتضمن قواعد ممكنة التطبيق، فعندها يطبق قانون الجنسية.

ثالثا : قانون البوالس الباب (١٠) لسنة ١٩٢٩ وتعديله، القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٤٥

صدر قانون البوالس في فترة الإنتداب البريطاني، وهو يعتبر من أبرز القوانين التجارية التي صدرت في تلك الفترة، وما زال ساري المفعول في قطاع غزة حتى يومنا هذا. وفي وصف عام لهذا القانون يمكن القول بأنه قد وضع الأحكام الشمولية للأوراق التجارية المعروفة وهي : البوالس، الشيكات، والسفاتيح. وفي نطاق الحديث عن موضوع التنازع في القوانين لا بد للباحث القانوني من التركيز على المواد التالية :

(أ) المادة ٢ من القانون : وفي هذه المادة المتعلقة بتفسير الاصطلاحات لا بد من التركيز على التعاريف التالية.

بوليسة : وتعني حوالة مالية وتشمل الشيك.

الحوالة : وتعني (الجيرو) الحوالة التي تتم بالتسليم.

السفاتيحة : وتعني الكمبيالة.

(ب) المادة ٧٢ من القانون : وهذه المادة تعتبر أهم مواد القانون فيما يتعلق بموضوع النزاع، إذ نظمت حقوق وواجبات والتزامات المتعاقدين في البوالس، ووضعت القواعد الواجبة الإلتباع حينما تتعارض القوانين في البوالس. وقد نصت هذه المادة على ما يلي [إذا كانت البوليصة مسحوبة في بلاد ما قبلت أو حولت أو أصبحت مستحقة الدفع في بلاد أخرى فتقرر حقوق وواجبات والتزامات المتعاقدين فيها على الوجه التالي :-

(١) تقرر صحة البوليصة من حيث مقتضيات صيغتها بمقتضى شرائع البلاد الصادرة فيها، وتقرر صحتها من حيث مقتضيات صيغة العقود المضافة إليها كالقبول أو الحوالة أو القبول بعد الاحتجاج بمقتضى شرائع البلاد التي وقع فيها القبول أو الحوالة أو القبول بعد الاحتجاج :

ويشترط في ذلك ما يلي :

أ. إذا كانت البوليصة صادرة خارج فلسطين فلا تعتبر غير قانونية لأنها غير مستوفاة طوابع الإيرادات وفقا لأحكام شرائع البلاد التي صدرت فيها.

ب. إذا كانت البوليصة الصادرة خارج فلسطين منظمة بصيغة تتفق مع مقتضيات أحكام شرائع فلسطين فلأجل استيفاء قيمتها يجوز اعتبارها صحيحة بالنسبة إلى جميع الذين يتداولونها أو يحوزونها أو يصبحون متعاقدين فيها في فلسطين.

(٢) مع مراعاة أحكام هذا القانون تفسر الألفاظ " السحب " أو " الحوالة " أو " القبول بعد الاحتجاج " الواردة في البوليصة بمقتضى أحكام شرائع البلاد التي نظم فيها العقد : ويشترط في ذلك أنه إذا كانت البوليصة المسحوبة في فلسطين والمستحقة الدفع فيها قد حولت في بلاد أخرى فتفسر الحوالة بالنسبة إلى الدافع وفقا لأحكام شرائع فلسطين.

(٣) تقرر الواجبات المترتبة على الحائز فيما يتعلق بتقديم البوليصة للقبول أو للدفع وضرورة الاحتجاج أو إخطار الرفض أو الاكتفاء بالاحتجاج أو بإخطار الرفض أو غير ذلك بمقتضى شرائع البلاد التي وقع فيها الفعل أو رفضت فيها البوليصة.

(٤) إذا سحبت بوليصة خارج فلسطين على أن تدفع فيها ولم تذكر قيمتها بالنقد الفلسطيني فتحسب قيمتها عند عدم ذكر الشروط صراحة حسب سعر القطع للحالات المستحقة الدفع حين الاطلاع في مكان الدفع يوم استحقاق البوليصة.

(٥) إذا كانت البوليصة مسحوبة في بلاد ما على أن تدفع في بلاد أخرى، فيقرر تاريخ إستحقاقها في البلاد المستحقة فيها .

وقد تعدل البند ٥ من المادة ٧٢ السالف الذكر بمقتضى قانون البوالس رقم (١٠) لسنة ١٩٤٥ ليصبح على النحو التالي " إذا كانت البوليصة مسحوبة في بلاد ما على أن تدفع في بلاد أخرى، فيقرر تاريخ استحقاقها وفقاً للتشريع المعمول به في البلاد المستحقة الدفع فيها ."

ومن خلال هذا النص نرى تثبيت نقطتين هما :

- تخضع البوليصة من حيث صحة الشكل إلى قانون محل الإبرام، وكذلك الحال بالنسبة للعقود المضافة إليها (القبول، الحوالة، القبول بعد الاحتجاج).
- تكون البوليصة صحيحة من حيث الشكل وفقاً للقانون الفلسطيني في الحالات التالية:

- حالة صدور البوليصة في فلسطين واستيفائها لمتطلبات القانون الفلسطيني.
- حالة صدور البوليصة في خارج فلسطين واستيفائها لمتطلبات قانون محل الإبرام.
- حالة صدور البوليصة في خارج فلسطين واتفاقها مع متطلبات القانون الفلسطيني، وفي هذه الحالة تكون البوليصة صحيحة بالنسبة إلى من يتداولها أو

يحوزها أو يتعاقد فيها في فلسطين. وهذه الحالة تشكل تكريسا لما يعرف في القانون الدولي الخاص بالمصلحة الوطنية، إذ يعترف القانون الفلسطيني بصحة البوليصة بالنسبة إلى كل فلسطيني يتعامل بها.

(ج) المادة ٩٠ من القانون : وقد نصت هذه المادة على سريان أحكام الفصل الثاني الخاص بالبوالس على السفائح، وهذا بالضرورة يشمل الأحكام الخاصة بتعارض القوانين الواردة في المادة ٧٢ التي ذكرناها سابقا.

رابعا : قانون (بروتوكول) التحكيم لسنة ١٩٢٤

صدر هذا القانون في فترة الإنتداب البريطاني، وبشكل مختصر فقد نصت المادة ٢ من الذيل الملحق بهذا القانون على ما يلي " تراعى في أصول التحكيم وفي تعيين هيئة التحكيم إرادة الفرقاء وقوانين البلاد التي يجري التحكيم فيها. وتتعهد الدول المتعاقدة بتسهيل كافة الإجراءات التي تقضي الأصول باتخاذها في بلادها بمقتضى أحكام قوانينها المتعلقة بأصول التحكيم التي تسري على الخلافات الحالية " .

خامسا : قانون المخالفات المدنية رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٤

هذا القانون ساري المفعول في قطاع غزة كما هو الحال بالنسبة للضفة الغربية، وما ذكرناه سابقا عن هذا القانون عند حديثنا عن المصادر في الضفة الغربية ينطبق هنا أيضا.

سادسا : إتفاقية واشنطن الفلسطينية - الإسرائيلية لسنة ١٩٩٥

تعتبر إتفاقية واشنطن مرعية التطبيق في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة على حد سواء، وعليه فإن ما ذكرناه من أحكام في نطاق تنازع القوانين عند الحديث عن مصادر القانون الدولي الخاص في الضفة الغربية ينطبق أيضا على قطاع غزة.

الخاتمة

تناول هذا البحث بالبيان والتحليل مصادر القانون الدولي الخاص في فلسطين في إطار موضوع تنازع القوانين، إذ تم من خلاله التمهيد ببيان معنى لفظة "المصدر" لغويا وقانونيا، ثم العرض لأنواع المصادر المعروفة إقليميا وعالميا. بعد ذلك تم التركيز على تحديد هذه المصادر محليا في فلسطين، وقد انتهج البحث في ذلك أسلوبا مزدوجا من ناحيتين: أولهما، ناحية المكان، إذ تم تحديد المصادر في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة. وثانيهما، ناحية الموضوع، إذ اعتمدت الدراسة على الجانبين التشريعي والقضائي التحليليين برصد جميع التشريعات التي تضمنت ضمن نصوصها قواعد تتعلق بتنازع القوانين من جهة، ورصد جميع الأحكام القضائية التي ترتبط بهذه النصوص أو تكرر بمفردها قاعدة من القواعد السائدة في القانون الدولي الخاص من جهة أخرى، يضاف إلى ذلك التركيز على إبراز المصادر الأخرى للقانون الدولي الخاص.

ومن خلال هذا البحث يمكننا أن نثبت الملاحظات والنتائج التالية:

- (١) وجود قانون دولي خاص في فلسطين لوجود بعض النصوص القانونية التي تحدد القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي.
- (٢) وجود أساس دستوري لقواعد تنازع القوانين في فلسطين، ويظهر ذلك في الضفة الغربية من خلال دستور ١٩٥٢، وفي قطاع غزة من خلال مرسوم دستور ١٩٢٢.
- (٣) يعتبر العرف الدولي المصدر الرئيسي المكمل للنصوص التشريعية في موضوع تنازع القوانين في الضفة الغربية، وعليه فإن على القاضي الوطني والقانونيين المحليين التركيز على هذه الأعراف في حال عدم وجود نص تشريعي من جهة، والإلمام بهذه القواعد العرفية بالإطلاع على النصوص

القانونية المقارنة والأحكام القضائية التي تصدر من محاكم دول أخرى قريبة (محكمة التمييز الأردنية مثلا) من جهة أخرى.

(٤) تعتبر مبادئ القانون الإنجليزي (Equity, Common law) المصدر الرئيسي المكمل للنصوص التشريعية في موضوع تنازع القوانين في قطاع غزة مع ضرورة مراعاة ظروف وأحوال فلسطين. وعليه فإن البحث في قواعد تنازع القوانين ضمن نطاق القانون الإنجليزي (التشريعات الإنجليزية، السوابق القضائية الإنجليزية) على قدر كبير من الأهمية والضرورة حاليا.

(٥) أن إمكانية التوحيد بين نصوص تنازع القوانين في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة كبير، وذلك لتقارب نصوص بعض القوانين، ومن ذلك التشابه الكبير بين نصوص قانون التركات لسنة ١٩٤١ المطبق في الضفة الغربية ونصوص قانون الوراثة لسنة ١٩٢٣ المطبق في قطاع غزة بإعتبار مصدرهما إنجليزيا. يضاف إلى ذلك التوحيد القانوني الذي أحدثته اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٩٥ في هذا المجال لسريان نصوصها في كل من الضفة والقطاع على حد سواء، كما يضاف إلى ذلك مسألة وجود قوانين واحدة ما زالت سارية المفعول في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة والتي من أبرزها قانون المخالفات المدنية الانتدابي لسنة ١٩٤٤.

(٦) ضرورة سن قانون دولي خاص في فلسطين يحدد القانون الواجب التطبيق في العلاقات الفردية ذات العنصر الأجنبي. وعند سن هذا القانون لا بد من مراعاة قواعد القانون الدولي الخاص التي احتوتها النصوص التشريعية السارية المفعول في فلسطين، ومبادئ القانون الدولي الخاص السائدة والمعتمدة عربيا وعالميا. وهذا الأمر على قدر كبير من الأهمية لأن هذا القانون يشكل مفتاحا للعلاقات ما بين الوطنيين والأجانب، ولا بد من أن تكون نتائج هذه العلاقات واضحة المعالم من خلال القانون الذي سيحكمها لاحقا.

ملحق

أرقام المواد والنصوص القانونية السارية المفعول

في موضوع تنازع القوانين

الجزء الأول : المواد والنصوص السارية في الضفة الغربية:

١. الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ [المادة ١٠٣].
٢. قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٣، وتعديله رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ [المادة ٣/أ بند ٤].
٣. قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة ١٩٤١ (تطبيقه على الضفة الغربية بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٥٨) [كاملا].
٤. قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (٢) لسنة ١٩٣٨ (تطبيقه على الضفة الغربية بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٥٨) [المادتين ١١، ١٢].
٥. قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ [المادتين ١٣٠، ٢٢٥].
٦. قانون المخالفات المدنية رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٤ [المادة 3].
٧. إتفاقية واشنطن لسنة ١٩٩٥ [المادة ٣ فقرة ٤ من الملحق الرابع - القانوني].

الجزء الثاني : النصوص السارية في قطاع غزة :

١. مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ [الفصل الخامس (السلطة القضائية) بوجه عام، والمواد ٤٦، ٥١، ٥٩، ٦٤ من هذا الفصل بوجه خاص].
٢. قانون الوراثة الباب (١٣٥) لسنة ١٩٢٣ [كاملا].
٣. قانون البوالس الباب (١٠) لسنة ١٩٢٩ وتعديله القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٤٥ [المواد 2, 72, 90].

-
٤. قانون بروتوكول التحكيم لسنة ١٩٢٤ [المادة ٢ من الذيل].
 ٥. قانون المخالفات المدنية رقم (٣٦) لسنة ١٩٤٤ [المادة 3].
 ٦. اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٩٥ [المادة ٣ فقرة ٤ من الملحق الرابع -
القانوني].

أحكام الشرط الجزائي

" دراسة تحليلية لنصوص القانون وأحكام المحاكم في فلسطين "

المقدمة :

الأصل أن يتم تقدير التعويض من قبل المحاكم، إلا أنه يمكن للعاقدين أن يتفقا على تقدير التعويض سلفاً، ويتحقق ذلك إذا اتفقا على أن يلتزم المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه أو يتأخر في تنفيذه بدفع تعويض محدد للعائد الآخر^١، سمي هذا الاتفاق بالشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي لأنه يوضع باعتباره شرطاً من شروط العقد^٢، ولكن لا يدرج الشرط الجزائي في العقد وإنما يتفق عليه في اتفاق لاحق، وفي هذه الحالة يجب أن يكون قد تم ذلك قبل إخلال أحد العاقدين بالتزامه، أما إذا تم الاتفاق بعد ذلك فيعتبر صلحاً ولا يعتبر شرطاً جزائياً^٣.

^١ السنهوري (د. عبد الرازق) الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١ وما بعدها. مرقس (د. سليمان) الوافي في شرح القانون المدني المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٩٢ فقرة ٩٤ ص ١٧٧ - سلطان (د. أنور) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني أحكام الالتزام، منشأة المعارف ١٩٦٤-١٩٦٥ فقرة ١٩٣ - الفضل (د.منذر) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٢ ص ٧٢.

^٢ الشراوي (د.جميل) النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ فقرة ٢٠ ص ٦١.

^٣ سعد (د.نبيل إبراهيم) النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٢، ص ٦٦ - يحي (د.عبدالودود) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨ فقرة ٢٧ ص ٤٩.

واختلف الفقهاء بخصوص الاتفاق على الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالتزام غير عقدي^٤، فذهب جانب إلى أن الشرط الجزائي لا يكون إلا في حالة الإخلال بالتزام عقدي على أساس أن النصوص القانونية تجعل الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالتزام عقدي، وذهب جانب آخر^٥ إلى أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالتزام غير عقدي، فإذا اتفق العاقدان سلفاً على مقدار التعويض في حالة ما إذا أخل العاقد بالتزامه برد الأمانة، فإن هذا التعويض يكون تعويضاً على مسئولية تقصيرية " فعل ضار "، وإذا اتفق على مقدار التعويض في حالة الرجوع عن وعد بالزواج، فإن التعويض المتفق عليه يعتبر تعويضاً عن إخلال بالتزام غير عقدي.

ويجب الوفاء بالشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ وذلك إذا اتفق الطرفان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، كأن يتفق العاقدان على أن يدفع أحدهما مبلغاً محدداً للعاقد الآخر إذا لم ينفذ التزامه العقدي وفعلاً لم يقم بذلك فيجب عليه الوفاء بالشرط الجزائي المتفق عليه. ويجب الوفاء بالشرط الجزائي في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام من قبل المدين، وكثيراً ما يتم الاتفاق في عقد المعاولة على أن يلتزم المقاول بدفع مبلغ محدد عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تسليم العمل الذي تعهد بإنجازه، أو ما يتم في عقد التوريد من اتفاق يلزم المورد دفع مبلغ محدد في حالة تأخره في توريد ما التزم بتوريده، أو ما يتم في حالة البيع المنجم من اتفاق على فسخ عقد البيع إذا تأخر المدين في دفع قسط من الأقساط، وفقدانه كل الأقساط التي دفعها.

^٤ الحكيم (د.عبد المجيد). الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية بغداد ١٩٧٧ ص ٣٩ - الشراقوي، المرجع السابق فقرة ٢٠.

^٥ السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١. العدوي (د.جلال) أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية دون سنة طبع فقرة ١٦٦ ص ١٤١.

ولا يقتصر دور الشرط الجزائي على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عن إخلال المدين بالتزامه، بل الهدف منه أيضاً تحذير المدين من إخلاله بالتزامه، وتهديده بالجزاء المشترط لحمله على تنفيذ التزامه في موعده، وهذا يعني أن الشرط الجزائي لا يقدر قياساً على ضرر معين، بل يقدر تقديراً جزافياً من قبل الطرفين، إذ يكون عادة أكبر من الضرر المحتمل^٦.

ولن يكن موضوع هذا البحث شاملاً كل ما يتعلق بالشرط الجزائي، بل نحدد موضوعه في أحكام الشرط الجزائي، ويرجع ذلك للخلاف الذي ثار بشأنها، ويظهر ذلك من اختلاف القوانين في تنظيمها، وتضارب الآراء الفقهية والأحكام القضائية بخصوصها.

والقواعد القانونية المطبقة في فلسطين المتعلقة بتنظيم الشرط الجزائي ستكون هي القواعد الأساس التي سيتناولها البحث بالشرح والتحليل والتأصيل. ويعود اختيارنا للقواعد القانونية المطبقة في فلسطين إلى أن القانون المطبق في فلسطين لم يحظ بالشرح والتحليل، وبالتالي فإن أي بحث يتناول جانباً من جوانبه فيه جده، ولا يخلو من فائدة إذ من شأنه أن يلقى الضوء على هذا الجانب، ويؤدي إلى إنارة السبيل أمام الباحثين وتشجيعهم على القيام ببحوث قانونية مست الحاجة إليها من أجل إيجاد فقه قانوني في فلسطين يساهم مع الفقه العربي في المشاركة الفعالة في الفقه القانوني المعاصر، ويلبي الحاجات المحلية، ويساعد على التطور لا سيما أن فلسطين تعيش مرحلة تحولات كبيرة في جوانب عديدة، تجعل من الضرورة الملحة مراجعة القوانين السارية، والعمل على تنقيح بعضها وإلغاء بعضها الآخر ووضع تشريعات جديدة مستمدة من واقع شعبنا مستهدفة تحقيق العدل لتحكم ما جد وما قد يجد، وبالتالي فإن أي بحث يتناول جانباً من جوانب

^٦ الشرفاوي، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٦١-٦٢.

القانون المطبق في فلسطين من شأنه أن ينير السبيل أمام المشرع الفلسطيني أثناء تصديده للمهمة الكبيرة المحددة في ضرورة القيام بمجهودات تشريعية هائلة لتوحيد القوانين وتحديثها في فلسطين.

