

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية لنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك . العدد 127 : ماي 2023

❖ مواهب العدد 127 :

- الأطر التشريعية لحماية أملاك الدولة العقارية.
- الأسرة بين المرجعتين الإسلامية و الحقوقية.
- الأمن السيبراني وحماية الأنظمة المعلوماتية.
- المنهج الخاص بالنظر في نصوص الشرع.
- الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة.

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

| المجلد | المؤلف | العنوان |
|------------|----------------------------------|---|
| المجلد 127 | الدكتور صلاح الدين دكدك | الأطر التشريعية لحماية أملاك الدولة العقارية. |
| المجلد 127 | الدكتور محمد بن عبد الله بن محمد | الأسرة بين المرجعتين الإسلامية و الحقوقية. |
| المجلد 127 | الدكتور محمد بن عبد الله بن محمد | الأمن السيبراني وحماية الأنظمة المعلوماتية. |
| المجلد 127 | الدكتور محمد بن عبد الله بن محمد | المنهج الخاص بالنظر في نصوص الشرع. |
| المجلد 127 | الدكتور محمد بن عبد الله بن محمد | الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة. |

العدد 127 ماي 2023

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 127 لشهر ماي 2023

1. كلمة العدد 127 لشهر ماي 2023 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسان وأبحاث بالعربية :

2. الأطر التشريعية لحماية أملاك الدولة العقارية - دراسة تحليلية : مستشار دكتور محمد جبريل إبراهيم

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

3. مبادئ النظام الأسري بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية لحقوق الإنسان : نجة بوعريب ، دكتوراه

38..... في الشريعة والقانون ، كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.....

4. الأمن السبيرياني وحماية الأنظمة المعلوماتية : بدر الحيمودي ، باحث دكتوراه في القانون الخاص بكلية

64..... العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، محمد الأول بوجدة - المملكة المغربية.....

5. المنهج الخاص بالنظر في النصوص الشرعية المتعلقة بالتصرفات المالية : د. جمال محمد عزالدين الغرياني

108..... أستاذ مشارك ، كلية القانون ، جامعة الزيتونة - ليبيا.....

6. الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية : الباحثة لبنى عودة حسن التلباني ، ماجستير قانون عام

123..... كلية الشريعة والقانون - الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين.....

ترتيب المقالات يخضع لاعتباران فنية

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

كلمة العدد 127 لشهر ماي 2023



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكدك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،
نضع بين أيديكم العدد 127 لشهر ماي 2023 من مجلة الفقه و القانون الدولية
و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات
وجامعات ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق ، جامعة عين شمس – جمهورية مصر العربية.
- كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر بأكادير- المملكة المغربية.
- كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول بوجدة - المملكة المغربية.
- كلية القانون ، جامعة الزيتونة – الجمهورية الليبية.
- كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية بغزة ، فلسطين.

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

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

▪ الأطر التشريعية لحماية أملاك الدولة العقارية - دراسة تحليلية.
▪ مبادئ النظام الأسري بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية لحقوق الإنسان.

▪ الأمن السبراني وحماية الأنظمة المعلوماتية.

▪ المنهج الخاص بالنظر في النصوص الشرعية المتعلقة بالتصرفات المالية.

▪ الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية.

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان

المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

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

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

الأطر التشريعية لحماية أملاك الدولة العقارية - دراسة تحليلية

Legislative frameworks to protect the state's real Estate - An analytical study



مستشار دكتور¹ محمد جبريل إبراهيم نائب رئيس هيئة قضايا الدولة
عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

Doctor Consultant Mohamed Gebрил Ibrahim
Vice President of the State Litigation Authority

ملخص :

لا شك في أن المشرع المصري خص الأملاك العامة للدولة بحماية صارمة ومتنوعة تقتضيها طبيعتها القانونية باعتبارها أموال مخصصة للمنفعة العامة، وهو ما يميزها عن الأموال الخاصة للأفراد. ويلاحظ أن المشرع قد تعددت تدخلاته لتقرير الحماية القانونية للأملاك العامة، وذلك تبعاً لتعدد الأخطار التي قد تتعرض لها، فقد يكون مصدر هذه المخاطر هو التصرف فيها بصورة غير شرعية، كما قد يكون مصدر هذه الأخطار تعدي الأفراد عليها عن طريق شغل الأموال العمومية بطرق غير مشروعة، أو وضع اليد عليها لمدة طويلة، أو الحجز عليها، أو إلحاق أي ضرر بها قد يعرضها للتخريب أو التلف، ولذا تكفل المشرع بحماية هذه الأملاك بتشريعات إدارية، وأخرى مدنية، وثالثة جنائية صارمة.

- الكلمات المفتاحية: الأطر، التشريعية، حماية، أملاك الدولة، العقارية.

¹ Email : gebrelmohamed865@gmail.com

summary :

There is no doubt that the Egyptian legislator singled out the state's public property for strict and varied protection required by its legal nature as money allocated for the public benefit, which distinguishes it from the private funds of individuals.

It is noted that the legislator has made many interventions to determine the legal protection of public property, depending on the multiplicity of risks that may be exposed to it. The source of these risks may be illegal disposal of them, and the source of these risks may be the encroachment of individuals on them by illegally occupying public funds. , or seizing it for a long time, or seizing it, or causing any damage to it that may expose it to vandalism or damage, and therefore the legislator has ensured the protection of this property with administrative, civil, and third criminal legislation.

- **Keywords :** frameworks, legislative, protection, state property, real estate.

مقدمة :

عني المشرع عناية كبيرة بالتشريعات المتعلقة بحماية أملاك الدولة العقارية العامة منها والخاصة ، ولقد وردت هذه الحماية في الدساتير المصرية المتعاقبة وكان آخرها الدستور المصري الصادر في 2014 ، ونفاذاً لذلك فقد أصدر المشرع العديد من التشريعات بهدف حماية أملاك الدولة العقارية ، ومن هذه التشريعات قانون الري والصرف رقم 147 لسنة 2021 ، وقانون الأراضي الصحراوية رقم 143 لسنة 1981 ، وقانون الطرق العامة رقم 84 لسنة 1968 ، وقانون الطرق الداخلية رقم 140 لسنة 1956 ، وقانون المناجم والحجر رقم 86 لسنة 1956 ، كما وردت هذه الحماية في التشريعات العامة في مواد القانون المدني والقانون الجنائي وقانون الإدارة المحلية ، كما وردت في التشريعات الخاصة

ولا شك أن دراسة التشريعات المتعلقة بحماية أملاك الدولة العقارية ليست بالأمر السهل ، حيث أنها تشريعات متعددة ومتشعبة ، فالباحث في أملاك الدولة العقارية وحمايتها يتكبد عناء التعرض لسرد الأملاك العقارية للدولة العامة منها والخاصة ، ولا شك أن ذلك فيه مشقة كبيرة نظراً لتعدد التشريعات المتعلقة بهذه الأملاك وتنوعها⁽¹⁾.

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية لأموال الدولة العقارية - دراسة تطبيقية - دار النهضة العربية 2021 - ص 5 .

ومن جهة أخرى فإن التعدي علي هذه الأملاك تتنوع صوره ما بين الاستيلاء ، أو الانتفاع بدون وجه حق ، أو التخريب ، أو الإتلاف ، أو الإحراق ، أو الهدم ، إلي ما غير ذلك من أوجه التعديات ، ولكل صورة من صور هذه التعديات يرصد المشرع وسيلة لمواجهةها وحمايتها بالنص القانوني المناسب .

ولعل هذا التعدد في تشريعات أملاك الدولة يجد سببه في تنوع أملاك الدولة العقارية ، من أراضي زراعية داخل وخارج الزمام ، وأملاك الري والصرف ، وأراضي صحراوية ، وشواطئ ، وطرق عامة داخلية وإقليمية ، ومناجم ومحاجر ، كما تتعدد صور التعديات علي أملاك الدولة العقارية ما بين وضع اليد والانتفاع بدون وجه حق ، الاتلاف ، والتخريب وإلي غير ذلك من صور التعديات .

إشكالية الدراسة :

تثير هذه الدراسة إشكالية الجراءة المستمرة علي التعدي علي أملاك الدولة العقارية ، فبالرغم من اهتمام المشرع برصد التشريعات المتعددة لحماية أملاك الدولة العقارية ، إلي الحد الذي رصد معه المشرع العقوبات القاسية علي المتعدي علي أملاك الدولة العقارية ، إلا أن هذه التشريعات لم تقض علي هذه التعديات أو تمنعها بصورة قاطعة .

أهمية الدراسة :

تأتي أهمية هذه الدراسة من خلال موضوعها ، ونظراً لأهمية أملاك الدولة العقارية فقد نشط المشرع لحماية هذه الأملاك ، فلا يتدخل المشرع لتنظيم أي صورة من صور النشاط الإنساني إلا إذا كان هذا النشاط يمثل أهمية بالنسبة للفرد وللمجتمع علي حد سواء ، فالمشرع لا يتدخل للنهي عن ارتكاب أفعال محددة إلا إذا كان ارتكاب هذه الأفعال من شأنها أن تهدد بالخطورة مصالح اجتماعية مهمة .

وقد يري المشرع أن هناك أفعال يترتب علي ارتكابها الإخلال بمصلحة اجتماعية أو اقتصادية ، ولكن هذا الإخلال لم يكن إخلالاً جسيماً يمثل درجة عالية من الخطورة ، أو أن المصلحة ليست جوهرية بالقدر المهم ، ومن ثم يتدخل المشرع المدني أو الإداري فيضع لهذا الفعل جزاء مدنياً أو إدارياً ، ويكون موضوع النص علي هذه الجزاءات في القوانين المدنية أو الإدارية وليس القانون الجنائي .

الهدف من هذا الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلي بيان التشريعات المتعلقة بحماية أملاك الدولة العقارية ، ومن ثم الوصول إلي أعلي حماية ممكنة للممتلكات العقارية للدولة سواء العامة منها أو الخاصة ، بعد أن أصبح التعدي علي أملاك الدولة العامة والخاصة سلوك يهدد الأمن الاجتماعي ، وذلك نظراً لضعف العقوبات و الجزاءات المقررة لهذه التعديات ، ومن جهة أخرى عدم كفاية الإجراءات القانونية المقررة لحمايتها .

ومن ثم تهدف هذه الدراسة إلى رصد نقاط الضعف في هذه التشريعات ، وتقوية وسائل الحماية لأموال الدولة العقارية ، لتكون مثل هذه الخطوة رسالة قوية للمجتمع، مفادها أن الدولة لا يمكن أن تتسامح في التعدي علي أملاكها ، و لا تميز في تطبيق القانون بين شخص وشخص ، وأن زمن التعدي علي المال العام قد ولى وانقضي إلى غير رجعة .

منهج الدراسة :

اتخذت الدراسة المنهج التحليلي التطبيقي لبيان النصوص القائمة والمتعلقة بحماية أملاك الدولة العقارية ورصد هذه التشريعات وبيان مدي كفايتها ، مع الإشارة إلي السوابق القضائية في هذا الشأن .

خطة الدراسة :

تناولنا الدراسة ثلاث مباحث

المبحث الأول : مفهوم أملاك الدولة العقارية وأنواعها .

المبحث الثاني : الحماية الدستورية والقانونية لأموال الدولة العقارية .

المبحث الثالث : الحماية التشريعية لأموال الدولة العقارية بقوانين خاصة .

المبحث الأول

مفهوم أملاك الدولة العقارية وأنواعها

في إطار حمايته للأموال العامة فقد اعتمد المشرع علي خطة مبنها حماية الأموال العامة بصرف النظر عن كونها عقارات أم منقولات ، فأسبغ حمايته علي المنقول وعلي العقار فأورد الحماية علي الأموال العامة بوجه عام بالرغم من تعدد أنواعها وصورها⁽¹⁾، وحيث أن موضوع دراستنا هي الأملاك العقارية فسنعرض فيما يلي لمفهوم الأملاك العقارية للدولة وصورها علي النحو الآتي :

المطلب الأول : مفهوم الأملاك العقارية للدولة .

المطلب الثاني : أنواع الأملاك العقارية للدولة وصورها .

المطلب الأول

مفهوم أملاك الدولة العقارية

يهدف المشرع من وضع التشريعات المختلفة حماية المصالح العامة ، وصيانة الأملاك ذات النفع العام ، ولذلك فقد حدد المشرع مفهوم المال العام بوجه عام ، وذلك لإسبغ الحماية القانونية عليه ولحمايته من أي تعدد باعتباره مال مخصص لتحقيق المنفعة العامة ، ومن ثم يخضعه لمجموعة من القواعد القانونية التي تكفل له الحماية اللازمة .

ولقد نصت المادة 87 من القانون المدني المصري علي تعريف الأموال العامة بقولها :- " تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل ، أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص "

ومؤدي هذا النص أن أموال الدولة تشمل أموالاً عقارية و كذلك أموالاً منقولة ، فالأموال العقارية تتمثل أراضي الري والصرف ، والأراضي الصحراوية ، والطرق العامة ، والشواطئ ، والمناجم والحاجر ، أما الأموال المنقولة فتتمثل في العملات والنقود الخاصة بالوزرات والمؤسسات العامة ، والأوراق المالية المودعة في البنوك ، كما تتمثل في أثاث المرافق العامة وأدواتها المختلفة والسلع التمويينية المعدة للتوزيع وإلي غير ذلك من المنقولات .

ولقد عني المشرع بتعريف العقار وميزه عن المنقول فنص في المادة 82 منه علي أنه :-

(1) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية لأموال الدولة العقارية - مرجع سابق - ص 15 .

"1- كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وما عدا ذلك من شيء فهو منقول .

2- ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله .

ويتضح من هذا النص أن العقار هو كل شيء مستقر وثابت في مكانه ، ولا يمكن نقله دون تلف⁽¹⁾، وكل ما عدا ذلك من أشياء فهو منقول ، ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله ، ويتضح من ذلك أن العقار قد يكون عقاراً بطبيعته ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص⁽²⁾ .

أما المشرع الجنائي في هذا الصدد فله خصوصية تميزه عن المشرع المدني ، حيث توسع المشرع الجنائي في تحديد مفهوم المال العام فنص في المادة 119 من قانون العقوبات علي أنه :- " يقصد بالأموال العامة فى تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكاً لإحدى الجهات الآتية أو خاضعاً لإشرافها أو لإدارتها:

(أ) الدولة و وحدات الإدارة المحلية . (ب) الهيئات العامة والمؤسسات العامة و وحدات القطاع العام .

(ج) الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له . (د) النقابات والاتحادات

(هـ) المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام . (و) الجمعيات التعاونية

(ز) الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التى تساهم فيها إحدى الجهات المنصوص عليها فى الفقرات السابقة .(ج) أية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة.

ولا شك أن هذا النص يشمل جميع أنواع الأموال المملوكة للدولة بما فيها أملاك الدولة العقارية و كذلك أموالاً الدولة المنقولة ، فأسبغ عليها الحماية الجنائية ، مع ملاحظة أن الفقه الجنائي يميل إلي الاتجاه الذي يوسع من مفهوم المنقول والتضييق من مفهوم العقار ، و لذلك نجد في هذا الصدد أن للقانون الجنائي خصوصيته التي تميزه عن القانون المدني ، و الذي أعتبر كل ما يمكن نقله من مكانه بدون تلف فهو منقول ، فضييق من فكرة العقار بالتخصيص ، وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله .

⁽¹⁾ توجد حالات استثنائية تم فيها نقل عقارات مبنية مثلما حدث في نقل معبد فيلة بمعرفة منظمة اليونسكو ، ولكن هذه الحالة لا يمكن القياس عليها في المباني العادية.

⁽²⁾ د / عماد الفقي : الحماية الجنائية للحيازة من الناحية النظرية والعملية – القاهرة 2010 – ص 18 ..

المطلب الثاني

أنواع الأملاك العقارية للدولة وصورها

الأصل أن يكون العقار كذلك بطبيعته ، ويتصف بأنه مستقر بحيزه ثابت فيه ، ولا يمكن نقله دون تلف ، أي يتصف بصفة الاستقرار والثبات من جهة ، ويستحيل نقله من مكانه دون تغيير في ذاتيته ، أي دون أن يعتريه تلف أو خلل ، ويستوي في ذلك أن يكون الشيء قد اكتسب الاستقرار والثبات من أصل خلقة أو طبيعته ، مثل الأرض ، والأشجار ، والمباني ، والشواطئ ، والجبال ، أو أن يكون الشيء عقاراً بالتخصيص ، ويكون في الأصل شيء منقول ولكن تم إلحاقه بالعقار رسداً علي خدمة هذا العقار واستغلاله ، فهو عبارة عن منقول في الأصل ، وقام مالكة برصده لخدمة واستغلال عقار بطبيعته ، وهو أيضاً مملوك له ، فيكتسب الاستقرار والثبات عن طريق الصنع مثل المنشآت والمباني ، وطمبات المياه الثابتة ، والأشجار ، والأثاث ، وتفصيل ذلك فيما يلي :-

أولاً :- العقار بطبيعته :

وهو المال الثابت المستقر في حيزه ، ولا يمكن نقله دون تلف ، ومن أهم صور العقارات بطبيعتها ما يلي :-

الأراضي : يري الفقه أن الأراضي هي خير مثال للعقار لكونها ثابتة ومستقرة بحيزها ، ويقصد بها هنا أي نوع من الأراضي سواء كانت زراعية أو بور ، أو فضاء أو صحراوية ، وسواء كانت في المدن أو القري ، رملية أو طينية أو صخرية أو جيرية ، طالما كانت مستقرة في موقع ثابت (1) .

وتشمل الأرض سطحها ، دون ما يقام عليها من مبان أو زروع وتشمل الأرض ما في باطنها بعناصرها المختلفة من صخور وأحجار ومعادن وغير ذلك .

الأملاك البحرية : وتشمل شواطئ البحر المتوسط والبحر الأحمر والأراضي التي تتكون من طمي البحر والأراضي التي تتكشف عنها المياه والمراسي والأرصفة والأحواض والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة أو لم تتصل به وانفصلت عنه ، والبحيرات المملوكة للدولة ، وتمتد صفة المال العام إلي المنشآت التي تقيمها المحليات علي هذه الشواطئ ، حيث قضت محكمة النقض بأن :- " لما كان شاطئ البحر من الأملاك العامة ، وكانت الأكشاك التي تقيمها البلدية عليه لغرض تنظيم الانتفاع والاستمتاع به وتسييرها من الأملاك العامة بالتبعية والتخصيص (2) .

(1) د/عمر حمدي باشا : نقل الملكية العقارية - دار هوما - الجزائر ط 2000 - ص 519 .

(2) نقض مدني - جلسة 23 نوفمبر 1944 - مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً - الجزء الأول .

كما تشمل الأموال العامة البحرية الموانئ وهي الأماكن المعدة لاستقبال السفن علي طول امتداد الساحل ، وما يلحق بهذه الموانئ من مبان إدارية مخصصة للإدارة .

الأملاك العامة النهرية :

وتشمل نهر النيل بمياهه ومجراه ، وقاعه وفضافه وفروعه وما تنحسر عنه المياه من جزر ، وكذلك الأراضي الواقعة علي جسوره ، كما تشمل الأملاك العامة النهرية الترع والمصارف العامة ، وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم 147 لسنة 2021 بشأن الري والصرف ، ويشترط لكي تكون هذه الأملاك عامة أن تكون مدرجة في سجلات وزارة الموارد المائية والري ، وأن تكون الدولة هي المكلّفة بنفقات صيانتها ، فإذا تخلت الدولة عن ذلك فقدت هذه الأملاك صفتها كأملاك عامة وتحوّلت لأملاك خاصة للدولة .

وكذلك تعد من الأملاك العامة النهرية القناطر والسدود والمرافئ والكباري ، وكل المباني التي تقع بين جسري النهر ، مما يجعلها تدخل في نطاق الملكية العامة للدولة ⁽¹⁾ .

الأملاك العامة الجوية :

وهي تشمل المطارات المدنية والحربية ، والخطوط الجوية والمرات المخصصة لتأمين هبوط الطائرات ، وأبراج المراقبة والتجهيزات المقامة لخدمة حركة الطيران المدني والحربي ، ونشير إلي أن عنصر الجو يشمل الفضاء الجوي الذي يعلو إقليم الدولة كلها، بالقدر الذي تصل إليه كافة الوسائل الدفاعية لها ، فكل هذه الأملاك تعد من الأملاك العامة لكونها مملوكة للدولة ومخصصة للمنفعة العامة ⁽²⁾ .

المناجم والمحاجر: هي جزء من الأرض ، ومن ثم تعد عقاراً بطبيعتها ، فإذا ما استخرجت المعادن من من المناجم أو تم اقتلاع الأحجار من المحاجر فهذه المواد تصبح منقولات ⁽³⁾ .

أما الكنوز المدفونة أو المخبوءة في باطن الأرض فهي منقولات بطبيعتها ، فهي ليست جزءاً من الأرض .

الآثار: والآثار تكون عقاراً بطبيعتها إذا كانت بناءً مثبتاً في الأرض ، وتعتبر آثاراً عقارية الآثار المنقولة المثبتة في الأرض ، والتي يستحيل نقلها دون تلف كتماثيل بعض الشخصيات السياسية والتي تكون مثبتة في الميادين والتي يستحيل نقلها دون تلف ⁽⁴⁾ .

الأشجار و النباتات : هي عقارات بطبيعتها ، فكل ما تنتجه الأرض من ثمار ومحصول وزرع ، وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل ، ما دامت جذوره ممتدة في باطن الأرض وتعتبر عقار بطبيعتها كل الثمار والمحصولات

⁽¹⁾ نقض مدني - الطعن رقم 387 لسنة 43 ق جلسة 1981/12/2 .

⁽²⁾ نقض مدني - الطعن رقم 1648 لسنة 56 - جلسة 1996/4/11 - مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية والتجارية - السنة 47 .

⁽³⁾ المستشار/ أحمد عبد الظاهر الطيب : موسوعة التشريعات الجنائية - طبعة 2007 - ص 1331 .

⁽⁴⁾ د / نبيل محمود حسن : الحماية الجنائية للبيئة الأثرية - بدون دارنشر - ط 2013

والزروعات التي تثبت مباشرة في الأرض ، وتمتد جذورها فيها ؛ لاندماجها في الأرض ، وتعد كذلك الفاكهة والثمار التي تنتجها الأشجار والنخيل المغروسة في الأرض ، فإذا ما تم جنيها فتصبح منقولة والنباتات والأشجار والنخيل تعد عقاراً بطبيعته ، بسبب اندماجها في الأرض ، والأرض هي التي تغذيه ، وهي التي تضفي عليه صفة العقار، ومتي زال اندماجها بالأرض زال عنها وصف العقار⁽¹⁾.

أما المباني والمنشآت : فهي تعتبر عقارات بطبيعتها لاندماجها في الأرض ، والاندماج هو الذي يضفي عليها صفة الثبات ومن ثم صفة العقار ، فالأرض هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت ، ولا تصبح المنشآت عقاراً إلا إذا اندمجت في الأرض ، وأصبحت ثابتة ومستقرة ، ولا يمكن نقلها إلا إذا تم هدمها ، وقد تكون المنشآت فوق سطح الأرض ، كالمساكن والكباري ، وقد تكون أسفل سطح الأرض كالأنفاق والآبار .

ثانياً :- العقار بالتخصيص :

فكرة العقار بالتخصيص تجد مصدرها وأساسها في القانون المدني ، لكنها لم تجد صدي مشابه في القانون الجنائي للاختلاف في الطبيعة والذاتية بين القانونين ، ففي القانون المدني فإن العقار بالتخصيص هو في حقيقته منقول بطبيعته ، ولكن تم إلحاقه بالعقار رسداً علي خدمة هذا العقار واستغلاله ، فهو عبارة عن منقول في الأصل ، وقام مالكة برصده لخدمة واستغلال عقار بطبيعته ، وهو أيضاً مملوك له⁽²⁾ ، كأن يضع صاحب فندق الأثاث اللازم لاستغلاله ، وكذلك المزارع الذي يثبت ماكينة الري علي أرضه ، وصاحب المصنع الذي يضع المواير في مصنعه ، وصاحب المحل الذي يثبت فاترينات العرض علي واجهة محله⁽³⁾.

وفي هذه الحالة ترتبط هذه المنقولات بالعقار الذي خصصت له رسداً لخدمته واستغلاله ، حتي يصبح كل من العقار والمنقولات وحدة اقتصادية واحدة لا تتجزأ ، والعقار هو الذي يضفي علي المنقولات صفة العقار بالتخصيص ، ويعتبرها القانون عقاراً بالتخصيص عن طريق فكرة الافتراض القانوني⁽⁴⁾.

ويشترط في المنقول بطبيعته ليتحول إلي عقاراً بالتخصيص أن تكون الدولة مالكة للعقار و مالكة للمنقول المخصص لخدمة هذا العقار ، بمعنى أن يكون العقار وما يخص لخدمته من المنقولات المرتبطة به

(1) د / نبيل عبد الحميد سيد أحمد : مصلحة الأملاك الأميرية وسياسة إصلاح واستغلال الأرض الزراعية في مصر 1913 حتي 1946 - مكتبة نانسي - ط 2010 - ص 14 .

(2) نصت المادة 82 من القانون المدني علي أنه :- " 1- كل شيء مستقر بجزءه ثابت فيه ، لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . 2- ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً علي خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

(3) تكمن أهمية التفرقة بين العقار بالتخصيص وبين المنقول في أنه عندما يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص فإنه يأخذ حكم العقار الأصلي ، وتسري عليه الأحكام التي تسري عليه ، ففي حالة الرهن والإيجار والبيع لا يفصل عن العقار الأصلي ، وفي حالة الحجز لا يجوز الحجز عليه مستقلاً .

(4) د / عماد الفقي : الحماية الجنائية للحيازة من الناحية النظرية والعملية - القاهرة 2010 - ص 18 .

مملوكين للدولة ، فإذا تخلف هذا الشرط فقد المنقول المخصص لخدمة العقار صفته كعقار بالتخصيص ، حتي وإن خصص بالفعل لخدمة العقار⁽¹⁾.

كما يشترط أيضاً أن يكون المنقول مخصص لخدمة العقار أو استغلاله لا لخدمة المالك ؛ لأن العقار هو الذي يضيف علي المنقول صفته ، ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، إذ قد ينتهي التخصيص بعد فترة معينة سواء كانت طويلة أو قصيرة ، ويكفي في التخصيص ألا يكون بصفة عرضية ، ولا يشترط أن يكون التخصيص ضرورياً ، بل يكفي التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك⁽²⁾.

ويجب فضلاً عن ذلك أن يكون التخصيص فعلياً لخدمة العقار أو استغلاله ، وذلك بأن تكون الخدمة واقعية وفعليه ؛ بحيث إن فقد هذا العقار بالتخصيص تعطلت منفعة العقار الأصلي ، ونقص استعماله ، ولا يكفي مجرد وجود نية للمالك في الاستغلال دون التخصيص بالفعل⁽³⁾.

ويترتب علي وضع المنقول في خدمة العقار أو استغلاله ، أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، وهذا يعني أن المنقول وإن ظل محتفظاً بطبيعته كمنقول يصير في حكم العقار ، فهو منقول بطبيعته وعقاراً حكماً ، وصيرورته كذلك هو افتراض قانوني ، والغرض من جعل المنقول غير قابل للانفصال عن العقار لتوقي ما ينجم من ضرر عن هذا الانفصال فالمنقول قد ألحق بالعقار علي سبيل الثبات والاستقرار لخدمته واستغلاله ، فلو أمكن فصله عنه بأي طريقة كالحجز عليه مستقبلاً ، لأدي ذلك إلي إلحاق أضرار بالعقار ؛ لأن الأخير يفقد عنصراً هاماً من عناصر استغلاله أو خدمته ، أما إذا ما اعتبر عقاراً بالتخصيص ، لم يمكن عزل المنقول عن العقار ، ويظل الأول في خدمة واستغلال الثاني باعتباره وحده لا تتجزأ .

وعندما بزوال التخصيص الفعلي ، يعود العقار بالتخصيص إلي طبيعته الأولي ، ويرجع منقولاً بطبيعته ، ويتم ذلك عن طريق انفصال أو انقطاع المنقول عن أن يكون مرصوداً لخدمة العقار أو استغلاله ، وذلك عن طريق قيام المالك بنزع المنقول من العقار ، ويخصه لأغراض آخري ، فيزول بذلك التخصيص الفعلي وتزول معه إرادة المالك في التخصيص ، وفي هذه الحالة تعود للمنقول صفته الأصلية ، ويعود منقولاً بطبيعته ما لم يخص لخدمة عقار آخر⁽⁴⁾.

(1) نقض مدني - الطعن رقم 267 لسنة 36 ق - جلسة 1972/1/20 - س 23 ع 1 - ق 13 - ص 76 .

(2) نقض مدني - الطعن رقم 325 لسنة 21 ق - جلسة 1955/2/10 - س 6 ع 2 - ق 84 - ص 639 .

(3) مستشار دكتور / محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية لأموال الدولة العقارية - مرجع سابق - ص 54 .

(4) نقض مدني - الطعن رقم 1582 لسنة 52 ق - جلسة 1983/3/2 - س 34 - ق 130 - 621 .

ويلاحظ أن المشرع المصري في القانون المدني قد ساق الكثير من الشروط لإسباغ الصفة العقارية علي المنقولات بالتخصيص ، حتي يمكن اعتبار أنها عقارات ، كلزومها لخدمة العقار الأصلي ، ووحدة المالك ، في حين أن القانون الجنائي قد استغني عن ذلك ، ونظر إلي العقارات بالتخصيص نظرة واقعية .

فالمشرع الجنائي المصري فلم يجهد نفسه بالتعرض لتعريف العقار أو المنقول ، وإن كان الفقه الجنائي قد أضطلع بهذه المهمة ، وقد ضيق من مفهوم العقار وفقاً للمعيار الذي اعتمده القانون المدني ، إذا لا يتقيد الفقه الجنائي بالشروط الخاصة بكل من العقار والمنقول ، ويرجع ذلك إلي ذاتية القانون الجنائي التي تهدف إلي حماية الأموال بشكل أكبر ، خصوصاً فيما يتعلق بالأموال المنقولة .

فالقانون الجنائي يعتمد علي نظرة واقعية بحتة فيما يتعلق بالعقار ، وهو ما يجعل العقارات بالتخصيص تخرج من نطاق العقارات وتدخل في نطاق المنقولات ، حيث يكون منقولاً كل ما يمكن نقله من مكان لآخر ، أو إخراجها من حيازة لآخري ، حتي وإن كان يعد عقاراً وفقاً لمفهوم القانون المدني ، وهو ما يعني أن العقارات بالتخصيص ليس لها وجود في القانون الجنائي .

ومؤدي ذلك التضييق من نطاق العقارات في مجال القانون الجنائي ، أن يعتبر منقولاً كل عقار بالتخصيص وما يعد مرصوداً لخدمة العقار متي كان يمكن نقله من مكان لآخر ، حتي وإن حدث فيه بعض التلف عند النقل ، فلا يشترط في المنقول في القانون الجنائي ألا يترتب علي نقله حدوث تلف به ، وذلك علي خلاف القانون المدني ، فالعبرة إذاً في القابلية للنقل ، مثال ذلك الأبواب ، والنوافذ ، فمناط اعتبار المال منقولاً قابلاً للسرقة هو مجرد قابليته للنقل من مكان لآخر ، ومن يد لآخري ، ولو لم يكن بذاته منقولاً في حكم القانون المدني⁽¹⁾ .

(1) نقض جنائي - الطعن رقم 204 لسنة 31 ق جلسة 1980/12/3 مجموعة أحكام النقض س 31 رقم 204 - ص 1059 .

المبحث الثاني

الحماية الدستورية والقانونية لأملاك الدولة العقارية

نظراً لأهمية الأملاك العقارية للدولة فقد تعددت النصوص التي تكفل حمايتها ، فنجد المشرع الدستوري قد اعتنى بتكريس هذه الحماية ، كما تناثرت هذه النصوص في القوانين المختلفة ، ومن ذلك القانون المدني وفي القانون الجنائي ، وفي قانون الإدارة المحلية ، ونعرض ذلك فيما يلي :

المطلب الأول

الحماية الدستورية لأملاك الدولة العقارية

عني المشرع الدستوري بالنص علي حماية الملكية بوجه عام ، والملكية العامة علي وجه الخصوص ، بالرغم من الحماية الدستورية للملكية العامة ، والتي وردت في دستور عام 2014 .

حيث نصت المادة 32 من الدستور المصري علي أن :- " موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة ، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك "

و قد نصت المادة 33 من ذات الدستور المصري علي أنه : " تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاث ، الملكية العامة ، والملكية الخاصة ، والملكية التعاونية "

كما نصت المادة 34 من ذات الدستور علي أنه : " للملكية العامة حرمة ، لا يجوز المساس بها ، وحمايتها واجب وفقاً للقانون " .

إلا أن هذه النصوص الدستورية بالرغم من سمو غايتها وعلو مرتبتها، فلم تمنع وجود بعض التعديلات علي أملاك الدولة ، وقد يرجع ذلك إلي أنها تفتقر إلي القواعد التي تضمن تنفيذها ، وتسعي لتحقيقها ، في ظل عدم وضع المشرع للوسائل العملية والتنفيذية لحماية أملاك الدولة .

فحتي وإن وجدت النصوص العقابية النظرية التي تجرم التعدي علي هذه الأملاك إلا أن آليه تنفيذها ظلت غائبة ، فامتدت أيادي الطامعين إلي هذه الأملاك في غيبة الحماية الواقعية لأملاك الدولة تنزع منها بدون خوف أو ردة ، ومن جهة أخرى فإن الجزاءات التي رصدتها المشرع للمتعتدي علي أملاك الدولة لم يتوافر فيها الردع الذي يمنع من محاولة ارتكاب هذه التعديلات .

المطلب الثاني

حماية أملاك الدولة العقارية في نصوص القانون المدني

من مظاهر الحماية لأملاك الدولة العقارية ما ورد في القانون المدني في المادة 87 ، وفي المادة 970 اللتان لا تميزان تملك الأموال العامة أو الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم ، وتمنح الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة التعدي الواقع عليها إدارياً⁽¹⁾ ، وتفصيل ذلك علي النحو الآتي :

تنص المادة 87 من القانون المدني علي أنه :-

- 1- تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص
- 2- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

كما تنص المادة 970 من القانون المدني المعدلة بالقوانين 147 لسنة 1957 ، 39 لسنة 1959 ، 55 لسنة 1970 علي أنه :-

" و لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني علي هذه الأموال بالتقادم "

فلا يجوز التعدي علي الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة...وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق ازالته إدارياً ...

ونشير إلي أن كسب ملكية أملاك الدولة بالتقادم اختلف بعد عام 1957 عنه ما قبل هذا التاريخ ، حيث أن نص المادة 970 من القانون المدني - قبل تعديلها بالقانون رقم 147 لسنة 1957 والقانون رقم 55 لسنة 1970 - كانت تميز تملك أملاك الدولة بالتقادم إذا دامت الحياة ثلاثاً وثلاثين سنة ، إلا أنه بعد عام 1957 وبصدور القانون 147 لسنة 1957 حظر المشرع تملك هذه الأملاك بالتقادم⁽²⁾ .

(1) د / محمد عبد الحميد ابو زيد : حماية المال العام - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية 1978 ، و أ / السيد عبد الوهاب عرفة : أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء المادتين 87 و 970 من القانون المدني - المكتب الفني للموسوعات القانونية بالإسكندرية - ص 23 .

(2) نقض مدني - الطعن رقم 1970 لسنة 58 ق - جلسة 2006/3/25 .

المطلب الثالث

حماية أملاك الدولة العقارية في نصوص قانون الإدارة المحلية

تضمن قانون الإدارة المحلية نصوصاً تتعلق بحماية أملاك الدولة العقارية ، ويطلق عليها الحماية الإدارية هي ما نصت عليها المادة 21 من القانون رقم 43 لسنة 1979 الخاص بالحكم المحلي والتي تعطي الجهة الإدارية صاحبة الشأن الحق في إزالة تعدي المتعدين علي أملاك الدولة بالطريق الإداري .

فتنص المادة 26 من قانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 والمعدلة بالقانون رقم 50 لسنة 1981 والقانون رقم 145 لسنة 1988 تنص علي أنه :- "وللمحافظ أن يتخذ جميع الإجراءات الكفيلة بالمحافظة علي أملاك الدولة العامة والخاصة وإزالة ما يقع عليها من تعديات بالطريق الإداري " .

ومؤدي هذه النصوص أن المشرع قد أجاز للدولة اتخاذ الطريق الإداري ضد المعتدي على أملاكها ، والطريق الإداري هو قيام الجهة ذات الولاية على أملاك الدولة بإصدار قرار بإزالة التعديات، ويتم إلزام المعتدي بتكاليف تنفيذ ذلك القرار .

المطلب الرابع

حماية أملاك الدولة العقارية وفقاً لقانون العقوبات

لقد تبني المشرع الجنائي في حمايته للأموال العامة خطة معينة ، وهذه الخطة تستند إلي تقسيم الأموال العامة إلي فئتين : الفئة الأولى هي الأموال المنقولة ، والفئة الثانية هي الأموال الثابتة أو العقارية .

ولقد ظل الاهتمام السائد دائماً هو الاهتمام بحماية أموال الدولة المنقولة ، فعني القانون الجنائي دائماً بتوفير الحماية الجنائية للمال العام المنقول ضد الاستيلاء والاختلاس والتربح والغدر⁽¹⁾ .

في حين أن أملاك الدولة العقارية لم تحظي بالحماية الجنائية الكاملة مثلما حظيت أموال الدولة المنقولة ، وليس ذلك وحسب ، بل حتي لم تحظي بالحماية التي حظيت بها الأملاك العقارية المملوكة للأفراد ، التي تم حظر مجرد دخولها أو التعدي عليها وإتلافها⁽²⁾ .

ولا شك أن القصور في الحماية الجنائية لأموال الدولة له عواقب وخيمة ، إذ يشجع عدم توقيع العقاب علي مرتكبي هذه التعديات علي تسهيل نهب هذه الأملاك في ظواهر متكررة ومشينة ، وتصرفات مجرمة من بعض ضعفاء النفوس ، وفاسدي الذمم الذين يستحلون ما ليس لهم .

(1) د/رفيق محمد سلام : الحماية الجنائية للمال العام - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية 1994 - 43 .

(2) ظلت أملاك الدولة العامة والخاصة بدون حماية جنائية لما يقرب من أكثر من سنة وخمسين يوماً عندما قضي بعدم دستورية المادة 372 من قانون العقوبات .

ومن جهة أخرى فإن تقرير ملكية الدولة تكون عديمة الجدوى إن لم يكن هناك وسائل وأدوات فعالة لحمايتها ، فالملكية المجردة إلا من الوجود النظري دون قواعد رادعة لحمايتها علي أرض الواقع ، تكون معرضة للضياع والفقْد والإتلاف في أي وقت ⁽¹⁾.

وحيث أن القوانين القائمة بالرغم من شدتها وصرامتها فإنها أصبحت غير كافية لكبح جماح أطماع المتعدين علي أملاك الدولة العامة والخاصة وفرض الأمر الواقع علي حيازتهم عليها ، بسبب وجود بعض الثغرات القانونية التي يستطيع أن ينفذ منها المتعدين .

ونعرض فيما يلي للنصوص الواردة في قانون العقوبات والمتعلقة بحماية أملاك الدولة العقارية :

الحماية الجنائية لأملاك الدولة العامة أو الخاصة ضد التعدي بغرض الانتفاع :

تنص المادة 372 مكرراً من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم 164 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 علي أنه :- " كل من تعدي علي أرض زراعية ، أو أرض فضاء ، أو مبان مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو لوقف خيري أو لإحدى شركات القطاع العام أو لأي جهة أخرى ينص القانون علي اعتبار أموالها من الأموال العامة أو في حيازة أي منها ، وذلك بزراعتها أو غرسها أو إقامة إنشاءات عليها أو شغلها أو الانتفاع بها بأي صورة ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد علي خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنية ولا تزيد علي مليون جنية .

ويحكم علي الجاني برد العقار المغتصب بما عليه من مبان أو غراس أو برده مع إزالة ما عليه من تلك الأشياء علي نفقته ، فضلاً عن دفع قيمة ما عاد عليه من منفعة .

فإذا وقعت الجريمة بالتحايل ، أو نتيجة تقديم إقرارات أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة مع العلم بذلك ، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد علي سبع سنوات وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنية ولا تزيد علي مليون جنية . وتضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين في حالة العود " ⁽²⁾ .

الحماية الجنائية لوسائل الإنتاج وعقارات ومنقولات الدولة ضد التخريب بغرض الإضرار بالاقتصاد القومي :

تناولت المادة 89 مكرراً من قانون العقوبات الحماية الجنائية للعقارات ووسائل الإنتاج من التعدي بالتخريب ، حيث نصت علي أنه :- " كل من خرب عمداً بأي طريقة إحدى وسائل الإنتاج أو أموالاً ثابتة

⁽¹⁾ د / جابر محجوب علي ، ود / فايز عبد الله الكندري : اكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد -دراسة نظرية وعملية في القانونين الكويتي والمصري - ط 2005 - ص 54 .

⁽²⁾ ورد نص هذه المادة في الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات .

أو منقولة لإحدى الجهات المنصوص عليها في المادة 119 بقصد الإضرار بالاقتصاد القومي يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد ، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ترتب علي الجريمة إلحاق ضرر جسيم بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها ، وإذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب ، ويحكم علي الجاني في جميع الأحوال بدفع قيمة الأشياء التي خربها ، ويجوز أن يعفي من العقوبة كل من بادر من الشركاء من غير المحرضين علي ارتكابها بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة بعد تمامها وقبل صدور الحكم النهائي فيها ⁽¹⁾ .

التعدي علي أملاك الدولة باستخدام المفرقات :

تدخل المشرع المصري لحماية العقارات المملوكة للدولة والمعدة للنفع العام ضد تخريبها باستخدام المفرقات ، فنصت المادة 102 (ب) من قانون العقوبات علي أنه :- " يعاقب بالإعدام كل من استعمل مفرقات بنية ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة 87 أو بغرض ارتكاب قتل سياسي أو تخريب المباني والمنشآت المعدة للمصالح العامة أو للمؤسسات ذات النفع العام أو للاجتماعات العامة أو غيرها من المباني أو الأماكن المعدة لارتياح الجمهور " ⁽²⁾ .

التعدي بالهدم والإتلاف للمباني المعدة للنفع العام أو الأعمال ذات القيمة التذكارية :

العلاقة بين القانون الجنائي وبين أملاك الدولة علاقة وطيدة ، فلا توجد مناسبة إلا ويتدخل بالحماية الجنائية المناسبة ، وفي هذا الإطار فقد نصت المادة 162 من قانون العقوبات علي أنه :-

" كل من هدم أو أتلف عمداً شيئاً من المباني أو الأملاك أو المنشآت المعدة للنفع العام أو الأعمال المعدة للزينة ذات القيمة التذكارية أو الفنية، وكل من قطع أو أتلف أشجاراً مغروسة في الأماكن المعدة للعبادة أو في الشوارع أو في المنتزهات أو في الأسواق أو في الميادين العامة يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد علي خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فضلاً عن الحكم عليه بدفع قيمة الأشياء التي هدمها أو أتلفها أو قطعها، ويضاعف الحد الأقصى للعقوبة إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي " .

تخريب أملاك الدولة تنفيذاً لغرض إرهابي أو في زمن هياج أو فتنة :

قد يقع التعدي علي أملاك الدولة بصورته البسيطة ، وقد يقع هذا التعدي تنفيذاً لغرض إرهابي ، أو قد يحدث في زمن هياج أو فتنة ، ولقد تناول المشرع المصري هذه الجريمة في صورتها البسيطة ، كما تناولها في صورتها المشددة حال ارتكابها تنفيذاً لغرض إرهابي ، أو ارتكابها في زمن هياج أو فتنة ، فنصت المادة 90

(1) تم إضافة هذه المادة بموجب القانون رقم 63 لسنة 1975 .

(2) تنص المادة 87 من قانون العقوبات علي أنه :- " يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد كل من حاول بالقوة قلب أو تغيير دستور الدولة أو نظامها الجمهوري أو شكل الحكومة ، فإذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالإعدام من ألف العصابة وكذلك من تولى زعامتها أو تولى فيها قيادة ما "

من قانون العقوبات علي أنه :- " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين كل من خرب عمداً مباني أو أملاكاً عامة أو مخصصة لمصالح حكومية أو للمرافق العامة أو للمؤسسات العامة أو الجمعيات المعتبرة قانوناً ذات نفع عام.

ويضاعف الحد الأقصى للعقوبة المقررة في الفقرة السابقة إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي ، وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد إذا وقعت الجريمة في زمن هياج أو فتنة أو بقصد إحداث الرعب بين الناس أو إشاعة الفوضى .

وتكون العقوبة الإعدام إذا نجم عن الجريمة موت شخص كان موجوداً في تلك الأماكن، ويحكم على الجاني في جميع الأحوال بدفع قيمة الأشياء التي خربها " .

ويلاحظ أن هذا النص لم يجعل زمن الهياج أو الفتنة ، أو قصد إحداث الرعب بين الناس أو إشاعة الفوضى شرط أو ركن من أركان الجريمة ، ولكنه جعله ظرفاً مشدداً لها ، وتدرجت العقوبة المقررة لها بما يتناسب مع الآثار المترتبة علي فعل التخريب .

الحماية الجنائية ضد احتلال أحد المباني العامة بالقوة :

تضمنت المادة 90 مكرراً من قانون العقوبات الحماية الجنائية للمباني العامة أو المخصصة لمصالح حكومية أو مرافق عامة أو لمؤسسات ذات نفع عام ضد الاحتلال بالقوة حيث نصت علي أنه :-

" يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد كل من حاول بالقوة احتلال شيء من المباني العامة أو المخصصة لمصالح حكومية أو مرافق عامة أو لمؤسسات ذات نفع عام.

فإذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة يعاقب بالإعدام من ألف العصابة ، وكذلك من تولى زعامتها أو تولى فيها قيادة ما " (1) .

الحماية الجنائية ضد تكوين عصابة لاغتصاب أو نهب أملاك الدولة :

مثلما لم تسلم أملاك الدولة من الاغتصاب والنهب من قبل الأفراد ، فإنها لم تسلم أيضاً من الاغتصاب والنهب من قبل العصابات المنظمة التي تحمل السلاح ، لذلك فقد تدخل المشرع الجنائي بالحماية لهذه الأملاك ، فنصت المادة 93 من قانون العقوبات علي أنه :-

(1) المادة 90 مكرراً مستبدلة بالقانون رقم 112 لسنة 1957 والمعدلة بالقانون 95 لسنة 2003 .

" يعاقب بالإعدام كل من قلد نفسه رئاسة عصابة حاملة للسلاح أو تولى فيها قيادة ما، وكان ذلك بقصد اغتصاب أو نهب الأراضي أو الأموال المملوكة للحكومة أو لجماعة من الناس أو مقاومة القوة العسكرية المكلفة بمطاردة مرتكبي هذه الجنايات ، ويعاقب من عدا هؤلاء من أفراد العصابة بالسجن المشدد "

وتنص المادة 94 من قانون العقوبات علي أنه :- " يعاقب بالسجن المشدد كل من أدار حركة العصابة المذكورة في المادة السابقة أو نظمها أو أعطاها أو جلب إليها أسلحة أو مهمات أو آلات تستعين بها على فعل الجناية وهو يعلم ذلك أو بعث إليها بمؤنات أو دخل في مخابرات إجرامية بأي كيفية مع رؤساء تلك العصابة أو مديريها وكذلك كل من قدم لها مساكن أو محلات يأوون إليها أو يجتمعون فيها وهو يعلم غايتهم وصفتهم ".

ونخلص مما تقدم أنه إذ لم تُعد الجزاءات المدنية ولا الإدارية كافية لمواجهة التعديات علي الأملاك العامة ، ولذلك برزت أهمية القانون الجنائي في التنظيم التشريعي لحماية الأملاك العامة بوضع العقوبات الجنائية المناسبة ، والتي تتفاوت في جسامتها بحسب جسامته التعدي الذي وقع علي الأموال العامة ، وتبدو التفرقة بين الحماية المدنية وبين الحماية الجنائية للأملاك العامة في أن القانون المدني عندما يتدخل لحماية الحقوق والمصالح فإنه يتطلب وجوب أن يتسبب عن الفعل ضرراً ما ، وهذا الضرر هو الذي يجب جبره بالوسائل المختلفة ، أما القانون الجنائي فتبرز ذاتيته في مجال حماية أملاك الدولة في أن الحماية تنصب علي المصلحة ، فيعاقب علي الفعل بصرف النظر عما يترتب عليه من نتائج ، ولذلك فإن الكثير من الأفعال التي جرمها المشرع وتنازل من هذه الأملاك تدخل في عداد جرائم الخطر ، فتنشأ الجريمة حتي وإن لم يترتب علي ارتكابها حدوث أي نتيجة ضارة بهذه الأملاك العامة .

المبحث الثالث

الحماية التشريعية لأملاك الدولة العقارية بقوانين خاصة

نظراً لتعدد أملاك الدولة العقارية وتنوع صورها ، فقد تنوعت التشريعات التي تتعلق بهذه الأملاك علي حسب نوعيتها وطبيعتها ، فصدرت تشريعات تتعلق بالأراضي الصحراوية ، وأملاك الري والصرف ، والطرق العامة ، والمناجم والحاجر ، والشواطئ ، ونعرض فيما يلي لهذه التشريعات علي النحو الآتي :

المطلب الأول

الحماية التشريعية للأراضي الصحراوية

تنص المادة الأولى من القانون رقم 143 لسنة 1981 بشأن الأراضي الصحراوية علي أنه :-

"في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالأراضي الصحراوية الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة، والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين .

ويقصد بالزمام حد الأراضي التي تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصرت في سجلات المساحة وفي سجلات المكلفات وخضعت للضريبة العقارية على الأطنان. وبالنسبة للمحافظات الصحراوية يعتبر زماما كردون المدن والقرى القائمة في تاريخ العمل بهذا القانون والتي تقام مستقبلا وحتى مسافة كيلو مترين. ويصدر رئيس مجلس الوزراء قرارا بتحديد ما يعتبر من المحافظات الصحراوية في تطبيق أحكام هذا القانون. وتعتبر في حكم الأراضي الخاضعة لهذا القانون ، أراضي البحيرات التي يتم تجفيفها أو الداخلة في خطة التجفيف لأغراض الاستصلاح والاستزراع "

تنص المادة 10 من ذات القانون علي أنه :- " يحظر على أي شخص طبيعي أو معنوي أن يجوز أو يضع اليد أو يتعدى على أي جزء من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وفيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذاً لخطة الدفاع عن الدولة يحظر إجراء أية أعمال أو إقامة أية منشآت أو غراس أو اشغال بأي وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة. ويقع باطلا كل تصرف أو تقرير لأي حق عيني أصلي أو تبعي أو تأجير أو تمكين بأي صورة من الصور على تلك الأراضي يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ولكل ذي شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. ويزال وضع اليد المخالف بالطريق الإداري بقرار من الوزير المختص بناء على طلب رئيس الهيئة المختصة ، وبقرار من وزير الدفاع بالنسبة للأراضي التي تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية، ويتحمل واضع اليد تكاليف إزالة البناء أو المزروعات أو المغروسات القائمة بالأرض وغيرها من الأعمال المخالفة، وللهيئة أو للقوات المسلحة بحسب الأحوال استبقاء ما ترى استبقاؤه منها واعتباره ملكا للدولة "

وتنص المادة 23 من ذات القانون علي أنه :- " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، يعاقب كل من يتعدى على أرض من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ومع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من يقدم إقرارات يعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من يقدم إقرارات أو يدلي ببيانات غير صحيحة مع علمه بذلك يترتب عليها انتفاعه أو انتفاع غيره دون وجه حق بأرض من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون سواء كان ذلك باقتضاء تعويض لا يستحقه أو باستئجار أو بتمليك هذه الأراضي ، وذلك فضلا عن الحكم على المخالف برد قيمة ما قبضه بغير حق علاوة على بطلان التصرف ومصادرة المبالغ التي يكون المخالف قد أداها للدولة وتتعد العقوبات بتعدد المخالفات وتضاعف في حالة العود.

ويعفى من العقوبة كل من قام بتسليم الأرض المعتدى عليها ، كما يعفى من العقوبة كل من بادر من تلقاء نفسه بتصحيح البيانات غير الصحيحة التي يكون قد أدلى بها أو اشترك في الآلاء بها بأي وجه من الوجوه.

المطلب الثاني

الحماية التشريعية لمنافع الري والصرف

صدر قانون الموارد المائية والري برقم 147 لسنة 2021، وتضمن عدم جواز إجراء أي عمل خاص داخل حدود الأملاك العامة ذات الصلة بالموارد المائية والري ، أو إحداث تعديل أو ترميم فيها إلا بترخيص من الوزارة لمدة لا تزيد على عشر سنوات قابلة للتجديد بعد أداء رسم لا يجاوز مقداره خمسمائة ألف جنيه، ويستحق نصف الرسم عند تجديد الترخيص .

وأناط القانون باللائحة التنفيذية وضع شروط وضوابط الترخيص وفئات هذا الرسم، وفي حالة إقامة أية منشآت أو أعمال على الأملاك العامة ذات الصلة بالموارد المائية والري دون ترخيص تزال بالطريق الإداري.

ولقد حدد هذا القانون الأملاك العامة ذات الصلة بالموارد المائية والري كالآتي :

١ - مجرى نهر النيل وجسوره ، بما في ذلك الأراضي والمنشآت الواقعة بين تلك الجسور ما لم تكن مملوكة ملكية خاصة للدولة أو لغيرها .

٢ - المجارى المائية وجسورها ، بما في ذلك الأراضي والمنشآت الواقعة بين تلك الجسور ما لم تكن مملوكة ملكية خاصة للدولة أو لغيرها .

٣ - مخرات السيول ومنشآت الحماية التي تشرف عليها الوزارة .

٤ - المنشآت الخاصة بموازنة مياه الري والصرف أو وقاية الأراضي أو المدن أو القرى من طغيان المياه أو من التآكل ، وكذلك المنشآت الصناعية الأخرى المملوكة للدولة ذات الصلة بالري والصرف والمقامة داخل الأملاك العامة .

