

الأماننة

مجلة علمية نصف سنوية محكمة يصدرها مركز البحوث والدراسات
بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة



ISSN 2412-8317
العدد المحكم السادس عشر

دراسات وبحوث

- المسؤولية الجزائية عن نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب في قانون الجزاء العماني
- حدود السلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ القرارات المقيدة للحقوق والحريات
- الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون العماني دراسة مقارنة

مقالات

- الأمن السيبراني في وسائل التواصل الاجتماعي - ملخص رسالة دكتوراة -
- الأدلة الجنائية النووية

الأمانة

مجلة علمية نصف سنوية مُحكَّمة يصدرها
مركز البحوث والدراسات
بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة

هيئة التحرير

رئيس هيئة التحرير

العميد/ سالم بن راشد العلوي
قائد أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة

هيئة التحرير

العميد/ سليمان بن محمد العلوي
المقدم/ هلال بن محمد العلوي
الرائد/ خليفة بن سالم المعشني
الدكتور/ مزهر جعفر عبيد

مدير التحرير

المقدم/ خليفة بن سعيد العميري

منسق هيئة التحرير

النقيب/ محمد بن سالم بيت سعيد

المراجعة اللغوية

النقيب/ ثريا بنت أحمد الكلباني

الهيئة الاستشارية

المكرم الدكتور/ راشد بن سالم البادي

مجالس الدولة

الأستاذ الدكتور / امحمد محمد مالكي

كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس

الأستاذ الدكتور /سعيد سليمان جبر

جامعة القاهرة جمهورية مصر العربية

الأستاذ الدكتور / سمير إبراهيم حسن

كلية الآداب والعلوم الإنسانية

جامعة السلطان قابوس

الأستاذ الدكتور /صلاح الدين فوزي محمد

جامعة المنصورة جمهورية مصر العربية

الأستاذ الدكتور /صلاح الدين حسين صالح الهيتي

الجامعة العراقية جمهورية العراق

الدكتور /محسن بن سليمان العامري

المركز المتطور للاستشارات العلمية بصلالة

ترسل البحوث إلى

رئيس هيئة تحرير مجلة الأمانة

على العنوان التالي:

ص.ب ٧٠ الرمز البريدي ٦١١

نزوى، سلطنة عُمان

هاتف/ ٠٠٩٦٨ ٢٥٤٤٩٣٠١ فاكس/ ٠٠٩٦٨ ٢٥٤٤٩٣٠٠

البريد الإلكتروني للمجلة: alamana@sqaps.edu.om

في هذا العدد

الصفحة

الموضوع

افتتاحية العدد

٥

جودة التعليم الأمني

دراسات وبحوث

٧

المسؤولية الجزائية عن نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب في قانون الجزاء العماني

٤٥

حدود السلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ القرارات المقيدة للحقوق والحريات

١٤٩

الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون العُماني دراسة مقارنة

مقالات

١٢٧

الأمن السيبراني في وسائل التواصل الاجتماعي - ملخص رسالة دكتوراة -

٢٦٥

الأدلة الجنائية النووية

المقالات والدراسات المنشورة في المجلة تُعبّر عن آراء كاتبها فقط ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

مجلة الأمانة: مجلة علمية نصف سنوية محكمة تصدر عن مركز البحوث والدراسات بأكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، تعنى بنشر البحوث والدراسات وعرض الرسائل الجامعية المُجازة، في التخصصات المتصلة بالعلوم القانونية والشرطية والإدارية والاجتماعية والنفسية ذات العلاقة بالأمن بمفهومه الشامل، وذلك وفقاً للقواعد الآتية:

١. يتعهد الباحث بأن الدراسة أو البحث لم يسبق نشره من قبل، أو تقديمه للنشر في مجلة أو دورية أخرى، وألا يكون مستلاً من كتاب أو رسالة علمية.
٢. أن تتسم الدراسة أو البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة.
٣. الالتزام بأصول البحث العلمي، وقواعده العامة في إعداد وكتابة الدراسة أو البحث.
٤. ألا يقل عدد صفحات الدراسة أو البحث عن (٢٠) عشرين صفحة ولا يزيد على (٥٠) خمسين صفحة، بما في ذلك ملخص الدراسة أو البحث والمراجع والملاحق، وأن تكون مطبوعة على وجه واحد من ورق A4.
٥. ألا يزيد عدد صفحات عرض الرسائل الجامعية على (١٠) عشر صفحات، وأن يتضمن العرض مقدمة توضح أهمية الموضوع، وملخصاً لمنهج الرسالة، وفروضها، وعيبتها، وأدواتها، وخاتمة لأهم ما توصل إليه معدّ الرسالة من نتائج وتوصيات.
٦. يرفق بالدراسة أو البحث أو عرض الرسالة الجامعية ملخصاً لا يزيد على صفحة واحدة.
٧. تكتب البحوث باستخدام خط simplified Arabic بحجم ١٤ وحدود الصفحة من كل جانب ٢ سم، وتباعد الأسطر ١,٥ واحداً ونصف.
٨. يشار إلى المصادر والمراجع في الهامش، وليس في المتن، ثم تورد بالترتيب الهجائي في آخر البحث.
٩. في حالة عدم إجازة الدراسة أو البحث للنشر، فإن المجلة غير مُلزّمة برده إلى صاحبه، ويكتفى بإشعاره بذلك.

١٠. تخضع الأعمال العلمية المقدمة للنشر للتحكيم من قبل محكم، ويخطر الباحث بنتيجة التحكيم والملحوظات والتعديلات المطلوبة سواء الشكلية أو الموضوعية إن وجدت.
١١. يحق لهيئة التحرير الفحص الأولي للبحث لتقرير أهليته للتحكيم أو رفضه مباشرة.
١٢. في حال قبول نشر الدراسة أو البحث في المجلة لا يجوز لصاحبه نشره في أية مجلة علمية أخرى، وتؤول حقوق النشر لمجلة الأمانة ورقياً وإلكترونياً.
١٣. تعطى الأولوية في النشر للدراسات والبحوث وعرض الرسائل الجامعية التي تتصل بالقوانين والشؤون المحلية العمانية، وذلك حسب أسبقية ورودها إلى هيئة التحرير وبعد تحكيمها.
١٤. يزود الباحث بنسختين من العدد الذي نشر بحثه فيه، وخمس نسخ مستلّة من بحثه.
١٥. يرفق الباحث خطاباً موجهاً إلى رئيس هيئة التحرير يطلب فيه نشر البحث في المجلة مع إقرار خطي بأن بحثه لم يسبق له نشره، ولم يقدم للنشر في أي مجلة أخرى وملخصاً لسيرته الذاتية موضعاً عنوانه وصندوق البريد، والفاكس والهاتف، والبريد الإلكتروني.
١٦. تقدم البحوث مطبوعة من ثلاث نسخ على ورق A4 مع نسخة إلكترونية في قرص مدمج CD، أو ترسل عبر البريد الإلكتروني للمجلة.

تواصل أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة دعمها وتشجيعها للبحث العلمي الرصين إيماناً منها بأهميته ودوره في الرقي بالمؤسسات وتطورها عن طريق طرح الأفكار ومناقشتها، وعرض النتائج والحلول وتطبيقها لمعالجة مختلف القضايا والمشكلات على صعيد تجويد العمل وخدمة المجتمع، بالإضافة إلى مهمة الأكاديمية الأساسية كمؤسسة تعليمية تهدف إلى الريادة في التعليم والتدريب والتأهيل والبحث العلمي لرفد منتسبي الشرطة بالمهارات والقدرة المهنية والعلمية التي ترتقي بالأداء، وتحقق أمن المجتمع وسلامته، وذلك بفضل توفير البيئة العلمية والبحثية والتدريبية، ووسائل الدعم اللازمة، وتعزيز العلاقة مع المؤسسات: المهنية والمجتمعية ذات الصلة بما يحقق أهداف شرطة عمان السلطانية.

لذا عمدت الأكاديمية إلى توفير البيئة البحثية الملائمة والمحفزة للبحث العلمي، وذلك بإنشاء مركز البحوث والدراسات بهدف تشجيع الباحثين وتسهيل مهمة وصولهم إلى المعلومات والتواصل مع الباحثين المتخصصين، وسعت الأكاديمية أيضاً إلى عقد المؤتمرات والندوات واللقاءات وورش العمل المتخصصة التي تتيح الفرص للباحثين لعرض نتائجهم البحثي فيها، بالإضافة إلى إيفاد عدد من الأكاديميين إلى خارج سلطنة عمان للالتحاق بالجامعات الرائدة في مجال البحث العلمي لإكمال دراساتهم العليا مما يكسبهم خبرات ومهارات بحثية جديدة، علاوة على دور مجلة الأمانة كمجلة علمية محكمة رائدة في نشر البحوث والدراسات القانونية والشرطية.

ويسر الأكاديمية أن تضع بين أيدي الباحثين والقراء العدد المحكم السادس عشر من مجلة الأمانة الذي يضم ثلاثة بحوث قيّمة بالإضافة إلى عرض دراسة علمية لنيل درجة الدكتوراه ومقال في المجال الجنائي، حيث جاء البحث الأول بعنوان: المسؤولية الجزائية عن نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب في قانون الجزاء العماني، فقد ركّز

البحث على بيان حدود مسؤولية الجاني الجزائية الذي ينقل عدوى ذلك المرض بصورة عمدية أو غير عمدية، مبيئاً أركان جريمته في الحالتين، بدءاً بركنها المفترض والركنين: المادي والمعنوي، والعقوبة التي تفرض عليه، وأما البحث الثاني فكان بعنوان: حدود السلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ القرارات المقيدة للحقوق والحريات، وسعى البحث لبيان مبدأ التناسب كأحد المبادئ العامة للقانون التي أنشأها القضاء الإداري، ودور هذا المبدأ في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وجاء البحث الثالث بعنوان: الشراكة بين القطاعين: العام والخاص في القانون العماني - دراسة مقارنة، وهدف البحث إلى التعريف بالأحكام الناظمة لعقود الشراكة، وبيان طبيعتها القانونية، وتوضيح التحديات التي تواجه مشروع الشراكة وسبل التغلب عليها في القانون العماني، وتضمّن هذا العدد كذلك عرض دراسة علمية لنيل درجة الدكتوراه بعنوان «الأمن السيبراني في وسائل التواصل الاجتماعي: الأسباب المؤدية إلى نشر المحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب وعلاقة ذلك بالوقوع في فخ الابتزاز الإلكتروني في سلطنة عُمان» وتضمّن العدد مقالاً في المجال الجنائي بعنوان الأدلة الجنائية النووية؛ لیسلط الضوء على أحد الموضوعات الجنائية المهمة في العصر الحالي.

وختاماً نسأل الله تعالى أن تكمل جهود القائمين على المجلة بالتوفيق والنجاح، مجددین الدعوة للباحثين والدارسين للمشاركة في المجلة وفق قواعد النشر الموضحة والمعتمدة لديها.

المسؤولية الجزائية عن نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب في قانون الجزاء العماني

إعداد

الدكتور/ مزهر جعفر عبيد

أستاذ القانون الجنائي المشارك

أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة





ملخص البحث:

يعد مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز) من أخطر أمراض العدوى التي مرت على البشرية، فبعد صراع مرير معه للحد من انتشاره أو علاجه توصلت الجهود العلمية إلى ما يعد البداية في علاجه.

ونتيجة لتفهم المشرع خطورة هذا المرض فقد نص على تجريم من ينقل عدواه إلى شخص غير مصاب، في قانون الجزاء رقم ٢٠١٨ / ٧ وذلك حماية لحياة الإنسان وسلامته. ولهذا فقد ركز البحث على بيان حدود مسؤولية الجاني الجزائية الذي ينقل عدوى ذلك المرض بصورة عمدية أو غير عمدية، مبيناً أركان جريمته في الحالتين، بدءاً بركنها المفترض والركن المادي والمعنوي، والعقوبة التي تفرض عليه، وما يتعلق بذلك من موضوعات كالشروع في الجريمة والقصد المتعدي، وبإمكانية الخروج عن إطار العقاب المحدد بالنص العقابي المخصص للجريمة وفرض عقوبة أخرى.

الكلمات المفتاحية: العوز المناعي، نقل، عمداً، خطأ.

Abstract:

The Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) is considered one of the most dangerous infectious diseases which encountered the human beings; however after a long term of struggle with this disease to limit its spread or find a medication, the scientific researches have succeed to pave the way of its first medications.

As the legislator's understanding of the seriousness of this disease, it has stipulated the criminalization of whoever transmits the infection into uninfected person as per the Panel Code No.: 2018/7 in order protect human life and safety.

Therefore, the research focused on making clear the limits of the criminal liability of the perpetrator who transmits AIDS intentionally or unintentionally through indicating the elements of this crime in both cases, starting with its supposed element, the material element, the moral element, the penalty imposed on the perpetrator and the relevant issues such as the attempt to commit a crime and the transgressive intent, apart from the possibility of deviating from the punishment specified in the penal code related to such crime and imposing another punishment.

Keywords: immunodeficiency, transition, intentionally and fault.

منهج البحث:

لقد اعتمدنا في طرح موضوعات بحثنا على المنهج الوصفي التحليلي، إذ من خلاله تم بيان وصف مضمون وكيفية وقوع جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب والوقوف على ما يميزها في ذلك للتمكن من تشخيصها ومن ثم الوصول إلى تطبيق التنظيم القانوني لها. كما جرى تحليل القواعد القانونية التي تناولت أحكام تلك الجريمة، بما يمكن من الاستدلال بها لتسهيل تطبيقها، وبيان الآراء الفقهية المتصلة بموضوع الجريمة لتوضيح مبناها.

أهمية البحث:

مما لا شك فيه هو أن أهمية أي موضوع بحثي تتأتى من خلال أهمية الموضوع الذي يتم إلقاء الضوء عليه، وفي بحثنا هذا فإن تلك الأهمية تأخذ جانبيين الأول موضوعي وهو بيان خطورة الجريمة التي تم تناولها والتي تكمن في إمكانية شمولية أثرها الذي يلقي على عاتق جهات متعددة سبل محاربتها. والجانب الثاني قانوني يدور حول تحديد تلك الجريمة أركانها بما ييسر إجراءات تطبيق النص القانون المتعلق بها تحقيقا ومحاكمة.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في ما تثيره جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب من فروض قانونية متعددة تتعلق بصور ارتكابها، وكيفية المعاقبة عليها ومدى انطباق بعض المبادئ العامة عليها. فعلى الرغم من وجود النص القانوني الخاص بها إلا أنه لا يفي باستيعاب كل تلك الصور، وما تثيره من تساؤلات، مما تطلب الوقوف عند كل واحدة منها لبيان موضعها من حيث التجريم والعقاب.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحديد المسؤولية الجزائية لمرتكب جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب. وذلك من خلال تكييف فعل الجاني الذي بصورته الحالية المنصوص عليها قانونا لم يكن بالدرجة من الوضوح الذي يمكن معه من تحديد المسؤولية العمدية له أو تلك المبينة على خطأ.

خطة البحث

يشتمل هذا البحث على مقدمة ومبحثين وخاتمة ونتائج وتوصيات وقائمة بالمراجع على النحو الآتي:

المقدمة:

المبحث الأول: جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا

المطلب الأول: أركان جريمة نقل عدوى مرض العوز المناعي المكتسب عمدا

الفرع الأول: الركن المفترض

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا

المطلب الثاني: عقوبة جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا

المبحث الثاني: جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ

المطلب الأول: تعريف الخطأ وصوره

الفرع الأول: تعريف الخطأ

الفرع الثاني: صور الخطأ غير العمدي

المطلب الثاني: عقوبة جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ

الخاتمة

النتائج

التوصيات

المقدمة:

من أولى المهام التي يوليها المشرع أهمية من وراء سن القواعد القانونية هي توفير الحماية الجزائية لحق الإنسان في سلامة حياته وجسده من أي اعتداء^(١)، سواء كان ذلك الاعتداء قد ارتكب بصورة عمدية أو غير عمدية، ومهما كانت الوسيلة التي استخدمت في تنفيذه.

والدارج في السياسة الجزائية أن المشرع عندما ينظم حمايته لمصالح وحقوق معينة يجعل هذا التنظيم تحت إطار قانوني موحد وذلك بغية الابتعاد عن التكرار الذي يعد تزييدا مما يتنافى والحكمة التي تتوسم بالمشرع من جانب، ومن أجل أن تكون موضوعات الحق الواحد وما يرتبط به من حقوق في مجموعة من فئة واحدة أو متقاربة، فضلا عن تحاشي تداخل النصوص الجزائية التي من مساوئها ظهور المشكلات عند تطبيقها. وهذا ما سار عليه المشرع العماني عند تنظيمه لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز)، حيث جعلها تحت الفصل الخاص بجرائم الاعتداء على سلامة الإنسان، وذلك لكونها جريمة تطل ابتداء الحق في حسن أداء جسد الإنسان وظائفه باطراد، وقد ينتهي ذلك بوفاة الإنسان ذاته.

ونتيجة لخطورة هذه الجريمة فقد نظمها المشرع استقلالا، معاقبا على كافة صور ارتكابها العمدية منها وغير العمدية، ولم يتركها تستنتج من خلال بعض النصوص التي تعاقب على القتل أو تلك التي تعاقب على الاعتداء على سلامة الإنسان، كالاغتداء المفضي إلى الموت، أو الذي يتسبب بإحداث عاهة، أو الذي يتخلف عنه إيذاء أو مرض وهكذا، وهو في هذا المسلك يشير إلى أن إدخال هذه الجريمة ضمنا في نصوص التنظيم القانوني لمسمى جريمة أخرى، لا يكفي لإبراز خطورتها، مثل وضع نص خاص يعالجها كجريمة قائمة بذاتها. كما أنه من ناحية أخرى يلفت نظر الأجهزة الطبية وسلطات إنفاذ القانون وتطبيقه، ويهيب بها بذات الوقت أن يسترعوا الانتباه لهذه الجريمة وذلك ببذل الجهود لمكافحتها. كل ذلك نتيجة لاستشعاره جسامة آثارها، التي لا تقتصر أحيانا على المجني عليه وحده وإنما تمتد إلى أسرته أو إلى الأشخاص المحيطين به، أو بشكل أكثر شمولية، قد تطل مجتمع بأسره.

(١) وكذلك ما يرتبط بتلك الحماية من حقوق، كصيانة عرضة والمحافظة على حريته ووقاية كرامته مما يشينها.

وتبني المشرع العماني هذا الاتجاه سهل عمل أجهزة تنفيذ القانون وأراح الفقه والقضاء من عناء البحث عن ماهية الجريمة التي يدخل تحت معناها نشاط الجاني، كما هو حاصل في مصر من الجانب الفقهي إذ تُعد جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب من ضمن جرائم إعطاء مواد ضارة^(١) بينما اعتبر البعض الآخر وهو بصدد تفسير المادة ٢٣٣ من قانون العقوبات أن ما جاء فيها يسري على من (يحقن المجني عليه بجراثيم مرض فتاك مما يترتب عليه موت المجني عليه) وبالتالي يعتبر قاتلاً بالتسميم^(٢). أو يطبق عليها النصوص الخاصة بالقتل أو بالتسميم وهو ما قرره المحاكم الألمانية، ويراها بعض الفقهاء في فرنسا ذاهبين إلى أن بفعل الجاني تتحقق جريمة التسميم^(٣).

- ما هو مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب

يرمز إلى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب بكلمة (الإيدز) (AIDS) وهي كلمة إنجليزية تدل على تعبير مختصر يجمع الأحرف الأولى من اسم المرض باللغة الإنجليزية الذي هو (Acquired Immunodeficiency Syndrome) ومعناه (متلازمة العوز المناعي المكتسب)^(٤)،^(٥).

وهذا المرض هو أحد أنواع الأمراض المعدية، وقد نُص عليه صراحة بهذه الصفة في الفقرة (١) من جدول الأمراض المعدية، القسم الأول، من قانون مكافحة الأمراض المعدية رقم ٩٢ / ٧٣ المعدل العماني. كما نص عليه في الفقرة (١٥) من القسم الثاني المعنون (الأمراض والمتلازمات) من جدول الأمراض المعدية الوارد في القرار الوزاري رقم ٥ / ٢٠٢٣.

ويسبب هذا المرض، الذي اكتشف في سنة ١٩٨١ في أمريكا^(٦)، فيروس يعرف باسم (HIV) اختصاراً لعبارة (Human immunodeficiency virus) وعلى إثره

(١) انظر د. فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون والإيدز، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص ٢٤.

(٢) انظر د. فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٣) انظر د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٩٣.

(٤) في اللغة الفرنسية تسمى (سيدا) (Seda) ويراد بها (syndrome d'immunodéficience acquise). انظر أيوب فريد

أبو مصعب، الإيدز، ط١ مؤسسة الأبحاث اللغوية، من غير سنة طبع، ص ١٦.

(٥)

(٦) فقد عرض مركز الأمراض في مدينة إطلانطا في جورجيا موجز لخمس حالات مرضية، قبل أن يقضوا نحبهم، كانوا

يعانون من بعض الالتهابات في الفم والرئة والمريء. ثم توالى الأبحاث عقب ذلك حول هذا المرض. انظر د. محمد

محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز)، مطبوعات جامعة الكويت،

١٩٩٥-١٩٩٦م، ص ١.

يُدْمَر جهاز المناعة تدريجياً لدى المصاب به ويجعل منه عرضة للإصابة بالالتهابات والأورام المتعددة^(١)، ومن بين ذلك الخلايا السرطانية، بعد أن يمر بفترة حضانة يمكن أن تتراوح بين ستة أشهر إلى خمس سنوات، والتي يعاني ٥٠٪ إلى ٧٠٪ من أصحابها خلالها من أعراض متعددة^(٢). وتثير هذه الفترة عدداً من المشاكل القانونية من بينها صعوبة معرفة المتسبب بالمرض، الذي يمكن أن - لو عرف - تنقضي الدعوى العمومية بحقه بمضي المدة^(٣).

ووفقاً لإحصاءات الأمم المتحدة فإن عدد من أصيبوا بالمرض منذ ظهوره ولحد الآن (عام ٢٠٢٢) أكثر من ٨٤,٢ مليون شخص، توفي منهم بسببه أكثر من ٤٠ مليون شخص^(٤).

وعلى الرغم من عدم وجود دواء فعال لهذه المرض فإنه وفقاً للدراسات الحديثة يمكن السيطرة عليه عن طريق الأدوية المضادة لفيروس (HIV) التي من شأنها منع تكاثره وتقوية جهاز المناعة لدى المصاب وجعل الفيروس غير نشط^(٥). ولذلك يمكن لمن أصيب من الأشخاص بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب أن يعيش حياة طويلة وصحية من خلال ضمان بقاء جهازه المناعي بصحة جيدة.

ومن أجل تناول جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب سنتناولها في مبحثين، المبحث الأول: ارتكابها عمداً، والمبحث الثاني ارتكابها عن طريق الخطأ وذلك في التشريع العماني.

(١) انظر د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٥.
(٢) تتمثل هذه الأعراض في اعتلال، انتفاخ الغدد اللمفاوية، ومن ثم تعب شديد، وارتفاع درجات الحرارة، نقص في الوزن، إسهال شديد. انظر في تفصيل هذه الأعراض د. محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص١٦-١٧، صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية، في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٤٣هـ - ٢٠١٢م، ص١٩٤ إلى ١٩٧، شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) الموقع <https://www.webteb.com/immune-system/diseases>
(٣) انظر د. رامي عمر أبو ركة، المسؤولية الجزائية عن إصابة الغير بأخطر الأمراض المعدية التي تصيب الدم، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٣٠، العدد ٦٠ الرياض، ٢٠١٤م، ص١٠.
(٤) انظر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) الموقع <https://www.bbc.com/arabic/world> - ٦٣٨٠٧١١٢.
(٥) انظر Edward R. Cachay, MD, University of California, San Diego School of Medicine مقال مترجم منشور على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) الموقع <https://www.Msdmanuals.com/ar/hom> العوز المناعي البشري المكتسب-

المبحث الأول:

جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا

تمهيد وتقسيم:

للقول بتحقيق أي جريمة لا بد أن تتوفر فيها أركان معينة كان المشرع قد حددها بما يميزها عن غيرها من الجرائم، وإذا كانت هذه الأركان تشترك في مفهومها العام في كل الجرائم بالركنين المادي والمعنوي - وهو ما ذهب إليه المشرع العماني في المادتين ٢٧ و٣٣^(١) من قانون الجزاء - فإن لهما عناصرهما التي تنفرد من خلالها كل جريمة عن الأخرى. فضلا عن ذلك قد يستلزم الوجود القانوني للجريمة قيام ركن أو شرط يوصف بالمفترض. ولا تخرج جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عن هذا الإطار.

وفي أثناء التطرق لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا سنتناول تحديد أركان هذه الجريمة أولا ومن ثم سنتطرق إلى العقوبة المقابلة لها.

المطلب الأول:

أركان جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا

يمكن الوقوف على أركان هذه الجريمة من خلال ما نصت عليه المادة ٣٢١ من قانون الجزاء فقد جاء القول فيها: (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من تسبب عمدا بأي وسيلة كانت في نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز) إلى شخص آخر غير مصاب. وتكون العقوبة السجن المطلق إذا أفضى الفعل إلى موت المجني عليه.....).

ومن هذا النص يظهر أن جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا تقوم على أركان ثلاثة هي ركن مفترض وركن مادي وركن معنوي، وهو ما سنتكلم عنه تباعا.

(١) فقها هناك من يجعل أركان الجريمة ثلاثة بإضافة الركن القانوني وهناك من يجعلها أربعة، انظر في تفصيل ذلك د. مزهر جعفر عبد الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني/ القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٢٣، ص ١٤٠ إلى ١٤٢.

الفرع الأول: الركن المفترض

تتطلب جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، قبل القول بتحققها، قيام ركن مفترض، يلزم وجوده قبل إتيان الجاني نشاطه الإجرامي، وبدونه لا يمكن الكلام عن الجريمة^(١). وهذا يعني أن الركن المفترض هو أمر سابق لوقوع الجريمة أو معاصر لها، مما يقتضي توافره عند ارتكابها^(٢). والركن المفترض بجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب هو أن يكون من نقل إليه عدوى المرض إنسانا وأن يكون ذلك الإنسان حيا وغير مصاب بالمرض، قبل وقوع الجريمة عليه. وبهذا الوجوب يكون الركن المفترض مستقلا عن نشاط الجاني ومن ثم مستقلا عن علاقة السببية التي تربط بين الفعل والنتيجة المترتبة عليه، وعموما متميزا عن الركن المادي للجريمة.

واشترط القانون أن يكون المجنى عليه إنسانا وغير مصاب بالمرض، يجعل من هذه الجريمة، في حالة انصراف نية الجاني إلى قتل المجنى عليه وتحقق ذلك، مختلفة عن جرائم القتل الأخرى، إذ لا يشترط في ركنها المفترض غير كون من وقعت عليه الجريمة إنسانا وعلى قيد الحياة فضلاً عن أنه غير مصاب بالمرض، وسواء أكان ذكرا أم أنثى صغيرا أم كبيرا، وسواء أكان مصابا بمرض آخر أياً كانت طبيعته أو وصفه أو مسماه أو لم يكن.

ولذلك لا يلغي تحقق هذه الجريمة أن يكون المجنى عليه واقعا يعاني من مرض أو أكثر من الأمراض الأخرى، كالسكري أو الضغط أو كوفيد - ١٩ (فيروس كورونا) وما

(١) أطلق على الركن المفترض مسميات أخرى مثل العنصر والشرط المفترض، ولكن يجمعها معنى واحد، فقد عرف بأنه العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل نشاطه، وبغيره لا يوصف هذا الفعل بعدم المشروعية). انظر د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة، ١٩٨٣، ص ٣٩.

(٢) انظر د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية ٢٠١٥، ص ٢٢٢. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، جامعة الملك سعود، عمادة شؤون المكتبات، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، ص ٥٢. د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥، ص ٥٢. وتجدر الإشارة إلى وجود العديد من الجرائم التي لا بد من وجود ركن أو شرط مفترض فيها في قانون الجزاء العماني مثل جريمة الرشوة، إذ يتوجب أن يكون من يرتكبها موظفا عاما (المادة ٢٠٧)، وجريمة الاختلاس التي يلزم كذلك أن يكون فاعلها موظفا عاما (المادة ٢١٣)، ومن هذا القبيل أيضا جريمة الإفلاس حيث يقتضي أن يكون فاعلها تاجرا (المادة ٣٨٤). وإذا كانت الأمثلة السابقة تتعلق بصفة في الجاني فإنه من الممكن أن تكون في المجنى عليه، كاشتراط أن تكون المرأة حاملا في جريمة الإجهاض (المادة ٣١٣). وبعبارة عن هذا وذلك قد تكون الصفة متعلقة في موضوع الجريمة، ومثالها جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، فوفقا للنص الذي يعاقب عليها لا بد من أن تكون الأموال أو الأشياء المخفية متحصلة من جريمة مع علم الجاني بها (المادة ٣٦٤). انظر د. مزرع جعفر، المرجع السابق، ص ١٤٣، ١٤٤.

شابه ذلك من الأمراض المعدية الأخرى، أي يظل ينظر إليه على أنه غير مصاب طالما كان جسده خالياً من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب. ومع ذلك يمكن أن يكون لتلك الأمراض أثرها في تحديد علاقة السببية بين وفاة المجني عليه وإصابته بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب.

وقد يثار التساؤل عن التكييف السليم لجريمة الجاني إذا ما قام بنقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إلى شخص مصاب به أصلاً، وهو يعتقد أنه غير مصاب به. إن مناقشة هذا التساؤل والإجابة عليه ستكون من خلال الحديث عن الجريمة المستحيلة، وذلك عند الكلام عن الشروع في جريمة نقل عدوى مرض ذلك المرض.

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمداً

يقوم الركن المادي في الجريمة محل البحث، عندما تكون تامة، على ثلاثة عناصر هي نقل عدوى المرض، والنتيجة، وعلاقة السببية. إلا أنه قد لا تتحقق كافة تلك العناصر في ذلك الركن، وبالتحديد النتيجة التي أرادها الجاني جراء نشاطه، فتعد الجريمة حينئذ غير تامة، والتي يعبر عنها بالشروع في الجريمة. وعلى هذا الأساس سنتناول عناصر الركن المادي في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عندما تكون تامة ومن ثم سيتم الحديث عن الشروع فيها.

أولاً: عناصر الركن المادي لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمداً التامة.

أ: نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمداً

نقل العدوى هو الفعل الذي يتوصل به الجاني من تحويل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إلى شخص غير مصاب. ولم يحدد المشرع العماني الكيفية التي يجري فيها النقل، فالمسؤولية الجزائية تقام على الناقل (الجاني) دون الالتفات إلى الوسيلة التي توصل من خلالها في نقل عدوى المرض إلى المجني عليه، إذ سواء في ذلك إن كان النقل مثلاً قد حصل من شخص مصاب إلى آخر غير مصاب، عن طريق الاتصال الجنسي، أو عبر أداة تم بواسطتها نقل دم ملوث بالمرض إلى آخر غير مصاب. ويفهم ذلك مما ورد في نص المادة (٣٢١) من قانون الجزاء حيث جاء فيها

(كل من تسبب عمدا بأي وسيلة كانت في نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب). فذكر عبارة أي وسيلة يراد بها عدم تحديد وسيلة معينة من قبل المشرع لنقل عدوى المرض، وهذا اتجاه يدخل في إطار السعي لتوفير أقصى حماية لحياة الأشخاص وسلامة أجسادهم، فموجبه يتوسع نطاق دائرة مسؤولية الجناة. كما أنه يدخل في إطار تحاشي مساوئ تحديد وسيلة أو وسائل معينة لنقل عدوى المرض التي في الغالب أنها لا تكون مستقبلا ملبية لغايات المشرع، مما يتمخض عنه إفلات العديد من المجرمين من العقاب، خاصة إذا علمنا أن الجناة على مقدره كبيرة من التفنن في اختيار وسائل ارتكاب جرائمهم.

ومسلك المشرع العماني هذا ينسجم إجمالاً مع السياسة الجزائية التي انتهجها في قانون الجزاء في التجريم والعقاب، إلا في حالات خاصة أولى من خلالها اهتماما لبعض الوسائل لفئة معينة من الجرائم كالقتل مثلا، حيث اعتبر ارتكابها باستعمال التعذيب أو مادة سامة أو متفجرة ظرفا مشددا يعاقب الجاني بمقتضاها بالإعدام بدلا من السجن المطلق (المادة ٣٠٢/ ج من قانون الجزاء).

وعامةً فإن أهم طرق نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب هي كالاتي:

١- الاتصال الجسدي المباشر بين المصاب بالمرض والشخص السليم. والذي يتجسد بوجود العلاقة الجنسية سواء أكانت بين ذكر وأنثى أو بين ذكرين^(١)، ولا يهتم في طبيعة العلاقة بين الذكر والأنثى إن كانت مشروعة، كما لو نقل الزوج عدوى المرض إلى زوجته أو بالعكس، أم أنها غير مشروعة، ومثالها الزنا والبغاء والمواقعة بغير رضا (الاغتصاب).

٢- نقل الدم الملوث بعدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب أو أحد مشتقاته إلى شخص غير مصاب. كأن يكون الدم محفوظا في أجهزة خاصة في المؤسسة الصحية، ويقوم أحد العاملين فيها بنقل هذا الدم إلى آخر عن طريق إبره، أو استخدام أداة ملوثة بالدم، كاستخدام أحد مزاولي مهنة الطب أو المهن الطبية المساعدة أجهزة غسل الكلى الملوثة. وقد يحصل نقل العدوى لا عبر الدم الملوث

(١) ومثال ذلك الشذوذ الجنسي (الواط) الذي هو محل تجريم في قانون الجزاء العماني، فقد جاء في المادة ٢٦١ القول بأنه (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل ذكر واقع ذكرا برضا، ويعاقب بالعقوبة ذاتها الذكر الذي قبل ذلك على نفسه).

كاملا وإنما بسبب أحد مشتقاته، كالبلازما التي تجمع من عدد من المتبرعين^(١). ومن الجائز أن يكون النقل عن طريق استعمال الشخص ذاتيا للإبر المملوطة بالدم الملوث، كما في حالة مشاركة المدمنين على المخدرات استخدام تلك الإبر بالتعاقب.

٣- الأم الحاملة لفيروس مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب. ويحدث في هذه الحالة نقل المرض للجنين إما عن طريق الحبل السري قبل الولادة، أو إلى الوليد بواسطة الرضاعة بعد الولادة^(٢).

٤- اللعاب. لم تكن مسألة دور اللعاب في نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب متفقا عليها. فوفقا لبعض الدراسات التي أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية على بعض الأشخاص الذين انتقل لعاب المصابين بالإيدز إلى أجسادهم عن طريق العض لم تتوصل إلى ما يؤيد إصابتهم بالمرض^(٣)، ومما يؤيد تلك الدراسات هو أن العديد من الأبحاث تذهب إلى أن المرض لا ينتقل بالقبولات، وذلك استنادا إلى وجود أنزيم يشل نشاط الفيروس المسبب للمرض^(٤). في حين أن هناك من يذكر بحدوث تلك الإصابة في حالة واحدة وهي بانتقال الفيروس من شخص إلى آخر عن طريق التقبيل عندما ابتلع الشخص غير المصاب لعاب المصاب^(٥). وبذات الاتجاه ذهبت بعض المصادر الطبية سنة ١٩٨٥ إلى أنه تم اكتشاف مرض الإيدز في اللعاب البشري لفئة من الأشخاص^(٦).

(١) انظر د. محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) انظر د. سعيد الصانع، الإيدز والمناعة، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، ١٩٨٨، ص ٣٧٩.

(٣) انظر د. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والتهاب الكبد الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩، ص ٩١.

(٤) ومن ضمن الوسائل التي لا ينتقل من خلالها مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب الآتي:

١- المصافحة - باعتبار أن الفيروس لا يمكن له العيش في الهواء أو على الجلد.

٢- الشرب من كأس مشتركة - لأن الفيروس لا يعيش في الهواء.

٣- الجلوس على كرسي مرحاض مشترك لأن الفيروس لا يعيش في الهواء.

٤- البعوض لأن البعوضة مثل كائنات حية أخرى، لا يمكنها أن تحمل فيروس الإيدز. انظر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)

الموقع: (https://www.health.gov.il/Arabic/Subjects/diseases/HIV_centers/Pages/default.aspx).

(٥) انظر د. سعيد الصانع، المرجع السابق، ص ٥٢. وتشير بعض الأبحاث بإمكانية انتقال المرض عن طريق الحشرات كحشرة الفراش، البق والناموس، وقد توصلت تلك الأبحاث إلى ذلك من نسبة الإصابات التي لحقت، ٢٢٪، من الأطفال في أفريقيا نتيجة تواجدهم حول المستنقعات وعدم نظافة الفراش الذي ينامون عليه. انظر فاروق مصطفى خميس،

محمد رفعت، قاموس الإيدز الطبي: مرض العصر، دار ومكتبة الهلال، ١٩٩١، ص ٩١.

(٦) انظر عبد الحميد إبراهيم، الإيدز طاعون العصر (حقائق وأوهام) مجلة التربية، اللجنة الوطنية القطرية للتربية والثقافة والعلوم، سنة ٢٧، العدد ١٢٧، ١٩٩٩، ص ٤٨.

ب: النتيجة

يراد بالنتيجة الأثر الذي يترتب على فعل الجاني ويكون معاقبا عليه قانونا. وعلى الرغم أن هذا القول يمثل المعنى العام للنتيجة، إلا أن تعريفها بصور أكثر دقة كان محل نقاش بين مفهومي أحدهما مادي والآخر قانوني. وطبقا للمفهوم المادي هي التغيير الذي يحدث في المحيط الخارجي كأثر للنشاط الجرمي^(١)، ويرتب مسؤولية الجاني الجزائية، وبمقتضى ذلك قسمت الجرائم إلى طائفتين أولاهما تتحصل عنها نتيجة يعتد القانون بها أو يحتمل أن تترتب عنها نتيجة^(٢) كالقتل أو الشروع فيه، وإحداث عاهة مستديمة، وثانيهما جرائم لا يتحصل عنها نتيجة، مما يجعل الأخيرة أن لا تكون أحد عناصر الركن المادي، مثل ظهور الذكر علنا بمظهر النساء في لباسه أو هيئته (المادة ٢٦٦ من قانون الجزاء). ولذلك سميت جرائم الفعل المجرد أو الجرائم الشكلية. وهذه الجرائم الأخيرة لا تحتاج إلى أي دليل على ما ترتب عليها من نتائج لمساءلة مرتكب إحداها، سوى إثبات أنه قام بالفعل. فمثلا في السياقة الخطرة لا يتطلب من الادعاء العام أن يقدم دليلا على أن نشاط الجاني قد تخلف عنه ضرر أو قد عرض حياة الآخرين للخطر^(٣).

وفي المقابل فإن المفهوم القانوني للنتيجة يبني على أن لكل جريمة نتيجة^(٤)، وتفهم النتيجة على أنها عدوان على مصلحة أو حق يحميه القانون إما بالإضرار أو التهديد بالخطر^(٥) وليس باعتبارها أثر مادي أو طبيعي، ولهذا تم التفاوض عن مدى ترتب أثر مادي على الفعل، فالأمر سيان في ذلك^(٦). وكان من نتيجة ذلك أن قسمت الجرائم إلى جرائم ضرر، وهي التي تترتب عليها نتيجة ذات مظهر مادي ملموس كجرائم القتل^(٧)، أو تكفي

(١) انظر د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٨٣، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، المجلد الأول، طبعة ثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، ص ٣٨١، د. علي حسين الخلف، د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، ١٩٨٢، ص ١٤٠، د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات، الجزء الأول في الأحكام العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص ١٥١، د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١١٩.

(٢) انظر د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص ٢١٩.

(٣) انظر Michael T Molan, criminal law, third edition, old bailed press, 2001, p.33

(٤) ومن هذه الجرائم أيضا جريمة حمل السلاح بدون ترخيص، حيث يعاقب عليها ولو لم يستعمل السلاح.

(٥) انظر د. انظر د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٧٩، د. جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام،

الدار الجامعية، ١٩٩٠، ص ٨٣.

(٦) للزيادة في التفاصيل انظر د. مزهر جعفر عبيد، المرجع السابق، ص ١٧٨ إلى ١٨٠،

(٧) انظر د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٧٩.

الملاحظة الحسية لإدراكه^(١) وجرائم خطر، وهي التي تتضمن الفعل الخطر فقط^(٢)، أي دون نتيجة، ولكن في الحالتين يعد كل منهما عدواناً على حق أو مصلحة محمية قانوناً. وعند إنزال هذا النقاش الفقهي حول مفهوم النتيجة في إطار جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، بعيداً عما وجه من نقد للمفهوم المادي والقانوني للنتيجة، يظهر أن هذه الجريمة كما يمكن لها أن تكون من الجرائم ذات النتيجة (جريمة ضرر) فإنها يمكن لها أن تكون من جرائم الخطر (جريمة شكلية)^(٣)، وبعبارة أخرى أن مفهومي النتيجة المادي والقانوني يجتمعان فيها، فالمشرع عند عقابه عليها في المادة ٣٢١ من قانون الجزاء اكتفى بالنص على كفاية نقل عدوى المرض إلى شخص غير مصاب، بمعنى ولو لم يترتب ضرر على المجني عليه، مما يصح القول معه أنها حينئذ تعد جريمة شكلية، كما أنه شدد العقاب بذات الوقت إذا أفضى الفعل إلى نتيجة وهي وفاة المجني عليه مما يجعلها من جرائم الضرر.

ج: علاقة السببية

علاقة السببية هي الصلة التي من شأنها الربط بين أمرين الأول النشاط الإجرامي الصادر من الجاني والثاني النتيجة المترتبة على ذلك النشاط^(٤). ولذلك كما تقول المحكمة العليا (يستوجب لقيام الجريمة توفر علاقة السببية المباشرة بين الجريمة والضرر)^(٥). وعليه يعد الحكم مشوباً بالتقصير إذا لم يبين رابطة السببية كما تقول المحكمة العليا بين الخطأ الذي نسب إلى المتهم وإصابة المجني عليه^(٦).

وبغض النظر عن النظريات التي تطرقت إلى بحث علاقة السببية إذا ما ارتكبت الجريمة من شخص واحد أو تدخل عوامل خارجية أخرى بين نشاط الجاني والنتيجة^(٧)،

(١) انظر د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(٢) انظر، د. مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٣) من ضمن النقد الذي وجه إلى تحديد معنى النتيجة وفق مفهومين أحدهما مادي والآخر قانوني هو أن لا فرق بينهما، فبدلاً من القول بجرائم ذات نتيجة يمكن القول بجرائم ضرر، وبدلاً من القول بجرائم بدون نتيجة يمكن القول بجرائم خطر.

(٤) انظر د. علي حسين الخلف، د. سلطان الشاوي، المرجع السابق، ص ١٤١، د. سامي النصاروي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام، ١٩٧٧، ص ٢٣٠.

(٥) قرار رقم ١٢/ في الطعن رقم ١٧٤/ ٢٠٠٢م، جلسة الثلاثاء الموافق ٤ / ٢ / ٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن

الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، ص ٣١.

(٦) الطعن رقم ١٥٩/ ٢٠٠٢م، جلسة الثلاثاء الموافق ٢٤ / ديسمبر / ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية

والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م، ص ٤٤٩.