ولن تغفلنا دراسة أحكام الشرط الجزائي في القواعد القانونية في القانون المطبق في فلسطين عن الإشارة إلى ما ذهبت إليه قوانين أخرى في تنظيمها لأحكام الشرط الجزائي وخصوصاً القانون الفرنسي، والقانون المصري والقانون الأردني، وخصوصاً أنها لم تتفق على أحكام الشرط الجزائي.

وسنتناول موضوع أحكام الشرط الجزائي في المبحثين التاليين.

المبحث الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين.

المبحث الثاني : رأينا في أحكام الشرط الجزائي.

المبحث الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين

كانت فلسطين جزءاً من الدولة العثمانية إلى سنة ١٩١٧ حيث احتلت من قبل القوات الإنجليزية وفصلت عن الدولة العثمانية وخضعت للاحتلال الإنجليزي، ثم عينت إنجلترا من قبل عصبة الأمم دولة انتداب على فلسطين.

ترتب على ما سبق وجود قوانين عثمانية سرت في فلسطين، وما زال بعضها سارياً إلى الآن. ووجود قوانين سنتها إدارة الانتداب الإنجليزي ما زالت سارية وتعتبر العمود الفقري للنظام القانوني المطبق في قطاع غزة إلى الآن.

وعرف العثمانيون الشرط الجزائي ونظموا أحكامه وسرى هذا التنظيم في فلسطين، ثم وضعت المحاكم في فلسطين في عهد الانتداب الإنجليزي تنظيمياً لأحكام الشرط الجزائي يخالف التنظيم الذي وضعه المشرع العثماني، وهذا يتطلب منا أن نبين تنظيم أحكام الشرط الجزائي في القانون العثماني الذي كان سارياً في فلسطين، ثم

نبين تنظيم أحكام الشرط الجزائي من قبل المحاكم في فلسطين خلال فترة الانتداب الإنجليزي، وهذا يتطلب الشرح في مطلبين هما :

المطلب الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون العثماني الذي كان سارياً في فلسطين.

المطلب الثاني : أحكام الشرط الجزائي التي أوجدتها المحاكم في فلسطين منذ سنة ١٩٣٧.

المطلب الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون العثماني الذي كان سارياً في فلسطين.

نظم المشرع العثماني أحكام الشرط الجزائي في المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية حيث ورد في نصها ما يلي (إذا كان قد تبين وشرط ضمن صك المقاول أن كلا من الطرفين إذ لم يجر ما تعهد به يدفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً على سبيل التضمين، فلا يجوز أن يدفع أكثر أو أقل من ذلك المبلغ)^٧.
تغليب الاتفاق على التعويض.

يظهر من نص المادة ١١١ أن الشرط الجزائي اتفاق يتم بين العاقدين ويخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه أحكام العقود من حيث الأركان والشروط والآثار خصوصاً القوة الملزمة للعقد، إذ لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يحددها القانون. وعلى المحاكم أن تراعي قانون العقد الذي يلزمها باحترام ما تم الاتفاق عليه، فالمحاكم لا تملك تعديل العقود. وهذا يعني أنها لا تملك تعديل الشرط الجزائي، إذ أن قانون العقد يجعل الشرط الجزائي غير قابل للمساس به.

^٧ نشر قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني في الجزء الأول من مجموعة القوانين العثمانية التي قام بترجمتها عن الأصل التركي نقولا النقاش، وأعيد نشر المواد المعمول بها في مجموعة القوانين الفلسطينية، الجزء الخامس، أكتوبر ١٩٧٤، ص ١٤٦.

والشرط الجزائي لا يطبق إلا إذا تحققت الشروط اللازمة لذلك إذ يجب أن يخل المدين بالتزامه، وأن يقوم الدائن بإخطاره بحسب الأصول لتنفيذ ما تعهد به، ويكون ذلك بورقة بر تستو أي ورقة تنبيه بمعرفة موقعها الرسمي (م ١٠٦ أصول محاكمات حقوقية عثمانية)، إلا إذا اتفق في العقد أنه عند انقضاء المدة المحددة فيه لتنفيذ الالتزام لا حاجة لإخطار، إذ يكون انقضاء المدة بمثابة إخطار (مادة ١٠٧ أصول محاكمات حقوقية عثمانية).

ولكن هل يشترط لتنفيذ الشرط الجزائي وقوع ضرر يلحق بالدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي تفسير نص المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية وتفسيره يتطلب الوقوف على تفسير المادة ١١٥٢ مدني فرنسي، لأن المشرع العثماني تأثر بهذه المادة حين تنظيمه لأحكام الشرط الجزائي بنص المادة ١١١.

وضع المشرع المدني الفرنسي تنظيماً لأحكام الشرط الجزائي في نص المادة ١١٥٢ حيث ورد فيها ما يلي :

(Lorsque La convention Porte que celui que manquera de l'executer paiera une certaine somme a titre de dommage – interets, il ne peut etre alloue a l'autre une somme plus forte ni moindre)

ويعني هذا النص أنه إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل.

وهذا ما نص عليه المشرع المصري في القانون المدني القديم في المادة ١٨١/١٢٣ حيث ورد فيها ما يلي (إذا كان مقدار التعويض في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا أكثر).

ولم يتفق الفقهاء في فرنسا بخصوص اشتراط إثبات الدائن أن ضرراً قد وقع عليه بسبب إخلال المدين بالتزامه لتطبيق الشرط الجزائي، فذهب جانب^٨ إلى عدم اشتراط قيام الدائن بإثبات أن ضرراً قد لحق به بسبب إخلال المدين بالتزامه بتطبيق الشرط الجزائي إذ أنه يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن ضرراً قد لحق به نتيجة إخلال المدين بالتزامه، حيث قال أنصار هذا الرأي أن نص المادة ١١٥٢ يجعل الشرط الجزائي عقداً احتمالياً لا ينظر فيه إلى مقدار الضرر الذي يلحق بالدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه. ولا بد من اعتبار العقد الاحتمالي شريعة العاقدين، فضلاً عن ذلك فإنهم يرون أن الاتفاق على الشرط الجزائي وتقدير التعويض سلفاً يفيد أن العاقدين قد سلما بوقوع الضرر إذا لم ينفذ العاقد التزامه ورغبا في منع المحاكم من تقديره، وإنهاء أي جدل يثور بشأن وقوعه ومقداره، وعلى المحاكم أن تحترم ما اتفقت عليه إرادة العاقدين.

وذهب جانب آخر^٩ إلى اشتراط وقوع الضرر، وأن على الدائن أن يثبت ذلك، لأن الشرط الجزائي عبارة عن مقابل التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه، فإذا لم يثبت وقوع الضرر، فيكون الشرط الجزائي التزاماً لا سبب له.

وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالرأي الأول الذي يرى أن نص المادة ١١٥٢ يغلب قاعدة العقد شريعة العاقدين في الشرط الجزائي، حيث حكمت بتطبيق الشرط الجزائي إذا أخل المتعاقد بالتزامه حتى ولو لم يثبت حدوث ضرر وقع على العاقد الآخر.

^٨ Ph Malaurie, L. Aynes, Droit, Les obligations, ed. Cujas, 1985 No. 514, p 365

راجع، بلانيول وريبير وردوان الجزء السابع، فقرة ٨٦٨، أشار إليهم السنهوري، المرجع السابق هامش ٨٥٧ص١.

^٩ مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص١٨٦.

وقد اختلف الفقهاء^{١٠} في مصر وتضاربت أحكام المحاكم في البداية بخصوص اشتراط أن يثبت أن ضرراً قد وقع على الدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه، وذهب جانب إلى عدم اشتراط إثبات أن ضرراً قد وقع على الدائن نتيجة لعدم تنفيذ المدين التزامه مستنداً إلى القوة الملزمة للعقد واعتبار العقد شريعة العاقدين، وإلى نص المادة ١٢٣/١٨١ من القانون المدني المصري القديم التي تطابق نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي.

وأيدت هذا الجانب كل من محكمتي الاستئناف الأهلية والمختلطة، وبسبب صدور أحكام أخرى تشترط حدوث الضرر لتطبيق الشرط الجزائي، عرض الأمر على الدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف المختلطة حيث قررت الدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ من شباط ١٩٢٢، والدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف الأهلية في ٢ من كانون ثاني ١٩٢٦ اشتراط حدوث ضرر يقع على الدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه لتطبيق الشرط الجزائي^{١١}.

وقد استقر رأي الفقه والقضاء^{١٢} في مصر بعد ذلك على اشتراط وقوع ضرر يلحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه لتطبيق الشرط الجزائي.

ولكن ثار خلاف بخصوص من يتحمل عبء إثبات وقوع الضرر، حيث ذهبت المحاكم^{١٣} في أحكام لها إلى تحميل الدائن عبء الإثبات استناداً إلى القواعد العامة التي تقرّر إن البينة على المدعي، وإن الدائن هو الذي يدعي بوقوع الضرر عليه نتيجة لإخلال المدين بالتزامه فعليه أن يثبت ما وقع عليه من ضرر نتيجة لذلك،

^{١٠} راجع عرض آراء الفقهاء في مصر، مرقس المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ١٨٦-١٨٧.

^{١١} راجع السنهوري، المرجع السابق هامش ٢ ص ٨٥٧.

^{١٢} مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ١٨٧.

^{١٣} راجع الأحكام القضائية أشار إليها السنهوري، المرجع السابق هامش ٢ ص ٨٥٧-٨٥٨.

في حين ذهبت المحاكم^{١٤} في أحكام أخرى إلى عدم مطالبة الدائن بإثبات الضرر وأسست ذلك على أن اتفاق العاقدين على الشرط الجزائي يعني أنهما قصدا جعل عدم تنفيذ أحدهما التزامه أو تأخره في التنفيذ قرينة على وقوع الضرر.

ونميل إلى ترجيح إعفاء الدائن من إثبات أن ضرراً قد لحق به نتيجة إخلال المدين بالتزامه، ونرى أن الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة ١١١ يجب أن يطبق، حتى ولو لم يثبت الدائن أن ضرراً لحق به وهذا يتفق مع احترام القوة الملزمة للعقد واحترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وببرر ذلك على تفسير اتفاق العاقدين على الشرط الجزائي أنه يعني أنهما يقران إن إخلال أحدهما بالتزامه يسبب ضرراً للآخر اتفاقاً سلفاً على المقدار اللازم لتعويضه لا أكثر ولا أقل.

واشترط إثبات الضرر من قبل الدائن الذي نتج عن إخلال المدين بالتزامه لا يتفق مع نص المادة ١١١ الذي يحدد التعويض بالمقدار المتفق عليه لا أكثر ولا أقل، لأنه قد لا يثبت ضرراً يتناسب مع الشرط الجزائي، إذ يثبت أن الضرر يقل كثيراً أو يزيد كثيراً عن الشرط الجزائي، وفي هذه الحالة يجب أن يكون التعويض متناسباً مع الضرر الذي أثبتته، وفي ذلك مخالفة لنص المادة ١١١ التي تحدد التعويض بالمقدار المتفق عليه لا أكثر ولا أقل، ويؤدي أيضاً إلى عدم جدوى الشرط الجزائي لعدم فائدته في هذه الحالة، ويخالف ما اتفق عليه العاقدان من تحديد مقدار التعويض سلفاً، ويؤدي إلى مخالفة القوة الملزمة للعقد.

وبناء على ما سبق نرى أن نص المادة ١١١ يجعل الشرط الجزائي نهائياً غير قابل للمراجعة من المحاكم، حيث تتعدم سلطتها في التدخل لتعديل الشرط الجزائي،

^{١٤} راجع الأحكام القضائية أشار إليها مرقس المرجع السابق هامش ١٦٣ ص ١٨٧.

إذ عليها أن تحترم ما اتفق عليه العاقدان، وتحترم مبدأ العقد شريعة العاقدين وتحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه لا أكثر ولا أقل^{١٥}.

وقد قامت المحاكم في فلسطين بتطبيق نص المادة ١١١ على أساس احترام إرادة العاقدين في تحديد مقدار الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل.

وقد شاع اللجوء إلى نص المادة ١١١ من قبل العاقدين في فلسطين حيث أدخل كل طرف من أطراف العقد التعويض الذي يرغب في إدخاله فيه، ويمكن الحكم بهذا المبلغ لا أكثر ولا أقل، وهذا يمكن العاقد من أن يحمي نفسه بإدخال شرط جزائي في العقد، وقد كان هذا الشرط كافياً للأشخاص الذي يلحقهم الضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه، لأن المحاكم في فلسطين تحكم بتنفيذه^{١٦}.

يظهر مما سبق أن المادة ١١١ نظمت أحكام الشرط الجزائي تنظيمياً مطابقاً لأحكام الشرط الجزائي التي وضعتها المادة ١١٥٢ مدني فرنسي، يفيد بأن على المحاكم أن تحترم اتفاق العاقدين، وأن لا تتدخل في الشرط الجزائي، وأن تحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه فيما بين العاقدين لا أكثر ولا أقل، وبالتالي فإن الشرط الجزائي المتفق عليه غير قابل للمراجعة.

المطلب الثاني أحكام الشرط الجزائي التي أوجدتها المحاكم في فلسطين منذ سنة ١٩٣٧.

تغليب التعويض على الاتفاق :

لقد استمرت المحاكم في تطبيق نص المادة ١١١ استناداً إلى نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢^{١٧} التي نصت على بقاء سريان التشريعات العثمانية في فلسطين ما لم تلغ من إدارة الانتداب الإنجليزي، وبقيت المحاكم في

^{١٥} Aron Polonsky, specific performance, published by S. Buri. Tel-Aviv 1938, p. 73.

^{١٦} Aron Polonsky, op, cit p. 73.

^{١٧} نشر في المجلد الرابع من مجموعة قوانين فلسطين (درايتون).

فلسطين تطبق الشرط الجزائي المتفق عليه لا أكثر ولا أقل تنفيذاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وقد أصبح هذا الأمر موضع مراجعة وبحث في القضية المشهورة في فلسطين، قضية الشيخ سليمان التاجي الفاروقي ضد ميشيل حبيب وآخرين استئناف عليا حقوق رقم ٣٧/١٩١^{١٨}، حيث صدر حكم من محكمة الاستئناف العليا يستند إلى المبادئ المتبعة في إنجلترا في تفسير الشرط الجزائي، التي أوجدت التفرقة بين كونه غرامة أو عقوبة أم تعويضاً فإذا فسر على أنه غرامة تخول المحاكم حق تخفيضه، أو أن تقدر الأضرار الحقيقية التي لحقت بالدائن، وهذا التفسير مستمد من القاعدة الراسخة في القانون الإنجليزي وهي (أن النصفة العادلة تعفى من الجزاء أو الغرامة).

(Equity relieves from penalties and from forfeitures).

والمبادئ الإنجليزية في تفسير الشرط الجزائي والتي تبين متى يعتبر جزاء أو غرامة ومتى يعتبر تعويضاً، وردت في مجموعة من السوابق القضائية في مجموعات الأحكام الإنجليزية المختلفة.

والسابقة القضائية الهامة في موضوع تفسير الشرط الجزائي تتمثل في الحكم الصادر في قضية دنلوب ضد نيوجراج وشركاه سنة ١٩١٥، حيث قرر اللورد (Dunedin) في هذه القضية ما يلي :

("In view of that fact, and of the number of the authorities available. I do not think it advisable to attempt any detailed review of the various cases, but I shall content myself with stating succinctly the various propositions which I think are deducible from the decisions which rank as authoritative:

1- Though the parties to a contract who use the words penalty or liquidated damages many prima facie be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The court must

^{١٨} Reported in Current Law Reports, Volume 2. At page 169.

find out whether the payment stipulated is in truth a penalty of liquidated damages. This doctrine may be said to be found passim in nearly every case.

- 2- The essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage: (Clyde-bank Engineering Company v. Castaneda, ubi sup.).
- 3- The question whether a sum stipulated is penalty or liquidated damages is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of as at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach:)Public Works Commissioners v. Hill (ubi sup.) and Webster v. Bosanquet (ubi sup.).
- 4- To assist this task of construction various tests have been suggested, which, if applicable to the case under consideration, may prove helpful or even conclusive. Such are:
 - a) It will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss which could conceivably be proved to have followed from the breach – illustration given by Lord Halsbury in the Clydebank case.
 - b) It will be held to be penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum which ought to have been paid: (Kemble v. Farren, 6 Bing. 141). This, though one of the most ancient instances, is truly a corollary to the lawst test. Whether it had its historical origin in the doctrine of the common law that, when A promised to pay B a sum of money on a certain day and did not do so, B could only recover the sum which, in certain cases, interest, but could never recover further damages for non-timeous payment, or whether it was a survival of the time when equity reformed unconscionable bargains merely because they were unconscionable a subject which much exercised Jessel, M.R. in Walls v. Smith 47 L. T. Rep. 389; 21 Ch. Div. 243) is probably more interesting than material.

c) There is a presumption (but no more) that it is penalty when "a single lump sum is made payable by way of compensation on the occurrence of one or more or all of several events, some of which may occasion serious and other trilling damage" – Lord Watson in Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Company (11 App. Cas. 232).

On the other hand:

d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility. On the contrary, that is just the situation when it probalbe that pre-estimated damages was the true bargain between the parties. – Clydebank case, Lord Halsburyl Webster v. Bosnaquet, Lord Mersey.¹⁹

(إنه بعد الإطلاع على وقائع هذه الدعوى وعلى السوابق القضائية المتاحة، فلا أرى إجراء مراجعة تفصيلية لأية قضية من القضايا المتعددة، ولكنني سأكتفي بأن أذكر باختصار اتجاهات القرارات النهائية في تلك القضايا.

١- قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن أطراف العقد وهم يستعملون عبارات تعويض الضرر أو الغرامة بأنهم يعنون ما يقولون، إلا أن هذه العبارات لم تقصد على إطلاقها، إذ يجب على المحاكم أن تستنتج ما إذا كان المبلغ المذكور في العقد يعتبر في حقيقته غرامة أم تعويضاً تقديرياً ويجب أن يكون ذلك أساساً للحكم في كل قضية.

٢- إن مضمون الغرامة هو دفع مبلغ من المال لتهديد الطرف الذي أخل بالتزامه، أما مضمون التعويض فإنه يعتبر شرطاً صريحاً لتقدير مسبق للضرر.

٣- إن مسألة تحديد ما إذا كان المبلغ المتفق عليه في العقد غرامة أم تعويضاً مقدراً أو مقطوعاً هي مسألة تفسير تقرر وفقاً للشروط والظروف الخاصة المحيطة بكل عقد على حدة وقت إبرام العقد لا وقت الإخلال به.

¹⁹ Publish in, Aron Polonsky, op, cit. pp. 75, 76, 77.

٤- تسهيلاً للتفسير وضعت معايير عديدة، وأن كانت تطبق على الواقعة موضوع الدعوى، إلا أنها توفر عوناً وتحقق نتائج في دعاوى أخرى، وهذه المعايير هي :

أ- تحكم المحاكم بان المبلغ غرامة إذا كان مبالغاً فيه وغير معقول في مقداره بالمقارنة بأكبر خسارة ممكن أن تتحقق في حدود المعقول من جراء الإخلال بالتعهد (شرح هلزبوري في قضية كلايد بانك).