٥ - حوض بحيرة ناصر وحوض منخفضات توشكى وقناة مفيض توشكى و أي أحواض أخرى تحددها الوزارة .

٦ - الأراضي التي تحددها الوزارة حول الآبار الجوفية التابعة لها لحمايتها ولضمان حسن استخدامها والأراضي التي تقوم الوزارة بأعمال الشحن الصناعي للمياه الجوفية فيها .

٧ - الأراضي التي تنزع ملكيتها للمنفعة العامة لأغراض تنمية وإدارة واستخدام الموارد المائية أو تلك الأراضي المملوكة للدولة وتخصص هذه الأغراض .

٨ - أراضي طرح النهر الواقعة داخل وخارج حدى حرم النهر ويستثنى من ذلك الأراضي المملوكة ملكية خاصة للدولة أو لغيرها⁽¹⁾ .

وتنص المادة الثالثة من ذات القانون على أنه :- " مع عدم الإخلال بأى تصرفات سابقة أو مراكز قانونية مستقرة ، تنتقل إلى الوزارة الولاية على جميع الأراضي والعقارات من أملاك الدولة العامة ذات الصلة بالموارد المائية والري ، والمشار إليها فى المادة (٢) من هذا القانون "

وتحدد بقرار من الوزير الأراضي والعقارات من الأملاك العامة ذات الصلة بالموارد المائية والري والتي ينتهى غرض تخصيصها للمنفعة العامة ، على أن يحدد القرار إما تخصيص كل أو جزء من هذه الأراضي لإدارة أملاك الدولة بهدف تحقيق مصلحة عامة أو احتفاظ الوزارة بكل أو جزء من هذه الأراضي لخدمة أحد أنشطة الوزارة الحالية أو المستقبلية .

وتتولى الوزارة إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضي التي ينتهى غرض تخصيصها للمنفعة العامة ، وتمارس سلطات المالك فى كل ما يتعلق بشئونها وفقاً لأحكام قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ وقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ ، وذلك كله بعد أخذ رأى وزارة الدفاع والإنتاج الحربى .

وتنص المادة (65) من ذات القانون على أنه :- " مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون وجميع القوانين الأخرى واختصاصات الجهات والهيئات المقررة بقوانين أخرى ، يحظر ارتكاب أى من الأعمال الآتية :

(1) انظر نص المادة الثانية من القانون رقم 147 لسنة 2021 بشأن الموارد المائية والري .

١- إقامة أى مبان أو منشآت أو إجراء أية أعمال فى المنطقة المحظورة وجسور نهر النيل وفرعيه ويستثنى من ذلك أعمال النفع العام وبعد موافقة وزارة الدفاع والإنتاج الحربى واللجنة العليا للتراخيص والاعتماد من الوزير مع الالتزام باشتراطات الوزارة ، وذلك فى مدة أقصاها ستون يوماً من تاريخ استيفاء الأوراق .

٢- إقامة أية براطيم ملحقة بمراسى العائمات السياحية (ثابتة ، متحركة) فى مجرى نهر النيل وفرعيه ، ويجوز بعد العرض على اللجنة العليا للتراخيص وموافقة الوزارة إنشاء مشاية لربط الشاطئ بالعائمة طبقاً للنماذج المعدة من الوزارة، كما يُحظر إنشاء أية عائمات جديدة إلا بموافقة مسبقة من الوزارة .

وفى حالة الترخيص تتم أعمال إنشاء العائمات وصيانتها بالورش المتخصصة المعتمدة من الهيئة العامة للنقل النهري ، وتعفى وزارة الدفاع والإنتاج الحربى من هذه الموافقة .

٣- رسو أى من العوامات أو الذهبيات بأنواعها المختلفة على شاطئ النيل وفرعيه أو أى مجرى مائى عام ، دون ترخيص من الوزارة .

٤- إقامة أية منشآت فى حدود حرم مأخذ مياه الشرب من نهر النيل وفرعيه والذى يحدد بمسافة ٥٠٠ متر أعلى التيار و٢٠٠ متر أسفل التيار، دون ترخيص من الوزارة.

٥- عمل أى منشآت على مجرى نهر النيل وفرعيه ، أو عمل أى حمايات أو تكسيات أو واجهات للميول والمساطيح إلا بناءً على دراسات فنية متخصصة وتحت إشراف الوزارة وطبقاً لاشتراطاتها .

٦- إقامة أى منشآت سياحية أو نواد أو غيرها فى منطقة مجرى نهر النيل وفرعيه إلا بترخيص من الوزارة وطبقاً لاشتراطاتها .

٧- إحلال وتجديد أو إجراء تعديل أو إضافات للمباني والمنشآت عدا أعمال النفع العام السابق حصولها على ترخيص بالمنطقة المحظورة مع إزالتها بعد انقضاء الترخيص ، وكذلك إزالتها فى حالة عدم صلاحيتها الفنية أو الإنشائية ، مع إزالة المباني والإنشاءات غير الحاصلة على ترخيص وتنتفى مسئولية الوزارة عند حدوث غرق لهذه المباني والمنشآت .

العقوبات المقررة للتعدي علي أملاك الدولة العقارية ذات الصلة بالري والصرف :

وتنص المادة (106) من ذات القانون على أنه :- " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أى حكم من أحكام البنود (٧،٦،٤،٣،٢،١) من المادة (٦٥) ، والفقرة الثالثة من المادة (٧٠)، والبندين (٣،١/أ) من المادة (٨٤) ، والمواد (٩٣،٩٢،٩١،٨٨،٨٧) . وتضاعف العقوبة فى حالة العود .

المطلب الثالث

الحماية التشريعية للطرق العامة في القانون رقم 84 لسنة 1968 وتعديلاته

تعتبر الطرق المخصصة للمنفعة العامة ، أي المخصصة لمرور الجمهور من أملاك الدولة العامة ، سواء كانت هذه الأملاك قد خصصت للمنفعة العامة بالطريق الرسمي أو خصصت بالفعل ، بأن يكون الطريق أو الشارع مطروقا يمر فيه الجمهور منذ مدة طويلة أو أن تكون جهة الإدارة قد تولت العناية بالطريق أو الشارع وتعهده بالرصف والإنارة⁽¹⁾ .

ولا يشترط أن يكون هذا الطريق قد أنشأ علي نفقة الدولة ، أو أن توجد جهة تشرف عليه ، حتي يعتبر هذا الطريق من الأملاك العامة ، فيكفي أن يكون الانتفاع به والمرور عليه مباحاً للكافة ، وأن يكون مستطرقاً لمدة زمنية كافية ، وتمر به المرافق من إنارة وميعة وصرف ، حتي وإن كان أصل هذا الطريق من الأملاك الخاصة للأفراد ولكنهم سمحوا للكافة باستخدامه ، فإنه يصبح بذلك من الأملاك العامة للدولة⁽²⁾ .

وذلك بعكس الطريق الخاص الذي يخصصه المالك علي نفقته للمرور عليه للوصول إلي ملكه الخاص ، فهذا الطريق يكون مملوكاً ملكية خاصة لصاحبه ؛ وذلك لعدم الانتفاع به من الكافة ، واستخدامه من يكون قاصر علي ملاكه فقط وهم أشخاص محدودين ، ومن ثم يظل هذا الطريق مملوكاً ملكية خاصة ، ويجوز للمالكة منع غيره من المرور فيه ، ويجوز له قفله .

ولقد صدر القانون رقم 229 لسنة 1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 84 لسنة 1968 بشأن الطرق العامة ونص في مادته الأولى علي أنه :-

تنقسم الطرق العامة إلى الأنواع الآتية :

(أ) طرق حرة .

(ب) طرق سريعة .

(ج) طرق رئيسية .

(د) طرق محلية .

(1) مستشار / عبد الرحيم علي علي : أملاك الدولة العامة ومنازعاتها - ص 82 .

(2) نقض مدني - في الطعن رقم 5 لسنة 48 ق جلسة 1983/12/1 - س 34 - ص 1757 .

وتنشأ الطرق الحرة والسريعة والرئيسية وتعطل وتحدد أنواعها بقرار من وزير النقل، وتشرف عليها الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري ، أما الطرق المحلية فتشرف عليها وحدات الإدارة المحلية " .

ولقد استهدف المشرع من توزيع الاختصاص بين الهيئة العامة للطرق والكباري ، وبين أجهزة الحكم المحلي بسط الرعاية علي كافة أجزاء الطريق من الجهتين ، و درء الأخطار التي تهدد أمنه في كل الأماكن ، وتوفير ضمانات وصلاحيات حركة المرور في كل الأحوال ، عن طريق إزالة كل المعوقات والعراقيل بالتوسعة والتحسين⁽¹⁾ .

وتنص المادة الثالثة من ذات القانون علي أنه :- "مع عدم الإخلال بأحكام قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقانون رقم 43 لسنة 1979، تتحمل الخزانة العامة للدولة تكاليف إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية والأعمال الصناعية اللازمة لها وصيانتها، كما تتحمل وحدات الإدارة المحلية التكاليف المشار إليها بالنسبة للطرق المحلية." .

ويتضح من ذلك أن الطرق العامة تنقسم إلي طرق عامة تشرف عليها الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري ، وإلي طرق عامة تشرف عليها وحدات الإدارة المحلية وهي الطرق المحلية ، ونشير إلي أن الطرق الحرة والطرق السريعة ، والطرق الرئيسية الداخلة في حدود المدن والقرى وتمر عليها ، تسري عليها أحكام القانون 84 لسنة 1968 وتعديلاته ، وتشرف عليها تبعاً لذلك الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري .

فمحل الحماية الجنائية هنا هي الطرق التي تخضع لأحكام هذا القانون وهي الطرق العامة التي تشرف عليها الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري ، أما الطرق المحلية والميادين الأخرى فتخضع لحماية أخرى يقرها القانون رقم 140 لسنة 1956 وتعديلاته بشأن إشغال الطرق⁽²⁾ .

ونلاحظ عدم دقة مصطلح الطرق المحلية ، للإشارة إلي الطرق الداخلة في حدود القرى والمدن ، فهذه التسمية غير دقيقة؛ لأن كل الطرق تعتبر محلية ولا يوجد ما يطلق عليه طرق دولية ، ولم يكن في ذهن المشرع الإشارة إلي الطرق الدولية في هذا الشأن ، فكان الأولي تسميتها بالطرق الداخلية .

ونشير أيضاً إلي أن هذا القانون رقم 84 لسنة 1968 وتعديلاته لا يسري علي جسور النيل والترع والمصارف التي تشرف عليها وزارة الموارد المائية والري ، وكذلك لا يسري هذا القانون علي الطرق الخاصة التي يقيمها المالك علي نفقته الخاصة للمرور عليها للوصول إلي ملكه الخاص ، فهذه الطرق تكون مملوكة

(1) إدارية عليا - الطعن رقم 2005 لسنة 32 - جلسة 1990/1/27 س 35 - ص 862 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 13179 لسنة 63 ق جلسة 1999/10/16 مكتب فيني - السنة 50 - ص 536 .

ملكية خاصة لأصحابها ، واستخدامها يكون قاصر علي ملاكها فقط وهم أشخاص محدودين ، ومن ثم تظل هذه الطريق مملوكة ملكية خاصة ، ويجوز لملاكها منع غيرهم من المرور فيها ، ويجوز لهم تبعاً لذلك غلقها⁽¹⁾ ، فلا يمكن اعتبار طريقاً ما أنه من الأملاك العمومية إلا إذا كانت الحكومة تملكه أو أنها قد قامت بجميع الإجراءات التي يفرضها عليها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة⁽²⁾ ، ولا يستفاد من ترك الطريق لمرور الغير أنه طريق عام إذ يمتثل أن يكون المرور مبنياً علي التسامح الذي لا يكسب حقاً⁽³⁾ .

التجريم لا يشمل الأراضي الواقعة علي جانبي الطريق العام :-

التجريم المقرر في القانون رقم 84 لسنة 1968 وتعديلاته، لا يسري علي الأراضي الخاصة الواقعة علي جانبي الطرق العامة ، حيث لا تعتبر هذه الأراضي جزء من الطرق العامة ، أو ملحقة بها ، فلا تأخذ في مقام الحماية حكم الطرق العامة ذاتها ، ولا يأخذ التعدي عليها في مقام التجريم حكم الأفعال المخالفة التي تقع علي الطرق العامة ذاتها⁽⁴⁾ .

ولذلك يقرر المشرع بعض القواعد الخاصة التي تخضع لها الأراضي الواقعة علي جانبي الطريق العام ، وذلك بفرض بعض القيود الإدارية عليها⁽⁵⁾ ، فتعتبر ملكية الأراضي الواقعة علي جانبي الطرق العامة لمسافة خمسين متراً بالنسبة إلي الطرق السريعة ، وخمسة وعشرين متراً بالنسبة للطرق الرئيسية ، وعشرة أمتار بالنسبة إلي الطرق الإقليمية ، وذلك خارج نطاق الأورنيك النهائي المحدد بمحددات المساحة طبقاً لخرائط نزع الملكية المعتمدة لكل طريق ، محملة لخدمة أغراض هذه الطريق بالأعباء الآتية :

(أ) لا يجوز استغلال هذه الأراضي في أي غرض غير الزراعة ، ويشترط عدم إقامة أية منشآت عليها .

(ب) ولا يسري هذا الحكم داخل حدود مجالس المدن إلا في الأجزاء المارة بأراضي زراعية .

(ج) وللجهة المشرفة علي الطريق أن تأخذ من تلك الأراضي الأتربة اللازمة لتحسين الطريق ووقايته بشرط عدم تجاوز العمق الذي يصدر بتحديد قرار من مجلس إدارة المؤسسة ويؤدي لأصحاب هذه الأراضي تعويض عادل .

⁽¹⁾ نقض جنائي - الطعن رقم 239 لسنة 50 ق جلسة 1999/4/27 مكتب في - ق 50 - ص 57 .

⁽²⁾ نقض مدني - الطعن رقم 16 لسنة 3ق - جلسة 1933/12/7 س 1 - ص 277 .

⁽³⁾ نقض مدني - الطعن رقم 251 لسنة 22 ق - جلسة 1995/12/22 - س 6 - ص 1608 ..

⁽⁴⁾ نقض جنائي - الطعن رقم 11573 لسنة 60 ق - جلسة 1997/6/11 مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئتين العامتين للمواد الجنائية والمدنية في أربعين عاماً من 1960 - 2000 .

⁽⁵⁾ نقض جنائي - الطعن رقم 9041 لسنة 59 ق جلسة 1990/2/2 س 41 - ص 392 .

ومؤدي ما سبق أن الأراضي الواقعة علي جانبي الطرق العامة لمسافة خمسين متراً بالنسبة إلي الطرق السريعة ، وخمسة وعشرين متراً بالنسبة للطرق الرئيسية ، وعشرة أمتار بالنسبة إلي الطرق الأقليمية تحمل بعض القيود والتي حصلها أنه لا يجوز استغلال هذه الأراضي في أي غرض غير الزراعة ، ويشترط عدم إقامة أية منشآت عليها ، ولا يسري هذا الحكم داخل حدود مجالس المدن إلا في الأجزاء المارة بأراضي زراعية ، وللجهة المشرفة علي الطريق أن تأخذ من تلك الأراضي الأتربة اللازمة لتحسين الطريق ووقايته بالصورة التي لا تضر بهذه الأراضي⁽¹⁾.

وبالرغم من كل هذه القيود إلا أن هذه الأراضي لا تعتبر جزء من الطريق العام ولم تلحق به بحيث يمكن أن تأخذ في مقام التجريم حكم الأعمال المخالفة التي تقع في الطريق العام ذاته ، وحيث أنه لا يجوز القياس في مجال التجريم ، ومن ثم فلا يمكن أن تنطبق مواد تجريم التعدي علي الطريق العام ، علي المخالفات التي تقع علي الأراضي الواقعة علي جانبي الطريق⁽²⁾.

المطلب الرابع

الحماية التشريعية للطريق الداخلية

وتنص المادة الأولى من القانون رقم 140 لسنة 1956 بشأن أشغال الطرق العامة علي أنه :- " تسري أحكام هذا القانون علي الميادين والطرق العامة علي اختلاف أنواعها أو وصفها الداخلة في حدود البلاد التي لها مجالس بلدية "

وتنص المادة الثانية من هذا القانون علي أنه :- " لا يجوز بغير ترخيص من السلطة المختصة أشغال الطريق العامة في اتجاه أفقي أو رأسي وعلي الأخص بما يأتي :-.....

(1) أعمال الحفر والبناء والهدم والرصف و مد الأنابيب والأسلاك فوق أو تحت سطح الأرض ووضع حجر تفتيش المجاري أو عمل فتحات أو مزلقانات وما شابه ذلك ..

(2) وضع أرفف وحاملات للبضائع ومظلات (تندات) وسقائف وما شابه ذلك

(3)

(4) وضع بضائع ومهمات وفتريبات ومقاعد ومناضد وصناديق وأكشاك و تخاشيب وما شابه ذلك

وتنص المادة (8) من ذات القانون علي أنه :- " يبين في الترخيص مدته والشروط التي يجب علي المرخص له إتباعها والرسم المستحق والتأمين ولا يسري الترخيص إلا بالنسبة إلي نوع الأشغال الذي

(1) إدارية عليا - الطعن رقم 3707 لسنة 29 ق - جلسة 1986/5/31 - س 31 - ص 1780 .

(2) نقض جنائي - الطعن رقم 11573 لسنة 60 ق - جلسة 1997/6/11 - مشار إليه في مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئتين العامتين للمواد الجنائية والمدنية في أربعين عاماً من 1960 - 2000 - إعداد المستشار يحيى إسماعيل - ط 2000 - ص 500 وما بعدها .

أعطي من أجله وهذا الترخيص شخصي وينتهي بوفاة المرخص له ولا يجوز التنازل عنه إلا بموافقة السلطة المختصة بعد تقديم طلب من المتنازل إليه وسداد رسم النظر....."

وتنص المادة (9) من ذات القانون علي أنه : " للسلطة المختصة وفقا لمقتضيات التنظيم والأمن العام والصحة أو حركة المرور أو الآداب العامة أو جمال تنسيق المدينة أن تصدر قرارا بإلغاء الترخيص أو بإنقاص مدته أو المساحة المرخص في أشغالها علي أن ترد رسم الإشغال كله أو جزء منه بنسبة ما انقص من مدة الترخيص أو مساحة الأشغال حسب الأحوال "

كما تنص المادة (13) من ذات القانون علي أنه :- " إذا حدث إشغال بغير ترخيص جاز للسلطة المختصة إزالته بالطريق الإداري علي نفقة المخالف إذا كان هذا الإشغال مخلا بمقتضيات التنظيم أو الأمن العام أو الصحة أو حركة المرور أو الآداب العامة أو جمال تنسيق المدينة .

المطلب الخامس

الحماية التشريعية للمناجم والمحاجر

تنص المادة 3 من القانون رقم 86 لسنة 1956 الخاص بالمناجم والمحاجر علي أنه :-

" يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية الاقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر - عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال التي توجد في المحاجر التي تثبت ملكيتها للغيرهذا فضلا عن ادارة استغلال تلك المناجم والمحاجر يكون علي سبيل الترخيص مقابل رسم معين منصوص عليه في هذا القانون"

ولقد استقرت احكام الادارية العليا علي أنه:-

(المناجم والمحاجر تعتبر من اعمال المنفعة العامة - أساس ذلك - تعلقها بالثروة القومية للبلاد وارتباطها بصفة خاصة بعمليات البناء والاسكان - المشرع ميز مشروعات المناجم والمحاجر ببعض الامتيازات تقديرا منه لأهميتها للثروة القومية والاقتصاد الوطني أثر ذلك :- 1- عدم جواز الحجز علي الآلات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم والمحاجر3- نزع ملكية الاراضي غير المملوكة للحكومة اللازمة لتشغيل هذه المناجم وتعتبر الأراضي اللازمة لهذه الاغراض من الاموال العامة -

(.....)

الطعن رقم 41 لسنة 30 ق ع جلسة 1985/1/4 المكتب الفني "30" الجزء الاول ص 757 القاعدة

المطلب السادس

الحماية التشريعية للشواطئ

حيث تنص المادة الأولى من قانون البيئة الصادر بالقانون رقم 4 لسنة 1994 علي أنه :-

" يقصد في تطبيق أحكام هذا القانون بالألفاظ والعبارات الآتية المعني المبينة قرين كل منها "الجهة الإدارية المختصة بحماية البيئة المائية : هي احدي الجهات التالية كل فيما يخصها: جهاز شئون البيئة (ب)مصلحة الموانئ والمناير (ج)هيئة قناة السويس (د)هيئات الموانئ بجمهورية مصر العربية (هـ)الهيئة المصرية العامة لحماية الشواطئ (و)الهيئة المصرية العامة للبتروزل (ز) الإدارة العامة لشرطة المسطحات المائية (ح) الهيئة العامة للتنمية السياحية (ط) الجهات الأخرى التي يصدر بتحديدتها قرار من رئيس مجلس الوزراء وتنص المادة الخامسة من ذات القانون علي أنه :-

" يقوم جهاز شئون البيئة برسم السياسة العامة وإعداد الخطط اللازمة للحفاظ علي البيئة وتنميتها ومتابعة تنفيذها بالتنسيق مع الجهات الإدارية المختصة وله أن يضطلع بتنفيذ بعض المشروعات التجريبيةوللجهاز في سبيل تحقيق أهدافه :-

= إعداد الدراسات عن الوضع البيئي وصياغة الخطة القومية لحماية البيئة

= الاشتراك في إعداد الخطة القومية المتكاملة لإدارة المناطق الساحلية بالبحر المتوسط والبحر الأحمر بالتنسيق مع الهيئات والوزارات المعنية ..

وحيث تنص المادة 73 من ذات القانون علي أنه :-

(يحظر إقامة أية منشآت علي الشواطئ البحرية للجمهورية لمسافة مائتي متر إلي الداخل من خط الشاطئ لا بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة ، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون الإجراءات والشروط الواجب إتباعها في هذا الشأن)

وتنص المادة 74 من ذات القانون علي أنه :-

(يحظر إجراء أي عمل يكون من شأنه المساس بخط المسار الطبيعي للشاطئ أو تعديله دخولا في مياه البحر أو انحسارا عنه إلا بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون الإجراءات والشروط الواجب إتباعها في هذا الشأن)

وتنص المادة 75 من ذات القانون علي أنه :-

" لممثلي الجهات الإدارية المختصة كل فيما يخصه بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة دخول منطقة الحظر المذكور بالمادتين رقمي 73 و74 من هذا القانون للاطلاع علي ما يجري بها من أعمال فإذا تبين لهم أن إعمالا أجريت أو شرع في إجرائها مخالفة للأحكام السابقة يكلف المخالف برد الشيء لأصله وإلا تم وقف العمل إداريا ورد الشيء لأصله علي نفقة المتسبب والمستفيد متضامين وتحصل القيمة بطريق الحجز الإداري ."

خاتمة :-

تناولنا في الدراسة بيان مفهوم أملاك الدولة العقارية ، وأنواعها ، كما تناولنا الأطر التشريعية لحماية أملاك الدولة الواردة في القوانين العامة ، وكذلك القوانين الخاصة ، فشرحنا الحماية الجنائية لأملاك الدولة ذات الصلة بالري والصرف ، ثم تناولنا الحماية التشريعية للأراضي الصحراوية ، وبعدها عرضنا الحماية التشريعية للطرق العامة والداخلية ، وأخيراً الحماية التشريعية للشواطئ العامة ، وبيننا من خلال الدراسة هدف المشرع من هذه التشريعات والذي تمثل في الحد من التعدي الواقع علي أملاك الدولة العقارية ، ومنع المنازعات المتعلقة بها .

- نتائج الدراسة :-

خرجنا من هذه الدراسة بعدة نتائج من أهمها وجود صعوبة في تطبيق التشريعات المتعلقة بأملاك الدولة العقارية نظراً لترامي أطراف هذه الأملاك واتساعها .

كما أن تعدد التشريعات المتعلقة بحماية أملاك الدولة ، وغموض الهدف منها في بعض الأحيان أدى إلي تشتت هذه الحماية وتقليل فاعليتها ، فبالرغم من تعدد وكثرة النصوص التشريعية المتعلقة بحماية أملاك الدولة العقارية ، إلا أنها لم تنجح في منع التعدي علي هذه الأملاك بصورة متوازنة ، حيث أنها تفتقر إلي القواعد التي تضمن تنفيذها ، في ظل عدم وضع المشرع للوسائل العملية والتنفيذية لحماية أملاك الدولة ، وغياب آليه تنفيذها ، فامتدت أيادي الطامعين إلي هذه الأملاك في غيبة الحماية الواقعية لأملاك الدولة ، الأمر الذي يستوجب إعادة النظر في هذه التشريعات ، وإزالة ما بها من قصور .

كما أدى تعدد الجهات المشرفة علي أملاك الدولة إلي عرقلة نفاذ التشريعات المتعلقة بأملاك الدولة ، فقد بينت الدراسة تتعدد الجهات التي تشرف علي أملاك الدولة ما بين الوحدات المحلية ، والوزارات ، والهيئات العامة ، فالأراضي داخل الزمام المعدلة للبناء والأراضي القابلة للاستزراع تشرف عليها المحافظة والوحدات المحلية ، وأراضي طرح النهر والبحيرات الجففة والمتآخمة والممتدة خارج الزمام حتي مسافة 2 كم يتولى الأشراف عليها الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية ، والأراضي الصحراوية تشرف عليها الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية وذلك بالنسبة للأراضي المحددة منها للاستصلاح الزراعي ، أما ما يخص لإقامة المجتمعات العمرانية الجديدة فيخضع لإشراف الهيئة العامة للمجتمعات العمرانية الجديدة ، وأما ما يخص لغرض إقامة مناطق سياحية فيخضع للهيئة العامة للتنمية السياحية ، وكل ذلك بخلاف مسافة الكيلو مترين بعد الزمام اللذين تشرف عليهما الوحدات المحلية ، وكذلك ما تشرف عليه القوات المسلحة من هذه الأراضي الصحراوية .

- التوصيات التي تضعها الدراسة :

أولاً: -توصي الدراسة بتوحيد الجهة التي تشرف علي أملاك الدولة ، لوضع المسؤولية علي عاتق جهة واحدة ، ولا تتعدد الجهات التي تشرف علي هذه الأملاك ، فلا شك أن ذلك التعدد في الجهات التي تشرف علي أملاك الدولة يمثل عقبة في حماية هذه الأملاك ؛ وذلك لأن كل جهة تتصل عن مسؤوليتها ، وتلقي بالمسؤولية علي الجهة الأخرى ، ولذلك فكان من اللازم توحيد الجهة التي تشرف علي هذه الأملاك ، ولعل صندوق مصر السيادي المنشأ حديثاً يكون له دور في ذلك التوحيد .

ثانياً: - توصي الدراسة بفرض الحماية المادية الواقعية علي أملاك الدولة وذلك عن طريق إنشاء إدارة خاصة لإزالة أي تعدٍ يقع علي أملاك الدولة علي غرار بوليس حفظ الدومين العام في فرنسا ، وذلك حتي يسند لهذه الإدارة مهمة إزالة أي تعدٍ فوري علي العقارات المملوكة للدولة سواء أكانت طرقاً عامة أو أراضي أو شواطئ أو غيرها .

ثالثاً: - توصي الدراسة بأن يتم توفير الإمكانيات المادية للجهات الإدارية لفرض الحماية علي أملاكها، فيتم حراسة أملاك الدولة التي تقع في أماكن بعيدة عن نظر الجهات الإدارية ، ويتم ذلك عن طريق تقنين الانتفاع بها أما عن طريق جهة الإدارة ذاتها ، أو عن طريق غيرها علي أن يتم ذلك بصورة محددة وواضحة .

رابعاً: - حل مشكلة تداخل أملاك الدولة مع أملاك الأفراد الخاصة عن طريق فرز وتجنيد الأملاك العامة ووضع الحدود والعلامات عليها بحيث تكون معلومة للجميع ، وفي هذا الشأن يجب الاستفادة من فكرة التصوير الجوي ، والذي يمكن عن طريقه استصدار شهادة من قسم التصوير الجوي بإدارة حماية الأراضي التابعة لمديرية الزراعة ، وذلك للاستفادة من التجربة الناجحة لوزارة الزراعة بمنع أو منح الترخيص علي الأرض الزراعية في حالات الإحلال والتجديد ، فالتصوير الجوي يعد من الوسائل المفيدة في وقف الزحف علي الأراضي الصحراوية المتاخمة للقري بطول امتداد الوادي ، وكذلك في الأراضي الساحلية

خامساً: - التوجيه بتكليف الهيئة المصرية العامة للمساحة بحصر جميع الملكيات العامة بالدولة، اعتماداً على السجلات والدفاتر والخرائط المساحية الخاصة بها ، ففي مجال الملكية الخاصة فإن الفرد الذي يمتلك عقاراً يسعى إلي توثيق الأوراق التي تدل وتثبت ملكيته ، وما أحوج الجهات الإدارية إلي هذا المسلك ، فيلزمها السعي إلي استخراج المستندات المستحدثة التي تكون دليلاً علي ملكية الدولة للعقار ، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق إعداد شهادة تصدر من هيئة المساحة من واقع سجلاتها عن أعمال السجل العيني القديم والحديث تتضمن كشف ملاك القطعة ، وتكون لهذه الشهادة الحجية الكاملة في الأثبات ، وخصوصاً أن هيئة المساحة ليست طرفاً في أي نزاع في غالب الأحيان .

سادساً: - توصي الدراسة أيضاً بتوثيق عقود الانتفاع التي يضع بموجبها المنتفعين بأملاك الدولة يدهم علي هذه الأملاك ، ويجب تحديد هذه العقود ووضوحها وبيان حدودها وأحكامها ، فيتم السماح بالانتفاع بها

من الأفراد بموجب عقود واضحة ومحددة ، بشرط أن يكون الانتفاع بطريقة لا تؤدي إلى تغيير معالم هذه الأملاك ، ويجب أن تحرر عقود الانتفاع بأملاك الدولة الخاصة موقعة من المنتفعين يسبقها طلب موقع عليه من المنتفع أيضاً ، وبذلك يتم دحض أي شبهة لتملك هذه الأملاك ، أو أي شبهة لإجبار المنتفع علي سداد مقابل الانتفاع ، فالمعمول به حالياً في شأن تقنين أوضاع المنتفعين بأملاك الدولة هو تقدم المنتفع بطلب إلي الجهة الإدارية لتقنين وضعه بالنسبة لهذه الأراضي ، إلا أن ذلك لا يعد مناسباً فيما يتعلق بأملاك الدولة ، والأولي بذلك أن يكون تقنين وضع اليد عن طريق حكم قضائي يصدر من المحكمة المختصة ، ويعد ذلك مناسباً وملائماً لهذه الأملاك ذات الأهمية البالغة .

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- د/ أحمد صبحي العطار : جرائم الاعتداء علي المصلحة العامة - دراسة في القسم الخاص من قانون العقوبات المصري - الهيئة المصرية العامة للكتاب - 1993 .
- د/ أحمد عبد اللطيف : جرائم الأموال العامة دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية - دار النهضة العربية 2005 .
- أ/ أحمد محمد عبد اللطيف : جرائم الأموال العامة - دار النهضة العربية - طبعة 2002 .
- الأستاذ/ السيد عبد الوهاب عرفة : أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء المادتين 87 و 970 من القانون المدني - الناشر المكتب الفني للموسوعات القانونية بالإسكندرية .
- المستشار / بهاء المري : جرائم الأموال - الجزء الأول - جرائم العدوان علي المال العام - العربية للنشر والتوزيع - طبعة 2018 .
- المستشار / بولس فهمي : جرائم العدوان علي المال العام في التشريع المصري بين النظرية والتطبيق الهيئة المصرية العامة للكتاب - ط 2020 .
- د/ جابر محجوب علي ، د فايز عبد الله الكندري : اكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد - دراسة نظرية وعملية في القانونين الكويتي والمصري - 2005 .
- المستشار الدكتور / رفيق محمد سلام : جرائم المال العام - علماً وعملاً - دار النهضة العربية .
- د/ رفعت محمد رشوان : الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - دار النهضة العربية - طبعة 2001 .
- د / سمير الششتاوي : الموسوعة الذهبية في قضايا الأموال العامة - المجلد الخامس - مركز العدالة للمحاماة والاستشارات القانونية - طبعة 2006 .
- د / سمير كامل : النظام القانوني لتملك الأراضي الصحراوية - دار النهضة العربية - سنة 1981 .
- المستشار / عبد الرحيم علي علي : أملاك الدولة العامة ومنازعاتها في ضوء الفقه والقضاء - طبعة 2001 .

- المستشار / عبد الفتاح حسن أبو كريشة : الحلول العملية لمشكلات التعدي علي أملاك الدولة المعروضة أمام القضاء - ملحق العدد الثالث مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة السابعة والأربعون - يوليو - سبتمبر 2003 .
- د/ فايز عايد الظفيري : الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي - لجنة التأليف والتعريب والنشر .
- د/ محمد جبريل إبراهيم : الحماية الجنائية لأموال الدولة العقارية - دراسة تطبيقية - دار النهضة العربية 2021 .
- د/ محمد عبد الحميد أبو زيد : حماية المال العام - دار النهضة العربية - طبعة 1978 .
- د/ محمد عبد الشافي إسماعيل : الحماية الإجرائية للمال العام في التشريع المصري - دار النهضة العربية 1999 .
- د/ نبيل محمود حسن : الحماية الجنائية للبيئة الأثرية - طبعة 2012 .
- أ / نوفل علي عبد الله صفو الدليمي : الحماية الجزائية للمال العام - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بالجزائر - ط 2005 .

**مبادئ النظام الأسري بين المرجعية
الإسلامية والمرجعية الدولية لحقوق الإنسان**

**Principles of the family system between the Islamic
reference and the international reference for human rights**



نجاة بوعريب¹؛ دكتورة

في الشريعة والقانون ، كلية

الشريعة، جامعة ابن زهر أكادير، المغرب

**Najat Bouarib : Doctor of Chariaa and Law
Faculty of Sharia , Ibn Zohr University, Agadir/Morocco**

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

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

ملخص:

تعتبر الأسرة الخلية الأولى في بناء المجتمع، لذلك نجد أن الإسلام قد اهتم بنظام الأسرة، ووضع لها القواعد و النظم التي تضمن لها البقاء و تحقق لها الاستقرار والتوازن، هكذا حددت المرجعية الإسلامية للأسرة أهم مقوماتها و أسسها خاصة مبدأ المساواة والمعايشة بالمعروف والعدل.

أما المرجعية الأهمية التي تشكل أساسا من مجموعة من الاتفاقيات والوثائق والإعلانات التي تعمل على ترسيخ فلسفة المساواة الندية بين الجنسين: الرجل والمرأة، تحت شعارات عديدة أهمها: العدالة، القيم الكونية، الأهمية، حقوق المرأة، مناهضة العنف ضد النساء... فنجد أن مبدأها الأساس هو الحرية المطلقة القائمة على الفردية والشهوانية على اعتبار أن الفردية هي المبدأ الفلسفي المنظم للعمران الاجتماعي بالغرب، فاللبنة الأساس في بناء المجتمع الغربي هي الفرد وليست الأسرة.

انطلاقا مما سبق، يروم هذا المقال التفصيل الإطار النظري والخلفية الفكرية التي تحكم كلاً من المرجعية الإسلامية والمرجعية الأهمية -الدولية في تحديد مبادئ الأسرة كنظام اجتماعي أساسي لبناء المجتمع السليم، ونقصد بالمرجعية هنا المصدر الذي تستمد منه كل من المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية مبادئها ومركزاتها المرجعية.

• الكلمات المفتاحية : المرجعية الإسلامية — العدل — المساواة — المرجعية الأهمية — الفردانية.

Abstract :

The family is considered the first cell in building society, so we find that Islam has paid attention to the family system in general, and set rules and systems for it that guarantee its survival and achieve stability and balance. This is how the Islamic reference for the family identified its most important components and foundations, especially the principle of equality and cohabitation with kindness and justice.

As for the international reference, which mainly consists of a group of agreements, documents and declarations that work to consolidate the philosophy of equal equality between the sexes: men and women, under many slogans, the most important of which are: justice, universal values, internationalism, women's rights, combating violence against women..., we find that Its basic principle is absolute freedom based on individualism and sensuality, given that individualism is the philosophical principle organizing social development in the West. The basic building block of Western society is

the individual, not the family.

Based on the foregoing, this article aims to detail the theoretical framework and intellectual background that governs both the Islamic reference and the UN-international reference in defining the principles of the family as a basic social system for building a healthy society. By reference, we mean here the source from which both the Islamic reference and the international reference derive their principles and foundations.

Key words : Islamic reference _ justice _ equality _international reference_ individuality.

مقدمة :

عملت الشريعة الإسلامية على تحديد أسس ومبادئ الأسرة المستقرة، حيث يحظى نظام الأسرة بمكانة عالية ومقدسة في البناء المجتمعي، فقد خصها الله سبحانه وتعالى بتشريعات دقيقة تخص كل فرد من أفرادها، كما أحاطها بسياج أخلاقي تعاقدي كفيل بإنشاء نسل مشروع، مبتعداً بالأسرة عن المقاييس المغلوطة الضيقة التي تحصر الزواج في مربع الغرائز الإنسانية الجنسية.

من هذا المنطلق، أقر الإسلام مبدأ المساواة بين الذكر والأنثى في القيمة الإنسانية، فاعتبر أن الرجل والمرأة متساويان أمام الله عز وجل في الخلقة والتكوين، وهما أيضاً متساويان في الحقوق والواجبات داخل الأسرة وخارجها، يقول تعالى في وصف هذه الحقيقة: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلِيَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)¹.

إلا أن هذه المساواة ليست مساواة تامة، فهي لا تشمل التكوين الحيوي (البيولوجي) ولا تشمل الوظائف الطبيعية (الفسولوجية) التي ينتج عنها اختلاف في التكاليف والأعباء الحياتية، واختلاف في التبعات والمسؤوليات الدنيوية لكل منهما، لأن الله سبحانه وتعالى ذكر هذا الاختلاف في مواضع كثيرة من القرآن الكريم، ولعل أبرز آية تبين وجوده هي قوله تعالى على لسان مريم عليها السلام: (وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى)².

إن الله سبحانه وتعالى خلق الذكر والأنثى وجعل العلاقة بينهما علاقة تكامل وليست علاقة تماثل، وقد خص كلاً من الرجل والمرأة بسميزات خاصة لا بد منها من أجل استمرار الحياة البشرية، فخص المرأة من جهة بصفات اللين والعطف والحنان وما يتصل بهما من صفات لا غنى عنها في ممارسة وظيفتها المتعلقة بحضانة الأطفال وتربيتهم، بينما خص الرجل بكل صفات القوة والصلابة والخشونة وغيرها من الصفات

¹ سورة البقرة، الآية: 228.

² سورة آل عمران، الآية: 136.

التي لاغنى عنها لأداء واجبه في السعي لتأمين معيشته ومعيشة عياله، قال تعالى: (وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا)¹.

في مقابل ذلك، نجد المرجعية الأمية التي ترفض مبدأ الاختلاف وتدعو إلى المساواة التامة في الحقوق بين المرأة والرجل، بل و تطالب باتخاذ خطوات لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تكرس مبدأ التمييز بين الرجل والمرأة بالنسبة لها .

وعلى العموم تكمن خطورة هذه المرجعية المسماة "كونية" في كونها تطرح نفسها كبديل عن القوانين المحلية وناسخة لها، إذ أن الفلسفة التي تتبناها تختلف هذه المواثيق تشكل بنودها حزمة أو منظومة تستدعي بعضها بعضاً، وتسلم بعضها إلى بعض، بل ويسد بعضها ثغرات بعض، وهو ما يجعلنا نطلق عليها: "المادة – المنظومة"، فهي تدعو إلى تعديل أو إلغاء القوانين المحلية واستبدالها بقوانين غير تمييزية، وهكذا تلغي الاتفاقية كافة المرجعيات التشريعية والدينية لتصبح هي المرجعية العليا.

لهذا كان الأولى أن يتم تناول مسألة إلغاء التمييز ضد المرأة وفق طبيعتها الفطرية، واعتبار أي مطالب بالتسوية المطلقة بينها وبين الرجل أمراً ينذر بكارث أخلاقية وظواهر سلبية ستكون المرأة أول من تجني ثمارها السلبية وتكتوي بلظاها. لهذا كان من الضروري أن يتم التوجه نحو تعزيز حقوق المرأة في المجتمع دون أن نضطرها لتجاوز طبيعتها ومحاربة تكوينها الفطري، أو أن نصادم نصا شرعيا تحت غطاء إنصافها. تأسيسا على ما سلف، نتساءل ماهي خصوصيات كل من المرجعية الاسلامية والمرجعية الدولية في بناء نظام الأسرة؟

وللإجابة على هذه الاشكالية الرئيسية ، سنحاول تناول الموضوع من خلال المحاور التالية :

المبحث الأول : الأصول والمرتكزات المرجعية لنظام الأسرة في الإسلام.

المطلب الأول : أصول المرجعية الإسلامية.

المطلب الثاني : مرتكزات المرجعية الإسلامية.

المبحث الثاني : أصول المرجعية الأمية ومرتكزاتها.

المطلب الأول : أصول المرجعية الأمية.

المطلب الثاني : مرتكزات المرجعية الأمية.

¹سورة النساء، الآية:32.

المبحث الأول : الأصول والمرتكزات المرجعية لنظام الأسرة في الاسلام :

ان الأسرة هي اللبنة الأساسية في تكوين المجتمعات المسلمة، وتُبنى على أساس الارتباطين ذكر وأنثى تحل له شرعاً، وذلك من خلال عقدٍ شرعيٍّ بينهما، وهي التي يُنَاطُ بها مسؤولية التربية للأولاد وتوجيههم لما فيه صلاحهم وإعدادهم لتحمل المهام والواجبات التي يُكَلَّفون بها في شتى مراحل حياتهم.

ولقد عملت الشريعة الاسلامية على تحديد مجموعة من المبادئ والقيم التي تتأسس عليها بنية الأسرة، وفي المغرب تعتبر مدونة الأسرة هي المحدد الأساسي للقيم والمبادئ المتعلقة بالأسرة، حيث عمل المشرع المغربي على تقنين مجموعة من القيم والمبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة، ضمانا لقيام الأسرة على مبادئ شرعية ثابتة .

انطلاقاً مما سبق، سنتناول في هذا المبحث مضمون المرجعية الإسلامية وفق ما حدده المشرع المغربي (المطلب الأول)، ثم نقف على مرتكزاتها (المطلب الثاني)

المطلب الأول : أصول المرجعية الإسلامية :

لقد عمل المشرع المغربي على تنظيم أحكام الأسرة وفق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ثم استمر في نفس التوجه في ظل مقتضيات مدونة الأسرة، مما يؤكد التزامه بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تشكل أساس المرجعية الإسلامية.

الفقرة الأولى : مدونة الأحوال الشخصية وتكريس المرجعية الإسلامية :

لم يعرف المغرب قبل الحماية تشريعاً مدوناً خاصاً بأحكام الأسرة، سواء بالنسبة للمغاربة المسلمين أو بالنسبة لليهود المغاربة. فمنذ أن عرف المغرب نور الإسلام في النصف الثاني من القرن الأول الهجري، والمغاربة يطبقون الشريعة الإسلامية سلوكاً ومعاملاتٍ وأحوالاً أسريةً أخذاً بالمذهب المالكي بالنسبة للمسلمين، دون أن تكون مدونة في كتاب، بل كانت متناثرة في ثنايا أمهات كتب المذهب خصوصاً مختصر الشيخ خليل، يقول الأستاذ محمد الكشيبور: "فالمغاربة المسلمون كانوا يخضعون فيما يخص تنظيم علاقاتهم الأسرية إلى الأحكام المدونة في كتب الفقه المالكي خصوصاً متن الشيخ خليل، وتحفة ابن عاصم، والشروح المرتبطة بهما، ومختلف كتب النوازل الفقهية كاللعيار للونشريسي، ونوازل العلمي، ويتقاضون بشأنها لدى القضاء الشرعي"¹.

أما المغاربة اليهود فكانوا يحتكمون في قضاياهم للشريعة الموسوية أمام رجال دينهم (الأحبار)، وظل الأمر كذلك حتى عهد الحماية الفرنسية التي استصدرت ظهائر تتعلق بالقانون الجنائي والقانون المدني وقانون المسطرة.

¹ محمد الكشيبور، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993 ، ص:40

بعد الحصول على استقلال البلاد، ظهرت حاجة المغاربة إلى قانون أسري مدون ييسر به عمل القضاء و المتقاضين، فصدر بتاريخ 19 غشت 1957، ظهير يقضي بتكوين لجنة من العلماء والفقهاء¹ تسهر على وضع القانون الأسري المغربي.

ولقد عملت هذه اللجنة على جمع الأحكام المتناثرة في كتب الفقه، لأن الحاجة كانت ماسة لجعل التشريع واحدا موحدًا يرجع إليه القضاة والمتقاضون، ويعيد الاستقرار لحياة العائلة التي كانت غير مستقرة بتعدد مصادر القضاء وتعدد الأحكام، فصدر النص النهائي لقانون الأحوال الشخصية في 197 فصلا متضمنة ستة كتب في مدة زمنية وجيزة تقدر بعدة أشهر، وكانت فصولها أكثر ارتباطًا بالأصول العامة للفقه المالكي خصوصًا المصلحة المرسلة.

الفقرة الثانية : استمرار تكريس المرجعية الإسلامية في مدونة الأسرة :

حلت سنة 1998 لتعلن المملكة المغربية عزمها على استئناف إصلاح فصول أحكام الأسرة (مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957)، مراعية في ذلك استيعاب الإضافات الإيجابية التي تضمنتها مدونة الأحوال الشخصية، والقيام بإصلاح اجتهادي تدريجي لهذه المدونة في نطاق احترام المرجعية الإسلامية، وترسيخ قيم العدل والمساواة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة كما شرع الله سبحانه وتعالى لعباده، والحفاظ على حقوق الطفل كما حددتها الشريعة الإسلامية بشكل يضمن استقرار الأسرة وتماسكها، فشكلت لجنة استشارية متعددة الاختصاصات، ومختلفة التوجهات للقيام بهذه المهمة، إلا أنها عرفت عدة خلافات ناتجة عن اختلاف التصور في بعض القضايا الحساسة مثل: الولاية في الزواج، تعدد الزوجات، أنواع الطلاق، وتحديد سن الزواج...

وقد صدر التشريع الأسري الجديد يوم 3 فبراير 2004 بظهير شريف رقم 1-04-22 بتنفيذ القانون رقم 70-03 تحت اسم مدونة الأسرة وتقع في سبعة كتب، تتضمن 400 مادة مبنية، محدثة نوعًا من القطيعة مع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، مصاغة بأسلوب قانوني فقهي جديد، متطابقة إلى حد كبير مع أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، مراعية حقوق وكرامة الإنسان رجلا وامرأة وطفلا، ومستجيبة لمبادئ المرجعية الأهمية فيما اتفقت فيه مع الشريعة الإسلامية، وهذا ما عبر عنه العاهل المغربي محمد السادس في كلمته الخالدة الواردة في خطابه أمام مجلس النواب بقوله: "لا يمكنني، بصفتي أميراً للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله و أحرم ما أحله".

وهكذا فقد عمل المغرب في ظل كل المتغيرات على صياغة مدونة أسرية بمثابة قانون متطور يجمع بين الاجتهاد والإصلاح المنبعث من الشرع الإسلامي. وتتجلى مظاهر تبني مدونة الأسرة لقضايا وأحكام ومبادئ الفقه الإسلامي في العديد من المواد نذكر منها:

¹اللجنة مكونة من علماء وفقهاء القرويين كالتالي: 1- المختار السوسي 2- علال الفاسي 3- محمد بن العربي 4- محمد داوود 5- محمد البدراري 6- عبد الرحمان الشفشاوني 7- المهدي العلوي 8- عبد الحفيظ العلوي.

تعريف الزواج الوارد في المادة الرابعة من كتاب الزواج: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة تحت رعاية الزوجين... "، وهو تعريف يركز على مبدأ التراضي، والتعاون بين الطرفين، لتكوين أسرة شرعية؛
الولاية في الزواج تشملها المواد: 24 و 25 من المدونة، وهي ولاية اختيار للبالغة العاقلة، ويتأكد من خلالها مبدأ الحرية في اختيار شريك الحياة الزوجية؛
الأموال المكتسبة في فترة الزواج، وتشير إليه المادة 49 من المدونة وهو ما يؤكد مبدأ حماية الذمة المالية للزوجين ومبدأ حرية التصرف فيها.

بالإضافة إلى الحضور المكثف لقضايا فقهية كثيرة مثل: موانع الزواج والولاية والتعدد والصداق والإشهاد والطلاق والتطليق وإثبات النسب والحضانة والإرث...

ومما يلاحظ في هذا الإطار، أن مدونة الأسرة قد استمدت قواعدها من أحكام الفقه المالكي عموماً، إلا أنه وبموازاة ذلك نجد حضور المذاهب الفقهية أخرى، حيث إن المشرع المغربي رجع في حالات كثيرة للمذاهب الفقهية الأخرى وذلك كلما لاحظ أن بتلك المذاهب أحكاماً أكثر تحقيقاً لمصلحة الأسرة¹، وتأكيداً للانفتاح على المذاهب الأخرى أحالت على الاجتهاد الذي لا يقتصر على المذهب المالكي فقط، وإنما يبقى مفتوحاً على المذاهب الأخرى لأن الأساس هو عدم الخروج عن قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.²

المطلب الثاني : مرتكزات المرجعية الإسلامية :

الفقرة الأولى : مرتكز العدل :

العدل لغة: الاستقامة، والعدل هو الذي لا يميل به الهوى فيجور في الحكم، والعدل: الحكم بالحق، يقال هو يقضي بالحق، ويعدل³.

والعدل في الشريعة الإسلامية واسع الأفق وشامل لكل مناحي الحياة الإنسانية ويعتبر المقصد الأول للشريعة الإسلامية عموماً، وقد عرفه العلامة الطباطبائي بأنه: " إقامة المساواة والموازنة بين الأمور بأن يعطي كل شيء ما ينبغي أن يعطيه، فالعدل في الاعتقاد هو الإيمان بما هو حق، والعدل في أفعال الإنسان هو العمل بما فيه سعادة الإنسان، وبما يحزره من شقائه واختلال توازنه عند إتباع هواه، والعدل في المجتمع أن يوضح الشخص الذي يستحقه في العقل أو في الشرع".⁴

¹ عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية: دراسة تأصيلية في المادة 400 ، ، ص: 42

² المرجع نفسه، ص: 56

³ ابن منظور، "لسان العرب" ، مج الحادي عشر، ص: 515.

⁴ الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة اسماعيليات إيران 1412 / ج 1 ص: 331

ولقد عمل الإسلام على ترسيخ فضيلة العدل، ليس فقط بمعناه الوضعي المتعلق بالحياة، بل من منظور شامل للكون، استناداً إلى ذلك جعل مبدأ العدل القانون الثابت الذي يعم الوجود الإنساني عموماً والأسري.¹

والمقصود بالعدل في بعده الأسري الخاص ما يمكن تلمسه من خلال ما شرع للمرأة من حقوق وواجبات، أما ما صدر في حقها من أوامر ونواه باعتبار هذه الحقوق والواجبات، أو الأمر والنواهي، فهي التي تعكس ما ينبغي إنجازه في دنيا الواقع، أو دنيا المرأة². وقد اعتبر بعض الباحثين أن مفاهيم أو مقاييس العدل إحساس وشعور قبل أن تكون أفكاراً مجردة، ومبادئ نظرية؛ إذ يتأثر إلى حد بعيد بالظروف والمحيط الذي ينشأ فيه الفرد، وتشكل فيه شخصيته وأسلوب تفكيره، وتقييمه لما حوله من مبادئ، وقيم اجتماعية³.

هكذا يكون العدل، في بعده الخاص، القانون الأسمى المباشر الذي يحقق التوازن في حياة الأسرة. مما سبق يتبين أن أساس إقامة نظام الأسرة في الإسلام هو مبدأ العدل لا المساواة فقط، ذلك أن معيار توزيع التكاليف بين أطراف الأسرة: الزوج والزوجة، ليس هو معيار المساواة الميكانيكية بمعناها التنافسي، بل مبدأ العدل الذي يراعي التكامل والتوحد والتسامح والإحسان والتكريم، بدل التباغض والمنافسة والظلم والتعسف والإهانة، فالهدف هو اقتسام المسؤوليات بنوع من العدالة حسب الخصوصيات الفيزيولوجية خدمة لصالح الأسرة وحرصاً على التوازن العادل.

لذلك نجد أن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الشريعة الإسلامية، بحاجة إلى مفهوم أشمل وأعم يجمع بين العدل والحق أي مساواة وإنصاف، مفهوم يخرج مطلب المساواة عن التطبيق الميكانيكي الذي يهدف إلى التماثلية والتطابق المطلق بين جنسين من الثابت اختلافهما بالخلقة، والفطرة، والعقل، والدين.

وعلى العموم، "فالمساواة في نظام الأسرة تعبير حقوقي عن الفردية والاستقلالية، أما مبدأ العدل فهو تعبير عن مبدأ الزوجية والتبعية المتبادلة بين الرجل والمرأة في نظام الأسرة، فمبدأ التعادل يفضي إلى الحديث عن المعادل، فنقول هذا الحق عند الرجل معادله كذا عند المرأة والعكس صحيح، فنحن أمام معادلة حقوقية، وفي المعادلة فإن الأطراف تتباين من حيث الشكل أو المبنى وتتساوى بالتمام من حيث المضمون والمعنى"⁴.

الفقرة الثانية: مرتكز المساواة :

المساواة في اللغة: السواء والعدل يقال: ساوى الشيءَ بالشيء إذا عادله، ويقال فلان وفلان سواءً أي متساويان، وقومٌ سواءٌ لأنه مصدر لا يثنى ولا يجمع وهما على سوية من هذا الأمر أي على السواء، والسوية

¹ محمد الكتاني، مفهوم العدل بين التراث الإسلامي والفكر المعاصر، مقال منشور بمجلة الأكاديمية، ص: 19

² انظر إدريس حمادي "البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة"، إفريقيا الشرق 2005، ص: 77 (بتصرف).