(٧) انظر في تفصيل نظريات علاقة السببية د. عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٧،

ص ١٩٥ إلى ١٩٨. د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٨٦ إلى ٢٨٩.

فإن الذي يهمننا هو إذا ما أريد مساءلة متهم عن نتيجة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز) إلى شخص آخر غير مصاب، فإنه يكفي ابتداء لمساءلته إذا نقل عدوى المرض إلى المجني عليه، وهنا لا تثار مسألة إثبات علاقة السببية، فالعقاب كان على مجرد النقل. ولكن في الحالة التي يصاب فيها الجاني بالمرض فيشترط أن تعزى النتيجة (نقل عدوى المرض وإصابة شخص سليم به) إلى الفعل الإرادي المرتكب من قبله، وهذا لا يكون إلا ببيان علاقة السببية بين ذلك الفعل والنتيجة الحاصلة. وتعد النتيجة قائمة دون البحث عن درجة جسامتها الذي يجسدها الأذى الذي لحق المجني عليه. فجسامة النتيجة ينظر إليها كمعيار لتشديد العقوبة لا لإسناد المسؤولية الجزائية لفعل الجاني، وهو ما يظهر من تشديد عقوبة الجاني إلى السجن المطلق إذا ترتب على نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا موت المجني عليه.

وتقرير توفر علاقة السببية بين فعل الجاني والإصابة بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، ولو أنه يعود إلى مطلق حرية محكمة الموضوع، إلا أنه مشروط بأن يستند إلى أدلة مقبولة، وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا العمانية إلى تقرير مبدأ عام يقوم على (إن تقرير توفر رابطة السببية من عدمها من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون تقديرها لذلك سائغاً ومستنداً إلى أدلة مقبولة لها أصلها في الأوراق^(١)). واشترط أن يكون إثبات علاقة السببية بين فعل الجاني بنقل عدوى المرض والنتيجة الحاصلة، إصابة المجني عليه بالمرض، مستندا إلى أدلة مقبولة من الصعوبة بمكان، وذلك لكون المرض يمر بمراحل قد تستغرق فترة زمنية طويلة، كما سبق ذكره، حتى تظهر إصابة المجني بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب^(٢). إلا أن هذه الصعوبة يمكن تذليلها بالاعتماد على الأطباء وغيرهم من أهل الخبرة، خاصة وأن الأبحاث العلمية الحديثة قد أوجدت من الاختبارات التي لها القدرة على التحليل والاستنتاج بما يظهر سبب كثير من الوقائع الجرمية.

(١) طعن رقم ١٥٩ / ٢٠٠٢م، جلسة ٢٤ / ديسمبر / ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها خلال عام ٢٠٠٢ ص ٤٤٩، قرار رقم ٢٥٥ في الطعن رقم ٢١٥ / ٢٠٠٢، جلسة الثلاثاء الموافق ١٦ / ١٢ / ٢٠٠٢م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها خلال عام ٢٠٠٢، ص ٦٠٩.
(٢) انظر د. ممدوح خليل البحر، المسؤولية الجزائية عن نقل فيروس الإيدز. المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ١٤، العدد ٢٧، محرم ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، ص ١٧٠.

ثانياً: الشروع في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب.

يخضع الشروع في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إلى المبادئ العامة التي تحكم الشروع في كافة أنواع الجرائم، إلا أنه يحتاج إلى شيء من التفصيل لخصوصية بعض صورته.

مما هو غالب في بحث الشروع في الجريمة - وذلك بمقتضى المواد القانونية التي تنظمه - أنه يكون على نوعين هما الشروع الموقوف أو الناقص والشروع التام أو الجريمة الخائبة، ويلحق بهما نوع ثالث هو الجريمة المستحيلة التي إما أن يرد النص عليها صراحة أو أنها تستتج من مضمون بعض النصوص^(١).

والنوع الأول للشروع في الجريمة هو الشروع الموقوف أو الناقص. ووفقاً له يعد الجاني شارعاً في الجريمة إذا أوقف فعله بسبب خارجي لا دخل لإرادته فيه عند بدئه بالإجراءات التي من شأنها مثلاً نقل الدم الملوث بعدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إلى الشخص غير المصاب، كما لو تدخل شخص يعلم بحقيقة الدم وحال دون وصوله إلى جسد المجني عليه، وذلك بمنع الجاني من نقله إليه.

أما النوع الثاني: فهو الشروع التام وكما يسمى الجريمة الخائبة. وبموجبه يعتبر الجاني شارعاً شروعا تاماً في الجريمة إذا أكمل فعله الإجرامي إلى أنه لم يفض إلى النتيجة التي سعى إلى تحقيقها.

والسؤال الذي يطرح هنا هو هل يعد الجاني مرتكباً لجريمة الشروع التام عندما يتمكن من نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب للشخص غير المصاب ولكن النتيجة التي أرادها وهي إصابة الشخص بالمرض (لا قتله) لم تتحقق.

نرى ومن خلال نص المادة ٣٢١ من قانون الجزاء التي عاقبت على هذه الجريمة أن الجاني لا يعد شارعاً شروعا تاماً في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، وإنما مرتكباً لجريمة تامة، يعاقب عليها بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على عشر سنوات، أي لا محل للشروع التام في هذه الجريمة، إن لم يكن قصده منصرفاً (إلى قتل المجني عليه). فالنص يتحدث عن نقل عدوى المرض بالقول (... كل من تسبب عمداً بأي وسيلة كانت في نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب

(١) من القوانين الجزائية التي نصت صراحة على الجريمة المستحيلة قانون العقوبات العراقي المادة (٣٠) وقانون العقوبات السوري (المادة ٢٠٢) وقانون العقوبات البحريني (المادة ٤١)، وقانون العقوبات الكويتي (المادة ٢/٤٥). ومن القوانين التي يستتج النص عليها ضمناً قانون الجزاء العماني وذلك من تعريف الشروع في الجريمة (المادة ١/٢٩) والبدء في التنفيذ المادة (٢/٢٩).

(الإيدز) إلى شخص آخر غير مصاب). ولم ترد فيه جملة (وأدى ذلك إلى إصابته بالمرض) كي يقال حينها بالشروع التام إذا لم يصاب الشخص بالمرض. مما يعني من وجهة نظرنا هو كفاية نقل عدوى المرض للشخص غير المصاب لاعتبار جريمة الجاني مكتملة الإركان ومن ثم يستحق العقاب عنها، أي أن الجريمة في هذه الحالة تقوم على السلوك المجرد (جريمة شكلية) كما سلف القول. ويفهم من ذلك أن المشرع قد ساوى في العقاب بين مجرد نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا للشخص غير المصاب وبين إصابته بالمرض، وذلك إمعانا في أخذ الجاني بالشدّة بسبب خطورة جريمته.

وقد يقال أن عدم ذكر النص عبارة (وأدى ذلك إلى إصابته بالمرض) يرجع إلى أن تلك الإصابة ستكون حتمية جراء نقل عدوى المرض. ومعنى هذا القول هو أن النص قد قرر العقاب على افتراض نتيجة قانونية قد لا تحصل، وهذا لا يتلاءم مع حسن الصياغة القانونية التي يتوجب أن تكون عليها النصوص القانونية من ناحية تحديد النتائج المعاقب عليها، كما أنه قول يحمل النص أكثر من معناه. وعموما فإن هذا القول يعد حجة للرأي الذي نقول به لا حجة عليه، إذا أن الاستنتاج بأن الشخص غير المصاب سيصاب بالمرض في كل الأحوال بمجرد نقل عدوى المرض إليه، مؤداه ألا شروع تام في الجريمة، وإنما تحقق جريمة تامة.

وقد يقصد الجاني من وراء نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب (موت المجني عليه بالمرض) لا مجرد نقل عدوى المرض إليه، إلا أن النتيجة التي أرادها لم تتحقق، أو أصيب المجني عليه بالمرض ولكنه لم يموت، وهذا ليس مستبعدا، فالدراسات الحديثة تشير إلى نجاة عدد من الأشخاص، بفضل طرق علاج حديثة، من هذا المرض الذي يعد قاتلا في كثير من الأحيان^(١)، فإن الجاني ساعته يعد شارعا شروعا تاما في جريمة قتل، لا شارعا في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، ويخضع فعله تبعا لذلك إلى العقوبة المقررة للشروع في جريمة قتل. أي تطبيق الأحكام المنظمة للشروع المنصوص عليها في المواد من ٢٩ إلى ٣٢ من قانون الجزاء^(٢)..

(١) فقد ذكر في مجلة (سيل) المتخصصة، عن شفاء امرأة مصابة بمرض متلازمة نقص المناعة المكتسب وبسرطان الدم، وذلك عن طريق زرع خلايا جذعية خاصة من دم الحبل السري. وقد كان المعروف أن هناك ثلاث حالات للشفاء من مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب قد حصلت في العالم. انظر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) <https://www.dw.com/ar> بتاريخ ١٧/٥/٢٠٢٣. (٢) إن مسألة عد الجاني قاتلا أو شارعا في القتل لا يمكن البت فيها بالمنظور القريب غالبا، وذلك لطول الفترة التي تستغرقها عدوى المرض لإعمال أثرها النهائي في جسد المجنى عليه، إذ من الممكن أن تمتد إلى سنوات عديدة. انظر د. جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص ٥٤، د. محمد حلمس وهدان، وبائية متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز)، مطبوعات منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط، ١٩٩١، ص ٦

أما الجريمة المستحيلة فإنها بما تعنيه من عدم تمكن الجاني - على الرغم من نواياه - من إتمام الجريمة التي قصدتها بسبب وقائع أو ظروف غير معروفة له خارجة عن إرادته^(١)، كانت محل بحث في نطاق الشرع في الجريمة، لكونها تلتقي في مضمونها مع إحدى صورته، وبالتحديد الشرع التام (الجريمة الخائبة)، من حيث تمام السلوك المكون للجريمة، وعدم تحقق النتيجة الجرمية التي قصدتها الجاني، وإن ذلك كان لسبب خارج عن إرادته، كما في حالة إطلاق النار على ميت بقصد قتله.

والقول بالتقاء الجريمة المستحيلة مع الجريمة الخائبة لا يفهم منه انطباق ذات الأحكام التي تخضع لها الجريمة الخائبة على الجريمة المستحيلة، فالأخيرة تتميز في أن النشاط المكون لها يتصف من لحظة ارتكابه بالاقتران بطرف سابق يستحيل معه تحقيق النتيجة المقصودة من وراء القيام به لم يكن الجاني على علم به، بينما كان عدم تحقيق النتيجة في الجريمة الخائبة يحصل بعد البدء الجاني في نشاطه^(٢)، الذي كان بالإمكان أن يتحقق على ضوئه الجريمة لو كان الجاني أكثر دراية وأشد عناية في كيفية ارتكابه. وعلى ضوء عدم إمكانية تحقق الجريمة كاملة جراء النشاط المرتكب، سميت الجريمة بدلا من الجريمة الخائبة الجريمة المستحيلة.

ووفقا لما تقدم هل يعد الجاني شارعا في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إذا نقل تلك العدوى لشخص وكان الأخير مصابا بالمرض أصلا، أو استخدم الجاني إبرة لنقل الدم الملوث غير صالحة لزرع الدم في جسد غير المصاب لعدم وجود فتحة فيها لخروج الدم. نرى أن الجاني في الحالتين يعد مرتكبا لجريمة الشرع في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب. وأية ذلك هو أن المعول عليه في اعتبار تحقق البدء في التنفيذ هو أن يكون الفعل أو الأفعال التي أتاهها الجاني كافية من وجهة نظر الجاني لإحداث الجريمة، دون الالتفات إلى كون تلك الأفعال تعد جزءا من ماديات الجريمة^(٣)، ودون أخذ خيبة الأثر بالاعتبار^(٤). ولهذا كان الرأي أن العقاب على الشرع لا يؤسس ابتداء على ما يترتب عليه من ضرر، وإنما

(١) انظر Richard G. Singer, John Q. La Fond. Criminal Law, Four Edition, Aspen publisher, 2007, P. 302

(٢) لزيادة في التفاصيل عن أنواع الاستحالة والعقاب عليها انظر د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٣١٤، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٣٩٩، أ. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، المرجع السابق، ص ٢١٥، أ. سمير عالية، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٥٨٩، د. علي عبدالقادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٠٨، ص ٣٧٥.

(٣) انظر د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

(٤) انظر د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٤٨٧.

مبناه نية الجاني الإجرامية التي ترجمها بما أتاه من نشاط ذات صلة بالجريمة التي سعى لتحقيقها^(١). وهذا كافيا للخوض في مدى كون الجريمة ممكنة أو مستحيلة الوقوع.

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب

لما كنا نبحث في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب العمدية فإن الركن المعنوي^(٢) فيها يتمثل بالقصد الجنائي.

ولقد جاء النص في المادة ٣٢١ من قانون الجزاء على القصد الجنائي بمسمى العمد في الفقرة الأولى منها حيث عاقبت كل من (تسبب عمدا..... في نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب.....).

وعليه من أجل القول بأن الجريمة عمدية عموما لا بد من التحقق من وجود العمد فيها، ويصار في ذلك إلى ما جاء في المادة ٢/٣٣ من قانون الجزاء حيث نصت على القول بأنه (ويتوفر العمد باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرما قانونا، وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أي نتيجة أخرى مجرمة قانونا يكون الجاني قد توقعها وقبل المخاطرة بها)^(٣).

وبحسب نص تلك المادة يظهر أن العمد يقوم على عنصرين هما الإرادة والعلم. وإذا كانت الإرادة واضحة من خلال النص عليها صراحة فإن العلم يفهم ضمنا، ذلك أن اتجاه الإرادة لارتكاب الفعل بقصد إحداث النتيجة مباشرة أو قبول المخاطرة بحدوثها، يفترض العلم بها من جانب، وبالفعل الذي أدى إليها من جانب آخر.

(١) انظر د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٤٨٦، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٣٩٧، د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٩٢، ص ١٧٠.

(٢) الركن المعنوي للجريمة هو الذي تنقسم على إثره الجرائم إلى فئتين إحداهما عمدية والأخرى غير عمدية وذلك بناء على الصورة التي يكون عليها، وهو ما ورد النص عليهما صراحة في المادة ١/٣٣ من قانون الجزاء، حيث جاء فيها (الركن المعنوي للجريمة هو العمد في الجرائم المقصودة، والخطأ في الجرائم غير المقصودة). كما أنه يجسد العلاقة النفسية بين ماديات الجريمة وشخص مرتكبها. انظر د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ١٧٥. وبدونه لا تكفي ماديات الجريمة لمساءلة من وقعت الجريمة بفعله.

(٣) عرف المشرع العراقي القصد الجنائي في المادة ١/٣٣ بالقول (القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى).

ومؤدى ما ذكر تكون جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدية عندما تتجه إرادة الجاني إلى نقل ذلك المرض، بأي وسيلة صالحة لنقله، بغية إصابة الشخص السليم به مباشرة، أو أنه توقع إصابته به، ومع ذلك أقدم على نقل عدوى المرض إليه قابلا المخاطرة بذلك، أي كان لديه قصدا احتماليا.

ومما نعتقده هنا هو أن القصد الجنائي يعد متوفرا ومن ثم قيام مسؤولية الجاني عن الجريمة بصورة عمدية، إذا تعمد الجاني نقل عدوى المرض إلى شخص غير مصاب، أو توقع نقله إليه جراء فعله وقبل المخاطرة بذلك، دون البحث عن نية أخرى، كأن يشترط أن يقصد الجاني قتل من نقل إليه عدوى المرض. وعلى هذا نرى أن هذه الجريمة تتحقق بمجرد توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني، الذي مبناه اتجاه إرادة الجاني إلى الفعل الذي يتم به نقل عدوى المرض، وإلى نقل عدوى المرض إلى شخص غير مصاب، كإرادة حمل الدم الملوث بعدوى المرض، وإرادة زرقه في جسد الشخص غير المصاب، أو إرادة المعاشرة الجنسية، وإرادة نقل عدوى المرض من خلالها لمن يعاشره غير مصاب. وتحقق علم الجاني بحقيقة فعل النقل بأنه فعل يتم به نقل عدوى المرض والعلم بطبيعة ما ينقله، من أنه عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب.

وبخلاف ذلك إذا لم يتحقق بسلوك الجاني أحد عنصري القصد فلا تقوم المسؤولية الجزائية العمدية بحقه، بل ولا يعد مسؤولا جزائيا بأي صورة إذا انتفت لديه حرية الإرادة، كأن يكون مكرها على نقل عدوى المرض، وبكلمة عامة إذا ما عرض له أي من موانع المسؤولية الجزائية الوارد النص عليها في المادة ٥٠ من قانون الجزاء^(١). إلا أنه مع ذلك يمكن أن يسأل الجاني عن جريمة غير عمدية إذا لم يكن يعلم أن بفعله ينقل عدوى مرض متلازمة نقص المناعة المكتسب إلى شخص غير مصاب.

والقول بقيام جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا بمجرد اتجاه الإرادة إلى فعل النقل وإلى النتيجة وتحقق العلم بالفعل والنتيجة يثير التساؤل عن مدى صواب اتهام الشخص بجريمة القتل أو الشروع فيه، إذا ما كان لديه نية قتل من نقل إليه عدوى المرض ومات المجني عليه أو لم يموت.

(١) نصت المادة ٥٠ على القول بأنه (لا يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون، أو عاهة في العقل، أو غيبوبة ناشئة عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة أيا كان نوعها، أعطيت قسرا عنه أو تناولها بغير علم بها، أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة).

سبق لنا بيان أن الجاني الذي لديه مثل ذلك القصد من غير الممكن عقابه بذات العقوبة المنصوص عليها في المادة ٣٢١ من قانون الجزاء التي يعاقب بها الشخص الذي نقل عدوى المرض ولم يكن لديه ذلك القصد، وهي السجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على عشر سنوات، كما لو كان قصد الجاني منصرفاً إلى إصابته بعاهة مستديمة أو زيادة أعداد المصابين بهذا المرض، أو بهدف تحميل الدولة أعباء صحية كبيرة إضافية، وذلك بسبب طول مدة علاج المصاب. كما نرى أيضاً، ومن باب التطبيق القانوني السليم، أن لا يصار إلى معاقبة الجاني بالسجن المطلق استناداً لذات نص المادة ٣٢١ من قانون الجزاء، وسبب ذلك هو أن هذا النص يشير إلى القصد المتعدي لا إلى القصد المباشر، أي أن الجاني لم يكن يقصد سوى نقل المرض إلى الشخص غير المصاب، أو إصابته بالمرض لا أكثر، ولكن حدثت نتيجة لم يكن يريدتها وهي موت المجني عليه، وهو ما يفهم مما جاء فيه من قول (إذا أفضى الفعل إلى موت المجني عليه).

ولذلك نرى أن الجاني يعتبر متهماً بجريمة القتل العمد، إذا حدثت الوفاة، نتيجة لنقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمداً بقصد القتل، أي ثبتت علاقة السببية بين نشاط الجاني والنتيجة الحاصلة وهي وفاة الجاني، ومن ثم يطبق عليه النص الخاص بالقتل، سواء الوارد في المادة ٣٠١ أو المادة ٣٠٢ من قانون الجزاء^(١).

- القصد المتعدي في جريمة نقل مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب.

القصد المتعدي هو وصف لوضع قانوني تحصل فيه نتيجة جرمية أشد جسامة من تلك التي أراد الجاني تحقيقها جراء الفعل الذي ارتكبه. كما لو قصد الجاني من وراء الاعتداء على آخر إلحاق الأذى به كالجرح أو الكسر، إلا أن الأخير يتوفى نتيجة ذلك، أو قصد من ارتكاب الفعل إجهاض امرأة حامل فيفرضي فعله إلى وفاتها، أو قصد إضرام النار في مال مملوك للغير فيفرضي الحريق إلى وفاة شخص.

وكما يظهر من الأمثلة أعلاه أن حقيقة فعل الجاني قد تضمنت نتيجتين الأولى كانت مقصودة من قبله وهي النتيجة البسيطة^(٢)، الجرح أو الكسر أو الإجهاض، أو إضرام النار، والثانية غير مقصودة منه وهي الوفاة.

(١) تتعلق المادة ٣٠١ بالقتل العمد الخالي من الظروف المشددة ولهذا كانت العقوبة فيها السجن المطلق، أما المادة ٣٠٢ فتخص القتل العمد المقترب بالظروف المشددة وعليه كانت العقوبة فيها الإعدام.

(٢) تعتبر بسيطة قياساً للجريمة الأشد. للزيادة في التفاصيل أنظر د. مزهر جعفر عبيد، المرجع السابق، ص ٢٥٠ إلى ٢٥٣.

وعليه قد يقصد الجاني جراء نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، لا قتل المجني عليه وإنما إصابته بالمرض لا أكثر إلا أن فعله يفضي إلى وفاة الأخير، في هذه الحالة تعد الوفاة غير مقصودة من الجاني، بمعنى أن النتيجة الحاصلة قد تجاوزت قصده، كما سلف القول. وعند تحديد مسؤولية الجاني الجزائية عن جريمته يلاحظ أن المشرع قد ساوى بين تلك المسؤولية ومسؤولية الجاني الذي يرتكب جريمة القتل العمد (المباشر) المنصوص عليها في المادة ٣٠١ من قانون الجزاء^(١). وبذلك لم يطبق ذات الاتجاه الذي سار عليه بجعل مسؤولية الجاني العقابية أكثر من عقوبة جريمة القتل الخطأ وأقل من جريمة القتل العمد الذي قرره في المادة ١/٣٠٦ من قانون الجزاء التي جاء فيها (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات كل من اعتدى على سلامة إنسان بأي وسيلة كانت، ولم يقصد من ذلك قتله، ولكن أفضى الاعتداء إلى الموت. ويجب ألا تقل العقوبة عن سبع سنوات إذا اقترن الفعل بإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٠٢) من هذا القانون).

ولا يمكن تبرير ذلك إلا برغبة المشرع في أخذ مرتكب تلك الجريمة بالشدّة، بأي صورة كان عليه قصده (مباشر أو متعدي)، لجسامة الأثار التي تتولد عن هذه الجريمة، كما ألمحنا إلى ذلك فيما سلف.

المطلب الثاني:

عقوبة جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا

من خلال ما مر بنا ووفقا للمادة (٣٢١) من قانون الجزاء يظهر أن المشرع قد حدد عقوبتين لمن ينقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب. الأولى السجن الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن سبع سنوات. وهذه العقوبة تفرض على الجاني بمجرد نقل عدوى المرض إلى المجني عليه سواء أصيب بالمرض أو لم يصب به. والثانية السجن المطلق. وهذه العقوبة تكون مقابلة لفعل الجاني الذي يفضي إلى موت المجني عليه.

(١) نصت المادة ٣٠١ / ١ على القول بأنه (يعاقب بالسجن المطلق كل من قتل إنسانا عمدا، ويعد إنسانا لتطبيق أحكام هذا القانون كل مولود نزل حيا من بطن أمه).

والملاحظ على عقوبتي السجن تلك هو أنهما لم يصاحبهما الحكم بالغرامة كعقوبة رديفة^(١)، وهذا مسلك غالب سار عليه المشرع العماني في العقاب المخصص لجرائم الجنايات التي ترتكب اعتداء على سلامة الإنسان. ويمكن رد هذا المسلك إلى رغبة المشرع في الإشارة إلى تأكيد جسامه هذه الجريمة التي يقلل من بشاعتها الحكم الرديف بمبلغ مالي، ولو أن به زيادة في إيلاء الجاني.

وعلى الرغم من شدة العقاب المقرر لجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا، إلا أننا نحبذ لو كان هناك نص يشير صراحة، بدلا من الاستنتاج، إلى جعل العقوبة الإعدام إذا اقترن فعل الجاني الذي يقصد به موت الشخص غير المصاب بإحدى الحالات المنصوص عليها في (المادة ٣٠٢) من قانون الجزاء). خاصة وأن المشرع قد حدد العقاب وفقا لتلك الحالات عندما يعتدي الجاني على سلامة إنسان ولم يقصد قتله ولكن يفضي اعتدائه إلى الموت (المادة ٣٠٦) من قانون الجزاء)، لذا يكون من باب أولى أن يشدد العقاب إلى الإعدام في حالة العمد.

(١) الجريمة من نوع الجناية لا تكون فيها عقوبة الغرامة عقوبة بديلة عن السجن، أي (اختياريه) بينها وبين السجن، فدائما لا بد الحكم إما بالإعدام أو السجن المطلق أو المؤقت كعقوبة أصلية لها، وهو ما تقرر في المادة ٢٤ من قانون الجزاء، حيث جاء فيها (الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المطلق أو السجن المؤقت من (٢) ثلاث سنوات إلى (١٥) خمس عشرة سنة)، إلا أنه من الجائز أن تصاحب أحيانا عقوبة الجناية الغرامة مثل الجناية المنصوص عليها في المادة ٢٠٨ من قانون الجزاء.

المبحث الثاني:

جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ

لم يقصر المشرع العقاب على جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب بصورتها العمدية وإنما قرر العقاب أيضا على ارتكابها بصورة غير عمدية، وما مرد ذلك إلا ما وقف عليه من خطورة هذه الجريمة التي من آثارها سهولة انتشارها بين أفراد المجتمع صغارا وكبارا.

وارتكاب جريمة نقل عدوى مرض متلازمة نقص المناعة المكتسب بصورة غير عمدية يكون إما عن طريق خطأ الفاعل أو لعدم مراعاة القوانين أو الأنظمة، وهاتان هما صورتا الخطأ غير العمدي اللتان نص عليهما المشرع العماني في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣ من قانون الجزاء حيث جاء فيها (و يتوفر الخطأ إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة).

ومن أجل الإحاطة بجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ سنتكلم ابتداء عن تعريف الخطأ وصوره، دون الركن المفترض فيها والركن المادي لها، فهذان الركنان في فحواهما لا يخرجان عما ذكر عنهما في الجريمة العمدية سوى ما تعلق بإرادة النتيجة والعلم بها، لذا فلا داع لإعادة الكلام فيهما مرة ثانية. ومن ثم نتناول عقوبة الجريمة نقل عدوى متلازمة العوز المناعي المكتسب.

إلا أن ما نود بيانه هنا هو عدم إمكانية تحقق الشروع في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب بصورتها غير العمدية، وذلك لكون أولا أن الشروع في الجريمة هو جريمة عمدية حيث يقصد الجاني من وراء فعله تحقيق نتيجة إجرامية معينة إلا أنها لا تتحقق قطعا، أو تتحقق ولكن ليس بالحالة التي أرادها. وثانيا أن المشرع قد قرر مبدأ عام مضمونه عدم العقاب على الشروع في الجريمة إذا كانت الجريمة من نوع الجنحة، إلا إذا نص على ذلك صراحة. فقد جاء في المادة ٣١ من قانون الجزاء القول بأنه (لا يعاقب على الشروع في الجنح إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة). وحيث أن عقوبة جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ لا تزيد على ثلاث سنوات (المادة ٢٢١ من قانون الجزاء) فإنها تعد جنحة وبالتالي لا عقاب على الشروع فيها، إذ لم يوجد نص يعاقب عليها بهذه الصفة.

المطلب الأول:

تعريف الخطأ غير العمدي وصوره

الفرع الأول: تعريف الخطأ غير العمدي

لم يعرف المشرع العماني الخطأ غير العمدي، إلا أنه قد بين متى يعد متوفراً وذلك في المادة ٣٣ من قانون الجزاء^(١). وهو بهذا المنحى قد جعل لتوفر الخطأ ذات الأثر الذي يترتب على تعريفه من حيث عد الجريمة الواقعة جريمة غير عمدية^(٢).

ولسد الثغرة التي تخلفت جراء ابتعاد أغلب القوانين عن وضع تعريف له. فقد قيل فقها بأكثر من تعريف له. فهو في نظر بعض لا يتعدى إخلال المتهم عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم منع أن يؤدي تصرفه إلى حدوث النتيجة الإجرامية، مع أنه كان في استطاعته ومن واجبه القيام بذلك^(٣). وفي رأي آخرين هو تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص متوسط الذكاء وجد في نفس الظروف الخارجية للمقصر^(٤).

وبغض النظر عن مدى اتفاق أو اختلاف التعاريف التي أعطت للخطأ غير العمدي، فإنه من حيث المضمون يقوم على إرادة الجاني لنشاطه، دون إرادة النتيجة التي تحققت بسبب ذلك النشاط.

(١) كذلك لم يعرفه قانون العقوبات المصري حيث اكتفى بوضع تطبيقات خاصة لفكرته كالإهمال والرعونة وعدم الاحتراز. انظر د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ٥٣٦.

(٢) هناك بعض من القوانين الجزائية قد عرفت الخطأ غير العمدي ولكن بصيغ مختلفة، منها قانون العقوبات اللبناني والسوري. فقد ورد في المادة ١٩١ من قانون العقوبات اللبناني القول بأنه (تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها، وسواء توقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها)، وجاء ذات التعريف في المادة ١٩٠ من قانون العقوبات السوري. وبصورة أكثر تفصيلاً عرف قانون الجزاء الكويتي الخطأ غير العمدي في المادة ٤٤ منه بالقول (يعد الخطأ غير العمدي متوافراً إذا تصرف الفاعل، عند ارتكاب الفعل، على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه، بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفریط أو الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة اللوائح. ويعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو إذا لم يتوقع، عند ارتكاب الفعل، النتائج التي كان في استطاعة الشخص المعتاد أن يتوقعها فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك، أو توقعها ولكنه اعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك).

(٣) انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

(٤) انظر د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٤٧. كما قيل فيه أنه إخفاق الشخص بالالتزام بمعيار الحيطة والحذر في حين أن من واجب المتهم في الأصل أن يلتزم به، ولذلك فهو عدم إتيان سلوك يتوقع أن يأتي به الرجل المعتاد (المتوسط الذكاء) في ظروف يستدعي فيها القانون سلوكاً وتصرفاً عقلانياً راشداً. انظر ص ٣٣ 19.P. 1978. Glanville Williams, Textbook of criminal law, London, Stevens and sons

وبعبارة مختصرة عرف بأنه الفشل في تلبية معايير الرجل العاقل انظر 19.P. 2001. Jacqueline, Martin, and Chris Turner, Criminal Law, Great Britain, for Hodder and Stoughton

وقد يكون الجاني غير عالم بالنتيجة التي ترتبت على نشاطه، أي غير متوقع لها مع أنه كان بمقدوره ومن واجبه توقعها، وهو ما يسمى بالخطأ غير الواعي. ومن قبيل تحقق الخطأ غير الواعي في الجريمة محل البحث قيام الطبيب بنقل دم ملوث بعدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إلى شخص مريض دون إجراء الفحص اللازم له قبل مباشرة نقله. وفي نطاق العلاقات الاجتماعية قيام مصاب بعدوى المرض بمعايشة آخر جنسيا غير مصاب دون أن يعلم أنه مصاب بعدوى ذلك المرض فينقل له عدوى المرض.

وإما أن يكون الجاني متوقعا للنتيجة التي ترتبت على نشاطه، ولكنه لم يقبل بحدوثها اعتمادا على احتياطات لم تكن بالمقدار الذي يدرأ وقوعها وهو ما يسمى بالخطأ الواعي. ومثاله في نطاق جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، قيام شخص يعلم بأنه مصاب بعدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب بمعايشة شخص غير مصاب بعدوى هذا المرض متوقعا عدم إمكانية إصابة الأخير اعتمادا على ما اتخذه من إجراءات وقائية إلا أنها فعليا لم تكن كافية لدرء الإصابة بعدوى المرض. أو قيام شخص، من ذوي ممارسي المهن الطبية، بنقل دم عن طريق أداة ملوثة بعدوى المرض وتوقع إصابة من ينقل إليه هذا الدم، إلا أنه استبعد ذلك استنادا إلى ما اتخذه من إجراءات عملية لتنظيف وتعقيم الأداة قبل نقل الدم بواسطتها، إلا أنه مع ذلك تحدث الإصابة بعدوى المرض، لعدم كفاية الإجراءات العملية التي اتخذها.

وفي كل الأحوال يكفي لقيام الجريمة غير العمدية ومن ثم المسؤولية الجزائية، تحقق الخطأ بأي درجة ضئيلة كانت أم جسيمة، استنادا إلى أن الخطأ الجزائي ذو طبيعة واحدة^(١).

الفرع الثاني: صور الخطأ غير العمدي

جمع المشرع العماني صور الخطأ غير العمدي في اثنتين الأولى وردت بعبارة عامة واحدة تحت مسمى خطأ الفاعل للدلالة على الخطأ العام. والثانية جاءت كصورة خاصة للخطأ وتحت مسمى عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة. وقد جاء النص على صورتين للخطأ غير العمدي في الفقرة الأخيرة من المادة ٣٣ من قانون الجزاء بالقول (ويتوفر الخطأ غير العمدي إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، أو عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة). ومن هذا يتبين أن قانون الجزاء لم يرد فيه صور متعددة للخطأ، سواء كانت مجموعة في مادة قانونية واحدة أو في مواد متفرقة.

ومن أجل توضيح صورتين للخطأ غير العمدي سنلقي الضوء عليهما تباعا.

(١) انظر د جلال ثروت، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

أولاً: خطأ الفاعل

خطأ الفاعل عبارة عامة تدل على الخطأ غير العمدية، أراد بها المشرع العماني التعبير عن صور الخطأ غير العمدية المختلفة الدارج ذكرها في العديد من القوانين الجزائية، مثل الإهمال والرعونة وعدم الاحتياط وعدم الانتباه^(١)، بحيث يكفي القول بخطأ الفاعل لقيام مسؤوليته غير العمدية عن الجريمة المرتكبة، وليس هناك ما يفصح عن مضمون صورة الخطأ الذي وقع فيه الفاعل فيما إذا كان إهمالاً أو غيره. لأن في ذكر أي من تلك الصور لا يفيد في إثبات الخطأ وعدم الذكر لا ينفع في نفي الخطأ، ما دام أن الدليل قد أقيم على ارتكاب الجاني الفعل أو امتناعه عنه وقد تم بمحض إرادته الحرة الواعية، وترتبت جراء ذلك النتيجة المجرمة قانوناً^(٢).

وتطبيقاً لخطأ الفاعل في جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، يعد الجاني مرتكباً لجريمة غير عمدية سواء جاءت أفعاله نتيجة الإهمال أو الرعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه. كأن لم يتخذ المصاب من الوسائل التي تمنع إصابة الغير بالمرض الذي يحمله أو قيام ممرض بجمع عدد من المصابين مع أشخاص غير مصابين فتنتقل لهم العدوى^(٣)، أو عدم اتخاذ الأم المصابة بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون رضاعة وليدها منها فيصاب بالمرض نتيجة رضاعته منها. أو عدم قيام طبيب الأسنان قبل معالجة لثة المريض النازفة تعقيم أدوات الجراحة الملوثة بدم يحمل عدوى المرض، فينتقل المرض للمريض.

ثانياً: عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة

يعد نشاط الجاني الذي أساسه عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة خطأ لا ينضوي تحت صورة خطأ الفاعل، وذلك لكون مصدر عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة ليس ذات مصدر خطأ الفاعل التي هي القواعد العامة للسلوك، فمصدرها خاص مبناه القواعد التي تتضمنها القوانين أو الأنظمة^(٤)، لذلك أعطي مسمى (الخطأ الخاص) لتمييزه عن (الخطأ العام).

(١) انظر القوانين العقابية التالية: المصري المادة ٢٣٨، العراقي المادة ٣٥، الكويتي المادة ٤٤، القطري المادة ٣٢، الإماراتي الاتحادي المادة ٣٨.

(٢) كما أنها في حالة تعددها تختلط فيما بينها إلى درجة ليس من السهولة التمييز بينها. هذا فضلاً عن إن عدم ذكر صور للخطأ قانوناً يجنب الفقه النقاش فيما إذا كانت تلك الصور واردة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ وهذا بدوره أيضاً يحرر القضاء من تحديد صورة خطأ الجاني عند إدانته، إذ يكفي القول أن الجريمة قد وقعت بخطأ الفاعل. أنظر د. مزهر جعفر عبيد، المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

(٣) انظر د. جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٤) انظر د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

إلا أن خصوصية هذه الصورة من الخطأ لا تلغي التقاءها مع خطأ الفاعل في النتيجة النهائية وهي اعتبار الشخص مخطئاً عندما لا يتقيد بالقواعد الواردة في القوانين أو الأنظمة ومن ثم عد جريمته غير عمدية.

إلا أن ما يميزها عن صورة خطأ الفاعل هو كونها تطبع تصرف الجاني بصفة الخطأ وإن لم يرتكب خطأ عند مزاولته لنشاطه، بل حتى وإن لم يترتب على فعله نتيجة ضارة^(١). فالنظر من خلالها يكون محصوراً بمدى مخالفة أوامر أو نواهي القوانين أو الأنظمة، فإن ثبتت تلك المخالفة فإن الفاعل ساعته يكون مخطئاً. فمثلاً من الواجبات الملقاة على عاتق مزاولي مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة (التقيد بالقواعد واللوائح والنظم والإجراءات الخاصة بممارسة مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة) (المادة ١٠ / ٣ من قانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة رقم ٧٥ / ٢٠١٩). فتعد المخالفة قائمة عندما يتعامل الطبيب أو الصيدلاني بأدوية أو مواد أو مستحضرات صيدلانية غير مسجلة في وزارة الصحة، ما لم يكن حاصلًا على ترخيص بذلك من الوزارة^(٢). لذا كان مجرد عدم التقيد بذلك يعد الشخص مخطئاً وتقام في حقه المسؤولية الجزائية غير العمدية.

ويراد بالقوانين معنى واسعاً فهو يشمل كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد لها قوة قانونية ملزمة، حتى وإن كان القانون الذي خولفت أحكامه غير جزائي^(٣). ومن أمثلة هذه القوانين قانون مكافحة الأمراض المعدية رقم ٧٣ / ٩٢ المعدل، إذ يعد بموجب المادة (٣) من هذا القانون الطبيب الذي قام بالكشف على المريض مخطئاً إذا لم يبلغ عن حالة المريض^(٤).

(١) انظر د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ١١٥، د. عبود السراج، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المرجع السابق، ص ٣١٩-٣٢٠.

(٢) المادة ١ / ٥٧ من قانون تنظيم مزاوله مهنة الطب والمهنة الطبية المساعدة..

(٣) انظر د. مزرع جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأفراد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

(٤) نصت المادة (٣) على عدد من الأشخاص يكون كل واحد منهم مسؤولاً عن التبليغ عن المريض بمرض معدٍ أو يشتبه بإصابته بالمرض المعدى، حيث جاء فيها (المسؤولون عن التبليغ المشار إليه في المادة السابقة هم على الترتيب التالي: أ- الطبيب الذي قام بالكشف على المريض.

ب- مسؤول المؤسسة الصحية التي ظهرت بها الإصابة بالمرض.

ج- مسؤول المختبر الذي تم فيه فحص العينة التي تشير إلى وجود المرض.

د- رب أسرة المريض أو من يعوله أو يأويه أو من يقوم على خدمته.

هـ - رب العمل أو المدير المسؤول إذا ظهرت الإصابة في إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية أو المحال العامة.

و- قائد وسيلة النقل إذا ظهر المرض أو اشتبه فيه أثناء وجود المريض بها.

ز- ممثل الجهة الإدارية (الوالي أو الشيخ أو الشرطة).

كما نص في المادة (٤) من ذات القانون على أنه (يجب أن يتضمن الإبلاغ عن المريض أو المشتبه بمرضه ذكر اسمه الثلاثي، واسم قبيلته أو لقبه، ومحل إقامته، وعمله وذلك على وجه يمكن الجهات الصحية من الوصول إليه).

أما الأنظمة فهي كل ما يصدر من لوائح وقرارات وتعليمات من جهات الإدارة، هدفها المحافظة على النظام والأمن والصحة العامة وغير ذلك. ومن أمثلتها لائحة الاشتراطات الصحية الخاصة بالأنشطة ذات الصلة بالصحة العامة رقم ٢٠١٦/٢٩، كعدم جواز استخدام الحلاقين لفوط غير نظيفة المادة ١٧٣ / ٥. وقد يكون ذلك لأكثر من شخص ومن الجائز أن أحدهم مصاب بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب فيؤدي ذلك إلى نقل عدوى المرض إلى الآخرين.

المطلب الثاني:

عقوبة جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ

وردت عقوبة هذه الجريمة في المادة (٣٢١) من قانون الجزاء، وهي السجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات. وهذه العقوبة تفرض على الجاني بمجرد خطئه في نقل عدوى المرض وثبوت إصابة المجنى عليه بها - بل حتى - ولو على سبيل الفرض، إن كان كل ما ترتب على نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأ، إصابة المجنى عليه بالمرض أو التعطيل عن العمل مدة لا تزيد أو تزيد على ثلاثين يوم. وهذا يعني أننا لا نطبق المادة (٣١٢) من قانون الجزاء بفقرتها^(١). ويرجع ذلك إلى أن النص العقابي الوارد في المادة (٣٢١) من قانون الجزاء هو نص خاص بهذه الجريمة، مما يتوجب تطبيقه. كما أن ذات العقوبة الواردة في ٣٢١ هي التي تفرض كذلك وإن أدى نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب إلى موت الشخص غير المصاب. وهي في ذلك تتساوى في حدها الأعلى مع عقوبة جريمة القتل خطأ الوارد النص عليها في المادة (٣١١) من قانون الجزاء^(٢). إلا أنها أشد منها في الحد الأدنى لمدة عقوبة السجن. فمدة عقوبة السجن المقررة للجريمة الأخير لا تقل عن ثلاثة أشهر في حين أن مدة عقوبة السجن للجريمة الأولى لا تقل عن سنة. ولا يلتفت إلى أن جريمة القتل خطأ مصحوبة بغرامة لا تقل عن ٣٠٠ ريال عماني ولا تزيد على ١٠٠٠ ريال عماني، بينما لا توجد عقوبة غرامة مصاحبة لعقوبة السجن في جريمة نقل عدوى متلازمة العوز المناعي

(١) نصت المادة ٣١٢ على القول بأنه يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب خطأ في إيذاء شخص إذا لم ينتج عن الإيذاء مرض أو تعطيل عن العمل تزيد مدته على (٣٠) ثلاثين يوماً. وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر، ولا تزيد على (٦) ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان المرض أو التعطيل لمدة تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً..

(٢) نصت المادة ٣١١ على القول بأنه يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني، ولا تزيد على (١٠٠٠) ألف ريال عماني كل من تسبب بخطئه في موت إنسان.

المكتسب، إذ مع ذلك تعتبر عقوبة أشد من سابقتها. فعقوبة الغرامة مهما كان مقدارها لا تعد أشد من عقوبة السجن الواردة في نص آخر والتي تزيد مدتها على مدة السجن المصاحب لتلك الغرامة. هذا فضلا عن أن العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٢١) هي عقوبة واردة في نص خاص مما يتوجب تطبيقها.

الخاتمة:

تطرقنا في هذا البحث لبعض الإشكاليات القانونية التي يثيرها النص على جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، بحالتي وقوعها بصورة عمدية وغير عمدية، مستعرضين المسؤولية الجزائية المترتبة على من يرتكب تلك الجريمة.

ولقد جاء بحثنا مبينا ابتداءً منهج وأهمية ومشكلة وأهداف البحث، فضلا عن التمهيد للبحث بمقدمة. وبعد ذلك استعرضنا خطة البحث التي جاءت مقسمة إلى مبحثين، وفي المبحث الأول تناولنا جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمداً، فتحدثنا عن أركانها من ركن مفترض وركن مادي وركن معنوي، ثم تكلمنا عن عقوبتها.