ب- يعتبر المبلغ غرامة إذا كان الإخلال بالعقد ينحصر فقط في عدم دفع مبلغ من النقود وإن المبلغ المذكور في العقد يعتبر أكبر من المبلغ الذي كان يقتضي دفعه (قضية كندل ضد فارن)، وبالرغم من أن هذا يعتبر واحداً من أقدم الأمثلة، إلا أنه يعتبر بحق نتيجة لهذا المعيار. (فعندما يعد (أ) بأن يدفع لـ (ب) مبلغاً من النقود في يوم معين ولم يفعل ذلك فإن لـ ب فقط أن يسترد المبلغ مع الفوائد في قضايا معينة، ولكنه لا يستطيع إطلاقاً أن يحصل على عطل وضرر إضافة إلى ذلك بسبب عدم دفع المبلغ في الميعاد المحدد بصرف النظر عما إذا كان لهذا المعيار أصل في مبادئ القانون العام الإنجليزي أو أنه من بقايا ذلك الوقت الذي كانت تستخدم فيه النصفة العادلة لإصلاح البيوع أو الصفقات غير المعقولة لمجرد أنها غير معقولة.

ج- وهناك رأي (لا يزيد على كونه رأياً) بأن المبلغ يعتبر جزاء إذا كان مبلغاً إجمالياً واحداً فقط يكون واجب الدفع عند وقوع واحد أو أكثر من عدة حوادث أو وقائع منها ما قد يحدث أضراراً طفيفة.

د- لا يغير من اعتبار المبلغ الذي أدخل في العقد تقدير مسبق للضرر، إن النتائج التي تترتب على الإخلال بالعقد غالباً ما تجعل التقدير المسبق مستحيلاً^{٢٠}.
ومن المفيد ذكر ملايسات قضية الشيخ سليمان التاجي الفاروقي ضد ميشيل حبيب راجي حبيب وآخرين استئناف عليا حقوق رقم ٣٧/١٩١، حيث تم استئناف الحكم في القضية الصادر من المحكمة المركزية بيافا إلى محكمة الاستئناف العليا ثم استؤنف الحكم الصادر من المحكمة المركزية بيافا إلى محكمة الاستئناف العليا ثم استؤنف الحكم الصادر من محكمة الاستئناف العليا إلى مجلس الملك الخاص استناداً إلى نص المادة ٤٤ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ الذي ورد فيه يجوز استئناف قرارات المحكمة العليا في القضايا الحقوقية إذا تجاوز المبلغ المختلف عليه أو قيمته ٥٠٠ جنية فلسطيني إلى جلالة الملك في مجلسه الخاص، ويجب تقديم الاستئناف في المدة والصورة المنصوص عليها في أي نظام أو أصول صادرة من لدن جلالة الملك في مجلسه الخاص).

وأعاد مجلس الملك الخاص القضية إلى المحكمة المركزية بيافا مع تعليمات تقضي بأن على المحكمة المركزية أن تأخذ في اعتبارها نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين مع التنويه بأن صلاحيات محاكم فلسطين قد زودت بالتفرقة المعروفة في إنجلترا بين الغرامة والتعويض.

ولقد كانت المادتان ١١١ و ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني هما أساس للدعوى سالفه الذكر لتقرير ما إذا كان مبلغ الألفي جنيه فلسطيني المذكور في العقد غرامة أم تعويضاً، وعندما نظرت محكمة الاستئناف العليا في القضية مرة أخرى صدر حكم عنها يتبنى قواعد التفسير الإنجليزية للشرط الجزائي

^{٢٠} راجع ترجمة قضية دنلوب ضد نيو جراج وشركاه سنة ١٩١٥، سامي سباب، التنفيذ العيني غزة سنة ١٩٨٧ ص ٥٠-٥١.

التي وردت في تسبيب الحكم الصادر في قضية دنلوب ضد نيوجراج وشركاه التي سبق الإشارة إليها حيث ضمت برمتها إلى الحكم الصادر في استئناف حقوق رقم ٢١٣٧/١٩١.

وقد ورد في تسبيب الحكم الذي أصدره القاضي ماننج Manning ما يلي :

("Mr. Eliash urged that this specific reference was made by their Lordships because they had been inaccurately informed of the principles of the Ottoman Law on the subject of damages. I do not agree which this and do not propose to consider it in any way. I take it that their Lordships have held the distinction between a penalty and liquidated damages forms, and has formed since the date of the Order-In-Council, part of the law of Palestine. This being so. I see no difficulty in finding the principle into the general scheme of the law. The common law of England strictly enforced penalties – equity came and intervened to give relief against them. The Ottoman Law in Article III of the Code of Civil Procedure laid down a strict rule that when the parties have agreed on a definite sum as damages for the breach of any stipulation in a contract, then no more and no less than that sum may be awarded. Just as equity came in England to give relief in a proper case, so has Article 46 of the Order-In-Council come to Palestine. A new article has been, as it were, introduced into the local law as to damages – which, if it took statutory form, would appropriately be numbered as IIIA, taking its place between Articles III and II2. The new article would modify article III to the extent that in every case where a specific sum had been agreed on 25 damages. It would be open the the courts in Palestine the construe the agreement in order to ascertain whether that specified sum was a penalty or liquidated damages, and if it should be found to be a penalty, to give relief against it by assessing as precisely as possible the damage caused by the breach.

"Neither advocate has made any point as regards the proviso to Article 46 – it has not been suggested that there is anything in the circumstances of Palestine or its inhabitants to prevent this particular

Aron Polonsky. *Op, cit*, p. 75. ^{٢١}

principle of equity from taking effect or to subject it to any qualification. Mr. Eliash, for the respondents, did say that it would be unfair that we should have this principle of equity when there is no remedy of specific performance in Palestine. I have already in a previous decision of mine in another case indicated my opinion that the English equitable remedy of specific performance forms part of the law of Palestine, and therefore Mr. Eliash cannot except from me much sympathy for this line of argument.

One of the leading cases on the subject of penalty and liquidated damages is *Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd. V. New Garage and Motor Company Ltd.*, 1915 A. C. 79. Lord Dunedin having said that the question is one of construction to be decided by the court upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of as at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach' went on to formulate certain suggested tests which "may prove helpful of even conclusive".

He said:-

" It will be held to be a penalty if the breach consists only is not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum which ought to have been paid ..."

"There is a presumption (but no more) that it is penalty when a single lump sum is made payable by way of compensation on the occurrence of one or more of all of several events, some of which may occasion serious and others but trilling damage (Lord Watson in *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co.*, IIA. C. 332".²²

(لقد قرر السيد الياس (وكيل المستأنف ضدهم) أن الإشارة المحدودة التي أبداهها القضاة في الدعوى موضوع الاستئناف كانت بسبب ما وصلهم من معلومات غير صحيحة عن قواعد القانون العثماني المتعلقة بالضرر، إنني لا أوافق على ذلك ولا أرى لذلك اعتباراً من أي وجه من الوجوه، إنني أعتبر ذلك من القضاة تقريراً لقاعدة التفرقة بين الغرامة والتعويض التي أصبحت منذ صدور مرسوم دستور

²² Reported in Current Law Reports, volume 9 at page 169-170.

فلسطين تشكل جزءاً من القانون الفلسطيني، ومتى كان ذلك فإنني لا أرى صعوبة في أن ينتظم هذا المبدأ في النظام القانوني العام.

فالقانون الإنجليزي العام ينفذ الشرط الجزائي تنفيذاً حرفياً وقد جاءت قواعد العدالة للتدخل لإعطاء النصفة قبل هذا الشرط، وقد وضع القانون العثماني في المادة ١١١ من أصول المحاكمات الحقوقية قاعدة قانونية ثابتة وهي أنه إذا ما وافق طرفا العقد على مبلغ محدد من النقود باعتباره تعويضاً للضرر الناتج عن الإخلال بأي شرط من شروط العقد فعندها يحكم بالمبلغ لا أكثر ولا أقل.

وكما جاءت قواعد العدالة في إنجلترا لإعطاء النصفة في الحالات المناسبة فذلك ما فعلته المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين فكأن مادة جديدة تتعلق بالضرر قد أدخلت على القانون المحلي وإن هذه المادة لو أخذت الشكل التشريعي لرقمت بالمادة ١١١/أ لتأخذ مكانها بين المادة ١١١ والمادة ١١٢ محدثة تعديلاً على المادة ١١١ مؤداه أنه في كل حالة يتم الاتفاق فيها على مبلغ محدد باعتباره تعويضاً للضرر فإن للمحاكم في فلسطين أن تقوم بتفسير هذا الاتفاق لتقرر ما إذا كان هذا المبلغ المحدد هو جزاء أو تعويضاً للضرر، فإذا ما استبان لها أنه جزاء أو غرامة لها أن تمنح النصفة قبله، وذلك بأن تقدر بما أمكنها من دقة الإضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد.

ولم يبد أي محام من المحامين ملاحظة تذكر على الفقرة الشرطية للمادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين، ولم يقرر أحد منهم أن ظروف فلسطين أو سكانها ما يمنع من تطبيق هذه القاعدة الخاصة من قواعد العدالة أو إخضاعها لأي تعديل.

وقد قرر السيد إلياس (وكيل المستأنف ضدهم) أنه يعتبر من قبيل الإجحاف أن نأخذ بهذه القاعدة من قواعد العدالة ما دامت نصفة التنفيذ العيني غير موجودة في فلسطين، غير أنه سبق لي أن عبرت عن رأيي في قضية سابقة بأن نظرية التنفيذ

العيني الإنجليزية تكون جزءاً من القانون الفلسطيني، ولهذا فإن السيد الياس لم يستطع للأسف أن يقبل هذا الجانب من الجدل.

وتعتبر قضية دنلوب ضد نوجراج وشركاه الإنجليزية من السوابق الرائدة في موضوع التفرقة بين الجزاء والتعويض فقد جاء تسببها على لسان اللورد Dunedin أن المسألة هي مسألة تفسير يقرر من قبل المحكمة وفقاً لبنود العقد والظروف المحيطة بكل عقد على حدة في الوقت الذي يبرم فيه لا وقت الإخلال بشروطه، ثم استطرده ليضع عدداً من المعايير التي يمكن أن توفر عوناً أو تحقق نتائج فقال.

"إن المبلغ يعتبر غرامة إذا كان الإخلال يتكون فقط من التخلف عن دفع مبلغ من المال، وإن المبلغ المذكور في العقد أكبر بكثير من المبلغ الذي كان يتوجب دفعه". وهناك رأي بأن المبلغ يعتبر غرامة إذا كان واجب الدفع باعتباره تعويضاً لدى وقوع واحد أو أكثر من عدة حوادث منها ما قد يحدث ضرراً ولا تحدث الأخرى سوى أضرار طفيفة. (راجع لورد وانسن في قضية Lord Elphinstone v. Monkland Iron^{٢٣})

وهذا الحكم يبين أن المحاكم في فلسطين تبنت المبادئ الإنجليزية في تفسير الشرط الجزائي وأدخلت في فلسطين نظرية التفرقة بين الغرامة أو الجزاء وبين تعويض الضرر، وتمكين المحاكم حق منح النصف العادلة في حالة الغرامة أو الجزاء.

وقد تأيد قرار محكمة الاستئناف العليا في الاستئناف الحقوقي رقم ٣٧/١٩١ سابق الذكر بالقرار الصادر عن مجلس الملك الخاص رقم ٣٧/٣٠ وبذلك أصبح نهائياً بما احتواه من مبادئ وقواعد متعلقة بتفسير الشرط الجزائي والتفرقة بين الغرامة

^{٢٣} راجع ترجمة القرار ٣٧/١٩١، سامي سابا ص ٥١-٥٢.

أو الجزاء وبين التعويض وإعطاء النصفة العادلة للحيلولة دون دفع المبلغ المذكور في العقد بكامله إذا اعتبر عقوبة أو جزاء^{٢٤}.

وبعد ذلك صدرت أحكام عن محكمة الاستئناف العليا في فلسطين تتبنى إدخال نظرية التفرقة بين الغرامة والتعويض الإنجليزية في فلسطين، والتي تخول المحاكم منح النصفة العادلة في حالة ما إذا اعتبرت الشرط الجزائي جزاء أو غرامة. ففي القضية المتكونة بين زهرة يحيى عقل ضد خليل إبراهيم أبو عليان رقم ٢٥٣٨/٢٠.

استئناف عليا طرح فيها موضوع الغرامة والتعويض، وقد صدر قرار المحكمة العليا بالأغلبية يؤيد إدخال النظرية الإنجليزية في النصفة العادلة ضد الجزاءات والغرامات ونظرية التفرقة بين الجزاء والتعويض.

وفي القضية المتكونة بين افيارا تدر ضد اليعزر جولد هامر رقم ٢٦٣٨/١٣٥ استئناف عليا صدر حكم ورد فيه بأن على محاكم فلسطين أن تتبع القانون الإنجليزي فيما يتعلق بتفسير الشروط الجزائية في العقود، ومراعاة سرد المبادئ التي وضعت في قضية دنلوب ضد نيوجراج الإنجليزية، وبناء على ذلك حكمت المحكمة العليا بأن مبلغ الـ ٨٥٠ جنياً فلسطينياً المنصوص عليه في العقد باعتباره واجب الأداء إصلاحاً للضرر بسبب الإخلال بالعقد أو أي جزء منه يعتبر غرامة وليس إصلاحاً للضرر أو تعويضاً ولذلك فسخت الحكم الصادر من المحكمة المركزية وأعدت الدعوى إليها لتقدير الضرر الحقيقي الذي أصاب المستأنف ضده.

^{٢٤} Aron Polonsky. Op, pp. 76, 77.

^{٢٥} Published in the Annotated Supreme Court Judgment, June 1938.

^{٢٦} Reported in Current Law Reports, Volume 4, at page 215.

وحكم استناداً إلى نفس الأسباب في الاستئناف الحقوقي رقم ٢٧٣٨/١٢٦ في القضية المتكونة بين سعدية الباز ضد سالم مصطفى الزيدان وآخرين على أساس التفرقة بين الغرامة والتعويض.

يظهر مما سبق أن المادة ١١١ أصبحت غير واجبة الاتباع، وإنه يجب الأخذ بالتفرقة الإنجليزية بين الجزاء والتعويض في فلسطين ويجب على المحاكم في فلسطين أن تتدخل لمنح النصفة العادلة في حالة ما إذا اعتبر الشرط الجزائي جزاء، وقد التزمت المحاكم في فلسطين بذلك فيما بعد في الاستئنافات ٤٤/٩٧، ٤٤/١٩٢، ٤٤/٢٨٨ وفي استئنافات أخرى^{٢٨}.

يظهر مما سبق أن السوابق القضائية التي صدرت عن المحاكم في فلسطين منذ عام ١٩٣٧ قد أدخلت تغييراً جذرياً على أحكام الشرط الجزائي في فلسطين، حيث غلبت أحكام التعويض على حكم العقد، فأجازت للمحاكم عدم الحكم بالشرط الجزائي إذا لم يصب الدائن ضرر من عدم تنفيذ المدين الالتزام أو من التأخير في تنفيذه، كما أجازت تخفيض الشرط الجزائي إذا كانت قيمة الضرر الذي وقع أقل من قيمته المتفق عليها، ولها أيضاً أن تقدر الأضرار الحقيقية التي لحقت بالدائن. ويظهر أيضاً أن السوابق القضائية التي صدرت عن المحاكم في فلسطين لا تطبق الشرط الجزائي إذا رأت فيه غرامة أو جزاء، وبالتالي لا تسلم بتطبيق الشرط الجزائي إذا انطوى على فكرة الجزاء، فضلاً عن ذلك فإن السوابق القضائية لم تتناول مسألة ما إذا كان الشرط الذي يحدد مبلغ التعويض أقل من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، إذ يعتبر الشرط صحيحاً.

^{٢٧} Reported in Current Law Reports, Volume 4, at page 220.

^{٢٨} سامي سابا، ص ٥٣.

يظهر مما سبق أن السوابق القضائية الصادرة عن المحاكم في فلسطين في عهد الانتداب الإنجليزي تأخذ بنظام مراجعة الشرط الجزائي إذا كانت قيمته أكبر من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، ولا تأخذ بالشرط الجزائي الذي يزيد على قيمة الضرر الحقيقية التي لحقت بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، وجردت الشرط الجزائي من طبيعته التهديدية.

وكثير من القوانين أخذت بنظام مراجعة الشرط الجزائي، خارجة بذلك على مبدأ القوة الملزمة للعقد واحترام إرادة العاقدين، ومن هذه القوانين القانون الفرنسي، فقد سبق أن بينا أن نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي غلب حكم الإرادة وقصد العاقدين فيما يتعلق بآثار الشرط الجزائي فأخذ بالقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة العاقدين، وجعل الشرط الجزائي ملزماً للعاقدين والقاضي، أي ألزم القاضي أن يحكم على المدين بالتعويض بالمبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل بقطع النظر عن مقدار الضرر الذي لحق بالدائن.

ونظراً لما أوجده نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي من عسف وجور بالمدين نتيجة لاتفاقه مع الدائن على شرط جزائي مبالغ فيه بسبب ظروف معينة أجبرته على ذلك، قام المشرع الفرنسي بإضافة فقرة ثانية للمادة ١١٥٢ جعلت الشرط الجزائي قابلاً للمراجعة من قبل المحاكم، وقد أضيفت الفقرة الثانية بالقانون رقم ٧٥-٥٩٧ الصادر بتاريخ ٩ تموز ١٩٧٥ تخول القاضي تعديل قيمة الشرط الجزائي بالنقص أو بالزيادة إذا رأى أن قيمته مبالغ فيها أو أنها تافهة^{٢٩} ونصها :

(Neanmoins, le juge peut moderer ou augmenter La peine qui avait ete convenue, si elle est manifestement excessive ou derisoire: toute stipulation contraire sere repute non – ecrite).

^{٢٩} أشار للتعديل، سعد، المرجع السابق ص ٧٤.

وهذه الفقرة تسمح للقاضي ولو من تلقاء نفسه (وذلك بعد تعديلها بقانون ١١ تشرين أول ١٩٨٥)^{٣٠} بتخفيض أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا وكل اتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن.

وأخذ المشرع الفرنسي بمراجعة الشرط الجزائي لم يؤثر على موقف الفقه الفرنسي الذي ما زال يذهب إلى أن الدائن غير ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ قد سبب له ضررا إذا أن الضرر قد تم افتراضه وتقديره سلفا في العقد^{٣١}، بل يستحق الدائن الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين التزامه ولو لم يلحقه أي ضرر^{٣٢}.

وقد أخذت المحاكم في فرنسا بمراجعة الشرط الجزائي حيث طبقت التعديل الذي نص عليه المشرع الفرنسي عام ١٩٧٥، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي ولا يجوز له إلغاؤه أو إنقاصه عن الضرر الذي أثبتته الدائن^{٣٣} وذهبت إلى أنه يجب على القاضي أن يسبب قراره بتعديل الشرط الجزائي، حيث سببت قرارها بأن عدم المساس بالشرط الجزائي هو الأصل (م ١/١٥٢) وأن تعديل الشرط الجزائي هو الاستثناء^{٣٤} (م ٢/١١٥٢)، وقد طورت المحكمة موقفها إذ طلبت من القاضي أن يعطي مختصراً لقراره برفض تعديل الشرط الجزائي^{٣٥}.