³ أحمد الخمليشي، "سلسلة وجهة نظر" الجزء الأول، الطبعة الأولى 1998 مطبعة النجاح ص: 125 (بتصرف).

⁴ محمد طلابي، مقال: خراب الأسرة منذ خراب العمران، مجلة الفرقان السنة 2007 ص: 3

والسواء: العدل والنصفة، وسواء الشيء وسطه، ويقال مكان سواء أي متوسط بين المكانين، وسواء الشيء مثله والجمع أسواء ومنه: أسوى الشيطان وتساويا: تماثلا وسواء الشيء: غيره، تقول: مررت برجل سيواك وسواك وسواك أي غيرك وقصد القوم سوى زيد أي غيره.¹

والمساواة في مفهومها العام تقوم أساسا على مبدأ المماثلة والمعادلة بين شيئين أو أكثر.

ويعتبر الإسلام أول من أكد عليها، لذلك جاءت النصوص التشريعية لتجعل منها القاعدة الأساسية لحقوق الإنسان وحرياته، والركن الأساسي في التكليف، غير أنه راعى مبدأ التفاوت في القدرات والملكات والاختصاصات والإمكانات²، قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)³.

نصت المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

إن هذه المادة واضحة في تحديد المرتكزات والقيم التي تتأسس عليها المرجعية الإسلامية في بناء نظام الأسرة، وفقا لذلك سنحاول الوقوف عند كل مرتكز من هذه المرتكزات.

هذا فيما يتعلق بالمساواة بمفهومها العام، أما المساواة بمفهومها الخاص ويقصد به المساواة بين الرجل والمرأة، فالتأمل في آيات القرآن الكريم يتضح له أن الإسلام ألغى التمييز بين الرجل والمرأة على أساس الجنس، وصرف النظر عنه وذهب أبعد من ذلك إذ جعل المرأة والرجل من أصل واحد: (وهو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها)⁴، فقال الحق سبحانه وتعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)⁵، نفس هذا التصور يجسده قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما النساء شقائق الرجال في الأحكام"⁶ فهذا الحديث يتضمن جوامع الكلم التي لها دلالتها الخاصة في التشريع الإسلامي، ويلخص بدقة خطابات شتى في القرآن الكريم،

1لسان العرب ""، الإمام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري المتوفى سنة 711 هـ، حققه عامر

أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، المجلد الرابع عشر الطبعة 1/ 1424 هـ - 2003، دارالكتب العلمية بيروت ص: 318-319

2- " مؤتمر حقوق الإنسان "، عياد محمد، المساواة في الشريعة والنظم القانونية الحديثة، مجموعة أبحاث متعلقة بحقوق الإنسان، طبعة 1-2001 م.

3- سورة الحجرات، الآية 13.

4سورة الأعراف، الآية 189

5سورة الروم، الآية 21

6رواه أبو داوود في كتاب الطهارة: باب في المرأة ترى ما يرى الرجل رقم الحديث 236 بلفظ: " قال نعم انما النساء شقائق الرجال"، والترمذي كتاب الطهارة باب ما جاء فيمن يستيقظ فيرى بللا ولا يذكر احتلاما رقم الحديث 113 بلفظ " نعم ان النساء شقائق الرجال " ورواه احمد في مستند عن

حماد بن خالد 6/256..... أنظر الصفحة 60

ويبين الرؤية القرآنية للعلاقة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة)¹.

إن مساواة المرأة بالرجل من المنظور الإسلامي لا تعني قلب الأوضاع الطبيعية ومسح الجنس واختلال الموازين وذلك لسبب بسيط هو أننا لا نستطيع أن نجعل المرأة رجلاً، فلا نستطيع مثلاً أن نبيح لها تعدد الأزواج أو نتركها تحمل وتلد مرة ويحمل زوجها مرة أخرى تحقيقاً للمساواة الكاملة بين الرجل والمرأة... فهذا مرفوض بالبدهة.

غير أن المساواة كما يجب أن نفهمها جميعاً، لا تتعدى الحقوق والواجبات المتكافئة بين الرجل والمرأة، ويظل الرجل رجلاً وتظل المرأة امرأة، خصوصاً أن المرأة والرجل صنوان في أجمل الحلقة وشريكان في تأسيس خلية اجتماعية واحدة ليقضيا معا رحلة الحياة بكل تعاون وتوافق وانسجام.²

كما أن تقرير الحقوق في الإسلام يصدر عن أصول الشريعة الإسلامية التي تنزلت إلينا بالقرآن الكريم وسنة النبي عليه الصلاة والسلام وهي تستمد شرعيتها العليا من قداسة النصوص التي شرعتها وأقامتها فيصلا بين الحق والباطل. لذلك كانت رعاية الحقوق المنصوصة وأداء الواجبات المقررة نوعاً من التعبد لله عز وجل، مع لزومها لضبط السلوك الاجتماعي وترشيد التعاملات البشرية وكفالة العدل والمساواة بين البشر.³

وعموماً، فالمساواة بين الرجال والنساء في المنظومة الإسلامية هي مساواة لها جوانبها المطلقة كما أن لها جوانبها النسبية التي تتفق مع اختلاف الاثنين في بعض الخصائص التي تخدم تكاملها في تحقيق الاستخلاف. والذي يظل هو الإطار الضابط لهذه المساواة والأمانة والمسؤولية التي يستعملها الاثنان في ظل علاقة الولاية الاجتماعية ورابطة العقيدة.⁴

هكذا فإن المساواة لا تكون إلا في الأمور المتماثلة أما ما اختلف فيه الوظائف الطبيعية فيجب أن يختلف فيه الحكم لتحقيق المساواة فلا مساواة إلا حيث تماثل المراكز القانونية كالمساواة أمام القانون، والمساواة في الفرص والمساواة في الجزاء إذا تماثلت الأعمال، والمساواة في العقاب إذا تماثلت الجرائم المرتكبة...

إن تتبع النصوص والأدلة التي تؤسس لمبدأ المساواة في الخطاب الشرعي تكشف لنا عن وجود استثناءات لهذا المبدأ ترجع في كنهها "إلى طبيعة كل من الزوجين الذكر والأنثى ووظائفه المنوطة به التي

¹سورة البقرة، الآية: 228

²عبد السلام أحمد فيغو، المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات في الإسلام الواقع والشهات، الطبعة الأولى 2005، دار القلم، ص 26(بتصرف)

³المرجع نفسه، ص: 27

⁴هبة رؤوف عزت، القوامة بين السلطة الأبوية والإدارة الشورية، على موقع الشبكة العنكبوتية islamonline.com

يكون بها كل واحد منهما متمما ومكملا للآخر في تناسل النوع وترقية شؤونه، فيكون الرجل رجلا قائما بشؤون الرجال والمرأة امرأة قائمة بشؤون النساء بالتعاون الذي يشعر به كل منهما، إنهما يكونان حقيقة واحدة يعمل كل منهما لحفظها كالأعضاء من جسد كل منهما...¹، هذا يجعل الحياة الزوجية والعائلية في الشريعة الإسلامية حياة قائمة على التعاون والتكامل بين كل من الرجل والمرأة، المماثلة أو المساواة يقول ابن عاشور في تفسيره أن: "المثل أصله النظير والمشابه كالشبه والمثل، وقد يكون الشيء مثلا لشيء في جميع صفاته، وقد يكون مثلا له في بعض صفاته وهي وجه الشبه، وقد يكون وجه المماثلة ظاهرا فلا يحتاج إلى بيانه، وقد يكون خفيا فيحتاج إلى بيانه." ²

وكلمة زوج في القرآن الكريم تفيد الرجل وتفيد المرأة، دليلا على أن المساواة الكاملة بينهما فالرجل زوج والمرأة زوج، بل إن كلمة زوجة لم ترد مطلقا في القرآن، والسياق القرآني يحدد المرأة بكلمة "زوج" باعتباره الرجل، كما في قوله عز وجل: (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)³، أو هو المرأة كما في قوله تعالى: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا)⁴ وقوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا)⁵.

يتبين مما سبق أن الإسلام إذن، أوجب المساواة بين المرأة والرجل في حياتهما الزوجية من واجبات وحقوق كما جاء في الكتاب والسنة وما تعارف عليه المجتمع المسلم.

يقول محمود شلتوت: إننا لا نكاد نجد في تشريع ما أرضي أو سماوي مثل القاعدة الجليلة التي جعلها القرآن أساسا للحياة الزوجية ولفت بها الأنظار إلى ما بين الزوجين من الحقوق والواجبات.⁶

إن المساواة بين المرأة والرجل ثابتة اذن، وحقها في التصرف ومباشرة جميع العقود مقرر في الشريعة، لها أن تبيع وتشتري وأن توكل عن نفسها وأن تكون وكيلة عن غيرها، وليس هناك ما يميز الرجل عنها في هذا المجال، فلم تفقد أهليتها ولا كرامتها ولا شخصيتها في التعاقد والتملك قبل الزواج وبعده... كما منح الإسلام المرأة الحق في مباشرة عقود المداينات من بيع وشراء، وأجاز لها أن تملك وتتصرف فيما تملك، وأباح لها توكيل غيرها فيما لا تريد مباشرته بذاتها، وأباح لها كل ذلك على نحو ما أباحه للرجل سواء بسواء.⁷

¹ محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام مرجع سابق ص: 175 (بتصرف)

² محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع تونس 1997، 2/398.

³ سورة البقرة، الآية 230

⁴ سورة النساء، الآية 20

⁵ سورة البقرة، الآية 228

⁶ عبد السلام أحمد فيغو، المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والالتزامات في الإسلام: الواقع والشبهات، ص: 29-30

⁷ المرجع نفسه، ص: 31-32

بذلك وضع الإسلام المرأة في أعلى منزلة قبل الزواج ومن بعده، وسما بها إلى مستوى رفيع لم تصل بها إلى مثله، بل لم تصل بها إلى ما يقرب منه أية شريعة أخرى من شرائع العالم القديمة والحديثة.

إن الإسلام يرى في كل من الرجل و المرأة جوهر الإنسانية، ويعلي ذلك في ميزان التكليف على آثار الاختلافات العضوية والنفسية بينهما، ولهذا فهو يقرر مبدأ المساواة المطلقة بينهما في كل ما يتصل بالكرامة الإنسانية والمسؤولية، والأصل في الأحكام الشرعية المساواة الكاملة بينهما إلا ما استثناه الشارع وهو قليل، ثم هو فوق كل ذلك لا يقرر هبوط المرأة، بل جعل حقها في الحياة عزيزة مكرمة وحقها في المساواة مع الرجل في إطار طبيعتها وقدراتها بل تبدي رأيها مجرية في البيت والعمل والمجتمع، وحقها في طلب العلم والعمل في إطار قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية.¹

إلا أن الشريعة، ورغم تقريرها لمبدأ المساواة، وضعت لها حدودا، إذ أن تقرير المساواة في بعض الأحكام يجعل المساواة قرينة للظلم والحيث. ولعل أنجع الأمثلة على ذلك في مجال الأسرة، مسألة القوامة، والميراث.

أولا : القوامة :

قال تعالى: (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم)²

إن قوامة الزوج في الأسرة، هي مسؤولية تقتضيها ضرورة تنظيم الحياة الزوجية ويجب أن تفهم في إطار أصليين أساسيين :

- الأول: مساواة الرجل والمرأة في المسؤولية والتكاليف.

- والثاني: وجوب بناء الحياة الزوجية على أساس التراضي والتشاور، فالقوامة إجراء تنظيمي مجرد لا يعني التبعية أو الإلغاء للآخر أو الاستبداد... وقد أشار إلى ذلك الأستاذ محمد رضا بقوله: "قوامة في البيت شورية لا استبدادية"³

وغني عن البيان، التنبيه إلى أن قوامة الرجل لا تشمل إلا الأمور المشتركة في الأسرة، والتي لها تأثير في توجيه مسارها أما عدا ذلك، فإن المرأة لها كامل حريتها في التصرف...

ثانيا : الإرث :

لقد جاء الإسلام بدعوته العادلة، وتشريعاته المعالجة لجميع القضايا الاجتماعية والاقتصادية والدينية، وقد كان نظام الميراث من ضمن ما شرع تحقيقا لتلك المقاصد؛ فراعى فيه أصل تكوين الأسرة البشرية، التي

¹ عبد السلام أحمد فيغو، المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات، مرجع سابق، ص: 34

² سورة النساء الآية 34

³ أنظر في هذا المعنى: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ص: 27-28

خلقها الله من نفس واحدة، دون أن يميز بين أطرافها إلا بحسب وظائفهم وبقدر أعبائهم في التكافل الأسري والاجتماعي؛ فهو نظام يلي رغبات الإنسان في أن لا تنقطع صلته بنسله، فيطمئن الإنسان الذي بذل جهده في ادخار شيء من ثمرة عمله إلى أن نسله لن يحرم منها، وأن جهده هذا سيرثه أهله من بعده، مما يدعوه إلى مواصلة السعي ويحفزه على مضاعفة الجهد، وهكذا فإن الإسلام جاء ليثبت حق المرأة في الميراث، من أبيها وزوجها وأخيها، بعد أن لم يكن لها فيه من نصيب قبل ذلك سواء عند العرب أو عند غيرهم من النظم القديمة¹.

وإذا كانت بعض الجهات تعتبر نظام الإرث في الإسلام يشكل حيفا صارخا في النظام الأسري، فإن الحقيقة تكذب ذلك، ذلك أن هذا القانون هو من وضع إله واحد، وهو شرع واحد لا يناقض بعضه بعضا، وإنما يسير وفق حكمة إلهية عادلة، فالتفرقة في الميراث بين الرجل والمرأة جاءت على أساس التفرقة في تحمل الأعباء الاقتصادية الملقاة على عاتق الرجل، الذي كلفه الشرع بالإنفاق طبقا لقاعدة "الغرم بالغنم". وهذا ما أشار إليه الدكتور مصطفى السباعي بقوله: "إن الشرائع التي تعطي المرأة في الميراث مثل نصيب الرجل، ألزمتها بأعباء مثل أعباءه، وواجبات مالية مثل واجباته، لا جرم إن كان إعطاؤها مثل نصيبه في الميراث في مثل هذه الحالة أمرا منطقيًا ومعقولًا، أما أن نعفي المرأة من كل عبء مالي، ومن كل سعي للإنفاق ونلزم الرجل وحده بذلك، ثم نعطيها مثل نصيبه في الميراث. فهذا ليس أمراً منطقيًا مقبولًا في شريعة العدالة."²

الفقرة الثالثة : مرتكز المعاشرة بالمعروف :

المعاشرة لغة: المخالطة والمصاحبة³، ومنه قوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف)⁴ وهو يتضمن أمر الله سبحانه وتعالى بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن لتكون أدمة ما بينهم وصحبتهم على الكمال فإنه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش وهذا واجب على الزوج ولا يلزمه في القضاء.⁵

وتعتبر المعاشرة بالمعروف مرتكزا أساسيا للعلاقات الأسرية في الشريعة الإسلامية، ولقد تكرر الأمر القرآني بالمعروف في هذه العلاقات الأسرية أربعًا وعشرين مرة.⁶ والمعروف يقابله المنكر، والمراد به ما تعرفه العقول

¹ فتوح حجة، "حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية:دراسة مقارنة"، مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية، شمس، 2009، ص: 107(بتصرف)

² مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، للدكتور، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي، ص: 35

³ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المجلد 3 دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص: 64

⁴ سورة النساء، الآية 19

⁵ الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، 3/46

⁶ أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأحوال الشخصية للدكتور عبد الله أبو عوض، مرجع سابق ص: 159

السلمة المجردة من الانحياز إلى الأهواء أو العادات أو التعاليم الضالة وذلك هو الحسن، وهو ما جاء به الشرع نصاً أو قياساً أو اقتضته المقاصد الشرعية أو المصلحة العامة التي ليس في الشرع ما يعارضها.¹

والملاحظ في معظم هذه الآيات أن "المعروف" جاء في علاقة المرأة بالرجل والرجل بالمرأة، سواء في بعدها المادي كقوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)²

وقوله سبحانه وتعالى: (والمطلقات متاع بالمعروف)³ وقوله عز وجل: (ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف)⁴. أو بعدها المعنوي كقوله تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)⁵ وقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف)⁶ وقوله تعالى: (فإن خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن بأنفسهن من معروف)⁷.

يقول القرطبي في تفسيره لقول عز وجل: (وعاشروهن بالمعروف) أي على ما أمر الله به من حسن المعاشرة والخطاب للجميع إذ لكل أحد عشرة زوجا كان أو ولياً، ولكن المراد بهذا الأمر في الأغلب الأزواج وهو مثل قوله تعالى: (فإمساك بمعروف)⁹ وذلك توفية حقها من المهر والنفقة وألا يعبس في وجهها بغير ذنب وألا يكون منطلقاً في القول لافظاً ولا غليظاً ولا مظهرها ميلاً إلى غيرها.¹⁰

أما صاحب تفسير المنار فاعتبر أن قوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف) بأنه يجب عليكم أيها المؤمنون أن تحسنوا عشرة نساءكم بأن تكون مصاحبتكم ومخالطتكم لهن بالمعروف الذي تعرفه وتألّفه طباعهن ولا يستنكر شرعاً ولا عرفاً ولا مروءة، فالتضييق في النفقة والإيذاء بالقول أو الفعل، وكثرة عبوس الوجه وتقطيبيه عند اللقاء كل ذلك ينافي العشرة بالمعروف. وفي المعاشرة معنى المشاركة والمساواة أي عاشروهن بالمعروف وليعاشرنكم كذلك، روي عن بعض السلف أنه يدخل في ذلك أن يتزين الرجل للمرأة بما يليق به من الزينة لأنها تتزين له، والغرض أن يكون كل منهما مدعاة سرور الآخر وسبب هئائه في معيشته.¹¹

¹ الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج 2 ص: 400

² سورة البقرة، الآية 233

³ سورة البقرة، الآية 241

⁴ سورة البقرة، الآية 236

⁵ سورة البقرة، الآية 229

⁶ سورة النساء، الآية 19

⁷ سورة البقرة، الآية 240

⁸ العد المفاصدي وإصلاح مدونة الأسرة إدريس حمادي، ص: 102، مطبعة إفريقيا الشرق، الدار البيضاء 2005

⁹ سورة البقرة، الآية 299

¹⁰ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، 3/64

¹¹ محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار، المجلد 4، ص: 456 الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت لبنان 1393هـ/1973م.

والحديث عن البعد المعنوي للمعاشرة بالمعروف، يحيلنا على المودة والرحمة والتعاطف والتآلف والسكن باعتبارها أركاناً أساسية لحسن المعاشرة في الحياة الزوجية، يقول تعالى: (يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساءً)¹ وقوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)².

والمراد³ بقوله تعالى: (خلقكم من نفس واحدة) بأنه خلقكم من جنس واحد أو من حقيقة واحدة، صورها بشراً سوياً وجعل منها زوجها ليسكن إليها سكوناً روحياً أي جعل لها زوجاً من جنسها فكانا زوجين ذكراً وأنثى، كما قال تعالى: (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى) .

المبحث الثاني: أصول المرجعية الأئمية ومرتكزاتها :

سنتناول في هذا المبحث أصول المرجعية الأئمية أولاً، ثم سنعرض المرتكزات التي تتأسس عليها ثانياً.

المطلب الأول : أصول المرجعية الأئمية :

تشكل المرجعية الأئمية أساساً من مجموعة من الاتفاقيات والوثائق والإعلانات التي تعمل على ترسيخ فلسفة المساواة الندية بين الجنسين: الرجل والمرأة، تحت شعارات عديدة أهمها: العدالة، القيم الكونية، الأئمية، حقوق المرأة، مناهضة العنف ضد النساء... ، ومبدأها الأساس هو الحرية المطلقة القائمة على الفردية والشهوانية على اعتبار أن الفردية هي المبدأ الفلسفي المنظم للعمران الاجتماعي بالغرب، فاللبنة الأساس في بناء المجتمع الغربي هي الفرد وليست الأسرة.

والفرد قد يكون أنثى وقد يكون ذكراً، فولد هذا الأمر مبدأ المساواة الندية بين الجنسين، ثم بين الزوجين، وخدمة لهذا المبدأ ثم الإعلان عن عدة وثائق دولية (إعلانات واتفاقيات)، بالإضافة إلى انعقاد عدة مؤتمرات متتالية موضوعها العريض هو المساواة⁴.

وتعتبر الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، وهي مجموعة من الوثائق الدولية⁵، المرجعية الأساسية لحقوق الإنسان المعترف بها، والتي عززت الحقوق لجميع بني البشر دون تمييز.

و يمثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الجزء الأول والعام من الشريعة الدولية التي تتضمن أيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

¹ سورة النساء الآية: 1

² سورة الروم، الآية 20

³ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، 9/ 517.

⁴ محمد طلابي، خراب الأسرة منذربخراب العمران، مقال منشور بمجلة الفرقان عدد 57 سنة 2007 ص: 5

⁵ المواثيق الدولية هي كل الاتفاقيات والقوانين والقواعد الحقوقية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، والتي تهدف إلى تنظيم حياة الشعوب والأمم، والتي يعتمد عليها في سن القوانين، والأعراف الإقليمية والوطنية، والتي على أساسها تتشكل الهيئات والتنظيمات الحقوقية

بناء على ما سبق، سنتناول هذه الوثائق وفق ما يلي:

الفقرة الأولى : الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :

يشكل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرار للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة المؤرخ في 10 دجنبر 1948 البذرة الأولى للمرجعية الدولية التي تناولت موضوع المرأة والأسرة باعتبارها قضية عالمية بعد الانتهاء من الحرب العالمية الثانية. ويعتبر هذا الإعلان أول بيان دولي أساسي ومرجعي، يتناول حقوق أعضاء الأسرة الإنسانية كافة، وهي حقوق غير قابلة للتصرف أو التمييز أو الانتقاص أو المفاضلة. .

ورغم أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان غير ملزم من الناحية القانونية، بل يمثل بياناً سامياً ومجموعة مبادئ عامة وإعلاناً "نوايا" ذا صبغة أدبية، إلا أن له تأثيراً كبيراً على التوجهات والمضامين العامة لمختلف الأدوات الدولية لحقوق الإنسان الصادرة بعده، وكذا على التشريعات الوطنية لمختلف الدول المنضوية تحت لواء منظمة الأمم المتحدة.

ويتكون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من ديباجة وثلاثين مادة تحدد حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي ينبغي أن يتمتع بها جميع الرجال والنساء، الكبار والصغار على حد سواء في كافة أنحاء العالم بدون أي تمييز، فهو يتضمن جرداً لحقوق عديدة ومتنوعة مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، يستحقها كل الناس في كل مكان وكل زمان، بقطع النظر عن كل الاختلافات والفوارق الطبيعية أو المكتسبة.

وهكذا، فقد مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سلطة مرجعية كاملة وشاملة انعكست على جل سياسات دول العالم وأثرت في دساتيرها وقوانينها الداخلية ومنها بطبيعة الحال تلك المتعلقة بالأسرة.

وتبعاً لهذا الاعتبار، فمن الطبيعي أن نلمس تأثيراً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان في قوانين الأحوال الشخصية عموماً، بالنظر لمساسها المباشر بحقوق الشخص القانوني داخل الأسرة و في المجتمع.

حيث يتضمن هذا الإعلان، عدة قواعد ومواد تتصل بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالأسرة والحقوق الزوجية والواجبات. وهذه القواعد تعتبر أصلاً من الأصول الأساسية للنظام العام العائلي ومصدراً مرجعياً لمبادئه بالنسبة إلى كل الدول الملتزمة بانتمائها للمجموعة الدولية.

ومن أبرز الحقوق الأساسية التي أوردها هذا الإعلان، ضمان قيمة المساواة بين الجنسين، حيث أكد الإعلان على أن جميع الناس يولدون بحقوق متساوية، ويعيشون بذات الحقوق والحريات الأساسية التي لا ميز فيها ولا تمييز.

إن قواعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إذن، تركز بوضوح على إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبين الفئات الاجتماعية وأصناف البشر في كل مجالات الحياة.

ولقد عرّف هذا الإعلان الأسرة بأنها: تنظيم اجتماعي ناتج عن حرية ممارسة الحق في الزواج.

أما بالنسبة للمساواة بين الجنسين فالمادة 16 تكرر في فقرتها الأولى قاعدة المساواة الكاملة بين الجنسين في حق الزواج بكل حرية، أي دون قيد أو جبر وبالنسبة لمختلف آثاره، حيث تقر لهما بحقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله. وهو ما يعني إقرار حرية الزواج والطلاق في آن والمساواة الكاملة في شأن شروطهما وآثارهما، وهو كذلك ما ينتج عنه بالضرورة من واجبات مشتركة ومتساوية بين الأبوين على أولادهما.

بناء على ما سبق، نستنتج أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يشكل حجر الأساس لبقية آليات منظومة حقوق الإنسان، وهي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي يعتبر تنمة معتبرة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتفصيلاً ثرياً لمبادئه.

الفقرة الثانية: العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية :

إن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يتناول إقراراً وتعريفاً وتفصيلاً لجانب من الحقوق السابق التنصيص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما يضيف إليها عدداً من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لم يشملها الإعلان تأسيساً أو تلميحاً، إلا أن أهمية هذا العهد تكمن في أنه يتناولها من زاوية خاصة.

ومن أبرز الحقوق ذات الصلة المباشرة بالأسرة والمتعلقة بأفرادها، التنصيص على ضرورة منح الحماية والمساعدة اللازمة للأسرة وإضفاء حماية خاصة على الأمومة والطفولة.

الفقرة الثالثة: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

إن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هو أحد العهدين الدوليين لحقوق الإنسان اللذين تولدا عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتزمت بهما الدول الأطراف التزاماً قانونياً، وهو يجسد الجيل الأول من حقوق الإنسان.

ولقد اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 المؤرخ في 16 دجنبر 1966 بنيويورك، وكان تاريخ بدء نفاذه يوم 22 مارس 1976 طبقاً للمادة 49 منه.¹

¹ صادق المغرب على هذه الاتفاقية في 08-11-1979 م ومنشورة بالجريدة الرسمية ع: 3525 ص: 636

ويتضمن هذا العهد أحكاماً عامة تطبق على جميع الحقوق المنصوص عليها في العهد، وتبيح فرض قيود على ممارسته.

المطلب الثاني : مرتكزات المرجعية الأهمية :

إن متابعة مختلف الوثائق المتعلقة بالمنظومة الأهمية لحقوق الإنسان عموماً، والمتعلقة بحقوق المرأة خصوصاً، يبين بوضوح أنها تسير كلها في اتجاه واحد وهو تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة. إلا أن تتبع تطور مفهوم المساواة من خلال المؤتمرات الدولية - كآلية لتنفيذ مقتضيات هذه المواثيق - يبين أن هذا المفهوم، قد شهد تطوراً كبيراً في مضمونه ودلالاته، فرغم أن مبدأ المساواة هو الشعار الذي يعتبر موجهاً لروح المؤتمرات التي عقدت حول المرأة، وقد حدد معناه في "عدم التفرقة بين الجنسين في كرامة الإنسان وقيمه"، إلا أنه ولتتوالى المؤتمرات الدولية تم تحويل مضمون هذا المفهوم بتحديد منطلقات جديدة حسب المجالات¹، ويعتبر مؤتمر بكين أول مؤتمر شذ مفهوم المساواة عن إطاره المفاهيمي السابق، ليصبح معناه "النوع"، بدلاً من "الجنس" فقد أقرت وثيقة بيكين² بحق المرأة في أن تتساوى مع الرجل في نوعه، ورفضت الفروق البيولوجية، إذ من حق المرأة أن تختار الجنس الذي تحب أن تعامل على أساسه. وقد وردت كلمة "الجنس" في وثيقة هذا المؤتمر حوالي 233 مرة، ولوحظ أنها تأتي لتعبر عن أكثر من معنى فهي تارة تشير إلى "الجنسين" وتارة للتعبير عن الأدوار المنوطة بالجنسين، وهكذا توسع المعنى وتمدد ليشمل معاني كلها تحتشد تحت لواء لفظة "gender" وتمت بالتبعية ترجمتها في الإصدار العربي للوثيقة على أنها "الجنسين" مما أفقدها منطوقية السياق في كثير من المواضيع...³

عموماً، إن عبارة "الجنس" أو "النوع" ليست بالبراءة التي قد يتخيلها البعض باعتبارها مجرد صيغة مهذبة للإشارة إلى نوع الجنس، ذكر أو أنثى، وإنما هي عبارة تخفي وراءها حركة فكرية، قائمة على أساس رفض اختلاف الذكر والأنثى واعتبار هذه الاختلافات ناتجة بالأساس عن التنشئة الاجتماعية و على بيئة يحتكرها الرجل، مما يجعل هذا المفهوم، كمنطلق للمرجعية الكونية وأساس لها، يعبر عن فلسفة ونظام قيمي متكامل. ومن أجل التوسع في فلسفة هذا المصطلح سنعمل على تحديد تعريف لهذه النظرية لتتوقف بعدها عند مرتكزاتها.

¹ ففي مؤتمر كوبنهاغن 1980م تم التأكيد على المساواة بين الرجل والمرأة إلا أنه إطارها حدد في الجانب المهني والخدمات الترفيهية إلى جانب المساواة في الصحة والتعليم والتربية... أما مؤتمر نيروبي فقد سعى إلى ترسيخ الإجراءات الاجتماعية المحققة لهذه المساواة

² قبل مؤتمر بيكين 1995، كان مؤتمر السكان والتنمية بالقاهرة 1994 اعتمد مفهوم الجنس، حيث ورد مصطلح "الجنس" في خمسين موضعاً بديلاً عن كلمة "الجنسين" إلا أن توظيفه كان في إطار المناداة بإلغاء الفروق واللامساواة بين النساء والرجال. فمصطلح gender disevimation تمت ترجمته على أنه إزالة التمييز بين الجنسين، وترجم gender equality أنها المساواة بين الجنسين وانتهى الأمر. تحرير المرأة العربية فلسفة الجنس نموذجاً ص: 522.

³ تحرير المرأة العربية فلسفة الجنس نموذجاً: دراسة في المصطلح والمفهوم للدكتورة أماني أبو الفضل فرج عنوان مداخلة في ندوة "المرأة وتحولات عصر جديد وقائع ندوة دار الفكر في أسبوعها الثقافي الثالث 8-13/2/1423هـ الموافق ل: 20-25/4/2002م دار الفكر - دمشق، سورية، ص: 522

الفقرة الأولى : تعريف النوع : "الجندر" :

على الرغم من أن المعنى الطبيعي لكلمة "جندر" هو الفروق بين الجنسين ذكورة وأنوثة، وأن هذه الكلمة تشير بوضوح إلى انفراد كل جنس بخصائصه، إلا أن المعنى الذي فرضه السياق الجديد لفلسفة "الجندر" هو العكس تماماً، فأصبح يعني: "إلغاء كل الفروق بين الرجل والمرأة وعدم الاعتراف بها سواء كانت فروقا بيولوجية من نتاج الطبيعة، أو كل ما ينتج عن هذه الخصائص العضوية من توزيع لأدوار الحياة"¹

في هذا الإطار عرفت الموسوعة البريطانية الهوية الجندرية "Gender-Identity" بأنها: "شعور الإنسان بنفسه كذكر أو أنثى، وفي الأعم الأغلب فإن الهوية الجندرية تطابق الخصائص العضوية، ولكن هناك توافقاً بين الصفات العضوية وهويته الجندرية (أي شعوره الشخصي بالذكورة أو الأنوثة). إن الهوية الجندرية إذن ليست ثابتة بالولادة - ذكر أو أنثى - بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية، وهي تتغير وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية كلما نما الطفل. كما أنه من الممكن أن تتكون هوية جندرية لاحقة أو ثانوية لتتطور وتطغى على الهوية الجندرية الأساسية - الذكورة أو الأنوثة - حيث يتم اكتساب أنماط من السلوك الجنسي، و الغير نمطية منها أيضاً تتطور لاحقاً حتى بين الجنسين. 2 .

نفس التوجه، أكدت عليه منظمة الصحة العالمية حين عرفت "الجندر" بأنه:

" المصطلح الذي يفيد استعماله - أي الجندر - وصف الخصائص التي يحملها الرجل والمرأة كصفات مركبة اجتماعية، لا علاقة لها بالاختلافات العضوية " بمعنى أن كونك ذكراً أو أنثى عضويًا ليس له علاقة باختيارك لأي نشاط جنسي قد تمارسه، فالمرأة ليست امرأة إلا لأن المجتمع أعطاها ذلك الدور. 3

إن فلسفة "النوع" - "gender" التي تعتبر أساس المرجعية الدولية (الكونية) البديلة والتي تسعى إلى فرضها على شعوب العالم لا تعترف بكون الإنسان يولد ذكراً أو أنثى، بل تعتبر أن التغييرات الجسمانية التي تفرق بين الرجل والمرأة ناجمة عن التنشئة الاجتماعية فالإنسان يخلق صفحة بيضاء وما يطرأ عليه من تغيير إنما مصدره التنشئة وعليه يمكن للمرأة أن تصبح رجلاً ويمكن للرجل أن يصير امرأة إذا رغب، لذلك كان لزاماً فك الارتباط بين البيولوجي والاجتماعي، بمعنى أن الذكورة و الأنوثة لا تحددان في ذاتها موقعا أدنى أو أعلى، ولا تفضيان إلى أدوار نمطية قارة للرجل والمرأة وبالتالي من الممكن إحداث تغييرات في الأدوار الاجتماعية للنوعين في اتجاه المساواة.

¹ المرجع نفسه، ص: 525

² نزار محمد عثمان، الجندرة: مطية الشذوذ الجنسي ، موقع الجزيرة على شبكة الانترنت www.aljazeera.net

³ - المرجع نفسه.

الفقرة الثانية : المرتكزات النظرية لفلسفة الجندر :

أولا : مبدأ الفردانية :

- لعل أهم عناصر الفلسفة الكامنة خلف فلسفة الجندر، هي نظرتها للإنسان باعتباره كائناً مادياً يستمد قيمه وأفكاره من القوانين الطبيعية المادية، ويخضع لنفس الظروف المادية، وللاحتميات الطبيعية دون غيرها. ومن ثم، يتم اختزال وجود المرأة، أية امرأة، في كونها تمثل كائناً فردياً منعزلاً، أحادي البعد، غير اجتماعي، ولا علاقة له بأسرة أو مجتمع أو دولة، أو مرجعية تاريخية أو أخلاقية¹.

إن هذا التصور في مجمله يمثل جوهر مفاهيم الحضارة الغربية، ونظرتها للإنسان والكون والحياة، مما يجعل هذا المبدأ من أهم أسس فلسفة الجندر وأخطرها، حيث يتعامل مع المرأة على أنها فرد من المجتمع معزول عن الطفل والزوج والأسرة، وذلك بإخراجها من سياقها الأسري والاجتماعي، على أنها كيان منفرد في الإرادة والنظام الحياتي والأهداف².

مما يؤكد أن المرأة لا يمكن أن تحقق هويتها إلا خارج إطار الأسرة، ويكرس حتمية الصراع وديمومته (الصراع بين الذكر والأنثى)³.

إن هذا المبدأ الذي تؤسس له المنظومة الكونية، والذي يقوم على النظر للمرأة كفرد، وليس كعضو في أسرة، يعتبر امتداداً للفلسفة الوجودية، ذلك أن الحضارة الأوروبية تقوم على الفردية كأسس للفلسفة الوجودية عموماً التي ترى أن الآخر كائن غير مستحب إلا أنها أقرت بوجوده والاعتراف بالمسؤولية تجاهه، لكن فلسفة الجندر القائمة على مرتكز الفردانية تعدت هذه المرحلة لتحول المجتمع إلى أفراد غير مرتبطين، ولا تترتب حياة الواحد منهم على حياة الآخر، ولا تلتقي معها أو تحسب لها حساباً.

¹ نهي القاطري، وضع المرأة في القوانين الدولية: قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "،، بحث مقدم لمؤتمر أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا، مصر، 7-9 أكتوبر 2008. ص: 13

² تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً، مرجع سابق، ص: 528.

³ وهذا ما يتعارض مع نظرية الإسلام الذي وإن اعترف للمرأة بما توجهه إنسانيتها من حقوق، فإنه لا يقوم -أصلاً- على نظرية الغاية الفردية، بل إن له نظرة وسطية متوازنة بين الفردية والجماعية، ويحترم الفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها، وتظهر في مجال المرأة باعتبارها إنساناً وأنثى، وأنها والرجل صنوان في الحقوق الإنسانية العامة، وفي خطاب التكليف، وفي الثواب والعقاب، ووضع قيماً وضوابط وأدباً لتنظيم العلاقة بينهما وضبطها. مما يجعل التصور الإسلامي قائماً على تصور فريد بين ما هو فردي وما هو جماعي، حيث لا يقبل الإسلام التركيز على حقوق الفرد على حساب حقوق المجتمع، ولا التركيز على حقوق المجتمع على حساب الفرد وإنما يؤكد على التوازن بين حقوق الفرد وحقوق المجتمع ويركز على الاعتماد المتبادل بين أفراد المجتمع... وينطبق ذلك أفضل انطباق على الذكر والأنثى من أفراد المجتمع.

ثانيا : مبدأ التماثلية :

مضمون هذا المبدأ هو القول بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة إلى درجة التماثل أو التطابق التام الذي يشمل جميع مناحي الحياة كحل أوحده وأساس بين الرجل والمرأة، ولا يتأتى ذلك إلا برفض حقيقة وجود تمايز في الخصائص والوظائف المنوطة بكل من الرجل والمرأة¹.

من هذا المنطلق تجد مطالب تكريس مبدأ المساواة أساسها في منطق التماثلية، ولك بافتراض تماثل الجنسين الذكر والأنثى واعتبار انعدام التساوي المطلق تمييزاً، لذلك وجب توحيد الأدوار، بغض النظر عن الفوارق الطبيعية والاختلافات الفطرية.

انطلاقاً مما سبق يتبين أن هذا المفهوم يشتغل من خلال آليتين :

1- المساواة بين الجنسين.

2- انعدام التمييز ضد النساء بسبب الجنس.

1- المساواة بين الجنسين :

إن منطق التماثل والمساواة مبني على نفي الفروقات بين الرجال والنساء، مما يقتضي تقرير حقوق المرأة ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي على قدم المساواة مع الرجل، وفي هذا الإطار تؤكد المادة العاشرة من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة على "ضرورة اتخاذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تمتيع المرأة متزوجة، وغير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في ميدان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية".

إن منطق التماثل - المتجسد في اعتماد مبدأ المساواة في الحقوق - يترجمه البند الثامن من نص الوثيقة الختامية لمؤتمر بكين، الذي يقرر "تساوي النساء والرجال في الحقوق والكرامة الإنسانية المتأصلة، وسائر المقاصد والمبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة".

إن فكرة المساواة من خلال هذه الوثيقة المرجعية تنبني على مسلمة أن الفروق البيولوجية أو الفيزيولوجية بين الجنسين لا وجود لها، بل يتم رفض هذا التمييز - كما أشرنا إلى ذلك سابقاً - باعتباره يكرس اللامساواة بين الجنسين.

هكذا تصبح المناذاة بالمساواة تتأسس على نفي الفروقات الطبيعية، أو المختصة بالأدوار الحياتية بين الرجال والنساء، والادعاء بأن أي اختلاف في الخصائص والأدوار من صنع المجتمع.

¹ سيدة محمود محمد، قراءة تحليلية لمضمون وثيقة "القضاء على كافة أشكال العنف ضد النساء وتداعياتها الاقتصادية والاجتماعية"، ورقة مقدمة الى الملتقى العالمي لحماية الأسرة الذي عقدته اللجنة العالمية للأسرة بالاتحاد العالمي لعلماء المسلمين 11-12 ماي 2013 الدوحة - قطر ص: 19

مما سبق نستخلص أن منظور الجندر يسعى إلى تفويض كل دليل يرشد إلى وجود عنصر الطبيعة كعامل للتمييز بين الرجال والنساء في المجتمع¹، في هذا الاطار تؤكد إحدى ناشطات الجندر "بيلا أبزوج" في محاضرة ألقته في الجلسة التحضيرية مؤتمر بكين 03 أبريل 1995م، "أن فكرة الطبيعي لا تعبر عن قيمة إنسانية ذات بال الآن، فالإنسانية بدأت في تخطي الطبيعة، لذلك لن نحتاج بعد اليوم إلى تبرير التمييز الطبقي بين الجنسين على أساس طبيعي، بل يجب علينا لأسباب براغماتية حتمية أن نتخلص من مفهوم الطبيعة هذا."

2- انعدام التمييز ضد النساء بسبب الجنس :

لا يزال مصطلح التمييز عموماً، يكتسب العالمية والصفة القانونية الملزمة منذ أكثر من ثلاثة عقود والمصطلح يتبلور حول نفي كافة أشكال التمايز بين المرأة والرجل، أما مصطلح "التمييز ضد النساء" خصوصاً، فترجع بدايات ظهوره كمصطلح في الواقع الحقوقي الدولي إلى مبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1945، حيث نص هذا الإعلان في مادته الأولى على احترام حقوق الإنسان وتعزيزها من غير تمييز للجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الذكر والأنثى، بعدها أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 7 نونبر 1969 إعلاناً أطلق عليه "إعلان القضاء على التمييز ضد النساء"، ويحيل هذا الإعلان في ديباجته على ما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حول عدم التمييز في الحقوق والحريات بسبب الجنس، وأكد على أن: "التمييز ضد المرأة يتنافى مع كرامة الإنسان وخير الأسرة والمجتمع"، كما أكد في المادة الأولى: "إن التمييز ضد المرأة بإنكار وتقييد تساويها في الحقوق مع الرجل يمثل إجحافاً أساسياً، ويكون إهانة للكرامة الإنسانية".

أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الجمعية العامة بتاريخ دجنبر 1979م، فقد حددت المعنى المراد لمصطلح التمييز حيث نصت في مادتها الأولى على أنه: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني مصطلح «التمييز ضد المرأة» أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية، أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها إياها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية، وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل."

إن ما يلاحظ أن هذه الاتفاقية أعطت مدلولاً واسعاً لمصطلح "التمييز ضد المرأة" بحيث يشمل كافة أنواع التمييز ضد المرأة، مما يعطي المرأة الحماية سواء فيما يتعلق بالاعتراف لها بكافة الحقوق التي يتمتع بها الرجل، أو فيما يتعلق بتمتعها بتلك الحقوق وممارستها لها بمعزل عن الرجل والطفل والأسرة، تطبيقاً

¹ تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً، ص: 527

للمرتكز الأول "الفردانية" الذي تمت الإشارة إليه و بغض النظر عن حالتها الزوجية كما تنص على ذلك المادة السالفة الذكر.

في هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المؤتمرات المتعاقبة بعد اتفاقية سيداو كانت لا تختلف في تحديدها لمفهوم التمييز، إلا أنها أدخلت مفهوماً آخر متعلق بالجندر وهو الأنماط النوعية للجنس ما يسمح بدخول الشواذ والمطالبة بالحقوق نفسها.

و هذا ما يجعل مصطلح " التمييز"¹ يعني المطابقة، وبالتالي يحمل دلالة منطقية ورياضية يمكن التعبير عنها بالشكل التالي: المرأة = الرجل، مما مهد لظهور دعوات لإعادة النظر في تقسيم الأدوار، وذلك بتجاوز ثنائية ذكر /أنثى، وظهور مفهوم جديد للأسرة، والتي لا تكون بالضرورة خلية ناتجة عن علاقة زواج ذكر وأنثى، بل تتخذ أشكالاً أخرى.

ثالثاً: المثلية الجنسية :

يعتبر هذا المبدأ المرتكز الثالث من مرتكزات فكرة "الجندر" التي تؤطر المرجعية الكونية، وتعتبر الأرضية التي تنطلق منها، ويتضمن هذا المبدأ اعترافاً رسمياً باللواطيين والسحاقيين و المخنثين وإدراج حرية وجودهم ضمن حقوق الإنسان. كما أنها تقر حرية أن يقوم باختيار وتحديد النوعية التي يود الانتماء إليها، والنوعية التي يود معاشرتها، والإطار الذي يمكن لتلك المعاشرة أن تدور في حدوده خارج قيود الزواج أو بداخله وإقرار الإجهاض وحرية اختيار وسيلة الحمل سواء بالتلقيح الاصطناعي للسحاقيين من البنوك، أو بنظام تأجير البطون للواطيين، وهي أمور تمارس في الغرب منذ سنوات. إن هذا المبدأ في حقيقته إقرار صريح بالشذوذ الجنسي، حيث التأكيد على إعطاء الشواذ كافة الحقوق منها الزواج وتكوين أسر.²

هكذا يصبح مفهوم الأسرة التقليدي متجاوزاً، إذ أصبح يدل على أشكال أخرى تحت مظلة المرجعية الكونية والشرعة الدولية، لذلك "ينبغي أن تتخذ الحكومات إجراءات فعالة للقضاء على جميع أشكال الإكراه والتمييز في السياسات والممارسات المتعلقة بالزواج وأشكال الاقتران الأخرى"³.

فكلمة الميول الجنسية -كما تقول أماني أبو الفضل - تعني أكثر من هوية جنسية، فالأمر غير محدود بالميل الطبيعي بين الرجل والمرأة، بناء على إلغاء جميع الفروقات بين الجنسين كما سبقت الإشارة إلى ذلك،

¹ إن المفهوم الأولي لمفردة "التمييز" من خلال المرجعية الإسلامية تدل على أنه: " إذا كان هناك موجودان بمستوى واحد، بحيث ليس بينهما أي اختلاف وجودي ثم منح منحنا أحدهما امتيازاً بالمقارنة مع الآخر نكون قد وقعنا في التمييز . " راجع حول ذلك العلاقة المتبادلة بين الفقه وحقوق الإنسان: قضايا المرأة المسلمة نموذجاً، حوار مع محمد البجنوري منشور في مجلة "الحياة الطبية" ص: 238

² كاميليا حلي، "مصطلح الأسرة في أبرز المواثيق الدولية:دراسة تحليلية"، بحث مقدم خلال أعمال مؤتمر الخطاب الإسلامي المعاصر، 28-29 يوليو 2011 منشورات المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، اتحاد علماء المسلمين ص: 7

³ نصت على ذلك الوثيقة الصادرة عن مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية عام 1994م - في الفصل الخامس منها والذي جاء بعنوان (الأسرة وأدوارها وحقوقها وتكوينها وهيكلها)، نقلاً عن الأسرة في أبرز المواثيق الدولية. لكامليليا حلي ص: 8

ولكن هناك هويات أخرى مما يفتح الباب لشرعنة المثلية الجنسية، ولذلك فتأمين هذا المطلب واعتباره حقاً من حقوق الإنسان هو من قمة هرم أولويات فلسفة "الجندر"¹.

ولقد استطاع أنصار الجندر إثبات مطلب الاعتراف بالشواذ كبند ثابت في كل وثيقة تصدرها الأمم المتحدة، فوثيقة المرأة (بيكين+5) اعترفت بهذا الحق في البند الستين، أما وثيقة مؤتمر الطفل فقد اعترفت به في البند الخامس عشر عندما أكدت على أن الأسرة هي المحضن الطبيعي للطفل مع الأخذ في الاعتبار أن الأسرة تأخذ أشكالاً متعددة².

إن هذا التصور الجديد للأسرة هو ما عبرت عنه موسوعة "لاروس الكبرى" في طبعتها الجديدة حين اعتبرت أن الأسرة هي: "مجموعة شخصين أو أكثر بينهما علاقة قرابة سواء ضاقت أو اتسعت"³.

هكذا ظهرت الدعوة إلى بناء الأسر (اللانتمية)، بحيث تم الإبقاء على الأسرة كمفهوم تم إفراغه من محتواه واستبدل به محتوى آخر، فظلت التسمية أسرة ولكن المعنى مختلف، حيث صار هذا المفهوم يشمل: "كل بيت تشعب فيه الحاجات الأساسية الطبيعية بين رجل وامرأة في إطار الزواج، أو بين رجل وامرأة خارج إطار الزواج، أو رجال ونساء دون رابطة قانونية، أو رجلين، أو امرأتين..."⁴

انطلاقاً مما سبق يتبين لنا تعدد القيم والمبادئ المؤطرة لمؤسسة الأسرة باختلاف المرجعيات وما يناط بالأسرة من وظائف ومسؤوليات، فللشريعة الإسلامية كمرجعية دينية مبادئها ومرتكزاتها الخاصة، وللمرجعية الدولية ممثلة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومختلف مواثيق الأمم المتحدة مفهوم ورؤية مغايرة ناتجة أساساً عما يتبناه من أفكار وما يؤمن به من قناعات، وهذا ما يفسر لنا كون هذه الإعلانات والمواثيق تعترف مثلاً بالزواج المثلي، وتعتبر الشذوذ جزءاً من قواعد الأسر العصرية، وتعترف للشواذ بحقوق، وتروج لمصطلحات دخيلة تبنتها الوثائق الصادرة عن المؤتمرات مثل مصطلح: (المتحدين، المتعايشين، الجندر، الهوية الجنسية، ثقافة النوع...)، كما نجد هذه المواثيق تدعو بشكل صريح إلى إباحة الجنس وتقنين الإجهاض معتبرة مسألتي الجنس والإنجاب من صميم الحرية الشخصية للأفراد.

خلافاً لذلك، نجد الشريعة الإسلامية تُبوي الأسرة مكانة عالية مقدسة في البناء المجتمعي، فقد خصها الله سبحانه وتعالى بتشريعات دقيقة تخص كل فرد من أفرادها، كما أحاطها بسياج أخلاقي تعاقدي كفيل بإنشاء نسل مشروع، مبتعداً بالأسرة عن المقاييس المغلوطة الضيقة التي تحصر الزواج في مربع الغرائز الإنسانية الجنسية.

¹ تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً، مرجع سابق، ص: 534

² تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً، مرجع سابق، ص: 534

³ عبد الهادي بوطالبنتقلا عن مفهوم الأسرة ووظيفتها، ص: 159

⁴ كاميليا حلي، مصطلح الأسرة في أبرز المواثيق الدولية: دراسة تحليلية "مرجع سابق، ص: 8-9

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- أحمد الخمليشي، " سلسلة وجهة نظر " ، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1998 مطبعة النجاح .
- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، الجزء الأول: الزواج والطلاق، دار نشر المعرفة، الطبعة الثالثة 1994.
- إدريس حمادي " البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة" ، إفريقيا الشرق 2005.
- تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً: دراسة في المصطلح و المفهوم للدكتورة أماني أبو الفضل فرج عنوان مداخلة في ندوة " المرأة وتحولات عصر جديد وقائع ندوة دار الفكر في أسبوعها الثقافي الثالث 8-13/2/1423هـ الموافق ل: 20-25/4/2002م دار الفكر -دمشق، سورية،
- سيدة محمود محمد،"قراءة تحليلية لمضمون وثيقة " القضاء على كافة أشكال العنف ضد النساء و تداعياتها الاقتصادية والاجتماعية " ورقة مقدمة الى الملتقى العالمي لحماية الأسرة الذي عقدته اللجنة العالمية للأسرة بالاتحاد العالمي لعلماء المسلمين 11-12 ماي 2013 الدوحة - قطر .
- عبد السلام أحمد فيغو، المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات في الإسلام الواقع و الشبهات، الطبعة الأولى 2005، بدار القلم.
- فتوح حج، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية " ، دراسة مقارنة، ، مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية، شمس، 2009 .
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المجلد 3 دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص: 64
- لسان العرب " ، الإمام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري المتوفى سنة 711 هـ، حققه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، المجلد الرابع عشر الطبعة 1 / 1424 هـ - 2003، دار الكتب العلمية بيروت ص: 318 - 319
- محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، دار سحنون للنشر والتوزيع تونس 1997.
- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار، الطبعة الثانية دار المعرفة بيروت لبنان 1393هـ/1973م.
- محمد طلابي، خراب الأسرة منذر بخراب العمران مقال منشور بمجلة الفرقان عدد 57 سنة 2007
- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي.
- عياد محمد، مؤتمر حقوق الإنسان، المساواة في الشريعة والنظم القانونية الحديثة، مجموعة أبحاث متعلقة بحقوق الإنسان، طبعة 1 - 2001 م.
- هبة رؤوف عزت، القوامة بين السلطة الأبوية والإدارة الشورية، على موقع الشبكة العنكبوتية islamonline. com

- مفهوم العدل بين التراث الإسلامي والفكر المعاصر، للدكتور محمد الكتاني، مقال منشور بمجلة الأكاديمية.
- محمد طلابي، مقال: خراب الأسرة منذر بخراب العمران مجلة الفرقان، السنة 2007.
- الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة اسماعيليات إيران 1412 / ج 1 ص: 331
- نزار محمد عثمان " الجندرة: مطية الشذوذ الجنسي ، موقع الجزيرة على شبكة الانترنت .www.aljazeera.net
- نهى القاطرجي، وضع المرأة في القوانين الدولية: قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "، بحث مقدم لمؤتمر أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا، مصر، 7 - 9 أكتوبر 2008.

الأمن السيبراني وحماية الأنظمة المعلوماتية

Cybersecurity and the protection of information systems



بدر الحيمودي : باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية محمد الأول - وجدة

Bader el himoudi : PhD researcher at the Faculty

of Legal, Economic and Social Sciences, Mohammed I, oujda

ملخص:

ان التقدم الكبير في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات جعل من الامن السيبراني أهمية كبيرة للمجتمع المغربي وللمملكة المغربية، حيث ان الامن السيبراني مهم على مستوى الفرد في حماية البيانات الشخصية والصور والملفات والفيديوهات والحسابات الشخصية وكلمات المرور والحسابات البنكية وغيرها من الامور التي ترتبط بحياة المواطن المغربي، وعلى مستوى المجتمع المغربي، من حيث حماية المجتمع من الهندسة الاجتماعية وإستهداف السلوك الاجتماعي والبيانات المجمعَة والخصوصيات للمجتمع، وعلى مستوى الشركات والمؤسسات، في حماية الأصول الإلكترونية والبيانات والمعلومات وبيانات الموظفين والعملاء والمواقع الإلكترونية، وعلى مستوى الدولة، في حماية أمنها الإلكتروني وحماية الأنظمة المالية والاقتصادية وغيرها من الهجمات الإلكترونية والابتزاز والقرصنة والتعطيل، وبما أن الأمن السيبراني عبارة عن مجموع الوسائل التقنية والتنظيمية والادارية التي يتم استخدامها لمنع الاستخدام الغير مصرح به و سوء الاستغلال

واستعادة المعلومات الالكترونية ونظم الاتصالات والمعلومات التي تحتويها وذلك بهدف ضمان توافر واستمرارية عمل نظم المعلومات وتعزيز حماية وسرية وخصوصية البيانات الشخصية واتخاذ جميع التدابير فإننا سنتعرف في هذا الفصل على مدى تكريس الأمن السيبراني على المستوى الوطني والدولي وذلك لمعرفة مدى ملاءمة المشرع المغربي للاتفاقيات والمعاهدة الدولية.