وفي المبحث الثاني كان الحديث منصبا على جريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأً، فتناولنا تعريف الخطأ غير العمدي من وجهة نظر تشريعية وفقهية، وأقينا الضوء على صورته، فجرى الكلام عن خطأ الفاعل وعن عدم مراعاة القوانين أو الأنظمة، وأنهينا الكلام في عقوبة جريمة نقل عدوى متلازمة العوز المناعي المكتسب خطأً.

وأخيرا ختمنا بحثنا بالنتائج والتوصيات التي توصلنا لها.

نتائج البحث

توصلنا في بحثنا إلى النتائج الآتية:

- ١- على الرغم من وجود التشريعات المختلفة التي تطرقت إلى الأمراض المعدية إلا أنه يبقى قانون الجزاء الركيزة الأساسية في محاربة جريمة نقل مرض العوز المناعي المكتسب.
- ٢- إن قانون الجزاء قد أحاط بصور ارتكاب تلك الجريمة، العمدية منها وغير العمدية، ووضع العقوبات المناسبة لها، التي تتسم بالشدّة.
- ٣- مواكبة قانون الجزاء للنظرة التشريعية الحديثة عند تضمينه النص الخاص بجريمة نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، وعدم تركها كي يستتج العقاب عليها من خلال نصوص أخرى تعاقب على الاعتداء على سلامة الإنسان.
- ٤- إن أثر جريمة نقل عدوى مرض العوز المناعي المكتسب، لا يقتصر على من أصيب بها، وإنما يمكن أن يمتد إلى أشخاص آخرين وقد يكونوا مشكلين نطاقا اجتماعيا واسعا.
- ٥- إن أثر جريمة نقل عدوى مرض العوز المناعي المكتسب، له آثار اقتصادية جسيمة، ويتأتى ذلك من طول فترة علاجه أو الحد من انتشاره في أجساد المصابين به مما يحمل الدولة أعباء اقتصادية كبيرة.

التوصيات:

خلصنا في بحثنا إلى التوصيات الآتية:

- ١- نهييب بالمشرع أن ينص على عقاب من يقصد من وراء نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب قتل الشخص غير المصاب مباشرة، فالنص بصورته الحالية يعاقب على النقل عمدا، وكذلك على إفضاء النقل إلى موت المجني عليه. أي تطرق إلى القصد المتعمدي دون القصد المباشر.
- ٢- نهييب بالمشرع أن يفصل أكثر في تجريم نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب، وذلك بالتمييز بين مجرد نقل عدوى المرض، وإصابة الشخص بالمرض،

وموت المجني عليه. لما لذلك من إحاطة بصور ارتكاب الجريمة، من جانب، ولما له من أثر على الشروع في الجريمة.

٣- تشديد العقاب على من نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي من ممارسي المهن الطبية والمهن الطبية المساعدة، سواء كان النقل بصورة عمدية أو بصورة غير عمدية، وعدم جعل عقوبتهم بذات المقدار لغيرهم ممن لا يتصفون بهذه الصفة المهنية.

٤- تشديد العقاب أيضا - وعلى وجه الخصوص - إذا ما ارتكبت الجريمة مصحوبة بأحد الظروف المشددة الوارد النص عليها في المادة (٣٠٢) من قانون الجزاء إذا ما كانت جريمة قتل المجني عليه عن طريق نقل عدوى مرض متلازمة العوز المناعي المكتسب عمدا.

٥- إضافة نص يتم بموجبه الحفاظ على حقوق المصابين بمرض متلازمة العوز المناعي المكتسب. إذ أن هناك الكثير ممن أصيبوا بهذا المرض خطأ أو عمدا فأصبحوا ضحايا يتوجب تقديم المساعدة لهم المعنوية والطبية، كغيرهم من ضحايا الجرائم الأخرى.

المراجع:

- ١- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية ٢٠١٥.
- ٢- د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ٣- د. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والتهاب الكبد الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩.
- ٤- أيوب فريد أبو مصعب، الإيدز، ط١ مؤسسة الأبحاث اللغوية، من غير سنة طبع.
- ٥- د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٦- د. رفعت كمال، قصة الإيدز كاملة، منظمة الصحة العالمية، كتاب اليوم الطبي، الناشر أخبار اليوم، ١٩٩٢.
- ٧- د. سعيد الصائغ، الإيدز والمناعة، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، ١٩٨٨.
- ٨- د. سمير عالية، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ٩- صالح حسين أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية، في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٤٣هـ - ٢٠١٢.
- ١٠- عبد الحميد إبراهيم، الإيدز طاعون العصر (حقائق وأوهام) مجلة التربية، اللجنة الوطنية القطرية للتربية والثقافة والعلوم، سنة ٢٧، العدد ١٢٧، ١٩٩٩.
- ١١- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، جامعة الملك سعود، عمادة شؤون المكتبات، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- ١٢- د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، بدون ذكر اسم مطبعة، ١٩٩٣.
- ١٣- د. عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٧م.
- ١٤- د. علي حسين الخلف، د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، ١٩٨٢.
- ١٥- د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٠٨.

- ١٦- د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥.
- ١٧- فاروق مصطفى خميس، محمد رفعت، قاموس الإيدز الطبي: مرض العصر، دار ومكتبة الهلال، ١٩٩١.
- ١٨- د. فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون والإيدز، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
- ١٩- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ٢٠- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ١١٩.
- ٢١- د. مزهر جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأفراد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
- ٢٢- د. مزهر جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني / القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٢٣.
- ٢٣- د. محمد حلمس وهدان، وبائية متلازمة العوز المناعي المكتسب (الإيدز)، مطبوعات منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط، ١٩٩١.
- ٢٤- د. محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥-١٩٩٦م.
- ٢٥- ممدوح خليل البحر، المسؤولية الجزائية عن نقل فيروس الإيدز. المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ١٤، العدد ٢٧، محرم ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٢٦- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة، ١٩٨٣.
- ٢٧- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، المجلد الأول، طبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨.

المراجع باللغة الانجليزية

- 1- Michael T Molan, criminal law, third edition, old bailed press, 2001
- 2- Richard G. Singer, John Q. La Fond. Criminal Law, Four Edition, Aspen publisher, 2007

حدود السلطة التقديرية للإدارة في اتخاذ القرارات المقيدة للحقوق والحريات

إعداد

شيرين بنت عبدالله بن حسن البلوشية
باحثة قانونية في وزارة المالية
ماجستير في القانون العام





ملخص الدراسة

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في ممارسة بعض تصرفاتها الإدارية، غير أنه في جميع الأحوال يجب أن تمارس هذه السلطة في حدود ونطاق مبدأ المشروعية الذي يشكل ضماناً أساسية لخضوع جميع تصرفات الدولة للقانون بمعناه الواسع، بما في ذلك اتساق قراراتها مع المبادئ العامة للقانون، ولما كان مبدأ التناسب أحد المبادئ العامة للقانون التي أنشأها القضاء الإداري، فعلى الإدارة أن تراعي تناسب الإجراء المتخذ مع خطورة الأسباب، وذلك في اختيار الإجراء الأكثر ملاءمة، والأقل تقييداً لحقوق الأفراد وحياتهم، والأكثر ضرورة في حالة تعدد الوسائل المشروعة، وأبعد من ذلك، الكثير من دول العالم اليوم تمنح التناسب قيمة دستورية.

وتحقيقاً للمشروعية؛ فإن القاضي الإداري بصفته حامي حقوق الأفراد وحياتهم، يفرض رقابته على الإجراءات التي اتخذتها الإدارة؛ للتأكد من أنها تتناسب مع خطورة الوقائع والمصلحة المراد تحقيقها. ويظهر جلياً تطبيق مبدأ التناسب في قرارات الضبط الإداري، التي يراد منها الحفاظ على النظام العام، ويترتب عليها تقييد حريات الأفراد أو الانتقاص من ممارسة حقوقهم، عليه يحقق مبدأ التناسب حالة توازن بين حماية المصالح العامة للمجتمع من جانب، وحماية حقوق الأفراد من جانب آخر.

وتتمحور أهمية هذه الدراسة بكونها تركز على مبدأ لاقي انتشاراً واسعاً في التطبيقات الحديثة لرقابة القضاء الإداري، في ظل عدم وجود دراسات سابقة تعالج ذات الموضوع في سلطنة عُمان، كما أن نتائج الدراسة وتوصياتها ستضفي أهميتها للسلطات الإدارية لمعرفة حدود السلطة التقديرية في تقييد حقوق الأفراد، وكذلك أهميتها للأفراد في حماية حقوقهم وحياتهم. أما عن المنهجية المتبعة في الدراسة فلقد سلكت المنهج التأصيلي والتحليلي الذي يقوم على تحليل آراء الفقه، وتحديد دور التشريعات والأحكام في القضاء العُماني والقضاء المقارن في تطبيق مبدأ التناسب.

الكلمات المفتاحية: حقوق الأفراد وحياتهم، المشروعية، مبدأ التناسب، النظام العام.

Abstract

Authorities have discretionary power when practicing some of its administrative functions. However, in all cases, such power must be practiced within the limits and scope of the Principle of Legality in a broad sense, which acts as fundamental security to ensure that all State functions are subject to the Law, including the alignment of its decisions with the General Principles of Law.

Under the General Principles of Law, the Proportionality Principle was established by the Administrative Jurisdiction to ensure Authorities» decisions are aligned with the enormity and seriousness of the causes by selecting the most appropriate, most necessary, and least restrictive actions.

To achieve the Principle of Legality, the Administrative Judge, being the guardian of individuals» rights and freedoms should observe the Authorities» decisions and procedures and ensure they are commensurate with the seriousness of the causes and interests to be achieved.

Additionally, the Principle of Proportionality is widely used around the world, given its significance. In fact, some States have stipulated it in their constitution and implemented under their administrative regulations, to preserve public order while restricting individual rights and freedoms. As such, the State is able to achieve a balance between protecting its general interest and the rights of the individual.

The importance of this study revolves in dealing with modern trends of Administrative Judicial oversight related to application of the Principle of Proportionality to the decisions taken by Authorities, given the absence of previous studies dealing with the Principle of Proportionality in the Sultanate of Oman,. So, results and recommendations of the study will arise practical benefits for Authorities to know the limits of their discretion in restricting the rights of individuals.

As for the methodology used in the study, it has taken the analytical and comparative approach, which is based on analyzing the views of scholars, and defining the role of legislation and Omani judiciary in applying and developing the Principient of Proportionality.

Key words: Individual rights and freedoms, Legality, The Principle of Proportionality, Public order.

يقر المشرع لجهة الإدارة امتيازات عديدة في سبيل إعلاء المشروعية، بما في ذلك منحها قدرًا من الحرية، وتلك الحرية قد تضيق أو تتسع حسب الأحوال، فتتسع في حالة السلطة التقديرية، والظروف الاستثنائية، وأعمال السيادة^(١)، وتضيق في الأحوال الاعتيادية. ولضمان ممارسة الإدارة حريتها في نطاق القانون، ألزمت الإدارة باحترام قواعد المشروعية، بما فيها الحفاظ على حقوق الأفراد وحرياتهم، عند ممارسة اختصاصاتها. إذ إن حماية الحقوق والحريات شهد تطورًا واضحًا عبر الزمان، على الصعيدين: المحلي والدولي، وتصاعدت كفالتها بمختلف الضمانات القانونية والقضائية. ومن أجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الأفراد وحرياتهم، كان من المهم إيجاد حالة توازن بين أعمال وقرارات جهة الإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية، وتمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم العامة، ويعد مبدأ التناسب إحدى وسائل فحص التوازن بين صلاحيات الإدارة عند تنظيمها تلك الحقوق والحريات، بحيث يكون تدخل الإدارة وفق القيود والضوابط والحدود المقررة قانوناً^(٢). وفي جميع الأحوال، يجب أن تكون أعمال الإدارة في حدود ونطاق مبدأ المشروعية، والذي يتطلب اتساق قراراتها وأعمالها مع القانون بمعناه الواسع.

وبالنظر إلى دور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بصفته وسيلة فعالة لضمان حماية المشروعية، تطورت رقابة القاضي الإداري من إنكار بسط رقابته على السلطة التقديرية- إلا إذا أساءت الإدارة في استعمال سلطتها- إلى تدخله في الرقابة على مشروعية السلطة التقديرية للإدارة^(٣)، وأبعد من ذلك، شملت تلك الرقابة التأكد من مطابقة القرارات الإدارية للمبادئ العامة للقانون، وعلى ضوء ذلك، يتدخل القضاء في عمل جهة الإدارة؛ لضمان مشروعية القرار بمطابقته القواعد القانونية، سواء تلك المنصوص عليها في التشريع أو التي أقرها القضاء، من بينها: ابتداء فكرة الرقابة على مبدأ التناسب.

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص ٢١.
 (٢) د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري: نشاط وأعمال السلطة الإدارية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٨م، ص ٢٥٨.
 (٣) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري: الرقابة على أعمال الإدارة في تنظيم القضاء الإداري في سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٢٠٤ وما بعدها.

ظهرت في الآونة الأخيرة أبرز التطبيقات الحديثة لمبدأ التناسب، وذلك في الإجراءات المتخذة لمواجهة جائحة كوفيد-19، بحيث اتخذت الإدارة قرارات وقائية للحفاظ على الصحة العامة، والتي بالمقابل شكلت قيوداً على حريات الأفراد. فمنذ الوهلة الأولى للإعلان عن انتشار جائحة كوفيد 19، سعت الدول لمواجهة الوباء العالمي الذي هدد وما يزال يهدد الصحة العامة، والذي أثر مباشرة في الجانب الاجتماعي والاقتصادي، سواء على مستوى الأفراد أو وضع الدولة؛ لذلك هبت الكثير من الدول للإعلان عن وجود حالة الطوارئ في ظل تزايد أعداد الإصابة بالفايروس، وهناك من الدول التي اكتفت باتخاذ الإجراءات الاحترازية دون الإعلان عن حالة طوارئ، بما فيهم سلطنة عمان.

ومن أهم تلك الإجراءات المتخذة لمواجهة جائحة كورونا (كوفيد-19) هي إغلاق المطارات، وحظر التجوال، وحظر ممارسة بعض الأنشطة التجارية، وكذلك الكثير من الدول فرضت التطعيم الإجباري على الأفراد، وفرضت عقوبات جزائية على من يخالف تلك الإجراءات الاحترازية.

ثانياً: أهمية الدراسة

تتمحور أهمية هذه الدراسة بكونها تركز على مبدأ لاقى انتشاراً واسعاً في التطبيقات الحديثة لرقابة القضاء الإداري وهو تفعيل مبدأ التناسب على تصرفات الإدارة الماسة للحقوق والحريات، لاسيما أن مبدأ التناسب أدى إلى توسع نطاق رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة في سبيل دعم المشروعية، والحفاظ على حقوق الأفراد وحرياتهم. فيشكل التناسب دعامة وضمانة للأفراد من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها.

ثالثاً: مشكلة الدراسة

تبرز مشكلة الدراسة حول كيفية إيجاد حالة توازن بين ماتلميه مقتضيات المصلحة العامة للبلاد في إصدار قرارات مقيدة لبعض حقوق وحريات الأفراد وذلك حماية للمصلحة العامة، وبين حق الأفراد في التمتع بحقوقهم وحرياتهم، وذلك من خلال تفعيل الأدوات التي يمتلكها القاضي الإداري في ضبط سلطة الإدارة في تقييد تلك الحريات وأهمها الرقابة على تطبيق مبدأ التناسب في تصرفات التي تتخذها السلطة الإدارية؛ من أجل الحفاظ على المصلحة العامة، حيث إنه بالمقابل تشكل تلك التصرفات قيوداً على حريات وحقوق الأفراد.

رابعاً: تساؤلات الدراسة

يراد من هذه الدراسة الإجابة عن مجموعة من التساؤلات المتعلقة بموضوع الدراسة، وهي كالآتي:

- ١- ما مفهوم التناسب؟
- ٢- ما دور مبدأ التناسب في حماية حقوق وحرريات الأفراد؟
- ٣- ما حدود السلطة التقديرية لجهة الإدارة في تقييد حقوق الأفراد في الظروف العادية والاستثنائية؟

خامساً: أهداف الدراسة

- ١- ضبط حدود السلطة التقديرية للإدارة في تقييد حقوق الأفراد وحررياتهم حماية للمصلحة العامة.
- ٢- التعرف إلى موقف القضاء العماني في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.
- ٣- تفعيل « مبدأ التناسب » بصفته كأداة رقابية حديثة للقاضي الإداري في التأكد من مشروعية تصرفات الإدارة الماسة للحقوق والحرريات.

سادساً: منهجية الدراسة

من أجل تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، والإجابة عن التساؤلات الموضحة، فإننا سنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي المقارن، الذي يقوم على تحليل آراء الفقه، وتحديد دور التشريعات والأحكام في القضاء العُماني والقضاء المقارن، المتعلقة بهذا الشأن.

سابعاً: خطة الدراسة

إن مقتضيات الدراسة تقتضي تقسيم الموضوع إلى ثلاثة مطالب، وفق الآتي:

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في تقييد الحقوق والحريات.

المطلب الثاني: ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية.

الفرع الأول: تدرج الرقابة القضائية على السلطة التقديرية.

الفرع الثاني: الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في القضاء العماني.

المطلب الثالث: وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية.

الفرع الأول: تطبيق مبدأ التناسب للحد من تصرفات الإدارة الماسة بالحقوق والحريات.

الفرع الثاني: حدود مبدأ التناسب في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول:

ماهية السلطة التقديرية للإدارة

تمهيد وتقسيم:

تدور فكرة السلطة التقديرية حول أن الإدارة تختار من بين قرارين، كليهما مشروعين، ويكمن التناسب في مجال اتخاذ القرارات المقيدة للحقوق والحريات، في اتخاذ القرار الأكثر توافقاً مع الوقائع من بين القرارات المشروعة، ولما كانت حرية الفرد تنتهي عندما تمس حريات الآخرين أو مصالحهم المعتبرة؛ لذلك لا يمكن البقاء على فكرة ممارسة الحقوق والحريات المطلقة.

يتدخل المشرع بتقييد حرية الفرد، إما صراحة، وهو ما يعرف عنه بالقيود التشريعية للحقوق والحريات، وإما أن يخول الدستور السلطة الإدارية في تنظيم حقوق وحريات الأفراد، بما في ذلك فرض قيود عليها، والقيود والتي تُمكن السلطة الإدارية من تفعيلها هي مكنة تهدف لتحقيق التوازن بين مصالح الفرد، وآلية ممارسته لحرياته وحقوقه، بحيث لا تتعارض مع حريات وحقوق الغير، وبين تحقيق المصالح العامة، وعليه، تعد قيوداً ضرورية لضمان البقاء في مجتمع ديمقراطي، يهدف إلى تحقيق النظام العام بمشتملاته وحماية حقوق وحريات الأفراد في آن واحد^(١). وفي جميع الأحوال، يجب أن يُحكم تدخل جهة الإدارة في تنظيم حقوق وحريات الأفراد، سواء في الظروف الاعتيادية أو الاستثنائية، بمجموعة مبادئ؛ حتى تتسم أعمال الإدارة بالمشروعية، أهمها: مبدأ المساواة، والتناسب، والعدالة، وغيرها. ولمعرفة المزيد عن السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في ممارسة أنشطتها سنتطرق للحديث في هذا المطلب عن الآتي:

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في تقييد الحقوق والحريات.

(١) د. نبيل عبد الفتاح عبد العزيز قوطه، حقوق الإنسان في ضوء قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مكتب الوفاء القانونية، ٢٠١٥م، ص ٨١.

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

تسلك الإدارة في ممارسة سلطاتها الإدارية مسلكين، أولهما: من خلال سلطاتها المقيدة؛ وذلك عندما يملي القانون على الإدارة الأوضاع والضوابط والشروط التي يجب أن تتخذها لإصدار القرار، والوصول إلى مقاصده، ويكون دورها في هذا الشأن وضع القانون موضع التطبيق، دون أن يترك القانون للإدارة حرية تقدير اتخاذ القرار من عدمه. وهذا خلاف المسلك الآخر: الذي تعتمد عليه جهة الإدارة في ممارسة أنشطتها الإدارية، بناء على سلطاتها التقديرية في بعض الجوانب، وما تملكه من حرية في استعمال سلطاتها، سواء بالتدخل أو الامتناع عن التدخل، واختيار الوقت المناسب، والآلية المناسبة للتدخل.^(١)

كما أن تصنيف السلطات التي تملكها الإدارة بين سلطة تقديرية ومقيدة لا يعني أن هناك قرارات تكون سلطة الإدارة مقيدة في جميع عناصرها، وقرارات أخرى تقديرية في جميع عناصر اتخاذ القرار، رغم تغاير مزايا السلطة المقيدة والتقديرية، غير أنهما سلطتان تكملان بعضهما لممارسة الإدارة أعمالها الإدارية.^(٢)

تكمل السلطتان بعضهما بعضاً في ممارسة الإدارة الاختصاصات المنوطة بها، إذ إن كل سلطة تنفرد بمزايا عن الأخرى، فالسلطة المقيدة توفر ضماناً أكبر لحماية الحقوق والحريات من تعسف الإدارة، بحيث يكفي الفرد المتضرر أن يثبت الشروط والوقائع التي تطلبها القانون حتى يلغى القرار المقيد لحرية أو حقه، وهذا خلاف السلطة التقديرية، التي من الممكن أن تتذرع بها الإدارة عند تعسفها في التقييد. وبالمقابل، تشكل السلطة التقديرية ميزة تتمتع بها الإدارة لتحسين تصرفاتها من مواجهة القضاء؛ باعتبارها الأجدر في تقدير مناسبات العمل الإداري اللازم لحسن سير عملها.^(٣)

ارتبطت ظهور فكرة السلطة التقديرية بنظريات مختلفة، بما في ذلك نظرية تدرج القواعد القانونية، ونظرية الحقوق الشخصية، ونظرية المشروع (المرافق العامة)، إلا أننا نميل إلى أن أساس ظهور السلطة التقديرية هو حاجة طبيعة الحياة الإدارية، خاصة بما يحقق سير المرافق العامة بانتظام وأطراد، وقابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل، وهي من المبادئ القانونية العامة المسلم بها، بحيث تحقق السلطة التقديرية إمكانية

(١) د. عمرو أحمد حسبو، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ م ص ٦٠.

(٢) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري: الرقابة على أعمال الإدارة وتنظيم القضاء الإداري في سلطنة عمان، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص ٤٤.

تمتع الإدارة بحرية في التصرف، وتقدير القرار المناسب، واختيار الوقت الملائم للقرار، وتحديد عناصره، خاصة عندما يسكت القانون عن تنظيم مسألة ما، فلا تجد الإدارة نصوصاً تقيد سلطتها من اتخاذ قرار لمواجهة أمر ما، وذلك كأن يلزمها باتباع إجراءات معينة قبل إصدار القرار أو يشترط إصداره من جهة معينة أو أن يخصص هدفاً محدداً يراد تحقيقه من القرار، ومع ذلك فقد تتحقق أيضاً السلطة التقديرية لجهة الإدارة عندما يتدخل القانون، وينظم نشاط الإدارة، ولكن باتخاذ قواعد قانونية عامة غير دقيقة؛ وذلك لقصور دور المشرع، تاركاً للإدارة مرونة واسعة في استعمال سلطتها التقديرية في تطبيق تلك القواعد، بما يتناسب مع الواقع^(١).

كما ذكرنا أعلاه، إن جوهر السلطة التقديرية يتمثل في حرية التدخل من عدمه، وحريتها في اختيار الوقت المناسب للتدخل، وكذلك في اختيار مضمون القرار، فالرأي السائد بهذا الشأن أن سلطة الإدارة مقيدة لا مطلقة، فهي سلطة خاضعة لأحكام القانون، ويعبر الفقيه كاريه دي مالبرج في هذا الشأن بأن: «السيادة ليست قوة غاشمة، إنما هي ثمرة توازن بعض القوى، توازننا أصبح مستقراً استقراراً كاملاً، بحيث ينتج منه تنظيم ثابت للمجتمع»، وكذلك العميد ليون ديغي، يقول: «إذا لم تكن الدولة خاضعة لقانون معين يقيد نشاطها فإن صرح القانون العام مآله إلى الانهيار»^(٢).

وتنوعت مصادر حدود السلطة التقديرية للإدارة، فمنهم من يجد أن مصدرها التقييد الذاتي، وهي نظرية استنبطها الفقهاء الألمان، وأخذوا بها في القرن التاسع عشر، ويدور مضمونها حول أن الدولة لا يمكن تقييدها إلا بإرادتها المنفردة، ولا يوجد ما يقيد الدولة إلا الحدود التي وضعتها بنفسها، فلا توجد إرادة تحملها التزاماً أعلى من إرادتها^(٣). غير أن هذه النظرية انتقدت، ووجه لها الكثير من الاعتراضات، خاصة من الفقهاء الفرنسيين، يرى الفقيه دوجي: «أن قيدها لا يمكن رفعه أو تقييده إلا وفق إرادة الشخص الذي وضع ذلك القيد لا يعتبر قيدها»^(٤)، كما إنني أجد في هذه النظرية أن الألمان كانوا يتفقون مع فكرة وجود السلطة التقديرية المطلقة، فلا قيود على السلطة التقديرية طالما لا توجد قيود ذاتية واضحة، وإلا تحولت من سلطة تقديرية إلى سلطة مقيدة.

(١) د. سامي جمال الدين، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٤٢.

(٢) د. عبد القادر الشخلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣، ص ١٥٠.

(٣) د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة

العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٤٥.

(٤) د. عبد القادر الشخلي، مرجع سابق، ص ١٥١.

فالسطة التقديرية للإدارة تتوسع وتضيق حسب طبيعة مجال تطبيقها، ففي قرارات الضبط الإداري يتوسع نطاق السطة التقديرية للإدارة؛ لأهميتها في الحفاظ على النظام العام، لدرجة أن القاضي الإداري يمتنع في التحقق من أهمية الوقائع لتسوية قرارات الضبط الإداري، بل يكتفي في التحقق من وجودها وصحتها، ولكن مع تطور فكرة حماية حقوق الأفراد، وأهمية وجود تناسب بين مقتضيات النظام العام ومصالح الأفراد، ضاقت صلاحية تمتع الإدارة بتلك السطة التقديرية^(١). فنطاق المشروعية يتسع في مواجهة السطة التشريعية والتنفيذية في الظروف العادية، حيث يجب أن تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في مجال أعمال الحقوق والحريات العامة، حسب الدستور والقانون، واللوائح المنظمة لها، فلا يمكن للسطة التقديرية أن تجاوز المشروعية.

عليه، يلزم تمتع الأفراد بحرياتهم وحقوقهم في أطر منظمة، وإلا تحولت تصرفاتهم إلى عشوائية، فحرية الفرد مقيدة بالأتمس بحرية الآخرين، وألا تخل بالنظام العام؛ لذا تدخل الإدارة لتقييدها أمر تقتضيه المصلحة العامة. فتتظيم نشاط الأفراد، والتدخل في تأطيرها، ووضع القيود على حرياتهم، يجب ألا يتعارض مع نطاق المشروعية، بما في ذلك الأخذ بعين الاعتبار احترام النظام العام من جانب، واحترام حقوق وحريات الأفراد من جانب آخر؛ لذا يجب على السطة التقديرية، الممنوحة للإدارة، أن تراعي المشروعية، من حيث التزامها بالنصوص الواردة في القانون، والمنظمة لآلية تقييد الحريات، وإلى مبادئ القانون العامة، بما في ذلك ألا تقيّد حرية الأفراد تقييداً مطلقاً؛ لأن الأصل التمتع بالحرية، والاستثناء تقييدها، وأيضاً أن يراعى التناسب في التدابير المقيدة لحريات وحقوق الأفراد مع ظروف الوقائع التي تقتضي معها الحفاظ على النظام العام، فيجب أن توجد هناك أسباب مناسبة، وتسوية تقييد حقوق وحريات الأفراد. وفي ظل توسع السطة التقديرية للإدارة في الظروف الاستثنائية، فإنه تقتضي المشروعية أن تكون تلك السطة الاستثنائية الممنوحة للإدارة في تقييد الحريات، خاصة متفقة مع حدود القانون المنظم لتلك الظروف-إن وجد- وبما يتناسب مع ظروف حالة الضرورة.

(١) د. محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، ط٢، ص٥٧.

الفرع الثاني: سلطة الإدارة التقديرية في تقييد الحقوق والحريات

تتقلص سلطة الإدارة مع توسع حقوق الأفراد وحرياتهم؛ لهذا يتشكل صراع بين السلطة والحريات، فهناك من عبر عن تعارض فكرة السلطة التقديرية للإدارة مع الحريات، بقوله: «التعارض أمر محتوم بين أية سلطة -ولو كانت ديمقراطية - وبين الحرية أيا كانت صورتها، فطالما اعتبرت حقوق الفرد وحرياته غاية الحكم واعتبرت السلطة الشعبية الوسيلة الشرعية الوحيدة للحكم، فمن المؤكد أن يبقى التصادم بين الغاية الفردية والوسيلة الجماعية»، بيد أن الاعتداد بفكرة أن الحرية والسلطة يشكلان تعارضاً، أمر يجانب الصواب؛ لأنه يضيء للسلطة التوسع مقابل إهدار الحريات تحت فكرة أن السلطة الطرف الأقوى في العلاقة، فالمنطق يحتم وجود علاقة ترابطية، مبنية على التكامل بين السلطة والحرية، فلا سبيل لممارسة الحرية في ظل عدم وجود سلطة تنظم وتحمي تلك الحرية، وإذا ما كانت الحرية وسيلة وغاية في آن واحد، فالسلطة ليست هدفاً، بل وسيلة، يراد منها ضمان ممارسة الحريات. وعلى الوجه الآخر، القول إن علاقة السلطة بالحرية علاقة تكاملية، لا يعني أنه لا يمكن أن تؤثر سلباً في الحريات، فقد تتدخل جهة الإدارة لتفرض قيوداً على الحرية فرضاً صارخاً أو تنتقص من استعمال حق ما؛ تدرعاً بفكرة حماية النظام العام بمشتملاته؛ مما يعد انتهاكاً للحرية من جانب السلطة^(١).

وأجد من وجهة نظري، أنه في حقيقة الأمر لا يوجد تعارض بين السلطة والحرية، وأنفق مع فكرة أن الحرية وسيلة وهدف في آن واحد. ولتحقيق هذا الهدف، يجب أن يكفل بضمانات عدة، تحميها من أي تعديات غير مُسَوَّغة، وإن أهم تلك الضمانات وجود نظام يؤطر الحريات، ويحدد أسس ممارستها.

إذ تعد السلطة جانباً مكملاً لتحقيق أهداف الحريات، وإلا تحولت هذه الحريات إلى عشوائيات، كل فرد يمارسها ويفسرها حسب رأيه. ومع ذلك، على السلطة أن تمارس تنظيمها، وفق أطر المشروعية، وفي الحدود القانونية؛ حتى لا تخل بممارسة الفرد لحرياته، ما يحقق التوازن بين مهام السلطة وممارسة الأفراد حرياتهم؛ فهو أمر يكفله القانون. فالتدخل في قيد الحريات أمر ليس بالسهل، كون تحديد نطاق ممارسة الحرية، وما يعد في نطاق الحرية، أمراً غير ثابت، بل نسبياً -كما

(١) د. ثروت عبد العال، مرجع سابق، ص ١٦ و ١٧.

أسلفنا القول- فما يمكن أن تراه السلطة خارج نطاق الحرية يعده الأفراد في نطاق ممارستهم لحياتهم، والعكس صحيح؛ لذا وجود حماية قانونية وقضائية للفصل؛ لضمان تحقيق اختصاص السلطة، وضمان حقوق وحيريات الأفراد، أمرٌ مهمٌ، يدعم منظومة الحقوق والحيريات.

وبالرجوع إلى التشريع العماني، فقد أضفى المشرع الطابع الدستوري للحقوق والحيريات؛ وذلك بالنص عليها في صلب النظام الأساسي للدولة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦)، والذي تطرق إلى الحقوق والحيريات في الباب الثالث، بعنوان: «الحقوق والحيريات العامة»، إضافة إلى الحقوق والحيريات الأخرى، المنصوص عليها في مواضع متفرقة في النظام الأساسي لسلطنة عمان، وعلى هذا النحو، ورد النص أيضاً على الحقوق والحيريات العامة في القانون الأساسي الألماني، في الفصل الأول، بعنوان: «الحقوق الأساسية»، وفي مواضع متفرقة في القانون ذاته، وكذلك في ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية، وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تشكل مصدراً للحقوق والحيريات في دولة ألمانيا.

ومن خلال قراءة أهم الحقوق والحيريات، التي وردت في سلطنة عمان وألمانيا، يتبين لنا أن النظام الأساسي للدولة، والقانون الأساسي الألماني، قد منحا الحقوق والحيريات قيمة دستورية، بالنص عليها في صلب الدستور، وعليه، يشكل هذا الشأن قيدياً على التشريع من جانب، وعلى السلطة التنفيذية من جانب آخر، في عدم تجاوز تلك الحقوق والحيريات إلا وفق الكيفية الموضحة بذات الدستور.

ونلاحظ أيضاً، أن هناك تبايناً للأسلوب المتبع في إقرار تلك الحقوق والحيريات في النظام الأساسي للدولة، والقانون الأساسي لألمانيا، والاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، فضمنت تلك الحقوق والحيريات بثلاث طرق مختلفة، فإما أن ينص عليها الدستور دون تقييد، ويسكت عن تخويل تنظيمها إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية -على حسب الأحوال- وإما أن ينص على الحق والحرية، ويخول القانون في تنظيم الحق وتقييده، والحالة الثالثة: أن ينص المشرع الدستوري عن الحق أو الحرية، ويقيدها أو يحظر تقييدها في ذات الدستور، ويرجع ذلك التباين نظراً لاختلاف الفلسفة والسياسة المتبعة في كل دولة، ونظراً لاختلاف وتباين أهمية ذلك الحق أو الحرية.

وفي البحث في النظام الأساسي للدولة، فإنه تطرق لحماية الحقوق والحريات بثلاثة أساليب، أولها: بالنص على الحق والحرية عمومًا، وخول ممارستها لتنظيم القانون، دون أن يرد في الدستور حدود في ممارستها أو قيود تحظر من تقييدها، وهو الأسلوب الأكثر غلبة، أما الأسلوب الثاني فهو: من خلال النص على الحق أو الحرية، وتقييد ممارستها بذات الدستور، مثال ذلك: في حق الملكية الخاصة، فقد أفرد الدستور العماني حظرًا بعدم نزع حق الملكية الخاصة إلا لمنفعة عامة، واشترط التعويض العادل، والذي يعد في ذاته قيدًا لحق الملكية الخاصة،^(١) وفي موضع آخر: قيد الدستور ذاته حق ممارسة العقيدة، متى ما تنافت مع النظام العام والآداب العامة،^(٢) والأسلوب الأخير: بالنص على الحق والحرية دون حدود أو قيود، ودون تخويل السلطة التشريعية في تنظيمها، ومثال على ذلك: في حق الخصوصية.^(٣)

وباستقراء أحكام النظام الأساسي، توجد مكنة تخول تقييد الحقوق والحريات؛ بصفته تقييدًا عامًا، ورد على جميع نصوص الدستور بما في ذلك تقييد الحقوق والحريات، ففي نص المادة (٩٠): «لا يجوز تعطيل أي حكم من أحكام هذا النظام إلا في أثناء قيام حالة الطوارئ، وفي الحدود التي يبينها القانون»، والتي يمكن أن تفسر في إحدى حالات إعمال حكم المادة، أنه في حالة الطوارئ يجوز فيها تقييد حريات الأفراد، وتعطيل ممارسة الأفراد حرياتهم ممارسة اعتيادية؛ وذلك وفقًا لما ينظمه القانون.

وأجد أنه حتى مع عدم وجود قيود أو حدود صريحة في الدستور تحد السلطة الإدارية من تقييد الحقوق والحريات، فإنه في كل الأحوال، يجب أن تراعي الإدارة المبادئ العامة للقانون، التي تجيز تقييد ممارسة الحريات في حدود مقتضيات النظام العام، وعليه، التقييد الذي يتجاوز حدود مقتضيات الحفاظ على النظام العام يعد اعتداءً على الحرية، يعيب الإجراء؛ لعدم مشروعيته^(٤)، كما أنه لا يجوز لأي سلطة أن تمس في تقييدها أصل أو جوهر الحق أو الحرية أو يؤدي إلى تعطيل الحرية تعطيلًا دائمًا أو كليًا. وكذلك أن يكون تقييدها بما يتفق وأحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، المصدق عليها، والمتعلقة بحقوق وحريات الإنسان، وحدود تقييدها.

(١) المادة (١٤) من المرسوم السلطاني رقم ٦ / ٢٠٢١ بإصدار النظام الأساسي للدولة «..الملكية الخاصة مصنونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة، وفي الأحوال المبينة في القانون، ومقابل تعويض عادل..»

(٢) المادة (٢٤) «حرية القيام بالشعائر الدينية طبقًا للعادات المرعية مصنونة، على ألا يخل ذلك بالنظام العام، أو يناهز الآداب.»

(٣) المادة (٣٦) «للحياة الخاصة حرمة، وهي مصنونة لا تمس..»

(٤) د. محمد عبد الحميد مسعود، مرجع سابق، ص ٥٦٣.

أما القانون الأساسي الألماني فقد أورد ثلاثة أساليب للنص عن الحقوق، الأسلوب الأول: في النص على الحق والحرية، وفيد القانون الأساسي سلطة الإدارة في التدخل فيها أو حظرها، كحرية العقيدة والضمير،^(١) أما الأسلوب الثاني: فقد أورد الحق أو الحرية، وخوّل القانون النص على الأحوال التي يجوز تقييدها، كحق الحياة وسلامة الفرد،^(٢) أما الأسلوب الثالث: فبالنص على الحق أو الحرية، وتحديد حالات تقييد ممارسة الحق في القانون الأساسي، ومثال على ذلك: حرية تكوين الجمعيات.^(٣) كما أن نص القانون الأساسي الألماني حالات خاصه مستثناة، يجوز فيها تقييد الحريات الأساسية، حتى تلك الحريات المحظور تقييدها، كالقوانين المتعلقة بالدفاع، وقوانين الخدمات العسكري. بيد أن المشرع الألماني قد وضع ضوابط مهمة أثناء تقييد حقوق وحريات الأفراد، وذلك وفق الآتي:

١. إذا لُجئ وفقاً لهذا القانون إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك، يجب أن يسمي هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.

٢. لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساس ذاته.

٣. تسري الحقوق الأساسية على الأشخاص الاعتباريين داخل الدولة،....

٤. إذا انتهكت السلطات العامة حقوق أحد، يمكنه اللجوء إلى التقاضي، ويكون ذلك أمام المحاكم النظامية، إذا لم يكن هناك داع للجوء إلى محكمة مختصة أخرى،...»^(٤).

أما عن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فوضعت قيوداً للتعامل مع آلية حظر وتقييد الحريات الواردة في الاتفاقية، فقد نصت في المادة (١١) على أنه: «٢- لا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه

(١) المادة (٤) من القانون الأساسي الألماني: «لا تنتهك حرية العقيدة وحرية الضمير، ولا حرية اعتناق أي عقيدة دينية أو فلسفية، تُكفل الممارسة الآمنة للشعائر الدينية...».

(٢) المادة (٢) من القانون الأساسي الألماني «كل فرد له الحق في الحياة، وفي سلامة شخصه. ولا يجوز انتهاك حرية الفرد ولا يسمح بالتدخل في هذه الحقوق إلا بناء على قانون».

(٣) المادة (٩) «لكل الألمان الحق في تكوين جمعيات وأندية. - تُحظر الجمعيات التي يتعارض غرضها أو نشاطها مع القوانين الجنائية أو التي تتعارض مع النظام الدستوري أو ضد فكرة التفاهم الدولي.»

(٤) القانون الأساسي الألماني المادة (١٩).

الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق». وفي المادة (١٧) منعت فرض قيود للحقوق والحريات غير تلك المنصوص عليها في الاتفاقية: «ليس في أحكام هذه المعاهدة ما يجوز تأويله على أنه يخول أية دولة أو جماعة أو فرد أي حق في القيام بأي نشاط أو عمل يهدف إلى هدم الحقوق والحريات المقررة في المعاهدة، أو فرض قيود على هذه الحقوق والحريات أكثر من القيود الواردة بها». والمادة (١٨) أوضحت انتفاء جواز فرض قيود لغير الأهداف المراد تحقيقها من تقييد ممارسة حق ما، والتي نصت على أنه: «لا يجوز تطبيق القيود المسموح بها في هذه المعاهدة على الحقوق والحريات المذكورة سلفاً لهدف آخر غير ما وضعت له»^(١) وعلى النهج ذاته، نظم ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية^(٢).

والجدير بالذكر في هذا الشأن، أن بعض الدساتير تنفرد بتنظيم الحقوق والحريات؛ بصفتها من مهام السلطة العليا في البلاد، وأن تدخل السلطة التشريعية لتنظيمها أو تقييدها ليس إلا استثناءً على الأصل، وعليه، متى ما أحال الدستور إلى القانون هذه المكنة، فإن الصورة الأولى للاعتراف بالحرية، وإحالة تنظيمها للمشرع، لا تشكل أية صعوبة في تدخل السلطة التشريعية، بيد أن الإشكال يظهر في حال سكوت المشرع الدستوري عن الإحالة إلى القانون، فهل يُحمل هذا السكوت على جواز تدخل السلطة التشريعية لتنظيمه أو العكس؟

يرى بعض الفقهاء أن الواقع العملي لممارسة الحقوق والحريات الواردة في الدستور لا تعدو إلا وعدا غير قابل للتطبيق دون تنظيم، وعليه، يجب أن يُنظم من خلال السلطة التشريعية؛ ليضع ممارسة تلك الحقوق والحريات موضع التنفيذ، حيث إن عدم تدخل المشرع في تنظيمها، ووضع القيود عليها، سيجعلنا أمام حريات مطلقة، وهذا الأمر غير مقبول^(٣). وعليه، فأنا أتفق مع هذا الرأي؛ وذلك لأن الدستور ألقى على عاتق الدولة الحفاظ على النظام العام بمشتملاته، إلى جانب حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وأنه

(١) 1950 European Convention on Human Rights (١)

from Charter of Fundamental Rights of the European Union (٥٢) See Article (٢)

(٣) د. ثروت عبد العال أحمد، مرجع سابق، ص ٧٨.

من غير المتصور أن يُنظَّم هذا الشأن دون فرض قيود أو حدود لممارسة الحقوق والحريات، بما يكفل الحفاظ على الأمن العام، والسكينة العامة، والصحة العامة، فمقابل تمتع الفرد بالحقوق والحريات، هناك مصالح جماعية، يجب أن تراعى؛ لإحداث توازن بينهما، ويؤكد ذلك أيضا ما اتجهت إليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بالنص صراحة على أنه: «- لا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضي الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. ولا تمتنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق».

وعليه، تحديد الوضع القانوني للحقوق والحريات لا يكفي بالنظر إلى الدستور، بل يجب أن يتطرق إلى التشريعات القانونية المنظمة والمقيدة لها. وعلى هذا النحو، نجد أن المشرع العماني قد أفرد تنظيمات قانونية متعلقة بممارسة الحريات، كقانون الشرطة. ولما كان دور السلطة التنفيذية وضع تلك التشريعات القانونية موضع التنفيذ، وذلك من خلال وسائل عدة، أهمها: إصدار القرارات الإدارية، واللوائح التنظيمية؛ فإن الحفاظ على النظام العام في هرم الأدوار الموكلة إليها، والذي يستتبع ضرورة الحفاظ على توفير الحاجات الأساسية للأفراد، بما يكفل صحته وسكينة وأمنه، واحترام حماية حقوقه وحرياته.