وقد كانت محكمة النقض تحظر على المحاكم الأدنى درجة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها إذ لا بد أن يطلب منها ذلك من قبل أحد العاقدين، إلا أن المشرع

^{٣٠} أشار للتعديل، سعد، المرجع السابق ص ٧٤.

^{٣١} Ph. Malaurie, L. Aynes, op. Cit. No 515 p. 359. Weill, F. Terre Civil. Les obligations, 4 ed Dalloz, 1986, No. 462, p. 483.

^{٣٢} Ph. Malaurie. L. Aynes op. Cit. No. 514 P. 363

^{٣٣} Com, juin 1980 B. Iv, No. 245, com, 3fr. 1982, B. Iv. No.44.

^{٣٤} Civ. 3, 26 aout 1978 111 No. 160. Civ, 17 Juill 1978. 111 No, 292.

^{٣٥} Civ. 9 fev. 1982, B. 1. No. 55.

الفرنسي تدخل بقانون ١١ تشرين أول ١٩٨٥ ليجيز للمحاكم مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسها.

وبجانب التنظيم العام للشرط الجزائي توجد في فرنسا تنظيمات خاصة، ففي عقد العمل يمنع الشرط الجزائي في نواحي معينة^{٣٦}، وفي عقود البيع المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا يكون الضرر أقل من الضرر الذي أثبتته المستهلك^{٣٧}، وفي عقود الائتمان المنقول والعقاري يجب ألا يزيد الشرط على نسبة معينة^{٣٨}.

يظهر مما سبق أن المشرع الفرنسي قد غلب اعتبارات العدالة على مبدأ احترام قانون العقد.

وأخذ القانون المصري الجديد بمراجعة الشرط الجزائي، حيث نص المشرع المصري في المادة ٢٢٤ من القانون المدني على أنه (لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف الفقرتين السابقتين).

فهذا النص يشترط وقوع ضرر يلحق بالدائن حتى يثبت له الحق في المطالبة بالشرط الجزائي وهذا يتفق مع مبدأ أساس في التعويض، وهو إن التعويض وجد لجبر الضرر، وإذا لم يثبت الضرر لا يسمى ما يحصل عليه الدائن تعويضا^{٣٩}.

^{٣٦} C. trav, art. L. 122-29.

^{٣٧} D. 24 Mars, 1978, ort, 2.

^{٣٨} L. 10 Janvir 1978 art, 21 L. 13, Juillet 1979, art 12, 13, 14 et 27.

^{٣٩} الشرقاوي، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٦٥.

ويكون على المدين إن ادعى عدم حدوث ضرر نتيجة لإخلاله بالتزاماته أن يثبت ذلك، وهذا يعني أن المادة ٢٢٤ تعفي الدائن من إثبات الضرر الذي لحق به نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته^{٤٠}.

وإذا وجد ضرر لحق بالدائن ونتج عن إخلال المدين بالتزاماته، يجوز للدائن أن يطالب بتنفيذ ما ورد في الشرط الجزائي الذي اتفق مع المدين عليه مقابل الضرر. ولكن يجب أن يكون ما تم الاتفاق عليه في الشرط الجزائي متناسبا مع الضرر، لا يزيد عليه بصورة غير مقبولة، ولا يستحق كله في حالة تنفيذ المدين التزامه تنفيذا جزئيا، لذلك أبحاث المادة ٢٢٤ للقاضي أن يتدخل ويخفف ما اتفق عليه في الشرط الجزائي من تعويض إذا أثبت المدين عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن نتيجة لإخلاله بالتنفيذ، لما وجد من مغالاة في التقدير، أو بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الذي اشترط الشرط الجزائي جزاء عن الإخلال به. وتخويل المحاكم تعديل الشرط الجزائي لجعله متناسبا مع الضرر يبين الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي^{٤١}، والقول بجعل التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي متناسبا مع الضرر، لا مساويا له، يعني إمكان زيادته عن الضرر، فينطوي على عنصر، الغرامة مع عنصر التعويض^{٤٢}.

وقد بينت المادة ٢٢٥ مدني مصري حكم ما إذا كان الضرر الذي لحق بالدائن أكبر من التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي حيث نصت على ما يلي (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما).

^{٤٠} أنور سلطان : المرجع السابق، فقرة ١٩٦.

^{٤١} الشرفاوي : المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٦٦.

^{٤٢} أبو السعود (د. رمضان)، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٤ ص ١٢٢.

يظهر من النص أنه إذا كان التعويض الاتفاقي _الشرط الجزائي_ أقل من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، فالأصل أن القاضي لا يزيده حتى يجبر كل الضرر، بل يحكم به كما هو، إذ يعتبر الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين، وتجزئ نص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري تخفيف أو الإعفاء من المسئولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم^{٤٣}.

فإذا أثبت الدائن غش المدين أو خطأه الجسيم، كان له حق طلب زيادة التعويض ليكون معادلا للضرر الذي وقع.

وهذا الحكم يختلف على ما هو الأمر في فرنسا بعد تعديل المادة ١١٥٢ بإضافة فقرة ثانية لها عام ١٩٧٥، إذ ورد في هذه الفقرة أنه (يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل ١١ أكتوبر ١٩٨٥) أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا).

وبمقتضى هذا النص تستطيع المحاكم في فرنسا الحكم بتعويض أكبر من الشرط الجزائي الزهيد بالنسبة للضرر الذي وقع على الدائن، ولا يشترط لذلك أن يقوم الدائن بإثبات غش المدين أو إثبات خطئه الجسيم^{٤٤}.

ويرى الفقه الفرنسي أن سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي يجب ألا تؤدي إلى إزالة طابعه التهديدي، فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير اتفاقي للتعويض فإن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليس لها إلا طابع محدد لأنها تتضمن اعتداء على جوهر العقد وعلى قوته الملزمة.

^{٤٣} السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٩٨ ص ٨٧.

^{٤٤} Ph. Malaurie, L. Aynes, op. Cit. No. 515 p. 357. 358.

والقانون المدني الأردني أخذ بمراجعة الشرط الجزائي، مع العلم أن الضفة الغربية يطبق فيها النظام القانوني الأردني، وقد نظم المشرع المدني الأردني^{٤٥} أحكام الشرط الجزائي في المادة ٣٦٤ حيث ورد فيها ما يلي (١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون. ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك).

يظهر من هذا النص أنه أعطى المحاكم سلطة تقديرية واسعة، ولم يعر اتفاق العاقدين على الشرط الجزائي أي اهتمام حيث يحق لها في جميع الأحوال بناء على طلب أحدهما أن تقوم بتعديل الشرط الجزائي، لذلك لا يشترط لتعديل المحاكم الشرط الجزائي أن يكون الشرط مبالغاً فيه لدرجة كبيرة، أو أن يكون قد نفذ الالتزام الأصلي تنفيذا جزئياً كما يشترط القانون المدني المصري، ولم يذهب إلى الأخذ بما ورد في تعديل المادة ١١٥٢ مدني فرنسي التي أجازت للمحاكم ولو من تلقاء نفسها (بعد تعديل ١١ تشرين أول ١٩٨٥) أن تنقص أو تزيد من الشرط الجزائي المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا. إذ أن نص المادة ٢/٣٦٤ يجيز للمحاكم أن تتدخل في جميع الأحوال ولكن بناء على طلب أحد العاقدين وتعديل الشرط الجزائي.

وإذا طلب أحد العاقدين من المحاكم تعديل الشرط الجزائي، فأوجب نص المادة ٢/٣٦٤ على المحاكم أن تعدل الشرط الجزائي بحيث تجعله مساويا للضرر سواء كان الشرط الجزائي يقل عن الضرر الثابت نتيجة الإخلال بالالتزام أو يزيد، أو في حالة التنفيذ الجزئي.

^{٤٥} Ph. Malaurie, L. Aynes, op. Cit. No. 515 p. 359.

ولقد ذهب رأي^{٤٦} إلى أن القانون المدني الأردني يلتقي مع القانون الفرنسي بعد تعديل المادة ١١٥٢ بالقانون رقم ٥٩٧ تاريخ ٩ تموز ١٩٧٥، حيث سمح للمحاكم بناء على طلب أحد العاقدين أن تخفض التعويض المتفق عليه، أو أن تزيده إذا كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة أو كان تافهاً.

ولا نسلم بذلك حيث نجد اختلافاً جوهرياً بين القانونين، فالقانون المدني الأردني يعطي المحاكم سلطة تعديل الشرط الجزائي في جميع الأحوال - في حين نص المادة ٢/١١٥٢ يقيّد سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة بأن يكون الشرط مبالغاً فيه أو تافهاً، فإذا لم يكن كذلك لا تستطيع المحاكم أن تتدخل في الشرط الجزائي بزيادته أو إنقاصه، أما القانون المدني الأردني فيسمح لها بذلك حيث يحق لها أن تعدله بحيث يتساوى مع الضرر، إذ خول المحاكم التدخل في جميع الأحوال بتعديل الشرط الجزائي بحيث يتساوى مع الضرر وأقام هذا على قاعدة أمره، وهذا من شأنه أن ينزع الطابع التهديدي للشرط الجزائي، وبجرد اتفاق الطرفين على الشرط الجزائي من أية قيمة أو فائدة، وهذا يختلف عن نص المادة ٢/١١٥٢ مدني فرنسي التي تجعل تدخل المحاكم في فرنسا لا يؤدي إلى نزع الطابع التهديدي للشرط الجزائي فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير اتفاقي للتعويض، فإن سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي لها طابع محدد لأنها تتضمن اعتداء على جوهر العقد وعلى قوته الملزمة وبالتالي لا يكون التعديل بالمساواة بين التعويض والضرر. ويظهر ذلك أيضاً من نص المادة الثانية من قانون ١٩٧٥ التي عدلت نص المادة ١٢٣١ مدني فرنسي، حيث نصت على (١ - عندما يتم تنفيذ الالتزام في جزء منه يجوز للقاضي أن ينقص الجزاء

^{٤٦} سوار (د. محمد، وحيد الدين) الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص ٢٢١-٢٢٢.

المتفق عليه بالتناسب مع ما عاد من فائدة على الدائن من التنفيذ الجزئي وذلك دون المساس بتطبيق نص المادة ١١٥٢ . ٢- كل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن (يظهر أن هذا النص يجعل تعديل الشرط الجزائي بالتناسب مع الضرر وليس بالمساواة مع الضرر .

وقد كان تدخل المحاكم الفرنسية في الشرط الجزائي لا يتم إلا بناء على طلب أحد العاقدين، وهذا ما أخذ به نص المادة ٢/٣٤٦ إذ يشترط لتدخل المحاكم في تعديل الشرط الجزائي أن يتم ذلك بناء على طلب أحد العاقدين.

وقد تغير الحال في فرنسا بعد صدور قانون ١١ تشرين أول ١٩٨٥ حيث خول المحاكم أن تتدخل لتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها دون طلب من أحد العاقدين.

وقد ذهب^٧ رأي إلى القول بأن نص المادة ٢/٣٦٤ مدني أردني يخول المحاكم تعديل الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع الضرر، وهذا يتفق مع الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي.

ولا نرى ذلك إذ أن نص المادة ٢/٣٦٤ مدني أردني واضح ولا يسمح بوجود طابع تهديدي للشرط الجزائي، لأنه أوجب على المحاكم أن تعدل الشرط الجزائي يصبح متساويا مع الضرر^٨، ولم يبيح النص للمحاكم أن تعدل الشرط الجزائي بحيث ليصبح متناسبا مع الضرر، فالنص واضح لا لبس ولا غموض فيه إذ حدد سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي بأن تجعله مساويا للضرر لا متناسبا معه،

^٧ الجبوري (د. ياسين محمد) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، في آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام - الطبعة الأولى، اريد ١٩٩٧ فقرة ٢٥٢ ص ١٧٦.

^٨ راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص ٤٠٣، الفار (د. عبد القادر) أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٦ ص ٧٥ - سوار، المرجع السابق ص ٢٢١-٢٢٢.

وبالتالي فإن الرأي المذكور يخالف نص المادة ٢/٣٦٤ وهذا النص نص أمر لا يجوز مخالفته.

ويختلف القانون المدني الأردني، مع القانون المدني المصري، في أن القانون المدني المصري يبيح للمحاكم أن تعدل الشرط الجزائي بحيث يصبح متعادلاً مع الضرر وليس مساوياً له وبالتالي فإن القانون المدني المصري سمح ببقاء الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي.

ومن جانب آخر يختلف القانونان، في أن الأول يسمح للمحاكم بزيادة التعويض أو بنقصه إذا كان الشرط الجزائي يقل أو يزيد على الضرر بما يجعله مساوياً للضرر، في حين أن القانون المدني المصري لا يسمح بزيادة التعويض إذ كان الشرط الجزائي يقل عن التعويض إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً^{٤٩}.

المبحث الثاني : رأينا في أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين
 أن تحديد رأينا في أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين يقتضي أن نذكر أن الضفة الغربية تخضع لنظام قانوني جوهره القانون الأردني في حين يخضع قطاع غزة لنظام قانوني آخر جوهره القانون الذي وضعت الإدارة الإنجليزية أثناء انتدابها على فلسطين، ولا يمنع ذلك من وجود قوانين أخرى ما زالت سارية وضعها العثمانيون أو وضعتها الإدارة العربية المصرية في قطاع غزة خلال الفترة من ٤٨-٦٧م.

وبالتالي فإن أحكام الشرط الجزائي التي وضعها العثمانيون في المادة ١١١ ثم أحكام الشرط الجزائي التي أوجدتها السابقة القضائية رقم ٣٧/١٩١، وأحكام الشرط الجزائي التي وضعها المشرع الأردني في المادة ٣٦٤ من القانون المدني ستكون

^{٤٩} راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول ص ٤٠٣.

موضع تقييم، وبعد ذلك نحدد الموجهات العامة التي يجب أخذها في الاعتبار حين صياغة أحكام الشرط الجزائي من قبل المشرع الفلسطيني وقت ما يقرر توحيد القوانين المطبقة في الضفة الغربية وقطاع غزة، لذلك فإن دراسة هذا المبحث ستكون في مطلبين، نتناول في المطلب الأول تقييم أحكام الشرط الجزائي السارية وفي المطلب الثاني نحدد الموجهات العامة لوضع أحكام موحدة للشرط الجزائي.

المطلب الأول : تقييمنا لأحكام الشرط الجزائي

إن تقييمنا لأحكام الشرط الجزائي، يقتضي أن نبين رأينا بخصوص ما ورد في نص المادة ١١١، وما ورد في السابقة القضائية رقم ٣٧/١٩١ وما ورد في المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني.

أولا : تقييم أحكام الشرط الجزائي المنصوص عليها في المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات العثماني.

انعدام سلطة المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي.

لقد سبق أن بينا أن المادة ١١١ توجب احترام قانون العقد حيث أنها تنص على التقيد بتطبيق ما ورد في الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل، وبالتالي تمنع المحاكم من مراجعة الشرط الجزائي، إذ توجب على المحاكم تطبيقه ولا تستطيع إنقاذه أو زيادته أو تجعله متناسبا أو متساويا مع الضرر أي تنقيد بما ذهب إليه إرادة العاقدين.

وتظهر هذه المادة بوضوح الطبيعة التهديديه للشرط الجزائي، حيث أن ما اتفق عليه العاقدان يطبق لا أكثر ولا أقل احتراما لقاعدة العقد شريعة العاقدين وتنعهد سلطة المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي، وبالتالي فإن هذه المادة تجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض الذي قصده العاقدان، وهو حماية أحدهما من عدم تنفيذ الآخر لالتزامه أو تأخره في ذلك، إذ يستوجب عليه في هذه الحالة دفع قيمة

الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل، لذلك يدرج العاقدان شرطا جزائيا تنفذه المحاكم في حالة تحقق الشروط اللازمة لذلك.

وأدى انعدام سلطة المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي وترك تحديده لإدارة العاقدين إلى انتشار الشروط الجزائية الجائرة في العقود ففي عقد الإيجار الائتماني قد يوضع شرط في العقد مبالغ فيه بدرجة كبيرة، يتمثل في استحقاق مبلغ يساوي الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية من مدة عقد الإيجار باعتبار ذلك شرطا جزائيا يدفع للمؤجر من قبل المستأجر في حالة عدم تنفيذ المستأجر عقد الإيجار أو فسخه. وفي عقود البيع المنجم قد ينص على احتفاظ البائع بالأقساط التي دفعها المشتري باعتبارها شرطا جزائيا في حالة عدم دفع المشتري أحد الأقساط المتفق عليها وفسخ العقد بقوة القانون ورد المشتري الشيء المبيع.

ويظهر جور وعسف الشرط الجزائي في عقود الإيجار الائتمانية إذا قام المستأجر بالمخالفة في بداية مدة عقد الإيجار، ويظهر العسف والجور في عقد البيع المنجم إذا قام المشتري بالمخالفة قرب نهاية العقد.

ولا يشترط نص المادة ١١١ أن يثبت الدائن أن ضررا قد وقع عليه بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخير في تنفيذه إذ أن اتفاق العاقدين سلفا على الشرط الجزائي يعني تقديرهما مقدما التعويض وتسليمهما أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه يسبب ضررا متفق سلفا على المقدار اللازم لتعويضه حيث لا يحكم بأكثر أو أقل من المبلغ المتفق عليه.

فضلا عما سبق فإن حرمان المحاكم من التدخل في الشرط الجزائي قد يؤدي إلى مخالفة العدالة، ولا سيما إذا لحق الدائن ضرر من إخلال المدين بالتزامه يقل كثيرا عن الشرط الجزائي المتفق عليه أو كان الشرط الجزائي يقل كثيرا عن الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه.

ثانيا : تقييم أحكام الشرط الجزائي التي وردت في السوابق القضائية للمحاكم سلطة واسعة في التدخل في الشرط الجزائي.

السوابق القضائية مصدر رسمي للقاعدة القانونية في فلسطين ورد ذلك في نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور ١٩٢٢ التي لم تلغ في قطاع غزة. وقد سبق أن بينا الموجهات العامة للمحاكم في بريطانيا لتحديد ما إذا كان الشرط الجزائي تعويضا أم غرامه، وأخذ المحكمة العليا في فلسطين بهذه الموجهات في الاستئناف رقم ٣٧/١٩١.