- **الكلمات المفتاحية :** الأمن السيبراني ، السيادة السبيرانية، السبيرانية، معطيات ذات طابع شخصي، معطيات حساسة، الجريمة السبيرانية.

Abstract :

The great progress in information and communication technology has made cybersecurity of great importance to Moroccan society and the Kingdom of Morocco, as cybersecurity is important at the individual level in protecting personal data, photos, files, videos, personal accounts, passwords, bank accounts and other matters related to the life of Moroccan citizens. And at the level of Moroccan society, in terms of protecting society from social engineering and targeting social behavior, collected data and privacy of society, and at the level of companies and institutions, in protecting electronic assets, data, information, data of employees, customers and websites, and at the state level, in protecting its electronic security and protecting financial and economic systems and others. From electronic attacks, extortion, piracy and disruption, And since cyber security is a set of technical, organizational and administrative means that are used to prevent unauthorized use and misuse and restore electronic information and communication systems and the information they contain, with the aim of ensuring the availability and continuity of the work of information systems and enhancing the protection, confidentiality and privacy of personal data and taking all measures, we will learn in This chapter examines the extent to which cyber security is devoted at the national and international levels, in order to find out the suitability of the Moroccan legislator for international conventions and treaties.

- **keys words :** cyber security, cyber sovereignty, cyber, personal data, sensitive data, cybercrime.

أولاً: الإطار العام للموضوع.

مرت المجتمعات البشرية عبر العديد من المحطات بدأ من المجتمع البدائي والمجتمع التقليدي ووصولاً إلى المجتمع المعلوماتي¹ فحالياً نعيش في خضم مجتمع يغمره العالم المعلوماتي والثورة التكنولوجية حيث لم يعد من الممكن تخيل مجتمع بدون معلومات وبدون تطورات تكنولوجية في مختلف المجالات.

فالعالم على اعتاب ثورة نوعية جديدة يقودها الذكاء الاصطناعي² فالبشرية أصبحت على وشك التحول نحو جيل جديد من المجتمعات ينذر هذا التحول بظهور مجتمع فائق الذكاء تتحقق فيه نبوءات أفلام الخيال العلمي حيث سندهب من مجتمع معلوماتي إلى مجتمع ما بعد المعلومات³.

فما حققته التكنولوجيا في خلق مجتمع معلوماتي وما تزال تحققه من تطورات تسهل على العالم التعامل في: مختلف المجالات وتسهيل نمط الحياة، إلا أنه سهلت أيضاً التعامل في مجالات تنحو في منح سلبي، حيث سهلت أيضاً ارتكاب أفعال ضارة ومجرمة وقد تساهم في تخريب العالم بأكمله بشتى مجالاته؛ فظهرت في المجتمع المعلوماتي أنواع جديدة من الجرائم مختلفة تماماً عن الجرائم ذات الطابع التقليدي جرائم بوسائل تقنية حديثة والتكنولوجيا فهي الجريمة الحديثة التي تبنت مصطلح الجريمة السيبرانية المرتكبة عبر الفضاء السيبراني والظهور نمط جديد من التهديدات تنحو في نفس السياق.

فالتحديات السيبرانية شر لا بد منه لا تقتصر فقط على الفرد بل تزعزع سيادة الدول وكياناتهم فهو تهديد أمني جديد ساهم في بروز مظهر جديد للأمن للحماية من تلك الهجمات السيبرانية وهو الأمن السيبراني فهو يهدف إلى الردع السيبراني أي حماية الفضاء السيبراني من كل الهجمات التي قد تطاله.

حيث يعتبر الأمن السيبراني هو عملية حماية الأنظمة البنكية والشبكات والبرامج ضد الهجمات الرقمية تهدف هذه الهجمات السيبرانية عادةً إلى الوصول إلى المعلومات الحساسة واستغلالها في أفعال قد تهدد أمن الدول والأشخاص كانوا الاعتباريين أو الذاتيين.

¹ ورد تعريف مجتمع المعلومات في الموسوعة العربية للمجتمع المعلوماتي على أنه: "هو مجتمع تتاح فيه الاتصالات العالمية، وتنتج فيه المعلومات بكميات ضخمة، كما توزع توزيعاً واسعاً، والتي تصبح فيه المعلومات لها تأثير على الاقتصاد."

² يشير مصطلح الذكاء الاصطناعي (AI) إلى الأنظمة أو الأجهزة التي تحاكي الذكاء البشري لأداء المهام والتي يمكنها أن تحسن من نفسها استناداً إلى المعلومات التي تجمعها. يتجلى الذكاء الاصطناعي في عدد من الأشكال. بعض هذه الأمثلة: تستخدم روبوتات المحادثة الذكاء الاصطناعي لفهم مشكلات العملاء بشكل أسرع وتقديم إجابات أكثر كفاءة القائمون على الذكاء الاصطناعي يستخدمونه لتحليل المعلومات الهامة من مجموعة كبيرة من البيانات النصية لتحسين الجدولة يمكن لمحركات التوصية تقديم توصيات مؤتمتة للبرامج التلفزيونية استناداً إلى عادات المشاهدة للمستخدمين.

³ إيهاب خليفة مجتمع ما بعد المعلومات تأثير الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي - المستقبل الأبحاث والدراسات المتقدمة، ص 10.

حيث ان الأمن السيبراني لم يبدأ إلا في سبعينيات القرن الماضي، إذ لم يكن هناك الكثير من المعلومات عما بات يُعرف ببرامج التجسس والاختراق والفيروسات، وغيرها من المصطلحات التي أصبحت فيما بعد معروفة ومتداولة على نطاق واسع، وذلك بعد حدوث ارتفاع هائل في جرائم الإنترنت خاصة الجرائم المتعلقة بالأنظمة البنكية، حيث أصبح مفهوم الأمن السيبراني معروفاً وشائعاً ومهماً، وذلك بسبب الاعتماد المتزايد على مختلف أنواع الأجهزة الإلكترونية المتصلة بالإنترنت وبشبكات الاتصال اللاسلكية؛ فبدأ مفهوم الأمن السيبراني يظهر شيء فشيء مع ظهور أنواع جديدة من تقنيات وتضاعف أخطارها وظهور أنماط جديدة من التهديدات المرتبطة بالإنترنت مروراً من الثمانينات والتسعينيات.

مع بداية فترة التسعينيات من القرن الماضي، بدأت خدمة الإنترنت تدخل في الكثير من المجالات، وازداد عدد المستخدمين لها بشكل ملحوظ، وأصبحوا يضعون معلوماتهم الشخصية والمهمة على المواقع الإلكترونية؛ الأمر الذي فتح المجال واسعاً أمام بعض الأشخاص لسرقة تلك المعلومات والبيانات، بهدف تحقيق بعض المكاسب المادية، ومع حلول منتصف التسعينيات أصبحت التهديدات التي تواجه الشبكات الإلكترونية والأنظمة البنكية كثيرة ومتعددة. وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الباحثين في هذا المجال وكذلك من الشركات والمؤسسات على اختلاف أنواعها إلى السعي إلى إنتاج جدران حماية فعالة بشكل عالي، وكذلك اختراع برامج عالية الكفاءة لمكافحة الفيروسات على نطاق أوسع.

ووصولاً إلى فترة القرن الحادي والعشرين؛ بحلول العقد الأول من القرن الحادي والعشرين تنوعت وتضاعفت التهديدات والاختراقات وكذلك الهجمات الإلكترونية المتعلقة بالأنظمة البنكية التي بدأت كثير من الكيانات الإجرامية القيام بها وبشكل محترف باستخدام تقنيات عالية، الأمر الذي دفع الكثير من الدول والحكومات إلى اتخاذ العديد من القرارات من أجل تضييق الخناق على هذه الجهات. وكان ذلك من خلال العديد من الخطوات مثل؛ سن التشريعات الخاصة بهذا النوع من الجرائم، وإصدار الأحكام الجنائية، ومع مرور الوقت، تقدم أمن وحماية المعلومات والبيانات على شبكة الإنترنت ذلك ما تزال العديد من الجهات تنتج مختلف أنواع الفيروسات لخرق هذا الإنترنت، ومع الأمن¹.

بدأت الارهاصات الأولى لمصطلح الأمن السيبراني في الدول المتقدمة فهي السباق لتبني امن سيبراني يهدف الى حماية الفضاء السيبراني من الهجمات التي قد تطاله خاصة تلك المتعلقة بالأنظمة البنكية؛ وبعدها انتشر الأمن السيبراني وتداعياته في جل العالم المغرب أيضا بادر في إقرار الأمن السيبراني ضمن امن الدولة من اجل محاربة الجريمة الحديثة المرتبطة بالتكنولوجيا حيث قام الغرب بسن قوانين تسد الفجوة التشريعية التي تخلفها التكنولوجيا منها القانون المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي

¹ مها دحام تاريخ الأمن السيبراني انظر الموقع mawdoo3.com تاريخ الإطلاع 2022/24/05 الساعة 17:24.

09.08¹ وكذا القوانين المتعلقة بتعزيز الثقة الرقمية ولا ننسى اهم الاستراتيجيات المتخذة لتصدي للجريمة المعلوماتية وحماية النظم البنكية وتعزيز الثقة في المعاملات الرقمية. ففي سنة 2020 سن المغرب قانون² 05.20 المتعلق بحماية النظم المعلوماتية ذات بنية أهمية حساسة ذات طابع اعتباري، ويبدو كذلك أن جهود المملكة المغربية لتحسين الأمن السيبراني في محاولة وقف هجمات التدمير والتخريب ما زالت تتطور وتتسع، مختلف وضع والسبب في ذلك تطور قرصنة الإنترنت باستمرار، وذلك من خلال الاستراتيجيات الجديدة والمبتكرة من أجل ردع هجمات إلكترونية غير متوقعة على العديد من المواقع والمنصات الإلكترونية المهمة والحساسة.

ثانيا : الإطار المفاهيمي للموضوع.

1- تعريف الأمن السيبراني :

يتكون الأمن السيبراني من مصطلحين مصطلح "الأمن"، ثم مصطلح "سيبراني" وأشار ابن منظور إلى أن الأمن من الناحية اللغوية « أمن الأمان، وقد أمنت فأنا أمن وأمنت غيري من الأمن والأمان والأمن ضد الخوف أمن فلان يأمن أمنا وأمانا. وقال صاحب الصحاح الأمن ضد الخوف والأمنة»³.

أما من الناحية الاصطلاحية فهو « عملية جادة تهدف إلى ضبط كيائها وكرامتها وسيادتها على ترابها دفاعا عن شخصيتها وثقافتها باسم المشاعر الوطنية، كما يعد من المصطلحات قديمة النشأة إذ تعود جذوره التاريخية إلى معاهدة وستفاليا سنة 1648 من خلال بروز الدولة الوطنية أو الدولة الأمة في إطار تبني مقاربات ومضامين في مجالات تسيير الشأن العام»⁴.

أما بالنسبة للأمن السيبراني فقد اختلفت التعاريف التي وضعت له فنجد من يعرفه بكونه حماية الشبكات والانظمة المعلوماتية والبيانات والمعلومات المرتبطة بالانترنت من التهديدات التي من الممكن أن تلحق بها، ومحاولة الوقوف على التحديات التي تعترض توفير الحماية للمعلومة المتواجدة في الأوساط الالكترونية⁵.

وقد عرفه المشرع الأردني من خلال قانون الأمن السيبراني الأردني بكونه « مجموعة من الإجراءات المتخذة لحماية الأنظمة والشبكات المعلوماتية والبنى التحتية الحرجة من حوادث الأمن السيبراني والقدرة

¹ قانون 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23) فبراير (2009) بمقتضى ظهير شريف رقم 15.09.1 صادر في 22 صفر 1430 (18) فبراير (2009).

² قانون صادر عن الظهير الشريف رقم 1.20.69 في 4 ذي الحجة 1444 25 يوليو 2020 بتنفيذ القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني 4160.

³ جمال الدين بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري لسان العرب" حرف الألف، العدد الأول، دار صادر، بيروت - الطبعة الثالثة لسنة 2000، ص : 163.

⁴ ميلود عامر حاج الأمن القومي العربي وتحدياته المستقبلية، دار جامعة نايف للنشر والتوزيع ، الرياض، الطبعة الأولى لسنة 2016، ص:19-120.

⁵ منى الأشقر:جور السيبرانية هاجس العصر، جامعة الدول العربية، ص 25.

على استعادة عملها واستمراريتها سواء أكان الوصول إليها بدون تصريح أو سوء استخدام أو نتيجة الاخفاق في اتباع الاجراءات الأمنية أو التعرض للخداع الذي يؤدي لذلك¹.

في حين عرفه القانون 05.20 المغربي المتعلق بالأمن السيبراني من خلال الفقرة الأولى من المادة الثانية منه بكونه مختلف التدابير والإجراءات التي تسمح للنظام المعلوماتي بمواجهة المخاطر في الفضاء السيبراني².

وتأسيسا على كل ما تقدم نستنتج بأن الأمن السيبراني هو بمثابة مجموعة من الإجراءات والتدابير الهادفة إلى توفير الحماية اللازمة للأنظمة والشبكات والبرامج من كل الهجمات التي تشكل مساسا بالمعلومات المتضمنة في هذه الأنظمة والبرامج الرقمية، والتي يسعى من ورائها منفذوها إلى الحصول على المعلومات الحساسة أو تغييرها أو تخريبها.

السيادة السيبرانية :

تعتبر السيادة السيبرانية خضوع الفضاء السيبراني لمصالح وقيم الدولة، أي قدرة الدول على التحكم في مجالها السيبراني بما يضمن تتبع نفس القواعد والمعايير والاعتبارات من بقية المجتمع. فهي عبارة تستخدم في مجال حوكمة الانترنت لوصف رغبة الحكومات في ممارسة السيطرة على الانترنت داخل الحدود الوطنية التابعة لهذه الحكومات، أي أنها تطبيق لحقوق والتزامات سيادة الدول على الفضاء السيبراني³.

ويعد مفهوم "السيادة السيبرانية من المفاهيم الجديدة التي انت بها الرقمنة هذا المفهوم الذي يعبر عن مدى قدرة الدول وتوفرها على الوسائل الكافية لحماية فضائها السيبراني وقدرتها على حماية بياناتها وأنظمتها المعلوماتية دون اللجوء إلى التكنولوجيا الأجنبية، هذا دون أن ننسى بأن مكافحة الجريمة السيبرانية وتحقيق الأمن السيبراني رهين دائما بوجود التعاون الدولي بين الدول.

السيبرانية :

مصطلح السيبرانية مشتقة من كلمة " ساير Cyber " وتعني: «كل ما يتعلق أو يرتبط بالحواسيب وتكنولوجيا المعلومات والواقع الافتراضي، أصل الكلمة يوناني kybernetecs وتعني القيادة أو التوجيه

¹ المادة الثانية من قانون الأمن السيبراني الأردني.

² تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون 05.20 على أن "الأمن السيبراني مجموعة من التدابير والإجراءات ومفاهيم الأمن وطرق إدارة المخاطر والأعمال والتكوينات وأفضل الممارسات والتكنولوجيات التي تسمح لنظام معلومات أن يقاوم أحداثا مرتبطة بالفضاء السيبراني ، من شأنها أن تمس بتوافر وسلامة وسرية المعطيات المخزنة أو المعالجة أو المرسله. والخدمات ذات الصلة التي يقدمها هذا النظام أو تسمح بالولوج إليه".

³ الفاطمة بيرم مرجع سابق ص:799.

ومصدرها Cybernetics الذي يعني: "علم الاتصالات وأنظمة التحكم الآلي في كل من الآلات والأشياء الحية"¹.

معطيات ذات طابع شخصي :

كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بالشخص المعني².

معطيات حساسة :

معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الاثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعني أو تكون متعلقة بصحته بما في ذلك المعطيات الجينية³.

2- المفاهيم الوارد التنصيص عليها في القانون 05.20.

الجريمة السيبرانية :

تبدأ معظم التقارير والأدلة والمنشورات المتعلقة بالجريمة السيبرانية بتعريف مصطلح الجريمة السيبرانية بكونها مجموعة من الأنشطة التي تستخدم فيها الحواسيب أو الشبكات كأداة أو هدف أو مكان لممارسة النشاط الإجرامي⁴.

وتعرف الجريمة السيبرانية أيضا بكونها أنشطة معتمدة على الحاسوب تعد إما غير قانونية أو تعتبر غير مشروعة من جانب أطراف معينة ويمكن الاضطلاع بها عن طريق الشبكات الإلكترونية العالمية⁵.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن مصطلح الجريمة السيبرانية يشمل مجموعة من الأفعال غير المشروعة التي يكون فضاءها الحاسوب و تستهدف البيانات والمعلومات الموجودة في البرامج والأنظمة المعلوماتية.

ويستخدم مصطلح الجريمة السيبرانية للدلالة على أعمال جرمية محددة قانونا وعندما يكون الاعتداء ماسا بأمن المعلومات وسلامة الأشخاص وسلامة الأموال وأمن الدولة⁶...

¹ معجم أكسفورد على الرابط: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cyber>

² الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

³ الفقرة الأولى من المادة الثانية من نفس القانون.

⁴ الاتحاد الدولي للاتصالات: مرجع سابق، ص 16.

⁵ الاتحاد الدولي للاتصالات: مرجع سابق، ص 16.

⁶ متى الأشقر جبور: مرجع سابق، ص 50.

وبالرجوع إلى القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني المغربي ، نجد تناول تعريف لمصطلح الجريمة السيبرانية بصيغة الجمع ، وهو ما تم التنصيص عليه من خلال مقتضيات الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون 05.20 السالف الذكر والتي جاء فيها ... جرائم سيبرانية: مجموعة من الأفعال المخالفة للتشريع الوطني أو الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية، التي تستهدف شبكات ونظم المعلومات أو تستعملها كوسيلة لارتكاب جنحة أو جناية¹.

ثالثا : أهمية الموضوع.

مع تزايد استخدام اليومي للإنترنت وتقنية المعلومات والاتصالات في المجال مختلف الأنشطة اليومية منها مهنية وشخصية وإدارية وهناك أنشطة حيوية مما أدى إلى بروز العديد من التحديات في مقدمتها مجموعة من الحقوق التي لا بد من تنظيمها وحمايتها وضمان ممارستها في إطار أمن يمنع الإعتداء عليها وهنا تتجلى أهمية الأمن السيبراني لتحقيق وتوفير هذا الإطار للأفراد والمؤسسات والحكومات في علاقة التفاعل التي فيما بينهم في جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية القانونية السياسية.

• على المستوى الاجتماعي :

ان الدخول للعالم السيبراني غير مقيد بأي شروط أو مخصص لفئة اجتماعية محددة أو سن محدد أو مستوى فكري؛ مفتوح في وجه كل المجتمع يظهر الاختلاف في كيفية ونوايا وهدف المستخدم في استغلاله للعالم السيبراني حيث كما نعلم العالم المعلوماتي كسيف ذو حدين يسهل الحياة الاجتماعية ويذهب بالمجتمع نحو مجتمع واعي ومتقدم وراقي مليئ بالحدثة والسرعة والمرونة ومتفتح نحو استخدام السليم للمعلومات ونجد في المقابل جانب يدفع بالمجتمع نحو جميع أنواع الجرائم من هذا النوع والرذيلة وخلق مجتمع فاشل في حالة الإستخدام السيء.

• على المستوى القانوني :

يتميز الجانب القانوني في أي مجال مواكبة التطورات التي تطرأ عليه وتوفير الإطار القانوني منظم والحماية القانونية من أي فعل إجرامي قد يمس به وبما أن العالم السيبراني يتطور يوم بعد يوم وتظهر ثغرات إجرامية لهذا لعب القانون دورا مهما في هذا المجال لتجريم أي فعل قد يظهر في المجال المعلوماتي.

• على المستوى السياسي :

إلى جانب هروب جميع المؤسسات في جميع المجالات للعمل بالرقمنة، استخدمت الدول أيضا الرقمنة في المجال السياسي لتسهيل عليها الوصول لأهدافها كتسهيل عملية الإقتراع و ضمان نزاهته وتسهيل على

¹ الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني.

المواطن الإطلاع على خلفيات القرارات السياسية و تسهيل على السياسيين أيضا معرفة رأي المواطن و ضمان سرعة وسهولة وصول قراراتهم لمن تخصهم وفهمها بشكل صحيح و تنظيم التظاهرات الإفتراضية وافتعال الاحتجاجات الإلكترونية وبما ان السياسة الدولة هي اساس استقرار علاقة مؤسساتها في ما بينها وعلاقتها مع مواطنيها وعلاقتها الدبلوماسية مع الدول وهنا تظهر اهمية الأمن السيبراني لهذا الفضاء السياسي المعلوماتي لحماية وضمن سياسة رقمية آمنة للدولة.

• على المستوى الاقتصادي :

بما أن العالم أصبح يعيش ثورة من الأسواق الإلكترونية وعقود تجارية إلكترونية ونقود إلكترونية وأبنك إلكترونية عالمية ووطنية وإقليمية بظهور مقاولات الكترونية وتجارة الكترونية فردية بتسهيل عملية البيع والشراء وتحقيق ارباح مهمه بإمكانها تحقيق التنمية المستدامة على المستوى الاقتصادي والتطوير من الاقتصاد الوطني بالتعامل مع الدول وجلب رؤوس الأموال عن طريق إبرام معاملات بطرق حديثة لذلك على الأمن السيبراني توفير لهذه المعاملات الأمان وضمن الحقوق والثقة الرقمية التجارية.

• على المستوى الأمني :

كم نعلم المهمة الأولى للأمن هو السهر على توفير الأمان للمواطنين وبما ان كل المواطنين يتعاملون بالمعلومات في كل مشاغلهم اليومية ويضعون فيها معلوماتهم الشخصية لذلك يجب على الأمن مواكبة كل ما يمس أمن المواطنين والعمل على توفير أشخاص الأمن لديهم خبرة في المجال السيبراني لرصد أي فعل إجرامي في هذا المجال.

• على المستوى الدولي:

كما سبق أن أشرنا اعلاه عدم وجود حدود دولية على المستوى الرقمي في كل المجالات وهنا تتجلى أهمية الأمن السيبراني في خلق مجال رقمي امن وموثوق به عن طريق إصدار موثيق واتفاقيات الدولية وتوحيد الاحكام الدستورية في هذا المجال الرقمي.

خامسا : اشكالية الموضوع.

بعد قراءتنا للتقديم أعلاه وعنوان هذا البحث نفهم أننا أثناء التحليل سنناقش استراتيجية التي تبنتها المملكة المغربية وفق القانون 05.20 وكذا التعاون الدول لحماية الفضاء السيبراني من الجرائم البنكية التي قد تمسه عن طريق الموثيق والاتفاقيات الدولية ولتحليل هذا الموضوع نقترح إشكالية مفادها:

هل إستطاع المشرع المغربي توفير مجال سيبراني أمن لحماية الأنظمة المعلوماتية لاسيما البنكية وتعزيز الثقة الرقمية داخل المملكة المغربية وخارجها؟

ومن خلال الإشكالية يمكن إعطاء تساؤلات فرعية تتجلى في:

- إلى أي حد يمكن تحديد الإطار العام للأمن السيبراني وحماية الأنظمة البنكية؟
 - أين تكمن التهديدات السيبرانية وما دوافعها؟
 - إلى أي مدى إستطاع المغرب التصدي للهجمات السيبرانية وتعزيز الثقة في المعاملات الرقمية؟
 - ما الجهود المبذولة على المستوى العالمي والإقليمي والوطني؟
 - إلى أي حد تمكن المغرب والدول من تحقيق الأمن السيبراني وحماية الأنظمة البنكية؟
- سادسا : المنهج المعتمد في الموضوع.

الدراسة الموضوع تم اعتماد المناهج المعروفة في الأبحاث القانونية والجامعية ومنها:

المنهج الوصفي، يظهر من خلال قيامنا بوصف ظاهرة الأمن والإجرام السيبراني وتحديد بعض المفاهيم التي يقومون عليها، وكذا وصف المفاهيم الخاصة بالإجراءات واستراتيجيات الإدارة الإلكترونية والصعوبات والعراقيل التي تواجهها سواء الآنية أو المستقبلية.

المنهج التحليلي، حاولت في هذا البحث تحليل بعض المفاهيم والغوص في جزئياتها وطرحها بشكل من التفصيل لما بدا لي من أهميتها.

كما تم توظيف المقرب القانوني لجرد أهم المقترضات القانونية التي تنظم المعاملات الإلكترونية، وتقدير مدى ملائمة وفعالية النصوص القانونية الجاري بها العمل.

سابعا : خطة البحث.

وفي ضوء ما سبق ذكره فإنه سيتم الحديث عن تكريس الأمن السيبراني على المستوى الوطني (المبحث الأول) وتكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي (المبحث الثاني)

المبحث الأول :

تكريس الأمن السيبراني على المستوى الوطني .

أضحت الدول تسعى إلى استخدام التكنولوجيا في جميع مناحي الحياة وبالتالي فإنه أصبح من الضروري سعي الدول للحفاظ على مراكزها كقوى عالمية في العديد من المجالات وتطوير مجتمعاتها وقطاعاتها، و التطور الحاصل في المجتمعات يشكل ضرورة ملحة لا غنى عنها وذلك بالاعتماد عليها بشكل كبير وبالتالي فإن الدول تسهر على مواكبة الفضاء الرقمي وذلك من خلال وضع استراتيجيات من أجل تعزيز الثقة في المعاملات الرقمية وحماية الفضاء السيبراني من الأضرار الماسة به وذلك عن طريق تفعيل آليات قانونية وتكليف كل المؤسسات والسلطات بالتنفيذ الصارم للإجراءات سواء على المستوى الدولي أو الوطني وذلك للحد من خطورة الهجمات السيبرانية التي تمس بالنظم المعلوماتية وذلك امتثالا للاتفاقيات والمعاهدات الدولية ومن هذا المنطلق فإنه سيتم الحديث عن تكريس الأمن السيبراني على المستوى الوطني (المطلب الأول) والجهود المبذولة لتكريس الأمن السيبراني على المستوى الاقتصادي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس الأمن السيبراني على المستوى الجهود الوطنية.

أمام التحديات والاكراهات التي تعرفها المنظومة المعلوماتية من جرائم الكترونية وهجمات سيبرانية والتي تعرف تزايدا ملحوظا في السنوات الأخيرة، عملت المملكة المغربية تحت القيادة الرشيدة لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله إلى اعتماد رؤية استباقية تعزز الجهود الرامية لتحسين الأمن المعلوماتي وحماية الفضاء السيبراني وتعزيز الثقة في المعاملات الرقمية عبر وضع استراتيجيات وطنية تعتمد بالأساس على آليات قانونية ومؤسسية ولأجل ذلك فإنه سيتم الحديث عن تكريس الأمن السيبراني على المستوى الأمني (الفقرة الأولى) ثم الحديث الأجهزة المنصوص عليها في القانون 05.20 (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تكريس الأمن السيبراني على المستوى الأمني.

لقد أضحت ظاهرة إختراق الأنظمة البنكية في من بين الظواهر الخطيرة التي تهدد أمن واستقرار المجتمعات، وذلك من خلال مجموعة من المخاطر التي تطرحها والتي تهدد الأمن الداخلي والخارجي، وتزداد الصعوبة أكثر عندما تكون الأنظمة البنكية مجالا خصبا متاحا للتكنولوجيا الحديثة، بحيث أنه لم نعد نتحدث فقط عن الاختراق التقليدي للأنظمة البنكية، بل أصبحنا نتحدث عن الاختراق الإلكتروني الجدد متطور، والذي يكون في الفضاء الرقمي باعتماد وسائل حديثة.

وتتجلى مخاطر إختراق الأنظمة البنكية بوصفها ظاهرة مستحدثة ، من خلال السهولة في تنفيذ المخططات الإجرامية، وتسهيل التواصل بين الشبكات الإجرامية في أسرع وقت ممكن عبر العالم بأسره قصد تحقيق الأهداف المتمثلة في إختراق البنوك على عكس الجرائم التقليدية التي تطلب جهدا ووقتا كبيرا.

وأمام كل هذه الأوضاع وتنامي الاعتداءات والأفعال الاجرامية للأنظمة البنكية ، لجأت جل الدول والتشريعات إلى اعتماد سياسة جنائية، من خلال محاولة التفكير في وضع ترسانة قانونية، تستجيب للتطورات الحاصلة على مستوى الجريمة في جميع مستوياتها ووضع نصوص جنائية تجرم وتعاقب على هذه الأفعال الشنيعة التي تهدد أمن واستقرار الدول، وأمام الصعوبة والتقيد التي تتميز به الجريمة الالكترونية بصفة عامة وجريمة إخرق الأنظمة البنكية في المغرب بصفة خاصة، فإن الأمر يتطلب بالإضافة إلى ما سبقت الإشارة إليه، تكثيف الجهود الوطنية من خلال الاعتماد على آليات وأجهزة قادرة على توفير الحماية اللازمة للأنظمة البنكية في بلانا والعمل على تكريس الأمن السيبراني وتعزيزه ولعل من بين الأجهزة التي تناط إليها مهمة تكريس الأمن السيبراني ببلادنا نجد النيابة العامة والشرطة القضائية أولا وبعض الأجهزة المنصوص عليها في القانون 05.20 ثانيا.

الفقرة الأولى : النيابة العامة والشرطة القضائية.

إن رئاسة النيابة العامة تسهر على تتبع كل القضايا المتعلقة بالجرائم المعلوماتية، وذلك بتنسيق تام بين النيابة العامة بمختلف محاكم المملكة كما تعمل على تنفيذ الالتزامات الدولية وفق الإتفاقيات والمعاهدات التي صادق عليها المغرب من قبيل تنفيذ طلبات حفظ بيانات الكومبيوتر الواردة من الدول الأعضاء التي صادقت على اتفاقية بوايست.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه في إطار تنزيل مضامين السياسة الجنائية الوطنية في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية تم وضع استراتيجيات تسعى إلى تطوير وتعزيز قدرات قضاتها في إطار مستجدات الأمن السيبراني.

وجدير بالذكر أنه في إطار جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات تم رصد احصائيات مهمة من قبل رئاسة النيابة العامة حيث تابعت النيابة العامة 239 شخصا بسبب ارتكابهم لهذه الجرائم وفتحت في مواجهتهم 117 قضية ومن خلال تعزيز التعاون الأمني للتصدي للجرائم المعلوماتية، وبادرت رئاسة النيابة العامة إلى تعزيز التعاون بين مختلف المتدخلين الوطنيين والدوليين وذلك من خلال ما يلي:

- تثبيت طلبات التعاون الواردة في إطار شبكة 24/7 لاتفاقية بوايست.

- إعداد مشروع التقرير السنوي بشأن وضعية الجريمة الإلكترونية والدليل الرقمي بالمغرب¹.

- إعداد دليل تكوين في الجريمة المعلوماتية.

¹ تقرير رئاسة النيابة العامة الرابع لسنة 2020 الباب الثاني: تنفيذ السياسة الجنائية -الجرائم المعلوماتية- ص 332.

إن رئاسة النيابة العامة أبدت اهتمامها بظاهرة العملات المشفرة، مثل البتكوين، منذ ظهورها، وقد تبين ذلك بشكل جلي من خلال رصد هذه الظاهرة في إطار الاحصائيات المسجلة بشأن استعمال هذه العملات المشفرة قد تم رصد في الثلاث سنوات الأخيرة 20 قضية، من بينها 13 قضية خلال سنة 2020 إلا أنه ما يثير الانتباه هو تسجيل قضايا تتعلق باقتناء كولولجيا التعديل هذه العملات المشفرة وخاصة (البتكوين)¹.

ونظرا لغياب إطار قانوني واضح يؤطر التعامل بالعملات المشفرة، ولتباين وجهات النظر ومختلف المحاكم التي عرضت عليها مثل هذه القضايا، فقد بادرت رئاسة النيابة العامة إلى عد اجتماع لتدارس هذه المشكلة حضرته مجموعة من القطاعات المعنية.

وقد خلص الاجتماع المذكور إلى ما يلي :

- ضم رئاسة النيابة العامة وباقي المتدخلين إلى اللجنة المشكلة على مستوى بنك المغرب لتدارس هذه المشكلة.

- إنجاز دراسة شاملة لهذه الظاهرة قصد الوقوف على تفاصيلها ، وإيجاد الحلول الكفيلة بتأطيرها على مستوى السياسة المالية والسياسة الجنائية.

- تنظيم يوم دراسي حول هذه الظاهرة من أجل الخروج بتوصيات يتم اعتمادها من قبل المسؤولين عن وضع السياسات العمومية في المستقبل.

وجذير بالذكر أنه تتميز الجرائم المعلوماتية بكونها جرائم تقنية تنشأ في الخفاء يرتكبها مجرمون أذكياء يمتلكون أدوات المعرفة التقنية التي توجه للنيل من الحق في المعلومات وتطال اعتداءاتها معطيات الحاسوب المخزنة والمعلومات المنقولة عبر نظم وشبكات المعلومات، لذا فالتصدي لها يقتضي وجود عناصر خاصة من الضابطة القضائية لها من التكوين العلمي والمعرفي في ميدان المعلومات ما يكفي لمكافحة هذا النشاط الإجرامي الحديث، وهذا لا يتحقق إلا بعد تلقيها التعليم والتدريب الكافيين على استخدام شبكات الاتصال واستخدام الأجهزة الفنية الحديثة والمعرفة الكافية باللغات الأجنبية، مما يسمح لها بالقيام بإجراءات التفتيش والضبط والتحفظ على الأدلة التي تساعد على إثبات الجريمة.

وهكذا يستشف مما سبق الإشارة إليه أعلاه أن جهاز النيابة العامة يلعب دورا مركزيا في ضل السياسة الجنائية المغربية في جل الجرائم التي تعترض الأشخاص سواء المعنويين أو الطبيعيين، وفي هذا الإطار اعتبر الوكيل العام للملك، رئيس النيابة على أن المغرب استفاد من التجربة الدولية في

¹ هي العملة الرقمية أو النقد الرقمي، إلى المال الذي ينتقل الكترونيا باستخدام أجهزة الكمبيوتر والاتصالات لاسيما الأنترنت والمثال الذي يساق في هذا المجال هو انتقال الأموال والإيداع وإبقاء قيمة الخدمات.

المجال الإلكتروني، حيث أنه استفاد من مجموعة من برامج المساعدة التقنية 45 خاصة في إطار برامج سيبير سود وكلاسي بلوس¹ التي تنفذ بدعم ورعاية مجلس أوروبا حيث كان من نتائجها تكوين متخصصين في الجريمة المعلوماتية في صفوف القضاة وضباط الشرطة القضائية و إدراج الجرائم المعلوماتية ضمن برامج التكوين الأساسي للملحقين القضائيين وكذلك بالمعهد الملكي للشرطة.

ولضمان تنزيل الاستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني، سارعت المملكة المغربية منذ بداية الألفية الثالثة إلى وضع إطار مؤسسي يشمل مجموعة من الهيئات والمؤسسات الحكومية التي تتمتع بقدر عال من الاستقلالية الوظيفية، وتنوع مهامها ومجالات عملها بتنوع وتشعب مجالات استعمال نظم المعلومات وتداخلها مع باقي الأنظمة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية، وحتى الأمنية والدفاعية.

وقد يعتقد البعض أن الإنترنت وشبكات المعلومات يصعب في إطارها تطبيق القانون لغياب نقاط المراقبة على الشبكات وتقنيات إرسال الرسائل والتحقق من هوية المعتدين وتشفير التوقيعات، وهي خصائص يتميز بها الإنترنت تجعل من الصعب تحديد وملاحقة مرتكب الأفعال المجرمة، مما يعقد عمل الشرطة التي قد تبقى مكتوفة الأيدي².

إلا أن ذلك من وجهة نظر متواضعة غير منطقي فهذه الأفعال المجرمة ترتكب في بادئ الأمر داخل حدود الدولة يستطيع المحققون أن يتصرفوا حيالها دون مصاعب أو تعقيدات، كما أن معرفة شخصية الفاعل التي يتستر وراءها المجرم المعلوماتي هو أمر نسي، إذ يترك آثارا أثناء تنقله في شبكة المعلومات تسمح للمحققين بالوصول إليه، علما أن الطابع الدولي للجريمة لا يمثل عقبة تمنع إجراء التحقيق والملاحقة، وإن كان الطابع اللامادي لشبكة الإنترنت باعتبارها ملتقى لمختلف الأصناف والمتعاملين القادمين من مختلف الأوساط، يقتضي لتفعيل دور مصالح الأمن خلق خلية للرصد والمتابعة 7 أيام /7 و 24 ساعة/24، تكون مهمتها الإبحار عبر الشبكة وبطريقة موجهة وهادفة لمعرفة التطورات التي تشهدها ومتابعة نوع المضامين المتداولة في مختلف مجالات استخدام هذه الشبكة³، ويبقى دور الأجهزة الأمنية مهما في ضبط معالم الجريمة المعلوماتية خاصة وأنها تتوفر على عناصر متخصصة في الميدان المعلوماتي فقد ساعدت مصلحة المعلومات التابعة لقيادة الدرك الملكي بالرباط بتنسيق مع المصالح والمؤسسات المختصة في التعرف على أسماء وعناوين مجموعة من الضحايا تمت قرصنة بطائفتهم البنكية، وجميع المعلومات المتعلقة بهذه البطائق المقرصنة وكذا الأشخاص المتورطين في ذلك مع التوصل لكيفية قيامهم بعمليات القرصنة ومعالجتهم للمعلومات المضمنة بالبطائق وتزويرها، كما أن تحليلها للمعطيات المستخرجة من الحاسوب المستعمل من قبل المتورطين مكنها

¹ Glacy+CyberSudGlacy.

² صالح أحمد البربري : "دور الشرطة في مكافحة جرائم الإنترنت في إطار الاتفاقية الأوروبية الموقعة في بودابست في 23/11/2001"، مقال منشور بالدليل الإلكتروني www.arablawinfo.com، تاريخ ولوج الموقع يوم السبت 21 فبراير-2023 على الساعة الثالثة زوالا، صفحات متفرقة: 2-4

³ أحمد آيت الطالب: تقنيات البحث وإجراءات المسطرة المتبعة في جرائم الأنتربيت المعلومات، مجلة الملف ، العدد 9 نونبر 2006 ص: 25.

من معرفة بعض أسماء الأبنك التي تم سحب النقود منها ورموز البطائق المقرصنة واكتشاف خزائن مختلفة مسجلة بالحاسوب تحتوي أرقام عدة بطائق بنكية لزبناء تمت قرصنتها تحمل أسماء المتورطين الذين ألقى القبض عليهم¹.

وفي هذا الإطار كذلك تمكنت مصلحة الإعلاميات إثر استخدامها للمعلومات الموجودة في القرص الصلب لأحد الحواسيب ودراسة محتوياته من التوصل إلى عدد البطائق المقرصنة من طرف عناصر شبكة متخصصة في القرصنة ومعرفة الأماكن التي تمت بها عمليات هذه القرصنة².

من هنا تبدو أهمية الدور المنوط بوحدة الأمن في مواجهة هذه الظاهرة المستحدثة والمعقدة من الإجرام، فوجود شرطة تقنية وعلمية على درجة كبيرة من المعرفة بأنظمة الحاسب الآلي وكيفية تشغيلها وأساليب ارتكاب الجرائم عليها أو بواسطتها، مع القدرة على كشف غموض هذه الجرائم وسرعة التصرف بشأنها من حيث كشفها وضبط الأدوات التي استخدمت في ارتكابها والتحفظ على البيانات والأجهزة المستخدمة في ذلك أو تلك التي تكون محلا للجريمة، يبقى أمرا ضروريا في ضبط الجرائم ذات الصلة بالأنظمة المعلوماتية، والتي تتسم بحداثة أساليب ارتكابها وسرعة تنفيذها وسهولة إخفائها ودقة سرعة محو أثارها، الأمر الذي يقتضي الوقوف على آليات البحث والتحقيق المعتمدة في مواجهة هذه النوعية من الجرائم.

وما تجذر الإشارة إليه أنه تتميز إجراءات البحث والتحقيق في جرائم المعلومات بنوع من الخصوصية وتشمل هذه التقنيات ما يلي :

• معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية :

ويقصد بالمعاينة فحص مكان أو أي شيء أو شخص له علاقة بالجريمة وإثبات حالته، ولا تتمتع المعاينة في مجال كشف غموض الجريمة المعلوماتية بنفس الدرجة من الخصوصية التي تكتسبها في مجال الجريمة التقليدية ومرد ذلك لاعتبارين، الأول أن الجرائم التي تقع على نظم المعلومات والشبكات قلما يترتب على ارتكابها آثار مادية، والثاني أن عددا كبيرا من الأشخاص قد يترددون على مكان أو مسرح الجريمة خلال الفترة الزمنية الفاصلة بين ارتكاب الجريمة واكتشافها، مما يهيء الفرصة لحدوث تغيير أو إتلاف أو عبث بالأثار المادية أو زوال بعضها، وهو ما يثير الشك في الدليل المستمد من المعاينة³.

وحتى تصبح معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية لها فائدة في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها ينبغي مراعاة عدة قواعد وإرشادات أبرزها، تصوير الحاسوب والأجهزة الطرفية المتصلة به والمحتويات والأوضاع

¹ قرار عدد 299 صدر بتاريخ 2006-03-23، ملف 22-05-336 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط غير منشور.

² قرار عدد 37 صدر بتاريخ 2006-01-16، ملف 22-05-909 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط غير منشور.

³ أحمد أيت الطالب، مرجع سابق ص26

العامة بمكانه، مع التركيز خاص على تصوير الأجزاء الخلفية للحاسوب وملحقاته ويراعى تسجيل وقت وتاريخ ومكان التقاط الصورة، كذلك يجب الاهتمام بملاحظة الطريقة التي تم بها إعداد النظام والآثار الإلكترونية وبوجه خاص السجلات الإلكترونية التي تزود بها شبكات المعلومات لمعرفة موقع الاتصال ونوع الجهاز الذي تم عن طريقه الولوج إلى النظام أو الموقع، مع ملاحظة وإثبات حالة التوصيلات والكابلات المتصلة بكل مكونات النظام حتى يمكن إجراء عملية المقارنة والتحليل حين عرض الأمر فيما بعد على القضاء، ويتعين عدم نقل أي مادة معلوماتية من مسرح الجريمة قبل إجراء اختبارات للتأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسوب من أي مجالات لقوى مغناطيسية يمكن أن تتسبب في محو البيانات المسجلة، وأخيرا التحفظ على محتويات سلة المهملات من الأوراق الملقاة أو الممزقة والمستعملة والشرائط والأقراص المغنطة.

• التفتيش :

هو البحث عن شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها، وقد يقتضي التفتيش إجراء البحث في محل له حرمة خاصة، وقد أحاط القانون التفتيش بضمانات عديدة ومحل التفتيش قد يكون مسكنا أو شخصا، مع مراعاة الضوابط التي يرسمها قانون المسطرة الجنائية للدخول إلى المنازل لتفتيشها بحثا عن أشياء تؤدي إلى إظهار الحقيقة، يمكن لضابط الشرطة القضائية اعتماد هذا الإجراء لضبط أدلة لها علاقة بجريمة من الجرائم المرتبطة بالمعلومات، وبصرف النظر عن المعوقات التي قد تحول دون بلوغ الأهداف المتوخاة من هذه العملية، فإن القيام بالتفتيش في منزل شخص وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون قد يساعد في ضبط الآلة المشبوهة وحجزها تمهيدا لفحصها وإجراء التحليلات التقنية عليها بحثا عما تتضمنه من معطيات أو أدلة رقمية، وأيضا الأدلة التقليدية ذات العلاقة بأنظمة وبرامج وتجهيزات الحاسبات الآلية ومعدات التشغيل والأوراق والمستندات وآلات الطباعة إلى غير ذلك¹.

غير أن عملية البحث في أطراف الحاسبات أو وحدات التشغيل أو ملحقاتها، قد تدفع الباحث الجنائي إلى توسيع دائرة التحريات إلى حاسب آلي أو مركزي موجود في محل آخر يشغله المشتبه فيه أو شخص آخر، كما قد يجد نفسه مضطرا للدخول إلى معطيات آلية أو قواعد بيانات أو مواقع محمية ومؤمنة، وهو ما يثير إشكالا بخصوص إمكانية الولوج إليها بناء على الإذن المحصل عليه أصلا عند الدخول إلى المنزل الذي قام فيه بتحرياته الأولى، أم أن هذا الإذن لا يجزا للقيام بعمليات تحري في وسط معلوماتي، باعتبار أن الأنظمة المعلوماتية المحمية لا تعتبر منازل في مفهوم القانون، وإذا كان الأمر كذلك فما هي المبررات القانونية الوجيهة التي يمكن اعتمادها لاقتحام أنظمة المعلومات المحمية وإجراء الأبحاث أو التحريات فيها بدون علم المكلفين بها أو أصحابها الشرعيين؟

¹ أحمد آيت الطالب: مرجع سابق، ص: 29-30.

وفي غياب إطار قانوني خاص يسمح بالولوج إلى هذه الأنظمة، يمكن القول أن قانون المسطرة الجنائية المغربي رغم حداثة، لا يتضمن استجابة صريحة لمتطلبات البحث وتفتيش قواعد المعطيات الآلية باستعمال الشبكة¹.

• الشهادة في الجريمة المعلوماتية :

الشهادة هي الأقوال التي يدلي بها غير الخصوم أمام سلطة التحقيق بشأن جريمة وقعت، سواء كانت تتعلق بثبوت الجريمة وظروف ارتكابها وإسنادها إلى متهم أو براءته منها، والشاهد في الجريمة المعلوماتية هو الفني صاحب الخبرة والتخصص في تقنية وعلوم الحاسب الآلي، والذي لديه معلومات جوهرية أو هامة لازمة للولوج في نظام المعالجة الآلية للبيانات إذا كانت مصلحة التحقيق تقتضي التنقيب عن أدلة الجريمة داخله، ويطلق على هذا النوع من الشهود مصطلح الشاهد المعلوماتي تمييزا له عن الشاهد التقليدي، ويشمل الشاهد المعلوماتي عدة طوائف من أهمها القائم على تشغيل الحاسب الآلي، وهو المسؤول عن تشغيله والمعدات المتصلة به ويجب أن تكون لديه خبرة كبيرة في هذا المجال، ثم المبرمجون وهم الأشخاص المتخصصون في كتابة البرامج، ويمكن تقسيمهم إلى فئتين: الأولى تشمل مخططي برامج التطبيقات والثانية مخططي برامج النظم².

المنزل الذي قام فيه بتحرياته الأولى، أم أن هذا الإذن لا يجزا للقيام بعمليات تحري هناك أيضا المحللون، يتجلى دورهم في تجميع بيانات نظام معين ودراسته ثم تحليله أي تقسيمه إلى وحدات منفصلة، ثم مهندسوا الصيانة والاتصالات، هم المسؤولين عن أعمال الصيانة الخاصة بتقنيات الحاسوب بمكوناته وشبكات الاتصال المتعلقة به، بالإضافة إلى مديري النظم الذين يوكل لهم أعمال الرقمنة في النظم المعلوماتية.

ويتعين على الشاهد المعلوماتي أن يقدم لسلطات التحقيق ما يحوزه من معلومات جوهرية لازمة للولوج في نظام المعالجة الآلية للبيانات للكشف عن أدلة الجريمة.

عموما هناك صعوبات مختلفة تعترض سلطات البحث والتحقيق في ضبط الجريمة المعلوماتية وهو ما يقتضي من المشرع مراجعة قانون المسطرة الجنائية ليتلاءم مع خصوصية هذه الجريمة، الأمر الذي تنبته له الكثير من التشريعات الأجنبية التي قررت بعد سنها للقوانين المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات تنظيم مسطرة خاصة للبحث، على غرار مسطرة التقاط المكالمات الهاتفية أو وسائل الاتصال الإلكترونية عن بعد، وخولت للسلطة القضائية - قاضي التحقيق - صلاحية مراقبة هذه العمليات، الذي يؤهل وحده من حيث المبدأ بالترخيص بإجرائها في 185 الحالات وضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

¹ أحمد أيت الطالب مرجع السابق، ص 30.

² صالح أحمد البربري مرجع سابق ص 6

الفقرة الثانية : الأجهزة المنصوص عليها في القانون 05.20

إن المشرع المغربي تطرق في المادة الأولى من القانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني إلى مجالات تطبيق هذا القانون من خلال تحديده لكل هذه المجالات على سبيل الحصر والتي يروم المشرع من خلالها توفير الثقة والحماية داخل الفضاء السيبراني عملا منه تنزيل استراتيجية المغرب الرقمي التي ستجعل المغرب في طليعة البلدان الصاعدة والتي تستدعي رقمنة الخدمات وتحقيق النجاعة والفعالية، وقد اعتمد هذا القانون على سياسة أمنية تروم مكافحة الهجمات والتعديلات التي من الممكن أن يتعرض لها الفضاء السيبراني من خلال التصدي لها موضوعيا وتقنيا من أجل تحقيق الحكامة والأمن للفضاء السيبراني.

1 المقتضيات العامة الموضوعية الواردة في القانون 05.20.

إن من بين الأهداف التي سعى المشرع المغربي تحقيقها في إطار هذا القانون هي توفير - الحماية داخل الفضاء السيبراني من خلال سن مجموعة من الاحكام التي تصون حرمة من الفضاء وتعاقب كل من سولت له نفسه الدخول إلى النظم المعلوماتية قصد إحداث خلل فيها¹، وضرورة إجراء افتحاص للنظم المعلوماتية الحساسة الذي تقوم به السلطة الوطنية أو متعهدي الافتحاص²، ولكن ورغم نجاعة هذا الأسلوب في مراقبة المعلومات والبيانات إلا يه يطرح العديد من الإشكالات والتي من ضمنها مثلا في حالة عدم التزام متعهد الافتحاص بقواعد السر المهني المنصوص عليها في المواد 21 و 22 من هذا القانون وترتب عن ذلك المساس على هذه البنيات التحتية ذات الأهمية الحيوية، خصوصا وأن المشرع لم يحدد في هذا الإطار جزاء الاخلال بقواعد السر المهني.

ونرى أنه كان على المشرع أن يدرج جزاء الاخلال بقواعد السر المهني في هذا القانون ان الأمر يتعلق ببنيات ذات أهمية حيوية وتحتوي على معلومات هامة ، قد تكون للمساس سريتها آثار وخيمة على مستوى الأمن الداخلي والخارجي للبلد، إلا أنه وأمام غياب مقتضيات زجرية متعلقة بإفشاء السر المهني أثناء القيام بعملية الافتحاص، ليس هناك ما يمنع من تطبيق المقتضيات المنصوص عليها في مجموعة القانون الجنائي بخصوص هذا الإجراء، والتي أشارت إلى جزاء الاخلال بالسر المهني، فباعتبار القائم بالافتحاص من

¹ وهذا ما أشار إليه المشرع من خلال المادة التاسعة من القانون 05.20 والتي نصت على " تعد كل هيئة مخطط لضمان استمرارية أو استئناف الأنشطة يتضمن مجموع الحلول البديلة لإبطال مفعول انقطاعات الأنشطة وحماية الوظائف المهمة والحساسة من الأثار الناجمة عن الاختلالات الأساسية لنظم المعلومات أو عن الكوارث ، وضمان استئناف عمل هذه الوظائف في أقرب الآجال".

وأكدت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أنه يتعين اختبار مخطط ضمان استمرارية أو استئناف الأنشطة بصفة منتظمة من أجل تحيينه حسب التطورات الخاصة بالهيئة وتطور التهديدات.

² أكدت على هذا الاجراء المادة 20 من القانون 05.20 والتي تنص على « يجب على المسؤولين عن البنيات التحتية ذات الأهمية الحيوية من السلطة الوطنية أو متعهد الافتحاص المؤهل بالمعلومات والعناصر اللازمة لإجراء الافتحاص بما في ذلك الوثائق المتعلقة بسياستها الأمنية، وعند الاقتضاء نتائج الافتحاص الأمني السابقة والسماح لهم بالولوج إلى الشبكات ونظم المعلومات موضوع المراقبة قصد إجراء التحليلات واستخراج بيانات المعلومات التقنية »، وأكدت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على ضرورة التزام متعهد الافتحاص المؤهلون ومستخدموهم تحت طائلة العقوبات المقررة باحترام السر المهني بخصوص القيام بعملية الافتحاص.

الأمناء على الأسرار فليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا النص العام مادام أن النص الخاص لم يتطرق لهذه المسألة¹.

ولغاية تحقيق الأمن للفضاء السيبراني حث المشرع في إطار القانون 05.20 على ضرورة التعاون من أجل تجنب المخاطر السيبرانية وذلك في فصل خاص عنونه ب"التكوين والتحصين والتعاون" وأفرد له المواد من 43 إلى المادة 47، هذا التعاون الذي يجب أن يكون على المستوى الوطني ثم على المستوى الدولي².

وهذا إن دل عن شيء فإنما يدل عن حرص المشرع المغربي على تنزيل أحكام الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها، ويظهر ذلك جليا من خلال أحكام هذه الاتفاقيات، فنجد مثلا اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم الحاسوب والانترنت تناولت هذا الأمر من خلال تنصيبها على هذا التعاون ، وأفردت له حيزا هاما وخصصت له فصلا مستقلا بما يعادل تسعة مواد من المادة 23 إلى المادة 31 من هذه الاتفاقية، ونفس الشيء نجده في إطار الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي تضمنت جل أحكامها ما يفيد هذا التعاون ، وبالخصوص المواد من 34 إلى المادة 43 من هذه الاتفاقية.

وهذا ما ذهب إليه أيضا بعض الفقه من خلال الدعوة إلى ضرورة التعاون وبدل الجهود من أجل إقرار وتنزيل سياسات واستراتيجيات تروم توفير الحماية داخل الفضاء السيبراني بشكل يضمن أمن المجتمع والدولة ثم وضع الأطر التنظيمية والتشريعية التي تضمن عدم الاعتداء على الحريات والحقوق³.