عليه، تلتزم جهة الإدارة أن تراعي في تدخلها لممارسة اختصاصاتها إحداث توازن بين حماية المصالح العامة، وممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم، من خلال تفعيل مبادئ عدة، تحكم تدخلها، وإن أحد تلك المبادئ هو أن تراعي توافق إجراءاتها مع حماية حقوق وحريات الأفراد، وهو ما يعرف عنه بتفعيل مبدأ التناسب. كما أن النظام الأساسي العماني أورد قيودا على السلطة الإدارية في ممارسة أعمالها وقراراتها؛ لضمان خضوع الإدارة للقانون أو ما يعرف بتحقيق المشروعية؛ استناداً إلى المادة (٩٧) من النظام الأساسي للدولة، والتي تنص على أنه: «لا يجوز لأي جهة في الدولة إصدار لوائح، أو قرارات، أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم السلطانية النافذة، أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تعد جزءاً من قانون البلاد».

المطلب الثاني

ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

تمهيد وتقسيم:

تهدف الرقابة القضائية على تصرفات وأنشطة الإدارة إلى تحقيق أمرين، أولهما: إجبار الإدارة على خضوع تصرفاتها للقانون، وذلك لما يمتلكه القاضي من صلاحية إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة بالمخالفة للقانون، وثانيهما: في المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف الإدارة، وذلك من خلال إلغاء تلك القرارات أو التعويض عنهما متى ما قيدت تلك القرارات حقوق الأفراد وحررياتهم تقييداً صارخاً^(١).

ومن هذا المنطلق، وسعيًا إلى توسيع رقابة القاضي الإداري على تصرفات الإدارة من خلال تكثيف صلاحيات القاضي الإداري في صون المشروعية، بدأت الرقابة على مبدأ التناسب تأخذ حيزًا واسعًا في القضاء الإداري المقارن؛ لدوره في حماية حقوق وحرريات الأفراد.

وللحديث عن تفعيل رقابة مبدأ التناسب في القضاء الإداري العماني فإننا سنلقي الضوء في هذا المطلب للحديث عن:

الفرع الأول: تدرج الرقابة القضائية على السلطة التقديرية.

الفرع الثاني: الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في القضاء العماني.

(١) د. عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص ٧٦.

الفرع الأول: تدرج الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

استُبعدت السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة عن رقابة القضاء الإداري في السابق؛ وذلك تحت فكرة أن مضمون السلطة التقديرية تآبى خضوعها لرقابة القضاء، كما أنهم يَسَوِّغُونَ ذلك بأن جهة الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية فهي تخضع لتقدير الوقائع، ومدى ملاءمتها مع الإجراء المتخذ، فلا يمكن محاسبة الإدارة على كيفية استعمالها صلاحياتها متى ما استخدمتها في نطاق تحقيق الصالح العام^(١).

ولكن مع تطور فكرة السلطة التقديرية، واعتبارها سلطة قانونية لا تعسفية، وأن مصدرها القانون؛ وجب أن تخضع لرقابة القضاء الإداري، حيث أدخل القضاء تحت نطاقه الرقابة على الخطأ الساطع في التقدير، أي: الخطأ الظاهر جلياً في القرار بمخالفته الصارخة للقوانين، والذي يمكن استنباطه مباشرة حتى لغير المتخصصين^(٢).

فالسُّلطة التقديرية ليست مطلقة، بل يحدها - كما أشرنا إليه أعلاه - حدود، يجب أن تراعيها الإدارة، وإن أحد أهم تلك الحدود تبدأ بالتأكد من مشروعية القرار الإداري، والتي عرفناها سابقاً، بما في ذلك التأكد من صدوره سليماً في جميع أركانه، وانتفاء مخالفته القانون بمفهومه الواسع، وبهذا الشأن يراقب القضاء الإداري السلطة التقديرية للإدارة، ويقضي بعدم صحة قراراتها متى ما خالفت القانون أو انحرفت بسلطتها أو حُمل القرار على وقائع غير صحيحة.

وأبعد من ذلك، تطور القاضي الإداري في رقابته، لتصل إلى البحث في مدى تناسب الإجراء المتخذ مع الهدف المراد تحقيقه في نطاق تحقيق المشروعية، فتصل رقابة القاضي الإداري إلى تقدير كيفية ممارسة الإدارة صلاحياتها التقديرية، باعتبار أنه على جهة الإدارة أن تبذل جهودها في اتخاذ أفضل القرارات، بما يتناسب مع أفضل الظروف والأحوال؛ تحقيقاً للتوازن بين حماية الحريات، ومقتضيات الحفاظ على النظام العام، فيحرص على التأكد من وجود توافق بين أعمال الإدارة لسلطتها التقديرية، وحماية الحقوق والحريات، وذلك بفرض رقابته على آلية ممارسة الإدارة

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص ٢٧٠.

:Administrative edition, Paris, from (١٩٨٨) Georges, V & Pierre, D Droit (٢)

د. كارين الدغدي، القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٩م، ص ٢٧١.

لسلطتها التقديرية^(١). بيد أن بعضهم فسر أن رقابة التناسب في قرارات الضبط الإداري هي من قبيل رقابة الملاءمة، التي تستقل الإدارة في تقديرها، ولكن رغبة من القضاء في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم فقد أخضعت لرقابة القضاء؛ وذلك استثناءً عن القاعدة العامة، التي تنص على انفراد الإدارة بتقدير ملاءمة قراراتها^(٢).

يرى الفقيه هوريو أن ما يقوم به القاضي الإداري في أن يحل محل الإدارة في تقدير الوقائع وتكييفها، يعد أمرًا يتجاوز فيه حدود المشروعية، ويندرج تحت رقابة الملاءمة، بيد أن الفقيه فالين، فسّر هذا الشأن أنه من قبيل التكييف القانوني في إدراج الحالة الواقعية في إطار قانوني؛ لذلك يظل عمل القاضي الإداري في إطار فحص المشروعية، بحيث ما يقوم به القاضي الإداري هو تفسير القانون وتطبيقه، من خلال التأكد من مدى تحقق وصف الخطورة، ومقدار الخطورة المهددة للنظام العام بمشتملاته.

غير أننا نميل إلى الرأي الذي يخضع فحص مبدأ التناسب من قبيل الرقابة على مشروعية القرارات، لا الملاءمة؛ وذلك لأن أغلب الدول اعترفت بالتناسب؛ بصفته مبدأ من المبادئ العامة للقانون، المتطلب لمشروعية القرار؛ أيضاً لأن تكييف الوقائع ليس فقط في التحقق من مدى صحتها ووجودها، بل يظل في إطار المشروعية بالتأكد من أهميتها، وذلك بأن يقوم القاضي بدوره في تفسير مقصد المشرع، وأن الإجراء حقق المبرر، خاصة في حالة وجود غموض أو فراغ تشريعي، فيتدخل القاضي ليس فقط ليتحقق من توفر الوقائع والشروط القانونية، بل يتعدى ليُفسر مضمون تلك الشروط، وإلزام الإدارة بها^(٣).

بالإضافة إلى أننا لو سلمنا بالرأي القائل بأن التناسب أحد جوانب الرقابة على ملاءمة القرار لا المشروعية، فمع تطور فكرة رقابة الملاءمة، تعد ملاءمة القرارات الماسة بحقوق الأفراد وحررياتهم، شرطاً لمشروعية تلك القرارات، فيتدخل القاضي الإداري للرقابة على ضرورتها لحماية النظام العام بمشتملاته، ومن ثم فإنه من المنطق سيتعرض للملاءمة عند التحقق من ضرورة تلك الأسباب. ويتضح من ذلك، أنه قد يتمكن من الرقابة على التناسب بصفته عنصراً من عناصر الملاءمة، في الأحوال التي تكون الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية، فيتمكن القاضي الإداري من فرض رقابة واسعة وشديدة؛ لتضييق نطاق السلطة التقديرية المقيدة لحقوق الأفراد؛ وذلك حتى

(١) د. سليمان بن محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٢) د. محمد عبد الحميد مسعود، إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٥٦٤.

(٣) د. محمد حسنين عبد العال، مرجع سابق، ص ٥٢.

لو لم تتعسف السلطة في استعمال سلطتها التقديرية، فإنه يراقب مدى تناسب القرارات الإدارية المقيدة لحقوق الأفراد أو حرياتهم مع الوقائع والأهداف المراد تحقيقها. فتوجه القضاء المقارن في هذا الشأن أن الملاءمة تعد شرطاً لمشروعية القرارات الماسة بحقوق الأفراد، رغم أن القضاء الإداري كان ينكر رقابته على ملاءمة القرار الإداري؛ لكون الإدارة حرة في تقدير أهمية الحالة والآثار الناجمة عنها^(١).

الفرع الثاني: الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في القضاء العماني

اتجه موقف القضاء الإداري في سلطنة عمان حول الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في أحد أحكامه إلى أن: «القرارات الإدارية التي تصدر عن الجهات الإدارية في نطاق السلطة التقديرية التي أناطها بها المشرع تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يقضي بعد صحتها كلما ثبت لديه أن القرار المطعون فيه صدر مخالفاً للقانون أو قائماً على أسباب غير موجودة مادياً أو أن الجهة الإدارية المصدرة له انحرفت بسلطتها إلى تحقيق هدف آخر غير المصلحة العامة»^(٢).

كذلك قضى في أحكام متفرقة بأن: «تقدير السبب ومدى خطورته أو ضرورته للدواعي المختلفة: نظام وصحة وأمن وسكينة، فهو من إطلاقات جهة الإدارة التي تخضع لسلطتها التقديرية...، وكذلك لمحل القرار، أي الأثر القانوني الذي يترتب عليه فإن القضاء الإداري يراقب ضرورة أن يكون هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً أما اختيار وقت التدخل لإحداث هذا الأثر بلا بطء أو تسرع أو تحديد فحوى الأثر المطلوب في حدود موازنات: الواقع والمقاصد والأولويات، فكله متروك للسلطة التقديرية لجهة الإدارة»^(٣).

وأيضاً في أحكام أخرى بأنه: «إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبات إصدار القرار الإداري وملاءمته، فإن ثمة إلزاماً بأن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير وبشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه ومؤدى ذلك تقدير الملاءمة يجب أن يكون على أسس مقبولة، وتخضع جهة الإدارة في ذلك لرقابة القاضي الإداري...»^(٤)، وفي حكم آخر: «وأن جهة الإدارة حال تمتعها بسلطة تقديرية عند إصدار

(١) علي الدين زيدان، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٠٣٩.

(٢) الاستئناف رقم (٣٣٧) لسنة (٨) ق.س بجلسة ٢٠٠٩/٢/٢٣م، مجموعة المبادئ القانونية للعام القضائي ١٥-١، ص ٤٥١.

(٣) الاستئناف رقم (٣٣٧) لسنة ٨ ق.س بجلسة ٢٠٠٩/٢/٢٣م، مجموعة المبادئ القانونية للعام القضائي التاسع، ص ٢٣٦.

(٤) الاستئناف رقم (٢٩٦) لسنة (١٣) ق.س بجلسة ٢٠١٢/٥/٢٣م، مجموعة المبادئ القانونية للعام القضائي

(١٥-١)، ص ٤٥٣.

القرار الإداري يتعين عليها وزن الأمور بميزان الحق والعدل وبما يتلاءم والظروف التي يصدر فيها القرار الإداري هدفها في كل ذلك تحقيق المصلحة العامة...»^(١).

والذي يتبين من الأحكام السابق ذكرها، أن القضاء الإداري العماني قضى بعدم خضوع ملاءمة السلطة التقديرية لرقابة القاضي الإداري، وتركها في كنف تقدير الإدارة، بل تكتفي رقابته على مشروعية القرار الإداري من عدم مخالفته عنصر السبب، المحل والغاية، ويترك عناصر التدخل، وخطورة الأسباب، وما يخضع للموازنة إلى تقدير الإدارة وحدها.

فتخضع السلطة التقديرية للإدارة لرقابة القضاء الإداري، ويراقب القاضي الإداري مدى مشروعية القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية خاصة في عناصرها الثلاثة: (المحل-السبب-الغاية)، بحيث لا تخالف قرارات الإدارة القانون، أو تستند الإدارة إلى وقائع وأسباب غير موجودة أو غير صحيحة، أو تنحرف في استعمال سلطتها التقديرية باختيار غاية منافية للمصلحة العامة.

وإضافة إلى ذلك، رغم تحفظ القضاء الإداري العماني في خضوع رقابته على ملاءمة القرارات الإدارية، إلا أن هذا الأمر لا يعني أن تصدر الإدارة قراراتها دون معقب عليها، فكما لاحظنا في الأحكام المذكورة سلفاً، أن القضاء الإداري نص صراحة بإلزام الإدارة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف، وأنسب الحلول: «فإن ثمة إلزاماً بأن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير وبشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه»، ثم قضى في الحكم ذاته: «وتخضع جهة الإدارة في ذلك لرقابة القاضي الإداري»، الأمر الذي يفهم منه خضوع السلطة التقديرية للإدارة، لرقابة القضاء في الثبوت من تناسب قرار الإدارة مع أسبابه، وذلك في نطاق رقابته على المشروعية، بحيث يتعين على الإدارة أن تضع نفسها في أفضل الظروف، وأن تتخذ أفضل التدابير، وأنسبها وأكثرها ضرورة عند التقدير، وهو ما يدخل في مضمون مبدأ التناسب.

وتجدر الإشارة بهذا الشأن، إلى أنه مع صدور المرسوم السلطاني رقم ٢٢/٢٣م بشأن تعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري، نجد أن المشرع قد حسم موقف القضاء بشأن عدم فرض رقابته على ملاءمة القرارات الإدارية، وذلك بالنص في

(١) الاستئناف رقم (٩٢١) لسنة (١٤) ق. س بجلسة ٢٠١٤/١٢/١٦م مجموعة المبادئ القانونية للعام القضائي (١٥٠-١)، ص ٥٦.

المادة السادسة على: «... وتقتصر سلطة المحكمة في الرقابة على القرارات الإدارية على بحث مدى مشروعيتها، دون التطرق إلى بحث مدى ملاءمتها». والذي يعني غل يد القضاء الإداري صراحة عن الرقابة على ملاءمة القرار الإداري، ويكتفي دوره في التأكد من مشروعية قرارات الإدارة، والجدير بالذكر، أن الاتجاه التطبيقي لهذا التعديل لن يضي قيمة عملية إلى القضاء الإداري العُماني؛ وذلك في ظل أن القضاء العُماني - متأثر بالفقه والقضاء الفرنسي والمصري - من الأساس لم يكن يخضع رقابته على ملاءمات القرار الإداري من خلال الرقابة على تقدير الإدارة في اختيار وقت تدخلها، أو آلية وإجراءات تدخلها، أو شكل تدخلها، وترك تقدير تلك الظروف، واختيار القرار الملائم لها، تحت صلاحيات السلطة الإدارية، لذلك يمكن القول أن التعديل التشريعي ليس إلا تأكيداً للوضع المستقر عليه حالاً في نهج القضاء الإداري العُماني.

بيد أن هذا التعديل هو خلاف التوسع الذي نطمح أن يصل إليه القضاء الإداري العُماني، خاصة في ظل توسع دور القاضي الإداري، واعتباره حامي الحقوق والحريات. فوجود النص التشريعي يعني غل الدور الإنشائي للقضاء الإداري في تدخله اللازم -متى ما تطلب الأمر- وفرض رقابته على ملاءمة بعض القرارات المهمة، خصوصاً تلك الماسة بحقوق الأفراد وحرياتهم.

ومما وجب التنبيه عليه بهذا الشأن، أن هذا الأمر لا يعني عدم تدخل القضاء الإداري العُماني للرقابة على مبدأ التناسب، وذلك نظراً إلى أن البحث في التناسب يعد من قبيل الرقابة على مشروعية القرار الإداري، لا ملاءمته، وذلك وفق المسوغات المذكورة سلفاً، والتي من أهمها، أن جوهر مبدأ التناسب يدور في علاقة العناصر الداخلية للقرار الإداري، وهو توافق سبب القرار مع محله، لا علاقة القرار بالظروف الخارجية؛ لذلك فإن ممارسة جهة الإدارة سلطاتها التقديرية -في جميع الأحوال- يجب أن تكون في حدود القانون، ومتى ما خرجت عن تلك الحدود، تدخل القضاء في حدود المشروعية لإلغاء تصرفها غير المشروع.

ونضيف إلى ذلك، أنه في ظل التداخل الذي قد يحصل بين رقابة التناسب والملاءمة، يجب ألا يفسر هذا الشأن على أنه لا مجال للحديث عن التناسب، وفقاً إلى التعديل التشريعي الوارد ذكره، خاصة متى ما اتجه القضاء الإداري العُماني للتطورات الحديثة، التي تعد الملاءمة شرطاً لمشروعية القرارات الإدارية الماسة بحقوق الأفراد وحرياتهم، وعليه، يراقب القاضي الإداري حينها الملاءمة في نطاق المشروعية.

أما فيما يخص تطبيق رقابة التناسب على التطبيقات القضائية المختلفة في سلطنة عمان، فتجدر الإشارة بداية، أن القضاء العماني تأثر بهذه الاجتهادات القضائية المتعلقة بتطبيق رقابة التناسب، وذلك بالبحث في أسباب القرار ومحلّه، أي: بمعنى ما إذا كانت الأسباب الواقعية والمشروعية كافية لتسوية النتيجة التي انتهى إليها القرار، وهو الأثر القانوني المترتب عنه.⁽¹⁾ فقد ظهرت بعض الأحكام القضائية، التي قضت بتطبيق مبدأ التناسب، ففي مجال الوظيفة العامة -خصوصاً في القرارات التأديبية- راقب القضاء الإداري العماني مدى تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة المرتكبة من الموظف العام. مقابل ذلك لم يطبق القضاء العماني مبدأ التناسب صراحة؛ بصفته مبدأً مستقلاً في القرارات المقيدة للحقوق والحريات، ولكنه في كثير من الأحيان تطرق لمفهومه ومضمونه من خلال التأكد من أن يكون القرار الإداري ضرورياً ومعقولاً وملائماً، والتي تعد من عناصر تحليل مبدأ التناسب حسب التطورات التي توصل إليها القضاء المقارن عند الرقابة على مبدأ التناسب.

ويتضح أكثر تفعيل رقابة التناسب في التطبيقات القضائية المتعلقة بالقرارات الماسة بالحقوق والحريات، وقرارات الوظيفة العامة؛ نظراً إلى بداية ظهور مبدأ التناسب فيها، وكذلك إلى انتشار تطبيق مبدأ التناسب في تلك القرارات في كثير من محاكم القضاء الإداري، وتواتر العمل عليه. وتبرز ملامح المبدأ بوضوح في تلك القرارات؛ نظراً لما تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية واسعة، ففي المجال التأديبي، تتجلى مكانة مبدأ التناسب في ظل عدم حصر الأفعال التي تشكل مخالفة لواجبات الوظيفة العامة، وترك تقدير جسامتها تلك الأفعال وأهميتها وخطورتها، واختيار القرار التأديبي المناسب لها، وفق تقدير الإدارة الواسع، أما عن القرارات الماسة بالحقوق والحريات، فتمتلك الإدارة فيها سلطة تقديرية واسعة في تقدير تقييدها أو تنظيمها لمقتضيات الحفاظ على النظام العام بمشتملاته، الأمر الذي يجعل الإدارة تمنح التوازن المطلوب بين غايتين، كليهما ذات أهمية.

(1) د. خليفة سالم الجهمي، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

المطلب الثالث

وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

تمهيد وتقسيم:

يُنظر سابقًا إلى أن ممارسة الحرية يجب أن تكون من دون قيود أو حدود مفروضة عليها، وإلا تحولت هذه الحرية إلى سلطة، بيد أن البقاء على هذا المنظور سيؤدي حتماً إلى ممارسة كل فرد حريته بعشوائية، مما يؤثر في استمرارية العيش المنظم في المجتمع، عليه، ولضمان الحفاظ على ممارسة الحريات أصبح وجود سلطة تنظم تلك الحريات، وتفرض قيوداً عليها أمراً واجباً. والحديث عن الحرية لا يعني الحديث عن حريات مطلقة، فممارسة هذه الحريات المطلقة مفسدة على الأفراد، والدولة، والمجتمع كله، فإن تدخل الإدارة لتنظيمها وتقييدها أمرٌ مهم؛ لذلك وجد دور سلطة الدولة في حماية الأمن الداخلي والخارجي للمجتمع سابقاً؛ بصفته دولة حارسة، فالسلطة التي تملكها الإدارة كذلك كالحرية، يجب بالمقابل ألا تكون مطلقة، وإلا عُدت مفسدة؛ لذا يتدخل القانون لينظم الحرية، ويقيدها في مواضع معينة، وبضوابط محددة؛ تحقيقاً لممارسة الحريات في إطار يحمي النظام العام للمجتمع⁽¹⁾. بيد أن هذا التقييد يجب أن يكون مؤطراً في حدود القانون ومبادئه العامة، وإن أحد أهم تلك المبادئ هو تطبيق مبدأ التناسب والذي سيتمحور عليه حديثنا بصفته وسيلة للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، لذلك سنتطرق إلى الحديث في هذا المطلب عن الآتي:

الفرع الأول: تطبيق مبدأ التناسب للحد من تصرفات الإدارة الماسة بالحقوق والحريات.

الفرع الثاني: حدود مبدأ التناسب في الظروف الاستثنائية.

(1) د. محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٦٢.

الفرع الأول: تطبيق مبدأ التناسب للحد من تصرفات الإدارة الماسة بالحقوق والحريات

مبدأ التناسب: نظرية قضائية، ابتدعها القضاء الإداري؛ ليدخل في حدود رقابته البحث عن الأسباب التي حملت جهة الإدارة لاتخاذ قرار ما، وربط هذه الأسباب، وأهميتها، وخطورتها بالإجراء المتخذ، وأثرها في تقييد حقوق حريات الأفراد، وذلك بقياس مدى انسجام الإجراءات المتخذة مع الأهداف المراد تحقيقها. فمبدأ التناسب يمثل قيوداً من القيود الواردة على حرية الإدارة أثناء ممارستها لوظيفتها، كما أنه يعزز المشروعية على أعمال وتصرفات جهة الإدارة، من خلال الحد من نطاق الامتيازات العامة للإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية، كذلك يشكل دعامة أساسية لحماية حقوق وحريات الأفراد.

أسهم القضاء الإداري في بروز مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، والذي طبق بصفته مبدأً قانونياً، من دون النص عليه؛ كونه من إبداعات الإدارة الرشيدة في القانون الإداري، وعلوم الإدارة المرتبطة بأخلاقيات عمل السلطة الإدارية. ولم يقتصر تطبيقه على القرارات الإدارية، بل توسع وصولاً إلى القضاء الدستوري، من خلال الرقابة على تناسب التشريعات مع أهمية وأسباب تشريعها؛ بغية الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد

يُعرّف مبدأ التناسب بتعريفات مختلفة وفق مجال تطبيقه، ففي القانون الجزائي يظهر التناسب بين الجريمة والعقوبة، وفي القانون المدني يظهر التناسب بين التعويض والضرر، وبالرجوع إلى اجتهادات الفقهاء في تعريف التناسب في مجال القانون الإداري نجده يعرف التناسب على أنه: «ألا تغلو السلطة المعنية بتحديد الجزاء في اختياره، ولا تتركب متن الشطط في تقديره، وإنما عليها أن تتخير ما يكون على وجه اللزوم ضرورياً لمواجهة الخرق القانوني أو المخالفة الإدارية وما يترتب على اقترافها من آثار، وما فيه القدر المتيقن من معقولية لردع المخالف وزجر غيره عن أن يرتكب ذات فعله»^(١)، ويعرّف على أنه: «ضرورة تناسب محل التدبير الضبطي مع أسبابه الواقعية التي دعت إليه»^(٢).

(١) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ١١٣.

(٢) د. محمد عبد الحميد مسعود، إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥٦٢.

ويعرفه بعضهم كذلك بأنه: «توافق بين أهمية الوقائع (سبب القرار) والإجراء المتخذ (محل القرار)»^(١)، ويعبر عن التناسب كذلك أن: «... المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها»^(٢)، وكما عُرف التناسب في القرارات الإدارية بأنه: الضابط الذي يعمل على وضوح مدى تحقق التناسب بين عناصر القرار الإداري، فيبحث القاضي الإداري مشروعية العلاقة بين سبب ومحل القرارات الإدارية^(٣).

وفي المجال القضائي، يرجع بعضهم إلى أن التناسب في المجال الإداري مبدأ قضائي فرنسي، الذي طبقته إحدى المحاكم الفرنسية في حكم بنجامين Bengamin عندما ألغت القرار الصادر من أحد عمداء المدينة، والذي تضمن تقييدا لأحد المواطنين في ممارسة حريتهم في الاجتماع؛ وذلك تذرعا من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام، ولما عُرض هذا القرار على مجلس الدولة الفرنسي قضى بإلغائه؛ نظرا إلى أن الإدارة تمتلك استخدام وسائل ضبط أخرى، غير منعهم من ممارسة حقهم في الاجتماع، وفق تقديرها بعدم تناسب ذلك القرار مع الاضطرابات المهددة لنظام العام^(٤). وبعضهم الآخر يرجح تطبيق مبدأ التناسب لأول مرة للقضاء الألماني الذي طور المبدأ، ليشهد استخدامه في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة العدل الأوروبية في مجال القرارات المقيدة لحقوق الأفراد وحرياتهم^(٥).

وقد انتشر قضائياً تطبيق مبدأ التناسب بكثرة في المجال التأديبي، بحيث يتعين على جهة الإدارة عند توقيعها جزاء تأديبيا، ألا تتبالغ في تقدير الجزاء المناسب للفعل المرتكب، خاصة في ظل عدم وجود تحديد تشريعي للأفعال التي تعد مخالفات تأديبية. وعليه، عمل القاضي الإداري على رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي الموقع على مرتكب الفعل المخالف مع حجم المخالفة المرتكبة من حيث أهمية الفعل وخطورته^(٦).

(١) محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراة، جامعة المنصورة، ١٩٨٩م، ص ٨.

(٢) د. سليمان بن محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٣) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، توزيع منشأة معارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٣١.

(٤) C.E (٤). Rec. P, ١٩٣٣ mai ١٩. Conclusion du C, G. Michef S - ٥٤١. Rec. P, ١٩٣٤. P ٢٠٩ S

نقلاً عن د. محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٩١، ص ٤٧.

(٥) Gertrude, L.W (٥). (٢٠١٤). The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court, p7٨٤.

(٦) الاستئناف رقم (٧) لسنة (٥) ق.س بجلسة ٢٠٠٥/٥/١٤ م.م لعام ٦-٥ ق، مجموعة المبادئ القانونية للعام القضائي ١ وحتى ١٥، ٢٠١٩م، ص ٦٩٠.

ومع تطورات أعمال مبدأ التناسب في غير موضوع المخالفات التأديبية، أخذ القاضي الإداري يطور في أعمال المبدأ في مجال الضبط الإداري، وتطور المبدأ مؤخراً ليشمل تطبيقه على أي قرار يشكل تقييداً على حقوق الأفراد وحررياتهم.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري العُماني، فإنه لم يضع مفهوماً لمبدأ التناسب، ولكنه قضى في أحكامه على تطبيق مبدأ التناسب في المجال التأديبي، دون أن يخضع تقدير التناسب لرقابته ما لم تَسئ الإدارة في استخدام سلطتها، فتنص أحكام القضاء الإداري على أن: «رقابة القضاء لمشروعية الجزاء التأديبي رقابة قانونية يحدها تحقق المحكمة من قيام السبب المبرر له ثبوت ارتكاب العامل المخالفة...، فلا تمتد هذه الرقابة إلى ملاءمة الجزاء لأن الجهة التي تملك توقيعه تترخص في تقدير مدى جسامته الذنب وما يناسبه من جزاء مادام في حدود النصاب المقرر لها قانوناً»^(١).

وأما عن تطبيق المبدأ في القيود الماسة بالحقوق والحرريات فإننا نجد صداها في أحد أحكام القضاء الإداري، التي قضت بأن: «الدين الضئيل لا يسبب التراخي في سداداه أضراراً جسيمة باقتصادات الدولة تخول منع المدعي من ممارسة حقه الدستوري في التنقل؛ لعدم وجود تناسب بين الإجراء المتخذ والحق الذي قصد إلى حمايته - الحق في التنقل أولى بالرعاية في هذه الحالة، وذلك عملاً بقاعدة ترتيب المصالح والأولويات في مجال المحافظة على الحق، التي يقع على الدولة واجب الحفاظ عليه والتي توجب تقديم الحق الأولى بالرعاية على غيره من الحقوق، تحقيقاً للمصلحة العامة»^(٢).

يتضح مما ذكر أعلاه، أن القضاء الإداري قد فحص تناسب القرار الإداري المتخذ ضد الفرد، والمقيد لحقه في التنقل في عنصر الغاية تحديداً، في تحقيق قاعدة ترتيب المصالح والأولويات، بحيث قدم ممارسة الحق عن الهدف المراد حمايته من الإجراء بصفته أولى بالرعاية.

وفيما يخص القضاء المقارن، فإن قضاء الاتحاد الأوروبي والقضاء الألماني، رغم أنه لم يضع تعريفاً دقيقاً لمفهوم التناسب، إلا أن هناك من يرجح أساس ظهور مبدأ التناسب هو القضاء الألماني، بصفتها مسألة فلسفية قانونية، في أواخر القرن الثامن

(١) الاستئناف رقم (٦٧٤) لسنة ١٣ بجلسة ١٢/١١/٢٠١٣م، مجموعة المبادئ القانونية، لعام القضائي (١٥-١)، ص ٦٩٢.

(٢) الاستئناف رقم (٢٧) لسنة ٤ بجلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٥ مجموعة المبادئ القانونية، لعام القضائي (١٥-١)، ص ٢٢٥.

عشر، ثم طور إلى مبدأ غير مكتوب للقانون الإداري في أواخر القرن التاسع عشر، ومن ثم أعلنت عنه مبدأً دستورياً، وألزمت جميع سلطات البلاد باتخاذها معياراً أساسياً لجميع أعمال الدولة^(١)، وقد قضت المحاكم الألمانية في الكثير من أحكامها: أنه يجب أن يكون الإجراء المتخذ مناسباً لتحقيق الهدف، وضرورياً، بمعنى: أنه لا يوجد إجراء آخر متاح أقل تقييداً للحرية، ويجب ألا يكون التدبير غير متناسب مع هدفه (التناسب في معناه الضيق)^(٢).

(١) Alce, Stone, S. & Giacinto, D (٢٠١٤). Proportionality General Principle of law and investor-state arbitration: a response to Jose Alvarez. N.Y.U. Journal of International Law and Politics ٩١٩ (JILP).p

(٢) Evelyn, E. (Ed) (١٩٩٩). The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. p١.

الفرع الثاني: حدود مبدأ التناسب في الظروف الاستثنائية

القاعدة الأساسية هي خضوع الإدارة للقانون في تصرفاتها وأعمالها، ولكن قد تختلف ظروف الحياة ومتطلباتها؛ لذلك بقاء تصرفات الإدارة تحت نطاق المشروعية بقاءً مطلقاً أمرٌ غير وارد، فقد تكون البلاد أمام ظروف استثنائية، غير عادية، تلزم الإدارة باتخاذ إجراءات لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية؛ لذا تُمنح الإدارة بعض الصلاحيات الاستثنائية، التي تشكل توسعاً في سلطتها، وبالمقابل، قد تسبب تقييداً في ممارسة حقوق وحرريات الأفراد^(١).

الكثير من الدول تقنن الظروف الاستثنائية بوضع الضوابط والأحكام التفصيلية للتعامل مع هذه الظروف، ففي سلطنة عمان، نظمت الأحكام المتعلقة بالظروف الاستثنائية، والحالات التي يجوز فيها إعلان حالة الطوارئ، بما في ذلك حالة انتشار الأوبئة^(٢)، في المرسوم السلطاني رقم ٧٥ / ٢٠٠٨ بإصدار قانون حالة الطوارئ، وأشارت المادة (٤) من القانون ذاته إلى جواز اتخاذ أية تدابير وإجراءات لازمة لحماية الأمن والنظام العام، وبالتحديد تقييد حرية التنقل وحرية الاجتماع، وحظر التجوال، وأن يأمر بإغلاق المحال العامة، مما يقيد حرية ممارسة الأنشطة التجارية. كما نصت المادة (٤٩) من النظام الأساسي للدولة على أن من إحدى الصلاحيات الموكلة لرئيس الدولة: «- اتخاذ الإجراءات السريعة لمواجهة أي خطر يهدد سلامة الدولة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها.

أما في التشريعات المقارنة، ففي ألمانيا، تضمن القانون الأساسي للدولة الأحكام المتعلقة بحالة الطوارئ، والتي من الممكن الإعلان عنها في حال وجود ظروف خارجية تمس البلاد، كالدفاع عن ألمانيا في حالة الحرب، ولا تشكل الأوضاع الداخلية حالة من حالات الطوارئ، مثل: مواجهة وباء داخلي في البلاد، وأفرد في القانون ذاته التدابير التي يمكن أن تتخذها الدولة لمواجهة تلك الظروف، بما في ذلك القيود التي يمكن أن تمس حقوق وحرريات الأفراد خاصة في حق الملكية، والحرية الشخصية، وأن تتخذ تلك

(١) د. أبو بكر أحمد النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ١٥٨.

(٢) المادة (١): «يجوز إعلان حالة الطوارئ متى تعرض الأمن أو النظام العام في سلطنة عمان أو منطقة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد أو تنذر بوقوعها أو حدوث اضطرابات أو ظواهر إجرامية في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء أو آفة، تهدد كيان المجتمع أو سلامة الدولة».

التدابير المؤقتة في حدود الضرورة، ولفترة محددة، وذلك بالاستثناء من نص المادتين رقم (١٤) و(١٠٤) المقررة لحق الملكية والحرية الشخصية على التوالي^(١).

إن أحد التطبيقات القانونية المترتبة على نظرية الظروف الاستثنائية، هي عدم مشروعية المحل، فيضفي على أعمال الإدارة صفة المشروعية، رغم أن المحل غير مشروع في الظروف العادية؛ لمخالفته القانون، فالقضاء الإداري قد سمح بمخالفة قواعد المحل متى ما كان القرار ضروريا للحفاظ على النظام العام أو سير المرفق العام بأطراد، وأهم الأمثلة في ذلك: أن تقوم سلطات الضبط الإداري باتخاذ تدابير ليس لها سند في القانون لمواجهة الظروف الاستثنائية، حتى لو مست هذه الإجراءات حقوق الأفراد وحررياتهم، أو تتخذ إجراءات مقيدة للحرية في حالات غير مسموح لها بتقييدها^(٢).

يقصد بالظروف الاستثنائية: أن تتعرض الدولة لظرف أو أزمة أو خطر متوقع أو غير متوقع، يخل في تحقق الأمن والاستقرار بها، بمقتضى التشريعات العادية، فيمنح بمقتضاها السلطة التنفيذية صلاحية التدخل، واتخاذ قرارات لها قوة القانون، وقد تكون هذه القرارات ماسة بحريات الأفراد وحقوقهم؛ مما يشكل خروجاً مؤقتاً عن المشروعية^(٣). تعد الظروف الاستثنائية تقييداً لمبدأ المشروعية، وهي نظرية قضائية، وضعها القضاء الإداري الفرنسي، مفادها: إن تصرفات الإدارة غير المشروعة - سواء كانت قانونية أو مادية - المتخذة في الظروف العادية، قد تصبح مشروعة عند ممارستها في الظروف الاستثنائية؛ وذلك لأن البقاء على النصوص العادية سيؤدي إلى إخلال النظام العام وإلى عدم سير المرافق العامة بانتظام وأطراد، فتقتضي الضرورة أن تنحرف الإدارة عن تطبيق القواعد القانونية في الوضع الطبيعي، وتتمسك بالنصوص القانونية الاستثنائية؛ وذلك في حالة أن الدولة لديها تشريع ينظم الظروف الاستثنائية،

from Basic Law for the Federal Republic of Germany “The Federation shall have the ١١٥ Article (١) right to legislate concurrently for a state of defence even with respect to matters within the legislative powers of the Länder. Such laws shall require the consent of the Bundesrat To the extent required (٢). by circumstances during a state of defence, a federal law for a state of defence may make temporary provisions concerning compensation in the event of expropriation that deviate from the requirements of establish a time limit for deprivations of freedom. ٢. ١٤ of Article (٢) the second sentence of paragraph and the first sentence of paragraph (٢) different from that specified in the third sentence of paragraph but not exceeding four days, for cases in which no judge has been able to act within ١٠٤ of Article (٣) “the time limit that normally applies

(٢) د. عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٣) د. هالة محمد طريح، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

ولا يشكل هذا الشأن تهديدا لمبدأ المشروعية؛ لأنه ينطوي على حلول التشريع الاستثنائي مكان التشريع العادي؛ بغية الحفاظ على النظام العام.

وأبعد من ذلك، أن الإدارة يمكنها أن تتجاوز القواعد القانونية المنظمة للظروف الاستثنائية متى ما اقتضت الضرورة؛ وذلك لأن المشرع لا يمكن أن يتوقع جميع الظروف والأحوال التي قد تطرأ على الدولة؛ لذا من المتصور أن الإجراءات المخولة للإدارة في مواجهة الظروف الاستثنائية لا تسعفها في الحد من الطرف الطارئ^(١).

ظهرت فكرة الضرورة لمواجهة الظروف الاستثنائية في مجلس الدولة الفرنسي، واعتمدها الألمان، ونجد أن هذه النظرية لها أساس في الشريعة الإسلامية التي تقضي بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، حيث يعبر الفقيه الألماني هيغل عن حالة الضرورة: «أن الدولة هي التي أوجدت القانون، وهي تخضع له تحقيقاً لمصالحها، وعلى ذلك فلا خضوع عليها إذا كان تحقيق صالحها هو في عدم الخضوع، وأن القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة فإذا لم ترد القواعد القانونية إلى هذه الغاية فلا يجب الخضوع للقانون، وعلى الدولة أن تضحى به في سبيل الجماعة»^(٢).

وفي تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، يجب أن تتوفر في هذه الظروف شروط متمثلة في:

- ١- قيام حالة واقعية أو قانونية صارخة تنطوي على تهديد جسيم للنظام العام.
 - ٢- استحالة مواجهة الإدارة هذه الظروف ماديا أو قانونيا. من خلال الإجراءات العادية في نطاق سلطتها.
 - ٣- أن تكون الإجراءات المتخذة من الإدارة بالمخالفة للقواعد العامة للمشروعية متناسبة مع الهدف الذي تسعى إليه، وأن تكون بحدود الضرورة^(٣).
- ويضيف بعضهم شرطا أخيرا، متعلقا بارتباط أعمال الضرورة بتحقيق المصلحة العامة، وعليه يجب على الإدارة أن تنصب تصرفاتها اللازمة في مواجهة الظروف الاستثنائية؛ بغية تحقيق مصلحة عامة معتبرة، وهي الغاية التي تسمح للإدارة أن تخرج عن المشروعية، بيد أنني أرى بأن تحقيق المصلحة العامة يجب أن يكون هو غاية

(١) د. عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص ٥٢ و ٥٣.

(٢) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٣) د. عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص ٥٦.

الإدارة في جميع تصرفاتها وأعمالها، وسواء في الظروف العادية أو الاستثنائية.

ومن أهم النتائج القانونية المترتبة من تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، هو توسع سلطات الإدارة، إلا أنه يبقى السؤال المطروح: ما حدود هذا التوسع؟ ومدى تأثيره على عناصر القرار الإداري؟ فهل تمتلك الإدارة حرية التوسع في جميع عناصر القرارات التي تتخذها لمواجهة الظرف الاستثنائية، من حيث صدوره من غير الجهة المختصة، أو تجاوز الشكل والإجراءات المطلوبة لإصداره، أو تحقيق غاية غير التي يهدف القرار من تحقيقها، أو صدور القرار لسبب غير مشروع أو مخالفته شروط محله؟

تتسع سلطة الإدارة في مواجهة الظرف الاستثنائي، بيد أن حدود هذا التوسع يقل عند العناصر الداخلية المتعلقة بالقرار (المحل- السبب- الغاية)، ويزيد في عنصري الاختصاص والشكل، كأن تتخذ الإدارة قراراً يخرج عن صلاحياتها، ويدخل في اختصاص السلطة التشريعية أو لا تتبع الإجراءات المنصوص عليها لإصدار القرار، وذلك حسب ما تقتضيه الضرورة من اتخاذ تدابير سريعة للحد من آثار الظرف الاستثنائي.

ومقابل هذا الاتساع في عنصري الإجراءات والشكل، تلتزم الإدارة في حالة الضرورة أن تراعي توفر الشروط اللازمة لقيام الظرف الاستثنائي، وأن تستهدف من اتخاذها القرار المواجه للظرف الاستثنائي، الحفاظ على النظام العام. فتتقلص سلطة الإدارة بشأن العناصر الداخلية للقرار؛ لكونه لا يمكن أن يصدر القرار من دون محل أو سبب أو غاية؛ ونتيجة لذلك، فإن القاضي الإداري، في حالة الضرورة، يشدد الرقابة على وجود السبب الدافع لاتخاذ القرار ومشروعيته، وتناسبه مع القرار المتخذ لمواجهة السبب، ومن مشروعية محل القرار، وعدم مخالفته القانون، ومن توفر الغاية المستهدفة لمواجهة هذا السبب؛ وذلك لأن هذه العناصر الداخلية للقرار هي ما تدفع الإدارة في اتخاذ قرار سريع، يواجه الظرف الطارئ وكذلك لأنها هي التي أدت إلى تجاوز الإدارة ركني الشكل والاختصاص⁽¹⁾.

كما أسلفنا القول: إن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية يترتب عليها التساهل من الإدارة والقضاء في مبدأ المشروعية، بيد أن هذه الظروف لا يمكن أن تبعد رقابة القضاء على مشروعية القرار المتخذ لمواجهة تلك الظروف، بما أن المشرع في كثير

(1) د. حيدر أحمد الفتلاوي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في حالة الضرورة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩م، ص ٩٧.

من الأحيان لا يحدد الحالات التي يجب أن تستند إليها الإدارة، حتى تتمتع بسلطات استثنائية، عليه يستمر القضاء الإداري في الرقابة على الوقائع التي تمسكت بها جهة الإدارة لاتخاذ التدبير المقيد للحقوق والحريات؛ بغية الحفاظ على النظام العام؛ فمجلس الدولة الفرنسي مارس رقابته على الوقائع المتخذة من جانب الإدارة لمواجهة الأزمات، في حالة الظروف الاستثنائية، بل أبعد من ذلك، فقد فرض رقابته على أهمية تلك الأسباب والوقائع وخطورتها؛ مستنداً إلى رقابته على ملاءمة القرارات، خاصة تلك القرارات المتعلقة بالضبط الإداري، والتي تشكل مساساً لحقوق الأفراد.