ويظهر من أحكام محكمة الاستئناف العليا في فلسطين، أن الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد غير محصن من تدخل المحاكم، إذ يجوز للمحاكم استنادا إلى ما هو متبع في إنجلترا أن تتدخل في الشرط الجزائي، وتحدد متى يكون تعويضا ومتى يكون غرامة، ولا تحكم به إذا فسرتة على اعتبار أنه غرامة. وظهر أن المحاكم لم تعد تحترم القوة الملزمة للعقد ولا اتفاق العاقدين ولا قاعدة العقد سريعة العاقدين، إذا تعلق الأمر بالاتفاق على شرط جزائي، إذ يجوز للمحاكم أن تتدخل في الشرط الجزائي مستندة إلى قواعد العدالة التي اعتبرت جزءا من القانون المطبق في فلسطين بمقتضى نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢، إذ تستطيع المحاكم إذا هداها التفسير إلى أن الشرط الجزائي المتفق عليه غرامة، أن لا تحكم بالشرط الجزائي أو تخفضه أو تقدره تقديرا حقيقيا بحيث يتساوى مع الضرر.

وقد أدى تدخل المحاكم في الشرط الجزائي، إلى فقد الشرط الجزائي لطبيعته التهديدية، وأدى إلى زوال الفائدة المرجوة من الاتفاق عليه، ما دام الأمر سيؤول في النهاية للمحاكم وهي التي تحدد كون الشرط الجزائي مستحقا أو غير مستحق، وكونه مستحقا كما اتفق عليه أو لا بد من تخفيضه إلى أن يتساوى مع الضرر.

فضلا عن ذلك لم تذهب المحاكم في أحكامها إلى التدخل لرفع قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه يزيد كثيرا على الضرر، استنادا إلى أن القانون الإنجليزي لا يسمح بأن يزيد التعويض الاتفاقي على الضرر، ويسمح بأن يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر^{٥٠} وترتب على ذلك خلو كثير من العقود من الشرط الجزائي^{٥١}. وعدم وجود قضايا متعلقة بالمطالبة به أمام المحاكم في قطاع غزة^{٥٢}.

ثالثا : تقييم نص المادة ٣٦٤ مدني أردني.

النظام القانوني الأردني هو النظام القانوني السائد في الضفة الغربية، ونظم المشرع المدني الأردني أحكام الشرط الجزائي في نص المادة ٣٦٤ الذي يظهر أن المشرع الأردني أعطى المحاكم سلطة التدخل في الشرط الجزائي حيث يمكنها من تخفيض الشرط الجزائي أو رفع قيمته حيث يتساوى مع الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزاماته.

وبالتالي فإن نص المادة ٣٦٤، أزال الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي، ولا نستطيع التسليم برأي فقهي^{٥٣} ذهب في تفسيره لنص المادة ٣٦٤ مدني أردني إلى أنها تبقى على الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي حيث قال (من تحليل ذلك النص المتقدم

^{٥٠} سعد، المرجع السابق هامش ٢١ ص ٧٧.

^{٥١} مقابلة أجريتها مع عدد من المحامين أفادوا بأنهم لم يضعوا الشرط الجزائي في العقود التي يحرروها، المحامي إبراهيم السقا، المحامي/ درويش الوحيد.

^{٥٢} لم أعر على حكم واحد يتعلق بالشرط الجزائي في الأحكام التي صدرت عن المحاكم في قطاع غزة، بحيث راجعت مجموعة وليد الحايك التي تحتوي على الأحكام القضائية منذ عام ١٩٥٠، ولم أعر على حكم واحد خاص بالشرط الجزائي، وأجريت مقابلة مع الأستاذ / خليل الشياح قاضي المحكمة العليا أفاد أنه لم يعرض عليه أثناء عمله في القضاء منذ العقد السادس من هذا القرن نزاع يتعلق بالشرط الجزائي.

^{٥٣} الجبوري، المرجع السابق فقرة ٢٥٢ ص ١٧٦.

يمكننا القول بأنه يشترط لقيام حق الدائن بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) والمطالبة به هو وقوع الضرر فعلا فبدون وقوعه لا يستحق الدائن مبلغ التعويض هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن يكون التعويض متناسبا مع الضرر الواقع ولا يزيد عليه بصورة غير مقبولة وغير معقولة لذلك أباح القانون للقضاء أن يخفض من الشرط الجزائي.

إن إباحة تعديل الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع الضرر، حكم يتفق مع طبيعة الشرط الجزائي التهديدية.

وإن كل ما على القاضي فعله هو ملاحظة التناسب أو التعادل بين قيمة الضرر وقيمة الشرط الجزائي، وليس بالضرورة التساوي، حيث أنه بإمكانه الحكم بمقتضى الشرط الجزائي حتى وإن جاوز في قيمته قيمة الضرر).

ولا أعتقد أن صاحب هذا الرأي قد وفق في تحليله لنص المادة ٣٦٤ مدني أردني حيث أن هذا النص أمر وصريح حيث يجيز للمحاكم تعديل الشرط الجزائي بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويجعل كل اتفاق يخالف ذلك باطلا.

ودعوة القاضي إلى ملاحظة التناسب أو التعادل بين قيمة الضرر وقيمة الشرط الجزائي وليس بالضرورة التساوي، وتخويل القاضي الحكم بمقتضى الشرط الجزائي حتى وإن جاوز في قيمته قيمة الضرر فيه دعوة القاضي للخروج عن نص أمر، على القاضي أن يلتزم بتطبيقه، وبالتالي فإن المادة ٣٦٢ صريحة في رسم حدود تدخل المحاكم حيث تعدل الشرط الجزائي بما يتساوى مع الضرر وليس بما يتناسب أو يتعادل مع الضرر، وأرى أن هذا الرأي قد تأثر بنصوص القانون المدني المصري الحالي.

وبالتالي فإن نص المادة ٣٦٤ مدني أردني أفقد الشرط الجزائي قيمته ولم يعد له فائدة، فما فائدة الاتفاق على الشرط الجزائي والنص على تمكين المحاكم من مراجعته وتعديله بالزيادة أو التخفيض بحيث يتساوى مع الضرر؟ لذلك ليس من

المفيد للعاقدين الاتفاق سلفاً على الشرط الجزائي ما دام الأمر في النهاية سيؤول إلى المحاكم وهي التي تحدد التعويض بصورة متساوية مع الضرر، لذلك لا داعي للاتفاق على الشرط الجزائي سلفاً، ويمكن للدائن أن يلجأ للمحاكم في حالة إخلال المدين بالتزامه ويحصل على تعويض مساو للضرر، وبالتالي فإن المشرع المدني الأردني لم يوفق في النص على فكرة المساواة بين التعويض والضرر، لأنه أفقد الشرط الجزائي أهميته، ونسند هذا القول بما ذهب إليه الأستاذ الدكتور / محمد وحيد الدين سوار حيث قال (ثانياً : إن إقامة المساواة بين الضمان والضرر المنتقدة تجعل هذا الشرط عديم الجدوى، إذ ثمة سؤال يثار، إن لم نقل أسئلة : ما هي الحكمة من تشريع الشرط الجزائي أصلاً في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٤ الذي يسمح بالاتفاق مقدماً على قيمة التعويض، ما دام أن الأمر سيؤول حتماً إلى تقدير القاضي للتعويض ؟ وما دام أن الباب مفتوح أمام الطرفين للطعن بالتعويض المتفق عليه بالإدعاء _ إن لم نقل بالزعم - بأن فيه زيادة، أو فيه نقص عن مقدار الضرر الواقع، ثم إن الدائن الذي صاغ التعويض الاتفاقي مقدماً ناظراً إلى أبعد من أنفه أليس قيماً بأن يجني ثمار بعد نظره ؟.. هذا وليس لمعترض أن يقول أن الفقه الذي نقل عنه حكم هذه المادة يتطلب أن يكون التعويض مساوياً للضرر الواقع، ذلك لأن الحكم المبحوث فيه لم يرد في قرآن ولا سنة، وهو لا يخرج عن كونه اجتهاداً محضاً، ومن ثم لا تثريب علينا إذا لم نأخذ به على إطلاقه^{٥٤}).

وأحكام الشرط الجزائي في المادة ٣٦٤ تختلف عن أحكام الشرط الجزائي المطبقة في قطاع غزة، إذ أنها تجيز للمحاكم أن ترفع قيمة الشرط الجزائي إذا كان أقل من الضرر الذي لحق بالدائن بحيث يتساوى معه، في حين لا تقوم المحاكم بذلك في قطاع غزة.

^{٥٤} سوار، المرجع السابق ص ٢٢٢، ٢٢٣.

المطلب الثاني : المواجهات العامة لوضع أحكام تنظم الشرط الجزائي :

سبق أن بينا أن الأخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتطبيق الشرط الجزائي المتفق عليه لا أكثر ولا أقل قد يؤدي إلى عسف وجور يلحق بأحد المتعاقدين، وبينما أن إطلاق يد المحاكم في مراجعة الشرط الجزائي وجعله مساويا للضرر يؤدي إلى تجريد الشرط الجزائي من أية قيمة، وبينما أن القانون المطبق في فلسطين كان لا يسمح للمحاكم بمراجعة الشرط الجزائي وعليها أن تحكم به لا أكثر ولا أقل، وبعد ذلك تطور القانون حيث أوجدت المحاكم السابقة القضائية رقم ٣٧/١٩١ التي مكنتها من مراجعة الشرط الجزائي حيث يحق لها أن تخفض الشرط الجزائي بحيث يتساوى مع الضرر، وكذلك فعل المشرع المدني الأردني في الملة ٢/٣٦٤ حيث أجاز للمحاكم أن تخفض الشرط الجزائي أو تزيده بحيث تجعله متساويا مع الضرر.

وهذا يظهر أن أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين تحتاج إلى تغيير، وفي هذا الوقت الذي تبذل فيه الجهودات لتوحيد القوانين وتطويرها، نرى ضرورة مراجعة أحكام الشرط الجزائي ووضع أحكام جديدة تحل محل الأحكام الموجودة.

وفي اعتقادنا أن وضع أي أحكام جديدة للشرط الجزائي يجب أن تتلافى أوجه القصور في أحكام الشرط الجزائي المطبقة، وأعتقد أن ذلك لا يتحقق إلا إذا وضعت أحكام جديدة للشرط الجزائي وفق الموجهات التالية :

١- يجب أن تظهر الطبيعة الاتفاقية للشرط الجزائي، حيث تشتمل الأحكام المنوي وضعها على افتراض وقوع الضرر في حالة عدم تنفيذ أحد العاقدين التزاماته أو التأخير في تنفيذها لتأكيد احترام إرادة العاقدين بافتراض أن الضرر الذي توقعه وقوعه قد وقع فعلا، ويجب أن يكون هذا الافتراض قابلا لإثبات العكس.

٢- يجب أن تظهر طبيعة التعويض في الشرط الجزائي، بحيث يكون تعويضا عن ضرر افترض أنه وقع بمجرد عدم تنفيذ المدين التزامه. أو تأخره في تنفيذه، ولكن إذا أثبت المدين عكس هذا الافتراض بأن الدائن لم يلحقه الضرر بسبب ذلك فلا يحق للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالشرط الجزائي، وهذا يظهر أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي لجبر الضرر الذي افترض وقوعه، ولم يفلح المدين أن يثبت عكس ذلك.

٣- يجب أن تظهر الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي، بحيث يحتوى على فكرة الجزاء المقررة باتفاق الطرفين، حيث أن الأخذ بفكرة الجزاء بجانب فكرة التعويض تسمح بأن تكون قيمة الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر، وتسمح بتطبيقه دون حاجة إلى تكليف الدائن بإثبات الضرر، طالما لم ينف المدين وقوعه، وهذا يؤدي إلى تقريب فكرة الشرط الجزائي من احترام قانون العقد، واحترام قاعدة العقد شريعة العاقدين.

٤- لا بد من وضع قواعد العدالة في الاعتبار، حيث تؤدي إلى الحد من مبدأ العقد شريعة العاقدين، إذ تستوجب إعطاء دور للمحاكم في تعديل الشرط الجزائي بحيث تجعله متناسبا مع الضرر.



وثائق

اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية

والمعاقبة عليها

اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة الجمعية العامة ٢٦٠ ألف (د-٣) المؤرخ في ٩ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨ تاريخ بدء النفاذ : ١٢ كانون الثاني / يناير ١٩٥١ ، طبقاً للمادة الثالثة عشرة .
إن الأطراف المتعاقدة ،

إذ ترى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة ، بقرارها ٩٦ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٦ ، قد أعلنت أن الإبادة الجماعية جريمة بمقتضى القانون الدولي ، تتعارض مع روح الأمم المتحدة وأهدافها وبيدها العامل المتمدن ،
وإذ تعترف بأن الإبادة الجماعية قد أُلحقت ، في جميع عصور التاريخ ، خسائر جسيمة للإنسانية ،

وإيماناً منها بأن تحرير البشرية من مثل هذه الآفة البغيضة يتطلب التعاون الدولي ،
تتفق على ما يلي :

المادة الأولى

تصادق الأطراف المتعاقدة على أن الإبادة الجماعية ، سواء ارتكبت في أيام السلم أو أثناء الحرب ، هي جريمة بمقتضى القانون الدولي ، وتتعهد بمنعها والمعاقبة عليها .

المادة الثانية

في هذه الاتفاقية ، تعني الإبادة الجماعية أيًا من الأفعال التالية ، المرتكبة على قصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو اثنية أو عنصرية أو دينية ، بصفتها هذه :

(أ) قتل أعضاء الجماعة ،

اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها

- (ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة ،
(ج) إخضاع الجماعة ، عمداً ، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً ،
(د) فرض تدابير تستهدف الحؤول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة ،
(هـ) نقل أطفال من الجماعة ، عنوة ، إلى جماعة أخرى .

المادة الثالثة

يعاقب على الأفعال التالية :

- (أ) الإبادة الجماعية ،
(ب) التآمر على ارتكاب الإبادة الجماعية ،
(ج) التحريض المباشر والعلني على ارتكاب الإبادة الجماعية ،
(د) محاولة ارتكاب الإبادة الجماعية ،
(هـ) الاشتراك في الإبادة الجماعية.

المادة الرابعة

يعاقب مرتكبو الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة ، سواء كانوا حكاماً دستوريين أو موظفين عامين أو أفراداً .

المادة الخامسة

يتعهد الأطراف المتعاقدون بأن يتخذوا ، كل طبقاً لدستوره ، التدابير التشريعية اللازمة لضمان إنفاذ أحكام هذه الاتفاقية ، وعلى وجه الخصوص النص على عقوبات جنائية ناجعة تنزل بمرتكبي الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة .

المادة السادسة

يحاكم الأشخاص المتهمون بارتكاب الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة أمام محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكب الفعل

اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها

على أرضها ، أو أمام محكمة جزائية دولية تكون ذات اختصاص إزاء من يكون من الأطراف المتعاقدة قد أقرت بولايتها .

المادة السابعة

لا تعتبر الإبادة الجماعية والأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة جرائم سياسية على صعيد تسليم المجرمين .
وتتعهد الأطراف المتعاقدة في مثل هذه الحالات بتلبية طلب التسليم وفقاً لقوانينها ومعاهداتها النافذة المفعول .

المادة الثامنة

لأي من الأطراف المتعاقدة أن يطلب إلى أجهزة الأمم المتحدة المختصة أن تتخذ ، طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ، ما تراه مناسباً من التدابير لمنع وقمع أفعال الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة .

المادة التاسعة

تعرض على محكمة العدل الدولية ، بناء على طلب أي من الأطراف المتنازعة ، النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة بشأن تفسير أو تطبيق أو تنفيذ هذه الاتفاقية ، بما في ذلك النزاعات المتصلة بمسؤولية دولة ما عن إبادة جماعية أو عن أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة .

المادة العاشرة

تحمل هذه الاتفاقية ، التي تتساوى في الحجية نصوصها بالإسبانية والإنجليزية والروسية والصينية والفرنسية ، تاريخ ٩ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨ .

المادة الحادية عشرة

تكون هذه الاتفاقية ، حتى ٣١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٩ ، متاحة للتوقيع باسم أية دولة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وأية دولة غير عضوة تكون الجمعية العامة قد وجهت إليها دعوة للتوقيع .

اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها

وهذه الاتفاقية واجبة التصديق . وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

وبعد اليوم الأول من شهر كانون الثاني / يناير ١٩٥٠ يمكن الانضمام إلى هذه الاتفاقية باسم أية دولة عضو في الأمم المتحدة وأية دولة غير عضو تلقت الدعوة المشار إليها أعلاه .

وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

المادة الثانية عشرة

لأي طرف متعاقد ، في أي حين ، أن يجعل انطباق هذه الاتفاقية يشمل جميع الأقاليم التي يكون الطرف المتعاقد المذكور مسؤولاً عن تسيير علاقاتها الخارجية ، أو يشمل أيًا من هذه الأقاليم ، وذلك بإشعار يوجهه إلى الأمين العام للأمم المتحدة .

المادة الثالثة عشرة

في اليوم الذي يكون قد تم فيه إيداع صكوك التصديق أو الانضمام العشرين الأولى، يحرر الأمين العام محضراً بذلك ويرسل نسخة منه إلى كل دولة عضو في الأمم المتحدة وإلى كل من الدول غير الأعضاء المشار إليها في المادة ١١ .

ويبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم التسعين الذي يلي تاريخ إيداع الصك العشرين من صكوك التصديق والانضمام .

وأي تصديق أو انضمام يقع بعد اليوم المذكور يصبح نافذاً في اليوم التسعين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق والانضمام .

المادة الرابعة عشرة

تكون هذه الاتفاقية نافذة المفعول لفترة عشر سنوات تبدأ من تاريخ بدء نفاذها . وتظل بعد ذلك نافذة المفعول لفترات متعاقبة تمتد كل منها خمس سنوات إزاء الأطراف المتعاقدين الذين لا يكونوا قد انسحبوا منها قبل انقضاء الفترة بستة أشهر على الأقل .

اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها

ويقع الانسحاب بإشعار خطي يوجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة .

المادة الخامسة عشرة

إذا حدث ، كنتيجة للانسحاب ، أن هبط عدد الأطراف في هذه الاتفاقية إلى أقل من ستة عشر ، ينقضي نفاذ مفعول هذه الاتفاقية ابتداء من تاريخ بدء نفاذ آخر هذه الانسحابات .

المادة السادسة عشرة

لأي طرف متعاقد أن يتقدم في أي حين بطلب تنقيح هذه الاتفاقية وذلك بإشعار خطي يوجهه إلى الأمين العام .
وتتولى الجمعية العامة البت في الخطوات التي قد يلزم اتخاذها بصدد مثل هذا الطلب .

المادة السابعة عشرة

يقوم الأمين العام للأمم المتحدة بإبلاغ جميع الدول الأعضاء والدول غير الأعضاء المشار إليها في المادة الحادية عشرة بما يلي :

- أ. التوقيعات والتصديقات والانضمامات المتلقاة طبقاً للمادة الحادية عشرة ،
- ب. الإشعارات المتلقاة طبقاً للمادة الثانية عشرة ،
- ج. تاريخ بدء نفاذ مفعول هذه الاتفاقية طبقاً للمادة الثالثة عشرة ،
- د. الانسحابات المتلقاة طبقاً للمادة الرابعة عشرة ،
- هـ. فسخ الاتفاقية طبقاً للمادة الخامسة عشرة ،
- و. الإشعارات المتلقاة طبقاً للمادة السادسة عشرة .