ولتوفير الحماية أكثر اعتمد المشرع في إطار القانون 05.20 مقاربة زجرية من خلال تخصيص جانب مهم من هذا القانون للمخالفات والعقوبات، حيث خصص فصلا مستقلا لهذا الأمر بما يعادل 5 مواد من المادة 48 إلى المادة 52، ما يؤكد الطبيعة الردعية لهذا القانون ، وتتجلى هذه الطبيعة من خلال مجموعة من العقوبات المقررة في هذا القانون والتي تتراوح ما بين 200.000 درهم إلى 400.000 درهم حسب

¹ ينص الفصل 446 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: « الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة ، وكذلك الصيادلة والمولدات وكل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار، بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة إذا أفشى سرا أودع لديه، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له القانون فيها ذلك أو يوجب عليه التبليغ عنه ، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف مائتين إلى عشرين ألف درهم ».

² أكد المشرع على ضرورة التعاون من أجل توفير الحماية للفضاء السيبراني من خلال مقتضيات المواد من 43 إلى 47 من القانون 05.20 ، فيما يخص التعاون على الصعيد الوطني أشارت المادة 43 إلى أن السلطة الوطنية تقوم بتعاون مع المهنيين والفاعلين في مجال الأمن السيبراني بتنظيم دورات تكوينية وتمارين لفائدة مستخدمي الهيئات والبنيات التحتية ذات الأهمية الحيوية من أجل تطوير وتعزيز القدرات الوطنية في هذا المجال، أما فيما يخص التعاون الدولي فقد نصت عليه المواد من 46 إلى 47 ، حيث أن المادة 46 نصت على أنه تقوم السلطة الوطنية بالتشاور مع الإدارات المعنية بتطوير علاقات التعاون مع المنظمات الوطنية والأجنبية في مجال الأمن السيبراني وتنسيقها ونفس الأمر أكدت عليه المادة 47 من خلال إبرازها لوظائف السلطة الوطنية والتي تتجلى في ربط علاقات التعاون على الصعيد الوطني والدولي لمعالجة حوادث الأمن السيبراني وتطوير تبادل التجارب والخبرات في هذا المجال.

³ متى الأشقر "جبور السيبرانية هاجس العصر"، جامعة الدول العربية قطاع الأعمال والاتصال، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، العدد 1، بدون ذكر مكان وسنة الطبعة ، الصفحة :76.

الحالات الواردة في المادة 49 من القانون 05.20. ثم من 100.000 إلى 200.000 درهم في الحالات المنصوص عليها في المادة 50 من نفس القانون ، ثم عقوبة المصادرة المنصوص عليها في المادة 51، وعاد المشرع في إطار المادة 52 ليتشدد ويقرر رفع العقوبة إلى الضعف وذلك في حالة العود.

إلا أن ما يعاب على المشرع في إطار قانون الأمن السيبراني هو انعدام العقوبات السجنية فيه، بحيث اقتصر على تضمينه الغرامات فقط ، وهذا ما يطرح إشكالات عديدة في إطار هذا القانون و من فلسفة صدوره، إذ كيف يمكن تصور تطبيق غرامات مالية فقط على أفعال خطيرة تمس البنيات التحتية للدولة وتهدد أمنها الداخلي والخارجي.

أشار المشرع المغربي من خلال المادة الأولى من القانون 05.20 إلى نطاق تطبيق هذا القانون على المستوى المؤسساتي ، خصوصا في الفقرة الرابعة وما يليها من المادة السالفة الذكر¹ هذا الإطار الوطني الذي يسعى إلى تحقيق الحكامة داخل الفضاء السيبراني من خلال تنفيذ السياسة التي اعتمدها المشرع والهادفة إلى تحقيق الأمن والحماية للنظم المعلوماتية بما يعزز الثقة الرقمية في البلاد، ولقد عدد المشرع هذه المؤسسات وحدد اختصاصاتها في إطار الفصلين الثالث والرابع من هذا القانون، والتي تتمثل في السلطة الوطنية للأمن السيبراني (أولا)، ثم اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني وكذا لجنة إدارة الأزمات والأحداث السيبرانية (ثانيا).

أولا : السلطة الوطنية للأمن السيبراني.

لقد نظم المشرع المغربي هذه السلطة وخصص لها حيزا هاما من خلال القانون 05.20 وأوكل إليها مجموعة من المهام باعتبارها الساهرة على تطبيق أحكام هذا القانون، إلا أن الإشكال المطروح هنا هو أن المشرع لم يبين المقصود بهذه السلطة وإنما اكتفى بتحديد اختصاصاتها الشيء الذي أثار نقاشا كبيرا خصوصا وأن المشرع استعمل نفس المصطلح في ظل القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وبالتالي فهل السلطة الوطنية في إطار القانون 53.05 هي نفسها التي نظمها القانون 05.20.

¹ نص المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة الأولى على يحدد هذا القانون:

-الإطار الوطني لحكامة الأمن السيبراني «، والمقصود بهذا الإطار هو المؤسسات الساهرة على تطبيق أحكام هذا القانون، وقد حددها هذا القانون في الفصل الثالث من هذا القانون المعنون ب"حكامة الأمن السيبراني"، والمتمثلة في اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني ثم السلطة الوطنية للأمن السيبراني، ثم لجنة إدارة الأزمات والأحداث السيبرانية.

بالرجوع إلى المرسوم المتعلق بتطبيق القانون 05.20 والسالف ذكره نجده حدد المقصود بالسلطة الوطنية¹، فهذا المرسوم أزال بعض اللبس الذي يكتنف مواد القانون 05.20 بخصوص تحديد المقصود بالسلطة الوطنية في ظل هذه المواد وتحديدها في المديرية العامة لأمن نظم المعلومات.

والحديث عن السلطة الوطنية في إطار القانون 05.20 يستدعي دراستها على مستوى مجموعة من الصلاحيات المنوطة بها (أ)، وكذلك مجموعة من المساطر والإجراءات التي رسمها لها هذا القانون (ب).

أ: صلاحيات السلطة الوطنية.

تقوم السلطة الوطنية للأمن السيبراني بمجموعة من المهام والتي رسمها لها القانون المتعلق بالأمن السيبراني وذلك من خلال المادة 38 والتي تتجلى في:

توليها خدمات التنسيق للأعمال المتعلقة بإعداد وتنفيذ استراتيجية الدولة في مجال الأمن السيبراني وكذا السهر على ضمان تطبيق توجيهات اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني²، إضافة إلى توليها عملية تحديد تدابير حماية النظم المعلوماتية والسهر على ضمان تطبيقها، بالإضافة إلى تقديم الاقتراحات إلى اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني بخصوص التصدي للأزمات التي من الممكن أن تلحق بأمن النظم المعلوماتية³، والحرص على تأهيل مقدمي خدمات افتحاص نظم المعلومات الحساسة للبنيات التحتية ذات الأهمية الحيوية⁴، والقيام بأعمال المراقبة والسهر على ضمان افتحاص أمن نظم المعلومات والبنيات التحتية⁵ والقيام بأنشطة البحث العلمي والتقني في مجال الأمن السيبراني وتشجيعها⁶، وعلى العموم فأعمال السلطة الوطنية تشمل كل ما يتعلق بتحقيق الأمن داخل القضاء السيبراني مع حرصها الدائم للحفاظ على سرية المعلومات الحساسة التي تتوصل إليها تنفيذاً لمهامها.

ب: المساطر والإجراءات.

لقد أفرد المشرع في إطار القانون 05.20 للسلطة الوطنية مجموعة من القواعد الإجرائية التي يستلزم اتباعها خلال القيام بالتصدي للأفعال المخلة بالفضاء السيبراني، حيث ألزمها في مستهل هذه الإجراءات على الالتزام بالسرية أثناء القيام بأدوارها التي أقرها لها القانون⁷.

¹ نصت المادة الأولى من المرسوم 2.21.406 على « يقصد بالسلطة الوطنية للأمن السيبراني المشار إليها في القانون 05.20 اعلاه المديرية العامة لأمن نظم المعلومات التابعة لإدارة الدفاع الوطني ويشار إليها بعده بالسلطة الوطنية ».

² الفقرة الأولى من المادة 38.

³ الفقرة الثانية والثالثة من المادة 38.

⁴ الفقرة الرابعة من المادة 38.

⁵ الفقرتين السادسة والسابعة من المادة 38.

⁶ الفترة الأخيرة من المادة 38 من القانون 05.20.

⁷ نصت المادة 39 من القانون 05.20 على " يتعين على السلطة الوطنية ضمان سرية المعلومات الحساسة التي تجمعها في إطار هذا القانون ".

كما ألزم المشرع أعوان السلطة الوطنية وكلما تعلق الأمر بالتصدي لأي هجوم إلكتروني يستهدف المساس بالنظم المعلوماتية والوظائف الحيوية للمجتمع أو الصحة أو السلامة أو الأمن...بالقيام بالتحريات التقنية اللازمة لتحديد خصائص الهجوم والسهر على ضمان تنفيذ التدابير والتوصيات المتعلقة بها¹.

ومن جانب آخر فقد أناط المشرع بهذه المؤسسة أعمال التعاون مع المصالح المختصة عن طريق تبادل المعطيات والمعلومات المساعدة على كشف الجرائم التي تستهدف نظم المعالجة الآلية للمعطيات².

كما تقوم السلطة الوطنية كلما تبين لها إبان القيام بمهامها وجود أفعال يشتبه في مخالفتها للقانون إحالة الأمر على السلطات المختصة، هذه الأخيرة التي يتعين عليها إخبار السلطة الوطنية بالمال المخصص للإحالة³.

إن المهام التي أناطها المشرع بالسلطة الوطنية (المديرية العامة لأمن نظم المعلومات) تبين الجهود التي تقوم بها هذه السلطة في مجال تحقيق الأمن السيبراني، ومن أجل تحقيق الغاية التي من أجلها السلطة الوطنية يستلزم الأمر منح هذه السلطة مجموعة من الإمتيازات التي قد تساعدها في القيام بأعمالها من قبيل توفير الوسائل التقنية والمادية و موارد بشرية مؤهلة في فك معالم الجريمة السيبرانية التي تعد من الجرائم الخطيرة مع منح هذا الجهاز التقنيات الخاصة التي ستساعده في عمليات الضبط والتحري والتحقيق...

ثانيا : اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني ولجنة إدارة الأزمات.

إن الوصول إلى مستوى الدول المتقدمة والرائدة في مجال الأمن السيبراني يتطلب وجود أجهزة وفاعلين أساسيين في هذا المجال وكذا توفير الإمكانيات اللازمة التي ستساعدهم في تحقيق هذه الغاية، وتعتبر اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني ولجنة إدارة الأزمات والأحداث السيبرانية من الأجهزة التي لا تقل أهمية عما أشرنا إليه في معرض الحديث عن السلطة الوطنية، هذه اللجان التي تلعب أدوارا مهمة في مجال تحقيق الأمن السيبراني ومكافحة الجريمة السيبرانية، وأسند لها القانون بدورها مجموعة من المهام وذلك من خلال المواد من 35 إلى 37 من القانون 05.20، وهي مهام كلها تروم جودة خدمات الأمن السيبراني وتحقيق الثقة الرقمية.

فبخصوص اللجنة الاستراتيجية للأمن السيبراني فهي تلعب دورا هاما في هذا المجال ، من خلال أنها هي من تقوم على إعداد التوجهات الاستراتيجية للدولة في مجال الأمن السيبراني والسهر على ضمان

¹ المادة 41 من القانون 05.20.

² الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون 05.20.

³ الفقرتين الأخيرتين من المادة 42 من نفس القانون.

الحماية للنظم المعلوماتية ووقايتها من المخاطر، وقد حددت المادة 35 من القانون 05.20. مهامها والتي تروم في مجملها تجويد الأمن داخل الفضاء السيبراني¹.

وعموما يمكن القول بأن أدوار اللجنة الاستراتيجية هي في مجملها أدوار تقييمية لأعمال اللجان الأخرى، ويساعدها في مهامها لجانا تحديثها لديها².

وبالإضافة إلى اللجان التي تحدثنا عنها سابقا توجد لجنة أخرى لها أدوار مهمة في إطار تحقيق السيبراني والتي تنعت بلجنة إدارة الأزمات والأحداث السيبرانية الجسيمة، والتي حدد لها القانون 05.20 مجال اختصاصها في التصدي لحوادث الأمن السيبراني الجسيمة³.

وفي إطار الحديث عن هذه اللجان ودورها في تحقيق الأمن السيبراني وحماية أمن المعلومات، ارتأينا التذكير بجهاز أساسي خارج عن نطاق القانون 05.20 والذي يلعب دورا هاما في هذا الإطار ويتعلق الأمر باللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، المحدثة بموجب القانون 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي⁴، هذه اللجنة التي تسهر على تطبيق أحكام القانون السالف الذكر والسهر على التقيد به تفعيلا لمقتضيات المادة 27 من هذا القانون من خلال الحرص على تقديم آراءها والإدلاء بها أمام الحكومة أو البرلمان أو أمام الحكومة لوحدها أو أمام السلطة المختصة حسب الحالات المحددة في المادة 27 أعلاه⁵، ثم تلقي التبليغ عن هوية الممثل المستقر في المغرب الذي

¹ تنص المادة 35 من القانون 05.20 على تحديث لجنة استراتيجية للأمن السيبراني يعهد إليها بالقيام بما يلي :

* إعداد التوجيهات الاستراتيجية للدولة في مجال الأمن السيبراني والسهر على ضمان صمود نظم معلومات الهيئات والبنيات التحتية ذات الأهمية الحيوية والمتعهدين المشار إليهم في الفرع الثالث من الفصل الثاني من هذا القانون.

* التقييم السنوي لأنشطة السلطة الوطنية.

* تقييم عمل اللجنة الوطنية لإدارة الأزمات والأحداث السيبرانية الجسيمة، المنصوص عليها في المادة 36 بعده.

* حصر نطاق افتحاصات أمن نظم المعلومات التي تنجزها السلطة الوطنية.

* تشجيع البحث والتطوير في مجال الأمن السيبراني.

* تشجيع برامج وأنشطة التحسيس وتعزيز القدرات في مجال الأمن السيبراني لفائدة الهيئات والبنيات التحتية ذات الأهمية الحيوية.

إبداء الرأي في مشاريع القوانين والنصوص التنظيمية المتعلقة بمجال الأمن السيبراني.

² الفقرة الأخيرة من المادة 5 من مرسوم التطبيقي للقانون 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني.

³ عرف المشرع حادث الأمن السيبراني في المادة الثانية ضمن الفقرة 17 بكونه واقعة أو وقائع غير مرغوب فيها أو غير متوقعة مرتبطة بأمن نظم المعلومات والتي يحتمل جدا أن تعرض للخطر أنشطة هيئة ما أو بنية ذات أهمية حيوية أو متعهد أو أن تهدد سلامة نظمهم المعلوماتية.

⁴ وقد حدد المرسوم 2-09-15 الصادر بتاريخ 21 ماي 2009 ، بتطبيق القانون 09-08 أعضاء هذه اللجنة وطريق تعيينها وطريقة عملها.

⁵ تنص المادة 27 تكلف اللجنة الوطنية بالإدلاء برأيها :

- أمام الحكومة أو البرلمان بشأن مشاريع أو مقترحات القوانين أو مشاريع النصوص التنظيمية ذات الصلة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تعرض عليها.

- أمام السلطة المختصة بشأن مشاريع النصوص التنظيمية الصادرة بإحداث ملفات متعلقة بالمعطيات ذات الطابع الشخصي المجموعة والمعالجة من أجل الوقاية من الجرائم والجنع وزجرها.

- أمام السلطة المختصة بشأن مشاريع أو مقترحات القوانين بإحداث ومعالجة المعطيات المرتبطة بالتحقيقات والمعطيات الإحصائية التي تم تجميعها ومعالجتها من قبل السلطات المختصة.

يجل محل المسؤول عن المعالجة القاطن بالخارج وكذا تلقي التصاريح المنصوص عليها في المادتين 12 و 13 من نفس القانون، ثم هوية المسؤول عن معالجة السجلات المسوكة لغرض فتحها للعموم¹.

ومن الناحية الجزرية نجد أن هذا القانون ومن خلال بابه السابع خصص حيزا هاما بما يعزز الحماية الجنائية للمعطيات الفردية ذات الطابع الشخصي ، فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المادة 53 التي عاقب فيها المشرع بغرامة بين 20000 درهم و 200000 درهم كل مسؤول عن المعالجة رفض إعطاء حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض المنصوص عليها في المواد 7 و 8 و 9 من ذات القانون كما نجد المادة 56 عاقبت بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 درهم إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي خرقا لأحكام المادة الرابعة من نفس القانون، كما جرمت المادة 60 عملية نقل معطيات ذات طابع شخصي نحو دولة أجنبية خرقا لأحكام المادتين 43 و 44 من هذا القانون ، حيث عاقب المشرع في هذه الحالة الأخيرة بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة مالية من 2000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كما حدد القانون السالف الذكر ظروف التشديد الخاصة بالأفعال الإجرامية التي نص عليها²، وبالنسبة لمعينة مخالقات هذا القانون فإنه بالإضافة إلى ضباط الشرطة القضائية يجوز لأعوان اللجنة الوطنية المؤهلين لهذا الغرض المؤهلين من قبل الرئيس والمخلفين طبقا للأشكال المحددة في القانون العادي القيام بأعمال البحث والمعينة لمخالفات أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه بواسطة محاضر وتوجه محاضرهم خلال خمسة أيام التي تلي عمليات البحث والمعينة إلى وكيل الملك.

ثالثا : اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

إيماننا من المشرع المغربي بأهمية الحياة الخاصة للأفراد، وسعيا منه لمواكبة التشريعات المقارنة سعى إلى إصدار القانون رقم 08-2009 الصادر في 18 فبراير 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي و المعطى الشخص هو ذلك العنصر الذي يساهم في التعريف بشخص ما كيف ما كان حامل هذا العنصر؛ ورقي الكتروني...

وقد أقر القانون 08-09-20 جملة من المقتضيات القانونية الهادفة إلى حماية الهوية والحقوق والحريات الفردية والجماعية والحياة الخاصة من كل ما من شأنه أن يمس بها عبر استخدام المعلومات، وقد بات المغرب، باعتماد هذا القانون واحدا من أول الدول العربية والإفريقية التي تتوفر على نظام كامل للحماية وإحدى الجهات الآمنة في مجال تداول المعطيات الشخصية.

¹ الفقرة ب من المادة 27 من القانون 08-09.

² نصت المادة 64 على تضاعف عقوبات الغرامة إذا كان مرتكب إحدى المخالفات المنصوص على عقوبتها في هذا الباب شخصا معنويا دون المساس بالعقوبات التي قد تطبق على المسيرين الذين يرتكبون إحدى المخالفات المنصوص عليها أعلاه. "وكما نصت المادة 65" في حالة العود، تضاعف العقوبات المنصوص عليها في هذا الباب".

ويحدد هذا القانون الحق في الولوج إلى القواعد التي تتضمن المعطيات الشخصية، والتعرض على بعض عمليات المعالجة، وطلب تصحيح المعطيات الخاطئة أو مسح المعطيات التي انتهت صلاحيتها أو التي تم تحقيق الغاية من معالجتها.

وقد أحدث هذا القانون لجنة وطنية للسهر على تنزيل قواعده وتنفيذ مقتضياته، ومراقبة التعامل مع أحكامه، وهي اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

وتتمثل مهمة هذه اللجنة في السهر على تحقيق هدفين¹؛ أولهما حماية الحياة الخاصة للأفراد وحررياتهم الشخصية إزاء الاستعمال المفرط واللامسؤول لمعطياتهم الشخصية خاصة وأن دستور 2011 يؤكد على هذا المقتضى حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 24 من الدستور «لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة»، إلى جانب التطور التكنولوجي الكبير الذي يعرفه استعمال هذه المعطيات والتي تعتبر، حسب الجريدة الأمريكية "نيويورك تايمز" بمثابة كنز يمكن تشبيهه بالبترو، حيث مكن بعض الشركات العملاقة "كغوغل".

تتوفر اللجنة الوطنية على: سلط التحري والبحث التي تمكن أعوانها المفوضين لهذا الغرض بصفة قانونية من قبل الرئيس بالولوج إلى المعطيات الخاضعة للمعالجة والمطالبة بالولوج المباشر للمحل التي تتم فيها المعالجة وتجميع جميع المعلومات والوثائق الضرورية للقيام بمهام المراقبة والمطالبة بها، وفق التفويض الذي يمارسونه سلطة الأمر بتزويدها بالوثائق، أي كانت طبيعتها وكيفما كانت دعواتها التي تمكنها من دراسة وقائع الشكايات المحالة عليها، وذلك داخل الأجل ووفق الكيفيات أو العقوبات المحتملة التي تحددها سلطة الأمر بالتغييرات اللازمة من أجل حفظ نزاهة للمعطيات المحتواة في الملف، أو إجرائها أو العمل على إجرائها سلطة الأمر بإغلاق معطيات أو مسحها أو إتلافها وكذا منع معالجة معطيات ذات طابع شخصي بصفة مؤقتة أو دائمة بما في ذلك المعطيات المتضمنة في شبكات مفتوحة لإرسال المعطيات انطلاقاً من خدمات تقع داخل التراب الوطني².

المطلب الثاني: تكريس الأمن السيبراني على المستوى الاقتصادي.

إن الجريمة المعلوماتية تتميز بكونها جريمة تقنية يقترفها مجرمون أذكاء يمتلكون الأدوات اللازمة للتعرف على التقنية كتوجه للنيل من الحق في المعلومات، وتطال اعتداءاتها معطيات الحاسوب المخزنة والمعلومات المنقولة عبر نظم وشبكات الاتصال، واعتباراً لطابعها التقني ظهرت أهمية بعض المؤسسات التنظيمية كأحد أهم العوامل التي تسهم في التصدي لهذه الجريمة، وذلك عن طريق الاستعانة بعناصر البحث والتحقيق، وهيئة الحكم بها من أجل الوصول لمرتكبيها.

¹ سعيد إهراي، ضمانات حماية المعطيات الشخصية مقال منشور على الموقع الإلكتروني <https://www.hespress.com>، تاريخ 13 فبراير 2023.

² انظر المادة 30 من القانون رقم 09.08 يتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

ولتعميق النقاش حول أهم المؤسسات التنظيمية التي تسهم بشكل كبير في تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي سيتم الحديث عن مركز النقديات بين البنوك أولا وشركات الاتصال ثانيا .

الفقرة الأولى : مركز النقديات بين البنوك.

إن في المملكة المغربية يوجد حاليا مجموعة من الشبكات الخاصة بالبطائق البنكية مسيرة من طرف العديد من الأبنك (التجاري وفابنك، البنك المغربي للتجارة الخارجية، مجموعة البنك الشعبي...)، ولضمان الاتصال بين مختلف هذه الشبكات أنشأت المجموعة المهنية للأبنك بالمغرب مركز النقديات والبنوك المعروف اختصارا بـ **CMI**¹ الذي أحدث قانونيا كشركة مجهولة الإسم في 15 فبراير 2001 وبدأ عمليا في ممارسة مهامه بداية فبراير 2004²، وإنشاء هذا المركز يدخل في إطار الجهود المبذولة من طرف البنوك الرامية إلى تطوير وتوسيع مجال استعمال البطائق البنكية، خصوصا عبر إحداث مركز متخصص في رقمنة الصفقات النقدية وضمان سيرورتها، مع تأمين استخدام البطائق البنكية وتشجيع عمليات الأداء بواسطته³ هذا المركز في رقمنة النشاط النقدي (الدفع بالبطائق البنكية)، كما ينظم عمليات، وتتمثل مهام المقاصة بين البنوك الوطنية وكذلك الأجنبية فيما يتعلق بسحب الأموال عبر الشبايك الأوتوماتيكية، ويسعى هذا المركز إلى خلق طريقة مضمونة للأداء عبر الإنترنت تساهم في تطوير الصفقات عبر التجارة الإلكترونية وإنشاء موقع إنقاذ عن بعد للمعلومات البنكية المخزنة لديه ومحاربة الجرائم الماسة بالبطائق البنكية⁴.

وما تجذر الإشارة إليه أن هذا المركز له دور فعال ومهم في التصدي للجريمة الإلكترونية ومعرفة مرتكبيها، فقد تم انتدابه للاتصال بمختلف البنوك على الصعيد الوطني بغية الإفادة عن جميع عمليات السحب عبر الشبايك البنكية بواسطة بطائق الائتمان المزيفة وخصوصا التي تم ابتلاعها من طرف هذه الشبايك، فوردت إفادة من البنك الشعبي بكل من القنيطرة والرباط ومن بينها شبايك مزودة بكاميرات تصوير التقطت صورا عديدة لشخص وهو يقوم بعمليات سحب بواسطة بطائق مزيفة تم ابتلاعها من طرف الشباك⁵.

كما أنه في إطار عمليات البحث التي تنجزها الضابطة القضائية للكشف عن مزوري بطائق الائتمان انتقلت إلى مركز النقديات فأفادهم المسؤول عن المركز بأنه توصل بعدة شكايات من مؤسسة **Master card** مفادها أن حوالي ستة بطائق ائتمان مزورة تم الأداء بواسطتها لمطعم بالرباط، وسلمهم نسخة من التقرير الذي تم إنجازها من طرف هذه المؤسسة حول ظاهرة قرصنة البطائق البنكية، وأضاف بأن

¹ Voir le site web: www.ubm.org.tn/upload/pdf/s1/cmi.pdf, date d'accès le 22/01/2023, à 20h00.

² Voir le site web: <http://doc.abhatoo.net.ma/doc/img/pdf/syspai100602.pdf>, date d'accès le 22/02/2023, a 20h00.

³ www.ubm.org.tn/upload/pdf/s1/cmi.pdf.

⁴ [Http://doc.Abhatoo.Net.ma/doc/img/pdf/syspai100602.Pdf](http://doc.Abhatoo.Net.ma/doc/img/pdf/syspai100602.Pdf).

⁵ قرار عدد 364، وتاريخ 17-04-2006، ملف عدد 740/05/22، ص: 3، مشار إليه سابقا.

مركز النقدييات يستقبل جميع الشكايات الواردة عليه من طرف المؤسسات البنكية والتجارية، كما سلمهم صورة شمسية بالألوان لبطاقة هوية مسلمة من طرف السلطات البلجيكية ببروكسيل في إسم أحد الأشخاص، وفي أسفل الوثيقة صورة فوتوغرافية لصاحبها تبين لعناصر الضابطة القضائية أنها لأحد المتهمين بقرصنة البطائق البنكية، وقد أعلمهم المسؤول عن مركز النقدييات بأن اللجنة يستعملون بالمغرب ثلاث آلات لقرصنة البطائق البنكية وهي MSR 500 و TA،TA 48 90، وسلمهم جرد لجميع العمليات التي تمت عبر البطائق البنكية المقرصنة ومكان قرصنتها مما ساعدهم في الوصول إلى أحد اللجنة¹.

ومما تجذر الإشارة إليه إلى أن الأمن السيبراني ينقسم الى عدة أقسام وتخصصات فرعية ومسميات وظيفية منها :

- أمن الشبكات :

ويقصد بامن الشبكات حماية الشبكات الإلكترونية وشبكات الانترنت من التسلل غير المصرح به وحماية البيانات والمعلومات في الشبكة.

- أمان التطبيقات والمواقع الإلكترونية:

يجعل التطبيقات أكثر أماناً من خلال البحث عن الثغرات الموجودة في كود التطبيق وإصلاحها.

- الأمن التشغيلي (OPSEC):

وهي عملية تقوم من خلالها المؤسسات بتقييم وحماية البيانات المتاحة للعامة والتي - إذا تم تحليلها وتجميعها بشكل صحيح مع بيانات أخرى من قبل منافس/مخترق ذكي - فإنها تكشف عن صورة يجب أن تظل مخفية.

- معالجة فقدان البيانات (أو انقطاع الخدمة نتيجة للهجوم الإلكتروني) جزءاً من نظام الأمن السيبراني.

تخصص الأمن السيبراني

المسميات الوظيفية المتعلقة بالأمن السيبراني:

- محلل نظم الأمان (security analyst) :

العمل على تحديد وتعديل المشكلات ضمن الأنظمة الحالية.

- مهندس نظم الأمن (security engineer):

العمل على إجراء التعديلات الرئيسية أو طرح أنظمة - جديدة.

¹ قرار عدد 299 وتاريخ 2006-03-23، ملف عدد 736/05/22، ص:6-7، مشار إليه سابقاً.

- منفذ نظم الأمان (security architect) :

العمل على تصميم الانظمة الأمنية الجديدة.

فالتنسيق مع مركز النقديات ساعد الضابطة القضائية في التحريات التي تجريها والتي بمقتضاها تتوصل إلى قراصنة بطائق الائتمان وتقديمهم أمام العدالة، وهو ما يبرز دور هذا المركز في رصد الجريمة المعلوماتية، بل إن المجموعة المهنية لبنوك المغرب المنشئة له وعيا منها بخطورة هذا النمط المستحدث من الإجرام في مجال الأنشطة البنكية، تعد عنصرا محوريا في الندوات المنعقدة للتعريف بخطورة الجرائم المعلوماتية، وقد وضحت في إحداها أن أنماط هذه الجرائم تتجلى في التلاعب في المعلومات والبرامج والمعطيات واعتماد القرصنة بواسطة الكمبيوتر سواء بسرقة البرامج أو المعلومات واستعمالها بشكل تعسفي وأيضا تخريب الحاسوب وإتلاف المعطيات المخزنة به وسرقة وقته، واعتبرت أن الجريمة المعلوماتية في المجال البنكي متطورة في الأبنك مع سهولة تعرض زبناءها كمستعلمين للخدمات البنكية والتجارة الإلكترونية ووسائل الأداء للاعتداء، إلا أن واقع هذه الجريمة في القطاع البنكي يبرز ندرة الاعتداءات المباشرة على الأنظمة المعلوماتية للبنوك وأن زبناءها هم الذين يتعرضون للاعتداء من خلال الاحتيال عليهم والحصول على معلومات خاصة بهم تمكن المعتدين من استعمال أرقامهم السرية أو أرقام بطائقتهم البنكية ومن ثم تقليدها واستعمالها في سحب أموالهم، لذا فالجريمة المعلوماتية حسب المجموعة المهنية للبنوك تتميز بنوع من الخصوصية بالنظر لطابعها اللامادي وصعوبة إثباتها، وهو ما يقتضي ضرورة سن تشريع خاص بها لعدم كفاية النصوص الجنائية التقليدية كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة والتزوير للإحاطة بها، مع وجوب ملاءمة الجهاز القضائي وتكوين القضاة حول مجال محاربة الجريمة المعلوماتية وتنمية التعاون الدولي في هذا الإطار، بالإضافة إلى ضرورة التوعية في هذا المجال عبر تحسيس زبناء الأبنك¹.

عرفت الساحة المصرفية خلال الفترة الأخيرة تطورا كبيرا في التكنولوجيا البنكية من أبرز مظاهرها أنظمة الدفع والسداد الإلكتروني، والتي تعتبر من بين الطرق التقنية المبتكرة لتسهيل الأداء على الزبون وضمانا للبائع من أجل استخلاص الثمن. لكن تبقى هذه الوسائل عديمة الثقة في ظل غياب جهاز يتمتع بالثقة الرقمية من أجل ضمان سير هذه العمليات، الشيء الذي دفع بالمغرب لخلق جهاز يقوم بهذه المهام و يتمتع بقدر عالي من الثقة الرقمية وكذلك سهولة الوصول إليه و يتمتع بالخبرة اللازمة التي تأهله لضبط هذا المجال الواسع مع ضمان الأمان لجميع زبنائهم وهذا ما يسمى بـ " مركز النقديات (Le Centre Monétique Interbancaire) CMI".

¹ El hadi chaibainou -directeur général du groupent professionnel des banques au maroc-: « les crimes informatiques commis dans les activités bancaires », document communiqué au séminaire régional sur le thème, « les infration liées à l'utilisation de l'ordinateur », organisé par le PNUD et le ministère de la justice au maroc, le 19 et 20 juin 2007 à casablanca, non publié.

ويسعى هذا المركز إلى خلق طريقة مضمونة للأداء عبر الإنترنت ، تساهم في تطوير الصفقات عبر التجارة الإلكترونية ، وإنشاء موقع إنقاذ عن بعد المعلومات البنكية المخزنة لدية، ومحاربة الجرائم الماسة بالبطائق البنكية، وتبسيط حلول التحصيل الإلكترونية، ومن خلال المركز استطاعت السلطات الأمنية التصدي للجريمة المعلوماتية بالكشف عن بطائق الائتمان المزيفة ومرتكبيها من خلال الاتصال بمختلف البنوك على الصعيد الوطني للإفادة عن جميع عمليا. السحب عبر الشبايك البنكية وخصوصا التي تم التلاعب بها¹ و هذه بعض الإحصائيات التي تبين لنا الدور المهم لمركز النقديت من حيث تنمية التجارة الإلكترونية مع ضمان قدر عالي من الأمان الرقمي و الثقة الرقمية، بحيث أن سنة 2016 تم ما يقارب 3.6 مليون عملية أداء من قبل التجار الإلكترونيين المنخرطين لذا مركز النقديت أي ارتفاع بنسبة 46.8% من حيث العدد مقارنة مع سنة 2015 ، و في ظل التطور السريع الذي تعرفه التجارة الإلكترونية في المغرب فإن هذه الأرقام مرشحة للارتفاع بنسب كبيرة جدا²، مما يحتم من تعزيز الدور الحماني لهذا المركز. وهذه لمحة لكيف تتم عملية الأداء على الأنترنت.

الفقرة الثانية : شركات الإتصال.

إن قطاع شبكات الاتصال اللاسلكية المتنقلة شهد عدة تطورات تكنولوجية متسارعة ولاسيما على صعيد الأنظمة وشبكات الخدمة المرتبطة به، وإذا كان تحديد هوية المعتدي على المعلومات لم يعد وهما، فإن الكشف عن الشخصية الحقيقية للشخص الذي ارتكب الجريمة مازال يواجه الكثير من الصعاب، لذا فمن الضروري تحسين أسلوب تتبع "أثار الرسائل" وتحديد هوية المستخدمين حتى يمكن تحريك دعوى المسؤولية، وارتباطا بهذا المقتضى تظهر أهمية دور مؤدي الخدمة كهزمة وصل ضرورة بالنسبة لنقل المعلومات³، ونقصد هنا بمؤدي الخدمة شركات الاتصال، باعتبارها تقدم خدمات للجمهور ويبرز دورها في أن تحدد على مواقعها هوية ناشر الرسالة وبياناته، وقد دخل هذا الالتزام حيز التطبيق منذ زمن بالنسبة لخدمات جهاز télématique بموجب المادة 43 من قانون 30 شتنبر 1986 في فرنسا، ويعاقب على عدم الالتزام بها بالمادة 76/2 من نفس القانون بغرامة تتراوح ما بين عشرة آلاف إلى أربعين ألف فرنك، ومن شأن هذا الإجراء أن يقدم الكثير من الشفافية بالنسبة للخدمات الموضوعية تحت تصرف الجمهور، ويساعد على تحديد هوية الشخص المسؤول جنائيا، ومن الضروري تحديد هوية المشتركين بشبكة الاتصالات لتسهيل عمل الشرطة في حال وقوع أي مخالفة حيث يجب على مؤدي الخدمة - شركة الاتصال - أن يكون قادرا على تقديم بيانات شخصية عن زبائنه، في إطار التحقيقات التي تتم بواسطة الشرطة عندما يطلب منه ذلك، وفي فرنسا يتم التعاون بين مؤدي الخدمة ورجال الشرطة استنادا إلى المادة 462/1 من قانون العقوبات التي دخلت حيز

¹ عز الدين بن أمين الأموي "الجرائم المعلوماتية في ضوء التشريع والقضاء المغربي واليميني"، م س ، ص 225.

² الإحصائيات من تقرير مركز النقديت لنشاط النقدي 2017 (Activite Monetique Marocaine 2017)، الصادر بتاريخ 30 يونيو 2017، منشور على الموقع الرسمي لمركز النقديت: <https://cutt.ly/XTJK4T8> ، ص 1 وما بعدها.

³ صالح أحمد البريري : مرجع سابق، ص: 5.

التطبيق أول مارس 1994، وهنا تثار مشكلة جديدة بالنسبة للاشتراكات المجانية التي تتم دون تحديد هوية المشترك، هذه الاشتراكات هي التي تسهل ارتكاب الجرائم في ظل غياب أي تحديد لهوية أو مكان المستخدم، وهو ما يصعب منعه أو إلغاؤه¹.

ومما تجذر الإشارة إليه أن البيانات التي تتعلق بالاتصال والتي يقوم مؤدي الخدمة بتجميعها أوتوماتيكيا عند توصيل المستخدم بالشبكة ذات قيمة كبرى للمكلفين بالتحقيق، إذ يظهر فيها المستخدم ووقت بداية ونهاية الاتصال، والرقم الكودي للمتصل، والمواقع التي زارها والمعلومات التي طلبها والبيانات التي حصل عليها، فهذه المعلومات وغيرها بمثابة الآثار التي يتركها المستخدم.

وتحفظ هذه البيانات بواسطة مؤدي الخدمة لفترات متغيرة حسب أهمية وكثافة تردد العملاء ومن المهم الاحتفاظ بهذه المعلومات لفترة كافية، حتى يمكن تسهيل عمل شرطة البحث في متابعة وإقامة الدليل على المخالفات المرتكبة².

وفي هذا الإطار تمكنت الضابطة القضائية في إطار تنسيقها مع شركة اتصالات المغرب التي زودتهم بمعلومات حول أحد قراصنة البطائق البنكية من التوصل إليه³.

لذا فدور مؤدي خدمات الاتصال مهم في الكشف عن خيوط الجريمة، وإن كان هذا الدور قد يبقى محدودا أحيانا بالنظر للسرعة التي تنتقل بها المعلومات عبر شبكات الاتصال.

¹ المرجع السابق، ص: 5-6.

² المرجع السابق، ص: 6.

³ قرار عدد 37 وتاريخ 16-01-2006، ملف عدد 22-05-935، ص: 3، مشار إليه سابقا.

المبحث الثاني :

تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي.

إن تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي يستلزم بالضرورة عن مظاهر التعاون القضائي الدولي لحماية الأنظمة البنكية في المجال السيبراني ولعل من بين هذه المظاهر نجد التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المعلوماتية في مجال البنوك والتي قد تتجاوز الحدود الإقليمية، ونظرا لما يلعبه هذا التعاون من دور طلاعي في مجال تكريس الأمن السيبراني على المستوى الأمني، ويتخذ التعاون القضائي الدولي على مستوى تكريس الأمن السيبراني دوليا مجموعة من الأشكال، لعل من بين أبرزها نجد الإنابة القضائية وتسليم المجرمين.

وبالإضافة إلا ما سبق التطرق إليه أعلا فإنه لا يمكن الحديث عن تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي دون الحديث عن التعاون والتآزر الدولي والتنسيق الدائم والمستمر، حيث تجسد وعي مختلف الدول عبر العالم بمدى خطورة الجرائم العابرة للحدود، مما استلزم معه إبرام عدة إتفاقيات ومعاهدات دولية، في مجال تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدول خاصة مع التحول الرقمي الذي يشهده العالم وتعد المعاهدات الدولية هي الأساس الذي يرتكز عليه التعاون في مجال تكريس الأمن السيبراني وقدم إبرام العديد من المعاهدات التي تعمل على التعاون الدولي في مجال تكريس الأمن السيبراني ومن تلك المعاهدات نجد معاهدة بودابست والاتفاقية العربية

وعليه فإننا سنتطرق في الفقرة الأولى من هذا المطلب للحديث عن الإنابة القضائية وتسليم المجرمين كمظهر من مظاهر تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي، على أساس أن نتطرق في الفقرة الثانية لأهم المعاهدات الدولية في مجال تكريس الأمن السيبراني.

المطلب الأول : الإنابة القضائية وتسليم المجرمين.

إن التعاون الدولي ينبني على عدة إتفاقيات سواء تعلق الأمر بالاتفاقيات الثنائية والاتفاقيات الإقليمية الدولية وفي كافة الأحوال على المعاملة بالمثل بتطبيق القانون الداخلي للدولة المطلوبة في التعاون، أي قانون المسطرة الجنائية الذي نظم الكتاب السابع منح الاختصاص المتعلق ببعض الجرائم المرتكبة خارج المملكة والعلاقات مع السلطات القضائية الأصلية وتتعدد آليات التعاون الدولي في مجال تكريس الأمن السيبراني على المستوى الدولي، من أهمها الإنابة القضائية (الفقرة الأولى) وتسليم المجرمين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الإنابة القضائية.

تعد الإنابة القضائية من بين الآليات التي يعتمد عليها التعاون القضائي الدولي في مجال التصدي للإرهاب الإلكتروني، وتعتبر مظهرا من مظاهر المساعدة القضائية، ويقصد بالإنابة القضائية « طلب اتخاذ إجراء قضائي من إجراءات الدعوى الجنائية تتقدم به الدولة الطالبة لهذا الإجراء من الدولة المطلوب إليها، وذلك لأهميته للفصل في موضوع معروض على السلطة القضائية في الدولة الطالبة، ويتعذر عليها القيام به لنفسها»¹.

وعليه فإن الإنابة القضائية تلعب دورا هاما في مجال مكافحة الارهاب الالكتروني ذو الطابع الانتشاري الذي يتجاوز الحدود الوطنية بسرعة هامة وفي لحظة زمنية وجيزة، ما يفرض على الدول ويحتم عليها ضرورة التعاون في مجال منح المساعدات القضائية بينها في مجال التحقيقات والمحاكمات².

وللإنابة القضائية الدولية مصادر متعددة، فمنها الاتفاقيات الدولية، ومنها ما هو مرتبط بالتشريع الوطني، بالإضافة إلى مصادر أخرى، فمن بين الاتفاقيات الفاعلة في هذا المجال، نجد الاتفاقية المغربية الأمريكية³، وكذلك الاتفاقية المغربية الإيطالية⁴ والاتفاقية المغربية الفرنسية⁵.

أما على المستوى الوطني فإن قانون المسطرة الجنائية نظم هذه الآلية، وذلك في إطار الباب الثاني من القسم الثالث ضمن المادتين 714 و 715 من ق.م.ج.

والواضح من خلال المادتين السابقتين أن المشرع أعطى الإمكانية للقضاة المغاربة من أجل إصدار إنابات قضائية قصد تنفيذها خارج أراضي المملكة وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذه المواد⁶.

وفي هذا الصدد جاء في قرار المجلس الأعلى ما يلي:

¹ عبد الجليل إسماعيل حسن الشيخ زيني: "الإرهاب الإلكتروني في القانون الدولي (الماهية والجزاء)" منشورات الحبلى الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2020، ص: 221.

² وهذا ما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية من خلال المادة 18 منها والتي نصت على: « تقدم الدول الأطراف بعضها البعض، أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية فيما يتصل بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية حسبما تنص عليه المادة الثالثة، وتمتد كل منها الأخرى تبادلها بمساعدة مماثلة عندما تكون لدى الدولة الطرف الطالبة دواع معقولة للاشتباه في أن الجرم المشار إليه في الفقرة (1) أو (ب) من المادة الثالثة ذو طابع عبر وطني، بما في ذلك أن ضحايا تلك الجرائم أو الشهود عليها أو عائلاتهم أو الأدوات المستعملة في ارتكابها أو الأدلة عليها توجد في الدولة الطرف متلقية الطلب وأن جماعة إجرامية منظمة ضالعة في ارتكاب الجرم».

³ اتفاقية التعاون القضائي في الميدان الجنائي الموقعة بالرباط في 17 أكتوبر 1983 بين المغرب والولايات المتحدة الأمريكية.

⁴ اتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام القضائية وتسليم المجرمين المبرمة بين المغرب والجمهورية الإيطالية 12 فبراير 1971.

⁵ الاتفاقية بين المغرب وفرنسا للتعاون وتسليم المجرمين في الميدان الجنائي 2 غشت 2011.

⁶ ومن بينها استثناء بعض الانابات القضائية من التنفيذ، ومن ذلك استثناء الانابات القضائية من التنفيذ في حالة ما إذا لم تكن من اختصاص السلطات القضائية المغربية، أو إذا كان تنفيذها من شأنه المساس بسيادة المملكة أو أمنها أو نظامها العام أو مصالحها الأخرى.

" ويمكن لقضاة المملكة أن يضعوا الإنابات قصد تنفيذها خارج المملكة، إذ لم يحدد القانون نوع الإنابات القضائية ولم يحددها في أبحاث التحقيق. ولما كانت المحكمة قد قامت بوضع إنابة قضائية موجهة إلى السلطات القضائية في بلد آخر (فرنسا) قصد إجراء خبرة طبية على شخص كان ضحية حادثة سير في التراب المغربي، إنما قامت بإجراء مسطر في حدود القانون، ولم تتجاوز الصلاحيات المخولة لها، ولهذا فإن المحكمة باتخاذها لهذا الإجراء، لم تتنازل عن سلطاتها، ولا على اختصاصاتها للبلد الأجنبي الذي انتدب سلطاته القضائية لإنجاز هذه الخبرة¹.

و يذهب الفقيه الفرنسي برنار بولاك إلى أن الإنابة القضائية هي إجراء بمقتضى نظام داخلي يمكن أن يسأل عنه الأدنى المنفذ للإنابة أمام الأعلى المصدر للإنابة،

من هنا نتساءل ألا يحق لقاض التحقيق تفويض رئيس المحكمة الذي يعتبر أعلى درجة منه؟

يجيب الأستاذ عمر الزعلاني على تساؤلنا هذا بقوله إن قاضي التحقيق لا يمكنه أن يفوض رئيس المحكمة الذي يعتبر أعلى درجة منه إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك ورغم التدرج السلمي.

كما نصت المادة 715 عن طرق تبليغ الانابات القضائية ، والتي تكون إما بالطريقة المباشرة أو بالطريقة الدبلوماسية، لتكون بذلك المادة 715 قد سايرت أحكام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع.

ومن بين هذه الاتفاقيات نجد الاتفاقية المغربية الفرنسية حيث جاء فيها «بخصوص التبليغ أن الانابات القضائية في الشؤون الجنائية التي ينبغي تنفيذها فوق تراب أحد الجانبين تبلغ بالطريق الدبلوماسي»².

وكذلك الاتفاقية المغربية البلجيكية التي تنص على أنه «توجد الانابات القضائية المنصوص عليها في المادتين الرابعة والسادسة من هذه الاتفاقية عبر الطريق الدبلوماسي»³.

أما بخصوص التبليغ المباشر فنجد الاتفاقية المغربية الفرنسية نصت على هذا الإجراء بنصها «أنه في حالة الاستعجال المبرر يمكن توجيه طلبات التعاون مباشرة من طرف السلطات القضائية للطرف الطالب إلى السلطة القضائية للطرف المطلوب، وتعمل السلطة المركزية للطرف المطلوب في أقرب الآجال ولتبقى بذلك هذه المسطرة استثنائية قائمة ويمكن اللجوء إليها كلما كانت هناك ظروف مبررة لذلك...»⁴.

¹ قرارات صادر عن المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا غير منشور.

² المادة 8 من هذه الاتفاقية.

³ المادة 14 من هذه الاتفاقية.

⁴ الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

والملاحظ أن الطريقة المثلى لتبليغ الإنابة القضائية في جريمة الارهاب الالكتروني هي الطريقة الثانية ، نظرا لخصوصيات هذه الجريمة وسهولة اندثار أدلتها، على اعتبار أن طريقة التبليغ المباشر توفر السرعة في الوصول إلى الدليل الفعال في أقرب وقت، الشيء الذي يحول دون قرار المجرم من العقاب.

الفقرة الثانية: تسليم المجرمين.

يعتبر نظام تسليم المجرمين من بين أهم آليات التعاون القضائي الدولي في مجال مكافحة الجريمة، وبالخصوص الجريمة عبر الوطنية العابرة للحدود الإقليمية المرتكبة الفضاء عبر الافتراضي.

ويعرف هذا النظام بكونه «الإجراء الذي بموجبه يتم فيه تخلي دولة عن شخص موجود في إقليم دولة أخرى بناء على طلب هاته الأخيرة من أجل محاكمته عن فعل بعد جريمة في قانون الدولة الطالبة أو لتنفيذ حكم صادر في حقه من إحدى محاكمها»¹.

كما يعرف أيضا بكونه «إجراء تعاون دولي تقوم بمقتضاه دولة تسمى الدولة الطالبة بتسليم شخص يوجد في إقليمها إلى دولة ثانية تسمى بالدولة المطلوب إليها أو جهة قضائية بهدف ملاحقته عن جريمة اتهم بارتكابها أو لأجل تنفيذ حكم جنائي ضده»².

يعتبر هذا الاجراء من بين آليات التعاون الدولي وأحد أهم مظاهره في مجال مكافحة الجريمة المنظمة بصفة عامة وجريمة الارهاب الالكتروني بصفة خاصة، وفيه تجسيد لمبدأ العالمية الذي يتميز به القانون الجنائي، بحيث أن المجرم ورغم تواجده في إقليم الدولة التي لم تتضرر من فعله الإجرامي، إلا أنه يجب أن تتم ملاحقته وعدم إفلاته من العقاب، ومن هذا المنطلق جاءت فكرة التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين، من أجل توقيع العقاب على كل مخالف للقانون أينما حل وارتحل.

ويبقى تسليم المجرمين من أصعب جوانب التعاون الدولي، بحيث أن طلبات التسليم تؤدي في الكثير من الحالات إلى التنازع بين ضرورة تقرير الحماية للمواطن والحاجة إلى المساعدة في التحقيق الذي يجري بالخارج³.

¹ هذا مع ضرورة الإشارة إلى أن تسمية هذا النظام بهذا الاسم يطرح العديد من الاشكالات، وبالخصوص عندما يتعلق الأمر بمرحلي البحث والتحقيق، بحيث أن تسمية شخص منهم بمجرم فيه ضرب للعدالة، على اعتبار أن مبدأ البراءة في الأصل ، فوفقا لهذا المبدأ فإنه لا يمكن الحديث عن المجرم إلا بعد صدور قرار أو حكم قضائي في حقه حائز لقوة الشيء المقضي به.

² عبد المنعم سليمان: الجوانب الاشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، الجامعة الجديدة الاسكندرية 2010.

³ الاتحاد الدولي للاتصالات، فهم الجريمة السيبرانية دليل البلدان النامية، مرجع سابق، ص: 192.

والجدير بالذكر أن هذا الإجراء تم التنصيص عليه في العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية، ونذكر منها على سبيل المثال اتفاقية بودابست¹، ثم الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث حددت الجرائم المعنية بالتسليم، والمدرجة في إطار الفصل الثاني من هذه الاتفاقية، وهي في مجملها جرائم تعتمد على تقنية المعلومات، كما حددت هذه الاتفاقية مجموعة من الشروط والإجراءات التي يجب احترامها لتطبيق هذا الإجراء².

أما على مستوى القانون الداخلي، نجد أن قانون المسطرة الجنائية بدوره خصص جزءا هاما منه لنظام تسليم المجرمين ، وذلك من المادة 715 إلى المادة 745 والتي حددت مجموعة من الاجراءات والشروط الخاصة بالتسليم³.

والملاحظ أن تسليم المجرمين بين الدول، يستدعي أن تكون الجرائم المراد بشأنها التسليم مجرمة ومعاقب عليها قانونا بسنة واحدة بين الدولتين المعنيتين طرفي الاتفاقية أو بعقوبة أشد منها.

المطلب الثاني : التعاون الدولي على مستوى اتفاقية بودابست والاتفاقية العربية.

إن التهديدات السيبرانية هاجس العصر خلقت الرعب في العالم بأسره فالتهديدات السيبرانية من المشاكل التي يجب على الدول السيطرة عليها من أجل ضمان الأمن والسلم العالمي فبعد بروز تلك التهديدات الإلكترونية بادرت الدول في وضع استراتيجيات عالمية للتصدي للهجمات السيبرانية ومختلف الجرائم المرتكبة عبر الأنترنت والتي تمس بالنظام العالمي وتهدد سيادة الدول وتزعزع الأمن العالمي. ولهذا صدد تم تبني استراتيجيات دولية تحمي القضاء السيبراني من كل الجرائم التي قد تمس به وتؤثر على أمن وسلامة العالم وتهدد أيضا المعاملات الرقمية التي باتت شيء لا يمكن الاستغناء عنه. خصوصا في العلاقات الدولية سواء على المستوى التجاري او الاقتصادي او غيره من المجالات. فالاستراتيجيات التي تبنيها العالم

¹ تم التنصيص عليه في إطار الفصل الثالث من هذه الاتفاقية، وبالضبط المادة 24 منها، والتي جاء فيها تسليم المجرمين يتم الاتفاق على تسليم المجرمين بين الأطراف لمرتكبي الجرائم المنصوص عليها في المواد من المادة الثانية إلى المادة 11 من هذه الاتفاقية.

² وهذا ما يتضح من خلال مقتضيات المادة 31 من الاتفاقية العربية، والتي اعتبرت أن تسليم المجرمين محصور في الجرائم الوارد التنصيص عليها في الفصل الثاني من الاتفاقية، وذلك شريطة أن تكون تلك الجرائم يعاقب عليها في قوانين الدول الأطراف المعنية بسلب الحرية لفترة سنة واحدة أو بعقوبة أشد ، وأضافت نفس المادة ضمن فقرتها الثالثة على أنه إذا قامت دولة طرف ما يجعل تسليم المجرمين مشروطا بوجود معاهدة وقامت باستلام طلب لتسليم المجرمين من دولة طرف أخرى ليس لديها معاهدة تسليم فيمكن اعتبار هذه الاتفاقية كأساس قانوني لتسليم المجرمين فيما يتعلق بالجرائم المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة « ، وأضافت الفقرة الخامسة على أن تسليم خاضع للشروط المنصوص عليها في قانون الدولة الطرف التي يقدم إليها الطلب أو لمعاهدات التسليم المطبقة بما في ذلك الأسس التي يمكن لدولة الطرف الاستناد عليها لرفض تسليم المجرمين ».