وفي هذا الشأن، تضاغت الرقابة القضائية على أهمية الوقائع وتناسبها مع القرارات المتخذة لمواجهةها، في ظل توسع السلطات الاستثنائية الممنوحة لجهة الإدارة لمواجهة الأزمات، الذي بشأنه أن يعرض حقوق الأفراد إلى اعتداء أوسع، يتجاوز ما تقوم به الإدارة في الظروف العادية. فقد تقييد حريات الأفراد أكثر مما يجب، أو تتوسع في استعمال صلاحياتها أكثر مما ينبغي، ولفترة تطول عن الطرف الاستثنائي. فلا يجوز أن تتسع سلطة الإدارة إلا بالحجم اللازم والضروري لمواجهة ذلك الطرف، وألا تتجاوز عنصر تناسب المحل مع أسبابه، من خلال اتخاذ تدابير غير متناسبة مع حالة الواقعة⁽¹⁾. إذ يجب أن يتوافق التدبير المتخذ في ظل الظروف الاستثنائية مع أهمية وخطورة الأسباب، فحتى يكون القرار مشروعاً يجب أن يكون لازماً وضرورياً، وأن يكون الإجراء الوحيد أمام الإدارة، بحيث نكون أمام تحليل عناصر الرقابة على مبدأ التناسب التي سنتعرفها في الفصل الثاني.

وفي ظل عدم وجود معيار دقيق يحدد مضمون حالة الضرورة؛ تشكل الرقابة المتزايدة على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية إلى تحقيق التوازن بين الصلاحيات غير العادية، الممنوحة للإدارة، والضرورة التي تقتضها تلك الظروف. حيث إن تعاضم رقابة القضاء على أعمال الإدارة في تناسب تلك الظروف مع الإجراءات المتخذة، سيؤدي إلى عدم قدرة الإدارة على التنصل من المشروعية، والتمسك بتلك الظروف؛ بغية التعسف في استعمال سلطتها، واتخاذ التدابير المقيدة للحقوق والحريات، فعلى الإدارة بكل الأحوال أن تستند إلى أسباب بالغة الأهمية، دفعها إلى مخالفة القانون، وفي نطاق حدود تلك الضرورة. فيشير أحد الكتاب إلى أن تطبيق مبدأ التناسب في

(1) د. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٣٧ وما بعد.

الظروف الاستثنائية قد يصل إلى تقليص، بل حتى إلغاء السلطة التقديرية، التي تتمتع بها الإدارة^(١) ورغم أهمية الرقابة القضائية المتزايدة على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية إلا أنه واقعياً يعجز القضاء الإداري عن تقدير مدى تناسب الإجراء المتخذ لمواجهة الظرف الاستثنائي، مع أهمية الوقائع، ودرجة خطورتها؛ وذلك لأسباب متعلقة بطبيعة العمل القضائي البعيدة عن الواقع الميداني؛ لذا في كثير من الأحيان يحكم القاضي الإداري بصحة تلك التدابير^(٢).

وأما عن الوضع في سلطنة عمان، فإنه رغم الصلاحيات التي تمنح للإدارة في مواجهة الظروف الاستثنائية، إلا أن المشرع لم يحدد أشكال تلك الإجراءات أو صورها أو التدابير التي يجب أن تتخذ بها الإدارة على سبيل الحصر، بل أوردتها على سبيل المثال^(٣)، والتي هي بمجملها تشكل قيوداً ومساساً بحريات الأفراد وحقوقهم، ولما كانت حماية الحقوق والحريات لها أساس دستوري، فإن على الإدارة أن تعي ضرورة الالتزام بالقيود الدستورية في مواجهة الظروف الاستثنائية، فقد نصت المادة (٩٠) من النظام الأساسي للدولة على أنه: «لا يجوز تعطيل أي حكم من أحكام هذا النظام إلا في أثناء قيام حالة الطوارئ، وفي الحدود التي يبينها القانون»، فحتى مع تعطيل أحكام منح

(1) Peiser(G), Dorit.adminstratif, Memento Dalloz ,1994.

نقلًا عن د. حيدر أحمد الفتلاوي، مرجع سابق، ص ١١٦

(٢) د. حيدر أحمد الفتلاوي، مرجع سابق، ص ١١٧

(٣) المادة (٤): «لمجلس الأمن الوطني أن يأمر باتخاذ أي من التدابير والإجراءات اللازمة لحماية الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص ما يلي:

- أ- وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمروءة في أماكن أو أوقات معينة، والقبض على المشتبه بهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم والترخيص بتفتيش الأشخاص والأماكن ووسائل النقل دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجزائية أو أي قانون آخر.
- ب- تحديد مواعيد فتح المحال العامة والأمر بإغلاق بعضها أو كلها كلما دعت الضرورة.
- ج- الرقابة على سائر أنواع المراسلات وجميع وسائل الإعلام المسموعة والمقروءة منها والمرئية ودور العرض المختلفة وما في حكمها وشبكات وسائط المعلومات والاتصالات، ومنعها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها وإغلاق مقارها.
- د- إخلاء بعض المناطق أو عزلها وحظر التجول فيها وإغلاق الطرق العامة أو بعضها وتنظيم وسائل النقل والمواصلات وحصرها وتحديد حركتها بين المناطق المختلفة.
- هـ- الاستيلاء المؤقت على أية منشأة أو عقار أو منقول والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات والحجز على الأموال وتأجيل أداء الديون والالتزامات المستحقة أو التي تستحق على ما تم حجزه أو الاستيلاء أو فرض الحراسة عليه.
- و- سحب تراخيص الأسلحة والذخائر والمواد المتفجرة أو القابلة للانفجار أو التي تدخل في صناعة الأسلحة أو الذخائر أو المتفجرات ومنع صنعها أو استيرادها أو بيعها أو شرائها أو نقلها أو التصرف بها أو حملها أو حيازتها والأمر بضبطها وتسليمها للجهات المختصة وفرض الرقابة أو السيطرة على أماكن صنعها وعرضها وبيعها وتخزينها».
- ز- تكليف أي شخص القيام بأي عمل من الأعمال التي تقتضيها الظروف ضمن حدود قدراته.
- ح- الحظر على العاملين في المرافق مغادرة الأماكن التي يعملون بها في غير الأحوال المرخص بها.

الأفراد ممارسة حقوقهم وحررياتهم، المنصوص عليها في الدستور، بيد أن هذا التعطيل يجب أن يكون في حدود المشروعية الاستثنائية المنظمة في قانون الطوارئ.

كذلك الوضع في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فإنها أكدت في أحد أحكامها بإلزام دول الأعضاء على احترام مبدأ التناسب، حتى في حالة مواجهة الظروف الاستثنائية، فعلى الحكومة أن تثبت من وجود ظرف عام سيعرضهم للخطر، وأن هذا الظرف يشكل خطورة يجب التغلب عليها، وأن يخضع هذا الأمر لرقابة المحكمة في فحص مدى تجاوز الدولة عن الحد الضروري من التدابير اللازم اتخاذها، وفقاً لمقتضيات كل ظرف، ففي جميع الأحوال، لا تمتلك الحكومة سلطة تقديرية مطلقة في اتخاذ التدابير اللازمة للحد من تلك الظروف.⁽¹⁾

(1) European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey* case , 100/1995/606/694, 18 December 1996 from [AKSOY v. TURKEY \(coe.int\)](#).

تناولت في هذه الدراسة موضوعاً لاقى اهتماماً بالغاً بين الدول، والمتمثل في: إعمال الرقابة على تناسب تصرفات الإدارة؛ بغية المحافظة على حقوق الإنسان وحياته. ذلك أن حماية الفرد، وتحقيق أمنه واستقراره، هو جوهر عمل الدولة، بمختلف سلطاتها التشريعية، والتنفيذية، والقضائية. فهناك حاجة ماسة لضبط حدود السلطة التقديرية للإدارة، خاصة متى ما استهدفت سلطتها في تقييد أو انتقاص حق من حقوق الأفراد أو حرياتهم، وذلك من خلال تطبيق مبدأ التناسب، أي: بفحص توافق الإجراءات المتخذة من الإدارة في مواجهة أمر ما مع خطورة هذا الأمر وأهميته.

وقد قسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب، أولها: تناولت فيه الحديث عن ماهية السلطة التقديرية للإدارة أما المطلب الثاني: فيتمثل في ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، وثالثها عن: وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية. ولقد خلصنا في هذه الدراسة لمجموعة من النتائج والتوصيات، نوردها على نحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- حماية حقوق الأفراد وحياتهم مسؤولية تقع على عاتق الدولة، فنجد جذور النص على حقوق الأفراد وحياتهم في سلطنة عمان في النظام الأساسي للدولة، الذي أصبغ على تلك الحقوق والحريات، طابعاً دستورياً، وأفرد بعض الحدود عليها، وأوكل القانون مهمة تنظيم بعضها.

٢- السلطة التقديرية المطلقة لجهة الإدارة غير متصورة، فهي سلطة قانونية تحكمها المشروعية، سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية، بالرغم من توسعها في الأخيرة، كما أن السلطة التقديرية لجهة الإدارة لا تغل يد القضاء من بسط رقابته عليها؛ وذلك بصفته ضامن الحقوق والحريات. وتعد أحكام القضاء الإداري العُماني في هذا الشأن مستقرة بخضوع السلطة التقديرية للإدارة لرقابة القاضي الإداري، بيد أن حدود الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة غير واضحة، فكثير ما يترك السلطة التقديرية في نطاق ملاءمات السلطة الإدارية، إلا إذا اساءت في استعمال سلطتها، أو في حالة وجود غلو في التقدير وجوداً صارخاً وواضحاً.

٣- سلطة الإدارة في مواجهة الظرف الاستثنائي متسعة مقابل سلطتها في الأحوال العادية، ومع ذلك فإن حدود هذه السلطة يقل في العناصر الداخلية المكونة للقرار: (المحل - السبب - الغاية)، ويزيد في عنصري الاختصاص والشكل. ونتيجة لذلك، فإن القاضي الإداري في حالة الضرورة يستمر في بسط رقابته على التناسب؛ أي: على وجود السبب الدافع لاتخاذ القرار ومشروعيته، وتناسبه مع القرار المتخذ لمواجهة السبب، ومن مشروعية محل القرار وعدم مخالفته القانون، ومن توفر الغاية المستهدفة لمواجهة هذا السبب؛ وذلك لأن هذه العناصر الداخلية للقرار المتخذ في تلك الظروف هي التي دفعت الإدارة لاتخاذ قرار سريع يواجه الظرف الطارئ؛ وكذلك لأنها هي التي أدت إلى تجاوز الإدارة ركني الشكل والاختصاص.

٤- التعديل الوارد في المادة السادسة من المرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٢/٢٣ بشأن تعديل في بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري على: «... وتقتصر سلطة المحكمة في الرقابة على القرارات الإدارية على بحث مدى مشروعيتها، دون التطرق إلى بحث مدى ملاءمتها»، يوضح حسم المشرع العُماني موقف القضاء بشأن عدم فرض رقابته على ملاءمة القرارات الإدارية، والجدير بالذكر في هذا التعديل، لن يضي قيمة عملية للقضاء الإداري العُماني؛ وذلك في ظل أن القضاء العُماني من الأساس لم يكن يخضع رقابته على ملاءمات القرار الإداري، وترك تقدير القرار الملائم واختياره تحت صلاحيات السلطة الإدارية، ما لم تتعسف في استعمال سلطتها؛ لذلك، يمكن القول إن التعديل التشريعي ليس إلا تأكيداً للوضع المستقر عليه حالاً في نهج القضاء الإداري العُماني. ومن ناحية أخرى، وجود التعديل التشريعي المذكور سلفاً، يعني تقييد الدور الإنشائي للقضاء الإداري في تدخله اللازم - متى ما تطلب الأمر - بفرض رقابته على ملاءمة بعض القرارات الهامة، خصوصاً تلك الماسة بحقوق الأفراد وحررياتهم.

٥- مشروعية القرار الإداري - من حيث تناسب الإجراء المتخذ مع خطورة وأهمية الوقائع - تهدف إلى إيجاد حالة توازن بين حماية الحقوق والحرريات، ومراعاة اعتبارات المصلحة العامة، والذي يشترط عملياً حسب القضاء الألماني والاتحاد الأوروبي؛ التحقق من ثلاثة عناصر لمبدأ التناسب، وهي: أن يكون القرار ملائماً مع الغاية المستهدفة من إصداره، وأن يكون ضرورياً بحيث يكون الخيار الأقل ضرراً على الأفراد، وأن يكون متناسباً بمعناه الضيق؛ أي ألا يؤدي القرار إلى إجحاف بحقوق الأفراد وحررياتهم (الموازنة).

٦- القضاء الإداري العُماني تأثر بالاجتهادات القضائية المتعلقة بتطبيق رقابة التناسب. فقد قضى صراحةً بالزام الإدارة أن تضع نفسها في أفضل الظروف، وأن تتخذ أفضل التدابير وأنسبها، وأكثرها ضرورة عند التقدير، وهو ما يدخل في مضمون مبدأ التناسب، ففي مجال الوظيفة العامة، شهد القضاء الإداري العُماني تطبيق مبدأ التناسب في القرارات المتعلقة بتأديب الموظفين، فقد قضت الدائرة الإدارية الاستئنافية بشكل بيّن في الكثير من أحكامها بأهمية تناسب القرار التأديبي مع جسامته المخالفة، إلا أنها أخضعت تقدير ذلك التناسب ضمن الملاءمات التي تقدرها الإدارة ما لم تتعسف في استعمال سلطتها. مقابل ذلك لم يقر القضاء الإداري صراحةً بتطبيق مبدأ التناسب شرطاً لمشروعية القرارات الماسة بحقوق الأفراد وحررياتهم، ولم يطبقه بصفته مبدأً مستقلاً، بل تطرق لمفهومه ومضمونه من خلال التأكد من أن يكون القرار الإداري ضرورياً ومعقولاً وملائماً في فحص قواعد ومبادئ أخرى -غير التناسب- كقاعدة ترتيب الأولويات والمصالح، ونظرية الموازنة ونظرية الضرورة، والتي تعد من عناصر تحليل مبدأ التناسب حسب التطورات التي توصل إليها القضاء المقارن عند الرقابة على مبدأ التناسب.

ثانياً: التوصيات

- ١- إعلاءً لأهمية وقيمة حماية الحقوق والحرريات، وتسهيلاً لعمل القاضي الإداري؛ فإننا نوصي بدسترة حدود القيود التي يمكن أن ترد على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم في سلطنة عمان؛ وذلك من خلال إضافة نص عام في النظام الأساسي للدولة، يؤطر فيه حدود تقييد حقوق الأفراد وحررياتهم، خاصةً أن النظام الأساسي للدولة وضع قواعد عامة في تنظيمها، وأحال مهمة تنظيمها للقوانين في مواضع مختلفة. وذلك بإضافة النص الآتي:

 - في الأحوال التي تقتضي فيها القوانين، اتخاذ تدابير وأوامر تتضمن تقييد حقوق أو حريات الأفراد، يجب أن تسري هذه التدابير والأوامر على العامة، وألا تقتصر على حالة منفردة.
 - لا يجوز الحد من ممارسة الفرد لحقه، إلا بالقدر الضروري والملائم، وبما يتناسب مع مقتضيات الواقع.
 - لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر الحق ذاته، أو تعطيل ممارسة الحق كلياً أو دائماً.
 - يحق للفرد اللجوء إلى المحكمة المختصة، متى ما قيد في ممارسة حقه بالمخالفة لأحكام هذا النظام).

٢- تعزيزاً لمبدأ التناسب، ومع تطوره في القضاء المقارن، وتوسع تطبيقاته، ودوره في حماية الأفراد، فإننا نوصي بأن يرى هذا المبدأ صداه بوضوح وصراحة في أحكام القضاء الإداري في سلطنة عمان، بصفته شرطاً لمشروعية القرارات الإدارية، بحيث يتوسع القاضي الإداري في الرقابة على تطبيق مبدأ التناسب في تصرفات جهة الإدارة التي تتمتع فيها بسلطة تقديرية، حتى في حال عدم وجود تعسف في استعمال سلطتها أو غلط بين في التقدير، خاصة في القرارات المقيدة للحقوق والحريات. وفي ظل وجود فراغ تشريعي للمبدأ، فإنه لا يحول دون تطبيقه، وذلك لما يتميز به القاضي الإداري -بصفته قاضياً منشئاً- من إمكانية استحداث قواعد قانونية؛ تحقيقاً لحاجة متطلبات الحياة الإدارية وحماية حقوق وحريات الأفراد.

٣- تحقيقاً لسيادة القانون، فإننا نوصي أن تمتد رقابة القضاء الإداري إلى إجراءات الإدارة المقيدة لحقوق الأفراد وحرياتهم في الظروف الاستثنائية، وفي حالات إعلان حالة الطوارئ، بحيث لا تنتهك حقوق الأفراد وحرياتهم جراء ما تملكه الإدارة من صلاحيات موسعة في مواجهة تلك الظروف.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

- ١- د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري: نشاط وأعمال السلطة الإدارية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٨م.
- ٢- د. أبو بكر أحمد النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣م.
- ٣- د. ثروت عبد العال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.
- ٤- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ٥- د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري: الرقابة على أعمال الإدارة في تنظيم القضاء الإداري في سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- ٦- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ١٩٨٥.
- ٧- د. سليمان بن محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مطبعة جامعة عين شمس، ط٣، ١٩٧٨.
- ٨- د. عبد القادر الشخلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣م.
- ٩- علي الدين زيدان، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- ١٠- د. عمرو أحمد حسبو، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ١١- د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- ١٢- د. محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣م.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

- ١- د. حيدر أحمد الفتلاوي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في حالة الضرورة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩م.
- ٢- د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- ٣- د. كارين الدغدي، القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٩م.
- ٤- ماهر مرادخان مايخان، التوازن بين الضبط الإداري والحريات العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
- ٥- د. محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩١م.
- ٦- د. محمد عبد الحميد مسعود، إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ٧- د. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- ٨- د. نبيل عبد الفتاح عبد العزيز قوطه، حقوق الإنسان في ضوء قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مكتبة الوفاء القانونية، م١، ٢٠١٥م.
- ٩- د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

ثالثاً: الرسائل العلمية

- ١- محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراة، جامعة المنصورة، ١٩٨٩م.

رابعاً: التشريعات القانونية

- ١- النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢١/٦.
- ٢- القانون الأساسي الألماني الصادر في ٢٣ مايو ١٩٤٩.
- ٣- ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية، ديسمبر ٢٠٠٠.
- ٤- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ١٩٥٠.
- ٥- مرسوم سلطاني رقم ٢٠٢٢/٢٣ بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري.
- ٦- مرسوم سلطاني رقم ٧٥ / ٢٠٠٨ بإصدار قانون حالة الطوارئ.

خامساً: الأحكام القضائية

- ١- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الدائرة الإدارية الاستئنافية للعام القضائي الأول وحتى الخامس عشر، طبعة ٢٠١٨م.
- ٢- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الدائرة الإدارية الاستئنافية للعام القضائي الأول وحتى الخامس عشر، طبعة ٢٠١٩م.
- ٣- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الدائرة الإدارية الاستئنافية للعام القضائي الثامن عشر، من أول أكتوبر ٢٠١٧ وإلى آخر سبتمبر ٢٠١٨م.

المصادر الأجنبية:

- 1- Alce, Stone, S. & Giacinto, D. (2014). Proportionality General Principle of law and investor-state arbitration: a response to Jose Alvarez. N.Y.U. Journal of International Law and Politics (JILP).
- 2- European Court of Human Rights, Aksoy v. Turkey case, 10018 ,694/606/1995/ December 1996.
- 3- Gertrude, L.W. (2014). The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court. Human Rights law Journal.

الدراسات والبحوث

الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون العُماني دراسة مقارنة

إعداد

الدكتور عبد الحنان العيسى

محام ومحكم

الدراسة بعنوان: «الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون العماني - دراسة مقارنة»، بسبب تنوع عقود الشراكة، وتعدد أطرافها واختلاف جنسياتهم، وطول مدة الشراكة، تبرز تحديات تنشأ مع تأسيس الشراكة، وتستمر معها طوال مدة المشروع، إلا أن كون الشراكة بين القطاع العام والخاص، أصبحت ضرورة ملحة أكثر من أي وقت مضى، للمشاركة في تحقيق التنمية المستدامة، فإن تشريعات الدول محل الدراسة وهي: سلطنة عمان والكويت وقطر ومصر، ضُمَّت ما يذلل هذه التحديات، حيث تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول: تعريف الشراكة، ومخاطرها، وعوامل نجاحها، والحوكمة والرقابة والحوافز، والمبحث الثاني: طرح المشروعات وتأسيس شركة المشروع، وأنواع عقود الشراكة وأساليب التعاقد، المبحث الثالث: البيئة القانونية وتسوية النزاعات، وتتجلى إشكالية البحث بعدم معرفة الطبيعة القانونية لهذه العقود، وذلك لتحديد القضاء المختص بتسوية نزاعاتها، وكذلك تعدد آليات التعاقد، وتعدد أنواع العقود التي تضمنها الشراكة، والبنود الواجب توفرها فيها، مما يؤكّد النزاعات التي تؤدي لفشل مشروع الشراكة، وتضارب المصالح عندما تكون الجهة الحكومية هي الخصم والحكم.

تهدف الدراسة إلى: التعريف بالأحكام الناظمة لعقود الشراكة، وبيان طبيعتها القانونية، وتوضيح التحديات التي تواجه مشروع الشراكة وسبل التغلب عليها، ولقد استخدم الباحث المنهج الاستقرائي والمقارن والتحليلي؛ وتوصلت الدراسة لعدة نتائج من أهمها: إن قانون الشراكة العماني بالإضافة للقوانين محل الدراسة، نظمت بشكل دقيق مراحل مشروع الشراكة، مما يسهم بنجاحه، ونصّت على مبادئ ومعايير الحوكمة ومبادئ الشفافية وحرية التنافس وتكافؤ الفرص والمساواة، وضّمت التوازن المالي للعقد، وذلك بتعديل العقد في حال طرأت ظروف غير متوقعة أخلت بالتوازن المالي للعقد؛ كما تضمنت هذه التشريعات حوافز وميزات، بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية، مثل الإعفاءات الضريبية، وحرية تحويل الأموال، والإعفاء من متطلبات أخرى في تأسيس شركة المشروع، ويوصي الباحث: بإجراء مزيد من الأبحاث والدراسات المتعلقة بمواضيع الشراكة، وبإعداد الكوادر الوطنية المؤهلة (القانونية والفنية) للتعامل مع هذا النوع من العقود؛ وتشكيل لجنة تقييم، لمشروعات الشراكة، للوقوف على أهم العوامل التي تحد من نجاح هذه التجربة، وذلك لتلافيها في المشاريع الأخرى.

Abstract

The study entitled: “Public-Private Partnership in Oman Law - A Comparative Study”, due to the diversity of partnership contracts, the multiplicity of its parties and their different nationalities, and the length of the partnership period, challenges that arise with the establishment of the partnership, and continue with it throughout the duration of the project, but the fact that the partnership between the public and private sector has become more urgent than ever, to participate in achieving sustainable development. The legislation of the countries under study, namely: Sultanate of Oman, Kuwait, Qatar and Egypt, included what overcomes these challenges, as the study was divided into three sections, the first topic: the definition of partnership, its risks, success factors, governance, control and incentives, and the second topic: Presentation of projects and establishment of the project company, types of partnership contracts and contracting methods. The third topic: the legal environment and dispute settlement. The statement problem of the research is manifested in the lack of knowledge of the legal nature of these contracts, in order to determine the competent judiciary to settle their disputes, as well as the multiplicity of contracting mechanisms and the multiplicity of the types of contracts included in the partnership and the relevant clauses which generate conflicts that lead to the failure of the partnership project, and a conflict of interest when the government entity is the opponent and the judge.

The study aims to introduce the provisions governing partnership contracts, clarify their legal nature, and clarify the challenges facing the partnership project and ways to overcome them. The researcher employs the inductive, comparative and analytical approach, and the study seeks to several objectives, the most important of which are: the Oman Partnership Law, in addition to the laws under study, meticulously organizing the stages of the partnership project, which contributes to its success and the financial balance of the contract, by amending the contract in the event of unforeseen circumstances, Otherwise, it may disturb the financial balance of the contract. This legislation also includes incentives and advantages in order to attract foreign investments, such as tax exemptions, freedom of money transfer, and exemption from other requirements in establishing the project company. The researcher recommends: conducting more research and studies related to partnership, and preparing qualified national cadres (legal and technical) to deal with this type of contracts, and to form an evaluation committee for partnership projects, to find out the most important factors that limit the success of this experiment, in order to avoid those in other projects.

الكلمات المفتاحية (الدالة): المشاريع الحكومية، عقود B.O.T، عقود الشراكة، الحوكمة، عقود الامتياز.

أهمية البحث: تتجلى أهمية البحث، بتسليط الضوء على الأحكام الناظمة لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، بعد أن تبينت أهميتها في تحقيق أهداف الحكومات في تقديم الخدمات بجودة أكثر، ونقل التكنولوجيا الحديثة، دون تحمل الميزانية العامة للدولة أية أعباء مالية.

إشكالية البحث: بسبب حداثة التجربة في الدول محل الدراسة، في هذا النوع من تنفيذ العقود، فإنها حدثت عند تنفيذها إشكاليات متعددة، منها الطبيعة القانونية لهذه العقود، وبالتالي معرفة القضاء المختص بتسوية نزاعاتها، وكذلك آليات التعاقد، وتعدد أنواع العقود التي تضمنها الشراكة، والبنود الواجب توفرها فيها لضمان نجاح الشراكة، وتضارب المصالح في كثير من مفاصل الشراكة، عندما تكون الجهة الحكومية هي الخصم والحكم.

أهداف البحث: يهدف البحث إلى التعريف بالأحكام الناظمة لعقود الشراكة، التي تضمنتها قوانين الدول محل الدراسة والمقارنة بينها، بيان الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، وبالتالي تحديد القضاء المختص بتسوية النزاعات، وتوضيح التحديات التي تواجه مشروع الشراكة وسبل التغلب عليها.

حدود البحث: البحث سوف يقتصر على أحكام قانون الشراكة العماني، مقارنةً مع كل من قوانين الشراكة في دولة قطر والكويت وجمهورية مصر العربية.

مناهج البحث: لطبيعة الدراسة، فإن الباحث استخدم المنهج الاستقرائي والمقارن والتحليلي.

خطة البحث: تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تضمن المبحث الأول: تعريف الشراكة، ومخاطرها، وعوامل نجاحها، والحوكمة والرقابة والحوافز، والمبحث الثاني: طرح المشروعات وتأسيس شركة المشروع، وأنواع عقود الشراكة وأساليب التعاقد، والمبحث الثالث: البيئة القانونية وتسوية النزاعات، الخاتمة: نتائج وتوصيات ومقترحات لدراسات مستقبلية، وفهرس المصادر والمراجع.

أصبحت الشراكة بين القطاعين العام والخاص، في العقد الأخير تحتل مكانة مميزة لدى الحكومات، وذلك في ظل عدم قدرة الخزينة العامة على تمويل كافة متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة في المجتمع، ولما يتميز به القطاع الخاص، من امتلاك رأس المال والخبرة والأفكار الإبداعية، في تنفيذ وإدارة واستثمار المشاريع الاستراتيجية الكبرى (مشاريع الطاقة، ومشاريع البنية التحتية)؛ فتبغى الحكومات من هذه الشراكة، الحصول على خدمات ذات جودة عالية، وبتكاليف أقل تسهم في تلبية احتياجات المجتمع الأساسية والترفيهية، دون رصد مبالغ تكلفتها في الموازنة العامة للدولة.

لقد شهدت المنطقة العربية صدور عدة تشريعات تنظم هذه الشراكة، في كل من مصر والكويت وكان آخرها في قطر، لترسيخ مفهوم وأحكام الشراكة بين القطاعين، وتشجيع القطاع الخاص للمشاركة في أعباء التنمية الاقتصادية المستدامة، من خلال الحوافز التي تضمنتها هذه القوانين، وفي سبيل إنجاح هذه الشراكة، بادرت سلطنة عمان لتهيئة البيئة الملائمة لها، وذلك بسنّ التشريعات المنظمة لهذه الشراكة، سعياً منها للأخذ بأحدث المعايير والممارسات الدولية، في تنفيذ مشاريع البنية التحتية والاستراتيجية، فأصدرت المرسوم السلطاني رقم ٥٢ / ٢٠١٩ قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والقرار رقم ٣ / ٢٠٢٠ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والمرسوم السلطاني رقم ٥١ / ٢٠١٩ بإصدار قانون التخصيص، والمرسوم السلطاني رقم ٥٤ / ٢٠١٩ بإنشاء الهيئة العامة للتخصيص والشراكة وإصدار نظامها.

فالدراسة سوف تتناول الشراكة بين القطاعين العام والخاص في القانون العماني مقارنة مع قوانين الشراكة في هذه الدول عن طريق اتباع المنهج المقارن والنقدي، الذي يسלט الضوء على أهم الأحكام التي تناولتها هذه القوانين، بالتحليل والتفسير والمقارنة، لرصد التحديات والمعوقات التي تقف بوجه إنجاح هذه التجربة.

المبحث الأول:

تعريف الشراكة، ومخاطرها، وعوامل نجاحها، والحوكمة والرقابة والحوافز

المطلب الأول

تعريف الشراكة، ومخاطرها، وعوامل نجاحها

الضرب الأول- تعريف الشراكة:

وردت عدة تعريفات للشراكة، سواءً في القوانين المنظمة لها أو في الأبحاث، حيث يرمز لهذه الشراكة بـ (PPP (Private-Public Partnership)، فقد عرّف المشرع العماني، عقد الشراكة بأنه «عقد تبرمه الجهة المختصة مع شركة المشروع، تعهد بمقتضاه إليها خلال مدة محددة تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية، والمرافق العامة، وإدارتها وتشغيلها واستغلالها وصيانتها، وتأدية خدماتها والمساهمة في أداء وظيفتها، وذلك نظير حصول شركة المشروع على المقابل المتفق عليه في العقد، أو طبقاً للأسس والقواعد التي يحددها»، وعرّف مشروع الشراكة أنه: «مشروع يكون الغرض منه القيام بأعمال أو تقديم خدمات عامة، لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية، تتوافق مع استراتيجية السلطنة، وخطتها التنموية، أو إجراء تحسين أو تطوير لخدمة عامة قائمة، أو رفع كفاءتها، يتم طرحه وفقاً لأحكام هذا القانون»⁽¹⁾.

كما عرّفها القانون الكويتي: مشروع الشراكة بأنه: «مشروع لتنفيذ أحد الأنشطة، والذي تستهدف الدولة منه تقديم خدمة عامة، لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية أو تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها، أو خفض تكاليفها أو رفع كفاءتها، يتم طرحه من قبل الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة، وفقاً لنظام الشراكة وبعد اعتماده من اللجنة العليا»، كما عرّف نظام الشراكة أنه: «نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص، بالاستثمار على أرض تملكها الدولة -متى تطلب المشروع- وذلك في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة، بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية؛ وتدبير تمويل له، وتشغيله أو إدارته وتطويره، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة، ويأخذ إحدى الصورتين:

(1) قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (١).

- أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر - عن الخدمة أو الأعمال المنفذة- من المستفيدين أو من الجهات العامة.
- أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر، بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني؛ واستثماره لمدة محدودة، ويدفع مقابل لانتفاعه بأرض أمالك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع»^(١).

وعرّف المشرّع القطري عقد الشراكة بأنه: «اتفاق يتم بين الجهة الحكومية والقطاع الخاص، لتنفيذ وتمويل الأعمال أو تقديم الخدمات، وفقاً لأحد الأنظمة المبينة في المادة (٣) من هذا القانون»^(٢). وعرّف المشرّع المصري، شركة المشروع بأنها: «الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز، ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة». وعرّف عقد المشاركة بأنه: «عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع، وتعهد إليها بمقتضاه القيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون»^(٣).

ويعرفه الباحث: بأنه عقد طرفاه القطاع العام (أحد أشخاص القانون العام)، والقطاع الخاص (شركة محلية أو أجنبية أو تحالف شركات)، محله تقديم خدمة عامة، من خلال القيام بمشروع مشترك، بإشراف القطاع العام، ويشتركان في تحمل المخاطر وتوزيع الأرباح.

الفرع الثاني- أهمية الشراكة ومخاطرها:

أولاً- أهمية الشراكة: إن الحكومات أصبحت تهتم بمشاركة القطاع الخاص، كمصدر إضافي للتمويل، لمشاركتها القيام بجهود التنمية المستدامة، وذلك للأسباب التالية:

- الاستفادة من تكنولوجيا القطاع الخاص.
- تجاوز توفر السيولة لدى الخزينة العامة لتنفيذ المشاريع الكبرى.
- ضمان التنفيذ وفق التكلفة والوقت المحدد.

(١) القانون رقم (١١٦ لعام ٢٠١٤) بشأن الشراكة بين القطاعين العام الخاص، المادة رقم (١).

(٢) قانون رقم (٢٠٢٠١١٢) بتنظيم الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، المادة (١).

(٣) قانون رقم (٦٧ لسنة ٢٠١٠) بشأن إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة. المادة (١).

- تقديم خدمات ذات جودة عالية ودائمة.
- تقاسم المخاطر بين أطراف العقد من خلال التوازن العقدي (تغير التشريعات، والقوة القاهرة).
- تحقيق مكاسب اقتصادية واجتماعية.
- تحقيق قيمة أعلى للأموال المستثمرة.

ثانياً - مخاطر مشاريع الشراكة: تعترض مشاريع الشراكة، مخاطر جمّة يمكن تصنيفها في نوعين:

- المخاطر المرتبطة بالمشروع: وهذه المخاطر يمكن للمستثمر إدارتها مثل (مخاطر إكمال الأعمال المتعلقة بالتكاليف الهندسية والإنشائية، ومراقبة تكاليف الوقت، ومخاطر الأداء التشغيلي، ومخاطر السوق، والمخاطر التمويلية، ومخاطر تأخر تنفيذ المشروع، وتجاوز التكاليف).
- المخاطر غير المرتبطة بالمشروع: والتي لا يمكن للمستثمر إدارتها بشكل كامل مثل: (نزع الملكية، والتخلف عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية، الاضطرابات السياسي، والتضخم، وتغيّر سعر صرف العملة وتحويلها للخارج، ومخاطر التسعير التنظيمية، ومخاطر تطور التكنولوجيا، ومخاطر قانونية مثل: تغير التشريعات، ومخاطر الإنهاء المبكر للعقد)، ولضمان نجاح مشاريع الشراكة ينبغي على الأطراف إدارة تحمل هذه المخاطر بما يحافظ على التوازن المالي للعقد.

الفرع الثالث- إجراءات وعوامل ضمان نجاح الشراكة:

إن تخصيص جهة واحدة يتعامل معها المستثمر، يصب في إنجاح مشروع الشراكة، لذلك فإن قانون الشراكة العماني، نصّ على تأسيس الهيئة العامة للتخصيص والشراكة تتبع مجلس الوزراء، ومن أهداف الهيئة: تشجيع هذه الشراكة، وتوسيع دور القطاع الخاص في الاستثمار في مشاريع الهيئة.

واختصاص الهيئة في مجال مشاريع الشراكة هي:

١. وضع الإطار الاستراتيجي، والخطط لاختيار وتنفيذ مشاريع الشراكة، بما يتناسب مع حاجات الاقتصاد الوطني.
٢. رفع كفاءة استغلال وإدارة الموارد الاقتصادية والمرافق العامة، وتوسيع القاعدة الإنتاجية لسلطنة عمان.
٣. تقليل التكاليف المالية على ميزانية الدولة في تمويل وتطوير المشاريع الحكومية.
٤. تقديم كل أشكال الدعم للأطراف المنفذة.
٥. التحقق من أداء مشاريع الشراكة، وتحقيق أهدافها ضمن الآجال المحددة.
٦. تحديد الآثار ذات صلة بمشاريع الشراكة المترتبة عن التخلي عن الأصول والأموال العامة.^(١)

ويتولى إدارة الهيئة وتنظيم شؤونها مجلس إدارة ومن صلاحياته:

- اعتماد الإطار الاستراتيجي اللازم لتنفيذ مشاريع الشراكة.
- اعتماد الإجراءات والأسس اللازمة للموافقة على مشاريع الشراكة.
- الموافقة على طرح مشروع الشراكة والإعلان عنه.
- اعتماد الوثائق الخاصة بطرح مشروع الشراكة، واختيار المرشح الفائز.
- الإعداد والإشراف على الدعوة لتقديم العطاءات وطرح المناقصات، وإجراء المفاوضات، والتقييم للمشاريع، واختيار مقدم العطاء الأفضل لتنفيذ المشاريع.
- الموافقة والتصديق على عقود الشراكة، وتعديلها وإنهائها.
- الموافقة على الأفكار المقدمة من الأشخاص بشأن مشاريع الشراكة.^(٢)

(١) المرسوم السلطاني رقم ٥٤ / ٢٠١٩ بإنشاء الهيئة العامة للتخصيص والشراكة، المادة (٦).

(٢) المرسوم السلطاني رقم ٥٤ / ٢٠١٩، المادة (١٠).

ومن عوامل النجاح الأخرى التي تضمنها قانوني الشراكة العماني والكويتي:

- ١- تأهيل المستثمرين: وهو من الإجراءات المهمة لضمان التعاقد مع مستثمر ذو كفاءة وتخصص في مجال المشروع، مما يساهم في إنجاح الشراكة.
- ٢- الحوار التنافسي: وهو يهدف لتلقي مقترحات القطاع الخاص على مكونات المشروع، فكأن القطاع الخاص، يساهم في وضع شروط المنافسة (المناقصة/ المزايدة)، مما يسهم في إنجاح الشراكة.
- ٣- صاحب الفكرة: وهو أسلوب يتيح للقطاع الخاص، التقدم بأفكار لتنفيذ المشروع من خلال الشراكة، يتضمن تقديم دراسة جدوى مبدئية للمشروع.
- ٤- تتضمن وثائق العقد أصول مشروع الشراكة، والتميز بين الأصول المملوكة للمستثمر، والأصول التي تملكها الدولة.
- ٥- تشكيل لجنة لكل مشروع تسمى لجنة المنافسة، والتي تعد النافذة التي يتعامل معها المستثمر.
- ٦- اعتماد معايير محددة لمفاضلة المشاريع التي تُنفذ بنظام المفاضلة أهمها: (تكلفة التنفيذ، وتوزيع المخاطر، ونقل المعرفة أو استخدام التكنولوجيا، وأن يكون المشروع ذو عائد مالي مجزي للمستثمر).^(١)

ولنجاح تجربة الشراكة بشكل عام ينبغي توفر عدة عوامل منها:

- ١- توفر البيئة التشريعية الملائمة، والمحفزة للاستثمار.
- ٢- توفر الكوادر البشرية المؤهلة للعمل في هذا النوع من العقود.
- ٣- سيادة مفهوم الحوكمة والشفافية والإفصاح والتوازن المالي للعقد.
- ٤- التأكد من جدوى المشاريع التي ستطرح للمشاركة قبل التعاقد.
- ٥- وضع ضوابط ومعايير مهنية واضحة لاختيار الشريك المنفذ (التأهيل المسبق).
- ٦- زيادة الوعي العام بأهمية الشراكة.^(٢)

(١) القرار رقم ٢ / ٢٠٢٠ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص العماني، والمرسوم رقم ٧٨ لعام ٢٠١٥ المتضمن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤ الكويتي.

(٢) بلال حموري (٢٠١٤)، شراكة القطاعين العام والخاص كمطلب تنموي، الكويت، المعهد العربي للتخطيط، سلسلة جسر التنمية، العدد ١١٧، ص ١٠.

المطلب الثاني

التحديات والحوافز والرقابة والحوكمة

الضلع الأول: التحديات والحوافز

أولاً- تحديات الشراكة: إن طريق الشراكة بين القطاعين، غير خالي من التحديات، وذلك لاختلاف طبيعة وآلية عمل كل منهما، ومن أهم هذه التحديات:

- تضارب المصالح بين أطراف العقد المتعددة.
- تعثر الحصول على التمويل الكافي.
- ماهية عقود الشراكة، كونها عقود طويلة الأجل ومركبة ومعقدة.
- مخاطر التقاضي، وأثرها على الشراكة.
- الرقابة غير المتوازنة من قبل القطاع العام لأعمال الشراكة.
- غياب الحوكمة الرشيدة.

ثانياً- الحوافز: تضمنت قوانين الشراكة العديد من المزايا، لتشجيع المستثمرين على الاستثمار من خلال الشراكة، وقد نصَّ القانون العماني على العديد من المزايا لتحفيز المستثمر أهمها:

أنه أتاح لأي شخص أن يتقدم بفكرة مشروع شراكة، وفي حالة الموافقة، يجوز للهيئة توقيع عقد مع مقدمها بقبول فكرة مشروع الشراكة، بحيث يحق له:

١. استعادة تكلفة دراسة الجدوى.

٢. التأهل للمشاركة في مرحلة تقديم العطاءات.

٣. حق إرساء مشروع الشراكة عليه، بمطابقة السعر المقترح مع سعر العطاء الفائز متى كان سعر عطاءه، في حدود (١٠٪) من سعر العطاء الفائز، شريطة أن يكون مؤهلاً فنياً.

٤. الأفضلية في التقييم بنسبة (٥٪) في المائة.

٥. تمتعه بحق الملكية الفكرية لفكرة المشروع، وفق القوانين السارية.

٦. تمتع المعلومات الخاصة بفكرة المشروع بالسرية.^(١)

(١) القرار رقم ٣ / ٢٠٢٠، المواد (١-٣-٩-١٠).

كما نصَّ القانون الكويتي على المزايا التالية:

- ١- اقتراح هيئة الشراكة إعفاء المشروع من الضرائب والرسوم الجمركية؛ وتشجيع الاستثمار المباشر التي نصَّ عليها القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣.
- ٢- عدم جواز فسخ العقد إلا بموجب حكم قضائي.
- ٣- عند إعادة طرح المشروعات التي تؤوّل إلى الدولة، يكون للمستثمر الذي انتهى عقده إذا اشترك في المناقصة، حق الأفضلية في الترسية؛ بنسبة (٥٪) من العطاء الأفضل، وإذا كان المستثمر شركة مساهمة عامة تكون النسبة ١٠٪.
- ٤- إذا تم قبول الدراسة المقدمة من صاحب الفكرة واعتبارها مبادرة، تكون له الحقوق التالية:
 - أ. استرداد تكاليف دراسة الجدوى، مضافاً إليها (٢٠٪) من هذه التكلفة أو (٢٠٠,٠٠٠ د.ك) أيهما أقل.
 - ب. يستحق عطاءه المستوفي للشروط أفضلية بنسبة (٥٪) من قيمة أفضل عطاء، ما لم يكن تنفيذ المشروع من خلال شركة مساهمة عامة.
 - ج. تخصيص نسبة بما لا تتجاوز (١٠٪) من أسهم الشركة المساهمة العامة بقيمتها الاسمية، مضافاً إليها رسم الإصدار، تقتطع من النسبة المحددة للمستثمر.^(١)
 - د. حفظ حقوق الملكية الفكرية لصاحب فكرة المشروع.
 - هـ. استثناء شركة المشروع من شرط الجنسية، إذا كان التحالف الفائز يضم شركات أجنبية.
 - و. يُستثنى من شرط النسبة المحددة لعدد الأسهم، مجلس الإدارة الأول بالشركات المساهمة العامة، التي يجب أن يملكها عضو مجلس الإدارة، ولحين قيد أسهم الشركة في البورصة.
- ٥- لا يجوز للهيئة العليا، التفاوض مع أكثر من مقدم عطاء في وقت واحد، ولا التنازل لصالح المستثمر المفضل التالي عن شرط كان محل رفض مع المستثمر المفضل الأسبق.
- ٦- إنشاء ضمانات على إيرادات المشروع، وعلى أصول المشروع العائدة للمستثمر، وتعويضه عن هذه الأصول عند انتهاء مدة الاستثمار.