المادة الثامنة عشرة

يودع أصل هذه الاتفاقية في محفوظات الأمم المتحدة .
وترسل نسخة مصدقة من هذه الاتفاقية إلى كل من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وإلى كل من الدول غير الأعضاء المشار إليها في المادة الحادية عشرة .

اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها

المادة التاسعة عشرة

يقوم الأمين العام للأمم المتحدة للأمم المتحدة بتسجيل هذه الاتفاقية في التاريخ الذي يبدأ نفاذها فيه.

اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة

ضد الإنسانية

اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة

٢٣٩١ (د-٢٣) المؤرخ في ٢٦ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٦٨.

تاريخ بدء النفاذ : ١١ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٧٠ ، طبقاً للمادة الثامنة .

الديباجة

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية ،

إذ تشير إلى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣ (د-١) المتخذ في ١٣ شباط / فبراير ١٩٤٦ و ١٧٠ (د-٢) المتخذ في ٣١ تشرين الأول / أكتوبر ١٩٤٧ بشأن تسليم ومعاقبة مجرمي الحرب ، وإلى القرار ٩٥ (د-١) المتخذ في ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٦ والذي يؤكد مبادئ القانون الدولي المعترف بها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية ، وفي حكم المحكمة ، وإلى القرارات ٢١٨٤ (د-٢١) المتخذ في ١٢ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦٦ ، اللذين نصا صراحة على إدانة انتهاك حقوق سكان البلاد الأصليين الاقتصادية والسياسية من ناحية ، وإدانة سياسة الفصل العنصري من ناحية أخرى ، باعتبارهما جريمتين ضد الإنسانية،

وإذ تشير إلى قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة ١٠٧٤ دال (د-٣٩) المتخذ في ٢٨ تموز / يوليه ١٩٦٥ و ١١٥٨ (د-٤١) المتخذ في ٥ آب / أغسطس ١٩٦٦ بشأن معاقبة مجرمي الحرب والأشخاص الذين ارتكبوا جرائم ضد الإنسانية ،

اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية

وإذا تلحظ خلو جميع الإعلانات الرسمية والوثائق والاتفاقيات ، المتصلة بملاحقة ومعاقبة جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية ، من أي نص على مدة للتقادم ،

وإذ ترى أن جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية هي من أخطر الجرائم في القانون الدولي ،

واقناعاً منها بأن المعاقبة الفعالة لجرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية عنصر هام في تفادي وقوع تلك الجرائم وحماية حقوق الإنسانية عنصر هام في تفادي وقوع تلك الجرائم وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتشجيع الثقة وتوطيد التعاون بين الشعوب وتعزيز السلم والأمن الدوليين ،

وإذ تلاحظ أن إخضاع جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية لقواعد القانون الداخلي المتصلة بتقادم الجرائم العادية ، يثير قلقاً شديداً لدى الرأي العام العالمي لحيلولته دون ملاحقة ومعاقبة المسؤولين عن تلك الجرائم ،

وإذ تدرك ضرورة ومناسبة القيام ، في نطاق القانون الدولي وبواسطة هذه الاتفاقية، بتأكيد مبدأ عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، وبتأمين تطبيقه تطبيقاً عالمياً شاملاً،

قد اتفقت على ما يلي :

المادة الأولى

لا يسري أي تقادم على الجرائم التالية بصرف النظر عن وقت ارتكابها :

(أ) جرائم الحرب الوارد تعريفها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية الصادر في ٨ آب / أغسطس ١٩٤٥ ،

والوارد تأكيدها في قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣ (د-١) المؤرخ في ١٣ شباط / فبراير ١٩٤٦ و ٩٥ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٦ و ٩٥ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٦ ، ولا سيما

اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية

"الجرائم الخطيرة" المعدة في اتفاقية جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩ لحماية ضحايا الحرب ،

(ب) الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية ، سواء في زمن الحرب أو في زمن السلم، والوارد تعريفها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية الدولية الصادر في ٨ آب/أغسطس ١٩٤٥ ، والوارد في ١٣ شباط / فبراير ١٩٤٦ و ٩٥ (د-١) المؤرخ في ١١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٦ ، والطرده بالاعتداء المسلح أو الاحتلال ، والأفعال المنافية للإنسانية والناجمة عن سياسة الفصل العنصري ، وجريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ، حتى لو كانت الأفعال المنافية للإنسانية والناجمة عن سياسة الفصل العنصري ، وجريمة الإبادة الجماعية الوارد تعريفها في اتفاقية عام ١٩٤٨ بشأن منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ، حتى لو كانت الأفعال المذكورة لا تشكل إخلالا بالقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه .

المادة الثانية

إذا ارتكبت أية جريمة من الجرائم المذكورة في المادة الأولى ، تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على ممثلي سلطة الدولة وعلى الأفراد الذين يقومون ، بوصفهم فاعلين أصليين أو شركاء ، بالمساهمة في ارتكاب أية جريمة من تلك الجرائم أو بتحريض الغير تحريضا مباشرا على ارتكابها ، أو الذين يتآمرون لارتكابها ، بصرف النظر عن درجة التنفيذ ، وعلى ممثلي سلطة الدولة الذين يتسامحون في ارتكابها .

المادة الثالثة

تتعهد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ جميع التدابير الداخلية ، التشريعية أو غير التشريعية ، اللازمة لكي يصبح في الإمكان القيام ، وفقا للقانون الدولي، بتسليم الأشخاص المشار إليهم في المادة الثانية من هذه الاتفاقية .

اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية

المادة الرابعة

تتعهد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بالقيام ، وفقا للإجراءات الدستورية لكل منها ، باتخاذ أية تدابير تشريعية أو غير تشريعية تكون ضرورية لكفالة عدم سريان التقادم أو أي حد آخر على الجرائم المشار إليها في المادتين الأولى والثانية من هذه الاتفاقية ، سواء من حيث الملاحقة أو من حيث المعاقبة ، وكفالة إلغائه إن وجد .

المادة الخامسة

تكون هذه الاتفاقية ، حتى ٣١ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦٩ ، متاحة لتوقيع أية دولة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أو الأعضاء في أية وكالة من وكالاتها المتخصصة أو في الوكالة الدولية للطاقة الذرية ، وأية دولة من الدول الأعضاء في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، وأية دولة أخرى دعته الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى أن تصبح طرفا في هذه الاتفاقية .

المادة السادسة

تخضع هذه الاتفاقية للتصديق ، وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

المادة السابعة

تكون هذه الاتفاقية متاحة لانضمام أية دولة من الدول المشار إليها في المادة الخامسة . وتودع صكوك الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

المادة الثامنة

١- يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم التسعين الذي يلي تاريخ إيداع الصك العاشر من صكوك التصديق أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية

٢- يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية ، بالنسبة لكل من الدول التي تصدق عليها أو تتضم إليها بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العاشر في اليوم التسعين الذي يلي تاريخ قيامها بإيداع تصديقها أو انضمامها .

المادة التاسعة

- ١- لأي طرف متعاقد أن يتقدم في أي وقت ، بعد انقضاء عشر سنوات على بدء نفاذ هذه الاتفاقية ، بطلب تنقيحها . ويكون الطلب بإعلان كتابي يوجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة .
- ٢- تتولى الجمعية العامة البت في الخطوات التي قد يلزم اتخاذها بصدد مثل ذلك الطلب .

المادة العاشرة

- ١- تودع هذه الاتفاقية لدى الأمين العام للأمم المتحدة .
- ٢- يقوم الأمين العام للأمم المتحدة بإرسال صور مصدقة عن هذه الاتفاقية إلى جميع الدول المشار إليها في المادة الخامسة .
- ٣- يقوم الأمين العام للأمم المتحدة بإبلاغ جميع الدول المشار إليها في المادة الخامسة بما يلي :

- (أ) التوقيعات على هذه الاتفاقية وصكوك التصديق والانضمام المودعة بموجب المواد الخامسة والسادسة والسابعة ،
- (ب) تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية وفقاً للمادة الثامنة ،
- (ج) الرسائل الواردة بموجب المادة التاسعة .

المادة الحادية عشرة

تحمل هذه الاتفاقية ، التي تتساوى في الحجية نصوصها بالإسبانية والإنجليزية والروسية والصينية والفرنسية تاريخ ٢٦ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٦٨ ،

اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية

وإثباتاً لما تقدم ، قام الممثلون الواردة أسماؤهم أدناه ، والمفوضون بذلك وفقاً
للأصول ، بتوقيع هذه الاتفاقية .

مبادئ التعاون الدولي

في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقة الأشخاص المذنبين

بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية

(قرار الجمعية العامة ٣٠٧٤ (د-٣٨) المؤرخ في ٣ كانون الأول /
ديسمبر ١٩٧٣)

إن الجمعية العامة،

إذ تشير إلى قرارها ٢٥٨٣ (د-٢٤) المتخذ في ١٥ كانون الأول / ديسمبر
١٩٦٩، وقرارها ٢٧١٢ (د-٢٥) المتخذ في ١٥ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٠،
وقرارها ٢٨٤٠ (د-٢٦) المتخذ في ١٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧١، وقرارها
٣٠٢٠ (د-٣٧) المتخذ في ١٨ كانون الأول / ديسمبر ١٩٧٢،

وإذ تأخذ بعين الاعتبار وجود ضرورة خاصة لاتخاذ إجراءات على الصعيد الدولي
بغية تأمين ملاحقة ومعاقة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد
الإنسانية،

وقد نظرت في مشروع مبادئ التعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقة
الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية،

تعلن أن الأمم المتحدة، عملاً بالمبادئ والمقاصد المبينة في الميثاق والمتعلقة
بتعزيز التعاون بين الشعوب وصيانة السلم والأمن الدوليين، تعلن المبادئ التالية
للتعاون الدولي في تعقب واعتقال وتسليم ومعاقة الأشخاص المذنبين بارتكاب
جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية :

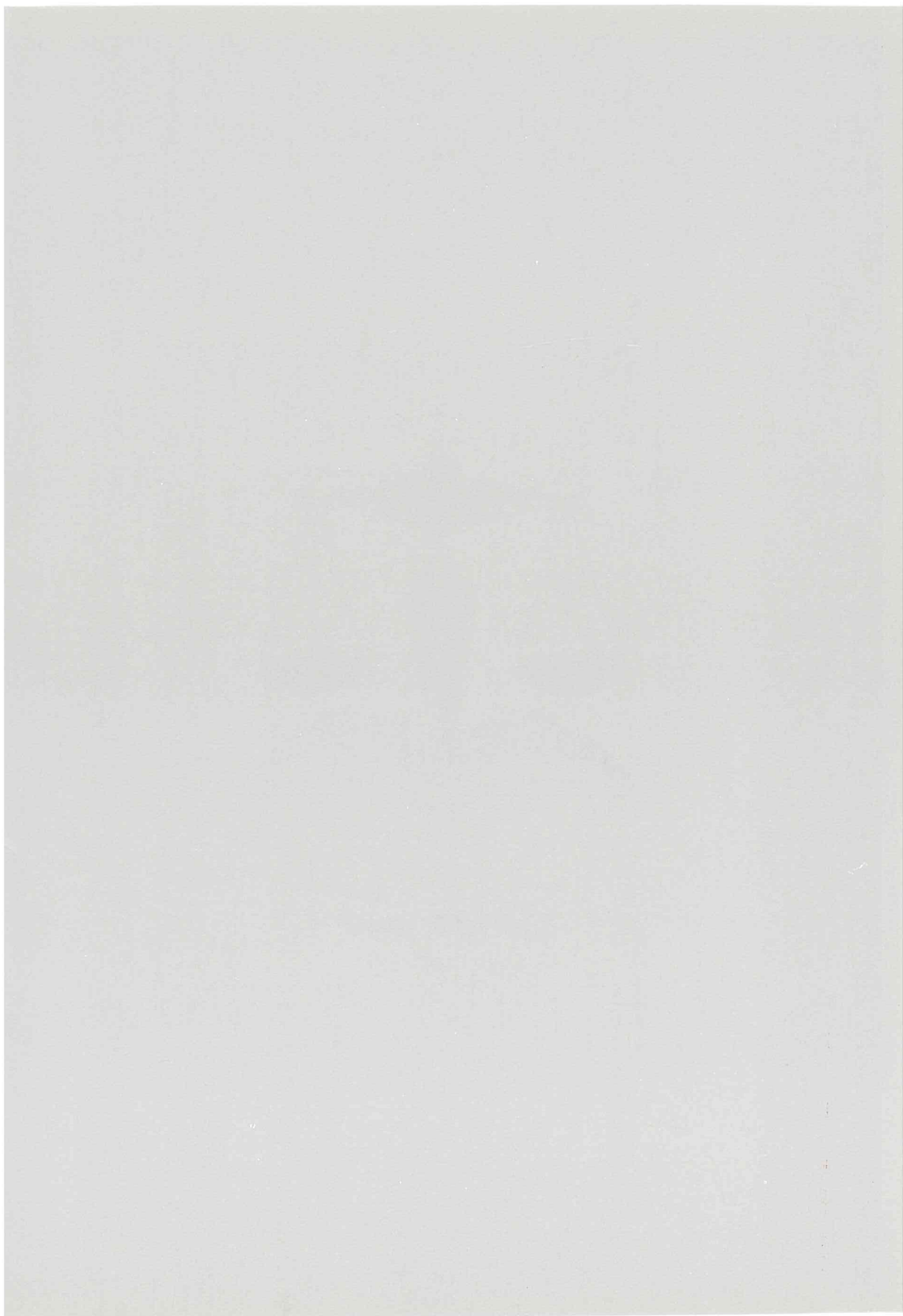
- ١- تكون جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ، أيا كان المكان الذي ارتكبت فيه ، موضع تحقيق ، ويكون الأشخاص الذي تقوم دلائل على أنهم قد ارتكبوا الجرائم المذكورة محل تعقب وتوقيف ومحاكمة ، ويعاقبون إذا وجدوا مذنبين .
- ٢- لكل دولة الحق في محاكمة مواطنيها بسبب جرائم الحرب أو الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية .
- ٣- تتعاون الدول بعضها مع بعض ، على أساس ثنائي ومتعدد الأطراف ، بغية وقف جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والحيلولة دون وقوعها ، وتتخذ على كلا الصعيدين الداخلي والدولي التدابير اللازمة لهذا الغرض .
- ٤- تؤازر الدول بعضها بعضا في تعقب واعتقال ومحاكمة الذين يشتبه بأنهم ارتكبوا مثل هذه الجرائم ، وفي معاقبتهم إذا وجدوا مذنبين .
- ٥- يقدم للمحاكمة الأشخاص الذين تقوم ضدهم دلائل على أنهم ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية ، ويعاقبون إذا وجدوا مذنبين ، وذلك كقاعدة عامة ، في البلدان التي ارتكبوا فيها هذه الجرائم . وفي هذا الصدد تتعاون الدول في كل ما يتصل بتسليم هؤلاء الأشخاص .
- ٦- تتعاون الدول بعضها مع بعض في جمع المعلومات والدلائل التي من شأنها أن تساعد على تقديم الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ٥ أعلاه إلى المحاكمة ، وتتبادل هذه المعلومات .
- ٧- عملا بأحكام المادة ١ من إعلان اللجوء الإقليمي الصادر في ١٤ كانون الأول / ديسمبر ١٩٦٧ ، لا يجوز للدول منح ملجأ لأي شخص توجد دواع جديدة للظن بارتكابه جريمة ضد السلم أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية .
- ٨- لا تتخذ الدول أية تدابير ، تشريعية أو غير تشريعية ، قد يكون فيها مساس بما أخذته على عاتقها من التزامات دولية فيما يتعلق بتعقب واعتقال وتسليم ومعاقة الأشخاص المذنبين في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية .

مبادئ التعاون الدولي...

٩- تتصرف الدول ، حين تتعاون بغية تعقب واعتقال وتسليم الأشخاص الذين تقوم دلائل على أنهم ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية ، ومعاقبتهم إذا وجدوا مذنبين ، وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة وإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة.



تشریحات



قانون الإحصاءات العامة

رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية

بعد الاطلاع على القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٤٧م بشأن الإحصاءات العامة الساري
المفعول في محافظات غزة،

وعلى القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٠م بشأن الإحصاءات العامة وتعديلاته الساري
المفعول في محافظات الضفة،

وبعد إقرار المجلس التشريعي بجلسته المنعقدة بتاريخ ٨/٦/٢٠٠٠م،
أصدرنا القانون التالي:

الفصل الأول

تعريف

مادة (١)

يكون للكلمات والعبارات التالية، حيثما وردت في هذا القانون، المعاني المخصصة
لها أدناه، ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك:

السلطة : السلطة الوطنية الفلسطينية.

الجهاز : الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني.

رئيس الجهاز : رئيس الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني.

الموظف : الموظف في الجهاز.

المجلس : المجلس الاستشاري للإحصاء.

المنتدب : أي شخص ينتدب من قبل الجهاز للقيام بأي عمل بموجب أحكام هذا القانون.

المبحوثون : الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يطلب منهم الإجابة عن الاستبيانات الإحصائية بموجب القانون.

الإحصاءات : بيانات تخص مجموعة أو ظاهرة قد تظهر من خلال المقارنة أو المعالجة لمعلومات عن الأفراد أو المؤسسات ضمن مجموعة أو جزء من مجموعة أو من خلال المشاهدات المنتظمة للظاهرة.

الإحصاءات الرسمية : هي الإحصاءات التي ينشرها الجهاز.

مادة (٢)

١. ينشأ بموجب أحكام هذا القانون الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني ويتمتع بالشخصية الاعتبارية ويرتبط بمجلس الوزراء.
٢. يهدف الجهاز إلى تطوير وتعزيز النظام الإحصائي الفلسطيني الرسمي مبني على أسس قانونية تنظم عملية جمع البيانات واستخدامها لأغراض إحصائية.
٣. يكون المقر الرئيس للجهاز في مدينة القدس، وله أن ينشئ فروعاً أخرى في أي مكان آخر في فلسطين.

الفصل الثاني

مهام الجهاز

مادة (٣)

١. إنشاء نظام إحصائي شامل وموحد يكون بمثابة أداة تحت تصرف الوزارات والمؤسسات الفلسطينية يسترشد به لتشخيص المشاكل وتقييم التقدم الحاصل.