³ من بين هذه الشروط ما ورد التنصيص عليه في إطار الفقرة الثانية من المادة 718 والتي أقرت برفض التسليم في حالات معينة، من بينها ارتكاب الجريمة إما بأرض الدولة طالبة من طرف أحد مواطنها أو من شخص أجنبي، وإما خارج أراضيها من أحد مواطنها، وإما خارج أراضيها من شخص أجنبي غير مغربي، إذا كانت الجريمة المنسوبة إليه تدخل من ضمن الجرائم التي يجيز التشريع المغربي إجراء متابعة بشأنها في المغرب، ولو ارتكبتها أجنبي بالخارج « ، وأضافت المادة 721 من نفس القانون لتحدد حالات رفض الموافقة على التسليم إذا كان الشخص المطلوب مواطنا مغربيا، وإذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم جريمة سياسية أو مرتبطة بها، وإذا ارتكبت الجنايات أو الجنح بأراضي المملكة المغربية، وكذلك إذا كانت الجنايات قد وقع الحكم فيها نهائيا في المغرب...».

تندرج في اطار اتفاقيات ومعاهدات دولية التي نظمتها أهم المؤسسات والمنظمات العالمية من أجل مكافحة جرائم الأنترنت وكذلك تندرج في إطار انعقاد العديد من المؤتمرات فهي كلها تعتبر جهود دولية لتعزيز التعاون من أجل الحد ومكافحة الجريمة السيبرانية.

الفقرة الأولى : معاهدة بودابست.

في سنة 2000 تقدمت اللجنة الاوروبية بمشروع معاهدة حول مشكلات الجرائم المعلوماتية والحساب الآلي وفي سنة 2001 تمت المصادقة على معاهدة بودابست المتعلقة بمكافحة الجريمة عبر الأنترنت و التي بلورت أسس التعاون والتضامن الدولي في محاربتها ومحاولة الحد منها خاصة بعد أن وصلت تلك الجرائم إلى حد خطير أصبح يهدد الأشخاص والممتلكات ، وبعد التوقيع على تلك المعاهدة الدولية الخطوة الأولى في مجال تكوين تضامن دولي مناهض لتلك الجرائم التي تتم عبر شبكة الأنترنت و استخدامها استخدام سيء وبناء عليه قد وقعت تلك المعاهدة 26 دولة أوروبية بالإضافة إلى كندا وجنوب أفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية. وللمعاهدة أهمية قصوى في توفير أسس الأمن العام، وتتضمن تلك المعاهدة 48 مادة وبعد التوقيع على تلك المعاهدة دوليا التي تهدف إلى توحيد الجهود الدولية في مجال مكافحة جرائم الأنترنت والتي انتقلت من مرحلة ابتدائية كانت تتمثل في محاولات التسلل البريئة التي كان يقوم بها الهواة في الأغلب الحالات ودون أي فرض إجرامي إلى مرحلة جديدة يقوم بها محترفون على أعلى درجة من التخصص وتتمثل في الاحتيال والاختلاس وجرائم تهديد الحياة وهي قضايا تعرض حياة وممتلكات الكثير من رواد شبكة الأنترنت للخطر.

سطر الهدف الأساسي لهذه الاتفاقية صادق عليها المغرب سنة 2014¹ ضمن ديباجيتها بكونه اتباع سياسة جنائية مشتركة تهدف إلى حماية المجتمع من الجرائم الإلكترونية، لاسيما من خلال اعتماد التشريعات المناسبة وتعزيز التعاون الدولي، وتهدف الاتفاقية بشكل أساسي إلى:

- مواءمة عناصر القانون الجنائي الموضوعي للجرائم والأحكام ذات الصلة في مجال الجريمة الإلكترونية.

- توفير سلطات قانون الإجراءات الجنائية المحلية اللازمة للتحقيق والملاحقة القضائية لمثل هذه الجرائم وكذلك الجرائم الأخرى المرتكبة عن طريق نظام الكمبيوتر أو الأدلة المتعلقة بها في شكل الكتروني.

- إقامة نظام سريع وفعال للتعاون الدولي للحد من الجرائم السيبرانية.

¹ ظهير شريف رقم 1.14.85 صادر في 12 من رجب 1435 (12 ماي 2014) بتنفيذ القانون رقم 136.12 الموافق بموجبه على اتفاقية الجرائم المعلوماتية الموقعة ببودابست في 23 نوفمبر 2001 وعلى البروتوكول الإضافي لهذه الاتفاقية، الموقع ستراسبورغ في 28 يناير 2003، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6260 بتاريخ 29 ماي 2014.

وقد عرفت هذه الاتفاقية مجموعة من الجرائم السيبرانية من قبيل الوصول غير المشروع اعتراض غير قانوني تدخل البيانات والتدخل نظام وإساءة استخدام الأجهزة، ذات الصلة بالحاسوب التزوير ذات الصلة بالحاسوب الاحتيال والجرائم المتعلقة المواد الإباحية عن الأطفال والجرائم المتعلقة بحق المؤلف والحقوق المجاورة.

كما حددت قضايا المرتبطة بالقانون الإجرائي مثل الحفظ العاجل للبيانات المخزنة، والحفظ العاجل والكشف الجزئي لبيانات المرور، وأمر الإنتاج، والبحث عن بيانات الكمبيوتر والاستيلاء عليها، وجمع بيانات حركة المرور في الوقت الفعلي، واعتراض بيانات المحتوى بالإضافة إلى ذلك، تحتوي الاتفاقية على حكم بشأن نوع معين من الوصول عبر الحدود إلى بيانات الكمبيوتر المخزنة التي لا تتطلب مساعدة متبادلة بموافقة أو حيثما تكون متاحة للجمهور) وتنص على إنشاء شبكة على مدار الساعة طوال أيام الأسبوع لضمان المساعدة السريعة بين الأطراف الموقعة. علاوة على ذلك، وكشروط وضمانات، تتطلب الاتفاقية توفير الحماية الكافية لحقوق الإنسان والحريات بما في ذلك الحقوق الناشئة عملاً بالالتزامات بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وغير ذلك من صكوك حقوق الإنسان الدولية المعمول بها، ويجب أن تتضمن مبدأ التناسب¹.

(ب) – الاتفاقيات الإقليمية الدولية لمكافحة الجريمة السيبرانية :

الفقرة الثانية : الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.²

إن الدول العربية الموقعة، رغبة منها في تعزيز التعاون فيما بينها لمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي تهدد أمنها ومصالحها وسلامة مجتمعاتها، واقتناعاً منها بضرورة الحاجة إلى تبني سياسة جنائية مشتركة تهدف إلى حماية المجتمع العربي ضد جرائم تقنية المعلومات وأخذاً بالمبادئ الدينية والأخلاقية السامية ولا سيما أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك بالتراث الإنساني للأمم العربية التي تنبذ كل أشكال الجرائم، ومع مراعاة النظام العام لكل دولة، والتزاماً بالمعاهدات والمواثيق العربية والدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ذات الصلة من حيث ضمانها واحترامها وحمايتها. تضمنت الاتفاقية خمسة فصول وأربعة وثلاثون مادة.

فالهدف من الاتفاقية هو تعزيز التعاون وتدعيمه بين الدول العربية في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات، لدرء أخطار هذه الجرائم حفاظاً على أمن الدول العربية، ومصالحها، وسلامة مجتمعاتها

¹ للاطلاع على الاتفاقية كاملة باللغة العربية، المرجوزيارة الموقع: <https://Ram.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173>

² حررت هذه الاتفاقية باللغة العربية بمدينة القاهرة في جمهورية مصر العربية في 15/1/1432هـ الموافق 21/12/2010م من أصل واحد مودع بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب)، ونسخة مطابقة للأصل تسلّم للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب، وتسلم كذلك نسخة مطابقة للأصل لكل دولة من الدول الأطراف، وإثباتاً لما تقدم، قام أصحاب السمو والمعالي وزراء الداخلية والعدل العرب بتوقيع هذه الاتفاقية نيابة عن دولهم.

وأفرادها حيث وقع المغرب على هذه الاتفاقية سنة 21\12\2014 ووافق عليها مجلسا وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك المنعقد بمقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بالقاهرة بتاريخ 15/1/1432 هـ الموافق 21 / 12 / 2010 م. تسري هذه الاتفاقية بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ إيداع وثائق التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها من سبع دول عربية بموجب الفقرة (3) من الأحكام الختامية للاتفاقية.

ففي الفصل الأول من الإتفاقية المتعلق بالأحكام العامة الذي يتضمن تعريفا لبعض المصطلحات المتعلقة بمجال المعلوماتي وكل مجالات تطبيق هاته الإتفاقية وصيانة السيادة لكل دولة طرف في الإتفاقية. وفيما يخص الفصل الثاني الذي يكمن في طياته العديد من المواد المتعلقة بالتجريم اي على كل دولة طرف الإلتزام بتجريم الأفعال المنصوص عليها ضمن هذا الفصل مثلا جريمة الإعتداء على سلامة البيانات وجريمة إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات وغيرها من الجرائم الماسة بنظام المعلوماتي. وفي الفصل الثالث هناك عديد من المواد التي تحدد الأحكام الإجرائية. كما أن التعاون القانوني القضائي يندرج في الفصل الرابع من الإتفاقية وكذلك يضم الفصل الخامس أحكام ختامية¹.

¹ انظر الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

خاتمة :

إن الامن كان ولازال الركيزة الأساسية للمجتمع، بحيث لا يمكن تصور نمو أي نشاط بعيداً عن تحققه، سواء أكان ذلك، على المستوى التقني، أم على المستوى القانوني. وقد تحول الأمن، مع بروز مجتمع المعلومات، والفضاء السيبراني، إلى واحد من قطاع الخدمات، التي تشكل قيمة مضافة ودعامة أساسية لأنشطة الحكومات والأفراد، كما هو الحال التطبيقات الخاصة بالحكومة الإلكترونية، والصحة الإلكترونية، والتعليم عن بعد مع العقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، والأنظمة البنكية. إلا ان الوجوه المتعددة للأمن السيبراني، ومضاعفاتها الخطيرة التي لا تقف عند حدود الاساءة إلى الأفراد والمؤسسات، بل تتعداها إلى تعريض سلامة الدول والحكومات والقطاعات المهمة والأجهزة الدول تزيد مهمة القيمين على الموضوع تعقيداً وصعوبة وتستدعي مقاربة شاملة ومتكاملة لجميع التحديات التي يطرحها الفضاء السيبراني، بحيث تأتي الردود والحلول المقترحة ناجعة وفاعلة لتحقيق الأمن وبناء الثقة في الفضاء السيبراني، من أساسيات تسخير تقنيات المعلومات والاتصالات، في مجالات التنمية خدمة للمجتمع المعلوماتي، وعلى هذا الأساس تبنت الدول العديد من الاستراتيجيات وخلق التعاون على المستوى العالمي من اجل احداث فضاء سيبراني آمن وتعزيز الثقة في المعاملات الرقمية ومحاربة الجرائم التي قد تهدد أمن المجتمع المعلوماتي بصفة عامة والأمن البنكي بصفة خاصة، حيث المغرب يشكل جزء من التعاون الدولي في هذا المجال من خلال توقيع عدة اتفاقيات دولية وإقليمية كما بادر في خلق استراتيجيات على المستوى الوطني لحماية النظم المعلوماتية وتعزيز الثقة في المعاملات الرقمية من اجل بناء مغرب رقمي آمن. اذ يمكن القول ان المغرب في تطور مستمر من أجل تحقيق المتغى ومواكبة العصر ومنافسة الدول في المجال الرقمي ولاحظنا ذلك في الإستراتيجيات والقوانين التي سنها بخصوص هذا المجال. الا انه ورغم كل الجهود المبذولة على المستوى الدولي والوطني نجد أن لم يتم الحد من مخاطر الفضاء السيبراني بنسبة مهمة وذلك راجع لعدة أسباب منها:

ضعف التعاون الدولي سواء على المستوى التشريعي أو الإجرائي أو المؤسساتي في تحقيق الأمن السيبراني، عدم انخراط كل الدول في التعاون من أجل مكافحة الجريمة السيبرانية العابرة للحدود، وكذا ضعف التواصل بين الدول.

وعلى المستوى الوطني نجد أن المغرب رغم مواكبته للعصر وخلق عدة استراتيجيات وقوانين إلا أنه لا يزال هناك بعض الثغرات يجب سدها منها ثغرات تشريعية واجرائية ومؤسسية.

مقترحات :

وفي الختام ارتأينا الى وضع بعض المقترحات من شأنها تسليط الضوء على بعض النقط الرئيسية التي يجب إعادة النظر فيها ومن أهمها :

- ضرورة إعادة النظر في بعض المقتضيات القانونية الإجرائية التي تعرقل وسائل كشف واثبات الجريمة السيبرانية خاصة المتعلقة بالأنظمة البنكية نظرا لما تخلقه الوسائل التقليدية من إشكالات أمام ضعف نجاعتها في الكشف عن الجريمة المتعلقة بالأنظمة البنكية، وبالتالي الارتقاء بقدرات المحققين، وكذا استغلال الأدلة الرقمية بالوسائل الإجرائية الحديثة في اثبات الجريمة.
- خلق مراكز جديدة وبآليات مستجدة لمواكبة الفضاء السيبراني والمعاملات الرقمية البنكية ومراقبة التدخل الغير المصرح به.
- منع اختراع التطبيقات والمواقع التي لها أضرار سلبية.
- احداث آليات جديدة لمحاربة الفيروسات الخبيثة، ومنعها من الدخول الأجهزة.
- خلق مراكز تكوينية في مجال الأمن السيبراني وتلقي تكوينات لساشرين على القطاع التكنولوجي في كل المؤسسات التابعة للدولة والبنوك.
- ينبغي دعم التنمية الفعالة والإشراع في تنفيذ التشريعات الوطنية والدولية لتحسين الأمن السيبراني.
- اعادة تأهيل المجرمين السيبرانيين وذلك بهدف استغلال قدراتهم وذكائهم بشكل إيجابي من أجل تدعيم المنظومة الأمنية على المستوى الوطني والعالمي.
- ضرورة تكوين القضاة في المجال المعلوماتي، من أجل مواكبتهم لمستجدات الجريمة السيبرانية، إذ لا يعقل عدم إلمام القاضي بخصائص الجريمة السيبرانية ومخاطرها وطرق ارتكابها وبالتالي كيف سنكون قضاء قادر على خلق اجتهادات قضائية فريدة مواكبة الفضاء السيبراني؟ مع ضرورة خلق خلية خاصة بالمحاكم تهتم بالجرائم المعلوماتية والتهديدات السيبرانية من أجل تخفيف العبء على المنظومة القضائية وتسريع وسائل التدخل الاستباقي.
- إنشاء مختبر عالمي للأدلة الجنائية الرقمية وذلك بغية الإسراع في الكشف عن الجرائم السيبرانية العابرة للحدود والماسة بأمن الدولة وبالمجتمع العالمي، وكذا تطوير الوسائل والخبرات ومواكبتها.
- إحداث مؤسسات علمية متطورة من اجل دعم المؤسسات المتواجدة حاليا، بغرض الكشف السريع عن الجرائم السيبرانية بشكل استباقي.
- ضرورة تعزيز التعاون بين جهات الاتصال الكبرى بالبلد مع المصالح الأمنية المختصة بالأمن السيبراني، مع ضرورة الاعتماد على صد الإجرام بشكل استباقي.
- ضرورة تعزيز التعاون بين الأبنك الوطنية والجهات الأمنية بغية صد أي تزوير للأموال أو غسلها، أو في جرائم النصب.
- التأكيد على ضرورة التوعية القانونية والأمنية للمجتمع المغربي بشكل عام، وتوعية الشباب والأطفال بشكل خاص بمخاطر العالم الافتراضي والإنترنت ، وبالمقتضيات القانونية التي تهم الجريمة السيبرانية، من خلال حملات التوعية في المدارس وعبر محطات الإذاعة والشبكة العنكبوتية.

❖ لائحة المصادر و المراجع :

المراجع باللغة العربية :

• الكتب :

أولا : الكتب العامة :

- أحمد فتحي سرور: حكم القانون في مواجهة الارهاب الدار الجامعية بيروت - لبنان 2005.

- محمد عبد الشافي إسماعيل، مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، دراسة مقارنة، دار المنار القاهرة، 1992.

- محمد علي شهاب: إدارة العمليات والإنتاج في المؤسسات الصناعية والخدمية"، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الرابعة، مصر، 1989.

ثانيا : الكتب الخاصة :

- أبا خليل التعاقد الالكتروني في ضوء القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى لسنة 2020.

- إدريس النوازي : الالكترونية الجريمة الملكية الفكرية وقرصنتها نموذجاً، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء- الطبعة الأولى: 2018.

- أمير فرج يوسف، جريمة مكافحة الارهاب الالكتروني، دار الكتب والدراسات العربية، مصر طبعة 2016.

- بشرى حسين الحمداني: القرصنة الالكترونية أسلحة الحرب الحديثة - عمان - الطبعة الأولى 2014.

- حسن طاهر داوود أمن شبكات المعلومات مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، طبعة 2004.

- خالد بن سليمان - الغنبر - محمد بن عبد الله القحطاني: "أمن المعلومات، معهد الإدارة العامة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2009.

- خالد حسن أحمد لطفي: الدليل الرقمي ودوره في إثبات الجريمة المعلوماتية، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2019.

- ذيب بن عايض القحطاني أمن المعلومات، فهرسة مكتبة الملك فهد أثناء النشر الرياض 2010.

- ذيب بن عايض القحطاني: أمن المعلومات مكتبة الملك فهد الوطنية الرياض طبعة 2010 سعد غالب ياسين نظم المعلومات الإدارية، دار الجنان للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2012.
- سليم إبراهيم الحسنية نظم المعلومات الإدارية مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن 2002.
- سليمان مصطفى الدلاهمة: أساسيات نظم المعلومات المحاسبية وتكنولوجيا المعلومات، مؤسسة الوراق، عمان، الطبعة الأولى، 2008.
- ضابيان شام حسن الزبيدي: نظم المعلومات وأثرها في التخطيط الاستراتيجي، دار الجنان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
- طلعت أسعد عبد الحميد "التسويق الفعال"، مكتبة الشقري، مصر، بدون ذكر سنة الطبع.
- عائشة بن قارة مصطفى حجية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- عبد الجليل إسماعيل حسن الشيخ زيني: "الإرهاب" الالكتروني في القانون الدولي (الماهية والجزاء)، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2020.
- عبد الجليل مهران السياسة الجنائية في المجال المعلوماتي في التشريع المغربي، مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2022.
- عبد الرحمان الدباغ - عماد الصباغ: مبادئ نظم المعلومات الإدارية الحاسوبية - عمان دار زران للنشر والتوزيع، سنة 1996.
- عبد الله الكرجي - صليحة حاجي التعاقد الرقمي ونظم الحماية الإلكترونية، الطبعة الأولى 2015 مكتبة الرشاد سطات.
- عبد المنعم سليمان : الجوانب الاشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- عزالدين أمين الأموي الجرائم المعلوماتية في ضوء التشريع والقضاء المغربي واليميني المكافحة الموضوعية والإجرائية، دراسة مقارنة دون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2021.
- عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الرقمية ودور الشرطة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، لسنة 2007.

- عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت 2003.

• الرسائل والأطروحات :

- النجم كوبان " دور التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المعلوماتية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال، جامعة محمد الخامس بالرباط 2020/2021.

• المقالات :

- أحمد عيسى الفتلاوي " الهجمات السيبرانية : مفهومها والمسؤولية الدولية الناشئة عنها في ضوء التنظيم الدولي المعاصر"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الرابع، سنة 2016.

- إدريس بلمحجوب تأثير الجريمة الالكترونية على الائتمان المالي، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط العدد السابع، مطبعة الأمنية بالرباط.

- سعد بن عجيبية الجريمة السيبرانية، مفهومها، خصائصها والمشاركة المباشرة فيها مقال منشور في المجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامه الأمنية.

- فاطمة بيزم: السيادة الوطنية في ظل الفضاء السيبراني والتحويلات الرقمية "الصين نموذجاً، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للأمن الإنساني، العدد 1.

- محمد جوهي: قراءة في قانون المسطرة الجنائية المغربي من خلال بعض المهام المسندة إلى النيابة العامة ، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية العدد 23، 1990.

- محمد يسري قسوة" التنظيم و مفهوم النظام، مجلة البنوك الإسلامية، العدد 52، 1987 منى عبد الله السمحان متطلبات تحقيق الأمن السيبراني لأنظمة المعلومات الإدارية بجامعة الملك سعود، مقال منشور في مجلة كلية التربية - جامعة المنصورة، العدد 111.

- يوسف قجاج: خصوصية القواعد الإجرائية في مجال البحث عن الجريمة الالكترونية دراسة مقارنة -، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية العدد 14، مطبعة دار السلام دون ذكر الطبعة.

المراجع باللغة الأجنبية.

أولاً: المراجع باللغة الفرنسية.

- **Les ouvrages:**

&Micheal S.Fuertes. <<cyber warfare.unjust Actins in a just war "Florida International University. Full 2013.p:1.

&Chakib ELOUFI – Amina DIK: La complémentaité du droit de la sécurité en matière informatique, Revue Marocaine du droit commercial et des affaires, N°3.2015.P:35.

&Jay Forder et Patick QUIRK, L'électronique commerce et la loi, willey,2001,p:8.

- **Articles:**

& Revue, INTERFACE. Article : « confiance numérique : le maroc se dote d'une dispositif approprié »>>,édite par-la ministère de l'industrie du commerce et des nouvelles technologies,N°18 4eme trimestre 2010,p:21-22.

&Revue, INTERFACE. Article: << confiance numérique : le maroc se dote d'une dispositif approprié »>>,édite par-la ministère de l'industrie , du commerce et des nouvelles technologies,N°18 4eme trimestre 2010.

ثانياً: المراجع باللغة الانجليزية.

- **Books:**

&Jankoweki, Piotr, Nyerges Timorty << Geographic Information Systems Far Group Decision Making, New YORK, Francis, 2003.

& Michael withman, Herbert J Mattord << Principles of Information security >>,Thomson; second Edition;2005.

المنهج الخاص بالنظر في النصوص الشرعية المتعلقة بالتصرفات المالية

The Methodology for Examining Legal Texts to Financial Transaction Related



د. جمال محمد عز الدين الغرياني / أستاذ مشارك / جامعة الزيتونة / كلية القانون

Dr. Jamal Muhammad Ezzedine Al-Ghariani , Associate

Professor Al-Zaytoonah University, Faculty of Law

ملخص :

إن أفعال المكلفين بحسب النظر الشرعي على ضربين : التعبدات والعادات ، وتتميز هذه الأخيرة بأنها معقولة المعنى ظهر وجه المصلحة فيها ، فهي لا تجري على التعبد الخض وإن كانت أحكامها لم تخل من شائبته . وبما أن التصرفات المالية هي من قسم العادات فقد أضفى هذا على كثير من أحكامها بعض الخصائص التي تميزها ، مما يتعين - لدراسة أحكامها والنظر في أدلتها - اتباع آليات معينة ومناهج خاصة تضمن توجه النصوص فيها إلى مساراتها الصحيحة ، فالغفلة عن ذلك توقع في إشكاليات فقهية ناتجة عن حمل كثير من الأدلة على غير محاملها . ويُعني هذا البحث بدراسة بعض تلك الآليات التي يتم بها فحص الأحكام الشرعية المتعلقة بالتصرفات المالية وإبراز الأسس والمعايير الموجهة لها، وترجمته: "المنهج الخاص بالنظر في النصوص الشرعية المتعلقة بالتصرفات المالية" ، مع تقديم المحاقلة أنموذجا تطبيقيا لذلك.

وكانت هيكلية البحث فيها - مع المقدمة والخاتمة - مطالب محتوية على دراسة مياأتي: التصرفات المالية بين العزائم والرخص، المعايير الموجهة للأحكام المتعلقة بالتصرفات المالية، المنهج الخاص بالنظر في النصوص المتعلقة بالتصرفات المالية - المحاقلة أنموذجا: تعريفها - السبب في اختيارها أنموذجا - حكمها.

• الكلمات المفتاحية : النصوص الشرعية - التصرفات المالية - المحاقلة.

Abstract :

accountable individuals are classified according to Shariah into two categories: acts of worship and customary acts. The latter is distinguished by being reasonable in meaning and beneficial, and it is not solely based on worship, although its rulings may not be free from defects.

Since financial transactions belong to the category of customary acts, they have certain characteristics that distinguish them, and it is necessary to follow specific mechanisms and methodologies to study their rulings and examine their evidence, in order to ensure that the texts are directed towards their correct paths. Neglecting this can lead to fiqh (Islamic jurisprudence) problems arising from carrying many evidences on different meanings.

This research aims to study some of the mechanisms used to examine Shariah rulings related to financial transactions and highlight the principles and standards guiding them, and it is titled "The Methodology for Examining Legal Texts Related to Financial Transactions", with the presentation of a practical model.

The research structure, along with the introduction and conclusion, includes content requirements to study the following: financial transactions between intentions and permissions, standards guiding rulings related to financial transactions, the methodology for examining legal texts related to financial transactions, and a practical model: definition, the reason for choosing it as a model, and its ruling.

- **Keywords :** Shariah texts - financial transactions - practical model.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الرسالة الخاتمة والدين القويم وعلى آله وصحبه أجمعين،، وبعد
فقد وُضعت الأحكام الشرعية لإفادة المصالح العاجلة والأجلة على التفصيل ، وشُرعت التشريعات المبيحة للتصرفات المحققة لذلك ، ومن جملة ذلك ما يتعلق منها بالتصرفات المالية .
والمعاملات المالية هي من قسم العادات ، وهي متنوعة : فبعضها راجع إلى التملك كالبيع ، وبعضها راجع إلى التكسب كعقود الشركات من مزارعة ، ومساقاة ، وقراض ، وغيرها .
وبما أنها من قسم العادات فقد أضفى هذا على كثير من أحكامها بعض الخصائص التي تميزها ، مما يتعين -
لدراسة أحكامها والنظر في أدلتها - اتباعاً لآليات معينة ومناهج خاصة تُضَمَّن توجُّه النصوص فيها إلى مساراتها الصحيحة ، فالغفلة عن ذلك توقع في إشكاليات فقهية ناتجة عن حمل كثير من الأدلة على غير محاملها ، كما سيتضح .

لذلك فإنه ينبغي البحث في تلك الآليات التي يتم بها فحص الأحكام الشرعية المتعلقة بها وإبراز الأسس والمعايير الموجهة لها ، وقد قمت - في هذا البحث - بإلقاء الضوء على بعض تلك الآليات ، وذلك بدراسة المنهج الخاص بالنظر في النصوص المتعلقة بها ، واخترت المحاقلة أنموذجاً تطبيقياً لذلك .
وبما أن منها ما هو من الرخص الراجعة إلى الحاجيات الكليات فإني سأخصص أحد المطالب للتعرف على نوعية الترخيص فيها .

وقد قسمت البحث إلى تمهيد وثلاثة مطالب ، كانت على النحو الآتي :

المطلب الأول : التصرفات المالية بين العزائم والرخص .

المطلب الثاني : المعايير الموجهة للأحكام المتعلقة بالتصرفات المالية .

المطلب الثالث : المنهج الخاص بالنظر في النصوص المتعلقة بالتصرفات المالية : المحاقلة أنموذجاً . وفيه فرعان :

الفرع الأول : المنهج الخاص بالنظر فيها .

الفرع الثاني : المحاقلة : تعريفها. السبب في اختيارها أنموذجاً . حكمها .

الخاتمة : في أبرز النتائج التي انتهى اليها البحث إليها .

تمهيد :

أفعال المكلفين بحسب النظر الشرعي على ضربين : التعبدات والعادات ، وتتميز هذه الأخيرة بأنها معقولة المعنى ظهر وجه المصلحة فيها ، وتدور أحكامها في الغالب على المعنى المعقول فيها ، فهي لا تجري على التعبد المحض وإن كانت أحكامها لم تخل من شائبته .

وقد أضفى هذا المعنى على كثير من أحكامها بعض الخصائص التي تميزها عن قسيميها ، وما يهمنا هنا هو الإشارة إلى ما يتعلق منها بالتصرفات المالية حتى نخلص إلى بحث المنهج الخاص في التعامل مع الأدلة فيها:

أولاً : لأن في هذه التصرفات ما يعد من المقاصد الضرورية والحاجية الملحة مما كان فيه حظ عاجل مقصود للمكلف وباعث من نفسه يستدعيه إلى طلبها ، فإن الشارع لم يؤكد عليها ؛ اعتباراً لهذا الحال ، مما يعتبر مناطاً معتاداً بنى الشارع الدليل عليه .

ثانياً : لأن الغالب فيها مراعاةً لحظوظ المكلفين ، فقد قُلَّتْ النصوصُ الشرعية الجزئية المنظمة لأحكامها وكثرت الاستثناءات في كثير منها ، فشرعت فيها الأدلة التبعية ذات الاقتضاء التبعية المنزلة على المنطقتين الخاصة : كالاستحسان ، والمصلحة المرسلّة ، والذرائع بسدها وفتحها على السواء .

ثالثاً : لأن أغلب أحكامها مبنية على غلبة حق العبد - الذي هو مصالحه - على حق الله - الذي هو أمره ونهيه - فقد أُطْلِقَتْ تصرفاتُ الناس فيها دون تحجير كبير عليهم ، وجوّزَ لهم استحداثُ العقود والتوسعُ في إنشائها بشرط توفر الضوابط الشرعية فيها ، وأُعْطِيَ لهم الحق في إسقاط الحقوق التي غلب فيها حقهم ، وأُوكل إليهم أمرُ تصحيح بعض ما فسد منها بالإمضاء بثمان المثل أو القيمة بطريق الانعطف⁽¹⁾ (الشاطبي، 298/1- مع الهامش 4 للشيخ دراز) .

ولأن مقصود الشارع ضبطُ الأموال على العباد ؛ لأنه أناط بها مصالحهم في الدنيا والآخرة فقد أبقى لنفسه حقاً فيها :

فحرم الغرر الكثير واعتبره مبطلا للعقد ولم يؤثر رضا العبد في ذلك ؛ صونا لماله عن الضياع ، وصار بمثابة حرق المال الذي لا خيرة للعبد فيه ، وأوجب بيان ما يتيسر ضبطه من الأوصاف : كنوع العمل ، ومقدار الأجر ، وغير ذلك .

وأبقى لولي الأمر صفة تشريعية في الدائرة المباحة من تلك التصرفات تمكنه من الأمر أو المنع أو التقييد لبعضها .

ولكون كثير من التصرفات المالية هي من الرخص المستثناة ، فإنه يحسن التعرف على نوعية الترخيص فيها ، وهو ما يتناوله المطلب التالي .

المطلب الأول : التصرفات المالية بين العزائم والرخص:

شرعت الأحكام المالية في الإسلام ؛ لِحِفْظِ المال ونمائه : أما حفظه فهو من القواعد الراجعة إلى قسم الضروري ، وأما نظام نمائه فهو معظم مسائل الحاجيات كالبيع والإجارة والسلم (ابن عاشور، 1999 م ، 336). وهذه الأحكام ليست على نسق واحد :

- فبعضها من قبيل العزائم كالبيع والشراء .
- وبعضها ما يطلق عليه اسم الرخص من الأصول الكلية التي تقتضي المنع ، كالإجارة وفروعها : من القراض والمساقاة والمزارعة وغيرها ، وقد تميزت عن الرخص عموماً بعدم بقاء الدليل المحرم

1- أي تقديراً رجوع الصحة إلى العقد الأول وانسحاب آثاره على ما تم بعد زوال الوصف .

قائما فيها ، فلم تختص بأهل الأعدار ولم تُبْنِ على سبب ، مما جعلها آلية متجددة لرفع الحرج خارج الدائرة المعهودة في الرخص .

ومثل هذا النوع من العقود هي بحكم القياس باطلة ؛ لاشتمالها على ما يقتضي فسادها من الجهالة والغرر . ولأن منافعها لا تحصل إلا كذلك فقد وقع الترخيص فيها ، وأُلغِيَ شرطُ انتفاء الموانع عنها ، وَعُدَّ من المكملات ، فجرى عليه شرط التكملة - الذي هو من جملة آليات فقه المأل الخاص⁽¹⁾ - وهو : " ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال " (الشاطبي، 13/2)؛ فالإبقاء على اشتراطه فيها يعدمها بالكلية ، ويسد باب المعاملة بها مع شدة الحاجة إليها .

ومع هذا الترخيص الذي يقتضيه تحصيل حظوظ للمكلفين فيها ، فقد اشتملت على شائبة من التعبد تُظهِر حقا لله فيها ، كما سيأتي .

وما ذكر يعكس طبيعة خاصة بها ، يستوجب فحص أحكامها ودراسة المعايير الموجهة لها ، وهو ما خصصت له المطلب التالي :

المطلب الثاني: المعايير الموجهة لأحكامها :

للنظر في النصوص المتعلقة بالمعاملات الخاصة بالتصرفات المالية يتعين - لفحصها ، وتوجيه مساراتها لمخالها المخصصة لها - التفتنُ إلى أمرين :

الأول: درجة التعبد في أحكامها .

الثاني : لأن الغالب والعمدة في أحكامها الجزئية هو ورودها في السنة الشريفة ، فإنه يجب معرفة الصفة التي صدر بها الحديث منه ﷺ .

والغفلة عن التفتن لدينكم الأمرين يوقع في أغلاط فقهية ، كما سيظهر .

فأما الأمر الأول : وهو معرفة درجة التعبد في أحكامها :

فقد أنزلت الشرائع وأمر المكلفون بامتثال ما ورد فيها من أحكام ، وهي منقسمة بحسب طبيعتها وقوة التعبد فيها إلى قسمين (العز بن عبدالسلام - 1968م ، 1/ 22. ابن عاشور ، 175. أبوزهرة - 2004م ، 213):

• العبادات التي تنظم العلاقة بين الخالق والمخلوق ، وقد شرعت وخوطب بها الكل ، واعتبرت الأساس الذي يقوم عليه الدين .

والأصل فيها التحكم وعدم الالتفات إلى المعاني . قال الشاطبي : " الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد ، دون الالتفات إلى المعاني " (الشاطبي ، 2/ 300).

¹ - فقه المأل الخاص : هو مصطلح عندي للدلالة على ذلك الفقه الذي تتم به مراقبة الأعمال المطلوبة - فعلا أو تركا - إذا أدت إلى نتائج منهي عنها ، ويتم ذلك بآليات الاستحسان وسد الذرائع ومنع الحيل وشرط التكملة . ويقابله فقه المأل العام الذي يُعنى بمعرفة الأثر المترتب على تشريع وامتثال الأحكام من جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهو وقسيمه يتفرعان عن " فقه المأل " . وقمت بدراسته في رسالة دكتوراه تحت عنوان : " الاستحسان وعلاقته بفقه المأل " .

والدليل الأعظم على ذلك هو الاستقراء" (الشاطبي، 2/ 300)، فإنه من خلال مراجعة أحكام العبادات يظهر بجلاء إجراؤها على التحكم المحض الذي لا يجري على المناسبات المعقولة ، ولكونها مبنية على التعبد نسبت إليه ، فسميتبـ "الأحكام التعبدية" .

• العادات التي تنظم المعاملة بين الخلق ، وهي دون سابقتها في التعبد ؛ لكونها بنيانا يقوم على ذلك الأساس ، ولأنه يمكن أن لا يتزلف أحد بفعلها ؛ لعدم احتياجه إليها (المازري - 2008م، 1/ 356 - 357) ، ولكونها قد تُفعلُ جبليا ، فيغيب عنها معنى التعبد .

والأصل فيها الالتفات إلى المعاني وعدم التحكم، إلا أن أحكامها لا تخلو من شائبة التعبد .

والدليل الأعظم على حكم هذا القسم هو الاستقراء أيضا، فالشيء الواحد يمنع في حال ؛ لوجود مفسدة فيه ، فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل ، يمتنع بيعا ويكون ربا ، ويجوز إذا كان قرضا ، بل ويؤجر عليه . وبيع الرطب باليابس يمتنع بحكم الأصل ، ويجوز إذا كان فيه مصلحة (الشاطبي، 2/ 305 - 306).

ولأن التعبد في العادات قليل؛ لكونها مبنية على تحصيل الحظوظ للمكلفين ، فإن مجال الاجتهاد فيها واسع - بحكم العلاقة العكسية بينهما - وينبغي ألا تتلقى أحكامها تلقي الأحكام التعبدية التي خلصاًو غلب فيها الحق لله.

فدرجة التعبد في هذين القسمين ليست على وزان واحد ، ولا يقع عليها اسم التعبد بالتواطؤ ، بل هو بالمُشكِّك ، فهي في التعبد قربا وبعدا على تفاوت .

وبما أن التصرفات المالية هي من قسم العادات فإنها مشتملة على شائبة التعبد ويكمن ذلك في مقصدها وفي بعض أحكامها:

أما التعبد في مقصدها فيظهر بالنظر إلى ما أُوكِلَ إليها القيامُ به من وظائف ، ومن ذلك :

أ- تحصل بها التنمية لقسم من أموال الأمة في وجه من وجوه استثمارها ، وهو من المقاصد الحاجية المكملة لحفظ المال .

ب- كون قسم منها يمس الغذاء : وهو المساقاة والمزارعة وكراء الأرض للزراعة ، ويحصل بها مقصد حاجي يكمل أصلا ضروريا وهو حفظ النفس ، ويرفع ما وجد من حرج فيه ، وهذا شأن الحاجيات على العموم .

وأما التعبد في بعض أحكامها فيظهر فيما تضمنته من أحكام - خرجت عن محل العفو ؛ لكون بعضها من التصرفات المستثناة - يجب الالتزام بها ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاطها ؛ لأن التعبد في الأحكام إما أن يكون بمعنى عدم معرفة عللها وإما بمعنى عدم جواز الاتفاق على إسقاطها. وعندما قال ابن عاشور : "كان حقا على أئمة الفقه أن لا يساعدوا على وجود الأحكام التعبدية في تشريع المعاملات" (ابن عاشور، 177) ، فإنما هو بالمعنى الأول (عدم معرفة عللها) ، لذلك أضاف قائلا : "وأن يوقنوا أن ما ادعي التعبد فيه إنما هو أحكام قد خفيت علتها أو دقت" ، لا بالمعنى الثاني (عدم جواز الاتفاق على إسقاطها) الذي لا ينازع أحد في أنه يمثل وجه التعبد فيها .

وأما الأمر الثاني : وهو معرفة الصفة التي صدر بها الحديث منه ﷺ:

فقد بعث الله تعالى رسوله محمداً ﷺ برسالة الإسلام بالمنهج الذي ينبغي أن يسير عليه البشر، وبما أن دعوته ﷺ عامة ؛ لكونه خاتم الرسل عليهم الصلاة والسلام ، فإن ذلك يستوجب تنوع تصرفاته ﷺ بدوائرها الواسعة ، تبعا للمقصد المودع في كل منها .

ومن المفيد معرفة الجهة التي صدر بها هذا التصرف أو ذاك ؛ لأن اختلاف تصرفاته ﷺ تستوجب اختلاف آثارها في الأحكام : في الإلزام وعدمه ، وتعميم الحكم في الحال وعدمه ، فيجب التثبت في سبب صدور بعض التصرفات منه ﷺ حتى يُتجنب الخطأ في إصدار الحكم عليها وفي توسيع دائرتها بالقياس عليها .

وقد اهتدى شهاب الدين القرافي من خلال متابعة سنة النبي ﷺ ، وتفحص أوجه تصرفاته ﷺ التشريعية إلى وجود صفات صالحة لأن تكون مصادر أقوال وأفعال منه ﷺ، فعد منها: التبليغ ، الفتيا ، القضاء ، الإمارة (القرافي - 1967م، 86)⁽¹⁾، وأضاف إليها ابن عاشور: الهدي والإرشاد ، والصلح ، والإشارة على المستشار ، والنصيحة ، وتكميل النفوس ، وتعليم الحقائق العالية ، والتأديب ، والتجرد عن الإرشاد (ما يرجع إلى العمل في الجبلية وفي دواعي الحياة المادية) (ابن عاشور، 153).

وقد أتى كل منهما بما يناسب كل تصرف من تلك الأحوال من سنته ﷺ ، وبين وجه الإلزام بها وعدمه . وبما أن آثارها تختلف من واحدة لأخرى كما ذكر دينكم العالمين ، فإنه تلزم الدقة في فهم تلك التصرفات الشرعية ؛ لأن كل تصرف يحمل أحكاما يناط بها تحقيق مقاصد عامة أو خاصة قد لا تتحقق أو يحصل نقيضها إن حُمِل على غير وجهه ، ما يجعلها من الأصول الشرعية الهامة التي يتعين بيانها وكشفها والعناية بها ، كما قال القرافي (القرافي، 86 - 109. ابن الشاط، 1/ 209).

وعدم التفتن لذلكمن شأنه أن يوقع - كما قال ابن عاشور : " في أغلاط فقهية كثيرة ، وفي حمل أدلة كثيرة من السنة على غير محاملها" (ابن عاشور - 106)، فتقع مآلات فاسدة هي على النقيض مما قُصِدَتْ به تلك النصوص ، تظهر في الآتي :

1- يجعلنا أمام " وضع للحديث " يمكن تسميته " بوضع الاستعمال" بوضع الحديث الصحيح في غير موضعه وإحلاله في غير محله ، وهو لا يقل خطرا عن " وضع النص " ، بل هو أشد خطرا منه ؛ لخفاء مواطن العلل فيه .

1- قال ابن عاشور : "إن القرافي هو أول من اهتدى إلى النظر في هذا التمييز والتعيين". مقاصد الشريعة الإسلامية ص 150 .

2- الاختلاف في الأحكام الشرعية التي تصدر بناء على ذلك، كما سيأتي في مسألة كراء الأرض .
ودفعا لذلك كله ، فإنه ينبغي تمييز مقامات الأقوال والأفعال الصادرة منه ﷺ ، باستقراء الأحوال وتوسم القرائن الحافة بتصرفاته ﷺ ، مما يستلزم دراسة الأحوال العامة والخاصة زمن التشريع ، وتفحص أسباب ورود الحديث⁽¹⁾ .

ومحال تلك التصرفات ينبغي التدقيق فيها بوجود معرفتها وتمييزها عن غيرها ؛ لأن بعضها لا ينبغي أن يكون موضوعا لمطالبة الأمة بفعل مثله .

فليس كل ما فعله رسول الله ﷺ يكون سنة فيُلزَمُ بفعله ، والدليل على ذلك ما روي عن أبي الطفيل ، قال : " قلت لابن عباس يزعم قومك أن رسول الله ﷺ قد طاف بالصفة والمروة على بعير ، وأن ذلك سنة . قال : صدقوا وكذبوا . قلت : ما قولك : صدقوا وكذبوا ؟ قال : صدقوا قد طاف على بعير ، وكذبوا ليس بسنة ، إن رسول الله ﷺ كان لا يدفع عنه الناس ولا ينصرفون ، فطاف على بعيره ؛ ليسمعوا كلامه ، ويروا مكانه ، ولا تناله أيديهم " (البيهقي - 2004م، 5/163). وإذا سرى ذلك إلى بعض ما قصد به التعبد وهو الحج - لشدة ارتباطه به - فكيف ما كان خارجا عن ذلك مما هو من قسم العادات إذا وضع موضع ما كان تشريعا .
وهذان المعياران يوجبان انتهاج منهج خاص بالنظر في تلك النصوص ، وهو ما خصصت له المطلب التالي
المطلب الثالث : المنهج الخاص بالنظر في النصوص المتعلقة بالتصرفات المالية-المحاولة أنموذجا . وفيه فرعان :

الفرع الأول: المنهج الخاص بالنظر فيها :

بما أن التصرفات المالية هي من قسم العادات فإنه يجب - عند دراسة أحكامها والنصوص المتعلقة بها - معرفة وجه صدورها عن المشرع الحكيم حتى يُتجنب الخطأ في إصدار الحكم عليها ، كما سبق .
إضافة إلى وجود معرفة عللها ومقاصدها والابتعاد بأحكامها عن التعبد المحض الذي يوجب الوقوف بها عند ظواهر النصوص ؛ لأنه كما قال ابن عاشور : " إذا جاز أن تثبت أحكاما تعبدية لا علة لها ولا يُطَّلَع على علتها ، فإنما ذلك في غير أبواب المعاملات المالية والجنائية " (ابن عاشور ، 179).

وهذا يستوجب منهجا خاصا في دراستها ، يقوم على الآتي :

1- النظر في الآثار التي يترأى منها أحكام خفيت عللها ومقاصدها ؛ بغية إيجاد مقصد شرعي يجعل حُكْمَهَا معقول المعنى .

2- إن لم يجد الناظر لها محملا من المقصد الشرعي ، عليه النظر في مختلف الروايات لعله يظفر بمسلك الوهم الذي دخل على بعض الرواة فأبرز مرويه في صور تؤذن بأن حكمه مسلوب الحكمة والمقصد .

1- هذا بعض ما يتطلبه الحديث الشريف من دراسة لم تلق الاهتمام المطلوب رغم أهميتها البالغة. ولعل السبب هو ضخامتها وكثرة الشروط المعتمدة فيها . وهو ما يستدعي لجانا متخصصة تنوع بينها المباحث المتعددة ذات الصلة بالموضوع . وهي على ما أرى : دراسة الحالة الاجتماعية والمادية للمسلمين زمن التشريع . التفريق بين ما يهدف الشرع إخضاع المكلف له ، وبين ما يشمله تشريع المباح . التفريق بين ما شرع لمصلحة آنية يتطلبها الحال ، وبين ما أخذ صفة الدوام منها .

3- النظر إلى الأحوال العامة في الأمة التي وردت تلك الآثار عند وجودها (ابن عاشور، 178).

والسير في هذا المنهج يضمن صحة الاستنباط لأحكامها ودقة الفهم لمقاصدها ، وهو ما سيظهر عند دراسة " المحاقلة " التي جعلتها أنموذجا تطبيقيا لذلك في الفرع التالي .

الفرع الثاني : المحاقلة : تعريفها ، السبب في اختيارها أنموذجا ، حكمها .

أولا : تعريف المحاقلة :

المحاقلة : بضم الميم مأخوذة من الحقل ، وهو الحرث وموضع الزرع . جاء في المثل : لا تنبت البقلة إلا الحقل . ويقال : أحقلت الأرض صارت ذا حقل ، والمحاقل : المزارع ، ومنه الحديث " ما تصنعون بمحاقلكم " (1) أي مزارعكم .

والحقل : الزرع قد تشعب ورقه وظهر وكثر . وقيل : إذا استجمع خروج نباته . وقيل : ما دام أخضر (الزبيدي، 281 / 7. الرازي - 1972م، 147. الزرقاني - 2003م، 3 / 406).

والمحاقلة اصطلاحا : هي كراء الأرض عموما ، أو اكتراؤها بالحنطة ، أو المزارعة بالثلث أو الربع أو أقل أو أكثر (العسقلاني - 1986م، 29 / 5 - 30. ابن عبد البر - 1999م، 2 / 25. الزبيدي 7 / 281).

ثانيا : السبب في اختيارها أنموذجا :

يتعلق الأمر كما سبق بالمنهج الذي يجب اتباعه عند النظر في النصوص المتعلقة بالتصرفات المالية لفهم واستنباط الأحكام المتعلقة بها ، واخترت المحاقلة - التي هي من التصرفات المالية الاستثمارية المتعلقة بالأرض - أنموذجا تطبيقيا لذلك؛ لعدة اعتبارات :

1. لفت الانتباه إلى المجالات المتعلقة بالاستثمار في مجال الإنتاج ، والتعامل مع رأس المال الثابت وهو الأرض ، بإظهار التشريعات المتعلقة بذلك ؛ حماية للأمة في أمنها الغذائي .

2. ظهور تلك المعايير السابقة فيها :

• فيما أنها من الأعمال المباحة بطبيعتها فإنها تدخل في جملة صلاحيات ولي الأمر بحكم الصفة التشريعية الثانوية التي أعطيت له بالمنع منها أو تقييدها أو الأمر بها ، وفقا للظروف المستوجبة لذلك ، كما سيأتي .

• وبما أنها من الفروع الراجعة إلى المعاملات ، فقد بنيت على تحصيل الحظوظ للعباد فضعف التعبد فيها ؛ لغلبة حق العبد فيها على حق الله ، وعدت من التصرفات المستثناة استحسانا ؛ لكونها من باب التعاقد على المعدوم الذي ورد النهي عنه (2) ، فاغتفر بعض الغرر مما يعسر انضباطه فيها، ولأجل ما ضُمنَ فيها من التعبد فقد أبقى الشارع على تأثير بعض ما ييسر انضباطه فيها ، مما لا يصح الاتفاق على إسقاطه ، وهو الوجه المتعبد به فيها .

1. الوارد في النص النبوي الآتي .

2- وقد أجزت ؛ لأنها - وإن كانت معدومة حال العقد - مستوفاة في الغالب . والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء. (ابن رشد - 1997م، 2 / 183).

ثالثا: حكمها :

المحاكمة هي كراء المزارع ، وقد جاء نص الشارع بالنهي عنها ، فقد روي عن جابر بن عبد الله " أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض " (النيسابوري - 1996م، حديث رقم: 3841). وعن ظهير بن رافع قال : " لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقا . قلت : ما قال رسول الله ﷺ فهو حق . قال : دعاني رسول الله ﷺ قال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ قلت : نؤاجرها على الربيع ، وعلى الأوسق من التمر والشعير . قال : لا تفعلوا ، ازرعوها ، أو أزرعوها ، أو أمسكوها . قال رافع : قلت : سمعا وطاعة) (البخاري - 1986م، حديث رقم : 2339).

معاني المفردات(العسقلاني، 5/29):

- "الربيع" : بفتح الراء وكسر الموحدة وهو ما ينبت على الأنهار . والمعنى : أنهم كانوا يكرون الأرض ويشترطون ذلك لأنفسهم .
- " ازرعوها ، أو أزرعوها ، أو أمسكوها" : أي ازرعوها أنتم ، أو أعطوها لغيركم يزرعها بغير أجره ، أو اتركوها معطلة بغير زرع⁽¹⁾.

وقد اختلف العلماء (ابن عبدالبر، 2/18-27. الزرقاني، 3/554) في حكمها ، فذهبت فرقة إلى تحريمها مطلقا، ومالوا إلى ظاهر هذا الحديث ، وباعتبارها من العادات فإنه يلزم - دفعا للحرج ، وإبعادا عن أن تتلقى الأحكام العادية تلقي الأحكام التعبدية - البحث في هذا النهي ، وتقليبُ وجوهه طبقا للمنهج المشار إليه :

1. وأولى الخطوات فيه :هو البحث عن محمل شرعي يُحمَل عليه ذلك النهي ، فقد تأوله معظم العلماء (ابن عاشور، 163) على معنى أن رسول الله ﷺ أمر أصحابه أن يواسي بعضهم بعضا ، فكان يطلب بنهيه هذا حملَ نفوس أصحابه على الأكمل من الأحوال ، وهو أحد أوجه تصرفاته ﷺ التشريعية - كما سبق. ولذلك ترجم البخاري لذلك الحديث بقوله : " باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضا في الزراعة والثمر".

وفي هذا حمل للنهي على غير حقيقتهمما يصح أن يحمل عليه ، ويكون هو المراد من قول ابن عباس : " إن رسول الله ﷺ لم ينه عنه" أي النهي الموجب للترك ، لا نفي الرواية المثبتة للنهي عنه ﷺ، وأضاف قائلا : " ولكن قال : أن يمنح أحدكم أخاه خيرا له من أن يأخذ شيئا معلوما" (البخاري 2342)، وقد حمّله على الأولوية؛ بدليل استعماله ﷺ كلمة " أخاه " بما تحمله من معنى الرأفة ، والرحمة ، والمواساة (العسقلاني، 5/19).

1- لا يقال : إن في إمساكها بغير زراعة تضييعا لمنفعتها ، فيكون من إضاعة المال المنهي عنه : لأن النهي عن إضاعة المال إنما هو في عينه أو في منفعة لا تخلف ، وترك الأرض بغير زراعة لا يضيع منفعتها ، فقد تنبت من الكالأ والحطب ما ينفع في الرعي وغيره ، وقد يكون عدم زراعتها إصلاحا لها فيعظم إنتاجها في السنة التي تليها(العسقلاني، 5/30). ويمكن أن يكون في ذلك أيضا تحفيز لهم على سلوك الخيارين الأولين .

قال ابن عاشور: وهذا الحال من طلب تكميل نفوس أصحابه وحملهم على ما يليق بجلال مرتبتهم في الدين هو كثير من أوامر الرسول ﷺ ونواهيهِ (ابن عاشور، 106)⁽¹⁾.
وهناكمن صرف هذا النهي إلى وجه آخر من أوجه تصرفاته ﷺ، وهو وصف الإمارة (باقر الصدر - 1980م، 728).

وهذا الوجه بحاجة إلى مد النفس فيه قليلا ؛ لِعِظَم دوره في التشريعات المالية على الخصوص ولشدة الحاجة إلى ملاحظته في تفهم أحكامها :

فوصف الإمارة من أوجه تصرفاته ﷺ كما سبق ، وهو وجه يبرز مبدأ تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية ، الذي هو من المبادئ الهامة في الاقتصاد الإسلامي حيث يمنحه القوة والقدرة على الاستيعاب والشمول ، ولذلك الوصف مهمتان :

الأولى : مهمة التطبيق للأحكام الثابتة .

الثانية : مهمة التشريع وملئ منطقة الفراغ⁽²⁾ التي أوكل الشارع وظيفة ملئها إلى ولي الأمر ، وهي مهمة تمثل الجانب المتطور في المذهب الاقتصادي الإسلامي الذي يُملئُ وفقا لمتطلبات الأهداف العامة له .

وهذا التصرف ينتج حكما تكليفيا - يحمل من التعبد ما يحمله ذلك الوصف - وفقا لمقتضيات معينة تستدعيهويبقى بوجودها ، ولا تسري عليه الأحكام الابتدائية التي لا تلغى إلا بالنسخ ، فهو حكم مؤقت يتبع الظرف الذي يستوجبه ، وليس حكما شرعيا ثابتا يكون جزءا من المذهب الاقتصادي الإسلامي .

وهذاالوجه يمثل صفة تشريعية ثانوية أعطيت لولي الأمر ؛ لتكون من جملة صلاحياته بالأمر بفعل ما هو مباح تشريعيا بطبيعته أو المنع منه ، وفقا للظروف المستوجبة لذلك ، وإجارة الأرض بوصفها من الأعمال المباحة بطبيعتها هي من صور تلك الصلاحيات ، ويمكن لولي الأمر المنع منها أو تقييدها أو الأمر بها ؛ لكونه يحمل تلك الصفة (باقر الصدر، 400 _ 402 ، 725 وما بعدها).