(١) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (٢٠).

الفرع الثاني: الرقابة والإشراف والشروط الاستثنائية:

يلاحظ أن غالبية التشريعات المنظمة للشراكة، أولت هذه المسألة أهمية كبيرة، فأفسحت لها مجالاً كبيراً من التفصيل في تشريعاتها، وذلك للأهمية الاقتصادية والاجتماعية لهذه المشروعات، التي سوف تُنفذ من خلال الشراكة، وفي هذا الصدد أوجب المشرع العماني على شركة المشروع، تقديم تقارير دورية عن جميع الأعمال، وللجهة الحكومية كل سلطات الإشراف والرقابة، ولموظفيها حق دخول موقع مشروع المشاركة للتفتيش والرقابة والفحص والتقييم، وعلى شركة المشروع تقديم كل ما تطلبه الجهة الحكومية من معلومات وبيانات ومستندات، وللجهة الحكومية إصدار الأوامر والتعليمات لشركة المشروع، لتنفيذ القوانين والأنظمة الضرورية لتفادي وقوع أي ضرر أو إزالته؛ وعلى شركة المشروع الامتثال والتنفيذ فوراً.^(١)

كما نصَّ قانون الشراكة الكويتي على:

- ١- على أن يتم تشكيل لجنة عليا لمشروعات الشراكة؛ ومن مهامها: وضع السياسات العامة للمشروعات، والموافقة على طلب تخصيص الأراضي الضرورية لتنفيذ مشروعات الشراكة، واعتماد عقود الشراكة، والفصل في طلب الجهة العامة المتعاقدة بخصوص فسخ أو إنهاء عقد الشراكة للمصلحة العامة.^(٢)
- ٢- يجب أن تبدي إدارة الفتوى والتشريع الرأي القانوني، حول جميع العقود التي تبرمها الحكومة.
- ٣- يجوز إلغاء إجراءات طرح المشروع، بقرار من اللجنة دون حق مقدمي العطاءات بطلب التعويض.
- ٤- يجوز إنهاء العقد بقرار من اللجنة العليا، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مع تقدير تعويض عادل يدفع للمستثمر المتعاقد.^(٣)
- ٥- حل شركة المشروع أو تخفيض رأسمالها أو تغيير شكلها القانوني، ألا يتم إلا بموافقة اللجنة العليا.

(١) القانون الشراكة رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (٣١-٣٤).

(٢) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (٦-٥).

(٣) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (١٩).

٦- إذا تعثر المشروع جاز للجنة العليا، أن تُصدر قراراً بوضع المشروع تحت إشراف الجهة العامة مباشرة.

٧- تضمين العقد شروط استبدال المستثمر في حال إخلاله بالتزاماته العقدية، وموافقة المستثمر المسبقة على التنازل عن ملكية أسهمه في شركة المشروع، وغيرها من الأصول التي تملكها شركة المشروع.

٨- تخضع جميع عقود الشراكة التي تبرم وفقاً لأحكام هذا القانون، للرقابة المسبقة واللاحقة لديوان المحاسبة.

٩- لا يجوز بيع أو رهن الأرض المقام عليها المشروع أو أي أصول تعتبر ذات ملكية عامة.

١٠- التزام شركة المشروع بتوظيف المواطنين (التكويت) بنسبة لا تقل عن ٧٠٪ من إجمالي عدد العاملين في الشركة.^(١)

وعلى ذات النهج سار المشرع القطري، فنص قانون الشراكة القطري: على السماح للجهة الحكومية بالدخول للتفتيش، وتوفير كافة البيانات التي تطلبها الإدارة، وعدم حل شركة المشروع أو تغيير شكلها القانوني أو تخفيض رأس مالها، إلا بعد موافقة وزير التجارة والصناعة، والموافقة على ترسية المشروع للعطاء الفائز، يتم من قبل رئيس مجلس الوزراء.^(٢)

وأفرد المشرع المصري المواد (٧-٨) لبيان الشروط الاستثنائية، التي تتمتع بها الإدارة في عقود الشراكة، وهي أنه حق الإدارة، التعديل في شروط البناء والتجهيز والتطوير والمنتجات، وغير ذلك من الأعمال، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد، وبعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، ودون إخلال بحق شركة المشروع أو الجهة الإدارية في التعويض بحسب الأحوال، طبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد، وللجهة الإدارية أن تباشر إدارة المشروع وتشغيله أو استغلاله، في حال الإخلال الجوهري من شركة المشروع بالتزاماتها القانونية أو العقدية.^(٣)

(١) المرسوم رقم ١ لعام ٢٠١٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٩ لعام ٢٠١٠ المادة (٢٣).

(٢) القانون رقم (٢٠٢٠١٢)، المادة (٢٤).

(٣) قانون الشراكة المصري.

يرى الباحث أن اشتراط نسبة ٧٠٪ لتوظيف المواطنين الكويتيين من إجمالي عدد العاملين في الشراكة، لا يصب في مصلحة الشراكة، وذلك لأن مثل هذه النسبة العالية لا يجذبها المستثمرون، ولأنه يؤدي لزع عمال غير مؤهلين في المشروع، مما ينعكس سلباً على جودة الخدمات، ويقترح الباحث أن تكون النسب متغيرة وفق طبيعة كل مشروع، ووفق التقدم بمراحل المشروع، خاصةً عند عدم وجود الكوادر الوطنية المؤهلة، لذا يُقترح أن يتم تحديد حد أدنى وأعلى لنسب توظيف المواطنين، بما يتناسب مع كل مرحلة من عمر المشروع.

الفرع الثالث: حوكمة مشاريع الشراكة:

أخذت مبادئ ومعايير الحوكمة جانب مهم في عقود الشراكة، وتتجلى مبادئ الحوكمة والشفافية، وفق ما نصَّ عليها المشرع العماني، في قانون الهيئة العامة للتخصيص، حيث أوجب على رئيس وعضو مجلس الهيئة، إذا كانت له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في أي اتفاقية أو عقد تبرمها الهيئة عليه إخطار المجلس بذلك، وعليه التنحي عن متابعة الموضوع المتعلق بها، أو كان أي من أقاربه حتى الدرجة الثالثة، يملك حصة في الشركة التي تتعاقد معها الهيئة، أو كان عضواً في مجلس إدارتها، ويحظر على الرئيس وعضو المجلس وموظفي الهيئة، الحصول على أي منفعة شخصية أو مالية أو مادية أو غيرها تتصل بمشاريع الهيئة، سواءً أكانت تلك المنفعة مباشرة أم غير مباشرة.^(١)

كذلك نصَّ المشرع العماني على أنه وفقاً لمبادئ الشفافية والعلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، والمساواة بين المنتفعين بالمنتجات أو الخدمات، يتم اختيار الشريك.^(٢)

كذلك المشرع الكويتي أولى مبادئ الحوكمة، اهتماماً خاصاً وذلك بنصه على ما يلي:

١- اختيار المستثمر، يخضع لمبادئ العلنية والشفافية، وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص.^(٣)

٢- مكافحة الفساد: يجب الإفصاح عن تضارب المصالح لجميع أعضاء لجنة المنافسة ومستشاري المشروع، أي الإفصاح عن أن تضارب مصالحهم مع مصالح المشروع، كما يجب عليهم وعلى المستثمرين التوقيع على مدونة سلوك.^(٤)

(١) المرسوم السلطاني رقم ٥٤ / ٢٠١٩، المادة (١١).

(٢) القانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (٥).

(٣) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (٨).

(٤) الدليل الإرشادي لعام ٢٠١٨ م البند (٣-٦-٥).

٣- التدقيق الداخلي والخارجي للإجراءات الواجبة الاتباع.

٤- لمنع التجسس الصناعي يتم تضمين خطة أمنية لخطة طرح المشروع، لحماية سرية الوثائق، وتأمين قاعات الاجتماعات وغير ذلك من الإجراءات.

كما حازت مبادئ الحوكمة على اهتمام المشرع القطري بالنص بدايةً على تشكيل لجنة لكل مشروع على حدة، تتمثل بها عدة جهات حكومية، ومهامها إعداد وثيقة سياسة المشروع، وتقييم العطاءات، والتفاوض بشأن العقود، وكذلك ضرورة تضمين عقد الشراكة بيانات محددة خاصة لجهة الحوافز، والإعلان عن المشروع، وضمان تقديم الخدمات بالتساوي لجميع المتفاعلين.^(١) كما أن المشرع المصري نصَّ أنه: «يخضع اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة».^(٢)

(١) القانون رقم (٢٠٢٠١١٢)، المادة (١٢).

(٢) القانون الشراكة المصري، المادة (١٩).

المبحث الثاني:

طرح المشروعات وتأسيس شركة المشروع، وأنواع عقود الشراكة وأساليب التعاقد

المطلب الأول

طرح المشروعات وتأسيس شركة المشروع

الفرع الأول - الجهات المختصة بطرح المشاريع ومراحل طرح المشروعات:

غالبية تشريعات تنظيم الشراكة استخدمت الطرق التقليدية المعروفة في عقود القطاع العام، فالمشرع العماني، حدد المناقصة والإسناد المباشر كطرق للتعاقد.^(١)

أما المشرع الكويتي فقد حدد طريقة المنافسة، بينما المشرع القطري حدد طرق التعاقد وهي: المناقصة على مرحلتين أو المناقصة المحدودة، أو الممارسة، أو المسابقة، أو المزايدة، أو الاتفاق المباشر، أو أي طريقة أخرى يعتمدهما مجلس الوزراء،^(٢) ونجد أن قوانين الشراكة لم تحصر التعاقد على المشاريع التي يطرحها القطاع العام؛ بل أتاحت المجال للقطاع الخاص أن يطرح فكرة مشروع شراكة، مرفقة بدراسة جدوى مبدئية،^(٣) ونجد أن اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة العماني والكويتي، أوردتا تفاصيل وآليات التعامل مع فكرة المشروع المقدمة من القطاع الخاص، ومنحت حقوق ومميزات لصاحب الفكرة التي يتم قبولها، وهي: (استرداد تكاليف دراسة الجدوى، والتأهيل للمشاركة في مرحلة تقديم العطاءات، والحق بالملكية الفكرية للمشروع، وإعطائه أفضلية في التقييم بنسبة ٥٪، وحق إرساء مشروع الشراكة عليه متى كان سعر عطاءه في حدود ١٠٪ من سعر العطاء الفائز).^(٤)

كذلك بالنسبة لمشروعات الشراكة ذات الطبيعة الخاصة، أجاز المشرع العماني تنظيم حوار تنافسي بين الشركات الراغبة في تقديم العطاءات، بحيث كل شركة منها تقدم عروض مالية وفنية مبدئية، ويتم الاجتماع مع كل واحد منها على حدة في إطار المساواة، بغرض الحصول على الإيضاحات الفنية والمالية الواردة في عرضها،

(١) القانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (٥).

(٢) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (٨).

(٣) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (٤)، والقانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (٧).

(٤) القرار ٢٠٢٠/٣ المادة (٩).

مع المحافظة على السرية، بعد الانتهاء من الحوار، تقوم الجهة الحكومية بإدخال التعديلات المناسبة على كراسة الشروط والمواصفات النهائية.^(١)

ولضمان اختيار القطاع الخاص المؤهل، فقد نصَّ المشرِّع القطري على ضرورة اتخاذ إجراءات التأهيل المسبق للشركات قبل طرح المناقصة؛ حيث أناط بجهة التعاقد، وضع معايير إجراءات التأهيل وفق طبيعة المشروع، كما أتاحت اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة العماني، استطلاع مدى رغبة القطاع الخاص في تنفيذ مشروع الشراكة قبل اتخاذ إجراءات طرحه؛ وإجراءات التأهيل المسبق لهم لمعرفة «أعمالهم السابقة في تنفيذ وإدارة وتشغيل مشروعات الشراكة، والخبرات، والقدرة على توفير المستلزمات الفنية والإدارية والملاءة المالية».^(٢)

ولضمان التعاقد مع مستثمر كفؤ، ضمن منافسة تتسم بالشفافية والحياد، فقد نظَّم المشرع الكويتي، آلية طرح مشروعات الشراكة وفق الآتي:

١. إعلان إبداء الرغبة: يتضمن الإعلان بشكل موجز، عن المشروع وأهدافه والموقع المقترح للتنفيذ، وبناءً على هذه الدراسة تُحدد الهيئة مدى جدوى اتخاذ الإجراءات، للدعوة للتأهيل المسبق للراغبين في المنافسة على تنفيذ المشروع من عدمه.
٢. الإعلان عن الدعوة للتأهيل للمشروع: ويتضمن بيان الجهة العامة المختصة بالمشروع: الإعلان بشكل موجز عن المشروع وأهدافه، والخبرات المطلوبة للتأهيل، ونظام التعاقد ومدته.
٣. طرح المشروع للمنافسة (الدعوة لتقديم العطاءات): ويمكن طرح المشروع على مرحلتين، وفقاً لمتطلبات وطبيعة المشروع، المرحلة الأولى: إجراء حوار تنافسي للحصول على إيضاحات بخصوص عناصر العروض الفنية والمالية المقدمة في هذه المرحلة، ثم تقديم العطاءات النهائية في المرحلة الثانية.

الفرع الثاني - تأسيس شركات المشروع:

شركة المشروع: أوجب المشرع العماني على صاحب العطاء الفائز، تأسيس (شركة مساهمة) وفق قانون الشركات العماني، ويمكن أن تكون ملكيتها أجنبية كاملة، ويمكن

(١) القرار ٢٠٢٠/٣ المادة (٦٣-٦٦).

(٢) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (١١)، والقرار ٢٠٢٠/٣ المادة (١٨).

أن تساهم الجهة الحكومية مع القطاع الخاص في تأسيسها، كما يمكن أن يكون شكل الشركة (شركة محدودة المسؤولية) في حالة عدم الحاجة للاقتراض، ولمحدودية نطاق ومدة وطبيعة الخدمات، وينبغي ألا تكون مدة شركة المشروع أقل من مدة عقد الشراكة، وأن يكون غرضها الوحيد تنفيذ مشروع الشراكة.^(١) ويجوز لشركة المشروع رهن أرض المشروع، والأبنية، والأدوات والأجهزة، وغيرها مما يكون مستخدماً في تشغيل مشروع الشراكة، وإذا لم تعد شركة المشروع قادرة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، يجب التقدم بطلب إلى الهيئة لوضع مشروع الشراكة تحت إدارة جهة أخرى معينة بإشراف الجهة المختصة.^(٢)

وعرّف المشرع الكويتي شركة المشروع: «هي الشركة التي يتم تأسيسها، لتنفيذ مشروع من مشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لأحكام هذا القانون».^(٣) وهي تخضع لقانون الشركات رقم (٢٥) لعام ٢٠١٢ فعلى الهيئة أو المستثمر الفائز، تأسيس شركة المشروع التي يكون غرضها الرئيسي، تنفيذ المشروع المعلن عنه، وتؤول حقوق والتزامات المستثمر الفائز إليها، وفي حال فوز تحالف شركات في المنافسة، فعليه أن يؤسس شركة للتحالف أو أكثر وفقاً لقوانين دولة الكويت بحسب احتياجات المشروع، حيث يتم توقيع عقد الشراكة مع شركة التحالف، علماً أن مشروعات الشراكة التي لا تتجاوز تكلفتها الإجمالية ستين مليون دينار كويتي، حيث يؤسس المستثمر الفائز شركة المشروع بنفسه، أي يمتلك كامل أسهم الشركة، أما مشروعات الشراكة التي تزيد تكلفتها الإجمالية على ستين مليون دينار كويتي؛ فإن هيئة الشراكة هي من يقوم بتأسيس شركة مساهمة عامة للمشروع، بحيث تكون حصة القطاع العام لا تقل عن ٦٪ ولا تزيد عن ٢٤٪، والمستثمر لا تقل عن ٢٦٪ ولا تزيد عن ٤٤٪، ويخصص نسبة ٥٠٪ للاكتتاب العام للكويتيين فقط، ولا تعتبر حصة القطاع العام والمواطنين أموال عامة، ويجوز استثناءً لمجلس الوزراء بالنسبة للمشروعات التنموية التي تقل عن (٢٥٠ مليون د.ك.)؛ أن تطرح للمنافسة، وأن يؤسس المستثمر الفائز شركة المشروع بنفسه.^(٤)

والمشرع الكويتي بموجب القانون رقم ٣٩ لعام ٢٠١٠ ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم ١ لعام ٢٠١٥، نظم آلية تأسيس شركات المساهمة الكويتية العامة الخاصة

(١) القرار ٢٠٢٠/٣ المادة (٦٧-٦٨).

(٢) المصدر السابق، المادة (٧٤).

(٣) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (١).

(٤) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (١١-١٣-١٦).

بتنفيذ محطات القوى الكهربائية وتحلية المياه، وفق النسب المئوية آنفة الذكر، حيث تُحدد الهيئة العامة رأسمال الشركة بعد فوز المستثمر، والاكتتاب بالنسبة المقررة.

أما المشرّع القطري، فقد أتاح المجال لعدة صور يمكن أن تكون عليها الشراكة؛ فيمكن للجهة الحكومية أن تُؤسس مع القطاع الخاص شركة المشروع، ويمكن لصاحب العطاء الفائز أن يؤسس بمفرده الشركة، ليكون غرضها تنفيذ المشروع فقط، ويمكن بموافقة الجهة الحكومية أن يُنفذ المشروع بدون تأسيس شركة المشروع، حيث يُنفذ من قبل الشركة الخاصة القائمة، لكنه لم يحدد الشكل القانوني لشركة المشروع بشكل مسبق، تاركاً ذلك لطبيعة كل مشروع وإرادة الأطراف.^(١)

يرى الباحث أن هناك عدة ملاحظات ترد على قانون الشراكة الكويتي رقم (١١٦)

لعام ٢٠١٤ وهي:

- هناك لبس في صياغة قانون الشراكة ولائحته التنفيذية، فلم يتم تضمينهما تحديد تاريخ دعوة المواطنين للاكتتاب، الذين قامت الهيئة بالاكتتاب بالنيابة عنهم عند تأسيس شركة المشروع، فالفقرة الأولى من المادة (١٤) من قانون الشراكة والمادة (٦٣) من لائحته التنفيذية، نصت على أن: (الهيئة بعد تشغيل المشروع كلياً، تقوم بدعوة المواطنين الذين تم الاكتتاب نيابة عنهم، لتسديد قيمة هذا الاكتتاب للدولة) فإن المدة بين الاكتتاب عنهم وبين تشغيل المشروع (أي تاريخ دعوتهم لتسديد قيمة الاكتتاب) تستغرق عدة سنوات للتصميم والبناء، فاللبس هو استخدام عبارة الدعوة لتسديد القيمة، وليس الدعوة للاكتتاب، فالدعوة للاكتتاب تسبق الدعوة (المهلة) لتسديد قيمة الأسهم المكتتب عليها.

- لم يتم تحديد الحد الأعلى لنسب تملك الأسهم بالنسبة للمواطنين.

- عدم تحديد مآل نسبة ٥٠٪ من أسهم الشراكة التي طرحت للاكتتاب العام للمواطنين الكويتيين، عند تحويل المشروع للدولة بنهاية مدة العقد، هل سوف تشتري منهم الدولة هذه الأسهم، وهل سيكون ذلك بالقيمة السوقية أم الاسمية؟

(١) القانون رقم (٢٠٢٠١١٢)، المادة (١٩).

المطلب الثاني

أنواع عقود الشراكة والتكليف القانوني للشراكة

الفرع الأول - أنواع عقود الشراكة:

تتنوع عقود الشراكة وفقاً لطبيعة مشاركة القطاع الخاص، ومدى تحمله للمخاطر، واختلفت أنواعها باختلاف التشريعات النازمة لها في كل دولة، وأبرز هذه العقود:

عقود الإدارة والتشغيل: يتم التعاقد ليتولى القطاع الخاص، إدارة وتشغيل مرفق عام يكون عادةً خاسر؛ مقابل إما أداء للشركة أو نسبة من الأرباح المحققة، أو مبلغ مقطوع (قطاع الكهرباء، النفايات)، بحيث تبقى الملكية للقطاع العام، وغالباً لا تزيد مدة هذه العقود عن خمس سنوات، وفي هذه العقود لا يتحمل المشغل مخاطر حالة الأصول، فهي تكون أكثر اعتماداً على الأداء.

عقود الإيجار والتشغيل: حيث يُمنح القطاع الخاص حق استئجار عقارات حكومية؛ مقابل مبالغ مقطوعة (سكك الحديد، الكهرباء)، بحيث تبقى الملكية للقطاع العام، ومدة العقد عادةً لا تزيد عن عشر سنوات، حيث يتحمل المشغل مسؤولية التشغيل والصيانة لمرافق خدمية قائمة.

عقود الامتياز: بكافة أنواعها تركز على المخرجات، حيث تبقى أصول المشروع بملكية القطاع العام (استخراج النفط، الأراضي الزراعية)، وتكون لمدة طويلة تتراوح بين ۲۵-۹۹ سنة.

عقود البوت B.O.T: (البناء Build) (التشغيل Operate) (التحويل Transfer) حيث تمنح الحكومة إحدى شركات القطاع الخاص؛ حق تصميم وبناء وتشغيل المشروع (سكك حديد، طرق، مطارات)، لمدة تتراوح بين ۲۰-۳۰ سنة، تستثمر خلالها الشركة الخاصة هذا المشروع، مقابل دفع مبالغ أو نسب محددة للقطاع العام، تقع مخاطر البناء والتشغيل على القطاع الخاص، ويتم إعادة المشروع للقطاع العام بنهاية مدة العقد، ولهذا العقد صيغ متفرعة أو مشابهة أخرى:

كمشروع التصميم والبناء والتشغيل (D.B.O) حيث يمتلك القطاع العام ويمول بناء أصول جديدة، فيقوم القطاع الخاص، بتصميم وبناء الأصول، بموجب عقد تسليم مفتاح

غالباً، ويتقاضى دفعات على أقساط، ثم يبرم عقد تشغيل لهذا المشروع لمدة معينة مع رسوم تشغيل لفترة التشغيل.^(١)

نظام البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O)، نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) مشاريع تحلية مياه البحر، نظام تصميم، بناء، تمويل، تشغيل (D.B.F.O) كمشروع بناء ميناء حاويات، نظام التشغيل والصيانة (O.M).^(٢)

وكانت السلطنة من أوائل الدول التي تبنت الشراكة بين الحكومة والقطاع الخاص منذ بداية النهضة المباركة عام ١٩٧٠ في مشروعات الإسكان. وازدادت هذه العلاقة لاحقاً في تأسيس العديد من المشروعات الاقتصادية والاجتماعية في مجالات الصحة والتعليم والخدمات.

أما في الكويت فقد تم تنفيذ العديد من المشاريع بنظام الشراكة منها:

١- في مجال الطاقة: مشروع محطة الزور، المرحلة الثانية والثالثة: تم تنفيذ المشروع وفقاً لنظام التصميم والبناء والتمويل والتشغيل والتحويل، لمحطة إنتاج طاقة كهربائية بقدرة إنتاجية ٢٧٠٠ ميغاوات، وتحلية المياه بقدرة إنتاجية ١٦٥ جالون إمبراطوري، من خلال تأسيس شركة مساهمة عامة، ويهدف المشروع إلى توفير احتياجات الدولة المتزايدة من الطاقة الكهربائية في البلاد.

٢- في مجال المياه والصرف الصحي: تم توقيع عقد تأسيس مشروع شركة أم الهيمان، المشروع يتكون من إنشاء محطة معالجة مياه صرف صحي جديدة، داخل حدود محطة تنقية أم الهيمان الحالية، وذلك لمعالجة مياه الصرف الصحي، ويشتمل المشروع على قسمين، فقد طُرح القسم الأول وفقاً لنظام البناء والتشغيل والتحويل (BOT)، والثاني وفقاً لنظام التصميم والبناء والتشغيل (DBO)، وهما نظامي الشراكة المقترح تنفيذ المشروع وفقهما. وعليه سيعين على المستثمر تشغيل وصيانة المحطة لمدة ٢٥ عاماً، اعتباراً من تاريخ الإنجاز، وهو ما يندرج ضمن أعمال الشركة المساهمة العامة المؤسسة لتنفيذ المشروع وهي الجزئية الخاصة بنظام الـ (BOT)، كما سيعين أيضاً على المستثمر التأكد من إنشاء نظام نقل وتوزيع، يتضمن شبكة نقل مياه الصرف الصحي إلى المحطة، وشبكة نقل

(١) الدليل الإرشادي لعام ٢٠١٨م لقانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤.

(٢) المصدر السابق، والقانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (٣).

وتوزيع مياه الصرف الصحي المعالجة، وتشغيل نظام النقل والتوزيع لمدة ٣ أعوام من تاريخ التشغيل، حيث يتم بعد ذلك تسليم المشروع إلى وزارة الأشغال العامة وفق الجزئية الخاصة بنظام الـ (DBO).

٣- في مجال معالجة النفايات: مشروع تحويل النفايات البلدية الصلبة إلى طاقة كهربائية في منطقة كبد، وتهدف دولة الكويت إلى تنفيذ هذا المشروع، ليكون أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا في مجال معالجة النفايات البلدية الصلبة، بهدف حماية البيئة والموارد الطبيعية، وتوفير مصادر بديلة للطاقة تستفيد منها جهات الدولة المختلفة مثل: وزارة الكهرباء والماء.

الضرع الثاني - التكييف القانوني للشراكة

تختلف طبيعة العقود باختلاف أنواعها (إدارة، إيجار، انتفاع، بوت،...)، فالشراكة تتضمن عقود مركبة مرحلية، فلكل مرحلة عقودها، وبالتالي لكل عقد طبيعته، فالعقود تقسم إلى عقود إدارية وعقود مدنية، والعقود الإدارية لها ثلاثة أركان: أحد أطرافها الإدارة، تتعلق بتسيير مرفق عام، تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في العقود الخاصة، فإذا تخلف أحد هذه الأركان، فيعد العقد من طائفة العقود الخاصة، فعقود الشراكة التي تتضمن إنشاء المرفق العام، ونقل ملكيته جزئياً أو كلياً، تختلف عن العقود التي تضمن إدارة مرفق عام موجود، بدون نقل ملكيته، كل الاعتبارات السابقة تُؤخذ بالحسبان لدى توصيف طبيعة عقود الشراكة، وأما بالنسبة للاتجاهات التشريعية في تحديد طبيعة العقد، فالمشرّع الكويتي والقطري، لم يحدد صراحةً طبيعة عقد الشراكة، ولكن يمكن من خلال قراءة نصوص القانون -وحيث أن القراءات تختلف من شخص لآخر، سواءً كان قاضياً أو فقيهاً- تتضح للباحث معالم وخصائص وأركان العقد الإداري، من خلال الأحكام والمبادئ التي نصّ عليها قانون الشراكة الكويتي والقطري، فالركن الأول: أحد أطراف العقد القطاع العام: جهة حكومية (وزارة جهاز حكومي، هيئة أو مؤسسة عامة)،^(١) أما الركن الثاني: فمحل التعاقد سواءً كان إدارة أو تأجير أو تقديم خدمة، هو تقديم خدمة للجمهور، بينما الركن الثالث: هو الشروط غير المألوفة التي نص عليها القانون، والتي يجب أن يتضمنها العقد كما تم ذكره أعلاه، يضاف إلى ذلك طرق التعاقد هي ذات الطرق المعتمدة في العقود الإدارية الواردة

(١) القانون رقم (٢٠٢٠١١٢)، المادة (١).

في قانون المناقصات،^(١) ويظهر ذلك جلياً في قانون الشراكة العماني، عندما نصّ على أن الطرف الأول الجهة المختصة (جهات عامة)، وأن الغرض من مشروع الشراكة، القيام بأعمال أو تقديم خدمات عامة، ومنح الجهة الحكومية حق تعديل عقد الشراكة، دون الإخلال بحق شركة المشروع بالتعويض، وحق الحل محل شركة المشروع في تنفيذ العقد أو إحلال غيرها محلها، إذا أخطأت أخطاءً جسيمة تؤثر في سير مشروع الشراكة أو الإخلال الجوهري بالالتزامات العقدية.^(٢) كما أجاز القانون للجهة الحكومية، الاعتراض على إبرام أي من العقود الرئيسية لتنفيذ عقد الشراكة، وذلك لأسباب محددة أو لاعتبارات تقتضيها المصلحة العامة.^(٣)

ووفق اعتقاد الباحث، أن نقل الملكية المؤقت من الجهة العامة إلى القطاع الخاص في عقود البوت B.O.T، ليس له أثر في تغيير طبيعة عقد الشراكة.

أما بالنسبة للعقود التي تبرمها شركة المشروع، والتي تعد من أشخاص القانون الخاص، فيطبق عليها المبادئ السابقة لتمييز العقود التي تبرمها، فإن توافرت فيها أركان العقد الإداري فهي إدارية.

(١) المادة ٢ قانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

(٢) القانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (٢٠-١٩).

(٣) القرار ٢٠٢٠/٣ المادة (٧١).

المبحث الثالث:

البيئة القانونية وتسوية النزاعات

المطلب الأول

البيئة القانونية وأحكام العقد

الفرع الأول - البيئة القانونية

ينبغي النظر إلى مشاريع الشراكة، وفق المنظومة التشريعية في البلد الذي تنفذ فيه، إذ ينبغي قبل الدخول في مشاريع الشراكة، معرفة التشريعات التي تتعلق بإقامة هذه المشروعات، منها مثلاً: قوانين الشراكة والخصخصة، والشركات، واستثمار رأسمال الأجنبي، وقانون تأسيس شركات المساهمة العامة، وقانون الاستثمار وقانون الأراضي، لذلك ننصح بالاطلاع بتعمق على كل هذه القوانين من قبل الإدارات القانونية الممثلة لأطراف الشراكة.

ويقترح الباحث - عند البدء بوضع بنود اتفاقية الشراكة - على المختصين (القانونيين والماليين والفنيين) النظر في المسائل التالية:

١. القوة القاهرة: تعريفها وتحديد حالاتها، وتمييزها عن الظروف الأخرى، والآثار المترتبة على وقوعها.
٢. الإجراء الحكومي السلبي على مشروع الشراكة: وهو أي عمل أو امتناع عن عمل مثل: تأخر أو امتناع الشريك الحكومي عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، التأميم أو مصادرة المشروع، والآثار المترتبة على ذلك.
٣. التغيير في القانون: ينبغي دائماً تنفيذ الشراكة وفق القوانين السائدة، وبسبب طول مدة الاستثمار، فإن القوانين تتغير مثل: فرض ضرائب، وتغيير معايير السلامة، لذا ينبغي أن يتضمن العقد بنود صريحة، حول تقاسم هذه المخاطر، وإدارة الآثار المترتبة على ذلك، بما فيها فسخ العقد والتعويضات الناجمة عنه.
٤. التعويضات عن فسخ العقد: في حال كان الفسخ من قبل الجهة المتعاقدة أو من قبل المستثمر، أو بسبب القوة القاهرة أو بسبب تغيير القانون.

٥. إعادة التمويل: والتي يلجأ إليه المستثمر، لتغيير شروط التمويل لتحقيق مكاسب له، وينبغي أن يخضع ذلك لمبدأ تقاسم مكاسب إعادة التمويل بين القطاعين العام والخاص.
٦. التدخل من قبل الغير: أي عقد اتفاقيات مباشرة من قبل الجهة المتعاقدة من جهة، والممولين والمقاولين من الباطن والموردين من جهة أخرى، تهدف لإحلالهم محل المستثمر في حال فسخ العقد، لذا ينبغي تضمين عقد الشراكة مثل هذا الشرط وموافقة المستثمر عليه.
٧. الشفافية والسرية: ينبغي أن تتضمن بنود العقد أحكام تلزم بالشفافية والإفصاح، مع الالتزام بالسرية التي تتطلبها ظروف كل مشروع.
٨. القانون الواجب التطبيق وتسوية النزاعات: يجب تحديد القانون الموضوعي الذي يحكم حقوق وواجبات أطراف عقد الشراكة، وتحديد طرق تسوية النزاعات هل هي القضاء، أو الوسائل البديلة لتسوية النزاعات مثل (التفاوض، والخير أو الوساطة أو لجنة تسوية النزاعات أو التحكيم) وإذا تم الاتفاق على التحكيم، تحديد قواعد التحكيم ومقر التحكيم، ولغة التحكيم.

الفرع الثاني - أطراف عقد الشراكة

من المهم التمييز بين أطراف عقد الشراكة وأطراف شركة المشروع، وفق الآتي:

أ- أطراف عقد الشراكة: هما الطرف الأول القطاع العام، ممثلاً بالجهة العامة المعنية، والطرف الثاني هو المستثمر الفائز، والذي يمكن أن يكون شركة أو تحالف شركات، فالذي يوقع وثائق عقد الشراكة هو الممثل القانوني للمستثمر الفائز، حيث تشمل وثائق العقد (عقد الشراكة، وعقد إيجار الأرض إن وجدت، واتفاق ضمان السرية، وثيقة الالتزام، وعقد الإحلال) فبعد الترسية وتحديد المستثمر المفضل، يدعى للتفاوض على بنود العقد، فإذا انتهت هذه المفاوضات بنجاح، يتم اعتمادها من لجنة الفتوى والتشريع، والحصول على موافقة كل من ديوان المحاسبة واللجنة العليا على قبول مقدم العطاء، بعد ذلك يدعى لتوقيع وثيقة الالتزام.

اتفاق ضمان السرية يتم التوقيع عليه قبل الحصول على وثائق طرح المشروع وأطرافه: الجهة العامة المعنية والهيئة ومقدم العطاء (المستثمر).

وثيقة الالتزام: فبعد اعتماد الترسية يدعى كلاً من الجهة العامة المعنية، والهيئة، والمستثمر الفائز للتوقيع عليها.

عقد الشراكة النهائي، وعقد إيجار الأرض إن وجد: فبعد تنفيذ الالتزامات الواردة في وثيقة الالتزام، يدعى كلاً من الجهة العامة المعنية والمستثمر لتوقيعها.

عقد الإحلال: الذي يتم توقيعه بين ثلاثة أطراف: الجهة العامة، وشركة المشروع، ووكلاء ضمان المقرضين.

وفي الأحوال التي فيها أكثر من جهة عامة للمشروع، يخصص للجهات العامة الأخرى ملحقاً خاصاً بشروط التعاقد، بما يتفق وطبيعة اختصاصها والتزاماتها العقدية الناشئة عن المشروع، بحيث يتم التوقيع عليه من قبلها.

ب- أطراف شركة المشروع وفق القانون الكويتي:

- المشروع الذي قيمته أقل من ٦٠ مليون د.ك: المستثمر يملك الشركة كاملة.
- المشروع الذي قيمته أكثر من ٦٠ مليون د.ك: يكون أعضاء الشركة المساهمة العامة هم:
 - أ. القطاع العام نسبه لا تقل عن ٦٪ ولا تزيد عن ٢٤٪.
 - ب. المستثمر نسبه لا تقل عن ٢٦٪ ولا تزيد عن ٤٤٪.
 - ج. المواطنين الكويتيين نسبة ٥٠٪، وهذه الشركة تخضع لأحكام قانون الشركات.

أما وفق القانون العماني والقطري فإن أطراف العقد: هم الطرف الأول: القطاع العام وهو أي جهة حكومية (وزارة، جهاز حكومي، هيئة أو مؤسسة عامة)،^(١) والطرف الثاني: القطاع الخاص وهو الشخص المعنوي الخاص، ويمكن أن يكون تحالف مكون من أكثر من شركة.

لابد من التمييز من حيث الأطراف بين مصطلحين أوردهما المشرع القطري، وهما الشراكة وعقد الشراكة، وبيان الأثر المترتب على هذا التمييز، فلقد عرّف الشراكة بأنها: «اتفاق يتم بين الجهة الحكومية والقطاع الخاص، لتنفيذ وتمويل الأعمال أو

(١) القانون رقم (٢٠٢٠١١٢)، المادة (١).

تقديم الخدمات، وفقاً لأحد الأنظمة المبينة في المادة (٣) من هذا القانون» وعرف عقد الشراكة بأنه: «عقد تبرمه جهة التعاقد مع شركة المشروع، بغرض تنفيذ أحد المشروعات» وعرف شركة المشروع: «بأنها الشركة القائمة أو التي يتم تأسيسها لتنفيذ المشروع»^(١)، وتتم الشراكة بين الجهة الحكومية والقطاع الخاص بموجب عقد الشراكة.

يلاحظ أنه لدينا ثلاثة أطراف هي: (الجهة الحكومية، القطاع الخاص، شركة المشروع)، والإشكالية التي ترد في هذا المقام، هي من هو الطرف الثاني هل هو القطاع الخاص، أم شركة المشروع، أم أنهما مسميان لطرف واحد هو الطرف الثاني؟

وبتتبع نصوص قانون الشراكة القطري نجد الأحكام التالية: حيث إن المادة (٩) أوجبت على الجهة الحكومية (جهة التعاقد)، تضمين مستند طرح المشروع: شكل شركة المشروع، كما يمكن أن يكون مقدم العطاء شركة أو تحالف شركات، والعمل أو الخدمة سوف تقوم به شركة المشروع، ويجب أن يتضمن عقد الشراكة، الحالات التي يحق فيها لجهة التعاقد (الجهة الحكومية) الإنهاء المنفرد للعقد، ويمكن للجهة الحكومية أن تؤسس مع القطاع الخاص شركة المشروع، كما يمكن لصاحب العطاء الفائز، أن يؤسس بمفرده الشركة، ليكون غرضها تنفيذ المشروع فقط، ويمكن بموافقة الجهة الحكومية أن ينفذ المشروع بدون تأسيس شركة المشروع، حيث ينفذ من قبل الشركة الخاصة القائمة.^(٢)

فعندما يتم تأسيس شركة المشروع من قبل القطاع العام والخاص، فلا يتصور أن تكون الجهة المتعاقدة (القطاع العام) هي الطرف الأول وهي جزء من الطرف الثاني.

يظهر للباحث من خلال النصوص أعلاه، أنهما ليسا مسميان لطرف واحد، ولإزالة الالتباس، يقترح توحيد المصطلحات التي تدل على الطرف الثاني، بأن يكون المقصود به (القطاع الخاص) وليس (شركة المشروع)، فالتعاقد يكون بين جهة التعاقد (الجهة الحكومية) وبين القطاع الخاص (الشركة الفائزة في العطاء).

(١) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (١).

(٢) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (١٩).

الفرع الثالث - بنود العقد:

تختلف بنود عقد الشراكة وفق طبيعة كل عقد، وذكر القانون العماني والكويتي، أهم بيانات العقد خاصة المتعلقة بملكية أموال وأصول المشروع، وما يعتبر منها أملاك خاصة، وما يعتبر أملاك عامة، وكل الالتزامات المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، ونقل الملكية في نهاية المشروع، وتنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والنشغيل والاستغلال؛ وتحدد أليات وأسس التعويض عن هذا التعديل، وتحديد طريقة توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين، أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة، والتعويضات المقررة، وحالات الإنهاء المبكر أو الجزئي، وحق الجهة العامة بالإنهاء المنفرد للعقد، ومدة العقد على أن لا تتجاوز خمسين سنة.^(١)

وأهم بنود العقد التي نص عليها المشرع القطري:^(٢)

- طبيعة ونطاق الأعمال أو الخدمات محل العقد وشروط تنفيذها.
- ملكية أموال وأصول المشروع، وأحكام نقل الملكية.
- الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.
- تحديد سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة، والذي يكون إما على شكل رسوم أو إيرادات أو عوائد مالية، وأسس وقواعد التحديد وتعديل السعر بالزيادة أو النقصان.
- تحديد أساليب الرقابة المالية والفنية والإدارية، ووسائل ضمان الجودة لتشغيل واستغلال وصيانة المشروع.
- تحديد حالات حق الجهة المتعاقدة في تعديل شروط التعاقد، وأسس التعويض عن هذا التعديل.
- التأمين على المشروع.
- تعيين أسس توزيع المخاطر الناتجة عن تعديل القوانين أو القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ والتعويضات.

(١) القانون رقم ٥٢ / ٢٠١٩، المادة (١٧)، والقانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (٣٥).

(٢) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (١٧). والقانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (١٧).

- يجب ألا تتجاوز مدة العقد على ثلاثين عاماً، ويجوز بموافقة رئيس مجلس الوزراء أن تزيد المدة عن ذلك أو تمديده، وتحديد حالات الإنهاء وحقوق الأطراف.
- الحالات التي يحق فيها للجهة الحكومية الإنهاء المنفرد للعقد، والتعويض عن ذلك.
- تحديد قواعد استرداد المشروع في جميع الحالات (بحيث تؤول إلى الدولة عند انتهاء مدة عقد الشراكة، ملكية المشروع ومنشآته وكافة مستلزماته دون مقابل أو تعويض ما لم يتفق على خلاف ذلك).

بالإضافة لذلك فرض القانون القطري عدة التزامات ينبغي على شركة المشروع الالتزام بها وهي: (١) أولاً: عدم حل شركة المشروع أو تغيير شكلها القانوني أو تخفيض رأسمالها إلا بعد موافقة وزير التجارة والصناعة، وعدم تداول أسهم شركة المشروع إلا عند التشغيل، وبطلان رهن أسهمها سوى لغير غرض تمويل أو إعادة تمويل المشروع، المحافظة على أصول المشروع وعدم بيعها، إلا إذا كان بهدف تنفيذ برنامج الإحلال والتجديد، ثانياً: السماح للجهة الحكومية بالدخول للتفتيش، وتوفير كافة البيانات التي تطلبها، عدم التعاقد مع مقاولين من الباطن إلا بموافقة الجهة الحكومية، الاستمرار بتقديم الخدمات والمحافظة على جودتها، والمساواة بين جميع المتفاعلين بها، وذات الالتزامات فرضها المشرع العماني. (٢)

وبالنسبة لمدة الاستثمار: نصَّ قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص العماني والكويتي على مدة لا تتجاوز خمسين سنة، (٣) بينما غالبية مشاريع القوى الكهربائية وتحلية المياه تنفذ وفق نظام الشراكة، وهذه المشاريع يجب ألا تتجاوز مدتها أربعين سنة، وفق ما نصت عليه اللائحة التنفيذية لقانون تأسيس شركات المساهمة العامة الكويتي رقم ٣٩ لعام ٢٠١٠. (٤)

يرى الباحث أنه ينبغي توحيد مدة الاستثمار في القوانين ذات الصلة في ذات البلد، وأنه عند تحديد مدة الاستثمار ينبغي وضع معايير توازن بين عمر المشروع الافتراضي، ومدة الاستثمار من جهة والعائد من جهة أخرى، فإن كانت مدة المشروع طويلة، فينبغي أنت تكون نسبة القطاع العام أكبر، لأنه في هذه الحالة لا تكون هناك

(١) القانون رقم (٢٠٢٠١١٢)، المادة (٢٤).

(٢) القانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (١٦).

(٣) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة (١٨).

(٤) المرسوم رقم ١ لعام ٢٠١٥ المادة (٣٠).

جدوى اقتصادية مجزية من المشروع عند تسليمه للقطاع العام، وإذا كانت مدة المشروع قصيرة، ينبغي أن تكون حصة القطاع الخاص أكبر، كما إن مدة عقد الشراكة هي مدة أعمال البناء بالإضافة لمدة الاستثمار، وتعتبر عقود البناء من العقود المتراخية (الطويلة)، والتي تحدث خلالها متغيرات كثيرة، تُسهم في تأخر تنفيذ المشروع، مما يؤثر على مدة الاستثمار، مما يؤدي لنقص العائد المتوقع من المشروع، وربط مدة الاستثمار بمدة الانتفاع بالأرض المملوكة للدولة.