٢. تقديم إحصاءات رسمية، دقيقة حول الأوضاع والاتجاهات الديموغرافية والاجتماعية والاقتصادية والبيئية لخدمة المجتمع الفلسطيني.
٣. توعية الرأي العام عن طريق تقديم المعلومات من خلال وسائل الإعلام والتعاون مع الجامعات ومؤسسات البحث الأخرى.
٤. خدمة رجال الأعمال والمؤسسات الاقتصادية فيما يتعلق بالمعلومات الإحصائية حول أوضاع العمل واتجاهاته.
٥. إجراء تعداد عام للسكان والمساكن وتعداد زراعي كل عشر سنوات أو أقل من ذلك وفق أحكام قرار التعداد الخاص الذي يصدر عن رئيس السلطة الوطنية، وتعداد للمنشآت كل خمس سنوات أو أقل من ذلك.
٦. المشاركة في التعاون والتبادل الدولي للإحصاءات الرسمية وفق المعايير الدولية التي تضمن العضوية الفلسطينية في المؤسسات الدولية.
٧. جمع الإحصاءات الأساسية التي تنشر حول فلسطين والفلسطينيين من قبل أية دولة أو مؤسسة دولية وتحليل هذه الإحصاءات.
٨. تأسيس مراكز التدريب الإحصائي من أجل إعداد الموظفين المؤهلين للقيام بالنشاطات الإحصائية التي تقوم بها الجهات الحكومية أو غير الحكومية.
٩. إنشاء مكتبة تضم الإحصاءات الفلسطينية والدولية ونظام فهرسة للتعدادات والمسوحات الفلسطينية.
١٠. المشاركة الفعالة في بناء وتطوير السجلات الإدارية والمركزية المختلفة لتلبية احتياجات المجتمع الفلسطيني الإدارية والإحصائية.
١١. إصدار كتاب إحصائي سنوي.
١٢. تحديث سجل الانتخابات بناء على بيانات سجل السكان بصورة منتظمة وكل ثلاثة أشهر، وإعداد وتجهيز قوائم الناخبين عند الحاجة.

مادة (٤)

يحق لجميع أفراد المجتمع الحصول على الإحصاءات الرسمية التي يقوم الجهاز بجمعها وإعدادها ونشرها حسب الأنظمة والتعليمات المعمول بها مع مراعاة سرية البيانات وخصوصية الأفراد.

مادة (٥)

وفقاً لأحكام القانون يقوم الجهاز بجمع البيانات الإحصائية بالتنسيق مع الوزارات المعنية وتخزينها وتحليلها ونشرها في المجالات التالية:

أولاً :

- أ. حجم وتركيبية السكان والتغيرات التي تطرأ عليهم عن طريق :
 ١. المواليد.
 ٢. الوفيات.
 ٣. الهجرة.
 ٤. تكوين الأسر والعائلات واندثارها.
- ب. الشؤون الاجتماعية بما في ذلك :
 ١. القوى العاملة وظروف العمل.
 ٢. دخل الأسرة وإنفاقها واستهلاكها.
 ٣. التعليم وفرص الالتحاق بالمدارس والجامعات.
 ٤. الصحة وفرص الحصول على الرعاية الطبية.
 ٥. العائلة وظروف الجماعات ذات الحاجات الخاصة.
 ٦. المساكن والمرافق.
 ٧. الثقافة والترفيه.
 ٨. ضحايا الحوادث والجرائم.
 ٩. الانتخابات.

قانون الإحصاءات العامة

١٠. قضايا المرأة.
 ١١. أية مجالات أخرى ضمن الشؤون الاجتماعية.
 - ج. الاقتصاد القومي ضمن نطاق الحسابات القومية بما في ذلك :
 ١. الحسابات القومية.
 ٢. ميزانية المدفوعات والتجارة الخارجية.
 ٣. الشؤون المالية الحكومية.
 ٤. الأسعار.
 ٥. إنتاج السلع.
 ٦. إنتاج قطاع الخدمات.
 - د. الإحصاءات الجغرافية والإحصاءات الأخرى :
 ١. الأرض واستخداماتها.
 ٢. الزراعة والأحراج وصيد الأسماك.
 ٣. المباني حسب استخداماتها.
 ٤. النقل.
 ٥. الطاقة.
 ٦. البيئة.
 ٧. السياحة.
- ثانيا : للجهاز جمع البيانات الإحصائية في أي مجال آخر حسبما يقرره مجلس الوزراء بناء على توصية رئيس الجهاز.
- ثالثا : تنفيذ التوصيات المنفق عليها دوليا حول المفاهيم والتعريفات والمقاييس والمصطلحات والتصنيفات الملائمة للظروف والاحتياجات الفلسطينية في الإحصاءات الفلسطينية الرسمية.

مادة (٦)

بتنسيب من مجلس الوزراء وبقرار من رئيس السلطة الوطنية يعين رئيس للجهاز يتم اختياره من ذوي الكفاءة والخبرة ويمارس الاختصاصات التالية :

١. تنفيذ أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بشأنه وتنظيم وإدارة الجهاز.
٢. إصدار التعليمات أو التوجيهات اللازمة للموظفين أو المنتدبين فيما يتعلق بالنشاطات المختلفة لجمع البيانات.
٣. تطوير البرامج التي من شأنها تحقيق أهداف ومهام الجهاز وتقديم التوصيات بخصوصها إلى الجهات المختصة.
٤. إعداد مشروع الموازنة للجهاز.
٥. السعي للحصول على الدعم المالي الدولي وغير الدولي لإجراء الإحصاءات والمسوحات المنصوص عليها في هذا القانون وبإشراف مجلس الوزراء.

الفصل الثالث

الشؤون المالية والإدارية

مادة (٧)

تتكون إيرادات الجهاز من :

١. الأموال المخصصة له من الموازنة العامة.
٢. القروض والهبات والتبرعات والمنح والمساعدات التي تقدم للجهاز ويوافق عليها مجلس الوزراء.

مادة (٨)

١. تعتبر أموال الجهاز أموالاً عامة.

٢. يتمتع الجهاز بالإعفاءات والتسهيلات التي تتمتع بها الوزارات والدوائر الحكومية.

مادة (٩)

١. يتبع الجهاز في تنظيم حساباته وسجلاته أصول ومبادئ المحاسبة المعمول بها في فلسطين.
٢. تخضع حسابات الجهاز للرقابة والتدقيق من قبل الجهات الرقابية المختصة في فلسطين.

مادة (١٠)

١. يقوم الجهاز بأعماله بواسطة موظفيه وغيرهم من موظفي الحكومة ممن ينتدبون لهذه الغاية وغيرهم من المنتدبين الذين يعينون بصورة مؤقتة للقيام بالتعداد أو بأي عمل من أعمال الإحصاء.
٢. يعطى كل موظف أو أي شخص آخر يكلف بجمع البيانات الخاصة بالإحصاءات الرسمية بطاقة شخصية تحمل صورته وتكون موقعة من رئيس الجهاز كإثبات لشخصيته وله الحق في طلب البيانات وفقا لأحكام هذا القانون.

الفصل الرابع

المجلس الاستشاري للإحصاءات

مادة (١١)

يشكل مجلس استشاري للإحصاءات بقرار من رئيس السلطة الوطنية بناء على تنسيب من مجلس الوزراء وفقا لنظام خاص.

مادة (١٢)

يمارس المجلس المهام التالية :

١. مراجعة الخطط السنوية للجهاز وتحديد أولويات ومجالات العمل للمساهمة في التخطيط الاستراتيجي للإحصاء الفلسطيني.

٢. تقييم أداء نظام الإحصاءات الرسمية ونشر الوعي في مجال استخدام الإحصاء في صناعة القرار.
٣. تقديم الاقتراحات والمشورة لرئيس السلطة الوطنية ومجلس الوزراء بشأن المسائل المتعلقة بتطوير وتحسين نظام الإحصاءات الرسمية.
٤. أية مهام أخرى يقررها مجلس الوزراء.

الفصل الخامس

النشاطات الإحصائية للوزارات

مادة (١٣)

١. تنشأ في كل وزارة أو مؤسسة حكومية وفقاً لمقتضيات العمل وحدة للإحصاء من المتخصصين وذلك لمساعدة الوزارة في اتخاذ قراراتها.
٢. تنسق الوحدات الإحصائية عملها مع الجهاز وتتقيد بالمفاهيم والتعريفات الفنية الصادرة عنه في مجال عملها.
٣. للوزارات أو المؤسسات الحكومية وبالتنسيق مع الجهاز جمع البيانات الإحصائية من الميدان على أن تكون هذه البيانات محددة وذات علاقة مباشرة بنطاق عمل هذه الوزارات أو المؤسسات، وغير متوفرة في الجهاز.

مادة (١٤)

١. الجهاز هو السلطة الرسمية المخولة بموجب أحكام هذا القانون بطلب البيانات الخاصة بعمل الإحصاءات الرسمية من المؤسسات الحكومية وغير الحكومية، والمصالح الاقتصادية الخاصة مع مراعاة ما ورد في المادة (١٣) من هذا القانون.
٢. للجهاز الحق في الحصول على بيانات السجلات الإدارية المستخدمة في المؤسسات الحكومية لاستخدامها لأغراض إحصائية.

٣. تقوم المؤسسات الحكومية المختلفة بالتنسيق مع الجهاز قبل إجراء أية تعديلات أو إضافات على نماذج السجلات أو الآليات المستخدمة، وذلك لضمان تلبية هذه السجلات والنماذج والآليات لأغراض العمل الإحصائي.

الفصل السادس

التعدادات

مادة (١٥)

١. يحدد موعد إجراء التعداد العام للسكان والمساكن وموعد إجراء التعداد الزراعي بقرار من رئيس السلطة الوطنية وفق أحكام القرار الخاص بالتعداد.
٢. يجب أن يشمل القرار الخاص بالتعداد تاريخ إجراء التعداد والمواضيع المزمع دراستها والجمهور المستهدف وواجب مشاركة جميع أفراد في التعداد.
٣. يتعين على جميع الأفراد الذين يطلب منهم الجهاز الاشتراك كمبحوثين في أي مسح أو جمع لأية إحصاءات أن يفعلوا ذلك كجزء من واجباتهم المدنية.
٤. يتعين على الأشخاص المعنويين أو من ينوب عنهم في البلاد الإجابة على استمارات التعداد وتقديم جميع البيانات المطلوبة في التواريخ وبالشكل الذي يقرره الجهاز وفقا لأحكام هذا القانون أو أية أنظمة تصدر بموجبه.

مادة (١٦)

١. بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتعين على الجهاز وموظفيه احترام حق خصوصية الأفراد والبيوت، بما في ذلك حقهم في رفض الاشتراك في المسوح الإحصائية.
٢. يتعين على الجهاز وموظفيه بذل كل جهد للتخفيف من العبء الملقى على عاتق المبحوثين.

مادة (١٧)

١. تعتبر جميع المعلومات والبيانات الفردية التي تقدم إلى الجهاز لأغراض الإحصاء سرية لا يجوز اطلاق أي فرد أو هيئة عامة أو خاصة عليها أو استخدامها لغير أغراض إعداد الجداول الإحصائية.
٢. يعمل الجهاز على إصدار نشرات إحصائية رسمية في جداول إجمالية لا تتناول أية بيانات فردية أو شخصية حفاظا على سرية البيانات الإحصائية.
٣. يتعين على كل موظف أو منتدب التوقيع على تعهد يلتزم بموجبه بعدم إفشاء أو نشر أية معلومات أو بيانات فردية.

مادة (١٨)

تستثنى من أحكام المادة (١٧) من هذا القانون الحالات التالية :

١. إذا كانت المعلومات والبيانات المتعلقة بدائرة حكومية أو سبق نشرها من قبل أحد الأجهزة القضائية.
٢. إذا كانت المعلومات والبيانات متعلقة بفرد أو مجموعة من الأفراد ممن وافقوا خطيا على نشرها.
٣. إذا كانت المعلومات والبيانات متعلقة بشركة أو جمعية أو مؤسسة ووافق القائمون عليها خطيا على نشرها.

الفصل السابع

العقوبات

مادة (١٩)

- مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب :
١. كل من أفشى من موظفي الجهاز أو مندوبي التعداد أو الإحصاء أية معلومات أو بيانات إحصائية سرية، وبالمعنى المقصود في المادة (١٧) من هذا القانون، وأطلع عليها بحكم عمله يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة

- أشهر أو بغرامة لا تزيد على (٢٠٠) مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو بكلتا العقوبتين معا.
٢. كل من حصل على معلومات أو بيانات إحصائية سرية بأي طريقة من الطرق دون أن يكون مفوضا بذلك قانونا، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على (٢٠٠) مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو بكلتا العقوبتين معا.
٣. كل من انتحل صفة موظفي أو مندوبي الجهاز يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على (٢٠٠) مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو بكلتا العقوبتين معا.
٤. كل شخص معنوي امتنع عن تقديم البيانات المطلوبة أو قدم بيانات غير صحيحة بصورة متعمدة وفقا لأحكام هذا القانون، يعاقب بغرامة لا تزيد على (٣٠٠) ثلاثمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا.
٥. كل شخص طبيعي يثبت امتناعه دون عذر عن تقديم البيانات الإحصائية التي يطلبها الجهاز لأغراض التعداد العام، وفقا لأحكام هذا القانون، يعاقب بغرامة لا تزيد على (١٠٠) مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا.

الفصل الثامن

أحكام ختامية

مادة (٢٠)

على الجهاز توفير جميع الوسائل لحماية البيانات التي يتم جمعها، وحفظها في أماكن تتوافر فيها شروط الأمان والسلامة العامة.

مادة (٢١)

لا يجوز تقديم أية معلومات أو بيانات أو سجلات أو وثائق تم الحصول عليها أو استعمالها كبيانات ضمن إجراءات قضائية معينة مدنية أو جنائية باستثناء غرض إثبات المخالفات التي ترتكب ضد هذا القانون المنصوص عليها في المادة (١٩).

مادة (٢٢)

يطبق هذا القانون على المواطنين والأجانب الموجودين في فلسطين.

مادة (٢٣)

على مجلس الوزراء إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون.

مادة (٢٤)

يلغى العمل بأحكام القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٤٧ بشأن الإحصاءات الساري المفعول في محافظات غزة والقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٥٠ بشأن الإحصاءات العامة وتعديلاته الساري المفعول في محافظات الضفة وكل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون.

مادة (٢٥)

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 بتاريخ ٨/٧/٢٠٠٠ ميلادية

الموافق ٦ من ربيع الثاني ١٤٢١ هجرية

ياسر عرفات

رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية

رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية



قضايا وأحكام

استئناف حقوق ٩٩/٢١٠

محكمة الاستئناف المتعقدة في رام الله

المستأنفة : شركة المؤسسة العربية للتأمين / نابلس

وكيلها المحامي نبيل مشحور/ رام الله.

المستأنف عليهم :

١. ثريا خليل إبراهيم الكعابنه بصفتها الشخصية وبصفتها الوريثة الشرعية لزوجها المرحوم موسى سليمان إبراهيم الكعابنه بموجب حجة حصر ارث رقم ٣/٥٣/٣٩ الصادر عن محكمة أريحا الشرعية بتاريخ ١٩٩٥/١/٨، وبصفتها المعاله من قبل المذكور وبصفتها وصية على المستأنف عليهم من ٩-٢.

٢. إبراهيم موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٣. جواهر موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٤. ريما موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٥. محمد موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٦. فاطمة موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٧. خالد موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٨. شروق موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

٩. سليمان موسى سليمان الكعابنه / أريحا.

بصفتهم الشخصية وبالإضافة لتركه مورثهم ومعيهم المرحوم موسى سليمان إبراهيم الكعابنه.

وكيلاهم المحاميان قصي وعماد عواد / رام الله.

الهيئة الحاكمة : برئاسة القاضي السيد سامي صرصور
وعضوية القاضيين السيدين نصري عواد وزهير خليل.

القرار

هذا استئناف ضد قرار محكمة بداية رام الله الصادر بتاريخ ٩٩/٢/٢٣ في الدعوى الحقوقية رقم ٩٥/١٤٦ القاضي بالزام الشركة المستأنفة والمدعى عليه الأول في الدعوى حامد جاد الله إبراهيم أبو سرور بأن يدفعاً للمستأنف عليهم مبلغاً مقداره (٢٨٤٦٣٨) شاقلاً منها (٦٦٨٣) شاقلاً للمستأنف عليه الثاني و(١١٤٩٣) شاقلاً للمستأنف عليها الثالثة، و(١٥٨٣٤) شاقلاً للمستأنف عليها الرابعة، و(١٩٧٣٤) شاقلاً للمستأنف عليه الخامس و(٢٤٣٢٣) شاقلاً للمستأنف عليها فاطمة و(٢٨٦٠٠) شاقلاً للمستأنف عليه خالد و(٣٣٨٨٩) شاقلاً للمستأنف عليها شروق و(٣٩٨٨٥) شاقلاً للمستأنف عليه سليمان و(١٠٤١٩٧) شاقلاً للمستأنف عليها ثريا وللبت وإيداع حصص القاصرين منهم في المحكمة الشرعية في أريحا مع الرسوم والمصاريف ومائة دينار أتعاب محاماة.

يستند الاستئناف للأسباب التالية :

١. القرار المستأنف مخالف للقانون والأصول.
٢. أخطأت محكمة البداية في اعتبار الحادث حادث طرق تنطبق عليه أحكام الأمر رقم ٦٧٧ بشأن التعويض لمصابي حوادث الطرق، وقياس ذلك على القرارين الاستئنافيين ٩٢/٧٧ و ٩٤/٣٧ لعدم انطباقهما على ظروف الدعوى.
٣. أخطأت المحكمة في عدم اعتماد البيانات المقدمة في الطلب ٩٦/٦٣ المتفرع عن الدعوى بما في ذلك المبرزين ط/١ و ط/٢.

٤. أخطأت المحكمة في الخلط بين أحكام الأمر ٦٧٧ بشأن التعويض عن الأضرار الجسدية بنتيجة حوادث الطرق وتلك الأحكام المتعلقة بالتأمين على الأشياء.

٥. بالتناوب، أخطأت المحكمة في اعتبار دخل مورث المستأنف عليهم الثابت كان ١٨٠٠ شاقلا كما أخطأت في الحسابات التي توصلت إليها. لورود الاستئناف ضمن المدة القانونية فقد تقرر قبوله شكلا.

أما من حيث الموضوع فإننا نجد أن الخلاف بين الطرفين يدور في هذا الاستئناف حول طبيعة الحادث الذي أودت بحياة مورث المستأنف عليهم، ففي الوقت الذي يدعي هؤلاء أن الحادث هو حادث طرق يرتب على الشركة المستأنفة دفع التعويض الواجب قانونا فان هذه الشركة تنكر ذلك ولا تعترف بالحادث على أنه ملزم لها بالتعويض.

ونحن بالرجوع إلى البيانات المقدمة في الدعوى نجد أن سائق السيارة مسبب الحادث يذكر من خلال المبرز ك/١ ما يلي : " كنت قادم بالسيارة من بيت لحم وذهبت إلى بيتي من أريحا وعند وصولي أمام منزلي طفيت الموتور ونزلت إلى داخل البيت وبعد برهة شممت رائحة حريق ودخان صادر عن جهة السيارة وذهبت لأرى مصدر الدخان فوجدت مؤخرة السيارة عند الموتور تحترق وعلى الفور فتحت غطاء المحرك واندفعت النار إلى خارج المحرك وعندها أخذت بإطفاء المحرك بواسطة الرمل الموجود أمام المنزل وبعد برهة حضر شخص آخر وقام بالمساعدة بإطفاء النار ولكن وفجأة عندما كان يهم بوضع الرمل على النار وإذا بالكربوريتز ينفجر في وجهي ووجه وصدر الشخص الآخر الذي كان أقرب مني بمواجهة الموتور وبنتيجة اندفاع البنزين في وجه وصدر الشخص الآخر فقد أمسكت النار بملابسه وأخذ يجري بدون وعي.. وذهبنا به إلى المستشفى".