1- من ذلك ما ورد عن ابن عمر " أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها". (الأصحح - 2004م، حديث رقم: 1283. الباجي، 6/ 131).

2- يُعنى بمنطقة الفراغ هنا : تلك المساحة التي أوكل الشارع أمر ملئها ببعض الأحكام الجزئية المتعلقة بالمعاملات عموما وبالمالية منها على الخصوص إلى ولي الأمر ، استرشادا بالمبادئ العامة والقواعد الكلية الواردة فيها ، وهي تعادل ما يطلق عليه في المبادئ الأصولية بـ"المسكوت عنه" أو "دائرة المباح" أو "العفو" ، وهي المنطقة التي تشكل الدائرة الأوسع في الأحكام الشرعية نسبة إلى باقي أحكام التكليف . وأول من أطلق هذا الاسم هو السيد محمد باقر الصدر في العقد السادس من القرن العشرين في كتابه : اقتصادنا .

ولا يدل وجود هذه المنطقة على نقص في الصورة التشريعية أو إهمال من الشريعة بعدم إصدار أحكام لتلك الوقائع المتضمنة فيها ، بل يعبر عن تكميل لهذه الصورة بالإشارة إلى العناصر الثابتة والمتحركة فيها ، وقد قصد الشارع إيجاد تلك المنطقة في هذا النوع من الأحكام ، ولذلك قلّت النصوص الشرعية الجزئية المنظمة له. للاطلاع على المزيد من ذلك والتعرف على الأدلة الشرعية لها.(باقر الصدر، 400 . 402 ، 725 وما بعدها).

وبالمناسبة فإن فترة الخلافة الراشدة تحمل ذخيرة بتلك التشريعات ، ما يجعل الاطلاع على ما صدر عن الخلفاء فيها ضروري بما تحمله من تأسيس لمنهج التعامل مع النصوص عموما ومع ما يتعلق منها بالتشريعات المالية على الخصوص ، يتيسر معه فهم الأهداف الأساسية التي توخاها الشارع الحكيم في تشريعاته المالية .

وما دَفَع - في النص الوارد في النهي عن كراء الأرض - إلى البحث عن محمل شرعي يُحْمَلُ عليه ذلك النهي ، بالميل إلى بعض الأوجه من تصرفاته ﷺ وحمله عليها، هو الآتي:

أولاً : اتفاق معظم الفقهاء على عدم حرمة كراء الأرض في الشريعة بصورة عامة (العسقلاني، 5/ 31).

ثانياً : ورود كثير من النصوص الواردة عن الصحابة التي تدل على جواز كراء الأرض، كما سيأتي .

ثالثاً : عدم وضوح مقصد شرعي يتحقق بهذا النهي واستبعاد أن يجري الحكم فيه على أساس التعبد ؛ لكون محله من العادات المبنية على تحصيل الحظوظ للمكلفين وتحقيق المصلحة ورفع الحرج عنهم ، والحكم بجرمة كراء الأرض عموماً فيهم من صور التضييق ما لا يخفى .

2. وثاني الخطوات في هذا المنهج هو النظر في مختلف الروايات التي ربما يكون من شأن بعضها إرشاداً إلى حالة تُقَرَّب من إدراك الحكمة والمقصد فيه .

فقد روى مالك عن أبي سعيد الخدري " أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاكلة ، والمزابنة : اشتراء الثمر بالتمر في رعوس النخل ، والمحاكلة : كراء الأرض بالحنطة) (الأصباحي، حديث رقم: 1298)، وهذا التفسير إما مرفوع فلا يعدل عنه ، أو من قول أبي سعيد فلا يعارض ؛ لأنه أعلم به (البلجي، 6/ 181). ولذلك ترجم له الإمام مالك بـ "باب ما جاء في المزابنة والمحاكلة "، فلم ير للمحاكلة معنى غير هذا (ابن عاشور، 178)، فيدخل في المحاقلة ما كان في المزابنة من مخاطرة وغرر وقمار .

وفي صحيح البخاري عن رافع بن خديج قال : "حدثني عمالي أنهم كانوا يكرون الأرض على عهد النبي ﷺ بما ينبت على الأربعة أو شيء يستثنيه صاحب الأرض ، فنهى النبي ﷺ عن ذلك " (البخاري، 2346). وقد أورد البخاري الحديث في بعض الطرق عن رافع تحت ترجمة " باب ما يكره من الشروط في المزارعة " (1) إشارة منه - كما قال ابن حجر : " إلى حمل النهي في حديث رافع على ما إذا تضمن العقد شرطاً فيه جهالة ، أو يؤدي إلى غرر " (العسقلاني، 5/ 20).

وقد روي عن رافع بن خديج أيضاً أنه قال : "كنا أكثر أهل المدينة مزدرعاً ، كنا نكري الأرض بالناحية منها مسمى لسيد الأرض ، قال : فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، ومما تصاب الأرض ويسلم ذلك ، فنهينا...." (البخاري، حديث رقم: 2327).

ومعنى " مسمى لسيد الأرض " أي أن إنتاجها من نصيب مالك الأرض .

ومعنى " فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، ومما تصاب الأرض ويسلم ذلك " أي ربما أخرجت هذه ، ولم تُخرج تلك (العسقلاني، 5/ 13).

وعليه فليس النهي في الحديث - أصل المسألة - على كراء الأرض عموماً ، بل هو في صورة منه يقرب معها إدراك مقصد النهي ، فيحمل على ما إذا أكرت بشيء مجهول ، وهو قول الجمهور ، أو بشيء مما يخرج منها ولو كان معلوماً (العسقلاني، 5/ 31).

1 - في كتاب الحرث والمزارعة ، حديث رقم 2332 ، بقوله : " كنا أكثر أهل المدينة حقلًا... "أطلق الحقل على الزرع - كما هو أحد معانيه السابقة ، واشتق منه المحاقلة فأطلقت على المزارعة . (العسقلاني، 5/ 20).

ولذلك قال الليث بن سعد: " كان الذي نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذوو الفهم بالحلال والحرام لم يجزوه ؛ لما فيه من المخاطرة " (البخاري، حديث رقم: 2346).

وكون الإجارة وفروعها مما حكم الشارع بجوازه استحسانا لا يجعلها بمعزل عن ذلك الحمل ، فقد أوجب ضبط بعض الأوصاف وبيانها فيما زاد عن المعفو عنه فيها ، من كل ما يحمل من مخاطرة تتنافى مع قصد الشارع منها .

3. وثالث الطرق ما سلكه بعض الصحابة والأئمة إلى النظر في الحالة التي هي مورد النهي ، وهو مسلك البحث في طبيعة الأحوال العامة للأمة ، والأعراف الخاصة للمزارعين وأصحاب الأرض ، وإن من شأن ذلك إنارة السبيل في التعرف على طبيعة هذا النهي .

فقد روي عن رافع بن خديج أنه قال : " كنا نكري الأرض بالناحية منها مسمى لسيد الأرض ، قال : ... فنهينا . وأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ) (البخاري، 2327).

وقوله : " وأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ " أي لم يكن يكرى بهما ، ولم يُرد نفي وجودهما (العسقلاني، 13/5)، فقد حدد الرسول ﷺ بهما نصاب الزكاة ، وبعض أحكام البيع مما يخصهما .

فيحمل النهي - في أصل المسألة - على ما جرت به العادة عندهم في كراء الأرض ، وهو كراؤها بجزء مما تخرجه - كما قال ابن عبد البر (ابن عبد البر 19/2)، وهو ما اصطلاح عليه بـ "المخابرة"⁽¹⁾ - ولا يسري على كراء الأرض بالذهب والورق مما لم تجر به العادة ، ولا كان واقعا في عرف الناس يومئذ . وهناك بعض الآثار مما يشير إلى ذلك :

ففي الموطأ عن حنظلة بن قيس عن رافع بن خديج " أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع . قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق ، فقال : أما بالذهب والورق فلا بأس به " (الأصبحي، حديث رقم: 1382).

وقال ابن شهاب : " سألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق ، فقال: لا بأس به " (الأصبحي، حديث رقم: 1383).

وعن ابن عيينة عن عمرو سمع سالما يقول : " والله لنكرينها كراء الإبل " (ابن أبي شيبة، 143/5، حديث رقم: 11).

وبما ذكر ، يصبح النهي عن كراء الأرض أبعد ما يكون عن التعبد المحض ، وأن الالتزام بحرفيته دون البحث في مراميه وظروف وروده يوقع في حرج .

قال ابن عاشور: " إن كثيرا من أحكام المعاملات التي تلقاها بعض الأئمة تلقي الأحكام التعبدية قد عانى المسلمون من جرائها متاعب جمّة في معاملاتهم ، وكانت الأمة منها في كبد ، على حين يقول الله تعالى : ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ " (ابن عاشور، 177، سورة الحج، 76).

1 - عن زيد بن ثابت ، قال : " نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت : وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع " (ابن أبي شيبة- 1994م، ديث رقم: 5، 146/5).

الخلاصة :

- أبرز ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث :
- تنقسم الأحكام بحسب تعليلها إلى قسمين : أحكام تعبدية وأخرى عادية ، ولكل قسم حكمه وخصائصه .
 - التصرفات المالية هي من المعاملات التي بُنيَ التشريعُ فيها على الالتفات إلى المعاني وتحصيل حظوظ للمكلفين .
 - يجب التفتن عند النظر في النصوص والأحكام إلى درجة التعبد فيها حتى يُتجنب الخطأ في إصدار الحكم عليها وفي توسيع دائرتها بالقياس عليها .
 - عند النظر في التشريعات المالية المباحة ينبغي التفريق بين الأحكام التي مصدرها الوحي وبين تلك التي فرضتها ظروف ومستجدات .
 - الغفلة عما ذكر يوقع في أغلاط فقهية ناتجة عن حمل كثير من الأدلة على غير محملها .

❖ لائحة المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم ، برواية الإمام قالون عن نافع .
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ، الناشر : مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - 1967 م .
- أصول الفقه ، لمحمد أبي زهرة ، دار الفكر العربي ، سنة 2004 م .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، تصحيح : الشيخ محمد شاکر ، الناشر مكتبة الخانجي - القاهرة ، الطبعة الرابعة 1997م .
- تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد مرتضى الزبيدي ، منشورات : دار مكتبة الحياة - بيروت / لبنان .
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، للحافظ يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، منشورات : دار الكتب العلمية / بيروت لبنان الطبعة الأولى 1999 م .
- السنن الكبرى ، للإمام شيخ الإسلام أبي بكر البيهقي ، ضبط وتقديم : أبو عبد الله عبد السلام علوش ، مكتبة الرشد - ناشرون - الرياض ، الطبعة الأولى 2004م .
- شرح التلقين ، للإمام أبي عبد الله محمد بن علي المازري ، تحقيق : الشيخ محمد مختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي - تونس ، الطبعة الثانية 2008 م .
- شرح الزرقاني على الموطأ ، للإمام محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، تحقيق : الشيخ طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة ، الطبعة الأولى 2003م .

- صحيح البخاري ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، مع فتح الباري ، لابن حجر العسقلاني ، راجعه : قصي محب الدين الخطيب ، دار الريان للتراث ، الطبعة الأولى 1986 م .
- صحيح مسلم ، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، مع شرح الإمام أبي زكريا النووي . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت - لبنان . الطبعة الأولى 1996 م .
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، راجعه : قصي محب الدين الخطيب ، دار الريان للتراث - القاهرة ، الطبعة الأولى 1986 م .
- الفروق ، للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، وبهامشه : تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية ، للإمام أبي القاسم المعروف بـ "ابن الشاط" ، عالم الكتب / بيروت .
- اقتصادنا ، محمد باقر الصدر ، دار التعارف للمطبوعات ، الطبعة الثالثة عشر ، 1980 م .
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، لسلطان العلماء أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي ، مراجعة وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد ، دار الشروق للطباعة 1968 م .
- مختار الصحاح ، للإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، عني بترتيبه : محمود خاطر بك ، الناشر : دار الفكر 1972 م .
- المصنف في الأحاديث والآثار ، للحافظ عبد الله بن أبي شيبه ، تعليق : سعيد محمد اللحام ، دار الفكر للطباعة والنشر / بيروت لبنان 1994 م .
- مقاصد الشريعة الإسلامية ، للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي ، دار الفجر ودار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى 1999 م .
- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، للإمام الباجي ، راجعه وخرج أحاديثه : د . محمد محمد تامر ، الناشر مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة 2004 م .
- الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ، مع شرح الشيخ عبد الله دراز ، دار المعرفة - بيروت / لبنان .
- الموطأ ، للإمام مالك بن أنس ، مع المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، للإمام الباجي ، راجعه وخرج أحاديثه : د . محمد محمد تامر ، الناشر مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة 2004 م .

الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية

Penal protection of scientific literature from plagiarism



الباحثة لبنى عودة حسن التلباني ، ماجستير قانون عام

كلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين

Researcher/ Lubna Oda Hassan Altelbani Master

of Public Law ,Faculty of Sharia and Law-The Islamic

.....University of Gaza , Palestine-Gaza.....

الملخص :

يهدف هذا البحث الذي يحمل عنوان (الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية) إلى استعراض المصنفات المشمولة بالحماية والإيداع القانوني، في محاولة منها لمكافحة السرقة العلمية بشتى الأساليب عن طريق التدابير الوقائية، من جانب آخر يهدف البحث إلى الوقوف على الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية في القانون الفلسطيني، وذلك بانتهاج المنهج الوصفي التحليلي، وفي الخاتمة كان من أبرز النتائج أن التشريعات السارية في فلسطين نصت على عقوبات التعدي على حقوق المؤلف، منها عقوبات أصلية مثل الحبس أو الغرامة (دون إمكانية الجمع بينهما)، ومنها عقوبات ثانوية مثل المصادرة ونشر الحكم القضائي والإغلاق، وهي عقوبات غير رادعة وغير كافية البتة بالنظر إلى جسامة الاعتداء على حق المؤلف، ومن أبرز التوصيات توصية المشرع الفلسطيني بسن قانون فلسطيني جديد ينظم حقوق المؤلف، أو حتى على الأقل إقرار مشروع القانون الفلسطيني الذي سعى لتنظيم حقوق المؤلف مع إجراء بعض التعديلات اللازمة بما يلي حاجات العصر الحديث وتطور الحياة العلمية المختلفة.

• كلمات مفتاحية : الحماية الجزائية، التدابير الوقائية، الإيداع، المؤلفات، السرقة العلمية.

Abstract :

This research, titled (Penal Protection of Publications from Scientific Theft), aims to review the works covered by protection and legal deposit, in an attempt to combat scientific theft in various ways through preventive measures. Palestinian law, by adopting the descriptive and analytical approach. In the conclusion, one of the most prominent results was that the legislation in force in Palestine provided for penalties for copyright infringement, including primary penalties such as imprisonment or a fine (without the possibility of combining them), and secondary penalties such as confiscation and publication of the judicial ruling and closure, which are non-deterrent and totally insufficient penalties given the enormity of the violation of copyright, and among the most prominent recommendations is the recommendation of the Palestinian legislator to enact a new Palestinian law regulating copyright, or even at least approving the Palestinian draft law that sought to regulate copyright with some necessary amendments to include It meets the needs of modern times and the development of various scientific life.

- **Keywords :** penal protection, preventive measures, deposit, literature, plagiarism.

المقدمة :

تعتبر الأمانة العلمية من أهم أخلاقيات البحث العلمي التي تؤثر في السلوك الانساني وتحمي مجهودات البشرية وتقيها من الضياع والسرقة والانتحال، وقد جاءت التشريعات الوطنية والدولية لحماية الملكية الفكرية الذي تتواصل به وتيرة النشاط والابداع والتطور، وتحفظ حق صاحبه المعنوي والمادي وتشعره بالأمان الذي يدفعه دوما نحو المزيد، وتمنع غيره من التصرف بهذا الحق إلا بإذنه.⁽¹⁾

فما يميز الانسان عن غيره من الكائنات هو إبداعه وابتكاره الفكري، فالفكر هو الدعامة الأساسية لتقدم الأمم ورفقيها، وقيمة الفكر ليست في وجوده فحسب بل في الاستفادة منه على نطاق البشرية جمعاء، وقد برزت ضرورة حماية الفكر بكل أصنافه مع انتشار وسائل الاتصال الحديثة والتي يصعب بوجودها حماية أنواع الإنتاج الفكري المختلفة، ولا شك أن حق المؤلف هو الأرضية الصلبة لحماية هذا الفكر بشتى صورته.

⁽¹⁾ أخلاقيات البحث العلمي والملكية الفكرية، سامية سكيك، ص 16.

ولأجل ذلك حرصت تشريعات الملكية الفكرية والقوانين الخاصة بحق المؤلف وكذلك المعاهدات الدولية الخاصة بذلك والفقه الإسلامي، على كفالة الحماية القانونية اللازمة والملائمة لحقوق المؤلف بشقيها المادي والمعنوي وذلك من أجل سلامة وحماية المؤلفات من أية تحريفات أو تشوهات أو أضرار قد تصيبها، وكذلك ضمان حقوق المؤلف وطمأنته لدفعه لنشر مؤلفاته دون الخشية من استنساخها دون موافقته وبغير وجه حق⁽¹⁾.

وفي هذا السياق جاء البحث مرتكزا حول الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية باعتبارها واحدة من أخطر الجرائم وأكثرها شيوعا والتي تمس حقوق المؤلفين.

أولاً: أهمية البحث :

تكمن أهمية هذا البحث فيما يلي:

1. خطورة السرقة العلمية وآثارها السلبية على جودة البحث العلمي.
2. تساهل الباحثين والكتاب بالسرقة العلمية.
3. قدم التشريعات التي عالجت المسألة.
4. الحاجة إلى دراسة علمية وقانونية تحيط بالموضوع تفصيلاً من الناحية الجزائية.

ثانياً: مشكلة البحث :

نظرا لأهمية البحث العلمي وقلة الأمانة العلمية عند البعض تثور لدينا مشكلة البحث والتي تتمثل في السؤال التالي:

هل وفق المشرع الفلسطيني في توفير الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية؟
ثالثاً: منهجية البحث :

اتبعت الباحثة في هذا البحث الموسوم بعنوان (الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية) المنهج الوصفي التحليلي، حيث تناولت دراسة وتحليل الواقع القانوني للحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية بالاستناد إلى قانون حقوق الطبع والتأليف رقم (46) لسنة 1911م وتعديلاته ومقارنته بالقوانين الوضعية المقارنة ذات العلاقة بموضوع البحث كلما دعت الحاجة لذلك؛ سعياً منها للوصول إلى الأهداف المرجوة من البحث.

(1) الآليات القانونية لحماية حق المؤلف من السرقة العلمية، عماد الدين بركات ونصر الدين العايب، ص 135.

رابعاً: هيكلية البحث :

ينقسم البحث إلى أربعة مباحث، وهم على النحو الآتي :

المبحث الأول : المصنفات المشمولة بالحماية.

المبحث الثاني : الإيداع القانوني للمصنفات.

المبحث الثالث : التدابير الوقائية للحد من السرقة العلمية.

المبحث الرابع : التدابير العقابية والمسؤولية الجزائية المترتبة على السرقة العلمية.

الخاتمة وتشمل النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

المصنفات المشمولة بالحماية

تتمثل وظيفة حقوق المؤلف في حماية المؤلفين ولكنها من الناحية العملية تحمي أعمال المؤلفين، فحقوق المؤلف تحمي المصنفات كأشكال للتعبير أكثر مما تحمي المؤلفين كمبدعين لأنماط معينة من المصنفات، والمصنفات تمثل بشكل عام في: "صور الابداع الفكري في مجالات الأدب والموسيقى والفن والعلم". والذي تسري عليه الحماية إنما هو التعبير عن أفكار المؤلف وليس الأفكار في حد ذاتها، فمثلاً إذا كتب مؤلف مقالة عن كيفية بناء القوارب فإن حقوق المؤلف الخاصة به تنصب على المقالة وتحمي المؤلف من قيام أي شخص بصنع نسخة من المقالة وبيعها بغير رضائه، غير أن حماية حقوق المؤلف لا تمنع أي شخص من استخدام الأفكار التي وردت في المقالة من أجل بناء قارب.⁽¹⁾

وعليه يمكننا القول بأن التعبير الأدبي أو الفني هو وحده الذي يتمتع بالحماية دون الفكرة، وتغطي هذه الفئات مجالات واسعة، ويجري تعريفها عادة في التشريعات الوطنية في عبارات عامة للغاية مثل: "المصنفات الفكرية"، و"المصنفات الأدبية والفنية"، وجميع أنواع المصنفات العلمية والأدبية والفنية"، أيأ كان المظهر الذي تتخذه أو - ببساطة - "المصنفات الأدبية"، والتي تضم عادةً أمثلة تساق على سبيل المثال لا الحصر⁽²⁾، كما أن لحماية هذه المصنفات لابد من توافر شروط معينة، وهناك بعض المصنفات التي لا تصلح للتمتع بحماية حقوق المؤلف ويكون استعمالها مباحاً.

لأجل هذا سنتناول في هذا المبحث أنواع المصنفات المشمولة بالحماية وشروط هذه المصنفات والاستعمال المباح لها، وفقاً للتقسيم الآتي :

- المطلب الأول : أنواع المصنفات المشمولة بالحماية.
- المطلب الثاني : شروط المصنفات المشمولة بالحماية.
- المطلب الثالث : الاستعمال المباح للمصنفات المشمولة بالحماية.

(1) المبادئ الأولية لحقوق المؤلف والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، المحامي الدكتور محمد أبو بكر، ص 39.

(2) المرجع السابق، ص 40.

المطلب الأول

أنواع المصنفات المشمولة بالحماية

تتمثل المصنفات المشمولة بالحماية والتي تدور في إطار حقوق المؤلف في الإنتاج الفكري الذي يتوصل له المؤلف، وهذا الإنتاج الفكري يشمل جميع صور الإبداع الفكري في مجالات العلوم والأدب والفنون، والناجحة عن وحي العقل والمعبر عنها بصورة مادية أو مقابل للاستنساخ⁽¹⁾. وتتمثل هذه المصنفات في ثلاثة أنواع وهي:⁽²⁾ المصنفات الأدبية والعلمية، والمصنفات الفنية والموسيقية، والمصنفات الحديثة والمشتقة، وما يعيننا دراسته في المقام الأول هي المصنفات الأدبية والعلمية مع الاستعراض السريع للمصنفات الأخرى.

الفرع الأول : المصنفات الأدبية والعلمية :

وتعتبر من أهم المصنفات المشمولة بالحماية وأوسعها انتشاراً، وتشمل جميع صور الإبداع في المجال العلمي والأدبي سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة (شفهية).⁽³⁾

أولاً: المصنفات المكتوبة :

وهي المصنفات التي اتخذت الكتابة وسيلة نقل لها إلى الجمهور، حيث يتم التعبير عنها في شكل الكتابة، بغض النظر عن الأداة المستخدمة في الكتابة، سواء كانت باليد أو الكمبيوتر أو المطبعة أو الاختزال أو بأي وسيلة أخرى، وبغض النظر عن محتواها (سواء كانت خيالية أم غير خيالية)، أو هدفها (التسلية، التثقيف، الإعلام...إلخ)، أو شكلها (مخطوطاً، أو مكتوباً على الآلة الكاتبة، أو مطبوعاً بحروف مطبعية في شكل كتاب أو كتيب أو ملازم أو صحف أو غير ذلك من الأشكال).

وتعد الكتب والكتيبات والرسائل أو أية في محركات أخرى من أوضح الصور على المصنفات المكتوبة، سواء كانت قصص أدبية أو روايات أو تاريخ أو شعر أو فلسفة أو جغرافيا أو كتب خاصة بالعلوم الطبيعية أو الكيمياء أو غيرها من المحركات.⁽⁴⁾

ثانياً : المصنفات الشفوية :

ويقصد بالمصنفات الشفوية "كل مصنف جرى العرف على توجيهه شفويّاً إلى واحد أو جماعة من الناس بقصد التأثير فيهم تأثيراً فكرياً قد لا يتأتى تحقيقها عن طريق الخطابة".⁽⁵⁾

فالمصنفات الشفوية تتميز بأنه يتم وصفها والكشف عنها بالكلمة أي أنها لا تدون كتابةً.

(1) الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، رشاد توام، ص 53.

(2) الحماية القانونية لحق المؤلف، يوسف النوافلة، ص 64.

(3) الحماية القانونية لحق المؤلف، يوسف النوافلة، ص 64.

(4) المبادئ الأولية لحقوق المؤلف والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، المحامي الدكتور محمد أبو بكر، ص 211-212.

(5) المرجع السابق، ص 214.

وتشمل هذه المصنفات الخطب، والمحاضرات، والمواعظ، والمرافعات التي يلقيها المحامي أمام قاضي فرد أو دائرة قضائية وغيرها.⁽¹⁾

ولا تشمل المصنفات الشفوية المصنفات الغنائية إذ أن مثل هذه المصنفات لا تنطوي على التوجيه الفكري وإنما إرضاء الشعور والوجدان، كما لا تشمل خطاب العرش في بعض الدول الملكية فرغم أنه يُتلى ويُلقى شفاهةً إلا أن له أصلاً مكتوباً يُتداول عادة قبل إلقائه، كما لا تشمل القراءة العلمية لكتاب أو ديوان شعر أو قصة إذ إن المصنف المكتوب لا ينقلب مصنفاً شفويًا مجرد تلاوته.⁽²⁾

وقد نصت المادة 1 الفقرة الثانية من قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911م على المصنفات الشفوية، من خلال أبرز أمثلتها وهي المحاضرات حيث نص "تعنى حقوق الطبع والتأليف... في حالة المحاضرات حق المؤلف في إلقائها أو عمل في اصدار أي جزء جوهرى منه في حالة عدم نشره".

كما نصت الفقرة الثالثة في حالة المحاضرة حق إلقائها علناً، والمادة 17 نصت على حماية الأعمال المنشورة وغير المنشورة... في حالة المحاضرة قبل تاريخ إلقائها يحفظ حق طبعه وتأليفه إلى تاريخ النشر أو الأداء أو الإلقاء أمام الجمهور أي منهم يتم أولاً إلى مدة 50 سنة من بعد ذلك التاريخ.⁽³⁾

وترى الباحثة أن المشرع قد أحسن صنعاً عندما لم يشترط التسجيل للمصنفات الشفوية لإسقاط الحماية القانونية عليها.

الفرع الثاني: المصنفات الفنية والموسيقية :

يمكن تعريف المصنف الفني بأنه: "ابتكار فكري الغرض منه استهواء الحس الجمالي للشخص الذي يحس به، فهي غالباً يتجه تأثيرها إلى الحس والشعور لدى الإنسان، وهي بذلك تختلف عن المصنفات الأدبية والعلمية التي يكون تأثيرها في الغالب واقع على العقل والتفكير".⁽⁴⁾

وقد أورد قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911 عدة مصنفات تم ادراجها ضمن المصنفات الفنية، والتي نذكرها على سبيل الاستعجال: المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية، المصنفات الموسيقية، المصنفات السينمائية والإذاعية السمعية والبصرية، مصنفات العمارة والرسم والنحت والنقش، الصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصاميم والمخططات، المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها.⁽⁵⁾

(1) حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي- دراسة مقارنة، سهيل الفتلاوي، ص 177.

(2) حق المؤلف الكتاب الثاني، مختار القاضي، ص 162.

(3) النص الانجليزي الأصلي، المادة 17.

(4) حق المؤلف: النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، نواف كنعان، ص 219.

(5) الحماية القانونية لحق المؤلف، يوسف النوافلة، ص 68-71.

وترى الباحثة أنه لا بد من التنبيه -حتى لا يختلط الأمر على القارئ- أنه عند حديثها عن المصنفات الشفوية بأنها لا تشمل المصنفات الغنائية أو الموسيقية، فقد كانت تعني أنها لا تدخل ضمن المصنفات الشفوية التي تعتبر جزء من المصنفات الأدبية والعلمية، ونصت عليها هنا ضمن المصنفات الفنية والموسيقية، وهذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن ليس لها حماية، بل تتوفر لها الحماية ولكن ضمن المصنفات الفنية وليست ضمن المصنفات الأدبية والعلمية.

الفرع الثالث : المصنفات المشتقة والحديثة :

أولاً : المصنفات المشتقة :

ويقصد بالمصنف المشتق "هو مصنف تم ابتكاره استناداً إلى مصنف آخر سابق له"، ويتمتع المصنف المشتق من مصنف سابق بالحماية المقررة لحق المؤلف؛ نظراً لتشابهها واقترابها من المصنفات الأصلية المشتقة منها. وتتطلب المصنفات المشتقة إجراء إعادة صياغة أو اقتباس أو تحويل للمصنف الموجود من قبل، كما يتطلب الحصول على إذن من مؤلف المصنف السابق من أجل إنتاج هذه المصنفات المشتقة.⁽¹⁾

في حين يرى د. السنهوري بأن المصنف اللاحق والمشتق هو مصنف أصلي ما دام مبتكراً، سواء تم هذا بطريقة التحويل أو التنويع فهو مصنف أصلي شأنه شأن المصنف السابق، ويترتب على ذلك من وجهة نظره أن صاحب المصنف اللاحق لا يتعين عليه استئذان صاحب المصنف السابق حتى لو كانت مدة حماية هذا المصنف الأخير لم تنقض⁽²⁾.

وتخالف الباحثة ما ذهب إليه السنهوري فعلى الرغم من كونه قد بذل عليه جهداً شخصياً ونوعاً من الابتكار، إلا أنه في الأصل قد استند على المصنف السابق، فلن يضره شيء لو استأذن المؤلف الأصلي وأشار إليه في مؤلفه المشتق.

ومن أهم المصنفات المشتقة: الترجمات، والتلخيص، والتحويل (تحويل القصص والروايات إلى أفلام ومسرحيات مثلاً) والإضافة، والتنقيح، والتحقيق، والمصنفات الخاصة بالمختارات الأدبية والمقتطفات، ودوائر المعارف، مجموعات الوثائق والنصوص الرسمية والأحكام القضائية التي تتضمن جهداً مبتكراً (كأن يتم ترتيبها في مجموعات ترتيباً هجائياً أو حسب موضوعها أو حسب المحكمة التي أصدرتها) بالشكل الذي يسهل الرجوع إليها والاستفادة منها تبعاً للجهد المبتكر.⁽³⁾

(1) حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، نواف كنعان، ص 254.

(2) الحماية القانونية لحق المؤلف، يوسف النوافلة، ص 77-78.

(3) حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، نواف كنعان، ص 255-265.

ثانياً : المصنفات الحديثة :

ويندرج تحت هذا النوع المصنفات التي ظهرت حديثاً، ومن أبرز المصنفات الحديثة: المصنفات الخاصة ببرامج الحاسبات الإلكترونية وقواعد البيانات، المصنفات الصوتية (الفونوغرامات) والسمعية والبصرية (الفيديو غرامات) ومصنفات الفنون الشعبية (الفلكلور).⁽¹⁾

المطلب الثاني

شروط المصنفات المشمولة بالحماية

لكي يتمتع أي عمل إبداعي بالحماية القانونية لا بد من توافر مجموعة من الشروط، أحدهما موضوعي وهو الابتكار، والآخر شكلي وهو المصنف، نذكر ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الابتكار: ويقصد به أن يكون هناك بصمة شخصية للمؤلف في مصنفه، والقول بوجود الطابع الابتكاري لا يعني أن يكون المصنف مبتدعاً شيء جديد لم يسبق أن توصل إليه أحد، وإنما يكفي أن يقدم المصنف شيء يعبر عن مجهود ذهني للمؤلف في صورة جديدة تظهر من خلاله ذاتيته وشخصيته.

ويخلط الكثير بين مصطلحي الأصالة Originalite والابتكار Lacreation فالأصالة بالنسبة لأي مصنف أن يكون هذا المصنف من ابتكار المؤلف نفسه وأنه لم ينقل كلياً أو أساساً من مصنف آخر، هنا يمكننا القول أن كل مصنف أصيل يحتوي على عنصر الابتكار وليس كل مصنف يحوي عنصر الابتكار أصيل، كما أن هناك مصنفات مشتقة مشمولة بالحماية لتوفر شرط الابتكار فيها.⁽²⁾

ثانياً: ظهور المصنف إلى الوجود بشكل محسوس: قد سبق القول أن قانون حق الطبع والتأليف لا يحمي الفكرة بحد ذاتها إنما يحمي التعبير أو الإطار الذي عبرت الفكرة عنه، أي أن المصنف يجب أن يكون قد أفرغ في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود فيكون مظهر التعبير عن الفكرة قد بلغ الغاية من الوضع المستقر.⁽³⁾

فيجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائي وأصبحت معلة للطبع والنشر، ولا يهم بعد ذلك طريقة التعبير عن المصنف ولا نوعه، كما سبق وأن تعرفنا على أنواع المصنفات المختلفة.

وقد قلنا بشكل محسوس ولم نقل بشكل مادي لكي لا نضيّق نطاق الحماية القانونية على المصنفات الغير مادية مثل المحاضرات وغيرها، والقول بظهور الفكرة إلى حيز الوجود بشكل محسوس يعني أن يحس الانسان بالسمع أو النظر أو اللمس ويعد تعبيراً أفضل من تعبير الوجود المادي للمصنف، كما أن تعبير الوجود المحسوس للفكرة يتفق مع ما استقر عليه العمل على المستوى الدولي عند تحديد معنى اصطلاح

(1) حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، نواف كنعان، ص 232.

(2) السرقة العلمية عبر الإعلام الالي، إيما بوقصة، ص 17.

(3) الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية في شرح مفصل للأشياء والأموال، عبد الرزاق السنهوري، ص 219.

التعبير عن المصنف من أنه يعني الطريقة التي تسمح بإدراك أي مصنف حسياً أو عقلياً بما في ذلك التمثيل أو الأداء أو التلاوة أو التثبيت أو التشكيل المادي أو أية طريقة مناسبة أخرى.⁽¹⁾ ترى الباحثة أن هذين الشرطين منصفين جداً لإسقاط الحماية القانونية على المؤلفات، كما ولا بد من توافرها معاً، فإذا اختل شرط من هذه الشروط لن نكون أمام عمل إبداعي، وحينها لن يكون المصنف مشمولاً بالحماية.

الفرع الثالث : الاستعمال المباح للمصنفات المشمولة بالحماية :

تتمثل الاستعمالات المشروعة للمصنفات المحمية بما يلي:

أولاً: الاستعمال الذي ينتفي معه الاستغلال المالي (ليس الهدف تحصيل مقابل مالي)

بالنسبة لقانون حق الطبع والتأليف وتعديلاته اقتصر على ذكر الاستعمال المباح لغرض الدراسة، أو التعليم، أو البحث أو الانتقاد أو التقريظ أو التلخيص للصحافة، وهو ما جاء في المادة ٢، والتي نصت على " ... بشرط ألا تعتبر الأفعال التالية اعتداء على حق الطبع والتأليف: -1 التداول بأي أثر تداولاً عادلاً من أجل الدراسة، أو البحث أو الانتقاد، أو التقريظ⁽²⁾ والتلخيص للصحافة"، أما الاستعمال في إطار عائلي وكذلك الاستعمال من جهة الفرق الموسيقية التابعة للدولة فقد جاء خالياً من ذكرها.

وكذلك جاء مشروع قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الفلسطيني بنصوص تتعلق بجواز استعمال المصنف، أو عرضه أو إلقائه أو تمثيله أو إيقاعه إذا حصل في اجتماع عائلي خاص، أو في مؤسسة تعليمية أو ثقافية أو اجتماعية على سبيل التوضيح للأغراض التعليمية، أو التدريب أو التثقيف أو لأهداف تربوية أو دينية، ويشترط في ذلك كله ألا يتأتى عنه أي مردود مالي وهو ما نص عليه في الفقرات أ، ج⁽³⁾ من المادة 17.

ثانياً : عمل نسخة للاستعمال الشخصي.

بالرجوع إلى القوانين السارية في فلسطين نجدها جاءت خالية من أي نص يسمح بعمل نسخة للاستعمال الشخصي.

أما مشروع القانون الفلسطيني في الفقرة ب من المادة 17 نص على "جواز الاستعانة بالمصنف للاستعمال الشخصي الخاص، وذلك بعمل نسخة واحدة منه بواسطة الاستنساخ، أو التسجيل أو التصوير،

(1) انظر معجم مصطلحات حق المؤلف والحقوق المشابهة الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، ص 111. حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، نواف كنعان، ص 206.

(2) لغة (قَرَّظَ الكتاب: وصف محاسنه ومزاياه- قدّم تقرّظاً لكتاب تلميذه)، معجم الوسيط.

(3) (يجوز استعمال المصنفات المنشورة دون اذن المؤلف وفقاً للشروط وفي الحالات التالية: أ- تقديم المصنف أو عرضه أو القاءه أو تمثيله أو إيقاعه إذا حصل في اجتماع عائلي خاص أو في مؤسسة تعليمية أو ثقافية أو اجتماعية على سبيل التوضيح للأغراض التعليمية، ويجوز للفرق الموسيقية التابعة للدولة إيقاع المصنفات =الموسيقية، ويشترط في ذلك كله ان لا يتأتى عنه أي مردود مالي، وان يتم ذكر المصدر واسم المؤلف اذا كان واردا به...ج- الاعتماد على المصنف وسيلة للإيضاح في التعليم بواسطة المطبوعات أو البرامج والتسجيلات الصوتية والسمعية والبصرية لأهداف تربوية أو تثقيفية أو دينية أو للتدريب المهني وذلك في الحدود التي يقتضيها تحقيق تلك الاهداف شريطة ان لا يتعارض ذلك مع الاستغلال العادي للمصنف وعلى ان لا يقصد من الاعتماد على المصنف في هذه الحالة تحقيق أي ربح مادي وان يذكر المصنف واسم مؤلفه).

أو الترجمة أو التوزيع الموسيقي، ويشترط في ذلك كله أن لا يتعارض مع الاستغلال العادي للمصنف، ولا يسبب ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة لصاحب الحق".

وترى الباحثة أن مثل هذا النص يعتبر انتهاكاً لحق المؤلف، وأصحاب الحقوق على المصنف، ولا سيما أنه من حق المؤلف الاستغلال المالي لمصنفه، فإذا قام كل فرد بعمل نسخة بالاستنساخ للاستعمال الشخصي عن المصنف كيف يستطيع المؤلف، أو صاحب الحق الاستفادة مادياً من المصنف.
ثالثاً: الاقتباسات القصيرة والنقل من مصنف.

حدد قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911 في البند 4⁽¹⁾ الفقرة 1 من المادة 2 الفقرات التي يقتبسها وينشرها الناشر نفسه خلال خمس سنوات عن آثار نفس المؤلف باثنين، وأن يعترف بالمصدر المنقولة عنه الفقرتان المشار إليهما.

ونصت الفقرة د⁽²⁾ من المادة 9 من قانون حماية حق المؤلف الأردني على أنه "يجوز استعمال المصنفات المنشورة، وذلك لغاية الاستشهاد بفقرات من المصنف في مصنف آخر بهدف الإيضاح، أو الشرح، أو المناقشة، أو النقد، أو التثقيف، أو الاختبار، وذلك بالقدر الذي يبرره هذا الهدف على أن يذكر المصدر واسم مؤلفه". وكذلك جاءت المادة 17/د⁽³⁾ من المشروع الفلسطيني لقانون حق المؤلف، والحقوق المجاورة بنص مشابه للنص الأردني.

نلاحظ مما سبق أن كلا المشرعين باستثناء قانون حق الطبع والتأليف لم يحدد عدد معين من الفقرات القصيرة التي يمكن اقتباسها من المصنف، وهناك من يرى أنه يجوز أن تتعدد الفقرات القصيرة التي يمكن اقتباسها من المصنف طالما تخللت الشرح الذي ابتكره المؤلف، أو تخللت فقرات قصيرة مقتبسة من مصنفات أخرى⁽⁴⁾. وتميل الباحثة مع ما ذهب إليه قانون حق الطبع والتأليف من حيث تحديد الفقرات التي مسموح اقتباسها مع الإشارة إلى اسم المؤلف والمصدر، إذا كان استخدامها لغايات الدراسة والمناقشة والتحليل.

(1) نشر مجموعة مؤلفة في الغالب من مواد غير محفوظة حقوق الطبع فيها بقصد استعمالها حقيقة في المدارس وقد وصفت كذلك الاسم الذي أطلق عليها وفي الاعلانات التي اصدرها الناشر بشأنها وهي مؤلفة من فقرات موجزة مقتبسة من اثار ادبية منشورة ولكنها لم تنشر بقصد استعمالها ومحفوظة حقوق الطبع والتأليف فيها بصفها كذلك: ويشترط في ذلك ان لا يزيد عدد الفقرات التي يقتبسها وينشرها الناشر نفسه خلال خمس سنوات عن اثار لنفس المؤلف على اثنين وان يعترف بالمصدر المنقولة عنه الفقرتان المشار اليهما.

(2) القانون المعدل لقانون حماية حق المؤلف لسنة 2014م.

(3) "الاستشهاد بفقرات من المصنف في مصنف آخر بهدف الإيضاح أو الشرح أو المناقشة أو النقد أو التثقيف أو الاختبار وذلك بالقدر الذي يبرره هذا الهدف على أن يذكر المصنف واسم مؤلفه".

(4) حماية حقوق الملكية الفكرية، أنور طلبية، ص 79.

رابعاً: الاقتباسات القصيرة والنقل من صحيفة أو نشرة دورية.

الأصل عدم جواز نقل المقالات العلمية، أو الأدبية، أو الفنية، أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التي تنشر في الصحف، والنشرات الدورية الأخرى دون موافقة مؤلفيها⁽¹⁾. إلا أن معظم التشريعات قد أوردت استثناء على هذا الأصل، فمثلاً قانون حقوق الطبع والتأليف نص على "جواز قراءة بعض مقتطفات لا تتجاوز الحد المعقول من أي أثر منشور أو تلاوتها علناً"⁽²⁾.

يظهر للباحثة مما سبق أن قانون حق الطبع والتأليف سمح بقراءة أو تلاوة مقتطفات من المصنفات التي أتاحت للجمهور أو المنشورة، دون إلزامه بالإشارة إلى المصنف والمؤلف، بينما المشرع المصري اشترط الإشارة عند نشر المقتطفات إلى المؤلف، والمصدر التي نقلت عنه ويشترط عدم وجود حظر لذلك، بينما المشرع الأردني اشترط لنشر مقتطفات من المصنف باستثناء المصنفات ذات الطابع الإخباري السياسي، والاقتصادي والديني التي تشغل الرأي العام أخذ موافقة المؤلف، بينما المصنفات ذات الطابع الإخباري السياسي والاقتصادي والديني التي تشغل الرأي العام يشترط لنشر مقتطفات منها عدم وجود حظر لمنع النشر، وتذهب الباحثة مع ما ذهب إليه المشرع الأردني باعتباره أكثر حماية لحقوق المؤلف.

خامساً: نشر الخطب والمحاضرات الموجهة للعلم والمرافعات

نص قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م على عدم اعتبار الفعل التالي اعتداء على حق الطبع والتأليف "نشر خلاصة محاضرة"⁽³⁾، ألقيت علناً في صحيفة ما لم يكن نشر الخلاصة قد حظر بموجب إعلان خطي، أو مطبوع واضح وجلي علق قبل إلقاء المحاضرة، على مدخل البناية التي ألقيت المحاضرة فيها، أو في جوارها، وأبقي معلقاً كذلك أثناء إلقاءها، أو علق بجانب المحاضر إلا إذا كان ذلك أثناء استعمال البناية للعبادة، غير أنه ليس في هذه الفقرة ما يؤثر في أحكام الفقرة 1 فيما يتعلق بالتلخيص للصحافة"⁽⁴⁾.

ونصت المادة 19 من قانون حماية حق المؤلف الأردني، والمادة 19 من مشروع القانون الفلسطيني على أنه "يجوز للصحف وغيرها من وسائل الإعلام أن تنشر دون إذن المؤلف الخطب والمحاضرات والأحاديث، وغيرها من المصنفات المماثلة التي تلقى علناً أو توجه إلى العامة، ويشترط في جميع هذه الحالات أن يذكر المصنف، ومؤلفه على أن لمؤلف أي من هذه المصنفات نشره في مطبوع واحد أو بأية طريقة أو صورة أخرى يختارها".

تلاحظ الباحثة مما سبق أن قانون حق الطبع والتأليف سمح بنشر خلاصة محاضرة ما لم يتم حظر نشرها من قبل المؤلف باستثناء التلخيص للصحافة، ودون السماح بنشر كامل الخطب، وإذا كانت أثناء العبادة، وأن

(1) المرجع السابق، ص 81.

(2) الفقرة 6 من المادة 2 من قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م.

(3) تمثل لفظة المحاضرة: الخطاب أو الخطبة أو العظة) البند ج من الفقرة 1 من المادة 35 (التعاريف) من قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م.

(4) المادة 5/2 من قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م.

المشرع المصري سمح بنشر كامل الخطاب، وحصرتها في التي تلقى في الجلسات العلنية للمجالس النيابية، والهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعية العلمية والأدبية، والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية، والمرافعات القضائية، دون الإشارة إلى المصدر والمؤلف، وكان أكثر وضوحاً من غيره بتحديد مكان إلقاء الخطاب والمحاضرات والندوات والأحاديث حتى يتم نشرها، أما المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني فاشتراطا لنشر المحاضرات أن تلقى علناً، أو توجه للعامه وأن يتم ذكر المصنف والمؤلف.

وتؤيد الباحثة قانون حق الطبع والتأليف فيما نهجه باعتباره أكثر حماية للمؤلف.

سادساً: المجموعات التي آلت إلى الملك العام أو تنظم مصنفات عدة :

اقتصر قانون حق الطبع والتأليف على ذكر المصنفات التي تكون مباحة للاستعمال العام، فنص في المادة 3/2 من قانون 1911م على الاستعمال المباح للمصنف المحمي "صنع أو نشر صور زيتية، أو تصوير، أو صوراً منحوتة، أو صوراً شمسية عن تمثال، أو أثر فني إذا كان الأثر قائماً بصورة دائمة في محل عمومي، أو بناية عمومية أو صنع أو نشر صوراً زيتية، أو تصاوير أو نقوشاً أو صوراً شمسية عن أثر معماري ليست من قبيل التصاوير والخرائط الهندسية".

سابعاً: المصنفات التي انتهت مدة حمايتها :

المصنفات المشمولة بالحماية بعد انتهاء المدة القانونية التي حددها القانون لحمايتها تدخل في إطار الاستعمال المباح أو المشروع، بمعنى تدخل في إطار الملكية العامة، وانتهاء مدة الحماية يكون مقتصرًا على الحقوق المادية-الاستغلال المالي- دون الحقوق المعنوية (الأدبية) باعتبارها أبدية لا تتقادم ولا تقبل التنازل عنها⁽¹⁾.

وبالتالي فقد تضمنت التشريعات المقارنة تحديد مدة الحماية لحقوق المؤلف المادية على أعماله، وإن كانت اختلفت في مدة الحماية إلا أن أغلبها حددتها بمدة حياة المؤلف بالإضافة لمدة خمسين سنة بعد وفاة المؤلف، ولا سيما أنه هناك مصنفات نظراً لطبيعتها، فقد تم تحديد فترة حماية أقل من المدة السابقة، وهي تختلف باختلاف المؤلف، ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هذا التقييد الزمني يرد فقط على الحقوق المالية للمؤلف دون الحقوق المعنوية التي لا تنتهي بمرور زمن معين.

تضمن قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911م المادة 3 والمادة 11 مدة الحماية حيث حددها بمدة حياة المؤلف بالإضافة إلى خمسين سنة بعد وفاته، وهو ما سبق ذكره، وكذلك فقد اشتمل مشروع قانون حقوق المؤلف الفلسطيني على ذكر مدة الحماية في المواد (23/، 30، 31، 32).

(1) الحماية الجنائية لحقوق المؤلف، حنان طلعت أبو العز، ص 194. الملكية الفكرية أسئلة وأجوبة، نداء صبيح، ص 8.

ترى الباحثة أن مدة حماية حق المؤلف وبالأخص الحق المالي - فالحق الأدبي أبدي - مناسبة لذلك فهي طيلة حياة المؤلف يستفيد من العائد المادي من مصنفاته ويستفيد ورثته من بعده بما سيعود عليهم مادياً من مصنفات مورثهم لمدة خمسين سنة وهي مدة معقولة.

المبحث الثاني

الإيداع القانوني للمصنفات

بادئ ذي بدء لا بد لنا أن نسأل: هل الإيداع يؤثر على حقوق المبتكر فيجرد العمل الإبداعي من الحماية إن لم يكن مودعاً للعمل؟ أم أن هذا الإجراء مخصص لمصلحة المؤلف والحرص على نَسْب المصنفات إلى أصحابها الحقيقيين؟ لذا سأتناول في هذا المطلب تعريف الإيداع وأهميته وموقف قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م.

يمكن تعريف الإيداع بأنه: "إلزام صاحب الحق على المصنف بتسليم نسخة أو أكثر منه لإحدى السلطات الحكومية أو إحدى المكتبات الوطنية التي يحددها القانون أو النظام لهذا الغرض"⁽¹⁾

ومن خلال استقراء معظم تشريعات حقوق المؤلف العربية، يتبين لنا أنه يمكن تقسيم هذه التشريعات من حيث تعريفها لمعنى الإيداع إلى ثلاثة أصناف: تشريعات دول عربية نصت على الإيداع وعلجت أحكامه دون أن تورد تعريفاً محدداً له⁽²⁾، وأخرى نصت عليه وأوردت له تعريفاً مثل المشرع الأردني، وتشريعات لم تنص على الإيداع القانوني للمصنفات⁽³⁾.

ويعتبر الإيداع إجراءً شكلياً الهدف منه تمكين الدولة من مراقبة ما يُنشر أو يُذاع، ثم مساعدة أصحاب حقوق التأليف على حماية حقوقهم وإثباتها في حال الاعتداء على مصنفاتهم المودعة أو المسجلة، وفي حال عدم الامتثال لواجب الإيداع أو التسجيل تكتفي الدولة بفرض غرامة مالية مع الإلزام بالإيداع⁽⁴⁾، فالإيداع إجراء كاشف عن الحق وليس منشئاً له⁽⁵⁾، إنَّ النظرية العامة ترى أن حماية حقوق المؤلف تتبع تلقائياً من عملية الإيداع، ولا تكون مرهونة باستيفاء أية إجراءات، وترى الباحثة أن الإيداع وخروج المصنف إلى حيز الوجود هو الذي ينشئ حقاً قانونياً، لذا فحين يقال إن الإيداع شرط للحماية المدنية فكأننا نشرع لسرقة جهود الآخرين بحجة أن هذا المصنف لم يتم إيداعه، فالإيداع قرينة تدل على أن المودع هو المالك للمصنف

(1) الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، جمال هارون، ص 228. فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، بكر بن عبد الله أبو زيد، ص 132، الإيداع يعني وضع نسخة من المصنف في المكتبات العامة أو دور المحفوظات للاحتفاظ به كإثبات لنسبة المصنف إلى مؤلفه ونشر المصنف بالفعل أو تاريخ نشره. وعرف المسلمون نظام يشبه الإيداع سموه بالتخليد.

(2) الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، جمال هارون، ص 227، من هذه القوانين قانون الملكية الفكرية المصري الجديد.

(3) المرجع السابق، مثل القانون السوداني والقانون المغربي.

(4) حقوق الملكية الفكرية، عبد الرازق عمر شيخ نجيب، ص 224-225.

(5) الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، جمال هارون، ص 230.

وهي قرينة قانونية تقبل إثبات عكسها⁽¹⁾، يرى الدكتور جمال هارون أنه ما دام يجوز إثبات عكس ملكية المصنفات المودعة بكافة طرق الإثبات فإنه يجوز إثبات ملكية المصنفات غير المودعة بذات الطريقة⁽²⁾.

وترى الباحثة أن قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م تقدم على القانون الأردني وتفوق عليه، فقد ورد في المادة 15 الفقرة 6 نصه: "إذا تخلف الناشر عن العمل بأحكام هذه المادة فإنه يعاقب بعد إدانته بصورة جزئية بغرامة لا تتجاوز خمسة جنيهات، بالإضافة إلى ثمن الكتاب، وتدفع الغرامة إلى أمناء المكتبة أو إلى السلطة التي كان يجب إرسال النسخ إليها".

وقد نص قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م على الإيداع غير أنه لم يجعل الحماية مرهونة به، ويرى ميشيل برناك أن قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م تأثر باتفاقية بيرن في إلغاء شكلية الإيداع أو التسجيل، بمعنى أنه تأثر في المادة 5/2 التي لم تخضع هذا الحق لأي إجراء شكلي، لذا يتضح أن الإيداع ليس إجبارياً.

وعادة ما يكون الإيداع في المصنفات التي تقبل بطبيعتها أن تودع وهذا حسب المادة 7/15 التي ورد فيها ما نصه: "إيفاء للغاية المقصودة من هذه المادة تشمل لفظة "الكتاب" كل قسم أو جزء من كتاب وكل كراسة أو ورق كتابة أو قطعة ألحان موسيقية أو خارطة أو مصور أو جدول مطبوع على حدة. غير أنها لا تشمل الطبعة الثانية من الكتاب وما يليها من الطبعات إلا إذا اشتملت الطبقات المذكورة على إضافة أو تغيير في حروف الطبع أو في الخرائط أو في الطبع والمصورات الأخرى المتصلة بها".

وترى الباحثة من قراءة المادة 15 من القانون أنها لم تهتم بالشكلية، ولم ترتب جزاء على مخالفتها إلا الغرامة، وقد نصت المادة أن كل من ينشر كتاباً في المملكة المتحدة فعليه أن يرسل على نفقته الخاصة نسخة من الكتاب إلى أمناء المتحف البريطاني مقابل وصل مكتوب، وبتطبيق النص على فلسطين فعليه أن يرسل إلى الجهة المختصة في فلسطين بإيداع الكتب، وعلى من ينشر بعد مرور شهر من تاريخ ورود طلب خطي إليه وقبل انقضاء اثني عشر شهراً على نشر الكتاب وإن كان الطلب خلال شهر من تاريخه فعليه أن يودع نسخة من الكتاب في عدد من المكتبات كمكتبة ويلز، ويجب أن تكون النسخة المرسلة إلى المتحف البريطاني أو الجهة التي تقابلها في فلسطين من أجود النسخ ومجلدة ومخيطة وورقها من أفخم ما طبع ويرفق ملحق به كامل الخرائط والوثائق والمصورات منجزة وملونة⁽³⁾.