ونصَّ المشرِّع المصري، على أنه لا يجوز أن تقل مدة العقد عن (5) سنوات، ولا تزيد على (30) سنة، من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن (100) مليون جنيه، ويجوز الموافقة على إبرام عقود مشاركة لمدة تزيد على ثلاثين سنة، إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة جوهرية.⁽¹⁾

(1) القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠، المادة (٢).

المطلب الثاني

نزاعات الشراكة وآلية تسويتها:

ينبغي لنجاح الشراكة، أن يكون جميع الأطراف ذوي الصلة بمشروع الشراكة على ثقة تامة؛ أن أي نزاع سوف يتم تسويته بعدالة وكفاءة وسرعة، فينبغي أن ينظم العقد طرق تسوية هذه المنازعات التي لا تؤثر على سير مشروع الشراكة، ونجد أن قوانين الشراكة تضمنت عدة طرق لتسوية النزاعات منها: لجنة تظلمات والقضاء والتحكيم، ويمكن الاتفاق على التفاوض على مرحلتين، يشارك كبار الموظفين في المرحلة الثانية، وفي حال عدم نجاحها يمكن اللجوء للواسطة، كما أنه غالباً في عقود التشييد والبناء، يتم تبني عقود نموذجية، كعقود فيديك FIDIC والتي تتضمن آليات خاصة لتسوية النزاعات وهي: تقديم المطالبات للمهندس، وكذلك وجود لجنة توقي/ حل الخلافات، ثم بعد ذلك اللجوء للتحكيم الدولي.

الفرع الأول - لجنة التظلمات:

المشرّع العماني نصّ على تشكيل لجنة تظلمات، ورسم طريق لفض نزاعات مشروع الشراكة، حيث يجوز للشريك (القطاع الخاص) أو لشركة المشروع، التظلم ضد أي قرار أو إجراء يرتبط بطرح أو إبرام أو تنفيذ عقد الشراكة، أمام مجلس إدارة الهيئة العامة للتخصيص والشراكة، عن أي قرار صادر من الجهة الحكومية، وعلى المجلس البت فيه خلال ٣٠ يوماً وقراره نهائياً.^(١)

كما نصّ قانون الشراكة الكويتي على تشكيل لجنة تظلمات، للنظر في الشكاوى أو التظلمات المقدمة بمواجهة القرارات أو الإجراءات الإدارية الصادرة عن اللجنة العليا أو الهيئة، بخصوص أي إجراء أو قرار يصدر بالمخالفة لأحكام القانون ولائحته.^(٢)

(١) القرار ٢٠٢٠/٣ المادة (٧٩).

(٢) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (٣٢).

وكذلك المشرع المصري في المادة (٣٩) اختار وسيلة التظلم، كآلية أولى لتسوية النزاعات الناشئة عن طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة، وذلك أمام لجنة التظلمات التي تشكل برئاسة الوزير المختص بالشئون المالية، وعضوية اثنين من نواب رئيس مجلس الدولة يختارهما رئيس المجلس، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة، وأحد ذوي الخبرة من غير العاملين بالدولة يختاره رئيس اللجنة، وتختص اللجنة بنظر تظلمات المستثمرين، وما يتعلق أو يرتبط بها خلال عمليات، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تقديمها، ويكون قرار اللجنة بالبت في التظلم نهائياً ونافاً.

وإذا كان محل التظلم قراراً إدارياً، يكون ميعاد التظلم منه ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار أو العلم به، ولا تقبل الدعوى بإلغاء هذا القرار قبل التظلم منه.

يرى الباحث أن القانون اعتبر القرارات التي تصدر عن اللجنة العليا أو الهيئة، قرارات إدارية يتم التظلم منها لذات الجهة، إلا أنه وفق نص القانون، يتم رفع قرار لجنة التظلمات إلى اللجنة العليا، التي يكون قرارها بشأنه نهائياً، وهذا يشير إشكالية تعارض المصالح، فهي الخصم والحكم، كما لم يتم توضيح الفرق بين الشكوى أو التظلم.

كما إن الحكمة من تقرير التظلم الإداري، هي أن الإدارة قد تقتنع بوجهة نظر مقدم التظلم، وتعترف بعدم مشروعية قرارها فتقوم بسحبه أو تعديله، لكن قوانين الشراكة، لم تنص على نوع الدعوى التي تقدم ضد القرارات النهائية، هل هي دعوى عدم الصحة أم غير ذلك، كما أنها لم تحدد المحكمة المختصة للنظر بالدعوى، ولا الأثر المترتب على عدم الالتزام بمدة تقديم التظلم، إن كل ذلك يشير إشكاليات تؤثر على نجاح نظام الشراكة.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق

من المسائل المهمة معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة، والمحكمة المختصة بنظر هذه النزاعات، كما ينبغي التمييز بين مشاريع الأشغال العامة التي تخضع لقانون المناقصات العامة رقم ٢٧ لعام ١٩٦٤، ومشاريع استئجار الأملاك العامة من جهة، وبين المشاريع التي تخضع لقانون الشراكة، إن معيار التمييز بينها هو توفر عنصر الاستثمار الذي يميّز مشاريع الشراكة، أما مشاريع الأشغال الحكومية التي لا تعتمد على عنصر الاستثمار بل فقط على البناء (بناء محطة كهربائية أو تحلية مياه أو ميناء أو مطار أو معالجة نفايات،... إلخ) فهي لا تخضع لقوانين الشراكة، كما أن المشاريع التي تخضع لقانون الشراكة لا يطبق عليها قانون المناقصات العامة عند الطرح، وتسري على مشروعات الشراكة وعقودها، أحكام قانون تنظيم الشراكة رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، والقوانين الكويتية ذات الصلة، والقضاء الكويتي هو المختص في فض النزاعات، ويجوز استثناءً بعد موافقة اللجنة العليا للجوء للتحكيم.^(١)

كما أن المشرّع العماني أخضع عقد الشراكة لأحكام القانوني العماني، وأجاز تسوية النزاعات بواسطة التحكيم،^(٢) واستثنى المشروعات التي تنفذ وفق نظام الشراكة من خضوعها لقانون المناقصات وقانون التخصيص.

كما أن المشرّع القطري أخضع أحكام العقد لأحكام القانون القطري تحت طائلة البطلان، وأقر اختصاص المحاكم القطرية بالفصل في منازعاته، وفتح المجال لتسوية منازعات العقد بألية أخرى غير القضاء (كالتحكيم) بشرط موافقة رئيس مجلس الوزراء، إلا أنه أخضع عمليات طرح المشاريع لقانون المناقصات.^(٣) كذلك المشرّع المصري في المادة (٣٥) أخضع عقد المشاركة لأحكام القانون المصري، ونصّ على أنه يقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك، ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم، وفق لعقد المشاركة.

(١) القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤، المادة رقم (٢٩).

(٢) القانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (٢٣-٢٤).

(٣) القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢)، المادة (٢٨).

الضرع الثالث: تسوية النزاعات

غالبية قوانين الشراكة كما ذكر أعلاه، أخضعت أي نزاع ينشأ عن هذه العقود إلى قوانينها الوطنية، واعتبرت قضائها الوطني هو القضاء المختص ابتداءً، وأجازت اللجوء إلى التحكيم استثناءً.

أولاً- فض النزاعات بواسطة القضاء الوطني: إن نظام الشراكة يتضمن عقود كثيرة تبرم على مراحل، وينبغي معرفة طبيعة هذه العقود، كي يتم معرفة القضاء الوطني المختص، حيث تبين من خلال البحث أن أطراف عقود الشراكة متعددين وفق موضوع كل عقد، فهناك عقود بين الجهة العامة والمستثمر، وعقود بين شركة المشروع والغير، وإشكاليات التقاضي التي يثيرها وجود تحالف الشركات: ومدى مسؤولية كل منهما عن الآخر، خاصةً أن لكل منهم دور واختصاص محدد في تنفيذ مشروع الشراكة: (شركات تصميم، وشركات إشراف، وشركات تنفيذ، وشركات توريد وتشغيل، وشركات صيانة، وشركات تمويل) ومدى مسؤولية قائد التحالف عن أخطاء أعضاء التحالف، وتختلف الجهة القضائية المختصة، باختلاف طبيعة العقود، على مدار حياة المشروع وذلك وفق الآتي:

النزاعات قبل تأسيس شركة المشروع: حيث تضمنت قوانين الشراكة، حق القطاع العام إلغاء طرح المشروع، وذلك لعدة حالات منها: إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، حيث نص القانون بعدم جواز مقدمي العطاءات المطالبة بأي تعويض أو تكاليف،^(١) ففي هذه الحالة تعتبر النزاعات ذات طبيعة إدارية.^(٢)

النزاعات بعد تأسيس شركة المشروع المشترك: طبيعة النزاعات التي تنشأ بعد تأسيس شركة المشروع تكون وفق ما يلي:

١. النزاعات بين الجهة العامة (المتعاقد) وبين القطاع الخاص (شركة المشروع): إن أي نزاع بينهما يكون ذو طابع إداري، والقضاء الإداري هو المختص.
٢. النزاعات بين الشركاء في شركة المشروع (الجهة العامة والقطاع الخاص): تخضع للقانون الخاص (شركة تجارية) والقضاء العادي هو القضاء المختص.

(١) القانون رقم (٢٠٢٠١١٢)، المادة (١٥-١٤).

(٢) القانون رقم ٢٠١٩/٥٢ المادة (١٥).

٣. النزاعات بين شركة المشروع والغير (المقاولين من الباطن والموردين والمشغلين):
تخضع للقانون الخاص (شركة تجارية) والقضاء العادي هو القضاء المختص.

ثانياً- فض النزاعات بواسطة التحكيم:

يلاحظ أن غالبية قوانين الشراكة مبدئياً، لا تفضل التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود الشراكة، بل تفضل اللجوء للقضاء، وإن كانت هذه النظرة تنطلق من المصالح العليا للبلاد، إلا أنها تصطدم بتفضيل المستثمر الأجنبي، للتحكيم على خضوعه للقضاء الوطني، الذي لا يُلْم بكافة قوانينه ومنظومته التشريعية، مما يشكل أحد التحديات بوجه هذه الشراكة، خاصة عندما تكون رغبة الدولة بنقل التكنولوجيا إليها، من شركات تحتكر هذه الخدمات.

فالمشرع الكويتي بالمادة (٣٥) في قانون الشراكة، نص على اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين، إلا أنه نص: يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين، وكذلك كان نهج المشرع القطري حيث نص في المادة (٢٨) في قانون الشراكة، على اختصاص المحاكم القطرية، وأجاز أن يتضمن العقد آلية أخرى لتسوية النزاعات بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء.

إلا أننا نجد أن المشرع العماني كان أكثر انفتاحاً باتجاه التحكيم، حيث نص بالمادة (٢٤) في قانون الشراكة، يجوز الاتفاق على تسوية النزاعات عن طريق التحكيم، طبقاً إلى ما يتم الاتفاق عليه بعقد الشراكة، وكذلك نهج ذات النهج المشرع المصري في المادة (٣٥) في قانون الشراكة، حيث أجاز اللجوء بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة، الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد المشاركة بطريق التحكيم؛ أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية، وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة.

ويرى الباحث كون عقود الشركات من العقود طويلة الأجل، وخلال فترة تنفيذها، يتم تحديث للقوانين وإلغاء لقوانين وإصدار قوانين جديدة، كل هذا يجعل التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملائمة لتسوية نزاعات الشراكة، لكن رغم ذلك ينظر إلى إشكاليات أخرى يفرزها نظام التحكيم، وهو كون الشراكة تتطلب إبرام عقود متعددة ومتنوعة مع أطراف مختلفة، يمكن إدخالها في دعوى واحدة أمام القضاء، ولا يتأتى ذلك في

التحكيم، مما يؤدي لكثرة عدد الدعاوى بين هذه الأطراف المختلفة، لأن التحكيم على الأقل في بلادنا العربية، لا يقبل بمبدأ التدخل أو الإدخال في الدعوى التحكيمية، مستنداً لقاعدة نسبية العقود، وإن اتفاق التحكيم لا يلزم سوى أطرافه الموقعين عليه، كما أنه يمكن أن تثور إشكالية أخرى في حال تم الاتفاق في عقد الشراكة على التحكيم وفق قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس، لكن لجأ المستثمر لمركز تسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد) بدلاً من غرفة التجارة الدولية (ICC)، استناداً لاتفاقية استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف، مما يؤدي لتنازع الاختصاص، لكل من طرق تسوية نزاعات عقود الشراكة سلبية وإيجابية.

الخاتمة:

إن تنوع عقود مشروعات الشراكة، وتعدد أطرافها واختلاف جنسياتهم، وطول مدة الشراكة، تبرز تحديات تنشأ مع تأسيس الشراكة ومن أهم التحديات: كيفية ممارسة الرقابة من القطاع العام على شركة المشروع وهو جزء منها، كذلك في حال نشوء نزاعات داخل شركة المشروع بين الشركاء، تبرز إشكاليات تتعلق بآلية حل هذه النزاعات، والقضاء المختص، والقانون الواجب التطبيق، خاصة إذا تم في عقد الشراكة الاتفاق على التحكيم بين الجهة الحكومية وبين شركة أجنبية، فهل يحق للأطراف الاتفاق على القانون الواجب التطبيق؟ في ظل أن قوانين الشراكة نصت على خضوعها للقوانين الوطنية تحت طائلة البطلان.

لكن رغم ذلك الشراكة بين القطاع العام والخاص، أصبحت ضرورة ملحة أكثر من أي وقت مضى، للمشاركة في تحقيق التنمية المستدامة، وتوصل البحث للعديد من النتائج:

- إن قوانين الشراكة محل الدراسة، نظمت بشكل دقيق مراحل مشروع الشراكة، مما يسهم بنجاحها.
- الاهتمام الكبير في هذه التشريعات، بمبادئ ومعايير الحوكمة من خلال خضوع عملية اختيار مقدم العطاء الفائز، لمبادئ الشفافية وحرية التنافس وتكافؤ الفرص والمساواة.
- التوازن المالي للعقد الذي تضمنته هذه التشريعات، مما يشكل عامل جذب للاستثمار.
- إن تعديل العقد يكون بما يضمن إعادة التوازن المالي في حال طرأت ظروف غير متوقعة.
- منح حوافز تتجلى بإعفاءات من رسوم وضرائب لمدد معينة، ومن قيود الصرف وتحويل الأموال، وقيود التملك.

ويوصي الباحث: بإعداد الكوادر الوطنية المؤهلة (القانونية والفنية) للتعامل مع هذا النوع من العقود، الاطلاع على التجارب الدولية في مجال الشراكة، إجراء مزيد من الأبحاث والدراسات وإقامة الندوات وورشات العمل المتعلقة بمواضيع الشراكة، الاهتمام بآليات وطرق تسوية النزاعات الناشئة عن الشراكة، واعتماد الوسائل البديلة لفض النزاعات.

فهرس المصادر والمراجع

- بلال حموري، شراكة القطاعين العام والخاص كمطلب تنموي، الكويت، المعهد العربي للتخطيط، سلسلة جسر التنمية، العدد ١١٧، سنة ٢٠١٤م.
- الدليل الإرشادي لعام ٢٠١٨م لقانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
- القانون رقم (٢٠٢٠/١١٢) بتنظيم الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص القطري.
- قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٩/٥٢.
- القانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري.
- القانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي.
- القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.
- اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة العماني الصادرة بالقرار ٢٠٢٠/٣.
- المرسوم رقم ٧٨ لعام ٢٠١٥ المتضمن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٦ لعام ٢٠١٤.
- المرسوم رقم ١ لعام ٢٠١٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٩ لعام ٢٠١٠.

الأمن السيبراني في وسائل التواصل الاجتماعي

الأسباب المؤدية إلى نشر المحتوى الحساس والخاص على
برنامج الواتساب وعلاقة ذلك بالوقوع في فخ الابتزاز
الإلكتروني في سلطنة عُمان
- رسالة دكتوراة -

إعداد

الدكتور/ عبدالله بن سالم الحبسي
دكتوراه في الأمن السيبراني
مدير ضمان الجودة والاعتماد الأكاديمي
أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة

أصبح الكشف الذاتي للمعلومات الخاصة بالحساسة على منصات وسائل التواصل الاجتماعي عنصراً أساسياً في حياة العديد من الأشخاص الأمر الذي قد يؤدي إلى تعرضهم للجرائم الإلكترونية. وتعد الجرائم الإلكترونية واحدة من أسرع فئات الجرائم نمواً، حيث زاد عدد ضحايا الجرائم الإلكترونية بشكل كبير خلال العقد الماضيين مع توسع استخدام شبكة الإنترنت وتقنيات الهاتف المحمول ومنصات وسائل التواصل الاجتماعي. ويعتبر الابتزاز الإلكتروني أحد الجرائم الإلكترونية التي تقع بسبب انخراط الناس في نشر معلوماتهم الخاصة والحساسة. وحيث أن الدراسات العلمية التي درست هذه العلاقة قليلة جداً، سعت هذه الدراسة إلى معالجة هذه الفجوة في المعرفة من خلال استكشاف مدى شيوع سلوك الكشف الذاتي للمعلومات الخاصة والحساسة على منصة الواتساب، وفهم العوامل التي تؤثر على هذا النشاط ومعرفة مدى انتشار الابتزاز الإلكتروني الناشئ عنه. تم استخدام المنهج المختلط لجمع بيانات هذا البحث الذي تم من خلاله الدمج ما بين المنهج الكمي والمنهج الكيفي (النوعي)، بحيث تم جمع وتحليل وتفسير البيانات لكلا النوعين في بحث واحد وذلك من أجل الحصول على صورة شاملة ومتكاملة لمشكلة البحث المراد دراستها وعرضها بطريقة واضحة. فقد تم استخدام الاستبيان كأداة لاستطلاع آراء ومرئيات مستخدمي برنامج الواتساب العمانيين البالغين (١٨ سنة أو أكثر) فيما يخص موضوع ومشكلة البحث، وقد شارك في الاستبيان عدد ١٤٥٢ مستخدم، كذلك تم إجراء مقابلات نوعية بواقع ١٨ مقابلة مع بعض المسؤولين المختصين بمكافحة الجرائم الإلكترونية في سلطنة عمان. أظهرت النتائج أن ٢٨٪ من المشاركين في الاستطلاع قد انخرطوا في سلوك الكشف عن محتوهم الخاص والحساس على برنامج الواتساب. كما دعمت النتائج إلى حد كبير استخدام نظرية السلوك المخطط المعدلة لفهم العوامل التي تؤثر على نشر المعلومات الخاصة والحساسة على برنامج الواتساب، كذلك أوضحت النتائج أن ١ من كل ٢٠ (٥٪) من مستخدمي برنامج الواتساب البالغين (١٨ سنة أو أكثر) في عُمان كانوا ضحية للابتزاز الإلكتروني بسبب قيامهم بنشر معلوماتهم الخاصة والحساسة.

الكلمات المفتاحية: وسائل التواصل الاجتماعي؛ الواتساب؛ الجريمة الإلكترونية؛ الإفصاح الذاتي الإلكتروني؛ الابتزاز الإلكتروني؛ معلومات حساسة وخاصة؛ نظرية السلوك المخطط.

Abstract

The online self-disclosure (OSD) of sensitive private information on social media (SM) platforms has become a fundamental element of many people's lives. Yet, the intentional OSD of sensitive private information on SM can lead people to be vulnerable to cybercrime. Cybercrime is one of the fastest growing categories of crime, with victims of cybercrime increasing significantly over the last two decades, as the use of the internet, mobile technologies and SM has expanded. One of the cybercrimes that people who intentional engage in the OSD of sensitive private information on SM platforms may fall victim to is online blackmail. Nonetheless, few studies have examined the link between OSD and experiences of online blackmail. This study sought to address this gap in knowledge by exploring how common the intentional OSD of sensitive private information on WhatsApp is, and understanding the factors influencing OSD. An embedded mixed methods design was used to conduct this research, with the primary dataset consisting of a quantitative online survey of WhatsApp users, supplemented by qualitative interviews conducted with victims and criminal justice officials. The research was conducted in Oman, with ١,٤٥٢ Omani adult users of WhatsApp participating in the online survey and ١٨ interviews with victims (n=٤) and criminal justice officials (n=١٤). The results found that ٧٢٨ of survey participants reported often disclosing sensitive private information on WhatsApp. The results also largely supported the use of the modified theory of planned behaviour to understand the factors influencing the OSD of sensitive private information on WhatsApp. With regards to experiencing online blackmail, ١ in ٥ (٢٠%) of WhatsApp users aged over ١٨ in Oman reported being a victim of online blackmail due to their intentional OSD of sensitive private information on WhatsApp.

Keywords: Social media; WhatsApp; Cybercrime; Online self-disclosure; Online blackmail; Sensitive private information; Theory of Planned Behaviour.

مما لا شك فيه أن العالم يمر بحالة من التطور والتقدم المتسارع بفضل ما وصلت إليه التطورات التقنية المختلفة التي أسهمت إسهاماً كبيراً ومباشراً في تقدم أساليب العيش في جميع المجتمعات، وأثرت إيجاباً في مجالات الحياة المختلفة، إلا أن تلك التطورات قد نتج عنها جانب سلبي طال الأفراد والمجتمعات والدول على حد سواء، فنجد على سبيل المثال أن وسائل التواصل الاجتماعي قد سهلت عملية الإجرام و نتج عنها ما يسمى الجريمة السيبرانية أو الجريمة الناعمة، الأمر الذي غير واقع علم الجريمة، فبعد أن كانت الجريمة محصورة في إطارها التقليدي المعتمد على العنف والقوة وملازمة مسرح الجريمة لتنفيذها، أصبحت تنفذ عن بعد ولا تحدد بمكان أو زمان معين، بل تميزت بأنها جريمة عابرة للحدود وعبر الوطنية، الأمر الذي نتج عنه تغيير في مفهوم علم الجريمة بفضل ما استحدث من جرائم وما استجد منها.

وحيث إننا نعيش في عالم متسارع تتوالى فيه التطورات الإلكترونية وتداعياتها، برزت في الآونة الأخيرة ظاهرة نشر المحتوى الإلكتروني الحساس والخاص على منصات التواصل الاجتماعي وما نتج عنه من زيادة في مستوى الجريمة السيبرانية، حيث تعد الجرائم الإلكترونية المرتبطة بوسائل التواصل الاجتماعي من أسرع المجالات الإجرامية نمواً، فأصبح موضوع النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص من الموضوعات الواجب بحثها وتفتيدها، حيث أن الدراسات النوعية في هذا الشأن قليلة، وما زالت هناك فجوة علمية في فهمنا ومعرفتنا بما يتعلق بانتشار الابتزاز الإلكتروني على منصات التواصل الاجتماعي، الأمر الذي يفوق الفهم الأمثل والشامل للتعامل مع جريمة الابتزاز الإلكتروني. ونسعى من خلال هذا البحث إلى معالجة تلك الفجوة العلمية من خلال إلقاء الضوء على واقع سلوك نشر المحتوى الإلكتروني الحساس والخاص في برنامج الواتساب في سلطنة عمان ومعرفة ما لهذا السلوك البشري من دور كبير وجوهري في جريمة الابتزاز الإلكتروني، وهي أحد الأمثلة على ما يسمى بالإجرام الذكي/الناعم الذي غير الجريمة التقليدية شكلاً ومضموناً.

أولاً: مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الوقوف على واقع السلوك الإنساني المرتبط بنشر المحتوى الإلكتروني الحساس والخاص على برنامج الواتساب، وليس بخاف على أحد من أن انتشار هذا السلوك أصبح عنصراً أساسياً في حياة العديد من الأشخاص الذين من الممكن أن يتعرضوا للجرائم الإلكترونية، ومع التوسع في استخدام خدمات الإنترنت عموماً ومنصات التواصل الاجتماعي على وجه الخصوص، أصبح من الضروري القيام بدراسة هذا السلوك من جوانبه المختلفة، للاستفادة منه في تنفيذ وتقنين الإطار العام لهذا السلوك الإنساني والخروج بتوصيات من المؤمل أن تسهم في خفض نسبة انخراط الشباب العماني في نشر محتوهم الحساس والخاص على منصات التواصل الاجتماعي، وبالتالي التقليل من حالات الابتزاز الإلكتروني الناتجة عن هذا السلوك.

ثانياً: أهمية البحث:

تتضح أهمية هذا البحث في جانبين أساسيين يتمثلان في الآتي:

أ. الأهمية النظرية (العلمية) المتمثلة في الآمال الآتية:

(١) عرض مشكلة البحث من زاوية علمية جديدة للتوصل إلى فهم جذري لها وذلك من خلال معرفة الأسباب التي تؤثر في قرار مستخدمي برنامج الواتساب بالانخراط في نشر محتوهم الحساس والخاص على البرنامج، ومدى مشاركتهم في ذلك السلوك، إضافة إلى استعراض نقاط قوة الجهات المختصة في التعامل مع جريمة الابتزاز الإلكتروني، وأبرز التحديات التي تواجهها عند التعامل مع البلاغات المتعلقة بهذه الجريمة.

(٢) مساهمة نظرية أصيلة في فهمنا لموضوع النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب من خلال تطوير نسخة معدلة من نظرية السلوك المخطط وتجربتها^(١).

ب. الأهمية التطبيقية (العملية) المتمثلة في المساهمة في الآتي:

(١) تقليل نسبة رغبة مستخدمي برنامج الواتساب العمانيين في الانخراط في نشر محتوهم الحساس والخاص على البرنامج.

(١) كما تم ارساله سابقاً لكم

(٢) تقليل نسبة تعرض مستخدمي برنامج الواتساب في المجتمع العماني لمخاطر الابتزاز الإلكتروني وذلك من خلال تحديد المشكلة وتفسيرها عالمياً وصولاً إلى توضيح لأهم نتائج البحث.

(٣) رفع مستوى الوعي الأمني لمستخدمي برنامج الواتساب المرتبط بمعرفة المخاطر الناتجة عن النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص.

(٤) استحداث وتعديل وتطوير السياسات والقوانين والتشريعات والاستراتيجيات المتعلقة بمكافحة جريمة الابتزاز الإلكتروني في سلطنة عمان وذلك اعتماداً على النتائج والتوصيات التي أقرها هذا البحث.

(٥) تعديل سياسة الخصوصية المتعلقة ببرنامج الواتساب، وبعض الإجراءات التي تنتهجها شركة ميتا (وهي الشركة المالكة للبرنامج) المتعلقة بإجراءات الإبلاغ عن المحتوى الحساس والخاص، وإجراءات التعامل اللاحق مع جريمة الابتزاز الإلكتروني الناتجة عن نشر المحتوى الحساس والخاص.

ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث عموماً إلى دراسة السلوك الإنساني المتعلق بنشر المحتوى الإلكتروني الحساس والخاص على برنامج الواتساب من خلال معرفة الأسباب المؤدية لذلك، وعلاقته بجريمة الابتزاز الإلكتروني، أما الأهداف الفرعية التي سعى إلى تحقيقها فقد تمثلت في الآتي:

١. معرفة مدى شيوع قيام مستخدمي برنامج الواتساب في سلطنة عمان بالكشف عن معلوماتهم الحساسة والخاصة على البرنامج، والأسباب المشجعة للانخراط في ذلك.
٢. قياس وتقييم فاعلية النسخة المعدلة المقترحة من نظرية السلوك المخطط التي طورها هذا البحث لاستخدامها في فهم: كيف ومتى يحدث الانخراط في سلوك نشر المحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب؟
٣. كشف وفهم العلاقة بين النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص والوقوع في فخ الابتزاز الإلكتروني.
٤. معرفة مدى شيوع وقوع جريمة الابتزاز الإلكتروني الناتجة بسبب نشر المحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب.

٥. معرفة مدى شيوع قيام ضحايا الابتزاز الإلكتروني في سلطنة عمان بإبلاغ الجهات المختصة عن تعرضهم للابتزاز الإلكتروني، والأسباب المشجعة وغير المشجعة للقيام بذلك.

٦. معرفة نقاط قوة الجهات المختصة في سلطنة عمان المعنية بمكافحة جريمة الابتزاز الإلكتروني، والتحديات التي تواجهها في التعامل مع هذه الجريمة، والتوصل لعدد من المقترحات لمعالجة تلك التحديات.

رابعاً: منهجية البحث:

تم استخدام المنهج المختلط لجمع بيانات هذا البحث الذي دمج فيه بين المنهج الكمي والمنهج الكيفي في بحث واحد، بحيث جرى جمع وتحليل وتفسير البيانات لكلا النوعين في بحث واحد وذلك من أجل الحصول على صورة شاملة ومتكاملة لمشكلة البحث المراد دراستها وعرضها بطريقة واضحة. فقد استخدم الاستبيان كأداة لاستطلاع آراء ومرئيات مستخدمي برنامج الواتساب العمانيين البالغين (١٨ سنة أو أكثر) فيما يخص موضوع ومشكلة البحث، وقد شارك في الاستبيان ١٤٥٢ مستخدم، كذلك أجريت مقابلات نوعية بواقع ١٨ مقابلة مع بعض المسؤولين المختصين بمكافحة الجرائم الإلكترونية في سلطنة عمان وشملت المقابلات مختصين من شرطة عمان السلطانية، والإدعاء العام، ومجلس الشؤون الإدارية للقضاء، والمركز الوطني للسلامة المعلوماتية، ومستشفى المسرة. إضافة إلى ذلك، قابل الباحث عدداً من ضحايا الابتزاز الإلكتروني في سلطنة عمان وعدداً من المدانين على حد سواء. وفي كل الأحوال روعيت الجوانب الأخلاقية للبحث العلمي عند جمع البيانات الكمية والنوعية، من ضمنها على سبيل المثال لا الحصر الحصول على خطاب من الجامعة التي أشرفت على هذا البحث يفيد بالموافقة على جمع البيانات البشرية، كذلك تم الحصول على الموافقة الطوعية من قبل جميع المشاركين في الاستبيان والمقابلات (لمزيد من المعلومات حول هذا الشأن، يرجى مسح الرمز الإلكتروني الموضح في آخر هذا المقال)، وحتى يضمن التحليل الصحيح والحديث للبيانات البحثية، استخدم الباحث برنامج التحليل الإحصائي SPSS الإصدار ٢٥ لتحليل البيانات الكمية المستخلصة من الاستبيان، وبرنامج NVivo الإصدار ١٢ لتحليل البيانات النوعية المستخلصة من الاستبيان والمقابلات.

خامساً: تنظيم البحث:

بالإضافة إلى القسم التمهيدي، قُسم هذا البحث إلى ستة أقسام رئيسية وزعت على النحو الآتي:

القسم الأول: الإطار النظري.

القسم الثاني: منهجية البحث.

القسم الثالث: نتائج الاستبيان فيما يخص دراسة النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص.

القسم الرابع: نتائج المقابلات فيما يخص دراسة النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص.

القسم الخامس: نتائج الاستبيان والمقابلات فيما يخص دراسة الابتزاز الإلكتروني.

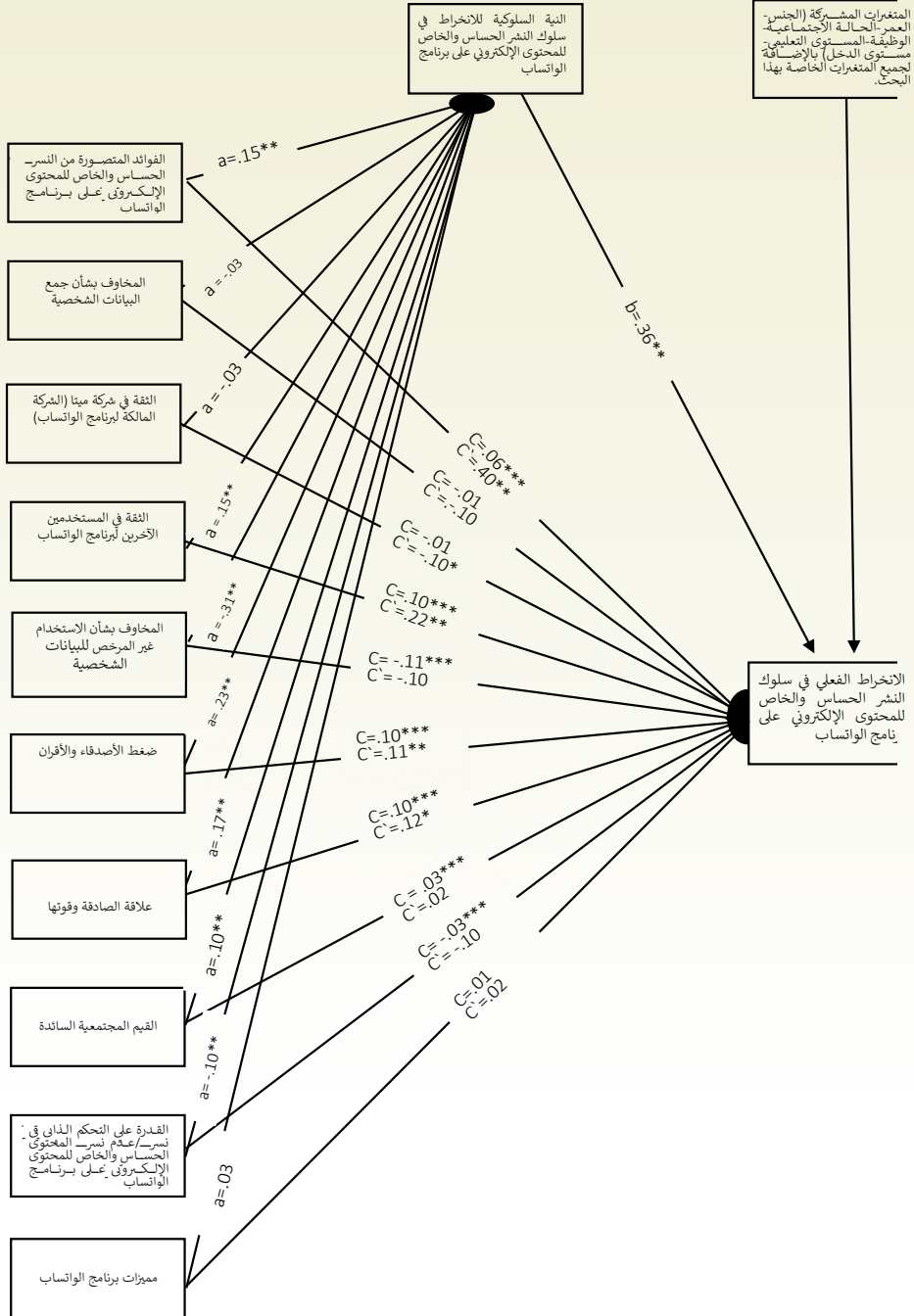
القسم السادس: المناقشة والخاتمة.

سادساً: نتائج البحث وخاتمه وتوصياته:

نتائج البحث: من خلال معطيات التحليلات البيانية، أوضحت النتائج أن الغالبية من العمانيين من الفئة العمرية ١٨ سنة أو أعلى استخدموا برنامج الواتساب منذ أربع سنوات أو أكثر، وذلك بواقع خمس مرات أو أكثر في كل يوم بمعدل ٣ ساعات في كل يوم. أما فيما يتعلق بمدى اطلاع مستخدمي برنامج الواتساب في سلطنة عمان على سياسية الخصوصية أو سياسية الاستخدام الخاصة ببرنامج الواتساب، فقد أظهرت النتائج أن (٦٦٪) من العمانيين الذين يستخدمون برنامج الواتساب لم يقرؤوا تلك السياسات، و (٣٤٪) قاموا بقراءتها ولكن في فترة زمنية أقل من خمس دقائق. كذلك، كشفت النتائج أن مستخدمي برنامج الواتساب من الذكور كانوا أكثر عرضة لتعمد نشرهم لمعلوماتهم الحساسة والخاصة مع أزواجهم، في حين كانت النساء أكثر عرضة للانخراط في ذلك السلوك مع صديقاتهن، كما توصل البحث إلى أن (٢٨٪) من المشاركين في الاستبيان (عدد المشاركين في الاستبيان كان ١٤٥٢ مشاركاً) أفادوا بانخراطهم في النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص في برنامج الواتساب.

شكل رقم (١)

نتائج تحليلات الوساطة لإختبار قدرة نظرية السلوك
المخطط المعدلة على التنبؤ بالكشف الذاتي عن
المعلومات الحساسة والخاصة على برنامج الواتساب



أوضحت النتائج أيضا أن أهم الأسباب المشجعة على الانخراط في هذا السلوك الإلكتروني هي تلك الفوائد المتصورة المرتبطة بهذا السلوك مثل: السعي وراء تكوين علاقات صداقة رومانسية، وتحقيق الشهرة، والرغبة في الإفصاح عن المكون الداخلي للنفس، والثقة في مستخدمي برنامج الواتساب الآخرين، وضغط الأصدقاء والأقران. إضافة إلى هذا، أوضحت النتائج أنه توجد علاقة عكسية بين مستوى مخاوف مستخدمي برنامج الواتساب من حيث الاستخدام غير المرخص للمعلومات التي ينشروها وبين رغبتهم في الانخراط في النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص بحيث تقل رغبتهم في النشر عندما تزيد مخاوفهم المتعلقة بالاستخدام غير المرخص لمعلوماتهم المنشورة والعكس صحيح. إضافة إلى هذا، فقد بينت النتائج أن الصورة النمطية المعهودة عن المجتمع فيما يخص تقبل نشر المحتوى الحساس والخاص ساعدت مستخدمي برنامج الواتساب على نشر محتوهم الحساس والخاص حيث اعتقد المستخدمون أن المجتمع سيتقبل هذا السلوك نظرا لاعتياد مشاهدته بتكرار. أخيراً، أكدت النتائج أن أحد الأسباب المشجعة على الانخراط في هذا السلوك الإلكتروني هو تصور مستخدمي برنامج الواتساب بأنهم يملكون القدرات والمهارات اللازمة لدرء المخاطر المرتبطة بعملية النشر و القدرة على التعامل مع المحتوى الإلكتروني الحساس والخاص بعد نشره، بحيث تزيد رغبتهم في النشر عندما تزيد قدرتهم المتصورة للتعامل مع ما نشر. في الجانب الآخر، أظهرت النتائج أن المخاوف من التعدي على الخصوصية، والثقة في شركة ميتا في حماية المحتوى المنشور، والمميزات الفنية لبرنامج الواتساب لا علاقة لها في تشجيع مستخدمي برنامج الواتساب في نشر محتوهم الحساس والخاص.

كما دعمت النتائج إلى حد كبير فاعلية استخدام نظرية السلوك المخطط التي عودلت من الباحث لفهم العوامل التي تؤثر في النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص في برنامج الواتساب، الأمر الذي يؤكد على أهمية هذه النظرية في فهم السلوك الإنساني، حيث أوضحت التحليلات البيانية أن هذه النظرية استطاعت دعم عمليات العلاقات البنائية بين المتغير الثابت والمتغيرات غير الثابتة بنسبة (70٪) وهي من النسب الجيدة في الدراسات المتعلقة بالعلوم الاجتماعية (أنظر الشكل رقم 1 الموضح لنتائج تحليلات الوساطة لاختبار قدرة نظرية السلوك المخطط المعدلة على التنبؤ بالكشف الذاتي عن المعلومات الخاصة الحساسة على برنامج الواتساب).

كذلك، كشفت النتائج عن وجود علاقة وثيقة بين النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص والوقوع في فخ الابتزاز الإلكتروني، حيث أشارت تحليلات النتائج إلى أن ١ من كل ٢٠ من مستخدمي برنامج الواتساب في سلطنة عمان ممن أعمارهم ١٨ سنة أو أكثر كانوا ضحايا للابتزاز الإلكتروني بسبب انخراطهم في هذا السلوك وهو يمثل ما نسبته (٥٪) من إجمالي عدد مستخدمي البرنامج في سلطنة عمان، وقد كشف تحليل البيانات الكمي أن (٤٨٪) من ضحايا الابتزاز الإلكتروني قد تعرضوا للابتزاز أكثر من مرة واحدة مشكلين ما نسبته (٧٤٪) من الذكور، و (٢٦٪) من الإناث. كذلك أوضحت النتائج أن من بين أولئك الذين تعرضوا للابتزاز الإلكتروني، قام فقط (٥٨٪) منهم بإبلاغ السلطات المختصة عن تعرضهم للابتزاز، وقد كشف تحليل البيانات الكمي أنه لا يوجد اختلاف بين الجنسين فيما يخص رغبتهم في تبليغ السلطات عن تعرضهم للتهديدات من قبل الجناة، حيث تساوى المقياس الخطي بين الذكور والإناث، الأمر الذي يفيد بأن مسألة الإبلاغ لا ترتبط بجنس المبلغين. أما فيما يخص قدرة السلطات المختصة في سلطنة عمان على التعامل مع بلاغاتهم، فقد أوضحت النتائج أن الذين أبلغوا عن تعرضهم للابتزاز الإلكتروني اعتقدوا أن السلطات المختصة قادرة على التعامل مع بلاغاتهم بطريقة مرضية، وأن تلك الجهات قادرة على الإمساك بالجناة نتيجة الإمكانيات البشرية والمادية المتوفرة لديها.

فيما كشف تحليل البيانات النوعية المستخلصة من المقابلات عن وجود إجماع في الآراء والمرئيات والرؤى عبر عنها المختصون في مكافحة الجرائم الإلكترونية في سلطنة عمان حول موضوع الأسباب المؤدية إلى نشر المحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب، وعلاقة ذلك بالوقوع في فخ الابتزاز الإلكتروني في سلطنة عمان. وقد أجمع الأشخاص الذين قوبلوا (أو جرى مقابلتهم) أن نقاط القوة في استجابة السلطات المحلية لبلاغات الابتزاز الإلكتروني تشمل جودة العنصر البشري المدرب على أحدث أساليب التحري وجمع الاستدلالات، والإمكانيات الفنية المتوفرة لديهم كمختبر الأدلة الرقمية، مما أدى إلى تحسين قدرة تلك السلطات على التعامل مع التحقيق والملاحقة القضائية لهذه الجريمة بالإجراء المناسب. في المقابل، عبّر الذين قوبلوا (أو جرى مقابلتهم) عن تحديات عديدة تواجه السلطات عند التعامل مع بلاغات الابتزاز الإلكتروني لا سيما فيما يتعلق بالصياغة القانونية لبعض المواد المجرمة للابتزاز الإلكتروني (على سبيل المثال استخدام كلمة «النشر» في المادة ١٨ من قانون مكافحة

الجرائم الإلكترونية وعدم التفريق بينها وبين كلمة «الإرسال» الأمر الذي قد يعيق التنفيذ القانوني لبعض حالات الجريمة، حيث إن كلمة النشر تشير إلى قيام الشخص بنشر رسالة معينة إلى أكثر من شخص حتى ولو لم يكن على معرفة بهم، كقيامه مثلاً بالنشر في حساب التويتر أو الفيسبوك، في المقابل فإن كلمة «الإرسال» تشير إلى قيام الشخص بنشر رسالة معينة إلى شخص معين ومعروف. من ضمن التحديات الأخرى التي تواجه السلطات عند التعامل مع بلاغات الابتزاز الإلكتروني هي قلة الاتفاقيات الثنائية بين سلطنة عمان وباقي الدول فيما يخص تبادل المعلومات المتعلقة بالتحري وجمع الاستدلالات للجرائم الإلكترونية، الأمر الذي لا يسمح للسلطات المختصة في سلطنة عمان بطلب أية معلومات أو مساعدات فنية من الدول الأخرى غير المرتبطة مع سلطنة عمان باتفاقيات ثنائية خصوصاً الدول الأوروبية والأفريقية. كذلك من ضمن التحديات هو عدم قيام المجني عليهم بتبليغ السلطات المختصة بالسرعة المطلوبة عند تعرضهم للابتزاز الإلكتروني، الأمر الذي ينتج عنه التأخير في جمع الاستدلالات والحقائق المرتبطة بموضوع الإبلاغ. ختاماً، أجمع الذين تمت مقابلتهم بأن مكان وجود الجناة خصوصاً إذا كانوا من خارج سلطنة عمان يعوق بشكل كبير التعامل مع الإبلاغ وذلك بسبب عدم قدرة السلطات على تحريك الدعوى خارج ما يملكونه من سلطات قانونية داخل السلطنة.

إن التحديات العديدة والمتلاحقة التي أفرزتها التطورات التقنية الهائلة قد انعكس تأثيرها السلبي بشكل بوضوح على المجتمع وأمن أفرادها، فزادت مستويات الجريمة الإلكترونية تماشياً مع الانفتاح الذي نشهده في الفضاء الإلكتروني، وما بروز سلوك النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص على وسائل التواصل الاجتماعي إلا أحد تلك التحديات التي تدفع الدول والمجتمعات والأفراد إلى العمل بتكامل للتعامل الأمثل لمكافحتها.

ونستطيع القول إن نتائج هذا البحث قد أسهمت في:

1. تنمية معارفنا وفهمنا لماهية الجرائم السيبرانية التي تعد من أسرع الجرائم انتشاراً في الحقبة القليلة الماضية، خصوصاً جريمة الابتزاز الإلكتروني التي تنتج غالباً بسبب سلوك مستخدمي الانترنت ووسائل التواصل الاجتماعي، وذلك من خلال انخراطهم في نشر محتوهم الحساس والخاص على منصات التواصل الاجتماعي.
2. إبراز الجانب المهم في تنفيذ جريمة الابتزاز الإلكتروني وهو تأكيد العلاقة بين الانخراط في نشر المحتوى الحساس والخاص على منصات التواصل الاجتماعي وبين الوقوع ضحية للابتزاز الإلكتروني.
3. بحث الأسباب التي تؤدي بمستخدمي تلك المنصات إلى هذا السلوك.
4. إبراز الدور الكبير وغير التقني لتعزيز الأمن السيبراني على مستوى الأفراد والمجتمعات والدول، وهو دور الممارسات الآمنة عند استخدام التقنيات الحديثة والسياسات المنظمة لها والتوعية الأمنية المطلوبة للتعامل مع المخاطر المحتملة من استخدام منصات التواصل الاجتماعي، علماً بأن هذا الجانب دائماً ما يتجاهل في البحوث العلمية التي ركزت جلها على الدور التقني في تعزيز الأمن السيبراني، والذي هو في الحقيقة غير كاف لضمان أمن واستقرار المجتمعات والأفراد عند استخدامها للتقنيات الحديثة.
5. إبراز نقاط قوة الجهات المختصة في سلطنة عمان لمكافحة الجرائم الإلكترونية، والتحديات التي تواجهها للتعامل مع تلك الجرائم.

٦. استعراض ومناقشة الأسباب التي حفزت وألهمت ضحايا جريمة الابتزاز الإلكتروني في سلطنة عمان في التبليغ عن تعرضهم لها، والأسباب التي ثببت من عزيبتهم في تبليغ الجهات من ناحية أخرى.

٧. استطاع هذا البحث سد الفجوة العلمية المتعلقة بمعرفة مدى انتشار سلوك نشر المحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب في سلطنة عمان، ومدى ارتباط ذلك السلوك بجريمة الابتزاز الإلكتروني.

إن تضاف الجهود بين الدولة والمجتمع والأفراد في درء المخاطر الناتجة عن استخدام منصات التواصل الاجتماعي، وإيجاد منظومة وطنية تشريعية وتنظيمية للتعامل مع تلك المخاطر هي مطالب مهمة وجوهرية لضمان أمن واستقرار الفضاء السيبراني في سلطنة عمان والمستفيدين منه، وما رؤية عمان ٢٠٤٠ إلا إحد تلك الأعمال والخطط التي تعمل الحكومة من خلال مستهدفات الرؤية على تعزيز الهوية والثقافة العمانية المتزنة المبنية على احترام العادات والتقاليد، والدعوة إلى إيجاد مجتمع عماني يتصف أفراده بالمسؤولية الكاملة، مدركين لحقوقهم وملتزمون بواجباتهم، واعين للقوانين ومشاركين بفاعلية في خدمة سلطنة عمان والحفاظ على أمنها واستقرارها وأمن مجتمعها وأفرادها.

التوصيات

إن دراستنا لهذا النوع من السلوك البشري الإلكتروني وما ينتج عنه من جريمة سيبرانية (الابتزاز الإلكتروني) كان من منطلق قناعتنا الكاملة بأهمية تنفيذ هذا السلوك وبعثه علمياً نظراً لارتباط تداعياته السلبية مباشرة بالدولة والمجتمع والأفراد، التي تتمثل في التداعيات الأمنية والاجتماعية والمالية وصولاً إلى التداعيات الخاصة بالتأثير على السمعة الشخصية للضحايا وسلامتهم، لذلك سعت بعض دول العالم إلى إيجاد تشريعات محلية وسياسات واستراتيجيات وخدمات إلكترونية وبنى تحتية وكوادر بشرية مؤهلة وبرامج توعوية تكفل لها التعامل الأمثل مع ما يفرضه التوظيف السيئ لاستخدام الشبكة العالمية للمعلومات، والتي تختلف أطرها وأنواعها وأحجامها من دولة لأخرى باختلاف حاجة الدولة لها أو مدى يقينها بأهميتها، وعلى كل، تسعى الدول إلى مكافحة السلوكيات والمخاطر التي من شأنها تهديد أمنها السيبراني الشامل المتمثل في أمن الدولة ومجتمعها وأفرادها.

في ضوء النتائج المستخلصة من هذا البحث، يوصي الباحث بالآتي:

أولاً: توصيات للجهات المختصة في التعامل مع الجرائم الإلكترونية في سلطنة عمان:

استناداً إلى النتائج التي كشف عنها هذا البحث المتعلقة بالعلاقة الوثيقة بين السلوك البشري والاعتقاد الشخصي للفوائد المتصورة من عملية نشر المحتوى الحساس والخاص على برنامج الواتساب، والأسباب التي جرى قياسها واستخلاصها من البيانات البحثية، يقدم الباحث عدداً من التوصيات المتعلقة بضرورة فرض ممارسات شخصية ومؤسسية تسعى لتأكيد الممارسة السليمة والأمنة عند استخدام وسائل التواصل الاجتماعي، كما تسعى تلك الممارسات أيضاً لتغيير سلوك مستخدمي تلك الوسائل ومعتقداتهم وتصوراتهم حول الفوائد المتصورة المرتبطة بنشر محتوهم الحساس والخاص ، ومن أهم التوصيات في هذا الشأن:

- زيادة برامج التوعية الأمنية التي تهدف إلى تشجيع الناس على توخي الحذر من الكشف عن معلوماتهم الخاصة والحساسة عبر جميع منصات وخدمات الإنترنت. فعلى على سبيل المثال ، يمكن أن تولي الحكومة ومزودو خدمة

الهاتف المحمول مزيداً من الاهتمام في اعتماد إرشادات السلامة لاستخدام منصات التواصل الاجتماعي وخدمات واطلاع الأشخاص على الإنترنت كيفية تجنب الوقوع ضحية للجرائم السيبرانية، وقد يشمل ذلك إرسال رسالة نصية قصيرة كل ستة أشهر أو نحو ذلك إلى جميع من يحمل رقم هاتف تذكرهم بمخاطر الانخراط في سلوك النشر الإلكتروني للمحتوى الحساس والخاص، بحيث تتضمن أيضاً رابطاً لصفحة ويب يوفر مزيداً من المعلومات حول الأضرار المحتملة المرتبطة بهذا السلوك، وأنه لا يوجد ضمان مطلق عند استخدام تلك المنصات والخدمات.

- العمل السريع على توعية الناس بأن رغباتهم الشخصية في تحقيق العلاقات الإنسانية بأنواعها المختلفة، والتعبير عن مكنون ذواتهم الداخلية، وتوسيع قاعدة قبولهم وشعبيتهم المجتمعية يمكن تحقيقها وتعزيزها من خلال طرق بديلة أكثر أماناً من القيام بنشر المحتوى الحساس والخاص.
- العمل الحثيث نحو تدريس مجال الأمن السيبراني في المدارس والمعاهد والكليات والجامعات، وإشراك المجتمع المدني في ذلك من خلال عقد الندوات وورش العمل واللقاءات العامة.
- ضرورة تشجيع مستخدمي منصات التواصل الاجتماعي على قراءة سياسات الاستخدام وسياسات الخصوصية الخاصة بتلك المنصات، فالنتيجة التي سبق وأن تطرقنا إليها سابقاً والتي تظهر أن ثلث مستخدمي برنامج الواتساب في سلطنة عمان فقط قرؤوا سياسة الاستخدام وسياسة الخصوصية المتعلقة بالبرنامج، لذلك من الأهمية بمكان القيام ببعض التدخلات التي تهدف إلى تغيير مواقف الناس ومعتقداتهم فيما يتعلق بالفوائد المرتبطة بقراءة مثل هذه السياسات، على سبيل المثال، من خلال توفير برامج التوعية التي تهدف إلى تشجيع الناس على الانتباه إلى أهمية قراءة مثل هذه السياسات حتى تكون لديهم فكرة أكبر حول كيفية استخدام الشركة لمعلوماتهم المنشورة.
- سرعة تبني مزيد من سياسات الحوكمة في مجالات الأمن السيبراني لإدارة أمن ومخاطر المعلومات والفضاء الإلكتروني في سلطنة عمان.

- العمل على ضمان وجود تعاون وثيق بين المشرعين والمتخصصين في العدالة الجنائية لضمان معالجة الصياغة الغامضة في القانون، وتحديث القوانين استجابة للمتغيرات في شكل ونوع الجرائم السيبرانية ونوعها.
- السعي على تفعيل العلاقات المشتركة بين المشرعين والمتخصصين في العدالة الجنائية والأكاديميين والمختصين في الأمن السيبراني من أجل توحيد الجهود في إدارة استراتيجية فعالة وشاملة للتصدي للجرائم الإلكترونية بناء على تقييم رباعي للموقف.
- تكثيف برامج التوعية العامة التي تهدف إلى تحسين ثقة الجمهور في السلطات المختصة عند التعامل مع حالات الابتزاز الإلكتروني.
- ضرورة إعطاء الأولوية لموضوع الأمن السيبراني على مستوى الدولة والمؤسسات عند التخطيط للمستقبل.
- العمل على إبرام مزيد من اتفاقيات التعاون الثنائية والإقليمية بين سلطنة عمان وباقي الدول مما يساعد على تسهيل عملية التحري وتبادل المعلومات مع تلك الدول فيما يتعلق بالجرائم الإلكترونية.
- التنبية على ضرورة انضمام سلطنة عمان إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة الجرائم السيبرانية.
- الاهتمام بالدراسات والبحوث النوعية التي تعنى بالأمن السيبراني مما يساعد على مواجهة التحديات والعقبات التي تواجه الجهات المختصة عند التعامل مع الجرائم السيبرانية المختلفة.
- استحداث استراتيجيات على جميع المستويات الوظيفية والتنظيمية تعنى بتحقيق الاستفادة في جانب الأمن السيبراني لديها.
- زيادة واستمرارية تدريب العاملين بمكافحة الجرائم السيبرانية وتزويدهم بالموارد اللازمة التي يحتاجون إليها للاستجابة بفعالية مع تهديدات الأمن السيبراني.

ثانياً: توصيات للباحثين المهتمين بموضوع الأمن السيبراني:

نظراً لما توصلت إليه نتائج هذا البحث من فاعلية استخدام نظرية السلوك المخطط في تحديد الأسباب المؤدية إلى نشر المحتوى الحساس والخاص في برنامج الواتساب، والتأكيد على أن السلوك الإنساني يبني على عوامل مسبقة تتضمن على سبيل المثال القدرات الشخصية والسمات الديمغرافية والتأثير المجتمعي والنتائج الإيجابية/السلبية المتوقعة من القيام بذلك السلوك. يوصي الباحث بضرورة قيام الباحثين في المستقبل بالآتي:

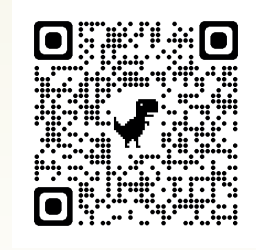
- استخدام هذه النظرية لقياس هذا السلوك على منصات وسائل التواصل الاجتماعي الأخرى بدلاً عن برنامج الواتساب، حيث إن نسبة فاعلية النظرية في قياس هذا السلوك هي نسبة جيدة حسب ما وضع سابقاً، ما يفتح المجال أمام الباحثين في تجريب وقياس هذه النظرية وقياسها على منصات تواصل اجتماعي مختلفة، الأمر الذي سوف يسهم في سد الفجوة العلمية الخاصة بهذا الجانب.
- استحداث عناصر جديدة على نظرية السلوك المخطط (بدلاً عن العناصر الرئيسية الثلاثة المكونة للنظرية) وتجريبها لفهم السلوك الإنساني، حيث إن نجاح هذا البحث في استحداث وتجريب عنصرين جديدين (الخصائص الديمغرافية لمستخدمي برنامج الواتساب وميزات برنامج الواتساب) على النظرية، يعني أن النظرية قابلة للتعديل مما يفتح المجال أمام الباحثين في تجريب عناصر جديدة على النظرية.

ثالثاً: توصيات لشركة ميتا المالكة لبرنامج الواتساب:

نظراً لأن هذا البحث حُصص لموضوع متعلق ببرنامج الواتساب، وحيث إن الشركات دائماً ما تبني تطوير خدماتها ومنتجاتها استناداً إلى نتائج ما يتم في البحوث العلمية، يوصي الباحث على شركة ميتا بالآتي:

- ضرورة تعديل سياسة الخصوصية الخاصة بالبرنامج، بحيث يضمن باب جديد في السياسة يختص بسرد وشرح التهديدات السيبرانية وشرحها التي قد تواجه المستخدم والإجراءات التي يجب اتخاذها عند حدوثها.

- أهمية قيام شركة ميتا بتبسيط دليل سياسة الخصوصية بحيث يسهل على المستخدمين قراءته وفهم عناصره، بدلاً من الحشو الكبير للمعلومات الذي يشتت ذهن القارئ - كما هو الحال في السياسة الحالية- الأمر الذي من شأنه زيادة عدد المستخدمين الذين سوف يقرؤون السياسة وسيتمد أثر ذلك إلى تحقيق مزيد من السلامة السيبرانية للمستخدمين.
- تطوير زر خاص في البرنامج للإبلاغ المباشر عند تعرض خصوصية المستخدم للخطر أو المساس بها، الأمر الذي من شأنه أن يعزز رغبة الناس في الإبلاغ عن مثل هذه الحوادث وتحسين مراقبة الشركة لهذا النشاط، وتعزيز قدرة الشركة والمتخصصين في العدالة الجنائية على العمل معاً للتحقيق في مثل هذا السلوك بفعالية وكفاءة ومقاضاة مرتكبيه.
- للاطلاع على رسالة الدكتوراه بشكل كامل، يرجى مسح الرمز أدناه.





الأدلة الجنائية النووية

إعداد

الرائد/ عبد العزيز بن خلفان البحري

أخصائي الفحوص الكيميائية

بكالوريوس كيمياء تطبيقية - ماجستير سموم جنائية



أصبحت الأدلة الجنائية النووية ذات أهمية متزايدة في المعركة ضد الاتجار غير المشروع بالمواد النووية والإشعاعية التي صنفت ضمن الجرائم العابرة للحدود، فهي تعد جزءاً من نظام الأمن النووي الذي يتكون من ثلاثة عناصر أساسية: المنع والكشف والتصدي. حيث يهدف الأمن النووي إلى منع السرقة أو التخريب أو الوصول غير المصرح به أو النقل غير القانوني، والكشف عن الأعمال الكيدية التي تهدد الأمن النووي، والتصدي لها من خلال خطة عمل واضحة.

علم الأدلة الجنائية النووية أو ما يطلق عليه بعلم التحليل الجنائي النووي هو أحد العلوم الفرعية لعلم الأدلة الجنائية، والذي بدأ الاهتمام به في تسعينيات القرن الماضي استجابة لزيادة الأعمال النووية الخارجة عن التحكم الرقابي، التي تمثل تهديداً أمنياً كبيراً. حيث عرّفت الوكالة الدولية للطاقة الذرية الأدلة الجنائية النووية بأنها تحليل المواد النووية أو المشعة التي اعترضت مادة مرتبطة بها لتقديم دليل مادي لتحديد مصدر المواد النووية أو المشعة المستخدمة استخداماً غير قانوني إذ يستند تعريف الوكالة الدولية للطاقة الذرية إلى أعمال المختبرات الوطنية التابعة لوزارة الطاقة الأمريكية التي تشارك في مكافحة تهريب المواد النووية والإشعاعية. لتبسيط الصورة، تعرف الأدلة الجنائية النووية أو التحليل الجنائي النووي بأنها استخدام التقنية لتحليل المواد النووية أو المواد المشعة لتوصيف المادة، ولتقديم معلومات عن مصدرها، وتاريخ إنتاجها.

الأدلة الجنائية النووية من المجالات سريعة التطور مع وجود زيادة مطردة في عدد المنشورات العلمية في السنوات الاخيرة. أدى إلى تطوير في مختلف المجالات التحليلية، مثل تحاليل العناصر الكيميائية، والنظائر، ودقة تحديد التاريخ العمري والشكل الكيميائي. علاوة على ذلك، فإن تطوير مواد مرجعية جديدة لتركيز خام اليورانيوم وتطبيق تقنيات التحليل الجزئي والاستخدام المتزايد لتقنيات تقييم البيانات مثل التعلم الآلي أو التعلم العميق أضاف الكثير من التقدم في هذا المجال.

يسلّط المقال الضوء على العناصر النووية والإشعاعية المعني بها علم الأدلة الجنائية النووية، وماهية علم الأدلة الجنائية النووية، وأهميته في منع أحداث الأمن النووي، والتحقق الجنائي النووي أثناء وقوع الحدث النووي، والتحديات التي تواجهها الأدلة الجنائية في الوقت الراهن.

العناصر النووية والاشعاعية:

العناصر المشعة قد تكون طبيعية أو بشرية المنشأ، وهي موجودة في جميع أنحاء الغلاف الأرضي ويهيمن على المواد المشعة التي تنشأ طبيعياً أعضاء من سلاسل اضمحلال اليورانيوم والثوريوم، بما في ذلك الراديوم والرادون. أما المواد المشعة الناتجة من الأعمال البشرية مثل تعدين وطحن خام اليورانيوم وحرق الفحم ومعالجة المياه فتحتوي على عناصر مثل البلوتونيوم (Pu)، النبتونيوم (Np)، أميريسيوم (Am) أو منتجات الانشطار مثل ^{99}Tc ، ^{137}C . إن العناصر المشعة المبينة باللون الأصفر في الجدول الدوري الشكل (رقم ١) هي عناصر غير مستقرة كيميائياً نتيجة عدم توازن النيوترونات أو البروتونات في نواتها. أي إن الطاقة المحيطة بنواتها غير متوازنة، عدم استقرار هذه العناصر ينتج عنها انبعاثات إشعاعية مثل جسيمات ألفا وجزئيات بيتا وأشعة جاما. الجدير بالذكر، أن معظم العناصر الكيميائية الطبيعية توجد بصورتين مختلفتين يطلق عليها بالنظائر منها مستقر - لها عدد البروتونات والنيوترونات والإلكترونات نفسه - ومنها غير مستقر - لها عدد البروتونات والإلكترونات نفسه، ولكن تختلف في عدد النيوترونات -، وهي التي تنبعث منها الإشعاعات، لذلك يطلق عليها أيضاً بالنظائر المشعة. علماً أن هناك نحو ألف عنصر مشع معروف منها خمسون عنصر طبيعياً فقد، بينما يُنتج الباقي صناعياً بصفاتها منتجات مباشرة للتفاعلات النووية أو غير مباشرة كأسلاف مشعة لهذه المنتجات.

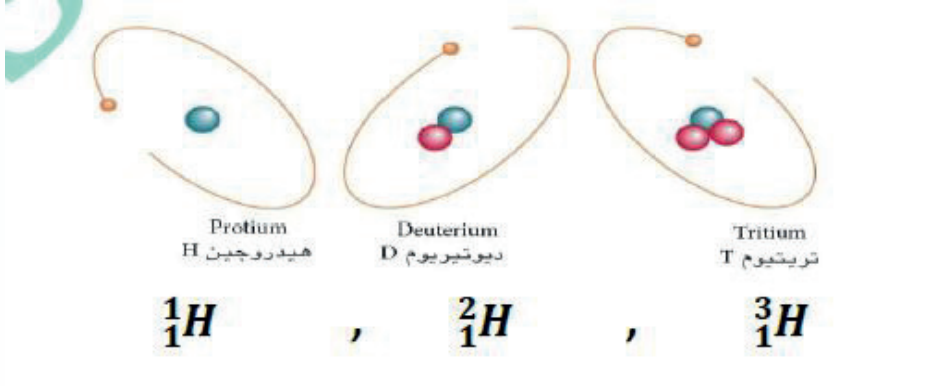
BYJU'S
The Learning App

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
1 H Hydrogen																	2 He Helium
3 Li Lithium	4 Be Beryllium											5 B Boron	6 C Carbon	7 N Nitrogen	8 O Oxygen	9 F Fluorine	10 Ne Neon
11 Na Sodium	12 Mg Magnesium											13 Al Aluminum	14 Si Silicon	15 P Phosphorus	16 S Sulfur	17 Cl Chlorine	18 Ar Argon
19 K Potassium	20 Ca Calcium	21 Sc Scandium	22 Ti Titanium	23 V Vanadium	24 Cr Chromium	25 Mn Manganese	26 Fe Iron	27 Co Cobalt	28 Ni Nickel	29 Cu Copper	30 Zn Zinc	31 Ga Gallium	32 Ge Germanium	33 As Arsenic	34 Se Selenium	35 Br Bromine	36 Kr Krypton
37 Rb Rubidium	38 Sr Strontium	39 Y Yttrium	40 Zr Zirconium	41 Nb Niobium	42 Mo Molybdenum	43 Tc Technetium	44 Ru Ruthenium	45 Rh Rhodium	46 Pd Palladium	47 Ag Silver	48 Cd Cadmium	49 In Indium	50 Sn Tin	51 Sb Antimony	52 Te Tellurium	53 I Iodine	54 Xe Xenon
55 Cs Cesium	56 Ba Barium	57 La Lanthanum	72 Hf Hafnium	73 Ta Tantalum	74 W Tungsten	75 Re Rhenium	76 Os Osmium	77 Ir Iridium	78 Pt Platinum	79 Au Gold	80 Hg Mercury	81 Tl Thallium	82 Pb Lead	83 Bi Bismuth	84 Po Polonium	85 At Astatine	86 Rn Radon
87 Fr Francium	88 Ra Radium	89 Ac Actinium	104 Rf Rutherfordium	105 Db Dubnium	106 Sg Seaborgium	107 Bh Bohrium	108 Hs Hassium	109 Mt Meitnerium	110 Ds Darmstadtium	111 Rg Roentgenium	112 Cn Copernicium	113 Nh Nihonium	114 Fl Flerovium	115 Mc Moscovium	116 Lv Livermorium	117 Ts Tennessine	118 Og Oganesson
58 Ce Cerium	59 Pr Praseodymium	60 Nd Neodymium	61 Pm Promethium	62 Sm Samarium	63 Eu Europium	64 Gd Gadolinium	65 Tb Terbium	66 Dy Dysprosium	67 Ho Holmium	68 Er Erbium	69 Tm Thulium	70 Yb Ytterbium	71 Lu Lutetium				
90 Th Thorium	91 Pa Protactinium	92 U Uranium	93 Np Neptunium	94 Pu Plutonium	95 Am Americium	96 Cm Curium	97 Bk Berkelium	98 Cf Californium	99 Es Einsteinium	100 Fm Fermium	101 Md Mendelevium	102 No Nobelium	103 Lr Lawrencium				

- Radioactive element

الشكل ١ العناصر المظللة باللون الأصفر تبين العناصر المشعة في الجدول الدوري

الشكل (رقم ٢) يوضح وجود ذرة الهيدروجين بثلاث نظائر مختلفة في الطبيعة ذات ثلاث كتل مختلفة (^1H , ^2H , ^3H) نتيجة اختلاف عدد النيوترونات فيها. فقط هيدروجين ٣ (Tritium) يعدّ هو العنصر المشع.



الشكل ٢: نظائر عنصر الهيدروجين.

النظائر المشعة لها العديد من التطبيقات المفيدة. ففي الطب-على سبيل المثال- يستخدم الكوبالت ٦٠ على نطاق واسع بصفته مصدر إشعاع لوقف تطور السرطان كما أثبت اليود ١٣١ فاعليته في علاج فرط نشاط الغدة الدرقية، والكربون ١٤ أثبت فاعليته في اختبار التنفس للكشف عن البكتيريا المسببة للقرحة. وفي الصناعة، تُستخدم النظائر المشعة لقياس سماكة الصفائح المعدنية أو البلاستيكية؛ يشار إلى سمكها الدقيق من خلال قوة الإشعاعات التي تخترق المادة التي تُفحص. يمكن أيضاً استخدامها بدلاً من أجهزة الأشعة السينية كبيرة الحجم لفحص الأجزاء المعدنية المصنعة بحثاً عن العيوب الهيكلية. وتشمل التطبيقات المهمة الأخرى استخدام النظائر المشعة بصفتها مصادر مضغوطة للطاقة الكهربائية - مثل البلوتونيوم ٢٣٨ في المركبات الفضائية.

أما في حسابات الإرهاب النووي فإن تصنيف المواد الإشعاعية والنوية محمول على إمكانية استخدامها هذه المواد في أي عمل عدائي مثل «المواد النووية الخاصة» التي يمكن استخدامها لإنتاج سلاح نووي، بما في ذلك اليورانيوم ^{235}U ، والبلوتونيوم. حيث تعد المواد النووية الخاصة أهدافاً جاذبة للدول والمنظمات الإرهابية التي لديها

العزم على تطوير سلاح نووي؛ لأن حيازة كميات كافية من هذه المواد يلغي ضرورة تطوير التكنولوجيا المتقدمة اللازمة لتخصيب النظائر من اليورانيوم أو فصل البلوتونيوم. وتصنف بصفتها مواد «وقود المفاعل» التي لها فاعلية إشعاعية مرتفعة يمكن استخدامها في التشتت الإشعاعي. كما تصنف ضمن «المصادر المشعة» تلك التي تبعث عند تحللها فإن إشعاعات ألفا، أو بيتا، أو جاما. علاوة على أن المصادر المشعة تستخدم في التطبيقات الطبية والصناعية والزراعية والبحثية. فإن النشاط الإشعاعي الكبير التي تصدره يجعلها مكونات مناسبة تماما لإنتاج أجهزة التشتت الإشعاعي. ويطلق على المواد المشعة الخارجة عن الاستخدام اسم «بالمصادر اليتيمة» وهي المصادر المشعة التي جرى التخلي عنها، أو يجري تجاهلها وإهمالها، من صاحبها الشرعي، فتصبح خارج أي ضوابط إدارية رسمية، والتي يمكن بسهولة استخدامها لأغراض مدمرة أو ضارة. وفي كثير من الأحيان، وبسبب عدم وجود الضوابط الخاصة بالمساءلة عن هذه المصادر وإحصائها، والتكلفة التي ينطوي عليها التخلص الآمن من هذه المصادر الذي يشمل أمانها وأمنها، تصبح هذه المصادر اليتيمة جزءا من النفايات الناتجة من المنشأة والتي تنتهي في مكب النفايات التقليدي دون أن يكتشفها أحد.

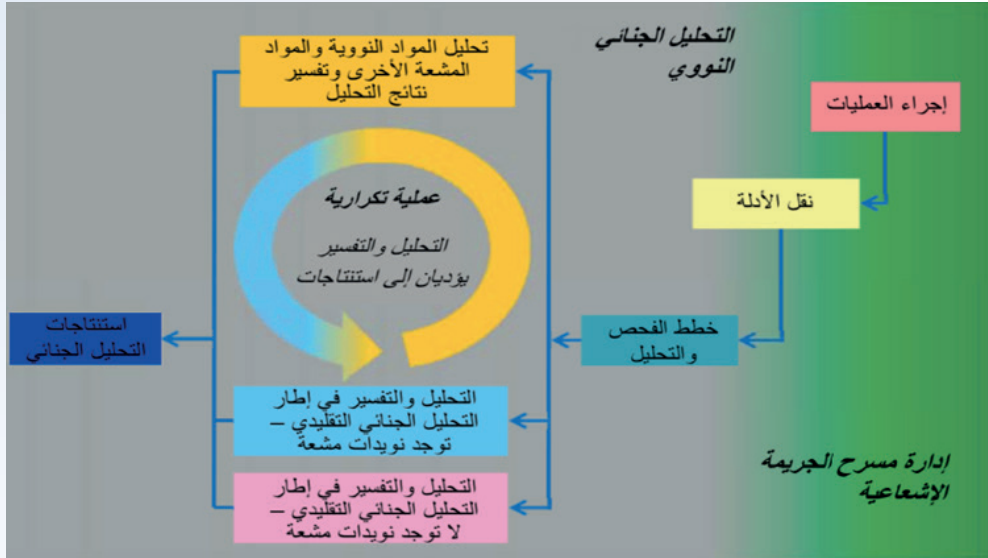
دور الأدلة الجنائية في الأمن النووي والإشعاعي:

السرقعة والإتجار غير المشروع بالمواد النووية والمصادر المشعة للاستخدامات الكيدية تشكل قلقاً ذا أولوية عالية للأمن النووي محلياً ودولياً، حيث يوجد في سجلات وزارة الطاقة الأمريكية حوادث سرقعة للمواد الإشعاعية مسجلة منذ عام ١٩٦٦ م. وبحسب قاعدة بيانات الوكالة الدولية للطاقة الذرية، كان هناك أكثر من ٢٤٧٧ حادثة تهريب غير مشروع للمواد النووية والمشعة بين عامي ١٩٩٣ و٢٠١٣ والتي تعد تهديداً خطيراً للأمن النووي الدولي منها ١٦ حادثة تتعلق بحيازة غير مصرح بها لليورانيوم عالي التخصيب (HEU) والبلوتونيوم (Pu). ونتيجة زيادة الاتجار غير المشروع بالمواد النووية والإشعاعية استحدثت في منتصف التسعينيات من القرن الماضي علم الأدلة الجنائية النووية والذي يعد القدرة الرئيسية التي تستخدم في التوقعات الملازمة للمواد النووية والمشعة من خلال المعلومات التي يقدمها حول أحداث ما قبل التفجير وما بعده. كما يطرح علم الأدلة الجنائية

النوعية الأسئلة الآتية: كيف ومتى وأين صنعت المواد؟ وماذا كانت الاستخدامات المقصودة؟ علاوة على ذلك، فإن الأدلة الجنائية النووية تعد دليلاً علمياً صالحاً لتقديمه أمام المحكمة، الأمر الذي يردع الاتجار غير المشروع بالمواد النووية. حيث إن المعلومات التي تقدمها الأدلة الجنائية النووية يمكن أن تستخدم لتقييم أحداث الأمن النووي وتساعد على منعها؛ لذا، فإن دور علم الأدلة الجنائية النووية حيوي في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمواد النووية والمشعة واستخداماتها الخبيثة. لا يقتصر دور الأدلة الجنائية النووية في الأعمال غير المشروعة، فقط وإنما تؤدي دوراً حيوياً في التدبير الوقائي الذي يساعد على منع وقوع حوادث الأمن النووي من خلال الاستفادة من تحقيقات أحداث الأمن النووي، على سبيل المثال، إثبات أو استنباط الأدلة الجنائية النووية أن مادة ما كانت قد سُحبت من مرفق أو موقع كانا يعدّان آمينين. هذا الاستنباط يساعد على تحديد أوجه القصور في نظام الأمن النووي. كما أن امتلاك الدولة قدرات التحليل الجنائي النووي يمكن أن يشكل رادعاً للأفراد أو الجماعات ممن قد يعتزمون تسريب المواد النووية أو المواد المشعة الأخرى أو الاتجار غير المشروع بها. علاوة على ذلك، يتحتم على الدول التي تسعى إلى توظيف الطاقة النووية للأغراض السلمية كالكهرباء، والطب، والزراعة أن يكون لها نظام أمني نووي متين لمنع الحوادث العرضية أو التخريبية.

يأتي دور الأدلة الجنائية النووية ضمن خطة وطنية للتصدي لأحداث الأمن النووي من أجل توفير ما يلزم للتصدي المناسب والمنسق. الشكل (رقم ٣) يوضح خطة العمل النموذجية للتحليل الجنائي النووي لدعم عملية التحقيق في حدث الأمن النووي. يشير تظليل الخلفية في الشكل إلى آلية انتقال العمل من إدارة مسرح الجريمة الإشعاعية إلى التحليل الجنائي النووي. فخطة العمل يجب أن يتبعها فريق الأدلة الجنائية النووية التي في الغالب تسند إليه مجموعة من الأعمال مثل: الاستجابة للحوادث والتحليل في الموقع، وجمع الأدلة الجنائية الإشعاعية، وجمع الأدلة الجنائية التقليدية، والمسح النهائي وإخلاء مسرح الحادث، ونقل الأدلة، وتحليل المواد المشعة، والتحديد الكامل للمنشأة - والتي هي في الظاهر لا تختلف عن الأعمال التي يقوم بها فريق مسرح الجريمة التقليدي.

ولكن من حيث جوهر العمل فإن الأدلة الجنائية النووية تتعامل مع المواد المتأصلة بالمادة لمعرفة ماهيتها، بينما الأدلة الجنائية التقليدية تتعامل مع الأدلة الملتصقة بالمادة النووية كبصمات الأصابع، والحمض النووي لربط أصحاب العلاقة بالإضافة إلى الأدلة الرقمية كالأجهزة المحمولة، والرسائل الصوتية.^{(1) (2)}



الشكل ٣: خطة العمل النموذجية لتحليل الجنائي النووي

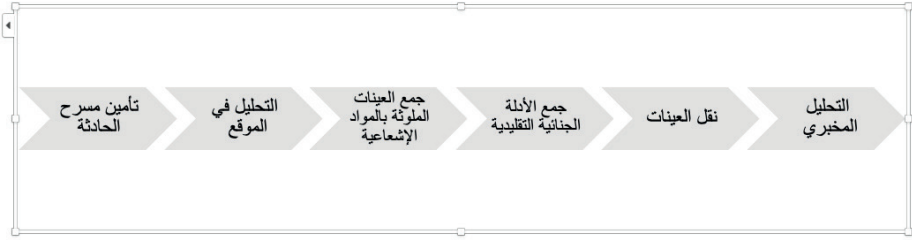
آلية العمل النموذجية أثناء الحوادث النووية

مجموعة العمل الفنية الدولية المعنية بتهريب المواد النووية* (ITWG) وضعت خطة عمل نموذجية للاسترشاد بها عند وضع خطة واستجابة وطنية للحوادث النووية، والتي توحد في مجملها الجهود الوطنية أثناء التعامل مع الحادث النووي. وتتلخص الخطة الشكل (رقم ٤) في تأمين مسرح الحادثة الذي يقلل من أي مخاطر إشعاعية مرتبطة بموقع الحادث، ومراقبة المواد النووية، والحفاظ على كل من الأدلة الجنائية النووية

(1) Mayer, K., Wallenius, M., Lützenkirchen, K., Galy, J., Varga, Z., Erdmann, N., Buda, R., Kratz, J.V., Trautmann, N. and Fifield, K., 2011, September. Nuclear forensics: A methodology applicable to nuclear security and to non-proliferation. In Journal of Physics: Conference Series (Vol. 312, No. 6, p. 062003). IOP Publishing.

(2) Ghimire, L. and Waller, E., 2022. The Role of Nuclear Forensics for Determining the Origin of Nuclear Materials Out of Regulatory Control and Nuclear Security. International Journal of Nuclear Security, 7(1), p.10.

والتقليدية المرتبطة بها. يتبعه التحليل في الموقع للتأكد من ماهية المادة - متفجرة، إشعاعية، أو بيولوجية - لتحديد نوع التعامل الأمثل مع المواد وذلك باستخدام مجموعة من الأجهزة المتنقلة مثل الأشعة السينية. كما فصلت الخطة النموذجية آلية جمع العينات الملوثة بالمواد النووية، وكيفية فصلها عن العينات التقليدية الخاصة بالفحص الجنائي المعتاد، بالإضافة إلى النقل الآمن للعينات، ومواصفات المختبر الجنائي النووي⁽¹⁾.



الشكل ٤: مسار خطة العمل أثناء الاستجابة الوطنية للحوادث النووية

تحديات الأدلة الجنائية النووية

تواجه الأدلة الجنائية النووية مجموعة من التحديات في الوقت الراهن أهمها التكاليف المالية الكبيرة للمعدات وتجهيزات المختبرات، ومحدودية المتخصصين الذين لديهم خبرة في العمل مع المواد النووية المحظورة والأدلة المرتبطة بها، وكثير من الدول بدأت بتأهيل العاملين بالأدلة الجنائية التقليدية، كون العمل في الأدلة الجنائية النووية غير روتيني في غالب الأحيان، أو عقد شراكات مع مختبرات وطنية أو دولية متخصصة. بالإضافة إلى أن كثيراً من الدول تنقصها الاعتبارات القانونية والتنظيمية التي يجب أن يتوافق التحليل الجنائي النووي مع هذه الأطر القانونية والتنظيمية التي تحكم حيازة المواد النووية ونقلها وتحليلها. كما أن التعاون الدولي في الجانب النووي محدود جداً ويعتمد على العلاقات السياسية والسياسات بين الدول⁽²⁾.

(1) Garrett, B.C., Mayer, K., Thompson, P., Pong, B. and Lasou, G., 2013, July. The Nuclear Forensics International Technical Working Group (ITWG): An Overview. In IAEA international conference on nuclear security. Vienna, Austria (pp. 1-5).

(2) Dudder, G.B., Niemeyer, S., Smith, D.K. and Kristo, M.J., 2004. Model Action Plan for Nuclear

أصبح للتحليل الجنائي النووي وتحديد المصدر النووي أهمية متزايدة في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمواد النووية والإشعاعية. وبالنظر إلى الاستخدام الواسع الانتشار والمهم للمواد النووية والمواد المشعة، ينبغي لجميع الدول أن تدرك دور التحليل الجنائي النووي في دعم الأمن النووي. فالتحليل الجنائي النووي، باستخدام القدرات التي تحتفظ بها الدولة، يساعد على إجراء التحقيقات في أحداث الأمن النووي وأن يساعد كذلك على تحديد ومعالجة نقاط الضعف في البنية التحتية للأمن النووي للدولة حيث يتسم وجود قدرات التحليل الجنائي النووي في التدبير الوقائي بالفاعلية لأنه يدعم تحديد أوجه القصور في أمن المواد كما يدعم الملاحقة القضائية للجرائم الجنائية المتعلقة بهذه المواد.

- 1- الوكالة الدولية للطاقة الذرية. سلسلة الأمن النووي: التحليل الجنائي النووي لدعم التحقيقات. ٢٠٢٢ م. <https://www.iaea.org/ar/publications/14959/lstdll-ljnyy-lnwwy-ldm-lthqyqt>
- 2- Berg, G.E., Michanek, A.M., Holmberg, E.C. and Fink, M., 1996. Iodine-131 treatment of hyperthyroidism: significance of effective half-life measurements. The Journal of Nuclear Medicine, 37(2), p.228.
- 3- Dudder, G.B., Niemeyer, S., Smith, D.K. and Kristo, M.J., 2004. Model Action Plan for Nuclear Forensics and Nuclear Attribution (No. UCRL-TR-202675). Lawrence Livermore National Lab.(LLNL), Livermore, CA (United States). P6.
- 4- Fedchenko, V., 2014. The role of nuclear forensics in nuclear security. Strategic Analysis, 38(2), pp.230247-.
- 5- Garrett, B.C., Mayer, K., Thompson, P., Pong, B. and Lasou, G., 2013, July. The Nuclear Forensics International Technical Working Group (ITWG): An Overview. In IAEA international conference on nuclear security. Vienna, Austria (pp. 15-).
- 6- Ghimire, L. and Waller, E., 2022. The Role of Nuclear Forensics for Determining the Origin of Nuclear Materials Out of Regulatory Control and Nuclear Security. International Journal of Nuclear Security, 7(1), p.10.
- 7- Holland, H.D. and Turekian, K.K., 2003. Treatise on geochemistry: 11.6 Trends and perspectives in Nuclear Forensic Science, P 191256-
- 8- Jayarajan, K., Kar, D.C., Sahu, R., Radke, M.G. and Singh, M., 2005.

- BARC develops cobalt-60 teletherapy machine for cancer treatment. BARC Newsletter February, pp.1014-.
- 9- Keegan, E., Kristo, M.J., Toole, K., Kips, R. and Young, E., 2016. Nuclear forensics: scientific analysis supporting law enforcement and nuclear security investigations.
 - 10- Mayer, K., Wallenius, M., Lützenkirchen, K., Galy, J., Varga, Z., Erdmann, N., Buda, R., Kratz, J.V., Trautmann, N. and Fifield, K., 2011, September. Nuclear forensics: A methodology applicable to nuclear security and to non-proliferation. In Journal of Physics: Conference Series (Vol. 312, No. 6, p. 062003). IOP Publishing.
 - 11- Mayer, K., Wallenius, M., Lützenkirchen, K., Galy, J., Varga, Z., Erdmann, N., Buda, R., Kratz, J.V., Trautmann, N. and Fifield, K., 2011, September. Nuclear forensics: A methodology applicable to nuclear security and to non-proliferation. In Journal of Physics: Conference Series (Vol. 312, No. 6, p. 062003). IOP Publishing. P1319-
 - 12- Meurer, L.N. and Bower, D.J., 2002. Management of Helicobacter pylori infection. American family physician, 65(7), p.1327.
 - 13- Nuclear and radiation accidents and incidents https://en.wikipedia.org/wiki/Nuclear_and_radiation_accidents_and_incidents, 252023/4/
 - 14- Pant, H.J., Bhardwaj, Y.K., Kumar, U. and Pujari, P.K., 2022. Applications of radioisotopes and radiation technology in industry: current status and prospects. CURRENT SCIENCE, 123(3), p.377.
 - 15- What is Radioactive Decay? Elements, Types, & Examples. <https://study.com/learn/lesson/radioactive-decay-types-examples-what-are-radioactive-elements.html#:~:text=The%20four%20common%20>

radioactive%20elements,Radium%2C%20Polonium%2C%20and%20Thorium, 252023/4/.

- 16- Worsfold, P., Townshend, A., Poole, C.F. and Miró, M., 2019. Encyclopedia of analytical science. Elsevier.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2412-8317
Refereed no. sixteen

Al amana

Semi- annual refereed scientific journal issued by Studies and
Researches Center at the Sultan Qaboos Academy for Police Sciences

Studies and Researches

- Criminal responsibility for the transmission of acquired immunodeficiency syndrome in the Omani Penal Code
- The limits of the administration discretion in making decisions that restrict rights and freedoms
- Partnership between the public and private sectors in Omani law - a comparative study

Articles

- Cybersecurity in social media - Ph.D. Thesis
- Nuclear Criminal Evidence