أما الشاهد محمد سعيد عبد رجا دويك فقد شهد على ص ٦-٧ من محضر

المحاكمة بما يلي :

" أذكر الحادث الذي تعرض له المرحوم موسى الكعابنه.. شاهدت سيارة فولكس فاجن مشتعلة من الخلف حيث أوقفها صاحبها وأخذ ينادي علينا وذهب المرحوم موسى لإطفاء السيارة حيث أخذ يرمي التراب عليها ولكن (الكربوريتز) انفجر واشتعلت النيران بالمرحوم موسى وسائق السيارة وأنا لم أشارك في إطفاء السيارة لأنني لم أتمكن من الوصول إليها وبينما كنت ذاهب أنا والمرحوم موسى لإطفاء السيارة سمعت انفجار فرجعت وأن المرحوم موسى شرد عندما اشتعلت به النار.. وعندما نزلت من سيارة المرحوم موسى وأنزلت حماتي سمعت شخص يقول الحقوني.. وأن السيارة الفولكس فاجين كانت واقفة على شمال الشارع ونحن مررنا عليها وهي واقفة.. وكان يوجد (٤) سيارات وكانت السيارات واقفة على الجانبين..".

وجاء في شهادة الشاهدة معزوزة النشاش ص ١١ من محضر المحاكمة

"أراد المرحوم موسى الخروج من الدار من أجل الذهاب إلى بيته وعند خروجنا وجدنا سيارة جارنا تشتعل فيها النار أي أن السيارة كانت تشتعل فيها النار قبل أن تخرج من الدار وأن سيارة جارنا التي كانت تشتعل فيها النار قبل خروجنا من البيت لم تكن موجودة ونحن عندما شاهدنا النار تشتعل في السيارة ذهبت أنا والمرحوم موسى من أجل المساعدة في إطفاء النار وأن المرحوم موسى عندما شاهد النار ومن نفسه ودون أن يطلب منه أحد أخذ يحمل الرمل عن الأرض ويرميه على السيارة وفجأة شيء "ققع" وذهب موسى عند الجيران وكان مولع".

أما ما قدمته الشركة المستأنفة من بيانات فهي تتمثل في تلك المقدمة في

الطلب رقم ٩٥/٦٣ وهي المبرزات ط/١ (ك/١) و ط/٢ بالإضافة للشاهدين عبد الفتاح حامد أبو سرور معطي الإفادة المبرز (ك/١) وياسين محمد أبو غوش

فاحص ومدقق حوادث سير لدى الشركة المستأنفة، وكذلك الشاهد عدنان محمود إبراهيم بالي وكيل الشركة المستأنفة المؤمنة.

وباستعراض ما جاء في تلك البيانات نجد أن المبرز ط/١ هو ذاته المبرز ك/١ الذي أشرنا لمحتواه آنفاً، أما المبرز ط/٢ الموقع من قبل الشاهد ياسين أبو غوش فقد تضمن إفادة صاحب وسائق السيارة مسببة الحادث والتي جاء فيها "أذكر بتاريخ ١٢-٦٣٤-٧٠ فولكس واجين أمام منزلي الكائن في أريحا حي الخديوي وأنا كنت داخل منزلي حيث كنت قبلها في سفر بها من بيت لحم إلى أريحا، بعد توقيف سيارتي وإطفاء الماتور وأثناء وجودي داخل المنزل قرب باب منزلي استنشقت رائحة دخان وعندها عدت للسيارة وفتحت غطاء الماتور فوجدت الماتور يشتعل أثر ذلك بدأت بإخماد الحريق بواسطة التراب وأثناء أن كنت أقوم بإخماد الحريق حضر شخص لمكان الحادث.. موسى كعابنه وبدأ يقوم بإخماد الحريق المشتعل بسيارتي دون طلب مساعدته عندها ما شعرت إلا وشيء ينفجر بداخل الماتور مما أدى لازدياد الاشتعال وخروج النار ولهب والنار للخارج وأدى ذلك لاشتعال النلر في ملابس الشخص الذي كان يقوم بمساعدتي.. والسيارة كانت واقفة أمام منزلي أثناء الحادث ولم تكن شغالة".

أما الشاهد عبد الفتاح أبو سرور الذي طلب وكيل المستأنفة اعتماد شهادته المقدمة كبينة في الطلب رقم ٩٥/٦٣ فقد ورد في أقواله في ذلك الطلب وبالمناقشة "أذكر الحادث ويومها كنت في بيت لحم وعدت لأريحا من بيت لحم وقبل وصولي البيت شميت رائحة حريق وأوقفت سيارتي بجانب بيتي لأتفقد السيارة وفتحت غطاء السيارة فوجدت النار مشتعلة في الماتور وحينما شممت الرائحة كانت السيارة شغالة وحينما تفقدت السيارة وجدت النار مشتعلة فيها وأول شخص حضو لمساعدتي هو شخص من الكعابنه يدعى موسى..".

ويقول هذا الشاهد في شهادته أيضا "أنا أمي لا أقرأ ولا أكتب وأنا في إفادتي المبرز ط/١ لم أقل أنني دخلت لداخل البيت.. عدنان بالي لم يحضر الحريق وكتب ما أمليته علي ولا أعرف ما كتب.. أنا كررت أقوالي التي ذكرتها لعدنان بالي إلى ياسين أبو غوش ولكن ربما ياسين قد زاد في الكتابة.. أنا لم أدخل بيتي مطلقا.

وبخصوص ما جاء في أقوال كل من الشاهدين عدنان محمود إبراهيم بالي وياسين أبو غوش فإننا نجد أن الشاهد الأول ذكر في شهادته على ص ١٨ من محضر المحاكمة أن ابن سائق السيارة هو الذي أحضر إفادة هذا السائق وهي المبرز (ك/١) وجاء في شهادته ص ١٩ من الضبط.. وقد أخبرني عبد الفتاح أنه أوقف السيارة ودخل إلى مدخل البيت ولكنه شم رائحة ورجع لكي يشاهد الماتور وعندما رفع غطاء ماتور السيارة خرجت النار وبدأ يطفئ فيها وحسب كلام السائق عبد الفتاح أن المرحوم موسى الكعابنه كان مارا في تلك المنطقة وحضر للمساعدة وأثناء عملية الإطفاء انفجر الكاربوريتر".

أما الشاهد الثاني ياسين أبو غوش الذي شهد في الطلب رقم ٩٥/٦٣ فقد جاء في أقواله ص ٥-٦ من محضر ذلك الطلب "لقد قمت بالتحقيق مع السائق والمالك للمركبة.. المدعو عبد الفتاح حامد أبو سرور ومعزوزة محمد جمعه نشاش بخصوص الحادث... وحسب رأي فان الحادث قد وقع حينما كانت السيارة مؤمنة في حالة وقوف تام أمام منزل صاحبها وأن المرحوم كان يحاول إطفاء النار التي شبت بالسيارة.. أنا لم أشاهد السيارة وهي تحترق وكذلك لم أشاهدها وهي واقفة.. وأنا عادة كمحقق أدون ما يصدر عن معطي الإفادة.. وحسب أقوال شاهد العيان ووكيل التأمين فان المرحوم موسى قد توفي أثناء إخماد النيران وأن الوفاة ناتجة عن ذلك الإخماد".

بعد هذا السرد المفصل لما ورد في البيانات حول وصف كيفية وقوع الحادث وطبيعته نعود إلى تعريف حادث الطرق المنصوص عليه في الأمر رقم ٦٧٧ وتعديلاته الصادرة بشأن تعويض مصابي حوادث الطرق لنجد أن المادة الأولى من هذا الأمر تعرف حادث الطرق بأنه "كل حادث أدى إلى إلحاق ضرر جسدي بشخص من جراء استخدام مركبة ذات محرك لأهداف المواصلات ويعتبر أيضا الحدث الواقع جراء انفجار أو اشتعال المركبة والحاصل من قطعة في المركبة أو المواد الأخرى الضرورية لصلاحية السفر حتى ولو حصل من خلال عنصر خارج المركبة وكذلك حدث وقع جراء إصابة مركبة متوقفة في مكان ممنوع الوقوف فيه أو حادث وقع جراء استغلال القوة الميكانيكية للمركبة ويشترط أن يقع خلال استخدام المركبة كالمذكور دون تغيير الهدف الرئيسي الذي أعدت له ولا يعتبر حادث طرق الحادث الذي يقع نتيجة عمل متعمد بقدر الإضرار الجسدي أو المادي وأن يكون الضرر قد وقع نتيجة العمل نفسه وليس نتيجة تأثير هذا العمل على استخدام المركبة ذات المحرك" ونجد أن استعمال المركبة وفق أحكام الأمر المشار إليه يعرف على أنه "سفر المركبة، الدخول إليها أو النزول منها، إيقافها، دفعها أو سحبها، تصليح الطريق أو تصليح السيارة في الطريق الجاري من قبل من يستخدمها أو أي شخص آخر ليس في إطار عمله بما في ذلك التدرج أو الانقلاب أو الانفصال أو السقوط لجزء من المركبة أو من حمولتها خلال السفر وكذلك انفصال أو سقوط كالمذكور من مركبة متوقفة أو واقفة وليس معالجة الشخص للمركبة في إطار عمله باستثناء تحميل أو إنزال حمل من المركبة وهي متوقفة).

والذي نراه على ضوء ما أشرنا إليه آنفا من الثابت وما لا خلاف عليه أن مورث المستأنف عليهم قد توفي نتيجة الانفجار الذي لحق بالسيارة المؤمنة لدى الشركة المستأنفة، وأن البيانات التي قدمنا لها سواء الخطية فيها أو الشفوية قد

١٩ لسنة ١٩٦٢ والجدول رقم (١) الملحق به وطلبت من قاضي التحقيق إحالته إلى محكمة الجنايات فقرر بذلك، ثم نظرت محكمة الجنايات الدعوى وقضت ببراءة المستأنف ضده وأسست قضائها هذا على ما يأتي :

١. أن الإجراءات التي اتبعتها رجال الشرطة في دخول منزل المستأنف ضده وتفتيشه وضبط المخدر كانت باطلة لمخالفتها لنصوص قانون القبض والتحري.

٢. أن الاعتراف الصادر عن المتهم لا يصلح دليلاً للإدانة لأنه أخذ منه بطريق الإكراه الذي وقع عليه أثناء التفتيش.

ولم يصادف هذا الحكم قبولا لدى النيابة العامة فطعن فيه بالاستئناف الراهن.

وحيث أن مبنى الاستئناف يتحصل في :

١. أن الحكم ببراءة المستأنف ضده قد جاء استثناءً لبينات النيابة العامة خطأً ذلك أن المستأنف ضده قد اعترف في كل مراحل التحقيق المختلفة بحيازته للمادة المخدرة المضبوطة وهذا الاعتراف هو دليل مستقل عن إجراءات التفتيش والضبط على فرض بطلانها.

٢. أن المستأنف ضده اعترف بحيازته للمادة المخدرة المضبوطة أمام النيابة العامة بما ينتفي معه شبهة وقوع إكراه عليه وفي جهة أخرى خلاف الشرطة التي قامت بإجراء التفتيش والضبط على فرض بطلانها.

وحيث أن المحكمة ترى أن هذا الطعن في محله إذ الثابت من محضر تحقيق النيابة أن وكيل النيابة استجوب المستأنف ضده (المتهم) بتاريخ ٦٧/١٢/١ بعد تحذيره وتخييره فاعترف له تفصيلياً أن قوة الشرطة والجيش دخلوا منزله بعد أن وجدوا باب المنزل مفتوحاً وقاموا بتفتيشه فعثروا في الجيب الأيسر (لبجامته) على قطعة حشيش صغيرة مستطيلة الشكل وبسؤاله عنها ذكر لهم أنه اشتراها من شخص لا يعرفه بثلاثين قرشاً مصرياً ووضعها في جيبه قبل ضبطها بنصف

ساعة وأنه يتعاطى الحشيش منذ أربعين سنة كما ضبطوا أرجيلة وأدوات لها ذكر المتهم أنه يستعملها أحيانا في تعاطي الحشيش وعتروا أيضا على مبسمين الدخان له كانا في جيب معطفه المعلق ثم اقتادوه إلى المركز حيث توقف ثلاثة أيام نقل بعدها للمستشفى ومن ثم أخلى سبيله بالكفالة ثم عاد المستأنف ضده وسرد هذه الوقائع في إفادته التي دونها الرقيب محمد الودية في نفس اليوم المذكور آنفاً، وعندما مثل المستأنف ضده أمام قاضي التحقيق في ٢٦/٢/٦٨ أقر اعترافه أمام وكيل النيابة وذكر أنه لم يقع عليه أي إكراه عند الإدلاء به حينئذ.

وحيث أن المحكمة إذ تعول على هذا الاعتراف فإنها ترى أنه منقطع الصلة بإجراءات القبض والتفتيش المطعون في صحتها إذ أن الشخص الذي تلقاه من المستأنف ضده هو وكيل نيابة غزة الذي لم يكن من ضمن أفراد القوة التي قامت بالتفتيش بما ينفي معه فطنة استعمال الإكراه هذا بالإضافة إلى أن مرور مدة عشرة أيام تقريبا على واقعة التفتيش يزول معه أي أثر من آثار الإكراه يمكن القول بأنه وقع على المتهم (أنظر حكم محكمة الجنايات في القضية رقم ٦٨/١٣ جنابات كبرى والذي تأيد بحكم محكمة الاستئناف العليا رقم ٦٨/١٧ إذ جاء في حيثيات حكمها - فإذا ثبت أن المتهم وجدت به إصابات معينة فان هذه الإصابات لا يمكن أن تقلل من قيمة اعتراف المتهم مادام أن علاقة السببية لم تقم بين هذه الإصابات واعتراف المتهم).

وحيث أن المستأنف ضده قد نفى بنفسه أمام قاضي التحقيق في جلسة ٢٦/٢/٦٨ وقوع أي إكراه عليه عندما أدلى باعترافه أمام وكيل النيابة وقد جاء هذا النفي مطابقا للتقرير الطبي المؤرخ في ١/٢/٦٧ والذي أثبت عدم وجود آثار استعمال عنف وشدة مع المتهم.

وحيث أنه قد استقر القضاء على اعتبار الاعتراف اللاحق لإجراءات القبض والتفتيش الباطلة عنصرا كافيا من عناصر الإثبات ودليلا مستقلا تمام الاستقلال



أخبار قانونية

❖ صادق رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية السيد ياسر عرفات مؤخرًا على قانون الرسوم القنصلية رقم (١) لسنة ٢٠٠١ الذي أقره المجلس التشريعي بعد تقديم مشروعه من مجلس الوزراء، ويقضي القانون أن تستوفي وزارة التخطيط والتعاون الدولي والبعثات الدبلوماسية أو القنصلية الفلسطينية الرسوم المقررة لتصديق الشهادات بمختلف أنواعها بالدولار الأمريكي أو ما يعادلها من عملة الدولة المضيفة إلى حين صدور العملة الفلسطينية. وقد أبقى القانون أبناء الشهداء والحالات الاجتماعية من الرسوم وكذلك أعضاء السلك الدبلوماسي أو القنصلي الأجانب وتابعيهم شرط المعاملة بالمثل.

❖ في إطار التعاون القائم بين وزارة العدل والوكالة الأمريكية للتنمية USAID وبتكليف من رئيس ديوان الفتوى والتشريع، تم إيفاد المستشار المساعد محمد سالم صالح إلى جمهورية مصر العربية لحضور معرض القاهرة الدولي للكتاب في الفترة من ٣٠ يناير إلى ٥ فبراير ٢٠٠١م للتعاقد على شراء مجموعة من الكتب والمراجع القانونية اللازمة لمكتبتي الديوان في كل من غزة ورام الله.

❖ في إطار التعاون بين وزارة العدل والوكالة الأمريكية للتنمية USAID ينوي ديوان الفتوى والتشريع بالوزارة إيفاد مجموعة من مستشاريه إلى جمهورية مصر العربية منتصف شهر مارس من هذا العام للمشاركة في دورة تدريبية تعقد في مجلس الدولة المصري تتعلق بفن الصياغة التشريعية للقوانين.

❖ برعاية المستشار إبراهيم الدغمه رئيس ديوان الفتوى والتشريع يعقد مشروع تطوير الأطر القانونية خلال شهر مارس الجاري، ورشتي عمل في كل من غزة ورام الله حول مشروع قانون "تنفيذ الأحكام" وذلك بعد أن قدمت اللجنة المشكلة لإعداده مسودته النهائية. وسيدعى لحضور الورشة نخبة من السادة القضاة والمحامين والأساتذة المشتغلين بالقانون والمعنيين بالمشروع.

❖ صدر حديثاً عن المؤسسة العربية للدراسات والنشر ببيروت الطبعة الرابعة الجزء الأول من كتاب "التحقيق الجنائي" لسنة ٢٠٠١م للأستاذ سليم الزعنون "أبو الأديب".

❖ وصدر بغزة كتاب "شرح قانون التحكيم الفلسطيني" لسنة ٢٠٠١م للأستاذ ناظم عويضة المحامي.

❖ هذا وكانت الطبعة الأولى من كتاب "اتفاقيات جينيف الرابعة لحماية المدنيين وتطبيقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة" للدكتور عبد الرحمن أبو النصر المحامي قد صدرت سنة ٢٠٠٠م.



أعلام في القانون والقضاء



المرحوم الأستاذ / فوزي خليل الدجاني المحامي

- ولد بمدينة القدس سنة ١٨٩٨م.
- تلقى علومه في المدرسة السلطانية بالقدس، وتخرج منها سنة ١٩١٧م وعمل لفترة في التدريس.
- التحق بمعهد الحقوق بالقدس، ونال شهادة الحقوق وإجازة المحاماة سنة ١٩٣١م، وأسس مكتبين لتعاطي مهنة المحاماة أحدهما في مدينة يافا والآخر في مدينة غزة التي استقر فيها بعد النكبة.
- شارك في تحرير مجلة الحقوق ورأس تحرير جريدة "صوت الحق" اللتين كانتا تصدران بمدينة يافا في النصف الأول من القرن الماضي، وكانتا منبرا عاليا لأحرار فلسطين.
- ساهم مع خاله المرحوم فهمي بك الحسيني المحامي الشهير في ترجمة شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر من اللغة التركية إلى العربية في أربعة مجلدات بلغة راقية، وهو عمل فذ تنوء به همم الرجال إلا العظماء منهم.
- كان من مؤسسي نقابة المحامين الفلسطينيين بقطاع غزة، وتوفاه الله وهو نقيب لها.

- كان رحمه الله خلوقا ودودا طيب المعشر وعونا للمحامين الناشئين وقُدوة لهم في نصره الحق والعدل.
- من أبنائه الأستاذ خليل رحمه الله، الذي عمل محاميا فوكيل نيابة قضاي صلح، والأستاذة سعادة التي عملت في المحاماة أيضا ثم في سلك القضاء كأول قاضية في فلسطين وهي الآن قاضية بالمحكمة العليا والمسجل الأعلى للمحاكم.
- توفي رحمه الله سنة ١٩٧٤م في مدينة غزة
-
-