(1) المادة 76 من قانون الملكية الفكرية اللبناني: الإيداع قرينة قانونية على ملكية المودع للعمل أو التسجيل السمعي أو الأداء أو البرامج إلا أنه يمكن إثبات عكس هذه القرينة بجميع طرق الإثبات. قانون حماية الملكية الفكرية والأدبية رقم 75 الصادر في 1999/4/3.

(2) الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، جمال هارون، ص 230.

(3) المادة 15 من قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911م.

ويرى أستاذ رشاد توام أنه لا يوجد إيداع قانوني في الأراضي الفلسطينية لا بحكم القانون ولا عن طريق الممارسة أو التطوع⁽¹⁾.

وترى الباحثة أنه من السهل تعديل هذا النص من خلال المجلس التشريعي بالنص على مكتبة معينة مخولة بالإيداع، أو من الممكن تفعيله بدون المجلس التشريعي، فقد أصدر الرئيس ياسر عرفات قرار رقم 4 لسنة 1997م لإنشاء مكتبة وطنية.

وقد تركت المادة 21 من الاتفاقية العربية لحقوق المؤلف للتشريعات الوطنية تحديد نظام الإيداع القانوني للمصنفات، مع مراعاة النموذج الذي تقرره المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، مع العمل على إنشاء مراكز وطنية للضبط البيولوجرافي⁽²⁾.

المبحث الثالث

التدابير الوقائية للحد من السرقة العلمية

ينطوي مفهوم التدابير الوقائية على التحسيس وتعزيز الرقابة والتوعية، حيث تضطلع مختلف الهياكل العلمية، واللجان والمجالس العلمية، ومختلف الملتقيات العلمية المتخصصة ومجالس أخلاقيات المهنة، على مستوى المؤسسات والجامعات بالقيام بهذه التدابير وهناك العديد من التدابير الوقائية للحد من ظاهرة السرقة العلمية، ومن بينها ما يلي:

أ- التحسيس والتوعية:

تلتزم مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي باتخاذ تدابير وقائية ورقابية للحد من السرقة العلمية لاسيما⁽³⁾:

- تنظيم دورات تدريبية لفائدة الطلبة والأساتذة الباحثين حول قواعد التوثيق العلمي وكيفية تجنب السرقات العلمية.
- تنظيم ندوات وأيام دراسية لفائدة الطلبة والأساتذة الباحثين والباحثين الدائمين الذين يحضروا أطروحات الدكتوراه.
- إدراج مقياس أخلاقيات البحث العلمي والتوثيق في إطار التكوين العالي.

(1) الإيداع القانوني وفقاً لتشريعات حق المؤلف: نحو نظام فلسطيني خاص وفعال، رشاد توام- عزام طوافشة- سعاد جعوان، ص 135.

(2) نص المادة 21: إيداع المصنفات: أ. يحدد التشريع الوطني نظام الإيداع القانوني للمصنفات المحمية مراعيًا النموذج الذي تقرره المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. ب. تعمل الدول الأعضاء على إنشاء مراكز وطنية للضبط البيولوجرافي تكون مرجعاً لبيانات حقوق المؤلف وتسجيل المصنفات المحمية وما يرد عليها من تصرفات قانونية.

(3) المادة 4 من القرار رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الصادر من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. في الجزائر.

- إعداد أدلة إعلامية تدعيمية حول مناهج التوثيق وتجنب السرقات العلمية في البحث العلمي.
- إدراج عبارة التعهد بالالتزام بالنزاهة العلمية والتذكير بالإجراءات القانونية في حالة ثبوت السرقة العلمية في بطاقة الطالب طيلة مساره الجامعي.

ب- تنظيم تأطير التكوين في الدكتوراه ونشاطات البحث العلمي:

تتولى المجالس العلمية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي، مع مراعاتها قدرات التأطير في المؤسسة، تحديد عدد مذكرات الماجستير وأطروحات الدكتوراه التي يمكن الإشراف عليها من قبل كل أستاذ، وكذلك احترام تخصص كل أستاذ باحث أو باحث دائم عند تكليفهم بالإشراف على نشاطات وأعمال البحث، بالإضافة إلى اختيار موضوعات مذكرات التخرج ومذكرات الماجستير وأطروحات الدكتوراه استناداً إلى قاعدة بيانات بعناوين المذكرات والأطروحات وموضوعاتها التي تم تناولها من قبل؛ من أجل تجنب عمليات النقل من الإنترنت والسرقة العلمية، كما يجب تشكيل لجان المناقشة والخبرة العلمية من بين الكفاءات المختصة في ميدانها العلمي، لاسيما بالنسبة للأطروحات، والمذكرات، ومشاريع البحث، والمقالات، وفي هذا الإطار يلزم الطالب والأستاذ الباحث والباحث الدائم تقديم تقرير سنوي عن حالة تقدم أعمال البحث أمام الهيئات العلمية من أجل المتابعة والتقييم⁽¹⁾.

ج- تدابير الرقابة :

كما تلزم مؤسسات التعليم العالي ومؤسسات البحث باتخاذ التدابير الرقابية الآتية :

- تأسيس على مستوى موقع كل مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي قاعدة بيانات لكل الأعمال المنجزة من قبل الطلبة والأساتذة الباحثين والباحثين الدائمين، يشمل: مذكرات التخرج، ومذكرات الماجستير، وأطروحات الدكتوراه، ومشاريع البحث والمطبوعات البيداغوجية.
- تأسيس لدى كل مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي قاعدة رقمية ببيانات لأسماء الأساتذة الباحثين، والأساتذة الباحثين الاستثنائيين الجامعيين، والباحثين الدائمين، حسب تخصصهم وسيرهم الذاتية ومجالات اهتماماتهم العلمية والبحثية للاستعانة بخبرتهم من أجل تقييم أعمال وأنشطة البحث العلمي.
- شراء حقوق استعمال مبرمجات معلوماتية كاشفة للسرقات العلمية بالعربية وباللغات الأجنبية، أو استعمال البرمجيات المجانية المتوفرة في شبكة الانترنت وغيرها من البرمجيات المتوفرة، أو إنشاء مبرمج معلوماتي فلسطيني كاشف للسرقات العلمية.

(1) المادة 5 من القرار رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الصادر من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. في الجزائر.

- يتعين على كل طالب أو أستاذ باحث أو أستاذ باحث استثنائي جامعي أو باحث دائم عند تسجيل موضوع بحث أو مذكرة أو أطروحة إمضاء التزام بالنزاهة العلمية يودع لدى المصالح الإدارية المختصة لوحدة التعليم والبحث⁽¹⁾.

د- مجلس آداب وأخلاقيات المهنة الجامعية :

يحدث لدى كل مؤسسات التعليم العالي ومؤسسات البحث مجلس للآداب وأخلاقيات المهنة الجامعية للمؤسسة، ويكلف بدراسة كل إخطار بالسرقة العلمية، وإجراء التحقيقات والتحريات اللازمة بشأنها، وتقدير درجة عدم الالتزام بقواعد الأخلاقيات المهنية والنزاهة العلمية لكل حالة تعرض عليه، وكذا تقدير درجة الضرر اللاحق بسمعة المؤسسة وهيئاتها العلمية، وإحالة كل حالة تتعلق بالسرقة العلمية على الجهات الإدارية المختصة في المؤسسة، مشفوعة بتقرير مفصل يبين حالات الانتحال والسرقة العلمية في العمل موضوع الإحالة، كما يقوم المجلس بإعداد حصيلة سنوية عن نشاطاته ويرسلها مرفقة بتوصياته إلى مسؤول المؤسسة.

هـ- برامج الكشف عن السرقة العلمية :

توجد العديد من البرامج العلمية ذات الصيت العلمي التي أعدت خصيصاً لأجل الكشف عن أهم الانتهاكات غير الأخلاقية للبحث العلمي، وكذلك تعتبر وسيلة فعالة في التصدي لظاهرة السرقة العلمية في الأوساط البحثية،⁽²⁾ وقبل استعراض هذه البرامج سنتطرق سريعاً للأمانة العلمية:

الأمانة العلمية :

يشير مصطلح الأمانة العلمية إلى المسؤولية التي توجب على الباحث ألا يقوم بنسخ ما قاله الآخرون دون إعطاء كل ذي حق حقه، وعدم الأمانة العلمية هي أن يقوم شخص بنقل أو نسب تعب أو مجهود الآخرين دون الإشارة إليهم⁽³⁾. ويندرج تحت مفهوم الأمانة العلمية عدة مسالك ومحاذير، ويعتبر الإقدام عليها مكوناً لعنصر الانتهاك.

وانتهاك الأمانة العلمية أو سوء السلوك العلمي تتمثل أساساً ضمن ثلاثة تصنيفات رئيسية، وهي⁽⁴⁾ :

- الغش : ويقصد به المساس بسلامة البيانات ودقتها من تلفيق وتزييف.
- الخداع والتضليل : ويشمل تعمد انتهاك قوانين التحليل المنهجي السليم ومعالجة البيانات والترجمات غير الدقيقة.

(1) المادة 6 من القرار رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الصادر من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. في الجزائر.

(2) أدوات اكتشاف الانتحال العلمي، للاطلاع أكثر انظر الرابط الإلكتروني: www.new-educ.com

(3) البحث اللاهوتي: كيف تكتب بحثاً أكاديمياً، وجيه يوسف، ص 45.

(4) الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، ص 2-3.

- انتهاك حقوق الملكية الفكرية : بمعنى انتهاك حق المؤلف تحديداً، ويعتبر الانتحال أبرز صورها.
- برنامج **check for plagiairism** : يعد موقعاً مهماً في الكشف عن الانتحال العلمي، حيث يمكنك من رفع المستند المراد التحقق من أصالته وتزويد الموقع ببياناتك وبريدك الإلكتروني، ليتم إرسال تقرير الفحص إلى بريدك مجرد الانتهاء من المهمة، ويتضمن التقرير المجاني النسبة المئوية لأصالة المستند، وللحصول على التقرير المفصل يلزمك الاشتراك في الموقع.
- برنامج **plagiarismanet** : يعد من أفضل أدوات البلاجياريزم المجربة، حيث يمكن التحقق من أصالة المحتوى لما يناهز 190 لغة، بما فيها اللغة العربية، وذلك عن طريق لصق النص في مربع التحقق، أو رفع الملف أو كتابة رابطته في المكان المخصص لذلك.
- برنامج **plagiarismadetect** : يعد أداة مجانية للتحقق من الانتحال العلمي، وقد أثبتت فعاليتها خلال اختبارها وأعطت نتائج ممتازة، وهذه الأداة على الرغم من بطئها في إظهار تقرير الانتحال، فإنها في المقابل تتميز بالدقة، كما يمكنها التحقق من مدى أصالة محتوى الموقع الإلكتروني.
- برنامج **plagtraker** : برنامج يتميز بتمكينه النسخة المجانية منه من التحقق من نصوص لا تتعدى 5000 كلمة، وتمنح النسخة المجانية إمكانية التحقق من نصوص لا تتجاوز 1000 كلمة عن طريق لصق النص مباشرة في المكان المخصص لذلك، أو كذلك عبر رفع الملف المتضمن للنص.
- برنامج **plagscan** : أداة من أدوات التحقق من أصالة البحوث، وعند التسجيل بها تتوصل بها عشرون وحدة مجانية تمكن كل وحدة منها من التحقق من نص يمكن أن يصل عدد كلماته إلى 2000 كلمة.

ترى الباحثة أن الحرص على الوقاية من الوقوع في الخطأ أسلم بكثير من معاقبة فاعله بعد وقوعه، فالتدابير الوقائية ما ذكر منها وما لم يذكر ستساهم بشكل أو بآخر في الحد من السرقة العلمية حتى ولو كان بشكل نسبي، ولا يخفى على أحد أن بظهور برامج كشف السرقة العلمية ساعدت بشكل كبير في الكشف عن سرقات علمية جعلت أصحابها وغيرهم يفكرون كثيراً قبل أن ينسبوا عمل غيرهم لأنفسهم.

المبحث الرابع

التدابير العقابية والمسؤولية الجزائية المترتبة على السرقة العلمية

لما كانت النصوص القانونية لا يمكن أن يظهر أثرها إلا من خلال وضع وسائل وإجراءات وطرق تكفل تفعيل النصوص وحماية الحقوق، لهذا فقد تضمن القانون نصوصاً تحدد وسائل حماية حقوق المؤلفين⁽¹⁾ على مصنفاتهم ومنع أي اعتداء عليها، فتقرر مسؤولية المعتدي على أي حق من هذه الحقوق.⁽²⁾

(1) حقوق المؤلف في التشريع الفلسطيني، عامر القديري، ص 85.

(2) الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف "دراسة مقارنة"، عبد الكريم محمد الطير، ص 34.

ومن خلال البحث في نصوص قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية الفلسطيني نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف المسؤولية الجزائية، ولم يتفق فقهاء القانون على تعريف المسؤولية الجزائية من حيث الشكل بحيث يطلق عليها البعض المسؤولية الجزائية والبعض الآخر المسؤولية الجنائية، بينما من حيث الموضوع كانت آرائهم تدور حول تعريف واحد مع اختلاف في الألفاظ والمعاني، ومن هذه التعريفات: "قدرة الإنسان العاقل الواعي لتحمل الجزاء العقابي الذي نص عليه القانون نتيجة إقراره جريمة منصوص عليها".⁽¹⁾

يتمتع حق المؤلف بالحماية الجزائية ذلك أن تقدير عقوبات جزائية على كل من يتعدى على حقوق المؤلف من شأنه أن يكفل حماية فعالة لهذه الحقوق، إذ أن ما تشتمل عليه العقوبة الجزائية من قوة ردع وزجر يجعلها أقوى في تأثيرها من العقوبة المدنية التي تقوم على التعويض المالي، فالمتعدي يمكن أن يتهاون في العدول عن الاعتداء إذا ما علم مقدماً أن النتيجة ستكون دفع مبلغ من المال للمؤلف، في حين يمكن للمؤلف في حالة العقوبة الجزائية عن طريق الدعوى الجزائية أن يضع حداً سريعاً للاعتداءات التي قد تشوب المصنف وأن يقيم عائقاً كبيراً أمام محاولات التعدي وهذا كله إذا كانت العقوبة رادعة فعلاً، ولكن قد يثور التساؤل إذا ما كان القانون المطبق في فلسطين المتعلق بحق المؤلف يحمل الصفة الرادعة أم أن هناك نقص يشوبه يكاد يكون هو والعدم سواء؛ لضعف تأثيره ومحصلة في التخفيف من الجرائم الواقعة على المؤلفات من سرقة علمية وغيرها.

وبالرجوع إلى التشريع الفلسطيني لا نجد قانون فلسطيني خاص للملكية الفكرية بالشق الأدبي والذي يسمى حق المؤلف والحقوق المجاورة، إلا أن قواعد حماية حق المؤلف في فلسطين - في الضفة الغربية وقطاع غزة - تخضع لقانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911 ولقانون حقوق الطبع والتأليف رقم 16 لسنة 1924 الذي صدر عن المندوب السامي البريطاني وصادقت عليه حكومة عموم فلسطين.⁽²⁾

وقد نصت القوانين السارية في فلسطين على صور الاعتداء على حق المؤلف، ف جاء في الفقرة 1 و2 من المادة 11⁽³⁾ على ما يلي: "كل شخص قام عن علم منه بعمل من الأعمال التالية: أ- أعد للبيع أو الإيجار نسخة يقع بسببها اعتداء على أثر لايزال حق طبعه وتأليفه قائماً، أو ب- باع أو أجر نسخة كهذه أو عرضها بطريقة التجارة أو قدمه للبيع أو للإيجار، أو ج- وزع نسخة كهذه بقصد المتاجرة بها، أو على وجه يؤثر تأثيراً محضاً بحق صاحب الطبع والتأليف، أو د- عرض نسخة كهذه بقصد المتاجرة، أو ه- استورد إلى المملكة المتحدة نسخة كهذه بقصد البيع أو الإيجار، يعتبر أنه ارتكب جرماً خلافاً لأحكام هذا القانون ويعاقب...2- كل من صنع عن علم منه، أو أحرز لوحة فنية صنع نسخ يقع بسببها اعتداء على أثر لا

(1) المسؤولية الجزائية للصيدلاني في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، محمود المبحوح، ص 35.

(2) مركز المعلومات الوطني الفلسطيني- وفا <http://www.wafainfo.ps>

(3) قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911.

يزال حق طبعه وتأليفه قائماً، أو تسبب عن علم منه وتأميناً لمنفعته الخاصة بحصول ذلك دون رضا وموافقة صاحب الحق المذكور جرماً ويعاقب لدى إدانته بصورة جزئية بغرامة...".

وتناولت المادة ⁽¹⁾3 المعدلة (للمادة السابقة) كذلك ذكر لأنواع الافعال التي تشكل جرائم، وتستوجب العقاب، فنصت على "1- كل من ارتكب إحدى الجرائم التالية عن علم منه، أي: أ- أعد للبيع أو للتأجير نسخة مقلدة من المؤلف لا تزال حقوق طبعه محفوظة. ب- باع أو أجر نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا أو عرضها، أو قدمها للبيع، أو الأجرة بقصد التجارة. ج- وزع نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا بقصد التجارة، أو لدى يضر بحقوق صاحب الطبع والتأليف. د- عرض علناً بقصد التجارة نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا. ه- استورد إلى فلسطين نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا للبيع أو الأجرة. يعتبر أنه ارتكب جرماً ويعاقب بغرامة...2- كل من صنع أو أحرز، عن علم منه لوحة بقصد تقليد نسخ المؤلف لا تزال حقوق طبعه محفوظة، أو تسبب في ذلك عن علم منه ولمنفعته الخاصة بدون موافقة صاحب حق الطبع والتأليف يعتبر أنه ارتكب جرماً ويعاقب بغرامة...".

وبرجوع الباحثة إلى القوانين السارية في فلسطين نجدها قد نصت على صور الاعتداء على حق المؤلف في قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911، وقانون حق الطبع والتأليف لسنة 1924، ومن صور هذا الاعتداء: جريمة تقليد المصنف، وجريمة استغلال العمل أو البرنامج المقلد تجارياً، وجريمة صنع أو احراز أدوات بقصد تقليد نسخ المؤلف.

وما يهمنا في هذا الأمر هو أين السرقة العلمية من هذه الجرائم هل تم إغفالها أم أنها ذكرت ضمناً ضمن صور الاعتداء الغير مباشر أم انها ذكرت في النص ولكنها تحمل مصطلحاً آخر؟

وبرجوع الباحثة إلى القانون المطبق في فلسطين لم تجد تعريفاً قانونياً لجريمة التقليد،⁽²⁾ ولكن بالرجوع لتعاريف الفقهاء فقد عرّف البعض جريمة التقليد على أنها "كل اعتداء على الملكية الأدبية والمالية للمؤلف تقع داخل إقليم الدولة"⁽³⁾، ومنهم من عرّفها "كل اعتداء مباشر أو غير مباشر على حقوق التأليف في مصنّفات الغير واجبة الحماية وتشمل الاعتداء على حقوق المؤلف الأدبية والمالية..."⁽⁴⁾، كما

(1) قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1924.

(2) بالرغم من أن القوانين المقارنة المتعلقة بحقوق المؤلف لم تعرف جريمة التقليد إلا أنه وبالرجوع إلى قانون العقوبات الساري في غزة نجد أنه عرف جريمة تقليد البنكنوت بأنه "كل من صنع ورقة يدل ظاهرها على أنها ورقة بنكنوت أو قسم من ورقة بنكنوت أو ورقة تماثل بنكنوت على أي وجه من الوجوه أو قريبة الشبه بها لدرجة تحمل الناس على الانخداع أو تسبب في صنعها أو استعمالها لأي غاية من غايات تداولها يعتبر أنه ارتكب جنحة ويعاقب بغرامة قدرها ستة جنهات على كل ورقة كهذه وللمحكمة أن تأمر بمصادرة الورقة التي ارتكب الجرم بشأنها وجميع نسخها وجميع ما قد يكون في حيازة الفاعل من اللوحات وقوالب الطبع والأختام وخلافها من الأوراق التي استعملت في طبع أو إعادة تلك الورقة أو التي يمكن استعمالها لتلك الغاية. المادة 350 من قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م الساري في قطاع غزة.

(3) حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لسنة 2012، الكتاب الأول حقوق المؤلف، مأمون عبد الرشيد ومحمد سامي عبد الصادق، ص 487.

(4) الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية شرح مفصل للأشياء والأموال، عبد الرزاق السنهوري، ص 434.

عرفها البعض على أنها "نقل شيء عن الأصل بصورة احتيالية وتدليسية قصد التحريف والغش، ونسبته لغير صاحبه الأصلي لإيقاع الغير في الخطأ والخلط بين الشئيين الأصلي والمقلد، بمعنى هو الاستنساخ الكلي أو الجزئي لمصنف أو منتج محمي بغرض التجارة"⁽¹⁾، في حين أن الفقه الفرنسي قد عرف جنحة تقليد المصنف على أنها "عبارة عن عملية نقل لمصنف أو أداء لم يسقط في الملك العام من غير إذن صاحبه، وتقوم هذه الجريمة بتوافر عنصرين يتمثل الأول في وجود سرقة أدبية كلية أو جزئية للمصنف أو الأداء، ويتمثل الثاني في وقوع ضرر"⁽²⁾.

ونلاحظ تعريف السرقة العلمية كما سبق تعريفه في الفصل الثاني ومن هذه التعريفات: "أحد أبرز صور الإخلال بالأمانة العلمية وتمثل الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية وحق المؤلف تحديداً وتتم بالاعتباس أو الاجتزاء غير المشروع وسواء كانت بصورته الجزئية أو ما يعرف بالنقل الكلي"⁽³⁾.

وبمقارنة الباحثة لتعريف السرقة العلمية وتعريف جريمة التقليد تجد أن مضمونها قريب جداً، فالبعض يجعل السرقة العلمية إحدى صور جريمة التقليد في حين أن البعض الآخر عرفوا جريمة التقليد بنفس مضمون مفهوم السرقة العلمية بحيث يفهم من ذلك أن المفهومين عملتان لوجه واحد والاختلاف فقط في اسم المصطلح، لكنهما في النهاية يصبان في منبع واحد وهو عدم نسبة المصنف إلى صاحبه.

وتميل الباحثة إلى أن السرقة العلمية وجريمة التقليد وجهان لعملة واحدة فإذا قال جريمة التقليد أو نسخة مقلدة لمصنف فإنه يُراد بها جريمة السرقة العلمية؛ كون أنه من شروط المصنف الأصلي أن يتصنف بالأصالة والابتكار حتى ولو كان الابتكار بسيط لكنه في النهاية لا ينسى نسبة العمل أو القول لصاحبه فيكون قد أحسن صنعاً واستوفي معياره، أما عند القول بأن شيئاً ما مقلد (مصنف) فإنه ينصرف إلى كونه خالياً من الابتكار حتى أنه في كثير من الأحيان يتم نسبة العمل للمقلد لا لصاحبه الأصلي.

وبمراجعة النصوص التشريعية في قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911 و 1924 نجد أنه قد جرم بعض الأفعال حماية للمؤلف وأصحاب حق التأليف، فنص في قانون 1924 على "1- كل من ارتكب إحدى الجرائم التالية عن علم منه، أي: أ- أعد للبيع أو للتأجير نسخة مقلدة من المؤلف لا تزال حقوق طبعه محفوظة... يعتبر أنه ارتكب جرماً..."⁽⁴⁾، وكذلك تحدث عن ذات الصورة قانون 1911 فنص على " كل شخص قام عن علم منه بعمل من الأعمال التالية: أ- أعد للبيع أو الإيجار نسخة يقع بسببها اعتداء على أثر لا يزال حق طبعه وتأليفه قائماً... يعتبر أنه ارتكب جرماً..."⁽⁵⁾.

(1) الاعتداء على حق الملكية الفكرية "التقليد والقرصنة"، نادية زواني، ص 37.

(2) الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، عبد الرحمن خلفي، ص 140.

(3) الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، رشاد توام، بلا صفحة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <https://repository.naja.edu> تاريخ الزيارة: 2021/11/15م.

(4) قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1924 البند أ من الفقرة 1 من المادة 3.

(5) قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911 البند أ من الفقرة 1 من المادة 11.

يفهم من هذه النصوص عند ذكرها لكلمة "مقلدة"، "لايزال حق طبعه وتأليفه قائماً"، "لاتزال حقوق طبعه محفوظة"، أي أن هناك حق للمؤلف على هذه المؤلفات ولكنه تم الاعتداء عليها وسرقتها من قبل شخص آخر، وهذا من وجهة نظر الباحثة ما يؤكد على أنه عند القول بنسخ مقلدة فإنه يراد بها بأنها نسخ مسروقة علمياً، وعليه فإن السرقة العلمية وجريمة تقليد المصنفات وجهان لعملة واحدة.

وقبل الخوض في العقوبات الواقعة على مرتكب الاعتداء بحق المؤلف لابد من التنويه إلى أن قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911 في المادة العاشرة منه⁽¹⁾ كان قد قيّد النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية وذلك عن طريق تقديم ادعاء بالحق المدني (رفع قضية) خلال ثلاث سنوات من وقوع الاعتداء وليس من تاريخ اكتشافه أو علم المجني عليه، وهذا الأمر يعد استثناءً على القواعد العامة المنصوص عليها في المادة الخامسة⁽²⁾ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001، باعتبار أن القانون الخاص يقيد القانون العام.

كما لابد من الإشارة إلى أن قانون حقوق الطبع والتأليف قد وضّح المحكمة المختصة بمحاكمة المتهمين بالاعتداء على حقوق المؤلف وهي محكمة الصلح، فقد نص على أنه "تقام الدعوى بمقتضى هذه المادة بدايةً في محكمة الصلح"⁽³⁾.

ويتضح للباحثة من خلال هذا النص على أن الاختصاص نوعي لمحكمة الصلح للنظر في جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف.

وفي سبيل تحقيق حماية قانونية فعالة وراذعة لكل من تسول له نفسه انتهاك حقوق المبتكر في نتاج ذهنه الإبداعي، كان لا بد من إقرار جملة من العقوبات المنظمة قانونياً لتطبيقها على كل من يُدان بأي انتهاك لحقوق المؤلف. وقد نصت التشريعات على نوعين من العقوبات الأصلية التي تظم الحبس، أو الغرامة، والعقوبات التكميلية وتضم المصادرة ونشر الحكم القضائي والإغلاق وغيرها، كما أوردت أحكام تتعلق بحالة العود⁽⁴⁾، ويكون ذلك على النحو الآتي:

(1) نصت المادة 10 من قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1911م: "تحديد مدة رفع الدعوى، لا يجوز رفع قضية بشأن الاعتداء على حق الطبع والتأليف بعد مرور ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الاعتداء".

(2) نصت المادة 5 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001م: "في جميع الأحوال التي يشترط فيها القانون لإقامة الدعوى الجزائية وجود شكوى أو ادعاء بالحق المدني من المجني عليه أو غيره لا تقبل الشكوى بعد مرور ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه وبمركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(3) قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1924 المادة 3 الفقرة 4.

(4) حق المؤلف الماهية والحماية الجزائية، رشاد توام، ص 83.

المطلب الأول

العقوبات الأصلية

فالعقوبة الأصلية هي الجزاء الأساسي للجريمة ولا توقع إلا إذا نطق بها القاضي، ويجوز أن توقع وحدها، فهي تستمد وضعها من أنها تكون العقاب الأصلي أو الأساسي المباشر للجريمة، وتوقع منفردة بحيث لا يكون القضاء بها معلقاً على الحكم بعقوبة أخرى.⁽¹⁾

وتشمل العقوبات الأصلية المفروضة كجزاء على المعتدي على الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف على عقوبة سالبة للحرية⁽²⁾ (الحبس) وعقوبة مالية⁽³⁾ (الغرامة)، فقد نصت المادة (3) من قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1924 على أنه: "كل من ارتكب إحدى الجرائم التالية عن علم منه وهي: أ. أعد للبيع أو التاجير نسخة مقلدة من مؤلف لا تزال حقوق طبعه محفوظة. ب. باع أو أجر نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا أو عرضها أو قدمها للبيع أو الأجرة بقصد التجارة. ج. وزع نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا بقصد التجارة أو لدى يضر بحقوق صاحب الطبع والتأليف. د. أو عرض علناً بقصد التجارة نسخاً مقلدة من مؤلف كهذا. هـ. استورد إلى فلسطين نسخة مقلدة من مؤلف كهذا للبيع أو الأجرة. يعد ارتكب جرماً يعاقب بغرامة مقدارها (250 مليماً) مئتان وخمسون مليماً عن كل نسخة جرى التصرف بها - خلافاً لهذه المادة - على ألا تتجاوز الغرامة (50) خمسين جنيهاً في المعاملة الواحدة وفي حال العود في الجريمة وارتكابها للمرة الثانية أو ما يليها يعاقب إما بهذه الغرامة أو الحبس لمدة شهرين".

ويلاحظ من ذلك أن العقوبة تختلف في حالة ارتكاب الجريمة لأول مرة عنها في حالة العود وذلك على النحو الآتي :

أولاً: العقوبة في حالة ارتكاب الجريمة لأول مرة :

فكما نصت المادة 3 من قانون حقوق الطبع والتأليف لسنة 1924 على العقوبات الأصلية التي يجب فرضها على كل من ينتهك حقوق المؤلف في غير حالة العود والتي تتمثل في الغرامة فقط دون الحبس ومقدار الغرامة ما بين مئتان وخمسين مليماً إلى خمسين جنيهاً فلسطينياً (250 مليماً - 50 جنيهاً فلسطينياً).

وتنتقد الباحثة ما ذهب إليه قانون حق الطبع والتأليف في حصر العقوبة في حال ارتكاب الجريمة لأول مرة في عقوبة الغرامة؛ ذلك أنه من وجهة نظر الباحثة أنها عقوبة غير كافية وغير رادعة لهذه الجريمة، فإن علم

(1) الوافي في التعليق على قانون العقوبات القسم العام في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام النقض، المستشار عبد الحكم فودة، ص 129.

(2) تقسم العقوبات الماسة بالحرية إلى عقوبات مانعة للحرية (سالبة للحرية) وهي تحرم المحكوم عليه من حريته اطلاقاً بإلزامه بالإقامة في مكان معين والخضوع فيه لبرنامج إلزامي، وعقوبات مقيدة للحرية فتقتصر على فرض قيود على حرية المحكوم عليه مثل حظر انتقاله إلى أماكن محددة أو إلزامه بالإقامة في منطقة معينة. للمزيد راجع محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، ص 703-729.

(3) المادة 22 من قانون العقوبات الأردني: "إلزام المدعي المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقرر في الحكم، مائتي دينار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

المعتدي أن فعله المجرّم سيعاقب عليه بالغرامة فقط دون احتمالية الحبس فسيكون هناك استخفاف واضح جداً بحق منظومة العدالة، التي من المفترض أن يكون شغلها الشاغل حماية الحقوق بأنجع الوسائل وأكثرها حزمًا، خصوصاً أن المعتدي هنا لا يسرق مالاً مادياً إنما يعتدي على نتاج العقل والذهن وخلاصة تعب المؤلف، فإذا كان القانون متخاذلاً في وضع عقوبة رادعة لمن يعتدي على نتاجه الذهني فستكون العواقب وخيمة ليس على المؤلف فحسب إنما على المجتمع الذي سيفتقر تبعاً لذلك أهمّ البحوث والدراسات العلمية وكل ما هو مفيد ومهم في خدمة ورقي المجتمع، فكيف لكاتب أو مؤلف يعرف مسبقاً أن من يعتدي على جهده سيعاقب بالغرامة!! هل من المتصور أو المنتظر منه أن يقدم شيئاً لهذا المجتمع! وعلى النقيض من ذلك إذا وجدت عقوبة مناسبة للاعتداء كان هذا أكثر أماناً لحماية المؤلفات من السرقة العلمية وحماية حق المؤلف، حينها سيعلم كل من يفكر مجرد تفكير بالاعتداء على جهد المؤلف الذهني وسرقته دون وجه حق أنه لن يفلت بفعلته هذه بمجرد إلزامه بدفع غرامة تافهة، بالإضافة إلى أن مقدار الغرامة جداً منخفض وكان من باب أولى عند النص على عقوبة الغرامة فقط على الأقل أن تكون الغرامة عالية نوعاً ما؛ لردع كل من تسول له نفسه بالاعتداء على حق المؤلف، خصوصاً أن المعتدي في غالب الأحيان ما يلجأ إلى السرقة العلمية من أجل كسب المال وتحصيل الربح، كما ويلاحظ أن للقاضي السلطة التقديرية في تحديد مبلغ الغرامة بين حد أدنى وحد أقصى.

بالإضافة إلى ذلك فقد نص⁽¹⁾ مشروع حقوق المؤلف الفلسطيني على عقوبتي الحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين التي يجب إيقاعها على كل من أدين بانتهاك حقوق المؤلف في غير حالة العود، حيث حدد عقوبة الحبس بما لا يقل عن ثلاثة أشهر وألا يزيد عن ثلاث سنوات، أما الغرامة ما بين (1000 - 6000) ألف إلى ستة آلاف دينار أردني.

ونلاحظ أن مشروع قانون حقوق المؤلف الفلسطيني قد نص على عقوبتي الحبس والغرامة أو بإحدهما في حالة الاعتداء على حق من حقوق المؤلف لأول مرة، كما منحت القاضي السلطة التقديرية في فرض إحدى العقوبتين أو كلاهما، وتميل الباحثة إلى ما ذهب إليه المشروع كونه أكثر ردةً وحمايةً لحقوق المؤلف من أي اعتداء واقع عليه ومن ضمنها السرقة العلمية، حتى أنه أكثر ردةً وملائمةً من العقوبة المفروضة في قانون حقوق الطبع والتأليف في حالة العود.

(1) يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن ستة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين: 1- كل من باشر بغير سند شرعي أحد الحقوق المنصوص عليها في المواد (8,9,10,23) من هذا القانون. 2- كل من عرض للبيع أو التداول أو للإيجار مصنفاً مقلداً أو نسخاً =منه أو إذاعة على الجمهور بأي طريقة كانت أو استخدمه لتحقيق أي مصلحة مادية أو أدخله إلى المملكة أو إخرجه منها مع علمه أو إذا توافرت الأسباب والقرائن الكافية للعلم بأنه مقلد" المادة 51 فقرة أ.

ثانياً: العقوبة في حالة العود⁽¹⁾:

نظراً للخطورة الإجرامية التي يتمتع بها الجاني وتكراره لجريمته (العود) فلا بد من تشديد العقوبة؛ كون أن الجاني لم يرتدع من المرة الأولى ومن العقوبة التي فُرضت عليه فعاد وارتكب نفس الجريمة، وقد وضحنا سابقاً في نص المادة 3 من قانون حق الطبع والتأليف أنه وفي حالة العود فتتمثل العقوبة في الغرامة (250-50 جنية فلسطيني) أو بالحبس لمدة شهرين.

وترى الباحثة أن هذا القانون لم يكن على صواب فيما ذهب إليه، حيث وعلى الرغم من أنه على دراية بما يحمله العود من خطورة الجاني الإجرامية إلا أنه أبقى مقدار الغرامة على ما هو عليه بالإضافة إلى إمكانية وجود عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس لمدة شهرين، ويؤخذ على هذه المدة أنها قصيرة وغير رادعة البتة في مثل هذه الجرائم وفي حالة العود تحديداً، وما زاد الأمر سوءاً أن هاتين العقوبتين (الغرامة والحبس) تنفذ بصورة منفردة وليس مجتمعات، حيث منح القاضي السلطة التقديرية في الحكم بإحدى هاتين العقوبتين دون إمكانية الجمع بينهما، فمن وجهة نظر الباحثة أنه من غير المقبول منطقياً توقيع هكذا عقوبات في جرائم الاعتداء على حق المؤلف وجريمة السرقة العلمية تحديداً في حالة ارتكابها لأول مرة، فما بالك في حالة العود!!

وتميل الباحثة وبشدة إلى ما ذهب إليه مشروع قانون حقوق المؤلف الفلسطيني حيث كان أكثر تشديداً للعقوبة في حالة العود فحدد له عقوبة الحبس مجدها الأقصى ثلاث سنوات، وعقوبة الغرامة مجدها الأقصى ستة آلاف دينار أردني (6000 دينار أردني).

كما وتلاحظ الباحثة أن مشروع القانون قد حدد بالضبط العقوبة المفروضة دون أن يكون هناك سلطة تقديرية للقاضي فقد فرض عقوبة الحبس والغرامة معاً، كما أنه لم يترك الغرامة أو الحبس بين حدين أدنى وأقصى بل تشدد في العقوبة ليجعلها فقط الحد الأقصى من الغرامة ومقدارها ستة آلاف دينار أردني (6000 دينار أردني) وعقوبة الحبس مجدها الأقصى وهي ثلاث سنوات لتصبح في النهاية العقوبة في حالة العود (6000 دينار أردني وحبس 3 سنوات).

المطلب الثاني

العقوبات الثانوية (التكميلية)

إضافةً للعقوبات الأصلية المفروض كجزاء على المعتدي على الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف (الحبس والغرامة) يوجد عقوبات ثانوية غير أصلية تكميلية، والتي تكون الغاية منها إكمال الهدف من إقرار العقوبة

(1) يقصد بالعود: العودة إلى ارتكاب الجريمة من شخص سبق أن صدر ضده حكم بات نهائي بالإدانة في جريمة من ذات النوع.

الجزائية، وتمكين الشخص المتضرر من الحصول على تعويض عادل وكاف، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء⁽¹⁾، وحرمانه من بعض الحقوق المدنية.

ومن هذه العقوبات غير الأصلية العقوبات التكميلية والتي لا يمكن تطبيقها إلا إذا حكم بها القاضي صراحةً في حكمه، ولا يمكن أن يوقعها بمفردها ولكن بالإضافة إلى العقوبة الأصلية، وهي إما أن تكون وجوبية يجب على القاضي النطق بها، وإذا لم ينطق بها يكون حكمه قاصراً معيباً، وإما أن تكون جوازية يكون للقاضي سلطة تقديرية للنطق بها وإذا لم ينطق بها كان حكمه صحيحاً، ويفسر ذلك أنه قرر ملائمة إعفاء المدعى عليه منها.⁽²⁾

ومن أهم هذه العقوبات التكميلية وأكثرها شيوعاً: المصادرة، ونشر الحكم القضائي، والغلق. أولاً: مصادرة⁽³⁾ النسخ أو إتلافها أو تسليمها للمؤلف المعتدى عليه :

إن طبيعة المصادرة كعقوبة تكميلية تجعل من غير الجائز الحكم بها دون عقوبة أصلية فهي عقوبة تكميلية إذا نص عليها القانون، فلا يمكن أن تكون أصلية أو تبعية، فبالإضافة إلى كونها عقوبة تكميلية يمكن أن تكون تدبيراً احترازياً وقد تكون تعويضاً مدنياً.⁽⁴⁾

وقد نصت المادة 11 بند (3) من قانون 1911 على أنه: "يجوز للمحكمة أن تأمر بإتلاف نسخ الأثر كافة أو اللوحات الموجودة في حيازة المجرم المذكور إذا تبين وقوع اعتداء بسببها أو أن تأمر بتسليمها لصاحب حق الطبع والتأليف أو تتصرف بها بخلاف ذلك وفق ما تستنسب".

كما نصت المادة (3) الفقرة (3) من قانون 1924 على أنه "يجوز للمحكمة التي تتخذ الإجراءات أمامها سواء أدين المتهم المزعوم أم لم يُدّن أن تأمر بإتلاف جميع النسخ واللوحات الموجودة في حوزته والتي يترأى لها أنها مقلدة أو بتسليمها لصاحب حق الطبع والتأليف أو التصرف بها على الوجه الذي تستصوبه".

يتضح للباحثة من خلال نصوص القانونين السابقين أن للقاضي السلطة الجوازية في مصادرة النسخ أو إتلافها أو تسليمها للمؤلف المعتدى عليه، وتختلف الباحثة مع ما ذهب إليه القانونين من السلطة الجوازية للمصادرة، وتميل إلى وجوبية المصادرة للنسخ محل الجريمة والمتحصلة منها؛ لما في ذلك من حماية للمؤلف ومجهوده الذهني ليس ذلك فحسب، إنما حماية للمستهلك والمجتمع كذلك.

(1) الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، رشاد توام، ص 86.

(2) للمزيد راجع د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، ص 690-691.

(3) المصادرة: هي إجراء يهدف إلى تملك السلطات العامة أشياء ذات صلة بجريمة ما قهراً عن صاحبها وبغير مقابل. للمزيد انظر شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة، كامل السعيد، ص 676.

(4) شرح قانون العقوبات اللبناني، محمود نجيب حسني، ص 756-758.

ثانياً : نشر الحكم القضائي :

إن في نشر الحكم بالإدانة على الملاء عقوبة نفسية مؤلمة لما تحويه من معنى التشهير بالمعتدي على حقوق الآخرين⁽¹⁾ والتأثير على سمعته، كما لها تأثير على مركزه المالي إذا كان ممن يمارسون مهنة تعتمد على ثقة الجمهور، إذ تنال من هذه الثقة وتقلل من عدد العملاء حتماً ولها أثرها المباشر على ماله باعتبار أن النشر يكون على نفقة المحكوم عليه.⁽²⁾

ولم يتضمن قانون حقوق الطبع والتأليف نصاً يتعلق بنشر الحكم القضائي الصادر بإدانة المتهم، وذلك بخلاف المشرع المصري والأردني، قد نصت المادة (50) من قانون حماية حق المؤلف الأردني لسنة 1992 على أن: "للمحكمة بناء على طلب المحكوم له أن تقرر نشر الحكم الذي تصدره بموجب هذا القانون في صحيفة يومية أو أسبوعية محلية واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه". كما نصت المادة (181) من قانون الملكية الفكرية المصرية على: "وتقضي المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه".⁽³⁾

وهنا أستنتج أن قانون حق الطبع والتأليف الساري في فلسطين جاء خالياً من النص على نشر الحكم بالإدانة، في حين أن المشرع الأردني قد جعل نشر الحكم جوازياً بناءً على طلب المحكوم له وعلى نفقة المحكوم عليه، إلا أن المشرع المصري قد كان أكثر تشديداً في معاقبة المعتدي بعد ثبوت إدانته باعتدائه على حق من حقوق المؤلف بأن جعل نشر حكم الإدانة وجوبياً وعلى نفقة المحكوم عليه دون تمييز إذا ما كان ارتكب الجريمة لأول مرة أو في حالة العود، وتميل الباحثة إلى ما ذهب إليه المشرع المصري كما أن هذه العقوبات لها التأثير الأكبر في الردع لما لها من أثر على سمعة المعتدي ومركزه المالي.

(1) السرقة العلمية والمسؤولية الجنائية المترتبة عليها، جمال أحمد الكيلاني، ص 418.

(2) شرح قانون العقوبات اللبناني، محمود نجيب حسني، ص 752.

(3) السرقة العلمية والمسؤولية الجنائية المترتبة عليها، جمال أحمد الكيلاني، ص 418.

ثالثاً: إغلاق المنشأة التي استخدمت في ارتكاب الجريمة :

ويقصد بإغلاق المنشأة أو إقفالها حظر مزاولة النشاط الذي كان يزاول فيه وكان سبباً لارتكاب الجريمة، وهذا التدبير⁽¹⁾ عيني يقع على العمل ذاته وبغض النظر عن الشخص الذي يمارسه.⁽²⁾

وبالنسبة لقانون حق الطبع والتأليف وتعديلاته لم يتضمن أي نص قانوني يتعلق بإغلاق المنشأة. بينما أجاز المشرع المصري⁽³⁾ للمحكمة في حالة الحكم بالإدانة أن تقضي بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد عن ستة أشهر، ويكون إغلاق المؤسسة وجوبياً في حالة التكرار (العود) لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في البندين الثاني والثالث⁽⁴⁾.

أما المشرع الأردني⁽⁵⁾ وكذلك مشروع قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الفلسطيني، فقد منحا المحكمة السلطة التقديرية في حالة تكرار أي جريمة (العود) في الحكم بإغلاق المؤسسة التي ارتكب فيها الجريمة مدة لا تزيد عن سنة أو وقف ترخيصها لمدة معينة أو بصورة نهائية. ترى الباحثة أن المشرع المصري كان موفقاً في منحه للقاضي سلطة جوازية لإغلاق المنشأة عند ارتكاب الجريمة لأول مرة، وكذلك وجوب الإغلاق الإجباري في حالة العود، إلا أنه يؤخذ عليه أنه قيّد القاضي في إغلاق المنشأة في حالة العود في تكرار نوعين من الجرائم فقط دون سواهما فكان الأحرى عليه أن يساوي بين الجرائم عند تكرار أي اعتداء على أي حق من حقوق المؤلف بوجوب الإغلاق الإجباري للمنشأة، على عكس المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني اللذين منحا القاضي السلطة التقديرية فقط في حالة العود أن يحكم بإغلاق المنشأة.

وترى الباحثة أنه يجب منح القاضي السلطة التقديرية في إغلاق المنشأة في حالة الإعتداء على حق من حقوق المؤلف للمرة الأولى، وفي حالة العود يجب أن يكون الإغلاق وجوبياً وليس اختيارياً.

(1) فالتدابير الاحترازية تنفذ بمجرد الحكم بها دون الانتظار لصيرورة الحكم مبرماً، نظراً للخطورة الإجرامية الكامنة في شخص معين أو في عمل معين.

للمزيد انظر شرح قانون العقوبات اللبناني، محمود نجيب حسني، ص 939.

(2) شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة، كامل السعيد، ص 817.

(3) يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر ويكون الغلق

وجوبياً في حالة العود في الجرائم المنصوص عليها في البندين -ثانياً وثالثاً- من هذه المادة، البند قبل الأخير من المادة 181.

(4) (ثانياً: تقليد مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار مع العلم بتقليده. ثالثاً: التقليد في الداخل

لمصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي منشور في الخارج أو بيعه أو عرضه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم

بتقليده).

(5) الفقرة ب من المادة 51 "في حالة تكرار جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة أ من هذه المادة يحكم على مرتكبها بالحد الأعلى لعقوبة

الحبس وبالحد الأعلى للغرامة وللحكمة في هذه الحالة الحكم بإغلاق المؤسسة التي ارتكب فيها الجريمة لمدة لا تزيد عن سنة أو وقف ترخيصها لمدة

معينة أو بصورة نهائية".

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث والموسوم بعنوان الحماية الجزائية للمؤلفات من السرقة العلمية وقفنا على العديد من النتائج والتوصيات كان من أهمها :

أولاً : النتائج :

- هناك علاقة وثيقة جداً بين الأخلاق والبحث العلمي، بحيث لا يستقيم أي بحث علمي دون احترام ومراعاة قواعد البحث العلمي المتعارف عليها والتي على رأسها الأمانة العلمية، بما ينطوي عليها من نزاهة ومصداقية واقتباس وإسناد صحيح وتوثيق مضبوط شكلاً وموضوعاً.
- لم يُعَرِّ المشرع الفلسطيني قوانين حق المؤلف أي اهتمام على الرغم من أهميتها على الصعيد المحلي والدولي، لمحاولة التعديل عليها أو وضع تشريعات جديدة بدلاً منها، باستثناء وجود مشروع قانون في هذا المجال الذي لم يرَ النور حتى الآن.
- لم ينص قانون حق الطبع والتأليف لسنة 1911م وتعديلاته على الإيداع كشرط لحماية المصنف، ولم يرتب حرمان المؤلف من الحماية في حالة مخالفتها، إنما الهدف من الإيداع معرفة تاريخ المصنف في حالة نشوب نزاع عليه وهو مقرر لمصلحة المؤلف، ولذلك رتب فقط الغرامة عن التأخر في الإيداع.
- لا بد للمصنف الذي يتمتع بالحماية من أن تتوفر فيه شروط وهي الابتكار، وأن يظهر إلى الوجود بشكل مادي محسوس.
- يعد تعويد الباحثين على منهجية البحث العلمي أحد أهم سبل الوقاية من السرقة العلمية، وذلك انطلاقاً من الالتزام بذكر مصادر جميع المعلومات المستخدمة في البحث ونسبتها إلى صاحبها وتوثيقها في الهوامش وقائمة المراجع.
- نصت التشريعات السارية في فلسطين على عقوبات التعدي على حقوق المؤلف، منها عقوبات أصلية مثل الحبس أو الغرامة (دون إمكانية الجمع بينهما)، ومنها عقوبات ثانوية مثل المصادرة ونشر الحكم القضائي والإغلاق، وهي عقوبات غير رادعة وغير كافية البتة بالنظر إلى جسامة الاعتداء على حق المؤلف.

ثانياً : التوصيات :

- نوصي بضرورة تنظيم دورات تدريبية لفائدة الطلبة والأساتذة الباحثين حول قواعد التوثيق العلمي وكيفية تجنب السرقة العلمية.
- نوصي بضرورة استغلال التقنيات الحديثة في الكشف عن السرقة العلمية.

- نوصي بضرورة إنشاء مكتبة وطنية عامة في فلسطين للمحافظة على حقوق المؤلف.
- نوصي بضرورة العمل على تطوير وسائل الحماية التي جاء النص عليها في قانون حقوق الطبع والتأليف لتصبح كافية وفعالة، فالنصوص التي تعالجها قاصرة، كما أنها تكاد تخلو من أية تفصيلات تذكر في موضوع الحماية.
- نوصي المشرع الفلسطيني بسن قانون فلسطيني جديد ينظم حقوق المؤلف، أو حتى على الأقل إقرار مشروع القانون الفلسطيني الذي سعى لتنظيم حقوق المؤلف مع إجراء بعض التعديلات اللازمة بما يلي حاجات العصر الحديث وتطور الحياة العلمية المختلفة.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

- أخلاقيات البحث العلمي والملكية الفكرية، سامية سكيك، الموقع الإلكتروني:
<https://research.iugaza.edu.ps/page141178098-2>
- أدوات اكتشاف الانتحال العلمي، للاطلاع أكثر انظر الرابط الإلكتروني:
www.new-educ.com
- الاعتداء على حق الملكية الفكرية "التقليد والقرصنة"، نادية زواني، جامعة الجزائر كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣.
- الآليات القانونية لحماية حق المؤلف من السرقة العلمية، عماد الدين بركات ونصر الدين العايب، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، ٢٠١٨م.
- الأمانة العلمية في البحث الأكاديمي ارتباطاً بحق المؤلف، رشاد توام، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <https://repository.naja.edu>
- الإيداع القانوني وفقاً لتشريعات حق المؤلف: نحو نظام فلسطيني خاص وفعال، رشاد توام- عزام طوافشة- سعاد جعوان، مجلة سياسات، معهد السياسات العامة، رام الله، فلسطين، 2010م.
- البحث اللاهوتي: كيف تكتب بحثاً أكاديمياً، وجيه يوسف، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- الحماية الإجرائية في مجال حق المؤلف "دراسة مقارنة"، عبد الكريم محمد الطير، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد ٣٨، ٢٠١٣م.
- الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، عبد الرحمن خلفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
- الحماية الجنائية لحقوق المؤلف، حنان طلعت أبو العز، جامعة الأزهر، ٢٠٠٧م.
- الحماية القانونية لحق المؤلف، يوسف النوافلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤م.
- الحماية المدنية للحق الأدبي للمؤلف في التشريع الأردني، جمال هارون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٦م.

- السرقة العلمية عبر الإعلام الالي، إيمان بوقصة، جامعة العربي التبسي، تبسة- الجزائر، ٢٠١٥م.
- السرقة العلمية والمسؤولية الجنائية المترتبة عليها، جمال أحمد الكيلاني، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، عدد ١، ملحق ١، ٢٠١٩م.
- القانون المعدل لقانون حماية حق المؤلف لسنة 2014م.
- القرار رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الصادر من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. في الجزائر.
- المبادئ الأولية لحقوق المؤلف والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، الخامي الدكتور محمد أبو بكر، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- المسؤولية الجزائية للصيدلاني في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، محمود المبحوح، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، ٢٠١٧م.
- الملكية الفكرية أسئلة وأجوبة، نداء صبح، وزارة الثقافة الفلسطينية، الإدارة العامة للمكتبات والمخطوطات وحق المؤلف، دائرة حق المؤلف والحقوق المجاورة، ٢٠١١م.
- الوافي في التعليق على قانون العقوبات القسم العام في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام النقض، المستشار عبد الحكم فودة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع.
- الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية في شرح مفصل للأشياء والأموال، عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، ٢٠٠٩م.
- حق المؤلف الكتاب الثاني، مختار القاضي، مكتبة الأنجلو المصرية - القاهرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٨م.
- حق المؤلف الماهية والحماية الجزائية، رشاد توام، منشورات مركز أوغاريت الثقافي، رام الله، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- حق المؤلف: النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، نواف كنعان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- حقوق الملكية الفكرية، عبد الرزاق عمر شيخ نجيب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي - دراسة مقارنة، سهيل الفتلاوي، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨م.
- حقوق المؤلف في التشريع الفلسطيني، عامر القديري، رابطة الكتاب والأدباء الفلسطينيين، غزة.
- حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الجديد رقم 82 لسنة 2012، الكتاب الأول حقوق المؤلف، مأمون عبد الرشيد ومحمد سامي عبد الصادق، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤م.

- حماية حقوق الملكية الفكرية، أنور طلبة، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٥م.
- شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة، كامل السعيد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى والإصدار الثاني، ٢٠٠٩م.
- شرح قانون العقوبات اللبناني القسم العام، محمود نجيب حسني، دار النقري للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م.
- فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م.
- قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م.
- قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936م الساري في قطاع غزة.
- قانون الملكية الفكرية اللبناني، قانون حماية الملكية الفكرية والأدبية رقم 75 الصادر في 1999/4/3.
- قانون حق الطبع والتأليف رقم ١٦ لسنة ١٩٢٤م.
- قانون حق الطبع والتأليف رقم ٤٦ لسنة ١٩١١م.
- مركز المعلومات الوطني الفلسطيني - وفا <http://www.wafainfo.ps>

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615 - 2336

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

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك