



جامعة الزيتونة الأردنية  
Al-Zaytoonah University of Jordan



مجلة جامعة الزيتونة الأردنية  
Al-Zaytoonah University of Jordan Journal  
لدراسات القانونية  
for LEGAL STUDIES  
.ZUJLS



# مجلة جامعة الزيتونة الأردنية لدراسات القانونية

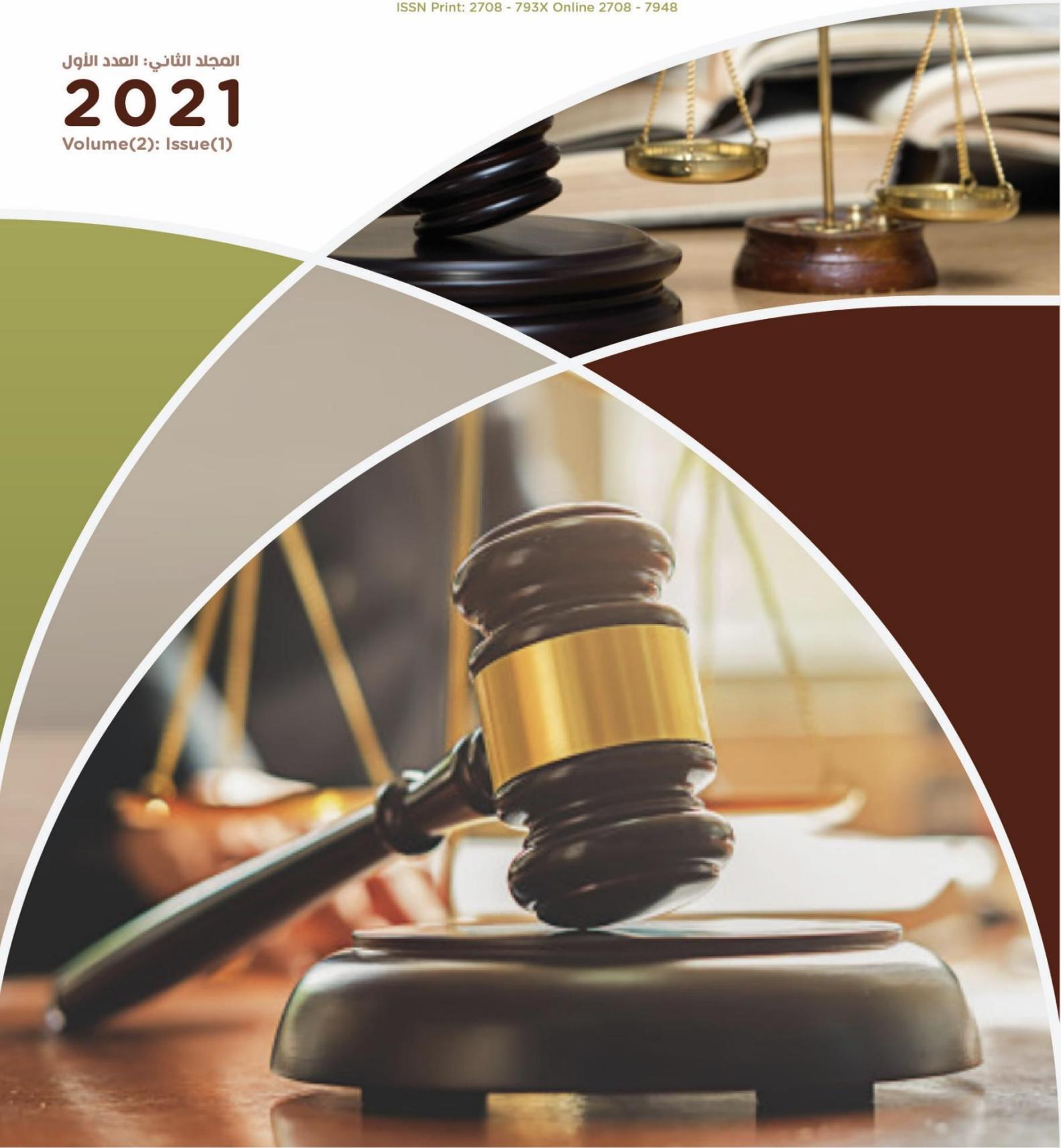
Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

ISSN Print: 2708 - 793X Online 2708 - 7948

المجلد الثاني: العدد الأول

# 2021

Volume(2): Issue(1)





# مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية

Journal for Legal Studies Al-Zaytoonah University of Jordan

ISSN Print: 2704-793X Online: 2708-7948

المجلد الثاني: العدد الاول

Volume (2): Issue (1)

## هيئة التحرير

د. سارة محمود العراسي  
رئيس هيئة التحرير

د. علي عوض الجبرة  
مساعد رئيس هيئة التحرير

## اعضاء هيئة التحرير

أ. د. ياسين محمد الجبوري  
د. منير محمد العفيشات  
د. محمد حسين المجالي  
د. محمد فهمي الغزوي  
د. سكينة محمد القطاونه

د. محمد خليل ابو بكر  
د. هشام حامد الكساسبة

## التدقيق اللغوي

د. علاء الدين زكي موسى  
( اللغة العربية )

د. بلال محمد عياصرة  
( اللغة الانجليزية )

## سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

آذار 2021

## تعليمات النشر

- على الباحث (الباحثين) إرسال نسخة إلكترونية من البحث/المخطوط بصيغة (Word) إلى البريد الإلكتروني الخاص بمجلة جامعة الزيتونة للدراسات القانونية (zujjls@zuj.edu.jo).
- على الباحث (الباحثين) إرسال نسخة إلكترونية تتضمن طلباً لنشر البحث في المجلة؛ وذلك بتعبئة النموذج المعتمد لهذا الغرض على موقع المجلة وفق معايير متطلبات البحث العلمي التابع لعمادة البحث العلمي في جامعة الزيتونة الأردنية.
- يجب أن تضم صفحة العنوان: عنوان البحث واسم الباحث /أسماء الباحثين من أربعة مقاطع مع ذكر درجاتهم العلمية، كما تضم اسم المؤسسة التي يعمل بها الباحث/الباحثين، والبريد الإلكتروني الخاص به/بهم، واسم الدولة، بالإضافة إلى ذكر اسم الباحث الرئيس في حال تعدد أسماء الباحثين للبحث الواحد.
- على الباحث (الباحثين) تسليم ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بالإنجليزية، على ألا يتجاوز عدد كلماته عن 200 كلمة. وتتضمن الملخصات عنوان الدراسة، أولاً ثم الملخص، والذي يجب أن يتضمن الأهداف والمنهجية وأهم نتائج الدراسة. يلي الملخص الكلمات المفتاحية للبحث.
- ينبغي ألا تتجاوز عدد كلمات البحث عن (8000) كلمة، شاملة الملخصين، والمصادر والمراجع، والملاحق - إن وجدت -.
- عدم كتابة اسم الباحث أو الإشارة إليه في متن البحث؛ حفاظاً على سرية التحكيم وموضوعيته.
- على الباحث مراعاة الأصول العلمية لكتابة البحث العلمي الرصين، من حيث صحة اللغة ومراعاة علامات الترقيم. ومن حيث هيكلية البحث العلمي القائم على الالتزام بالتعليمات الواردة في بنود (تعليمات التنسيق والتقسيم والتوثيق وكيفية كتابة المصادر والمراجع) الخاصة بالمجلة.
- على الباحث (الباحثين) تسليم المجلة إقراراً خطياً ينص على عدم إرسال البحث أو نشره في كتاب أو مجلة تابعة لمؤسسة علمية أخرى.
- يتعين على الباحث بعد قبول البحث للنشر تعبئة نموذج انتقال حقوق الملكية وإرساله إلى عمادة البحث العلمي في جامعة الزيتونة الأردنية.
- على الباحث دفع النفقات المالية المترتبة على إجراء التحكيم في حال طلب سحب البحث، وعدم استكمال متابعة إجراءات التحكيم.
- يمكن للباحث الحصول على نسخ إلكترونية من بحثه من موقع المجلة.
- في حال توقفت المجلة عن النشر - لأي سبب كان - يبقى الموقع الخاص بها متاحاً لأي باحث، إذ يستطيع من خلاله الدخول إلى أرشيف المجلة.
- أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد؛ سواء نشرت أم لم تنشر.
- قد تلجأ هيئة تحرير مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلى سحب البحث/المخطوط إذا وجدت فيه دليلاً قاطعاً على الانتحال أو السرقة، أو ثبت فيه وجود معلومات مُضَلَّلة غير موثوق بها بهدف الإساءة أو ما شابهه، أو اكتشاف لاحق لأي سلوك غير أخلاقي في البحث، أو نشر بحث هو في الأصل منشور، ويتكلف الباحث أجور تحكيمه، ولا يسمح له بالتقدم للنشر في المجلة ثانيةً.
- لا يجوز نشر البحث أو أجزاء منه في مكان آخر بعد إقرار نشره في مجلة الزيتونة للدراسات القانونية إلا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير

## فهرس الابحاث

الترقيم	الباحث/الباحثون	عنوان البحث	الصفحة
1	نادر محمد أحمد القضاة	صور استثمار أموال الوقف وحكمها في الشريعة الإسلامية Images of Investing Endowment Funds and their Rule in Islamic Law	5
2	محمد يحيى المحاسنة	مدى الاستغناء بالباشرة والتسبب في الفعل الضار عن علاقة السببية The Extent of Dispensing with Direct and Causing the Harmful Act by a Causal Relationship	31
3	إيمان زهير عباس، نبيل زيد مقابلة	نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني Scope of Civil Protection for Electronic Consumers in the Jordanian Law	45
4	محمد شفيق يوسف فريحات	حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة The Arbitration Carried out by Modern Technological Devices	63
5	عثمان إبراهيم محمود بني طه	التنظيم القانوني لشركات الاستعلام الائتماني وفقاً لقانون المعلومات الائتمانية الأردني رقم 15 لسنة 2010 "دراسة مقارنة" Legal Regulation of Credit Reporting Companies According to the Jordanian Credit Information Law No. 15 of 2010- A Comparative Study	78
6	عبدالحكيم محسن عطروش	أثر وسائل الاتصال الحديثة في الحكم على موت المفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني The Impact of Modern Communication Means on the Judgment of the Death of Missing in the Jordanian Personal Status Law	99
7	مريم أحمد غالب الخطيب	شهادة المرأة على عقد الزواج "دراسة فقهية قانونية مقارنة" Woman's testimony on the marriage contract: A comparative jurisprudential legal study	125
8	صهيب أحمد عيد المناصير	أثر وسائل الاتصال الحديثة على التصرفات القانونية للإدارة في المملكة الأردنية الهاشمية The Effect of Modern Means of Communication on the Legal Transactions of the Administration in the Hashemite Kingdom of Jordan	147

- التصويت الإلكتروني بصفته ضماناً لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية  
"دراسة مقارنة مع الإشارة لحالتي مصر والأردن"
- 168 **Electronic Voting as a Guarantee to Achieve the Integrity of the Electoral Process: A Comparative Study with Reference to the Cases of Egypt and Jordan** عمر عبد الحفيظ أحمد عمر 9
- القاضي الإداري الفلسطيني وقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية  
"دراسة تحليلية"
- 200 **The Palestinian Judge and Decisions of the Non-Governmental Higher Education Institutions "Analytical Study"** أشرف عزمي صيام، ريناد حسين بركات 10

## صور استثمار أموال الوقف وحكمها في الشريعة الإسلامية

### Images of Investing Endowment Funds and their Rule in Islamic Law

نادر محمد أحمد القضاة\*

#### الملخص

هدفت الدراسة إلى بيان الأحكام والضوابط الشرعية المتعلقة بصور استثمار أموال الوقف حيث قام الباحث، بجمع كل ما يتعلق بمجالات الدراسة، ودراستها، وتحليلها، وبيان الأحكام الشرعية المتعلقة باستثمار الوقف وضوابطه مؤيدا ذلك بالأدلة الشرعية، وبيان أقوال الفقهاء، مع ما يتطلبه البحث من شرح وتفصيل. وتوصلت الدراسة إلى جواز الاستثمار ببعض الصور وتنميتها ضمن ضوابط شرعية محددة، وبينت الدراسة مجالات نستطيع بواسطتها الاستثمار بأموال الوقف ومجالات منهي عن الاستثمار بها، لأنها تتعارض والأحكام والضوابط الشرعية المتعلقة بأموال الوقف وحثت الدراسة أصحاب الأموال إلى وقف جزء من أموالهم لوجوه الخير لاستثمارها وتنميتها لتعود بالفائدة على الفقراء والمحتاجين. ولتحقيق أهداف الدراسة تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على دراسة مسائل البحث وتحليلها ومن ثم استخراج الأحكام والنتائج منها.

**الكلمات الدالة:** الوقف، الاستثمار، الاقتصاد الإسلامي.

#### Abstract

The study aimed to clarify the legal rulings and restrictions related of the endowment investment, where the researcher collected everything related to the fields of study, studied them, analyzed them, and explained the legal rulings related to the investment of the endowment and its restrictions supported by legal evidence, the jurists' opinions thereon, together with a detailed explanatory account thereof. The study showed the permissibility of investing in some forms of the endowment funds and developing them within specific legal restrictions. The study also showed areas in which we can invest in the endowment funds and others that are forbidden to invest in them, because they run counter to the legal provisions and restrictions related to the endowment funds. The study urged the wealthy people to allocate part of their money for charitable purposes to be invested and developed in order to support the poor and needy. To achieve the objectives of the study, the descriptive and analytical approach was used, which is based on studying and analyzing research issues, and then extracting judgments and results therefrom.

**Keywords:** Endowment, Investment, Islamic Economy.

## المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد أكدت الشريعة الإسلامية على مقصد حفظ المال وتنميته، وذلك للمساعدة بالقضاء على مشكلتي الفقر والبطالة، ومن هنا جاء موضوع الدراسة المتعلق بالاستثمار بأموال الوقف، التي على متولي الوقف ابتكار صور جديدة لتنمية هذا المال، فجاءت هذه الدراسة لتضع لبنة ولو كانت صغيرة، في بيان صور الاستثمار بأموال الوقف، مع الأخذ بالأحكام والضوابط الشرعية التي تحكم هذه الصور.

## مشكلة الدراسة وأسئلتها:

تتلخص مشكلة الدراسة، في بيان الأحكام والضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار صور أموال الوقف، وبيان صور استثمار أموال الوقف الشرعية، وبيان مجالات الاستثمار المنهي عنها ضمن الضوابط الشرعية، وبيان مرونة الأحكام الشرعية والأقوال الفقهية مدار البحث، ومن خلال ما سبق يمكن تحديد مشكلة الدراسة عبر الإجابة عن السؤال الرئيس الآتي:

### ما هي الأحكام والضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار أموال الوقف؟

وتتفرع عن هذا السؤال عدة أسئلة:

- (1) ما مفهوم الوقف والاستثمار؟
- (2) ما آراء الفقهاء بالاستثمار بالوقف؟
- (3) ما هي صور الاستثمار بأموال الوقف؟
- (4) ما الأحكام الشرعية المتعلقة بصور استثمار أموال الوقف؟
- (5) ما الضوابط الشرعية المتعلقة بصور استثمار أموال الوقف؟

## أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة من كونها تسلط الضوء على جانب مهم من جوانب الوقف، وهو استثمار أموال الوقف ضمن الأحكام والضوابط الشرعية، وبالتالي فإن من المتوقع أن تحيب الدراسة على هذا الجانب، بالإضافة إلى بيان اختلاف الفقهاء في ذلك، وبيان صور الاستثمار الشرعية التي تحقق الهدف والغاية منه، وتنميتها ومساعدة الفقراء والمحتاجين من خلالها.

## أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان الأحكام والضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار الوقف، وذلك من خلال الأمور التالية:

(1) بيان مفهوم الوقف والاستثمار .

(2) بيان آراء الفقهاء بصور الاستثمار بأموال الوقف.

(3) بيان الأحكام الشرعية المتعلقة بصور الاستثمار بأموال الوقف.

(4) بيان الضوابط الشرعية المتعلقة بصور الاستثمار بأموال الوقف.

## منهج الدراسة:

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على استقراء النصوص الشرعية المتعلقة بموضوع الدراسة، ومن ثم تحليلها بهدف التوصل إلى مجموعة الأحكام والضوابط الشرعية مدار الدراسة.

## الدراسات السابقة:

بعد البحث عن الدراسات المتعلقة بموضوع الدراسة، وجدت الكثير من الدراسات والمقالات التي تتحدث عن هذا الموضوع، ولكن بصورة متناثرة هنا وهناك فأردت من دراستي، هو جمع هذه الدراسات في دراسة واحدة لعلني أوفق فيها بإذن الله تعالى، هناك بعض الدراسات التي تتقاطع ودراستي هذه ومنها:

- دراسة الصقية، أحمد بن عبدالعزيز، بعنوان (استثمار الوقف: دراسة فقهية تطبيقية ) وهو عبارة عن رسالة دكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، عام 1434هـ، حيث قسم الباحث رسالته إلى مقدمة وتمهيد وبابين، ذكر تعريف الوقف وخصائصه، والعوامل المؤثرة فيه بالإضافة إلى ذكر بعض صور الاستثمار القديمة والحديثة، وأخيرا ذكر بعض أحكام صور الاستثمار بالوقف، وتشترك دراستي بهذا الجانب مع هذه الدراسة، إلا أنني أضفت عليها بعض الأحكام والأدلة والضوابط الشرعية في سياق واحد، حتى يسهل على الباحثين الوصول إلى هذه الأدلة والأحكام والضوابط.
- دراسة خطاب، حسن السيد حامد، بعنوان (ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلامي) وهو عبارة عن بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الرابع، الذي نظمته الجامعة الإسلامية، في المملكة العربية السعودية، 2013 حيث اقتصر البحث على ذكر بعض الضوابط الشرعية والقانونية، ولم يتطرق إلى دراسة الأحكام والأدلة الشرعية المتعلقة باستثمار الوقف، ويتقاطع هذا البحث مع دراستي في ذكر الضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار أموال الوقف، فهذه الدراسة شملت الأحكام والأدلة والضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار الوقف، في بحث واحد حتى يسهل على الباحثين الرجوع إليها.

- دراسة عجيبة، وبين نوي، وعبدالنبي، بعنوان ( استثمار الأوقاف وضوابطه الشرعية مع الإشارة الى حالة الجزائر) وهو عبارة عن بحث منشور مجلة الواحات للبحوث والدراسات، عام 2011، حيث ذكر الباحث بعض الضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار الأوقاف بالإشارة لحالة الجزائر، وتتقاطع دراستي مع هذه الدراسة في هذا الجانب، إلا أن دراستي تميزت بنوع من الشمول والتفصيل لجوانب كثيرة من الأحكام والأدلة والضوابط الشرعية.
- دراسة السلامي، محمد مختار، بعنوان ( استثمار أموال الوقف ) وهو عبارة عن بحث ذكر فيه الباحث عدداً محدوداً من صور الاستثمار بأموال الوقف القديمة منها المزارعة، والمغارسة، والأرض، والمباني وغيرها من الصور القديمة، فبحثي يتعلق بالصور الحديثة المتعلقة باستثمار أموال الوقف.

## المبحث الأول:

### استثمار الوقف: تعريفه لغة واصطلاحاً

#### المطلب الأول: تعريف الاستثمار

**الفرع الأول:** الاستثمار في أصل اللغة مصدر مشتق من ثَمُر يَثْمُر، فهو ثامر نقول: ثمر الرجل ماله أي أحسن القيام عليه، ومال ثامر: مبارك فيه، وشجر ثامر: إذا أدرك ثمره، واستثمر: طلب الثمرة، لأن السين والتاء إذا زيدتا في أول الفعل أفادت الطلب، فالاستثمار إذن؛ هو طلب الثمرة، أي الحصول على ما يرجوه المستثمر مستقبلاً<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني: الاستثمار في لغة الفقهاء

لم يستعمل الفقهاء لفظ الاستثمار في مدوناتهم وكتبهم إلا نادراً، ومن العلماء الذين استعملوا لفظ الاستثمار الإمام الغزالي رحمه الله في كتابه المستصفى، فقال: " فإن الأحكام ثمرات وكل ثمرة لها صفة حقيقية في نفسها، ولها مثمر ومستثمر وطريق في الاستثمار، والثمرة هي الأحكام أعني الوجوب والحظر والندب والكره والإباحة والحسن، والقبح، والقضاء، والأداء، والصحة، والفساد وغيرها، والمثمر هي الأدلة وهي ثلاثة: الكتاب والسنة والإجماع فقط، وطرق الاستثمار هي وجوه دلالة الأدلة وهي أربعة: إذ الأقوال إما أن تدل على الشيء بصيغتها ومنظومها أو بفحواها ومفهومها وباقتضائها وضرورتها أو بمعقولها ومعناها المستنبط منها، والمستثمر هو المجتهد ولا بد من معرفة صفاته وشروطه وأحكامه<sup>(2)</sup>. كما استخدم هذا اللفظ أيضاً شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في

(1) انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، ج9، ص 359، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد: أساس البلاغة، 686، 1979م، دار الفكر، لبنان.

(2) الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد: المستصفى في علم الأصول، ج1، ص7، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، 1413هـ، دار المعرفة، بيروت.

رسالته المشهورة بالقواعد النورانية، يقول: إكراء الشجر للاستثمار يجري مجرى إكراه الأرض للازدراع، واستئجار الظئر للرضاع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي

وأما تعريف الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي المعاصر فقد عرف بتعريفات متقاربة، يمكن الاقتصار على اثنين منها: التعريف الأول: جهد واع، رشيد، يبذل في الموارد المالية والقدرات البشرية بهدف تكثيرها، وتمييتها والحصول على منافعها وثمارها<sup>(2)</sup>.

التعريف الثاني: مطلق طلب تحصيل نماء المال المملوك شرعا وذلك بالطرق الشرعية المعتمدة من مضاربة ومراوحة وشركة وغيرها<sup>(3)</sup>.

### الفرع الرابع: المراد بالاستثمار في هذه الدراسة

هو ما يبذله ناظر الوقف من جهد فكري ومالي من أجل الحفاظ على الممتلكات الوقفية وتمييتها بالطرق المشروعة، فالقصد من استثمار الوقف هو تحقيق أكبر عائد له، أو تأمين أعلى ربح أو ريع من الأصل، وذلك بالبحث عن أفضل الطرق المشروعة التي تؤمن ذلك، ليتم صرفه على جهات الخير الموقوف عليها، ولحفظ قسم منها لعمارة الأصل، أو إصلاحه، أو ترميمه، لضمان بقائه، واستمراره للعطاء<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً

#### الفرع الأول: الوقف لغة

الوقف: جمع وقف، والوقف: مصدر وقف، يقف وقفاً، يقال: وقف الشيء وأوقفه: وحبسه، وأحبسه، وسبله، كلها بمعنى واحد. قال النسفي: الوقف: الحبس، ووقف الضيعة، هو: حبسها عن تملك الواقف وغير الواقف، واستغلالها للصرف إلى ما سمي من المصارف<sup>(5)</sup>.

(1) ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم: القواعد النورانية الفقهية، ج1، ص149، تحقيق محمد حامد الفقي، 1951م، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة.

(2) دنيا، أحمد شوقي: تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي، ص 86، 1984م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(3) سانو، قطب مصطفى: الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص 20، 2000م، دار النفائس، الأردن.

(4) انظر: الزحيلي، محمد: بحث بصيغة ملف ورد بعنوان الاستثمار المعاصر للوقف، ص 8، عبد العظيم، أحمد: بحث بصيغة ملف ورد بعنوان الاستثمار الوقفي والتنمية المستدامة، ص 4، عمر، محمد عبد الحلیم: الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، ص 23، بحث مقدم إلى الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقدة بمسقط (سلطنة عمان) 9 - 11/3/2004م.

(5) انظر: النسفي، عمر بن محمد: طلبه الطلبة، ص 231، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، 1416هـ، دار النفائس، الأردن، الأزهر، محمد بن أحمد: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص 171، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، 1414هـ، دار الفكر، بيروت.

وإلى جانب الوقف كلمة مرادفة لها مشهورة جداً، وهي الحبس، وهذه اللفظة هي المتداولة في أغلب كتب الفقهاء المتقدمين، ومن أشهر المذاهب الإسلامية الملتزمة بهذه اللفظة إلى اليوم، مذهب المالكية. ومعنى كلمة حَبَسَ في اللغة: من باب ضرب - حَبَسَ حَبْساً ومُحَبَساً المال على كذا: وقفه عليه، وأحبس وحبس المال: وقفه في سبيل الله<sup>(1)</sup>.

قال الفيروز أبادي: الحَبْسُ: المنع، كالمُحْتَبَسِ كَمُقْعَدٍ، وَحَبَسَهُ يَحْبِسُهُ، وَالْحَبْسُ كَرْكَعٌ: كل شيء وقفه صاحبه من نخل وكرم أو غيرها يحبس أصله وتُسَبَّلُ غَلَّتَهُ، والحبس والوقف في اللغة لفظان مترادفان، والحبس من الخيل: الموقوف في سبيل الله، وتَحْبِيسُ الشيء: أن يبقى أصله، ويجعل ثمره في سبيل الله<sup>(2)</sup>. ومن مرادفاته التسبيل: هذه اللفظة ترد ويراد بها الوقف. فالوقف: مصدر وقف وقفاً: يقال وقف الشيء وأوقفه: حبسه، وأحبسه، وسبله، كلها بمعنى واحد<sup>(3)</sup>، وسبَّلت الثمرة تسبيلاً: جعله في سبيل الله<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: الوقف اصطلاحاً

عرفت المذاهب الفقهية الوقف بتعريفات متقاربة من حيث المقصد من إنشاء الوقف ودوره التكافلي، إلا أنهم اختلفوا في الأحكام المتعلقة به، نحو حق التصرف فيه، واسترجاعه، ومدة الوقف، وغير ذلك من الأحكام الفقهية الفرعية<sup>(5)</sup>. فاختلاف فقهاء الحنفية في تعريف الوقف، والسبب في هذا يرجع إلى اختلافهم في الوقف هل هو لازم أم لا؟ ولذلك فإن فقهاء الحنفية في تعريفهم للوقف يفرقون بين تعريفه على رأي أبي حنيفة، وبين تعريفه على رأي الصحابين<sup>(6)</sup>، وتعريف أبي حنيفة للوقف هو: حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير<sup>(7)</sup>، وبناء عليه يصح للواقف الرجوع عن الوقف وله بيعه؛ لأن الوقف عند أبي حنيفة غير لازم كالعارية، أما عند الصحابين: اللذين يريان أن الموقوف يخرج عن ملك الواقف، فالوقف هو: حبس العين على ملك الله تعالى، وصرف منفعتها على من أحب<sup>(8)</sup>.

(1) الرصاع، محمد الأنصاري: شرح حدود بن عرفة، ص 539، تحقيق محمد أبو الأحناف، 1993م، دار الغرب الإسلامي.

(2) الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، ص 483، تحقيق يوسف البقاعي، 1415هـ، دار الفكر، بيروت.

(3) ابن المبرد، يوسف بن حسن: الدر النقي في شرح ألفاظ الخرق، ج 3، ص 548، تحقيق رضوان مختار، 1411هـ، دار المجتمع، جدة.

(4) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص 911.

(5) انظر: الكبيسي، محمد عبيد: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، ج 1، ص 58، 1977، مكتبة الإرشاد، بغداد.

(6) انظر: الكبيسي أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، ج 1، ص 65.

(7) الغنيمي، عبد الغني: اللباب شرح الكتاب: تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج 2، ص 130، ط 4، 1961م، مكتبة ومطبعة محمد صبيح، مصر.

(8) ابن عابدين، محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ج 6، ص 520، تحقيق عادل عبد الموجود و علي معوض، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض.

أما المالكية فعرفوا الوقف بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً<sup>(1)</sup>، أما الشافعية فعرفوا الوقف بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح<sup>(2)</sup>، أما الحنابلة فعرفوه بأنه: تحبب الأصل وتسهيل المنفعة<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: أركان الاستثمار

كل استثمار لا يخلو من ركنين اثنين: المستثمر بكسر الميم، والمستثمر بفتح الميم، فالمستثمر بكسر الميم: الأصل أن يتم استثمار المال من قبل مالكه، ولكن قد يحدث ما يجعل الغير يقوم بهذا الاستثمار عن المالك وهذا على نوعين: الاستثمار بالإنابة، والإنابة قد تكون من المالك كالوكالة، أو من الشارع كالقيم، والنوع الآخر الاستثمار بالتعدي: فقد يقدم على استثمار المال أجنبي بغير إذن صاحب المال، وبغير إعطاء الشرع هذا الحق له، وعندئذ يعتبر غاصباً، أما المال المستثمر: فلكي يكون الاستثمار حلالاً يشترط في المال المستثمر أن يكون مملوكاً، ملكاً مشروعاً للمستثمر بكسر الميم، أو لمن كان المستثمر نائباً عنه نيابة شرعية أو تعاقدية، فإن لم يكن كذلك لم يحل استثماره، كالمال المغصوب أو المسروق، وكذلك لا يحل استثمار الوديعة، لأن يد الوديع يد حفظ، والركن الأخير ملك الثمرة: فإذا كان الاستثمار مشروعاً، كانت الثمرة ملكاً للمالك، أما إذا كان الاستثمار غير مشروع، كمن غصب أرضاً واستغلها، فإن الثمرة عند الحنفية يملكها الغاصب ملكاً خبيثاً، ويؤمر بالتصدق بها. وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى: أن الغلة للمالك، وفي رواية عن أحمد: أنه يتصدق بها<sup>(4)</sup>.

### المطلب الرابع: العلاقة بين الوقف والاستثمار

إن استمرار المنفعة والثمرة والغلة هو المقصد والغاية من الوقف، كما جاء في الحديث الشريف: "حبس الأصل وسبل الثمرة"<sup>(5)</sup>؛ لأن خصائص الوقف تأبيد الانتفاع به، واستمراره إلى المستقبل، فالأصل فيه الاستمرار في العطاء والنفع، وإنما حبس الوقف من أجل استغلاله مع المحافظة على الأصول.

فهذا الحديث يرشدنا إلى فكرتين وهما ركيزتا الاستثمار وهما، حفظ الأصل، واستمرار الثمرة، للارتباط الوثيق بينهما، فلا يمكن الانتفاع واستمرار الثمرة والمنفعة إلا مع بقاء الأصل وحفظه وديمومته، وإن وجود الأصل بشكل صحيح يؤدي حتماً إلى جني الثمار والمنافع، وهذا ما أكده الفقهاء رحمهم الله تعالى، فالاستثمار هو إضافة أرباح إلى رأس المال، لتكون المنفعة من الربح فقط مع الحفاظ على رأس المال وقد يضاف إليه بعض الربح للمستقبل

(1) الرضاع، شرح حدود ابن عرفة: ج2، ص 539.

(2) قليوبي، أحمد بن أحمد، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ج3، ص98، 1998م، دار الفكر، لبنان.

(3) المرادوي، علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج7، ص5، 1419هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت.

(4) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ج2، ص183، ط2، دار السلاسل، الكويت، جعيط، كمال الدين: استثمار موارد الأحباس، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

(5) البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص162، حديث رقم 12251.

فالعلاقة بين الوقف والاستثمار علاقة أساسية ومتينة، والاستثمار يشمل أصول الأوقاف، وبديل الوقف، وبيع الوقف وغلته<sup>(1)</sup>.

وإن استثمار الوقف لاستمرار الربح يتفق مع أصل مشروعية الوقف، ويحقق أهدافه وغاياته في صرف الربح إلى الموقوف عليهم، مع ضرورة الاستمرار والبقاء للمستقبل.

وهذا يوجب البحث الاقتصادي في أموال الأوقاف واستثمارها في أحسن السبل المضمونة، والتي تعطي أعلى دخل للربح، وتوجب منع تعطيلها المؤدي إلى فقدان مبرر وجودها.

إن الهدف الاقتصادي المباشر لاستثمار أموال الأوقاف هو تأمين الدخل المرتفع بقدر الإمكان لصرفه في مواطنه المحددة، دون التهاون في الأصل والعين الموقوفة، وهذا يوجب أيضاً التوسع في الاستغلال وإعادة الاستثمار<sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني:

### مجالات ووسائل معاصرة ومناسبة للاستثمار بالوقف

#### المطلب الأول: مجالات مناسبة للاستثمار بالوقف

هناك مجالات شتى لاستثمار أموال الوقف يُختار من بينها حسب طبيعة المال الموجه للاستثمار وحسب الظروف والأحوال السائدة وقت اتخاذ القرار الاستثماري وفي ضوء الضوابط الشرعية السابق بيانها، ومن هذه المجالات<sup>(3)</sup>:

الاستثمار في إنشاء المشروعات الإنتاجية المهنية والحرفية الصغيرة التي تعمل في مجال الضروريات والحاجيات وبما يحقق أكبر نفع ممكن للموقوف عليهم، والتي تسهم في التنمية الاجتماعية والاقتصادية ويدخل في نطاق ذلك على سبيل المثال ما يلي: المشروعات الحرفية الصغيرة والمشروعات المهنية الصغيرة، مشروعات تنمية موارد الأسر الفقيرة، الاستثمار في المشروعات الخدمية: التعليمية والطبية والاجتماعية، ويدخل في نطاق ذلك على سبيل المثال منها ما يلي: مكاتب تحفيظ القرآن والمعاهد الدينية والمدارس الإسلامية، والمستوصفات والمراكز الصحية الشعبية وما في حكم ذلك، ودور الضيافة للفقراء والمساكين وأبناء السبيل، ودور اليتامى والمسنين والمرضى<sup>(4)</sup>.

(1) انظر: بابكر، خليفة: استثمار موارد الأوقاف (الأحباس). بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر، الزحيلي، محمد: الاستثمار المعاصر للوقف، ص 6.

(2) المرجع نفسه.

(3) انظر: شحاتة، حسين، استثمار أموال الوقف، ص 14، الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص 23.

(4) نفس المرجع، ص 15.

الاستثمار في الأنشطة الزراعية، منها على سبيل المثال ما يلي: تأجير الأراضي الزراعية الموقوفة، والمشاركة في استغلال بعض الأراضي الزراعية الموقوفة، والمساقاة في استغلال بعض الأراضي الزراعية الموقوفة، المغارسة في استغلال بعض الأراضي الزراعية الموقوفة<sup>(1)</sup>.

الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية من خلال الحسابات الاستثمارية لأجل، كدفا تر التوفير الاستثماري تحت الطلب، والودائع الاستثمارية لأجل، والشهادات الاستثمارية ذات الأجل المحدد المطلقة، وذات الأجل المحدد المقيدة<sup>(2)</sup>

والمساهمة في رؤوس أموال بهدف تحقيق عائد، ولها صيغ كثيرة منها المساهمة في رؤوس أموال بعض الشركات، مثل شراء الأسهم، والمساهمة في رؤوس أموال صناديق الاستثمار الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال المصارف الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال شركات التأمين الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال شركات الاستثمار الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال الجمعيات التعاونية الإسلامية، والمساهمة في رؤوس أموال الجمعيات التعاونية الخدمية<sup>(3)</sup>.

والاستثمار العقاري الذي يدخل في نطاق ذلك على سبيل المثال، شراء العقارات وتأجيرها ليستفيد الناس من منافعها وعوائدها، ترميم وصيانة وتجديد العقارات القديمة الكائنة التي أشرفت على الهلاك حسب ما أسفرت عنه الدراسات الفنية والاقتصادية والاجتماعية بجدوى ذلك، استبدال العقارات القديمة بأخرى جديدة متى أثبتت الدراسات الفنية والاقتصادية والاجتماعية بجدوى ذلك، وإنشاء مباني على أراضي الوقف بنظام الاستصناع أو المشاركة أو المشاركة المنتهية بالتملك أو الحكر أو أي صيغة من صيغ الاستثمار<sup>(4)</sup>.

والاستثمار في الأوراق المالية الجائزة شرعاً: كالأسهم العادية لشركات مستقرة، والصكوك الإسلامية الصادرة عن المؤسسات المالية الإسلامية، وسندات المشاركة في الربح والخسارة ذات الطبيعة الآمنة والمستقرة، وصكوك صناديق الاستثمار الإسلامية، وسندات صناديق الوقف في البلاد الإسلامية، وسندات المقارضة التي تصدرها المؤسسات المالية الإسلامية<sup>(5)</sup>.

(1) شحاتة، حسين، استثمار أموال الوقف، ص 16.

(2) الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص 24.

(3) الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص 23.

(4) شحاتة، حسين، استثمار أموال الوقف، ص 14.

(5) نفس المرجع، 24.

## المطلب الثاني: بعض الصور المعاصرة لاستثمار أموال الوقف

تتعدد أدوات الاستثمار ومنتجاته وتتجدد إدارة الاستثمارات، وتظهر أساليب مختلفة من الاستثمارات المعاصرة لم تكن موجودة سابقاً، كالاتثمار من خلال المساهمات في رؤوس أموال الشركات، والأسهم والصكوك وغيرها من الاستثمارات المعاصرة، التي تفتح الآفاق للوقف من أوسع الأبواب، والتي تسهل طرق استثماره أمام كل من يرغب في استثمار مال الوقف.

وسأذكر أهم الطرق والصور المعاصرة والمستحدثة في استثمار الوقف ومنها:

### أولاً: صورة الاستصناع

الاستصناع في اللغة: طلب الصنعة، والصنعة: عمل الصانع في صنعته أي حرفته<sup>(1)</sup>.

الاستصناع اصطلاحاً: عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة<sup>(2)</sup>، ويعتبر من العقود الشرعية المسماة عند الحنفية<sup>(3)</sup>، وهو الذي يدخل في نطاق السلم وصورته التي يمكن أن يطبق فيها إعمار الوقف تتم عند باقي المذاهب ويسمى عندهم السلم في الصناعات<sup>(4)</sup> تحت ما يسمى في التطبيق المصرفي الإسلامي المعاصر «الاستصناع والاستصناع الموازي» وأحياناً «الاستصناع التمويلي». والاستصناع من العقود التي أجازها جمهور الفقهاء وإن كانوا مختلفين في إلحاقه بالسلم وحينئذ إخضاعه لشروطه الصعبة من ضرره تسليم الثمن في مجلس العقد عند الجمهور، أو خلال ثلاثة أيام عند مالك، ولكن الذي يهمنا هنا هو الاستصناع الذي أجازته جماعة من الفقهاء منهم الحنفية. والذي أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة حيث نص قراره (رقم ٧/٣/٦٦) على: (أن عقد الاستصناع - هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط<sup>(5)</sup>، فإجراءات تطبيق هذه الصيغة في إعمار الوقف تتلخص في الاتفاق المبدئي مع مقاول لبناء عقار على أرض وقف، ثم اللجوء إلى طرف ثالث يمول عملية البناء في إطار عقد استصناع، يبرم بين جهة الوقف بصفتها مستصنعاً والممول بصفته صانعاً مقابل مبلغ معين، ثم يقوم الممول بإبرام عقد استصناع موازي مع المقاول للبناء، ويدفع له قيمة البناء حسب نسبة الإتمام من واقع المستخلصات المعتمدة، وعلى أن تكون قيمة عقد الاستصناع الأول بين جهة الوقف والممول أكبر من قيمة عقد الاستصناع الموازي المنعقد بين الممول والمقاول، والفرق بينهما يعد بمنزلة

(1) الرازي، محد بن أبي بكر: مختار الصحاح، ص 375، تحقيق محمود خاطر، 1995م، مكتبة لبنان بيروت.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 631، ج 4.

(3) المبسوط للسرخسي ١٢ / ١٣.

(4) حاشية ابن عابدين ٤ / ٢١.

(5) بحوث وقرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الأول الذي عقد بدبي في الفترة ٢٣ . ٢٥ / ٦ / ١٣٩٩

ريح للممول، وتقوم جهة الوقف بالسداد للممول على أقساط دورية طويلة الأجل تحدد بالشكل الذي تتمكن فيه من السداد من عائد أو غلة تأجير المبنى مع إبقاء جزء منها للتوزيع على المستحقين<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: صورة الإجارة المنتهية بالتمليك

وصورتها التي تطبق بها في الواقع هي اتفاقية ثلاثية بين مالك للعين وممول ومستأجر، يقوم الممول بشراء العين من المالك وفي نفس الاتفاقية يستأجرها المستأجر مقابل أجره تحدد بما يكفي لتغطية ثمن العين، وعائد على التمويل في صورة الرصيد في ذمة المستأجر بسعر الفائدة السائد، والاتفاق في ذات الاتفاقية على أن تؤول ملكية العين في نهاية مدة الإجارة إلى المستأجر، إما مقابل ما دفعه من أقساط أو بثمن رمزي أو غير رمزي يتفق عليه، وعلى ذلك فإن هذه الصيغة وإن كانت إجارة من حيث الشكل القانوني فإنها من حيث الجوهر بيع والإيجار سائر له<sup>(2)</sup> كما يمكن تطبيق صيغة الإجارة المنتهية بالتمليك في استثمار الأموال الوقفية، وينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض عام 1421هـ قد أجاز بعض صورها، وحرّم بعضها، والصورة التي تم ذكرها هنا من الصور التي أجازها المجمع<sup>(3)</sup>، وتبعاً لهذه الصيغة تقدم مؤسسة الوقف الأرض الوقفية لشخص ما ليبنى عليها مبانٍ يتفق على مساحتها ومواصفاتها وأغراضها مع مؤسسة الوقف، بحيث يستغل ريع هذه المباني فترة زمنية يتفق عليها الجانبان، ثم تعود ملكية هذه المباني والعمارات لمؤسسة الوقف إما عن طريق بيعها لمؤسسة الوقف بثمن قليل أو من خلال الهبة، ومن خلال هذه الصيغة يستفيد كل من المؤسسة الوقفية بإعمار أراضيها، والشخص المستثمر بأخذ أجره هذه العقارات خلال الفترة الزمنية المتفق عليها، وكذا يستفيد المجتمع بجل جزء من المشكلة الإسكانية لأن المستثمر قد يبني شققاً سكنية تلبى حاجة الأفراد، أو مكاتب وعمارات تسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية.

### ثالثاً: صورة المرابحة

تعرف بأنها بيع سلعة بسعر الكلفة مع إضافة معلوم يتفق عليه للقطاعات المستخدمة والموردين أو المصدرين. وعملية البيع هذه تمر بمرحلتين: الأولى: مرحلة المواعدة، وتبدأ منذ تقديم العميل طلب الشراء إلى أن يتم دفع العربون على ذلك، والثانية: مرحلة المعاقدة، أي مرحلة إبرام العقد، وتبدأ من تاريخ شراء المصرف للسلعة إلى توقيع العقد من قبل الطرفين.

(1) عمر، الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، ص 31.

(2) نفس المرجع، ص 32.

(3) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض عام 1421هـ رقم: 110 (12/4) [11] بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك.

وللفقهاء آراؤهم في جواز هذه الصيغة ولزوم العقد، والذي نرجحه جواز هذه الصيغة للأدلة القوية التي استند إليها القائلون بالجواز، ولما فيها من اليسر والفائدة للأموال الوقفية، وقد تتعامل بالاتفاق مع مصرف إسلامي مستثمر، أو شركة لا تتعامل بالربا على أن تقوم إحدى هذه المؤسسات بإدارة أموال وقفية عن طريق المرابحة بنسبة معينة من الربح وفي حال مخالفة الشرط يكون المخالف ضامناً<sup>(1)</sup>.

أما طريقة استثمار الوقف<sup>(2)</sup>: فهي أنه يمكن لإدارة الوقف أن تستثمر أموالها عن طريق المرابحات لشراء ما تحتاج إليه عن طريق المرابحة العادية، والمرابحة للأمر بالشراء، كما تجريبها البنوك الإسلامية، حيث يطلب ناظر الوقف من المؤسسة التمويلية شراء المواد والآلات اللازمة لها، ويعدها بأن يشتريها منها بعد تسلمها من البائع الأول بعقد شراء جديد يوقع تنفيذاً للوعد، بعد أن تمتلك المؤسسة التمويلية المواد والآلات ويكون الثمن في هذا العقد الثاني مؤجلاً أو مقسطاً، ومجموعه أعلى من ثمن الشراء في العقد الأول بمقدار محدود يتفقان عليه<sup>(3)</sup>.

#### رابعا: صورة وقف الحقوق المعنوية

الحق المعنوي سلطة يقرها القانون للشخص على إنتاجه الفكري، وبمقتضاه يكون له حق انتساب الاختراع إليه فيستغل هذا الإنتاج ويحتكر ثماره أو منافعه، وتتميز الحقوق المعنوية في القانون بعدة مميزات منها، أن محلها شيء معنوي وأن الحق المعنوي يُقوّم بالمال وأن الحق المعنوي يخول صاحبه حق الاستغلال والاستثمار وأن الحق المعنوي يعطي الحق لصاحبه حق التصرف فيه بكل وجوه التصرفات المشروعة ولتمويل استثمارات الأوقاف بالحقوق المعنوية عدة صور منها وقف الحقوق المعنوية على وجه التأبيد، ومن أمثلتها: وقف إيرادات مؤلف: وصورته أن يقوم المؤلف بوقف إيرادات مؤلفه في المصالح العامة أو الخاصة، وبذلك ترجع حقوق التأليف لجهة الوقف، ومنها وقف إيرادات اختراع: وصورته أن يوقف إيرادات مخترع من مخترعاته على جهة الوقف العام أو الخاص على جهة التأبيد وقف إيرادات تحقيق كتاب: وصورته أن يوقف شخص إيرادات كتاب قام بتحقيقه على جهة وقف على التأبيد، ومنها وقف حقوق ماركة مسجلة: وصورته أن يوقف صاحب ماركة مسجلة أو اسم تجاري منافع هذه الماركة أو الاسم التجاري على جهة وقف خيري على التأبيد كما يمكن وقف الحقوق المعنوية على وجه التوقيت، فوقف الحقوق المعنوية على وجه مؤقت يهدف، إلى غرس روح وثقافة الوقف في نفوس المجتمع، خاصة أن الإنسان إذا شعر أن ما أوقفه سيرجع إليه بعد أن ينتفع به أفراد الأمة، وأنه يحصل على الثواب والتقدير الاجتماعي، فإن هذا يشجعه على القيام بهذا النوع من الوقف، وهو يشمل كل الصور السابقة ولكن على سبيل التوقيت، ومن أمثلته: وقف عدد من حقوق الطبع، وصورتها أن يقوم مؤلف بوقف إيرادات طبعة أو طبعتين أو

(1) القرضاوي، يوسف محمد: بيع المرابحة كما تجرّه المصارف الإسلامية بيروت مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1998 ص 30-60.

(2) لعامة، جمال: اقتصاد المشاركة، ص 71، 2000م، مركز الإعلام، مصر.

(3) قحف، منذر: الوقف الإسلامي تطوره إدارته وتميمته، ص 254، 2000م، دار الفكر المعاصر، دمشق.

أكثر من مؤلفاته على جهة وقف عام أو خاص مدة مؤقتة، أو وقف عدد من طبقات كتاب محقق، أو وقف حقوق كتاب يحول إلى فيلم أو مسرحية، وصورتها أن يوقف شخص ريع كتاب حوّل إلى شريط أو فيلم على جهة وقف عام أو خاص مدة مؤقتة، أو وقف براءة اختراع، وصورتها أن يتنازل صاحب اختراع عن ريع مخترعه لحساب الوقف لمدة مؤقتة وهكذا<sup>(1)</sup>.

#### خامساً: صورة المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك

وهي نوع من المشاركة يعطي بموجبه الممول للشريك الحق في الحلول محله في ملكية المشروع، إما دفعة واحدة، أو على دفعات، حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها، وهذه الصيغة أقرها العديد من المؤتمرات الفقهية والندوات العلمية المتخصصة وهيئات الفتوى للبنوك الإسلامية لموافقته للأحكام الفقهية المقررة في هذا الخصوص، وذلك على أساس إجراء ترتيب منظم لتوفير جزء من الدخل المتحصل ليدفع أقساطاً لسداد قيمة الحصة المتنازل عنها، ليصبح العقار كاملاً للوقف مع الزمن، ويصرف الجزء الباقي من الريع على الموقوف عليهم، فإن تمت الملكية للوقف، بعد انتهاء الأقساط صار الريع كاملاً للموقوف عليهم، وصورتها أن تقوم شركة، تقدم فيها الأوقاف الأرض اللازمة لإقامة المشروع عليها.

وتقدم المصارف الإسلامية مثلاً، أو شركة ما، التمويل المالي اللازم، على أن يتضمن العقد وعداً ملزماً من جانب الممول ببيع حصته للأوقاف، وتقسّم الأوقاف حصتها من الريح إلى قسمين، الأول للإنفاق على الموقوف عليهم، والثاني تخصصه لتسديد ما قدّمه الممول، لتصبح الأرباح في المستقبل كاملة للموقوف عليهم، ويشارك المستثمر الممول برأس مال نقدي وبالإدارة أيضاً، ويحصل على عوض عن جهوده الإدارية، ويمكن أن تؤجر الأرض على المشروع بأجرة المثل، وتعود الأجرة إلى المؤسسة الوقفية، ويحسب الإيجار ضمن التكاليف الإدارية للمشروع، وتبدأ المؤسسة الوقفية في شراء نصيب المستثمر عن طريق الأقساط الميسرة الشهرية أو السنوية، ويبدأ نصيب المستثمر من رأس المال ومن الأرباح بالتناقص، ويزيد نصيب المؤسسة الوقفية حتى تصل حصة المستثمر إلى الصفر، وتنتقل المؤسسة الوقفية بالمشروع وتنتهي الملكية الكاملة لها. ويمكن تنوع صيغ المشاركة المتناقصة في العقارات الوقفية في الفنادق، والشقق الفندقية، والمجمعات التجارية الكبيرة، والمنتجعات السياحية بشرط الالتزام بالأحكام الشرعية في الحلال والحرام<sup>(2)</sup>.

(1) عبد العظيم، الاستثمار الوقفي والتنمية المستدامة، ص 21.

(2) الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص 18.

ولهذا سوف أقوم بعرض لآراء الفقهاء في هذه الصورة، إذ اختلفوا<sup>(1)</sup> في حكم المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك في استثمار أموال الوقف، إلى عدة أقوال: فبعضهم منع وذلك تخريجا على مسألة استبدال الوقف، والقول بالمنع هو قول الشافعية والمالكية إلا في حالة الضرورة<sup>(2)</sup>، والقول الثاني المجيز للمشاركة المتناقصة أجاز أيضا تخريجا على مسألة استبدال الوقف، وهو قول جمهور الفقهاء<sup>(3)</sup> المجيزين لمسألة استبدال الوقف، المبني على تحقيق مصلحة مال الوقف وإدامته وتنميته، فجاز العمل به، ولذا فإن أي صورة تنتهي بالفائدة على مال الوقف وتنميته، ضمن الضوابط والأحكام الشرعية فهي جائزة بناء على تحقيق مصلحة الوقف والواقف .

### سادسا: صورة المضاربة

المضاربة: في اللغة: مأخوذة من الضرب في الأرض، بمعنى السعي لطلب الرزق، أو لتضارب المالك والعامل في الربح، فكل يضرب فيه بالجزء الذي شرط له، وتسمى عند أهل الحجاز بالقراض مأخوذة من القرض أي القطع، لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح أو من المقارضة، واقتطع له العامل قطعة من ربحه<sup>(4)</sup>، و في اصطلاح الفقهاء: عرفها الشافعية: أن يدفع إليه مال ليتجر فيه مضروب مسلم بجزء من ربحه<sup>(5)</sup>.

أما عند الحنفية: فهي عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب آخر<sup>(6)</sup>، وعند الحنابلة: فهي أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، والربح مشترك<sup>(7)</sup>، وعرفها المالكية بأنها: توكيل على تجارة في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه<sup>(8)</sup>.

والحديث عن المضاربة إنما يكون عن كيفية استثمار النقود الموقوفة عن طريق المضاربة، وذلك بتقديم الموقوف أو مبلغ معين من هذا الوقف ويسلم لشخص أو مؤسسة مالية للتجار به، والربح بين هذا العامل

(1) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، (3-525)، الخرشي، أبو عبدالله محمد بن عبدالله، 1101هـ، شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، د، ت(79/7).

(2) الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (2/475).

(3) البهوتي، منصور بن علي، ت، 1051، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية (243،4)، بن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، ت520هـ، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي بيروت، ط 2، 1988، 1408، (12/232).

(4) ابن منظور، لسان العرب، 1/545، 544. الفيروز أبادي: محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط 8، 1426 هـ 2005م، 1/652.

(5) الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطالب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، ط 1 1142 هـ 2007م، 7 / 437.

(6) ابن عابدين، محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1412 هـ 1992م، 5/645.

(7) المقدسي: بهاء الدين، العدة شرح العمدة، تحقيق: الدكتور محمد إسكندراني. عالم الكتب، بيروت، ط 1 1424 هـ 2003م، ص181.

(8) ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله بن محمد. الكافي في الفقه على مذهب أهل المدينة، تحقيق: محمود أحمد القسيسية، مؤسسة النداء، أبوظبي، ط1، 1424 هـ 2004م (2/150).

وبين الوقف، ويصرف هذا الربح المخصص للوقف في مصارف هذا الوقف الذي عينها الواقف. وهي وسيلة استثمار قديمة وحديثة، تقع بين الأشخاص عادة على النقود، أي الأثمان من الدراهم والدنانير، ويمكن أن تدخل أموال الوقف مشاركة في مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي، وفي الشركات المساهمة، والمشاركة في الصناديق الاستثمارية المباحة، والمشاركة في المحافظ الاستثمارية، كمحفظة المتاجرة بالأسهم.

إلا أن هذه الصورة ربما تحتوي على بعض المخاطرة من إهمال أو تعدي أو تقصير رب العمل مما يؤدي إلى هلاك الأموال، أو مخاطر تسويقية التي قد تحدث وتنفذ إلى خسائر أو هلاك رأس مال المضاربة، أو مخاطر تأخر رب العمل عن سداد حقوق هيئة مؤسسة الوقف المتمثلة في رأس المال، مضافاً إليه نصيبه من الأرباح أو مطروحاً منه نصيبه من الخسائر، تلاعب رب المال في الحسابات وإظهار أن المضاربة قد خسرت أو مخاطر ضعف الضمانات المقدمة من رب العمل، بسبب تغير في الظروف والأحوال واحتمال وجود كساد في الأسواق مما يلحق بالمضاربة خسائر، أو عدم وجود العنصر البشري الفني في مؤسسة الوقف القادر على متابعة الاستثمارات في المضاربة مع الغير، ولكن يمكن التغلب على هذه المخاطر بواسطة أخذ الضمانات التي تحول دون وقوع الخسائر والتعاقد مع أصحاب الكفاءات البشرية التي تدير مال الوقف بكل اقتدار.

#### سابعاً: صورة البديل والاستبدال

ويقصد بإبدال الوقف بيع عين من أعيان الوقف ببديل من النقود أو الأعيان، أما الاستبدال فيقصد به، شراء عين للوقف بالبديل الذي بيعت به عين من أعيانه، لتكون وقفا مكانها<sup>(1)</sup>.

اختلف الفقهاء في حكم استبدال أموال الوقف على عدة أقوال، فالمالكية منعوا الاستبدال إلا في حالة الضرورة القصوى، ومنعوا استبدال المسجد وكذلك العقار فلا يجيزون استبداله وإن خرب ولكنهم لا يقررون بقاءه خراباً بل يرون تعميره بأساليب أخرى، ومع هذا فإن المالكية أجازوا بيع العقار الموقوف إذا خرب، وذلك في صورة العقار المشترك الذي بعضه وقف وبعضه ملك حيث جاء في حاشية الدسوقي: أنه يباع الكل ولو كان ثمن البعض يكفي في العمارة دفعا للضرر بتكثير الشركاء، نعم محل البيع إذا لم يكن للوقف ريع يعمر منه ولم يوجد من يستأجره سنين ويدفع الأجرة معجلة يعمر بها وإلا فلا يباع<sup>(2)</sup>.

أما الحنفية: فقد أجاز الحنفية الاستبدال ما دام يحقق مصلحة للوقف خاصة إذا تعذر الانتفاع بالوقف كاملاً، أو بما لا يفي بمؤونته، لكن مع قيد بإذن القاضي احتياطاً للوقف، ومنعاً من سوء التصرف من الاستبدال؛ فالاستبدال عندهم يكون على ثلاثة أوجه، الأول: أن يشترطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، فالاستبدال

(1) الحطاب: يحيى بن محمد، حكم بيع الوقف واستبداله والمناقلة به وتأجيله، تحقيق: أ.د. عبد السلام محمد الشريف العالم، آفاق الثقافة والتراث، ص202.

(2) الدسوقي: محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د، ط د،ت (2/365).

فيه جائز على الصحيح وقيل اتفاقا، والثاني: أن لا يشترطه سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار بحيث ألا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلا، أو الذي يفى بمؤنته فهو أيضا جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأى المصلحة فيه، والثالث: أن لا يشترطه أيضا ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه ريعا ونفعا، وهذا لا يجوز استبداله على الأصح<sup>(1)</sup>.

وأما عند الشافعية: فقد أجازوه في حدود ضيقة جدا كاستبدال المنقول الموقوف، كالشجرة التي جفت، والجذع في المسجد إذا تكسر، أما إذا كان العين الموقوفة مسجدا فإنه لا يجوز بيعه، ولو خربت القرية حوله، وتفرق الناس عنها فتعطل المسجد إلا مكان عوده كما كان، ولأنه في الحال يمكن الصلاة فيه<sup>(2)</sup>.

وأخيرا الحنابلة: فقد قسموا الوقف إلى قسمين أحدهما: وقف قائم لم تتعطل منافعه، فهذا لا يجوز بيعه ولا المناقلة به مطلقا، والثاني: وقف تعطلت منافعه، فهذا يجوز إبداله واستبداله، وفي ذلك جاء "وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئا، بيع واشتري بقيمته ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفا كالأول"<sup>(3)</sup>.

والراجح والله أعلم هو القول باستبدال الوقف لما فيه من مصلحة للوقف والموقوف عليهم، خاصة أن القائلين بمنع استبدال الوقف إنما هو من باب سد الذرائع حتى لا يؤدي استبداله إلى ضياع الوقف. ولهذا فإنه يمكن استبدال أموال الوقف مع وجود منفعة اقتصادية تعود على الواقف ومال الوقف<sup>(4)</sup>.

### ثامنا: صورة وقف النقود

لقد ذكر الفقهاء وقف النقود كصورة من صور الوقف، واختلفوا في ذلك ما بين مانع ومجيز على قولين: القول الأول: جواز وقف النقود، وهو المذهب عند الحنفية<sup>(5)</sup> والمالكية<sup>(6)</sup> ووجهه عند الشافعية<sup>(7)</sup> ورواية عند الإمام أحمد<sup>(8)</sup> واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(9)</sup>، ودليل هؤلاء هو جواز المعاملات المالية ومشروعيتها، ما لم يرد دليل يمنع ذلك بالإضافة إلى وجود مصلحة للوقف، وهؤلاء أيضا يسلمون أن التأبيد شرط للوقف، إلا أنهم لا يرون أن

(1) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م (4/385).

(2) النووي: يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط2 1421هـ/1991م (5/358).

(3) بن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، دط، دت (6/28).

(4) الزحيلي. الاستثمار المعاصر للوقف، ص14.

(5) ينظر: تبين الحقائق 3/327، ورسالة في جواز وقف النقود ص20.

(6) ينظر: التاج والإكليل 31/7، الخرشبي على مختصر خليل 80/7.

(7) ينظر: الحاوي الكبير 519/7، و حاشية الدسوقي 77/4، تحفة المحتاج 237/6، نهاية المحتاج 361/5.

(8) ينظر: الشرح الكبير والإنصاف 377/16.

(9) ينظر: مجموع الفتاوى 234/31.

وقف النقود يتعارض وهذا الشرط، لا يقصد به منحها لمن يستهلكها إلى غير البذل، بل المقصود منه الانتفاع إلى بدل يقوم مقام ما استهلك منها بإقراضها ثم رد بدلها، أو المتاجرة بها والإنفاق من الربح.

القول الثاني: عدم جواز وقف النقود، وبه قال الإمام أبو حنيفة<sup>(1)</sup> وأبو يوسف<sup>(2)</sup> وهو المذهب عند الشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> وقول في مذهب المالكية<sup>(5)</sup> ودليلهم أن من شروط صيغة الوقف عندهم التأييد وبناء عليه فقد اشترطوا أن تكون العين الموقوفة يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وبالتالي لا يمكن وقف النقود لأنها لا تتأبد، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها.

وقد سبق عرض أدلة القولين، وترجيح القول بجواز وقف النقود، وهناك صور متعددة يمكن الانتفاع بالنقود الموقوفة من خلالها، مثل: الانتفاع بالنقود الموقوفة بإقراضها، والانتفاع بالنقود الموقوفة من خلال المضاربة بها، ليكون الربح بين مصرف النقد الموقوف والمضارب بها، بالقدر الذي يتفقان عليه.

وأيضاً يمكن أن يكون الانتفاع من المال الموقوف من خلال دفعه لمن يتجر بها، على أن يكون الربح كله لرب المال، ليصرف في مصارفه الوقفية، وهذه الصورة تسمى بالإبضاع، والذي يعرفه الفقهاء بأنه: (بعث المال مع من يتجر به بلا جعل)<sup>(6)</sup>. وأكد من أشار إلى الصورة الثالثة من صور الانتفاع بالوقف النقدي من المعاصرين إلى أنه لا يبعد أن يوجد من يتبرع باستثمار أموال الأوقاف، ويكون الربح كله للوقف<sup>(7)</sup>.

### المطلب الثالث: مجالات يحذر استثمار أموال الوقف فيها<sup>(8)</sup>

يوجد مجالات وصيغ يحذر الاستثمار بها منها على سبيل المثال في المجالات الآتية: التعامل في سوق الأوراق المالية بهدف التجارة أو المضاربة على هبوط وانخفاض الأسعار حيث يكتنف ذلك مخاطر عالية وشبهات الميسر المحرم شرعاً، والتعامل في سوق النقد بهدف الاستفادة من ارتفاع الأسعار، وهذا يسمى أحياناً بالتجارة في العملات، وعلّة عدم جواز ذلك وجود مخاطر عالية ولا يتفق هذا مع المقاصد الأساسية للمؤسسات الوقفية، منها إيداع أموال الوقف في البنوك التقليدية بنظام الفائدة باعتبارها من الربا المحرم شرعاً، والتجارة في العقارات لما يكتنف هذا

(1) ينظر: فتح القدير 216/6-217، ورسالة في جواز النقود 18.

(2) ينظر: فتح القدير 217/6.

(3) ينظر: أسنى المطالب 458/2، وشرح البهجة 367/3، وحاشيتنا قليوبي وعميرة 99/3.

(4) ينظر: الشرح الكبير 377/16، وشرح منتهى الإرادات 400/2، وكشاف القناع 244/4.

(5) ينظر: مواهب الجليل 22/6.

(6) حاشية قليوبي 54/3، كما ينظر: تحفة المحتاج 89/6. حاشية الشبراملسي 226/5. وينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية إضاع 172/1.

(7) وقد أشار د. رفيق المصري في كتابه الأوقاف فقهاً واقتصاداً ص 47 إلى ذلك، وبين أن وقف النقود يتضمن هذه الصور الثلاث. كما ينظر

إعمال المصلحة في الوقف (سبيل الاستثمار الناجح للأوقاف ومضاعفة أجور الواقفين) للشيخ الدكتور عبد الله بن بيه، ط مؤسسة الريان،

الأولى 1426هـ، ص 23، وأصل الكتاب بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر.

(8) شحاتة، الضوابط الشرعية والأسس المحاسبية لصيغ استثمار أموال الوقف، ص 16.

المجال من مخاطر عالية، تتمثل في تقلبات الأسعار هبوطاً وصعوداً وصعوبة التسييل النقدي عند الحاجة الضرورية للنقد، ، واستثمار أموال الوقف في بلاد تحارب الإسلام والمسلمين لأن في ذلك دعم لاقتصاديات العدو، وضرورة المقاطعة الاقتصادية باعتبار ذلك من وسائل الجهاد الاقتصادي.

### المبحث الثالث:

#### أدلة وضوابط الاستثمار بالوقف

##### المطلب الأول: أدلة مشروعية الوقف

أما مشروعيته بالقرآن والسنة، فتأتي من جهة دخوله في عموم الصدقات والتبرعات التي ندب إليها القرآن وحث عليها في آيات كثيرة، مثل: قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض " [البقرة: 267]. وقوله تعالى: " إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات كانت لهم جنات الفردوس نزلاً " [الكهف: 107]. وقوله تعالى: " لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " [آل عمران: 92]، يروى أنه لما نزلت هذه الآية قال أبو طلحة: إن ربنا ليسألنا عن أموالنا فأشهدك يا رسول الله أني جعلت أرضي لله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " اجعلها في قرابتك؛ حسان بن ثابت وأبي بن كعب "(1).

وبما روي عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- جعل سبع حيطان له بالمدينة صدقة على بني المطلب وبني هاشم(2). وهذه الأحاديث نص في جواز الوقف لفعل النبي -صلى الله عليه وسلم-. واستدلوا بما ثبت من وقف أصحاب النبي -صلى الله عليه وسلم- وموافقته على ذلك وحثه عليه، منها: عن ابن عمر رضي الله عنهما \_ قال: أصاب عمر أرضاً بخبير، فقال: يا رسول الله ، أصبت مالاً بخبير لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه ، فما تأمرني؟ قال: " إن شئت حبست أصلها وتصدق بها "، فتصدق بها عمر أنها لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، تصدق بها في الفقراء، والقريب، والرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه(3).

ومما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "(4). واستدلوا بأدلة نصت على جواز الوقف ، كوقف النبي -صلى الله عليه وسلم- من ذلك : ما ورد عن عمرو بن الحارث أنه قال: " ما ترك رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عند موته درهماً، ولا ديناراً، ولا عبداً، ولا أمة، ولا شيئاً إلا بغلته البيضاء

(1) النيسابوري، مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم، ج3، ص 79، حديث رقم 2363، دار الجيل، بيروت.

(2) البيهقي، أحمد بن الحسين: السنن الكبرى، ج6، ص 160، حديث رقم 12243، 1344 هـ، مجلس دائرة المعارف، الهند.

(3) الترمذي، محمد بن عيسى: سنن الترمذي، ج 3، ص 52، حديث رقم 1375، تحقيق بشار عواد، 1998م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

(4) نفس المرجع ، ج 5، ص 73، حديث رقم 4310 .

وسلحه وأرضاً جعلها صدقة " (1)، ما رواه أبو داود في سننه، كان لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- ثلاث صفايا: بنو النضير، وخيبر، وفدك، فأما بنو النضير فكانت حبساً لنوائبه، وأما فدك فكانت حبساً لأبناء السبيل، وأما خيبر فجزأها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ثلاثة أجزاء جزأين بين المسلمين وجزءاً نفقة لأهله فما فضل عن نفقة أهله جعله بين فقراء المهاجرين(2).

وبما ورد أيضاً في وقف علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - فقد روى جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً بن أبي طالب رضي الله عنه، قطع له عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ينيب ، ثم اشترى على قطيعة عمر أشياء، فحفر فيها عيناً فبينما هم يعملون تفجر عليهم مثل عنق الجزور من الماء، فأتى علي وبشر بذلك فقال: بشر الوارث ثم تصدق بها على الفقراء والمساكين وفي سبيل الله، وابن السبيل القريب والبعيد، وفي السلم والحرب، ليوم تبيض وجهه وتسود وجهه، ليصرف الله تعالى بها وجهي عن النار ويصرف النار عن وجهي(3).

وبما ورد عن أبي هريرة - رضي الله عنه- أنه قال: " بعث النبي - صلى الله عليه وسلم - عمر بن الخطاب على الصدقات، فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال: رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيراً فأغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً وقد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله، وأما العباس، عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فهي علي ومثلها"(4).

واستدلوا بإجماع العلماء من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف، قال ابن قدامة في المغني: وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف، قال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ذو مقدرة إلا وقف(5).

قال القرطبي في تفسيره: فإن المسألة إجماع من الصحابة، وذلك أن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعلياً، وعائشة، وفاطمة، وعمر بن العاص، وابن الزبير، وجابراً، كلهم وقفوا الأوقاف، وأوقافهم بمكة والمدينة معروفة مشهورة(6). وهذا إجماع منهم فإن الذي قدر على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً.

(1) البخاري، محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، ج 3، ص 1005، حديث رقم 2588، تحقيق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير، بيروت.

(2) المسجستاني، سليمان بن الأشعث: سنن أبي داود، ج 3، ص 103، حديث رقم 2969، تحقيق الألباني، دار الكتاب العربي، بيروت.

(3) البيهقي، السنن الكبرى، ج 6، ص 160، حديث رقم 12244.

(4) المسجستاني، سنن أبي داود، ج 2، ص 32، حديث رقم 1652.

(5) ابن قدامة، موفق الدين: المغني، ج 6، ص 206، 1983م، دار الكتاب العربي، بيروت.

(6) القرطبي، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، ج 6، ص 339، تحقيق سمير البخاري، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض.

## المطلب الثاني: الأدلة الشرعية للاستثمار بالوقف

استدل الفقهاء لمشروعية الاستثمار بأموال الوقف الإسلامي بدليل القياس والمعقول منها: قاس العلماء استثمار الوقف وتتميته على مشروعية استثمار مال اليتيم، فكما لا يجوز لوصي اليتيم أن يترك مال الموصى عليه دون استثماره والاجتهاد في تتميته، وإلا ضاع المال، وهذا ينافي المصلحة الشرعية في الحفاظ على كلية المال، التي تعد إحدى الكليات الخمس التي رعاها الإسلام ودعا إلى الحفاظ عليها وشرع لها عقوبات وتعزيرات لمن أتلّفها، فهذا عمر بن الخطاب يقول في شأن تنمية مال اليتيم: " اتَّجَرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الزَّكَاةُ "(1).

وتقتضي المصلحة الشرعية المحافظة على مال الوقف، وزيادة نمائه حتى يستمر في تأدية المقاصد الاجتماعية والاقتصادية المنوطة به. فالعقار الوقفي إذا خرب مثلاً، تحكّم العقول السليمة إلى تغيير منفعته ورعايته بالشكل المشروع مع الحفاظ على طبيعته الوقفية، ولو تركت هذه الأوقاف دون تنمية لما أصبح معنى لوجود الوقف. ومما يدل على مشروعية استثمار الوقف أن احترام شرط الواقف معتبر في الفقه الإسلامي، إلا إذا دعت الضرورة إلى العدول عنه، فإنه يجوز مخالفته إذا قامت دواعي التغيير لما فيه مصلحة للوقف(2).

## المطلب الثالث: ضوابط الاستثمار بالوقف

ضوابط الاستثمار هي: تلك القواعد الكلية التي توجه سلوك المستثمر عقدياً وخلقياً واجتماعياً واقتصادياً، أي وفق الأصول والقواعد والمقاصد الكلية المنظمة للعملية الاستثمارية التي دعت إليها الشريعة في هذا النوع من التصرفات، فالغاية ليست زيادة المال في حد ذاته، بل تحقيق غايات شرعية واجتماعية واقتصادية مع زيادة المال، ومن ثم يشترط علماء الاقتصاد الإسلامي عند دراسة الجدوى الاقتصادية لمشروع ما شروطاً لسلامة العملية الاستثمارية، ومنها(3):

1\_ ضابط الحلال: ويقصد بهذا الضابط أن تكون المعاملة الاقتصادية للمشروع الاستثماري معاملة مشروعة غير محرمة العين أو لسبب وارد عليها، كالإيداع في البنوك بفوائد، أو شراء أسهم الشركات التي تعمل في مجال الحرام(4).

(1) الأصبغي، مالك بن أنس: الموطأ، ج1، ص 124، حديث رقم 588، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 1980م، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.

(2) عبد العظيم، الاستثمار الوقفي والتنمية المستدامة، ص 10.

(3) سانو، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص 85.

(4) صالح، صالحي، المنهج التنموي البديل. ص 340، رسالة دكتوراة، 1998م، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر.

2\_ ضابط التنوع: و يقصد به المحافظة على تنوع المشاريع الاستثمارية خدمة لمصلحة الأم ، فيراعى الضروري، ثم الحاجي، ثم التحسيني<sup>(1)</sup>.

3\_ ضابط اختيار مجال الاستثمار : الذي يؤمن الربح الأفضل، والريع الأعلى، مع حسن اختيار الصيغة التي تتناسب والحفاظ على الوقف وحقوقه وأفضل الشروط له، على أساس تحقيق العائد الاقتصادي المرضي لينفق منه على الجهات الموقوف عليها، أو تعمير الأصول الوقفية وصيانتها، مع اتباع أقوم الطرق وأرشدها في الاستثمار بعد الدراسة والاستشارة لأهل الخبرة، وبعد التخطيط الرشيد قبل الإقدام على الاستثمار<sup>(2)</sup>.

4\_ ضابط مراعاة عناصر السلامة الاستثمارية: إن مراعاة السلامة الاقتصادية، يقصد به المحافظة على المال العام والخاص و التقليل من الخسائر المحتملة في المشروع الاستثماري ، ولا يتحقق ذلك إلا بالتخطيط السليم وحسن المفاضلة بين مجالات الاستثمار، وبين أساليبه<sup>(3)</sup>.

5\_ ضابط مراعاة المقاصد الشرعية: إن المقصود من مراعاة المقاصد الشرعية هو النظر إلى مآل المشروع، و لآثاره على الأمد<sup>(4)</sup>.

6\_ ضابط أساس التوازن: ويقصد بذلك تحقيق التوازن من حيث الأجل والصيغ والأنشطة والمجالات لتقليل المخاطر وزيادة العوائد، فلا يجوز التركيز على منطقة أو مدينة وحرمان أخرى، أو التركيز على الاستثمارات القصيرة الأجل وإهمال المتوسطة والطويلة، أو التركيز على صيغة تمويلية دون الصيغ الأخرى، ويحقق التوازن والتنوع للمؤسسات الوقفية لتقليل المخاطر وهو أمر مطلوب في هذا المجال<sup>(5)</sup>.

7\_ المتابعة والمراقبة وتقويم الأداء: ويقصد بذلك أن يقوم المسئول عن استثمار المال سواء كان ناظراً أو مديراً أو مؤسسة أو هيئة أو أي صفة أخرى بمتابعة عمليات الاستثمار للاطمئنان على أنها تسير وفقاً للخطة والسياسات والبرامج المحددة مسبقاً، وبيان أهم الانحرافات وبيان أسبابها وعلاجها أولاً بأول، وهذا يدخل في نطاق المحافظة على الاستثمارات وتمييتها بالحق<sup>(6)</sup>.

(1) نفس المرجع، ص 342.

(2) الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص 25.

(3) انظر: صالح، المنهج البديل للتنمية، ص 343، سانو، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص 205.

(4) صالح، المنهج البديل للتنمية، ص 343.

(5) شحاتة، حسين: استثمار أموال الوقف، ص 8، بحث مقدم إلى قضايا الوقف الفقهية الأول الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع

البنك الإسلامي للتنمية 11 - 13 / 10 / 2005م، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت.

(6) نفس المرجع، ص 9.

8\_ توثيق العقود: ويقصد بذلك أن يعلم كل طرف من أطراف العملية الاستثمارية مقدار ما سوف يحصل عليه من عائد أو كسب، ومقدار ما سوف يتحمل من خسارة إذا حدثت، وأن يكتب ذلك في عقود موثقة حتى لا يحدث جهالة أو غرراً أو يؤدي إلى شك وريبة ونزاع، وتأسيساً على ذلك يجب على إدارة استثمار أموال الوقف إبرام عقود الاستثمار ومراجعتها من الناحية الشرعية والقانونية والاستثمارية بمعرفة أهل الاختصاص وفي ذلك محافظة على المال من الاعتداء عليه<sup>(1)</sup>. ولقد تناول القرآن الكريم هذه المسألة في آية الكتابة، فيقول عز وجل: ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْب الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاصِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفَعَّلُوا فإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ) [البقرة: 282].

9\_ ضابط استثمار أموال الوقف في المشروعات المحلية والإقليمية المحيطة بالمؤسسة الوقفية ثم الأقرب فالأقرب، وتجنب توجيهها إلى الدول الأجنبية، أو خارج البلاد الإسلامية<sup>(2)</sup>.

10\_ ضابط الحرص على الالتزام بشرط الواقف وأهدافه من الوقف: بحيث لا يتنافى الاستثمار مع شرط الواقف أو تحديده للوقف، إلا للضرورة أو لمصلحة الوقف كإقتطاع الغلة لعمارة الوقف أو صيانته، أو تغير الأحوال الاقتصادية والاجتماعية بما يعطل الوقف كلياً كإلخانات الموقوفة، كما يجب مراعاة الموقوف عليهم عند استثمار العين بما لا يعرض مصالحهم الخاصة للضياع كإسكن في البناء، لأن المنتفع الأول من استثمار الوقف هو الموقوف عليهم، فلا يصح إهمال مصالحهم الخاصة ولا العامة<sup>(3)</sup>.

## الخاتمة:

تؤكد الدراسة في نهايتها على أن الاستثمار في مجالات الوقف، من الضرورات الحالية الملحة في سبيل تذليل صعوبات الفقر والبطالة والعوز، من خلال تمكين المجتمعات من المشاريع الاقتصادية التي تنضوي تحت أحكام وضوابط شرعية، مما يساعدها على تقديم الدور التنموي في المجتمع، وفي الأخير يمكننا أن نجمل بعض التوصيات والنتائج وفق النقاط التالية:

(1) شحاتة، حسين: استثمار أموال الوقف، ص 8.

(2) الزحيلي، الاستثمار المعاصر للوقف، ص 25.

(3) نفس المرجع، ص 26.

- 1- ضرورة التوسع باستثمار أموال الوقف في صور جديدة لمواكبة تطورات العصر.
- 2- ضرورة الاستثمار بالوقف الذي يعد بابا من أبواب التكافل الاجتماعي.
- 3- يجب عدم تعريض أموال الوقف للمخاطر وتقديم الضمانات من قبل المستثمرين بأموال الوقف.
- 4- يجب التوازن في الاستثمارات بين المتوسطة والبعيدة المدى.
- 5- مراقبة الإدارات العاملة بأموال الوقف ووضع جهاز رقابي منفصل عنها.
- 6- يوجد عدد من الضوابط الشرعية التي تساعد على تقديم أفضل المنتجات الوقفية الشرعية.
- 7- الوقف بشكله العام يساعد في الحد من مشكلتي الفقر والبطالة، إذا ما وجه إلى الطريق الصحيح في استخدامه.

## المصادر والمراجع:

- 1- ابن المبرد، يوسف بن حسن: الدرّ النقي في شرح ألفاظ الخرقى، تحقيق رضوان مختار، 1411هـ، دار المجتمع، جدة.
- 2- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم: القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، 1951م، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة.
- 3- ابن عابدين، محمد أمين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. تحقيق عادل عبد الموجود و علي معوض، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض.
- 4- ابن قدامة، موفق الدين: المغني، 1983م، دار الكتاب العربي، بيروت.
- 5- ابن منظور، جمال الدين محمد، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، 1434، بيروت، دار إحياء التراث العرب، بيروت.
- 6- الأزهرى، محمد بن أحمد: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، 1414هـ، دار الفكر، بيروت.
- 7- الأصبحي، مالك بن أنس: الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 1980م، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- 8- بابكر، خليفة: استثمار موارد الأوقاف (الأحباس)، بحث مقدم إلى مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، 2003.
- 9- البخاري، محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، 1987، ط 3، دار ابن كثير، بيروت.
- 10- البهوتي، منصور بن يونس: الروض المربع شرح زاد المستنقع، تحقيق سعيد اللحام، دار الفكر، بيروت.
- 11- البيهقي، أحمد بن الحسين: السنن الكبرى، 1344 هـ، مجلس دائرة المعارف، الهند.
- 12- الترمذي، محمد بن عيسى: سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد، 1998م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- 13- جعيط، كمال الدين: استثمار موارد الأحباس، بحث مقدم إلى مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.
- 14- الدردير، أحمد بن محمد العدوي: أقرب المسالك، 1987م، مكتبة رحاب، الجزائر.
- 15- دنيا، أحمد شوقي: تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي، 1984م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- 16- الرازي، محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، 1995م، مكتبة لبنان، بيروت.

- 17- الرصاع، محمد الأنصاري: شرح حدود بن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان، 1993م، دار الغرب الإسلامي.
- 18- الزحيلي، محمد: استثمار أموال الوقف، بحث مقدم إلى مؤتمر الشارقة للوقف الإسلامي، 2005.
- 19- الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط 2، 1985م، دار الفكر، دمشق.
- 20- الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد: أساس البلاغة، 1979م، دار الفكر، لبنان.
- 21- سانو، قطب مصطفى: الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، 2000م، دار النفائس، الأردن.
- 22- السجستاني، سليمان بن الأشعث: سنن أبي داود، تحقيق الألباني، 2011، دار الكتاب العربي، بيروت.
- 23- شحاتة، حسين: الضوابط الشرعية والأسس المحاسبية لصيغ استثمار أموال الوقف، بحث مقدم إلى ندوة قضايا الوقف الفقهية، في الفترة من 6 - 8 المحرم 1424 للهجرة، الموافق من 9 - 11 مارس 2003م، الأمانة العامة، الكويت.
- 24- شحاتة، حسين: استثمار أموال الوقف، بحث مقدم إلى قضايا الوقف الفقهية الأول الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية 11 - 13 / 10 / 2005م، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت.
- 25- صالح، صالح: المنهج التنموي البديل، رسالة دكتوراة، 1998م، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر.
- 26- عبد العظيم، أحمد: الاستثمار الوقفي والتنمية المستدامة، 1433.
- 27- عمر، محمد عبد الحليم: الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعته، بحث مقدم إلى الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقدة بمسقط (سلطنة عمان) 9 - 11 / 3 / 2004م.
- 28- الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد: المستصفى في علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، 1413هـ، دار المعرفة، بيروت.
- 29- الغنيمي، عبد الغني: اللباب شرح الكتاب: تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ط4، 1961م، مكتبة ومطبعة محمد صبيح، مصر .
- 30- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق يوسف البقاعي، 1415هـ، دار الفلك، بيروت.
- 31- قحف، منذر: تمويل تنمية أموال الوقف، صيغة وورد .
- 32- قحف، منذر: الوقف الإسلامي تطوره إدارته وتنميته، 2000م، دار الفكر المعاصر، دمشق.
- 33- القره داغي، علي محيي الدين، استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة - المكتبة الشاملة الحديثة، صفحة، 466، العدد الثالث.
- 34- القرطبي، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق سمير البخاري، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض.
- 35- قليبوي، أحمد بن أحمد، حاشية قليبوي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، 1998م، دار الفكر، لبنان.
- 36- الكبيسي، محمد عبيد: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، 1977م، مكتبة الإرشاد، بغداد.

- 37- لعمارة، جمال: اقتصاد المشاركة، 2000م، مركز الإعلام، مصر.
- 38- المرادوي، علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 1419هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- 39- الموسوعة الفقهية الكويتية صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط2، دار السلاسل، الكويت.
- 40- النسفي، عمر بن محمد: طلبة الطلبة، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، 1416هـ، دار النفائس، الأردن.
- 41- النيسابوري، مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم، دار الجيل، بيروت.

## مدى الاستغناء بالمباشرة والتسبب في الفعل الضار عن علاقة السببية

### The Extent of Dispensing with Direct and Causing the Harmful Act by a Causal Relationship

محمد يحيى عبدالرحمن المحاسنة\*

#### الملخص

القانون المدني الأردني ونقلًا عن الفقه الإسلامي قسّم الفعل الضار إلى مباشرة وتسبب ، وجعل تحقق المسؤولية بلا شروط مع المباشرة، واشترط التعدي كحد أدنى في التسبب ، وهو بذلك يجعل الإضرار بالمباشرة كافيًا بذاته لتحقيق المسؤولية دون شروط ، وهذا يدل على أن هذا التقسيم يؤدي إلى الاستغناء عن علاقة السببية كركن في المسؤولية، إلا أن الأمر لم يتضح بجلاء حتى الآن في أحكام القضاء ، ولذلك كان هذا البحث لبيان ما إذا كان يمكن الاستغناء بالمباشرة والتسبب عن علاقة السببية .

**الكلمات الدالة:** وظيفة المباشرة، الاستغناء عن علاقة السببية، التعمد، وظيفة التسبب، التعدي، الخطأ.

#### Abstract

The Jordanian civil law quoting from the Islamic Jurisprudence divided the harmful act into direct and causing act and made the responsibility incurred without conditions with the direct and stipulated the transgression as a minimum with the caused and by this it makes no harm in the direct action sufficient in itself to active responsibility without conditions. This indicates that this division leads to dispensing with causal relationship as a pillar of responsibility but this issue has not been clearly evident in the Jordanian judiciary rulings, and therefore this research was conducted to show if it is possible to dispense with direct and causing the harmful act by a causal relationship.

**Keywords:** The Function of the Direct, The Function of the Cause, Dispensing with Causal Relationship, Intentionality Infringement, Error.

## المقدمة

### إشكالية الدراسة:

إشكالية هذه الدراسة تتمثل في ( إن القانون المدني الأردني استبعد كون علاقة السببية ركنا في المسؤولية التقصيرية في حالة الفعل الضار الذي يتم بالباشرة ، حيث ورد النص في المادة 257 على أنه إذا كان الفعل بالباشرة لزم الضمان ولا شرط له، ومع ذلك يتكلم القضاء الأردني عن علاقة السببية كركن في المسؤولية ) . هذه الإشكالية نتجت عن تقسيم الفقه الإسلامي فعل الإضرار الموجب للضمان إلى مباشرة وتسبب ، واعتبر أن المباشرة لا شرط للضمان معها، واشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر مع التسبب ، ووضع المشرع الأردني هذه الأحكام في القانون المدني الأردني في المواد 256 ، 257 ، 258 ، باب الفعل الضار، والمسؤولية المدنية في القوانين المقارنة تثبت بثلاثة أركان عمل غير مشروع وضرر وعلاقة سببية بينهما ، والمشرع الأردني يقول بأن مسؤولية المباشرة بلا شروط.

### أهداف الدراسة:

أولاً: إيضاح أن المشرع الأردني أراد الاستغناء عن علاقة السببية، وهذا الاستغناء لا يعني عدم وجود علاقة سببية في الواقع ، لكن الذي يحصل هو أن المباشرة والتسبب كانا وسيلتين بتحققهما تكون علاقة السببية موجودة ضمناً ولا يلزم عناء البحث عنها.

ثانياً :- إيضاح أن الحالة الأخيرة مع التسبب وهي أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر هي الحالة الوحيدة التي بشأنها يتم الاعتداد بعلاقة السببية.

ثالثاً: إيضاح أن المشرع الأردني ونقلنا عن الفقه الإسلامي إنما جعل للمباشرة والتسبب وظيفة تغني عن وظيفة علاقة السببية كركن في المسؤولية التقصيرية .

### الدراسات السابقة:

مع وجود دراسات سابقة تناولت المباشرة والتسبب على شكل رسائل أو أبحاث إلا أن إشكالية هذه الدراسة لم تكن موجودة في أي من هذه الدراسات، ويمكن القول بأن لا دراسات سابقة في هذا الموضوع.

### منهجية البحث:

سنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي للنصوص.

ولتوضيح هذه المفاهيم كان هذا البحث الذي سنقسمه إلى ثلاثة مباحث ، نخصص الأول منها لبيان حقيقة مفهوم المباشرة والتسبب ، والمبحث الثاني سنخصصه لبيان وظيفة المباشرة والتسبب، وأما المبحث الثالث فنخصصه للمباشرة والتسبب وتطبيقات القضاء الأردني .

## المبحث الأول

### حقيقة مفهوم المباشرة والتسبب

سنفرد لهذا المبحث مطلبين، الأول منهما لبيان حقيقة مفهوم المباشرة، والثاني لبيان حقيقة مفهوم التسبب.

#### المطلب الأول: حقيقة مفهوم المباشرة:

المباشرة لغة هي الملامسة والوصل<sup>1</sup>، وتعني اصطلاحاً فعل متولي الأمر بنفسه، وإلى هذا المعنى ذهب صاحب شرح المجلة (الباز) الذي قال بأن المباشر هو من يلي الأمر بنفسه<sup>2</sup>، وهذا المعنى الاصطلاحي هو المعنى الذي نرجح، لأن به تتحدد علة الهلاك من غير جهد، وهو معنى أوسع وأشمل لحالات المباشرة مما قال به الأحناف بأن المباشرة هي إيصال الآلة بمحل التلف<sup>3</sup>، فالمعنى الأول (تولي الأمر بنفسه) يتسع لحالات يأخذ فيها الفاعل الأمر على عاتقه لإحداث نتيجة الفعل الضار، وهو يظهر بمظهر المتسبب، وهي الحالات التي اضطرت الفقه إلى إيجاد استثناءات على حكم إضافة المسؤولية إلى المباشر عند اجتماعه مع المتسبب<sup>4</sup>، وهي الحالات التي يجزم فيها بأن دور المتسبب كان أكثر قرباً إلى النتيجة من دور المباشر للفعل.

وعليه فإن الحالة التي يصدم فيها سائق سيارة مسرعة سيارة أخرى متوقفة ويقذفها إلى الأمام فتصدم سيارة ثالثة وتلحق بها الأضرار، هذه الحالة إذا أخذت على معنى المباشرة بأنها إيصال الآلة بمحل التلف، فإن سائق السيارة المتوقفة يكون هو المباشر، ثم يضطر من يطبق القانون إلى اللجوء إلى الاستثناءات لتحميل المسؤولية إلى المتسبب لوضوح دوره في إحداث النتيجة، أما معنى تولي الأمر بنفسه بالنسبة للمباشر فإنه يجعلنا نتقبل فكرة أن السائق المسرع الأول الذي صدم السيارة الواقفة هو المباشر، وإلى هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز الأردنية<sup>5</sup> في حكم لها جعلت فيه المسؤولية على سائق ظهر بمظهر المتسبب في الحادث لكن المحكمة اعتبرته مباشراً وأضافت المسؤولية إليه تطبيقاً للمادة 258 مدني أردني التي تجعل الضمان على المباشر عند اجتماعه مع المتسبب. ويذهب الفقه الإسلامي إلى ما يؤكد هذا المعنى للمباشرة، وذلك عندما حدد للمباشرة نوعان وهما مباشرة العلة ومباشرة الشرط<sup>6</sup>، وأوضح جانب من الفقه معنى مباشرة العلة بقوله<sup>7</sup> إن العلة هي ما لا واسطة بينه وبين التأثير، ومثاله أن يمسك الفاعل إناء غيره ويكسره بيده فهو مباشر علة، أما مباشرة الشرط فهي عندهم ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون أن يكون جزءاً منه حقيقة، بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، وأفضل مثال يجمع مباشرة العلة ومباشرة الشرط هو قطع حبل القنديل، فقاطع الحبل مباشر علة بالنسبة لقطع الحبل، وهو مباشر شرط بالنسبة إلى كسر القنديل لأن قطع الحبل شرط لسقوط القنديل وانكساره، ولذلك فإن هذه

(1) الفيومي \_ أحمد بن محمد المقرئ \_ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. ط 1 \_ المطبعة الأميرية \_ القاهرة \_ سنة 1921، ج1، ص 49.  
(2) الباز \_ سليم رستم \_ شرح المجلة \_ ط3 \_ دار إحياء التراث العربي \_ بيروت \_ سنة 1882 \_ ص 60.  
(3) الكاساني \_ أبو بكر مسعود \_ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع \_ ط2 \_ دار الكتاب العربي \_ بيروت سنة 1982 \_ ج7 \_ ص 165.  
(4) الزرقا \_ مصطفى \_ الفعل الضار والضمان فيه \_ ط1 \_ دار القلم \_ دمشق \_ سنة 1988 \_ ص87.  
(5) محكمة التمييز الأردنية \_ رقم 245 / 1986 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 1 / 4 / 1986 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1986 \_ ص 1260.  
(6) الزليعي \_ فخر الدين \_ 1315 هـ \_ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار العرفة للطباعة والنشر، بيروت، سنة بلا، ج1، ص 147 .  
(7) القاضي \_ منير \_ شرح المجلة \_ ط بلا \_ مطبعة الخيرية والمعاني \_ بغداد \_ سنة 1947 \_ ج2 \_ ص312.

الصورة من الفعل لديهم هي مباشرة<sup>1</sup> ، وهو نفس المثال الذي ذكر في بعض كتب القانون باعتباره فعل تسبب بالنسبة لكسر القنديل<sup>2</sup> .

### المطلب الثاني: حقيقة مفهوم التسبب:

التسبب اصطلاحاً لدى الفقه<sup>3</sup> يعني: (ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته فيوجد الحكم عنده لا به)، وقالوا بأن السبب لا تأثير له في الوجود بل هو وسيلة كالحبل يتوصل به إلى إخراج الماء من البئر ، فليس هو المؤثر في الإخراج بل المؤثر حقيقة هو جهد وحركة المستسقي للماء ، إنما هو ( الحبل ) وسيلة يتوصل بها إلى الماء، وعرف الأحناف التسبب في مجلة الأحكام العدلية المادة ( 888 ) بقولهم ( هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ، ويقال لفاعله المتسبب<sup>4</sup> .

فالتسبب يحصل بفعل هو الذي يمهّد ويسهل للوصول إلى النتيجة من خلال تمكين المباشر للفعل الأول من الوصول إلى النتيجة ، التي لولا التسبب لكان هنالك احتمال أن لا يصل المباشر للفعل الأول إلى النتيجة، وعرفه جانب آخر من الفقه بقوله هو ( عندما يكون الضرر ناتجاً ليس عن السبب الأصلي مباشرة بل عن علة أخرى متوقع حدوثها غالباً من هذا السبب على جري العادة ). ومن خلال هذه التعريفات تظهر أهم سمة في التسبب التي أدت إلى وجوب أن يلحقها جانب من الفقه<sup>6</sup> ويشير إليها بقوله ( وعليه فإن التسبب لا يكون من القوة بمكان لأن يوجد النتيجة وإنما يوجد التسبب وضعا يترتب على وجوده الضرر ، وأن فعل الجاني لا يستقل بإحداث النتيجة وإنما يشترك معه عوامل أخرى )، ولذلك كان تعريف الشافعية يصب في اتجاه هذا المعنى ويكشف أيضاً عن سمة التسبب هذه، وقد عرفوا التسبب بقولهم<sup>7</sup> هو ( ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله ) وقالوا أيضاً هو ( إيجاد علة مباشرة )، ومما لا شك فيه أن ما يظهر من التسبب كمفض إلى الضرر أن يتوسط بين الفعل الأول والنتيجة فعل آخر أو علة يوجد بها الفعل الأول، وهو يضعف ارتباط الفعل الأول الأصلي بالنتيجة إذا ما قورن بالباشرة، ففعل الباشرة مفض إلى النتيجة لا محالة وهو علتها . والملاحظ هنا أن فعل المتسبب يتصل بالنتيجة، لكنه من حيث الارتباط بها وجعله علة لها هو أقل قوة وارتباطاً من فعل الباشرة ، وهذا الأمر ترتب عليه أن جعل الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني يتطلبا شروطاً في التسبب حتى يكون المتسبب ضامناً للضرر، وذلك من أجل التأكد من قوة دور التسبب في إحداث النتيجة، في حين أنهما أي الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني لم يذكر أي شرط

(1) الحباري \_ عمر هاشم \_ الضمان بالتسبب في القانون المدني الأردني \_ دراسة مقارنة \_ رسالة دكتوراة \_ جامعة عمان العربية للدراسات العليا \_ عمان الأردن \_ سنة 2006 \_ ص 22.

(2) سلطان \_ أنور \_ مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني \_ ط 1 \_ منشورات الجامعة الأردنية \_ سنة 1988 \_ ص 247 .

(3) الدمشقي \_ الشيخ عبدالقادر بن أحمد بن مصطفى \_ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد \_ ط بلا \_ إدارة الطباعة المنيرية \_ القاهرة \_ سنة بلا ج 3 \_ ص 241 .

(4) مجلة الأحكام العدلية ( المادة 888 ) .

(5) المحمصاني \_ صبحي \_ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية \_ ط 3 \_ دار العلم للملايين \_ بيروت سنة 1983 \_ ص 197 .

(6) الحباري \_ عمر هاشم \_ المرجع السابق \_ ص 20 .

(7) الدمشقي \_ المرجع السابق \_ نفسه .

مع المباشرة ليكون المباشر ضامنا للضرر، ولم يكن ذلك إلا لأن المباشر يتولى الأمر بنفسه ولا يحتمل أن يكون له شريك أو معاون في إحداث النتيجة، وأنه مع التسبب هنالك إمكانية قائمة دائما على إمكانية أن يكون هنالك شيء ما تدخل وكان من الممكن أن يكون له دور، وهذه الشروط التي تطلبها الفقه الإسلامي والمشرع الأردني في التسبب لم تكن إلا من أجل التأكد من وجود الرابط بين فعل المتسبب والنتيجة وجعل المتسبب هو المسؤول عنها، أو لأن ارتباط فعل المتسبب كان أقوى من العوامل الأخرى ليكون هو المسؤول. ومن هنا يمكننا أن نستنتج أن تنظيم فكرة المباشرة والتسبب إنما كان ليقوما بوظيفة ودور علاقة السببية، وهو لا ينفى وجود السببية، وإنما يعني إيجاد أدوات أسهل للاستدلال على الارتباط فيما بين الفعل الفاعل والنتيجة المتمثلة بالضرر.

## المبحث الثاني

### وظيفة المباشرة والتسبب

سنخصص المطلب الأول من هذا المبحث لبيان وظيفة المباشرة، والمطلب الثاني سيكون لبيان وظيفة التسبب، وأما المطلب الثالث فسيخصص لبيان دور اجتماع المباشرة والتسبب في الاستدلال على الوظيفة.

#### المطلب الأول: وظيفة المباشرة:

تنص المادة 256 من القانون المدني الأردني على ( كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)، والمادة 257 على أن ( 1. يكون الإضرار بالمباشرة والتسبب. 2. فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإن كان بالتسبب فيشترط التعدي أو العمد أو يكون الفعل مفضيا إلى الضرر )، وتحليل هذه النصوص يفضي إلى القول بما يلي:

أولا : إن المادتين 256 و 257 تكلمتا عن إضرار وليس مجرد فعل، والإضرار فعل يلحق بالغير ضررا لا محالة، وعليه فإن القانون الأردني لم يتكلم عن ضمان إضرار عن أي فعل تم بالمباشرة ما لم يلحق ضررا، والإضرار لا يكون كوصف لفعل إلا إذا كان الفعل غير مشروع، لأن نتائج الفعل غير المشروع دائما تفضي إلى ضرر وإلا لما وصف بأنه غير مشروع، وعليه فإننا لا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه عندما قال ( كيف يمكن لشخص أن يقوم بأعماله دون خوف في ظل نص المادة 257 من القانون المدني الأردني، التي تجعل المباشر يضمن الأضرار الناتجة عن فعله ولو كان محقا في هذا الفعل إذ قد يكون الفعل مشروعا ومع ذلك يسأل فاعله عن الأضرار التي تترتب عليه)، فالفعل المشروع لا يوصف بأنه إضرار ولو كان هداما أو إزالة لبناء بأمر القانون كتفويض لحكم قضائي، والمادة 257 عندما نصت على أن لا شرط مع المباشرة لم يكن المقصود مباشرة أي فعل ولو كان مشروعا وإنما مباشرة ما قالت عنه المادة إضرارا وليس مجرد فعل.

ثانيا : إن الإضرار إذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، ولتحديد ما هو الفعل الضار في هذه الحالة وما هو وصفه عندما يكون بالمباشرة، يمكن البدء من المباشرة التي لا تعدو أن تكون تولي الفاعل للأمر بنفسه وهو محدث النتيجة دون تدخل من شيء آخر، وبهذا الوصف فإن الفعل ينطوي على التعدي كحد أدنى، ويكون التعدي

موجودا ضمنا عند اجتماع الإضرار والمباشرة معا، ولذلك ورد في النص أن لا شرط مع المباشرة ، وعندما يقال لمن يطبق القانون أن لا شرط مع المباشرة إذا أفضت إلى إضرار ، فإنما يراد منه أن يتوقف عند هذا الحد ولا يفكر بشرط آخر ليحكم بتحقيق المسؤولية ، وما سيتوقف عن التفكير به كشرط آخر وما سينصرف عنه حقيقة هو علاقة السببية، لأننا إن اشتربنا مع المباشرة المفضية إلى ضرر شرط علاقة السببية يكون فعلنا هو من باب لزوم ما لا يلزم، وافترض التعدي الذي يستنتج من الحكم بالضمان على مباشر الإضرار دون شروط يؤيده جانب من الفقه<sup>1</sup> عندما اعتبر أن المباشرة تقوم علة بذاتها وسببا للإضرار بذاته ، ولا يجوز إسقاط حكم المباشرة بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي ، والإضرار بذاته يتضمن معنى التعدي ، فالإضرار هو تجاوز الحد على حق الغير ، وفي هذا الاتجاه ذهبت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني عندما اعتبرت أن الإضرار مطلوب في عموم الأحوال سواء في المباشرة أو التسبب<sup>2</sup> ، ويرى جانب من الفقه أن افتراض التعدي هو من قبيل الأخذ بقرائن الأحوال والإمارات، وأكثر العلماء يقرون باعتبارها أو الحكم بمقتضاها كما أخذ بها عمر وعثمان وعبدالله بن مسعود رضي الله عنهم جميعا<sup>3</sup>.

ثالثا: أما بالنسبة لمسؤولية غير المميز فإننا لا نرى في تضمين غير المميز في حالة المباشرة للإضرار خروجاً على القاعدة، فغير المميز يمكنه مباشرة الإضرار والتعدي مفترض مع المباشرة ، ولا يدفع هذا القول بأن غير المميز على العموم لا يعرف التعدي ولا يعي مجاوزة الحد ، لأن معيار التعدي عند الفقه هو معيار موضوعي لا يعتد معه بظروف المباشر ، وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام<sup>4</sup> الجواب مشروع لطلب ما فات من المصالح والزواج مشروع لدرء المفساد ، والغرض من الجواب جبر ما فات من المصالح وحقوق الله تعالى وحقوق عباده ، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر أتما ، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواج فإن معظمها لا يجب إلا على عاص زجرا له عن المعصية.

رابعا : إن الذي مكن الفقه الإسلامي من الاستغناء عن البحث عن علاقة السببية هو تجزئة الفعل إلى نوعين مباشرة وتسببا ، وهذا التقسيم مكن من حصر مزايا في المباشرة وهي التي مكنت من الاستغناء عن البحث عن علاقة السببية رغم عدم إنكار وجودها، وهذا الاتجاه محمود في فن صنعة القانون، لأن من يقدر على استبدال المادي بالمعنوي يذهب إلى الماديات المحسوسة والأسهل في البحث عنها والتعرف على وجودها مما هو معنوي فقط .

### المطلب الثاني : وظيفة التسبب:

حددت المادة 257 مدني أردني أن المباشرة والتسبب كلاهما يتم بهما الإضرار ، لكنها في الفقرة الثانية ميزت بينهما حين جعلت المباشر ضامنا بلا شروط ، والمتسبب على خلاف ذلك لا يضمن إلا إذا تعدى أو تعمد أو كان

(1) الزرقا \_ مصطفى \_ المرجع السابق \_ ص 40 .

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني \_ المرجع السابق \_ ص 82 .

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية \_ الموسوعة الفقهية \_ الكويت \_ ح 1 \_ ص 234 ..

(4) الشوكاني \_ محمد بن علي \_ نيل الأوطار \_ ط بلا \_ دار الجيل \_ بيروت \_ سنة 1937 \_ ص 251 .

فعل المتسبب مفضيا إلى ضرر ، ومن خلال ما استعرضناه لمعنى التسبب والمباشرة وتحليل النصوص سنحاول معرفة أسباب الاختلاف في الحكم ، ولماذا كان هذا الاختلاف وفق ما يلي :

أولا : تحليل النصوص يقود إلى القول بأن تمييز التسبب باشتراط التعدي أو التعمد أو يكون الفعل مفضيا إلى ضرر لا يعني أبدا أن المشرع الأردني يقيم المسؤولية على الخطأ ، فالمستقر الثابت من خلال تقرير مسؤولية المباشر في كل الأحوال ، حتى لو كان الفاعل غير مميز ، كان انطلاقا من قاعدة أن الفقه الإسلامي أخذ بقاعدة جبر ما فات من المصالح بثبوت نسبة الإضرار إلى المباشر للفعل أو المتسبب به ، حتى إنه ألزم الصغير غير المميز والمجنون بجبر الضرر<sup>1</sup> ، وهذا يفضي إلى نتيجة وهي أنه من غير المعقول أن المشرع الأردني أخذ بجبر الضرر وما فات من المصالح في المباشرة وأنه عاد عن القاعدة في التسبب ليجعل المسؤولية مبنية على الخطأ .

ثانيا : ثبت لدينا من خلال هذه الدراسة<sup>2</sup> أن التسبب يكون فيه فعل المتسبب أقل ارتباطا بالنتيجة وحصول الضرر، ومعنى ذلك أننا يجب أن نسلم بأنه في حالة التسبب قد يكون فعل المتسبب هو ما أفضى إلى الضرر فيكون إضرارا (عملا غير مشروع) ، أو أن يكون فعل المتسبب غير مرتبط بالنتيجة وبالتالي هو غير مسؤول لأن فعلا آخر غير فعل المتسبب أو علة (سببا آخر) هو الذي أحدث النتيجة، وهكذا يكون فعل المتسبب غير مرتبط بحصول الضرر، ولو أردنا ضرب مثال لذلك فإن من وضع كلابا في مزرعة وأغلق عليها أبواب المزرعة بحيث لا تستطيع الخروج، ووضع التحذير كتابة ورسم على جدران المزرعة وأبوابها بوجود الكلاب الخطرة في داخل المزرعة، فإن الحقت الكلاب أذى بشخص آخر وذلك على احتمالين، الأول أن صاحب المزرعة يكون مسؤولا إن هو نسي الباب مفتوحا فتسللت الكلاب إلى الخارج وألحقت ضررا بالغير، والثاني أن يكون الشخص المضروب هو الذي تسلق سور المزرعة والأبواب مغلقة رغم التحذير وقفز إلى داخلها فألحقت به الكلاب أذى، فلا يكون صاحب المزرعة مسؤولا، فارتباط فعل صاحب المزرعة بالنتيجة في الاحتمال الثاني أقل منه في الاحتمال الأول ، وفي الحالتين كان فعل صاحب المزرعة تسببا، وكان فعله في الحالة الأولى ناتجا عن اهماله وتقصيره بمعنى تعديه وبذلك لم نستطع ربط فعل المتسبب بالنتيجة إلا من خلال التعدي ، ومن هنا يثبت لنا أن التعدي أو التعمد في حالة فعل المتسبب يقومان بفعل علاقة السببية ويؤديان وظيفتها ، ولذلك اشترطا مع التسبب ولم يشترطا مع المباشرة ، والبحث عن تعد أو تعمد هو بحث عن أمور موضوعية وليس تطبيقا لعلاقة السببية باعتبارها ركنا ثالثا يتم استعماله لبيان ارتباط الفعل بالنتيجة ، بمعنى أن البحث كان عن شروط موضوعية في سلوك المتسبب وليس سؤالا صريحا عن علاقة السببية .

ثالثا : أما ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 257 وهو الشرط الثالث الذي تطلب أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر إن لم يكن تعديا أو تعمدا ، هذه العبارة تضيف حالة ثالثة يضمن معها المتسبب غير حالتي التعمد والتعدي، والأرجح أن المقصود منها هو حالة ثالثة وهي حالة التسبب الذي تجري معه العادة بالوصول إلى النتيجة وهي الضرر دون إهمال أو تقصير بمعنى التعدي أو التعمد وإن كان للفعل ارتباط بالنتيجة<sup>3</sup>، والمرجح لدينا أن

(1) ابن عابدين \_ محمد أمين بن عمر \_ رد المحتار على الدر المختار \_ ط 3 \_ مطبعة مصطفى البابي الحلبي \_ القاهرة \_ سنة 1984 ص 274

(2) انظر المبحث الأول من هذه الدراسة .

(3) القرافي \_ أحمد بن إدريس الذخيرة ط بلا \_ دار الفكر الإسلامي \_ القاهرة \_ سنة 1934 \_ ص 42 .

العبارة ما أضيفت إلى النص إلا من باب الاحتياط لحالات لا يثبت فيها التعدي أو التعمد وإن كان الفعل فيها يصلح سببا للنتيجة التي هي الضرر ، ولو أردنا افتراض مثال على هذه الحالة ، فإن من يملك قطعة أرض وسط حي جميع مبانيه من القصور والفلل الجميلة لكنه بنى على قطعه بناء بدائيا من حجر وطنين لأسباب تتعلق بشخصيته ومزاجه ، في هذه الحالة ومع أن التعدي غير متحقق إلا أن نقصان قيمة المباني المجاورة له علاقة وارتباط وناتج عن فعل المتسبب. ولا تضيف حالة تعدد المتسببين وتوزيع المسؤولية عليهم بالتساوي أو كل بنسبة مساهمته أي معنى إضافي يتعلق بوظيفة التسبب، ولكن تبقى هذه الحالة الأخيرة وهي حالة أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر كشرط للتسبب هي الحالة الوحيدة التي قد تستدعي من القاضي عناء البحث في علاقة السببية بين الفعل والنتيجة في القانون الأردني.

### المطلب الثالث: دور اجتماع الباشرة والتسبب في الاستدلال على وظيفتهما:

نصت المادة 258 من القانون المدني الأردني على أن ( إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)، وهذه القاعدة محل اتفاق عند جمهور الفقهاء والمذاهب الأربعة<sup>1</sup> ، وقد علل الفقه هذا الحكم على اعتبار أن التسبب عند اجتماعه مع الباشرة لا يخلو أن يكون إلا سببا لا يعمل في إحداث الضرر منفردا عن الباشرة ، وإما سببا يعمل في إحداث الضرر منفردا لكنه صار مغلوبا بوجود الباشرة بأن قطعت أثره في إحداثه ، ويرى جانب من الفقه<sup>2</sup> بأن العبرة بإضافة الحكم إلى المباشر إذا اجتمع مع المتسبب يكمن في أن الفعل ألصق بالمباشر من المتسبب فيكون هو الضامن للضرر ، ولو كان المتسبب متعديا فإن المباشر أولى بتحمل التبعة من المتسبب، ويرى آخر<sup>3</sup> أن المباشر هو علة الضرر في الواقع وهو المؤثر الأقوى في حدوثه ، أما دور المتسبب فهو ضعيف ولم يستقل وحده بالفعل إذا قيس بفعل المباشر.

لكن إطلاق قاعدة إضافة الحكم إلى المباشر عند اجتماعه مع المتسبب، لم يتقبلها الفقه في أحوال أشاروا إليها<sup>4</sup> بالقول أن لا مساغ لتطبيق القاعدة القائلة بتقديم المباشر على المتسبب ، نظرا لانعدام رجحان الباشرة تارة، أو لتناسبها مع التسبب تارة أخرى ، بل يكون الحكم أن يضمن المتسبب على وجه الانفراد حال رجحانه على المباشر، وأن يشترك معه في الضمان عند تناسب فعليهما ويرى جانب من الفقه<sup>5</sup> أن هذا الخروج على القاعدة إنما كان بسبب اجتهادات فقهية لمسائل واقعية وافتراضية حاولوا الإجابة عليها، ولذلك جاءت أحكامهم على شكل أمثلة في أغلبها ، وقد حاول فقهاء المحدثين<sup>6</sup> استقراء هذه الفروع من أجل التوصل إلى معايير تضاف بموجبها المسؤولية

(1) عند الحنفية السرخسي \_ شمس الدين \_ المبسوط \_ ط بلا \_ مطبعة السعادة \_ القاهرة \_ بلا تاريخ \_ ج 2 ص 72، والمالكية القرافي

\_ أحمد بن إدريس \_ ط بلا \_ أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق \_ دار إحياء الكتب العربية \_ سنة 1923 \_ ج 2 \_ ص 208 ، والشافعية الخطابي \_ أحمد بن محمد إبراهيم \_ معالم السنن شرح سنن أبي داود \_ ط بلا \_ المطبعة العلمية \_ حلب \_ سنة 1931 \_ 4 / 7 ، والحنابلة الشوكاني \_ محمد علي \_ المرجع السابق \_ ج 7 \_ ص 11.

(2) الزرقا \_ مصطفى \_ المرجع السابق \_ ص 147 .

(3) الحيازي \_ عمر هاشم \_ المرجع السابق \_ ص 253 \_ 256 .

(4) الحيازي \_ عمر هاشم \_ المرجع السابق \_ ص 270 .

(5) الحيازي \_ عمر هاشم \_ المرجع نفسه .

(6) الشيرازي \_ إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق \_ 476 هـ \_ المهذب في فقه الإمام الشافعي \_ ط بلا \_ مطبعة عيسى الحلبي \_ القاهرة \_ بلا تاريخ \_ ج 2 \_ ص 177 .

إلى المتسبب دون المباشر ، وذكروا ذلك على شكل استثناءات أضافوا فيها الحكم إلى المتسبب إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب ، وإذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر ، وإذا كان التسبب من قبيل التعرير بالمباشر وكان المباشر معذورا في اغتراره ، وإذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسؤولية المتسبب ، أو لابس مسؤولية المباشر ما يقتضي تخفيف مسؤولية المباشر ، وإذا تعذر تضمين المباشر ، وإذا كان التسبب بطريقة الإكراه للمباشر ، ويرون أيضا إشراك المتسبب والمباشر في الضمان عندما يتساوى التسبب والمباشرة في إحداث الضرر ، وقالوا أيضا إن المتسبب لا يضمن مع المباشر إذا كان التسبب لا يعمل منفردا بالإتلاف كما في الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل شيئا بدون إلقاء ، أما إذا كان التسبب يعمل بانفراده فيشتركان في الضمان ، ومثاله اشتراك شخصين في قيادة دابة سائق وراكب ، فوطئت الدابة مالا لآخر لزمهما الضمان لأن السوق وحده ( التسبب ) متلف وإن لم يكن على الدابة راكب ( والراكب يكون هو المباشر )<sup>1</sup> ومن خلال استعراض هذه الأحكام يتبين لنا ما يلي :

أولا : أن ما ورد من استثناءات على حكم تقديم المباشر على المتسبب في حال اجتماعهما ، فإنها لا تؤثر على وظيفة كل من المباشرة والتسبب ، وهي تأكيد على كل منهما ( المباشر والمتسبب ) مرتبط بالنتيجة وهي الإضرار .

ثانيا : أن ما ورد من استثناءات على قاعدة تقديم المباشر على المتسبب عند اجتماعهما إنما كان بسبب وجهة نظر بعض الفقهاء في تعريف المباشرة بضرورة وصول الآلة إلى محل التلف ( الضرر ) ، وأنه لو أخذ معنى المباشرة على المعنى الذي رجحناه وهو تولي الفاعل للأمر بنفسه ، فإن ذلك يوسع معنى المباشرة ويجعله يشمل الحالات المستثناة التي ذكرت ، فيصبح من يقال له متسببا في هذه الحالات الاستثنائية مباشرة بالتأكيد بناء على توليه للأمر بنفسه، وإنما لو أخذنا بهذا التعريف لما كان هنالك حالات استثنائية على قاعدة إضافة الحكم إلى المباشر عند اجتماعه مع المتسبب .

### المبحث الثالث

#### المباشرة والتسبب وتطبيقات القضاء الأردني

في هذا المبحث سنبين مدى اتصال أحكام القضاء بالمفهوم والوظيفة لكل من المباشرة والتسبب وسيكون ذلك على الخصوص في أحكام محكمة التمييز ، لأنها المحكمة التي تمارس وظيفة توحيد المنطق القضائي لدى المحاكم الأدنى درجة، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول للتطبيقات القضائية ومفهوم ووظيفة المباشرة والتسبب، والثاني للتطبيقات القضائية وحالة اجتماع المباشر والمتسبب.

#### المطلب الاول: التطبيقات القضائية ومفهوم ووظيفة المباشرة والتسبب:

القضاء الأردني في تعامله مع الموضوع خلط بين مفاهيم المسؤولية التقصيرية في القوانين المختلفة خصوصا من حيث تحديد أركان المسؤولية ، فقد ذكرت محكمة التمييز الأردنية أركان المسؤولية التقصيرية في أحد أحكامها وقالت<sup>2</sup> ( إن عدم وجود إشارات تحذيرية لوجود الحفرة التي كانت السبب المباشر لانزلاق السيارة وبالتالي فإن أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة بحق سلطة المياه ..... ) وهي تقصد بالأركان الثلاثة العمل غير المشروع

(1) الزيلعي \_ المرجع السابق \_ ج6 \_ ص15 .

(2) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 1696 / 1999 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 21 / 3 / 2000 \_ منشور لدى مركز عدالة

والضرر وعلاقة السببية ، وهذا يعد خلطاً للمفاهيم في المسؤولية التقصيرية بين القوانين المقارنة التي تقيم المسؤولية على الخطأ وبين القانون الأردني الذي أقامها على المباشرة بلا شروط وعلى التسبب إذا اقترن بتعد أو تعدد أو كان الفعل مفضياً إلى ضرر ، ولم يشر القانون الأردني إلى ركن اسمه علاقة السببية أو أنه سيكون ضرورة في وجوده لمقتضيات تفسير النصوص، وإن كانت السببية تحصيل حاصل وموجودة ضمناً من خلال نصوص المباشرة والتسبب، ومع ذلك فإن القضاء الأردني من حيث تعامله مع فكرة المباشرة كان موفقاً وسمى الأشياء بمسمياتها وذكر المباشر باسم المباشر في أكثر من حكم ، وأما مفهوم المباشرة الذي قلنا إنه أولى بالاتباع وهو تولي الأمر بالنفس فقد اهدت محكمة التمييز إلى هذا المعنى في حكم<sup>1</sup> لها قالت فيه (إن عدم سيطرة سائق السيارة الشاحنة على سيارته أدى إلى صدم السيارة الواقفة عند الصالون الخصوصي فاندفعت السيارة المصدومة فصدمت سيارة أمامها نتيجة لهذه الصدمة ، فلا دور لسائق السيارة الوسطى في هذا الحادث إذ يعتبر في هذه الحالة أداة صماء بيد سائق الشاحنة وجزءاً لا يتجزأ من سيارته ولا يسأل بقيمة الأضرار التي ألحقت بالسيارة التي صدمها لأن المباشر الحقيقي بإحداث الأضرار هو سائق الشاحنة ....) فالمحكمة هنا اعتبرت المباشر هو من يتولى الأمر بنفسه على المعنى الذي رجحناه.

لكن تبقى هنالك حالات تدخل فيها القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة التمييز للحكم بالتعويض ( الضمان)، وقد اعتمد في تحديد المسؤول عن الضمان كلية على الحكم الجزائي دون أن يبحث ما إذا كان المحكوم جزائياً مباشراً أو متسبباً ، وما إذا كان المتسبب متعدياً أو متعمداً، وقالت محكمة التمييز في حكمها<sup>2</sup> (إن مخالفة المدعى عليه لقانون النقل على الطرق جعله بعمله غير المحق هذا مسؤولاً مدنياً عن الأضرار التي لحقت بالسيارة الأخرى ...). أما حالة تعدد المباشرين أو المتسببين فإنها لا تثير مشكلة ، لأن التعويض يقسم على المسؤولين مهما كانت صفتهم بالنسبة للمباشرة والتسبب ، كل بنسبة مساهمته في حصول الضرر ، ومحكمة التمييز حكمت في هذا الاتجاه وقالت<sup>3</sup> ( إن تعدد المسؤولين عن فعل ضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم عملاً بالمادة 265 من القانون المدني وبما أنه قد تبين من الحكم الجزائي الصلحي مسؤولية السائقين عن حادث التصادم فيكون كل منهما مسؤولاً عن إلحاق الضرر بالسيارة المؤمنة لدى الشركة المميز ضدها ( شركة التأمين ) باعتبارهما مباشرين للضرر ...).

وبخصوص التسبب وهو أي التسبب يكون منشئاً لعلّة أخرى تكون سبباً في حصول الضرر ، والمتسبب مسؤول في القانون الأردني أن تعدى أو تعدد أو كان فعلاً مفضياً إلى الضرر ، القضاء الأردني تعامل مع التسبب على معناه الدقيق وسماه تسبباً في أكثر من حكم ، ويكفي أن القضاء سماه تسبباً وإن لم يعرفه لأن التعريف من مهام الفقه وهو أي القضاء ليس مطلوباً منه أن يعرفه ، وذكرت محكمة التمييز أيضاً التعدي كمتطلب وشرط إلى

(1) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 245 / 1986 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 1 / 4 / 1986 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1986 \_ ص 1260

(2) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 372 / 1979 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 3 / 1 / 1980 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1980 \_ ص 627

(3) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 816 / 1994 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 25 / 1 / 1995 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1995 \_ ص

جانب كون الفعل تسببا ، وقالت في حكم لها <sup>1</sup> ( إن الدعوى ليست دعوى غصب تستهدف المطالبة بالمياه المقطوعة أو قيمتها ومنع الغاصب من التعرض بل هي دعوى ضمان تقوم على التسبب في إلحاق الضرر بفعل من أفعال التعدي ....)، إلا أن نفس المحكمة ذكرت الذي نجم عن التقصير والإهمال في حكم آخر <sup>2</sup> بقولها ( ..... الحكم على المتسبب إذ لم يتأكد مقدم الخدمة من عيب المصنعية ) وأطلقت على ذلك تسمية الخطأ المفترض بدلا من أن تسميه التعدي ، وكذلك حكمت محكمة التمييز على المتسبب دون أن تسميه متسببا وكان ذلك في حكم <sup>3</sup> لها قالت فيه (إذا كانت الأضرار اللاحقة بالصهرج العراقي ومادة الفيول التي كان يحملها بسبب صدمه من الشاحنة المؤمنة لدى الجهة المدعية ، وكانت الجهة المدعية بالتعويض عن كل الأضرار وأن سبب الحادث يعود إلى انزلاق المركبة جراء سكب الجهة المدعى عليها للمياه على الطريق العام دون وضع إشارات تحذيرية له تكون والحالة هذه صاحبة حق في الرجوع بما دفعته على الجهة المدعى عليها ) ، هذا المسلك لمحكمة التمييز قد يوقع في الخطأ إذ يلزم معرفة نوع الفعل مباشرة أو تسببا وأنه من الأخرى بالمحكمة أن تؤكد وجود التعدي من عدمه كحد أدنى في حالة التسبب.

#### المطلب الثاني : التطبيقات القضائية وحالة اجتماع المباشر والمتسبب :

هنالك أهمية وأثر قانوني كبير يحصل في حالة اجتماع المباشر والمتسبب معا في فعل إضرار ، وما تفرعه المحاكم في الأردن لا يتناسب وهذه الأهمية، فهي عندما تلجأ إلى تحديد المسؤولين عن التعويض استنادا إلى الحكم الجزائي دون تحديد المباشر والمتسبب، خصوصا أنه قد يكون كل منهما مسؤولا جزائيا، ومع ذلك كان من الأفضل ألا تحكم عليهما المحكمة بالتعويض إلا بعد تحديد من هو المباشر ومن هو المتسبب، لأن التعويض في حالة اجتماعهما يضاف إلى المباشر على أغلب الأحوال، ولمحكمة التمييز حكم يدل على هذا المسلك وهو مسلك غير محبذ وقد قالت في ذلك الحكم <sup>4</sup> (وإذا نشأ حادث الصدم عن خطأ مشترك من سائقي الباص والشاحنة بحيث يتحمل سائق الباص 30% ويتحمل سائق الشاحنة 70% فيستحق لصاحب الباص 70% من مجموع المستحق عن بدل نقص القيمة وبدل تعطيل الباص الثابت في تقرير الكشف)، وفي حكم آخر <sup>5</sup> لمحكمة التمييز يظهر بأنها تقرر مسؤولية التعويض على المباشر إذا اجتمع مع المتسبب حيث قالت ( .... لكن لو أمر صبي صبيا بإتلاف مال الغير أو البالغ بالغا لا يضمن الأمر والضمان على الفاعل ....).

(1) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 29 / 1975 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 20 / / ! / 1975 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1975 \_ ص 1228 .

(4) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 213 / 2010 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 13 / 7 / 2010 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 2012 \_ ص 100 .

(3) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 623 / 2004 \_ هيئة خماسية \_ أعداد شبكة قانوني الأردن \_ سنة 2012 \_ إعداد مروكو عدالة .

(4) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 208 / 1987 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 30 / 1 / 1987 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1989 \_ ص 1129 .

(5) محكمة تمييز حقوق \_ رقم 115 / 1974 \_ هيئة خماسية \_ تاريخ 22 / 4 / 1974 \_ مجلة نقابة المحامين \_ سنة 1974 \_ ص 1125 .

هذا المسلك لمحكمة التمييز في تحديدها للمسؤولية عن الفعل الضار في الأحوال المختلفة ، يدل دلالة واضحة على أنها ما زالت في مرحلة عدم التعامل الثابت والمستقر مع المواد 256 ، 257 ، 258 ، فهي وإن حكمت بأحكام صحيحة من حيث النتيجة في أغلب الأحوال إلا أنها جانبت الصواب في تحديدها لأركان المسؤولية في القانون المدني الأردني عندما خلطت في المفاهيم بين القانون المصري والقانون الأردني ، والمحكمة ذاتها تكلمت عن الخطأ وهي تقصد التعدي لأن القانون الأردني لم يقر المسؤولية على فكرة الخطأ . أما أكثر الأمور لفتا للانتباه فهو التعامل مع القضية الجزائية كدليل إثبات لتحديد المسؤول عن التعويض في القضية المدنية ، علما بأنه كان يجب في هذه الحالة وبعد الأخذ بالحكم الجزائي كدليل إثبات الانتقال إلى إثبات شيء آخر هو كون الفاعل مباشرا أم متسببا متعديا كحد أدنى ، ولا يقدر ذلك في قاعدة أن الجزاء يعقل الحقوق ، خاصة إذا ما ظهر بين المدانين في الحكم الجزائي من هو مباشر ومن هو متسبب.

### الخاتمة:

- من أهم ما أفضى إليه هذا البحث من نتائج يمكن الاعتماد عليها للوصول إلى توصيات ما يلي:-
1. لقد ظهر لنا بأن القضاء الأردني ببنى معنى للمباشر وهو أن يتولى الفاعل الأمر بنفسه ، وهذا المعنى للمباشرة هو الأصح الذي رجحناه في هذه الدراسة ، لكن بالمقابل ظهر أيضا بأنه توجد هنالك حالة من عدم استقرار المفاهيم عن المسؤولية التصيرية في القانون المدني الأردني، خصوصا عندما يعبر القضاء عن أن الخطأ هو أساس التعويض في بعض أحكامه.
  2. ثبت لنا بأن المباشرة كفعل ينطوي على ربط النتيجة بفعل الإضرار وأن علاقة السببية مفترضة ولذلك لم يتطلب وجودها مع المباشرة، وبالمقابل أيضا ثبت لنا أن التسبب يتضمن أيضا وجود علاقة السببية من خلال تطلب القانون أن يكون التسبب تعديا أو تعمدًا، وأنه مع التعدي أو التعمد في التسبب يكون الفعل هو سبب النتيجة تلقائيا ولا داع للبحث في علاقة السببية.
  3. تبين لنا أن القانون الأردني أشار في المادة 257 إلى حالة أراد المشرع أن يخرجها من حالات التسبب من حكم التعدي أو التعمد، عندما قال أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر ، وحيث أن التعدي والتعمد من قبل المتسبب يؤدي إلى ربط الفعل بالنتيجة وبالتالي مسؤولية الفاعل، إلا أن هذه الحالة الأخيرة يراد تحميل الفاعل معها المسؤولية وهي عندما يكون الفعل خارج إطار التعدي أو التعمد لكنه مفضٍ لا محالة إلى الضرر ، هذه الحالة من حيث التعرف على وجودها فإن ذلك غير ممكن إلا من خلال التساؤل عن ارتباط الفعل بالنتيجة ( الضرر ) وهذا التساؤل بحد ذاته هو بحث عن علاقة السببية ، وبالتالي فإن هذه الحالة هي الوحيدة التي يتطلب الأمر فيها من القاضي تطبيق علاقة السببية كركن، وهي بالتالي حالة استثنائية.
  4. تبين لنا أن هنالك نتيجة منطقية يتم التوصل إليها من خلال الأخذ بمعنى تولى الأمر بالنفس للمباشرة، هذه النتيجة هي تطبيق قاعدة إضافة الحكم إلى المباشر عند اجتماعه مع المتسبب دون استثناءات على ذلك ، لأن الاستثناءات لم تكن إلا بسبب تعريف المباشرة الذي شاع على أنه إيصال آلة الفعل بمحل وقوع الهلاك ( الضرر).

5. النتيجة الأهم في هذا البحث كانت هي أنه يمكن الاستغناء بالمباشرة وحدها والتسبب المقترن بتعد أو تعمد عن البحث في علاقة السببية للربط فيما بين فعل الإضرار والنتيجة (الضرر) .
6. تبين لنا أنه لا بد للقضاء الأردني من إعادة النظر في اعتماده فقط على الحكم الجزائي للحكم بالضمان، وأنه يجب أن يفرق بين مباشر ومتسبب خصوصا عند اجتماعهما من أجل الحكم بالتعويض العادل وفقا لنصوص القانون المدني الأردني .
- وقد انتهى الباحث بناء على هذه الدراسة وما تم التوصل إليه من نتائج إلى التوصيات التالية: -
- أ. نتمنى أن تنظم وزارة العدل أو أي من المؤسسات العلمية المعتبرة ، تنظيم ورشة عمل أو ندوة يدعى لها أكبر عدد ممكن من القضاة، وخصوصا قضاة محكمة التمييز، لإلقاء الضوء على موضوع المسؤولية التقصيرية في الأردن، من أجل توحيد المفاهيم والمنطق القضائي الخاص بموضوعها .
- ب. نتمنى أن نلفت نظر الباحثين والمهتمين من المختصين قضاة وأساتذة جامعات وطلبة دراسات عليا ومحامين لتكثيف الدراسات والأبحاث في موضوع المسؤولية الموضوعية (مسؤولية الوضع)، وقاعدة جبر ما فات من المصالح أيضا ، وبيان تأثيرهما على تطور قواعد المسؤولية التقصيرية.
- مما لا شك فيه أن الفقه وأصحاب صنعة القانون الذين يستطيعون تبسيط التعامل مع نصوص القانون، من خلال ردها إلى ماديات وموضوعيات بدلا من المعنويات يحسنون صنعا ، ويسهمون في تطوير الفن القانوني، لأن المعنويات دائما تتعلق بالنوايا وذهنية الإنسان في حين أن الماديات تدرك بالحواس ويقام عليها الدليل، وهذا هو عين ما حصل عندما استغنى الفقه الإسلامي بالمباشرة والتسبب في الفعل الضار عن البحث في علاقة السببية.

**المصادر والمراجع:****أولاً: الفقه الإسلامي**

1. ابن عابدين - محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز \_ 1836 م \_ رد المحتار على الدر المختار \_ مصر \_ مطبعة مصطفى الحلبي \_ سنة 1984 .
2. الباز \_ سليم رستم \_ شرح المجلة \_ بيروت \_ دار إحياء التراث العربي \_ سنة 1882 .
3. الدمشقي \_ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد \_ إدارة الطباعة المنيرية \_ مصر \_ سنة بلا .
4. الريلي \_ فخر الدين \_ 1315 هـ \_ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق \_ دار المعرفة للطباعة والنشر \_ ط1 \_ سنة بلا .
5. الفيومي \_ محمد بن أحمد المغربي \_ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير \_ المطبعة الأميرية \_ القاهرة \_ سنة 1921 .
6. القرافي \_ أحمد بن إدريس \_ 684 هـ \_ الذخيرة \_ دار الفكر الفكر الإسلامي \_ القاهرة \_ سنة بلا .
7. القاضي \_ منير \_ شرح المجلة \_ بغداد \_ سنة 1947 .
8. الكاساني \_ أبو بكر مسعود \_ 1191 م \_ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع \_ دار الكتاب العربي \_ بيروت \_ سنة 1882 .

**ثانياً: الفقه القانوني**

9. الحيارى \_ عمر هاشم \_ رسالة دكتوراة مقدمة إلى جامعة عمان العربية للدراسات العليا \_ الضمان بالتسبب في القانون المدني الأردني \_ سنة 2006 .
10. الزرقا \_ مصطفى \_ الفعل الضار والضمان فيه \_ دار القلم \_ دمشق \_ سنة 1988 .
11. الزعبي \_ محمد يوسف \_ مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني \_ بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات \_ المجلد الثاني \_ العدد 1 \_ سنة 1986 .
12. المحمصاني \_ صبحي \_ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية \_ دار العلم للملايين \_ بيروت \_ سنة 1983 .
13. أنور سلطان \_ مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني \_ منشورات الجامعة الأردنية \_ ط1 \_ سنة 1988 .
14. الموسوعة الفقهية \_ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية \_ الكويت \_ سنة بلا .

**ثالثاً: المجالات القانونية**

15. مجلة نقابة المحامين الأردنيين .
16. مركز عدالة .

**رابعاً: القوانين**

17. القانون المدني الأردني.

## نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني

### Scope of Civil Protection for Electronic Consumers in the Jordanian Law

إيمان زهير عباس\* ، نبيل زيد مقابلة \*

#### الملخص

إن الحماية القانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية أصبحت واحدة من أهداف التشريعات الوطنية في كثير من الدول التي أصدرت لهذا الغرض قوانين خاصة بحماية المستهلك، ومن هذه التشريعات قانون المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017. وقد تناول البحث نطاق الحماية المدنية للمستهلك في التشريع الأردني، ذلك أن المستهلك في العقد الإلكتروني غالباً ما يكون بحاجة إلى الحماية القانونية، سواء من العيوب الخفية في السلعة أو الخدمة التي يحصل عليها عبر مواقع التسوق الإلكتروني، أو من الشروط التعسفية التي قد تفرض على المستهلك الإلكتروني، أو من مخاطر حيازة أو استعمال المنتجات التي يتعاقد على شرائها من هذه المواقع. وقد حاولنا في هذا البحث التعرف على نطاق هذه الحماية في القانون الأردني.

**الكلمات الدالة:** المستهلك الإلكتروني، العقد الإلكتروني، الحماية المدنية، العيوب الخفية، الشروط التعسفية.

#### Abstract

The legal protection for consumer in electronic contracts has become one of the objectives of national legislation in many countries which have issued special laws for this purpose. Among these legislations is the Jordanian Consumer Law No. 7 of 2017. This research tackles the scope of civil protection for consumers in the Jordanian legislation since the consumer in electronic contract oftentimes needs legal protection, whether from hidden defects in goods or services he/she obtains through electronic shopping websites, arbitrary conditions which might be imposed on the electronic consumer, or risk of possession or use the products that the consumer agreed to buy from these websites. This research tries to investigate the scope of this protection in the Jordanian law.

**Keywords:** Electronic Consumer, Electronic Contract, Civil Protection, Hidden Defects, Arbitrary Conditions.

\* كلية القانون، جامعة جدارا. تاريخ استلام البحث 2021/2/9 وتاريخ قبوله 2021/3/18

**المقدمة:**

الأصل في العلاقات التعاقدية أن يتم التعاقد بالتراضي بين الطرفين المتعاقدين وأن يتاح لكل منهما مناقشة الطرف الآخر في شروط العقد وبنوده. غير أن هذا الأصل يفترض نوع من التكافؤ بين المتعاقدين فلا يكون أحدهما في مركز اقتصادي قوي يمكنه من فرض شروطه على الطرف الآخر بحيث لا يملك هذا الأخير الخيارات التي تمكنه من مناقشة شروط العقد أو المساومة حولها، وهذا ما يحصل في بعض أنواع العقود التي تتم عبر الإنترنت وخاصة في شراء السلع أو الحصول على الخدمات من خلال المواقع الإلكترونية التي يعرض من خلالها مقدمو السلع والخدمات صوراً لمنتجاتهم مع بيان أسعارها وشروط التعاقد بحيث لا يملك المستهلك إلا الموافقة على هذه الشروط أو الخروج من الموقع الإلكتروني ورفض التعاقد.

فالمستهلك هنا لا تتاح له فرصة المساومة ولا يرى السلعة على حقيقتها لكي يتمكن من فحصها وتجربتها والتعرف على عيوبها إن وجدت، وقد يقدم على شراء السلعة أو الحصول على الخدمة تحت تأثير الإعلانات التجارية المضللة أو الكاذبة عن السلعة، الأمر الذي يقتضي حمايته من العيوب الخفية في المنتج، ومن الشروط التعسفية التي قد يضعها التاجر مقدم السلعة أو الخدمة عبر متجره الإلكتروني. وقد تكون طبيعة المنتج تستلزم احتياطات معينة في استعماله أو حتى عند حيازته، فيكون المستهلك بحاجة إلى المعلومات والبيانات اللازمة عن هذا المنتج، ومن واجب التاجر مقدم السلعة أو الخدمة تبصير جمهور المستهلكين بمخاطر المنتج، وهنا أيضاً تأتي أهمية توفير الحماية المدنية للمستهلك.

بناء عليه، فإن نطاق الحماية المدنية للمستهلك يشمل الحماية من الشروط التعسفية، ومن العيوب المرتبطة بالمنتج.

**مشكلة البحث:**

تكمن مشكلة البحث في مدى النطاق القانوني للحماية المدنية التي أوجدها المشرع الأردني للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية والعيوب الخفية المرتبطة بالمنتج، سواء في القواعد العامة في القانون المدني أو في قانون حماية المستهلك.

**أسئلة البحث:**

في ضوء مشكلة البحث، فإن الأسئلة التي يثيرها يمكن حصرها في السؤالين الآتيين:

1- كيف تكون الحماية المدنية للمستهلك من مخاطر عدم التوازن العقدي في العقد الإلكتروني سواء في مواجهة الشروط التعسفية في العقد أو من العيوب الخفية في المنتج؟

2- مدى فاعلية القوانين الأردنية في تحقيق الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية؟

**أهمية البحث:**

يكتسب البحث في الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني أهمية خاصة من الناحيتين النظرية والعملية. فمن الناحية النظرية تبدو أهمية البحث في التعرف على مدى كفاية القواعد العامة في القانون المدني في توفير الحماية للمستهلك في العقود الإلكترونية من عيوب المبيع وما تتضمنه هذه العقود من شروط تعسفية خاصة في ظل التطورات المتلاحقة في مجال التعاقدات الإلكترونية. ومن الناحية العملية تظهر أهمية البحث في أنه يعالج واقع

حاجة المستهلك في العقد الإلكتروني إلى الحماية من مخاطر حيازة المنتجات واستعمالها، ومن الشروط التي يضعها مقدمو السلع والخدمات على مواقعهم الإلكترونية دون أن يملك المستهلك فرصة مناقشتها أو التفاوض بشأنها.

### أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان النطاق القانوني للحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني، ومدى كفاية القواعد القانونية الوطنية في التعامل مع الشروط التعسفية والعيوب الخفية في المنتج محل العقد الإلكتروني.

### مبررات البحث:

إن ما يبرر البحث في موضوع الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية هو إظهار أهمية هذه الحماية على مستوى القوانين الأردنية ذات العلاقة، ومدى فاعلية هذه القوانين في توفير مثل هذه الحماية خاصة أن قانون حماية المستهلك الأردني لم يتطرق إلى المستهلك الإلكتروني.

### منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال عرض المخاطر التي تواجه المستهلك في العقد الإلكتروني وكيفية التعامل معها من خلال النصوص القانونية.

### إطار البحث وتقسيماته:

يتحدد الإطار العام للبحث في نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، الذي يشمل حماية المستهلك من الشروط التعسفية والعيوب المرتبطة بالمنتج. ولذلك فقد تم تقسيم البحث إلى مبحثين: خصص أولهما لمبحث الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، وتناول المبحث الثاني، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من العيوب المرتبطة بالمنتج.

## المبحث الأول

### الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

إن الصورة التقليدية للعقد تقوم على المساومة والتفاوض بين أطرافه ورضائهم بجميع بنوده وشروطه، وهذا ما يفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب المتعاقدين. مع ذلك توجد بعض أنواع من العقود يختل فيها التوازن بين أطراف العقد، بحيث يكون أحد الأطراف في مركز قوي اقتصاديًا ويتمتع بخبرات فنية لا تتوافر للطرف الآخر، بما يمكن الأول من فرض شروطه على الثاني الذي يكون في مركز ضعيف اقتصاديًا ويفتقر إلى الخبرة الفنية وربما حتى القانونية في فهم شروط التعاقد وما إذا كانت في صالحه أو لا. وهذا ينطبق بصفة خاصة على غالبية العقود التي يكون المستهلك عمومًا، والمستهلك الإلكتروني على وجه الخصوص، طرفًا فيها مما يجعله في وضع يستوجب الحماية في مواجهة مثل هذه الشروط.

وغالبية الشروط التعسفية تدرج عادة فيما يعرف بعقود الإذعان، التي ينفرد بوضعها الطرف الموجب القوي اقتصاديًا دون أن يملك الطرف الآخر "المستهلك" مناقشتها، الأمر الذي يقتضي معرفة ما إذا كان العقد التجاري الإلكتروني من عقود الإذعان.

بناءً على ما تقدم، فقد قسم هذا المبحث إلى مطلبين: يتناول المطلب الأول مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، أما المطلب الثاني، فقد خصص للحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.

### المطلب الأول: مدى اعتبار العقد التجاري الإلكتروني من عقود الإذعان

لمعرفة مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان لابد أولاً من التعريف بعقد الإذعان وفقاً للقواعد العامة، ومن ثم نتطرق إلى مدى انطباق هذا المفهوم على العقد التجاري الإلكتروني وبالتالي تطبيق وصف المذعن على المستهلك في هذه العقود.

#### أولاً: التعريف بعقد الإذعان وفقاً للقواعد العامة

عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها فيما يتعلق بسلعة أو خدمة يكون الموجب محتكراً لها وحاجة القابل لها ضرورية، فهو عقد لا يقبل المساومة والنقاش، إذ يملكه الطرف ذو المركز الاقتصادي القوي على الطرف الضعيف الذي لا يملك سوى قبول العقد برمته أو رفضه(1). وقد أقر المشرع الأردني بعقود الإذعان، إذ نصت المادة (104) من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 على أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وعقد الإذعان يتميز بخصائص معينة هي(2):

1- أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات ضرورية بالنسبة للمستهلكين في حياتهم اليومية.  
2- أن يكون الإيجاب معلناً كتابياً، وعماماً موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة، وتكون غالبية هذه الشروط في مصلحة الموجب.

3- احتكار الموجب لهذه السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو أن مجال المنافسة له محدود جداً.  
وكما هو واضح من خصائص هذا العقد أن المراكز الاقتصادية لأطرافه غير متعادلة، ولذلك فقد أخذ المشرع الأردني بأحكام من شأنها حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، حيث نصت المادة (204) من القانون المدني على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وسوف نتعرض لهذا النص لاحقاً عند بحث حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

كذلك خصّ المشرع الأردني هذه العقود بمزية أخرى لصالح الطرف الضعيف في العقد تتعلق بتفسير النصوص الغامضة، حيث إن القاعدة العامة في تفسير العقود تقتضي بأن الشك يفسر لصالح المدين، وقد رأى المشرع أن

(1) العلياني، بهاء الدين، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الأول، إبرام العقد، دار الشواف، الرياض، 2011، ص 60 - السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، دن، الأردن، إريد، 1997، ص 72.

(2) الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995 ص 131.

الطرف القوي في عقد الإذعان قد يكون هو المدين، فأراد ألا يستفيد من غموض الشروط التي أملاها هو على الطرف الضعيف في العقد<sup>(1)</sup>، ولذلك لم يجر أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المذعن<sup>(2)</sup>.

### ثانيًا: مدى انطباق مفهوم عقد الإذعان على العقود الإلكترونية

من غير المستبعد أن نتصور وجود نوع من التفاوض في بعض العقود التي تتم بالوسائل الإلكترونية كاستخدام وسائل التواصل المرئية والمسموعة مثل ( Facetime, Imo, Skype ) وكذلك من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، حيث يرسل الموجب إجابته على عنوان البريد الإلكتروني إلى الموجب له فيراجع بنود العقد وتكون له حرية القبول وإرساله على عنوان الموجب الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

غير إن الغالبية العظمى من هذه العقود التي يكون المستهلك طرفًا فيها لا تتم بهذه الطريقة، حيث يتعامل المستهلك مع التاجر مقدم السلعة أو الخدمة عبر موقعه الإلكتروني الذي يتضمن شروطًا مسبقة معدة من قبل التاجر في صورة عقد نموذجي، وموجهة إلى الجمهور دون تحديد، وليس للمستهلك صلاحية تعديل هذه الشروط، بحيث يكون أمام خيارين إما أن يقبل العقد ببوده المدرجة، أو أنه لا يقبل تلك البنود وبالتالي لا ينعقد العقد. وهنا يبرز التساؤل حول مدى اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان، وهل يعد المستهلك طرفًا مدعًا في هذا النوع من العقود؟

للإجابة على هذا التساؤل فقد انقسم الشراح إلى رأيين منهم من اعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان ومنهم من لم يعده كذلك<sup>(4)</sup>، وسوف أشير إلى هذين الرأيين تباعًا.  
**الرأي الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان.**

وفقاً لهذا الرأي، فإن العقود التي تتم عبر الإنترنت هي عقود إذعان، وذلك بالنظر إلى أن الشركات الكبرى في نطاق التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن شركات الاحتكار في عقود الإذعان في مواجهة طرف ضعيف في العقد الإلكتروني هو المستهلك، خاصة إذا كان بحاجة لاقتناء السلعة أو الخدمة التي تحتكرها شركة واحدة، أي أنه لا يملك حرية المفاضلة بين أكثر من شركة.

وبحسب هذا الرأي فإن عقد الإذعان بمعناه المعروف في القواعد العامة ينطبق على العقد الإلكتروني متى توافرت جميع خصائصه وشروطه مجتمعة، أي لا يكفي مجرد حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، أو انعدام التفاوض بشأنها، أو كونها محتكرة من جانب التاجر، وإنما يجب أن تتوافر جميع هذه الشروط<sup>(5)</sup>.

(1) أحمد، محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص62.

(2) انظر المادة (240) من القانون المدني الأردني.

(3) زريقات، عمر خالد، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص81. وذهب رأي إلى أن الرسالة الإلكترونية المرسله من التاجر إلى المستهلك إذا لم تكن تسمح له بالمناقشة والمفاوضة، وإنما تتضمن مرفق بعقد نموذجي يقتصر دور المستهلك على ملء النموذج وإرساله إلى التاجر دون أن يكون له الحق في تعديل أي من بنوده، فإن العقد يعد في هذه الحالة من عقود الإذعان. انظر، خالد، كوثر عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني في ظل قانون حماية المستهلك المصري والتوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي وقانون النيونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص518.

(4) للتفصيل حول هذه الآراء، انظر، أبو الحديد، عبد الرؤف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجار الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص437 وما بعدها- خالد، كوثر عدنان، مرجع سابق، ص508 وما بعدها.

(5) بدر، أسامة أحمد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الكتب القانونية، المحلة، مصر، 2008، ص191.

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن خصائص عقد الإذعان تنطبق على العقد الإلكتروني<sup>(1)</sup>. ويبرر بعضهم الآخر اعتبار العقود الإلكترونية بمنزلة عقود إذعان من منطلق اعتبارات العدالة بحجة أن المستهلك هو الطرف الضعيف دائماً في هذه العقود، وأن اعتبارها عقود إذعان يمنح المستهلك الحق في طلب إبطالها أو إلغاء ما تتضمنه من شروط تعسفية، خاصة أن مضمون هذه العقود محدد سلفاً من قبل التاجر ولا يوجد تواصل مباشر بينه وبين المستهلك يسمح بالتفاوض بينهما<sup>(2)</sup>.

### الرأي الثاني: العقود الإلكترونية ليست من عقود الإذعان

يرى بعض الباحثين أن العقود الإلكترونية لا تعد من عقود الإذعان بالنسبة للمستهلك، مع اختلافهم في اعتبارها كذلك بصفة مطلقة أو نسبية<sup>(3)</sup>. فمنهم من يرى أنها ليست عقود إذعان بالمطلق، إذ من غير المقبول-وفق هذا الرأي- اعتبار العقود المبرمة مع البائعين عبر شبكة الإنترنت من قبيل عقود الإذعان لمجرد أن الشروط العامة للبيع مذكورة في الموقع الإلكتروني للتاجر وليس أمام زائر الموقع إلا أن يقبلها أو يرفض التعاقد، ذلك أن هذه الخاصية من خصائص عقود الإذعان مع ضرورتها إلا أنها ليست الوحيدة، فلا بد من توافر شروط أخرى هي أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات بالنسبة للمستهلك، وأن يكون التاجر الذي يعرضها من خلال موقعه الإلكتروني محتكراً لها<sup>(4)</sup>. وينفي بعض أنصار هذا الرأي صفة الإذعان عن العقد الإلكتروني بحجة إمكانية أن يتم التفاوض عبر البريد الإلكتروني<sup>(5)</sup>. ويضيف بعضهم الآخر، أن شرط الاحتكار الذي يميز عقد الإذعان غير متحقق في مثل هذه العقود، فلا يوجد احتكار على شبكة الإنترنت لوجود مواقع كثيرة تقدم نفس السلعة أو الخدمة، وأن المستهلك يبحث دائماً عن أفضل الشروط للتعاقد وهي متاحة له بسبب كثرة هذه المواقع<sup>(6)</sup>.

أما من يرى أن العقد الإلكتروني لا يعد من عقود الإذعان بصفة نسبية وليست مطلقة، فيأخذ في الاعتبار الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعاقد<sup>(7)</sup>. فالعقد يعد من عقود المساومة إذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال غرف المحادثة، أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية المختلفة، حيث يكون باستطاعة المستهلك الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد. أما إذا تم التعاقد عبر المواقع الإلكترونية (مواقع الويب) التي تستخدم غالباً عقوداً نموذجية ذات شروط معدة مسبقاً من قبل الموجب وموجهة إلى جمهور المستهلكين، بحيث لا يترك معها للموجب له، وهو المستهلك مجالاً للمساومة حول هذه الشروط، وليس أمامه إلا قبولها بالنقر

(1) الرومي، محمد أمين، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص55.

(2) النجار، زياد، قواعد حماية المستهلك من التغير والغبن في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2019، ص180.

(3) خالد، كوثر عدنان، مرجع سابق، ص515.

(4) مجاهد، أسامة، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص27، هامش رقم 41.

(5) المنزلاوي، صالح، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص25 وما بعدها، أشار إليه، النجار، زياد، مرجع سابق، ص179. ويبدو أن هذا الرأي اقتصر على طريقة واحدة من طرق التعاقد عبر الإنترنت وهي التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية، في حين أن غالبية العقود الإلكترونية تتم من خلال المواقع الإلكترونية التي تعرض السلع والخدمات.

(6) مؤمن، طاهر شوقي، عقد البيع الإلكتروني "بحث في التجارة الإلكترونية"، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص23 و24، أشارت إليه، خالد، كوثر عدنان، مرجع سابق، ص516.

(7) إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص206 و207- زريقات، عمر خالد، مرجع سابق، ص81 و82- خالد، كوثر عدنان، مرجع سابق، ص518 و519- أبو الحديد، عبد الرؤف، مرجع سابق، ص442 و443.

على أيقونة مخصصة للقبول، أو يرفضها من خلال الخروج من الموقع الإلكتروني، فإن العقد الإلكتروني يعد في هذه الحالة من عقود الإذعان.

وفي تقديرنا أن العقود الإلكترونية لا تعد عقود إذعان بصورة مطلقة، بل أن تكييفها يختلف باختلاف نوع العقد وموضوعه والوسيلة المستخدمة في إبرامه. فمثلاً في بعض عقود الخدمات الإلكترونية، كخدمات الكهرباء والاتصالات وخدمات التأمين والبنوك، نكون بصدد عقود إذعان سواء تمت بوسائل إلكترونية أو عادية، ذلك أن جميع شروط وخصائص عقود الإذعان متوافرة فيها سواء من حيث احتكار الخدمة أو حاجة المستهلك أو طبيعة الإيجاب وكونه يتضمن شروطاً عامة معدة مسبقاً وموجهة للكافة.

وفي عقود البيع الإلكتروني، لا بد من أن نأخذ في الاعتبار الوسيلة التي يتم فيها التعاقد، وما إذا كان هناك مجال للمناقشة والمساومة مع البائع للسلعة أم لا. فالعقود التي تتم عبر تبادل الرسائل الإلكترونية أو من خلال برامج المحادثة السمعية والمرئية، تتيح للمستهلك فرصة مناقشة شروط البائع والمساومة حولها في أغلب الأحوال، فلا تعد من عقود الإذعان ما لم يرفق مع رسالة البائع نموذج عقدي يتضمن شروطاً لا تقبل النقاش أو التعديل. أما التعاقد عبر المواقع الإلكترونية، فهي من عقود الإذعان إذا ما توافرت جميع شروط وخصائص هذه العقود فيما هو معروض على الموقع الإلكتروني، أي إذا كان موضوع العقد يتعلق بسلعة ضرورية للمستهلك، وأن الموقع الإلكتروني تابع لشخص طبيعي أو اعتباري محتكر للسلعة أو منافسته فيها محدودة، ووضع شروطاً عامة موجهة لكافة المستهلكين لا تقبل المناقشة.

### المطلب الثاني: ماهية الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني وحماية المستهلك منها

إن الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد تقتضي أن نبين أولاً المقصود بالشروط التعسفية.

#### أولاً: التعريف بالشروط التعسفية.

الأصل في العلاقات التعاقدية حرية أطراف العقد في أن يضمننا تعاقدتهما أي شرط يرتضيه مادام هذا الشرط غير ممنوع قانوناً. ولذلك، ففي مجال العقود الاستهلاكية عموماً يرد التعسف فقط على الشروط التعاقدية التي لم يتم التفاوض عليها بين التاجر والمستهلك، ومثل هذه الشروط يمكن تصورها في عقود الإذعان التي لا خيار للمستهلك فيها بمناقشة بنود العقد وشروطه، وليس أمامه إلا القبول بالتعاقد أو رفضه كما أسلفنا.

كذلك من المتصور وجود مثل هذه الشروط في العقود النموذجية، وهي عقود مطبوعة ومعدة سلفاً من جانب التاجر مقدم السلعة أو الخدمة، ولا تعد بالضرورة عقود إذعان، إذ ليس من شروطها أن تتضمن احتكاراً للسلعة أو الخدمة، ولكنها تعد عادة من خلال فرق متخصصة ذات خبرة فنية وقانونية تعمل على تحقيق مصالح التجار والمنتجين، وتعكس تفوقاً في مجال المعاملة تجاه المستهلك قليل الخبرة ضعيف الكفاءة، وبالتالي تنشأ علاقة عقدية غير متكافئة شأنها شأن العلاقة التي تنشأ في عقود الإذعان<sup>(1)</sup>.

(1) إبراهيم، خالد ممدوح، مرجع سابق، ص 208.

وقد عرفت الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية بأنها "الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك، التي تؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ضد مصلحة المستهلك"<sup>(1)</sup>.

ويتضح من هذا التعريف أن الشرط يعد تعسفياً إذا لم يكن محلاً للتفاوض والمناقشة بين التاجر مقدم السلعة أو الخدمة وبين المستهلك، ويترتب عليه عدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد التجاري الإلكتروني لصالح التاجر وعلى حساب المستهلك، ويدخل في هذه الشروط ما هو معد مسبقاً من قبل التاجر إذا لم يراع في وضعه متطلبات حسن النية في إبرام العقود.

ولم يرد في قانون حماية المستهلك تعريف للشرط التعسفي، غير أن المشرع الأردني ذكر ما يعد من الشروط التعسفية، حيث نصت المادة (22/ب) من قانون حماية المستهلك رقم (7) لسنة 2017 على أنه: "يعد من الشروط التعسفية بصورة خاصة كل شرط: -

- 1- يؤدي إلى إخلال بين حقوق والتزامات كل من المزود والمستهلك على خلاف مصلحة المستهلك.
- 2- يسقط أو يحد من التزامات أو مسؤوليات المزود عما هو مقرر في هذا القانون أو أي تشريع نافذ.
- 3- يتضمن تنازلاً من المستهلك عن أي حق مقرر له بمقتضى هذا القانون أو أي تشريع نافذ.
- 4- يتضمن منح المزود الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادته المنفردة.
- 5- يتضمن إلزام المستهلك في حال إخلاله بتنفيذ التزاماته بدفع تعويض لا يتناسب والضرر الذي يصيب المزود.
- 6- يتضمن إلزام المستهلك في حال إنهائه العقد قبل انتهاء مدته بدفع مبلغ من المال لا يتناسب والضرر الذي يصيب المزود.
- 7- يسقط حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء أو الوسائل البديلة لفض المنازعات وفقاً للتشريعات النافذة.
- 8- يعفي المزود من التزامه بتقديم خدمات ما بعد البيع أو تأمين قطع الغيار ما لم يكن هذا الشرط مضافاً إلى العقد بخط يد المستهلك بصورة تدل دلالة صريحة وواضحة لا لبس فيها على علم المستهلك لمضمونه وموافقته عليه".

وفي تقديرنا أن هذا النص ينطبق على عقود الاستهلاك التقليدية والإلكترونية، مع الأخذ بالاعتبار طبيعة العقد الإلكتروني وظروف انعقاده خاصة أن ما ورد في الفقرة الثامنة من النص التي تشير إلى الموافقة الخطية للمستهلك على شرط إعفاء المزود من تقديم خدمات ما بعد البيع أو من تقديم قطع الغيار، لا يمكن تحقيقه من الناحية العملية في العقد الإلكتروني. كما يتضح من النص المشار إليه أن الشروط التعسفية بصفة عامة تنقسم إلى نوعين<sup>(2)</sup>: شروط من شأنها تحقيق النفع للتاجر مقدم السلعة أو الخدمة على حساب المستهلك وذلك من خلال التخفيف من التزاماته أو زيادة حقوقه، ومثالها الشرط الذي يسقط أو يحد من التزامات أو مسؤوليات المزود عما هو مقرر في قانون حماية المستهلك أو أي تشريع نافذ. وشروط أخرى من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك، أما بزيادة التزاماته أو حرمانه من بعض حقوقه، ومثال ذلك الشرط الذي يسقط حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء أو الوسائل البديلة لفض المنازعات وفقاً للتشريعات النافذة.

(1) خالد، كوثر عدنان، مرجع سابق، ص 527. وبالمعنى نفسه، النجار، زياد، مرجع سابق، ص 189.

(2) النجار، زياد، مرجع سابق، ص 189 و 190-أبو الحديد، عبد الرؤف، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها.

## ثانياً: حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

تضمنت أغلب القوانين، ومنها القانون الأردني، الأحكام التي تواجه بها الشروط التعسفية سواء من خلال القواعد العامة في القانون المدني، أو من خلال الأحكام الخاصة في قوانين حماية المستهلك. على صعيد القواعد العامة عالج المشرع الأردني الشروط التعسفية في عقود الإذعان خاصة، وذلك في المادة (204) من القانون المدني التي أجازت للمحكمة، إذا ما تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، أن تعدل من هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة. كما اعتبرت هذه المادة أن أي اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً. وهذا النص يسري على العقود الإلكترونية إذا ما تضمن العقد شروطاً تعسفية في حق المستهلك، وذلك في الحالات التي يكيف فيها القاضي العقد على أنه من عقود الإذعان، وهو ما يحصل إذا ما تبين للقاضي أن جميع خصائص عقد الإذعان وشروطه متوافرة في هذا العقد، كما لو كان المستهلك قد تعاقد مع التاجر مقدم السلعة أو الخدمة من خلال الموقع الإلكتروني للتاجر، وتبين أن هذا التاجر محتكر للسلعة أو الخدمة، وأنه وضع على الموقع شروطاً عامة بشأن التعاقد عليها لا يسمح بمناقشتها، وكان المستهلك بحاجة للسلعة أو الخدمة كونها من الضروريات بالنسبة له.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في استخلاص الشروط التعسفية بالنظر لملاسات وظروف كل حالة على حدة، كما يتمتع بسلطة واسعة في الرقابة على مثل هذه الشروط، فهو يملك تعديلها أو إهدار قيمتها متى اقتضت العدالة ذلك<sup>(1)</sup>، وهذه السلطة للقاضي من الأمور التي تتعلق بالنظام العام، لذلك أبطل المشرع كل اتفاق يحول دون تدخل القاضي في هذا الخصوص.

أما قانون حماية المستهلك الأردني، فقد أبطل أي شرط تعسفي يرد في العقد فيحرم المستهلك من حقوقه التي نص عليها القانون، أو يكون من شأنه إعفاء المزود من مسؤوليته<sup>(2)</sup>. كما أجاز للمحكمة إبطال الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المستهلك والمزود أو أن تعدل فيها أو تعفي المستهلك منها، بناء على طلب من المتضرر نفسه أو بطلب من جمعية حماية المستهلك، واعتبرت هذه المادة أن كل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص62-السرطان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص73-بهاء الدين العليلي، مرجع سابق، ص116. وقد تعرضت محكمة استئناف إربد للشروط التعسفية في عقد التأمين في قرارها رقم 2016/16332 وتاريخ 2016/10/13 (منشور على موقع قرارك [www.qarark.com](http://www.qarark.com)) وقررت بطلانها مستندة في ذلك إلى نص المادة (924) من القانون المدني الأردني التي اعتبرت بعض الشروط باطلة إذا وردت في وثيقة التأمين، ومن هذه الشروط "كل شرط تعسفي يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه". وهذا الحكم ينطبق على عقود التأمين العادية والإلكترونية لأن التعاقد مع شركات التأمين قد يتم عبر الإنترنت، ووثيقة التأمين الإلكترونية لا تختلف عن وثيقة التأمين العادية فيما تتضمنه من شروط عادلة أو تعسفية، وفي الحالتين يكون المستهلك "المؤمن له" بحاجة إلى الحماية من الشروط التعسفية في هذا النوع من العقود.

(2) انظر المادة (21) من قانون حماية المستهلك.

(3) انظر المادة (22/أ) من قانون حماية المستهلك.

## المبحث الثاني

### الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من العيوب المرتبطة بالمنتج

إن من يتعاقد على شراء سلعة أو خدمة، سواء في العقود التقليدية أو الإلكترونية، يأمل أنها خالية من العيوب، وصالحة لتحقيق الغرض الذي اشتراها من أجله<sup>(1)</sup>. ومع ذلك قد يقع المستهلك ضحية للعيوب المرتبطة بالمنتج، كالعيوب الخفية التي يكون من الصعب عليه اكتشافها خاصة أن العقود الإلكترونية تتم عن بعد من خلال شبكة الإنترنت ولا يتاح للمستهلك رؤية السلعة إلا من خلال بعض صورها على الموقع الإلكتروني. وقد أدى التقدم العلمي والتكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتقديم الخدمات إلى اكتساب العديد منها صفة الخطورة، إما بالنظر إلى طبيعتها أو لظروف استخدامها، أو كأثر لوجود عيب في صناعتها بصورة قد تهدد معها عناصر السلامة الجسدية للمستهلك، الأمر الذي برزت معه الحاجة إلى تحقيق نوع من الحماية، يمكن بمقتضاه مواجهة مختلف الأخطار والأضرار التي قد تترتب كأثر لحيازة المستهلك لهذه المنتجات أو استعمالها، خاصة أن المواقع الإلكترونية تعج بمثل هذه المنتجات التي غالباً ما يجهل المستهلك الإلكتروني مخاطر حيازتها واستعمالها، وهو ما يثير مسألة حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر حيازة المنتج أو استعماله. بناء على ما تقدم، فقد قسم هذا المبحث إلى مطلبين: تناول المطلب الأول، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية في المنتج. وخصص المطلب الثاني للحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من مخاطر حيازة المنتج أو استعماله.

#### المطلب الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية في المنتج

من الضمانات الأساسية التي تنشأ عن عقد البيع، سواء في البيوع التقليدية أو الإلكترونية، ضمان العيوب الخفية في المبيع، ولذلك فقد اهتمت غالبية القوانين المدنية، ومنها القانون المدني الأردني، بتنظيم أحكام هذا الضمان. كما عالج قانون حماية المستهلك المسؤولية عن العيوب في السلع والخدمات وذلك لحماية المستهلك من هذه العيوب. وسوف نتناول مفهوم العيوب الخفية في المنتج، ومن ثم حماية المستهلك من هذه العيوب.

#### أولاً: مفهوم العيوب الخفية في المنتج.

نشير أولاً إلى أن قانون حماية المستهلك الأردني لم يضع تعريفاً للمنتج في المادة الثانية منه التي خصصها للتعريف ببعض المصطلحات المستخدمة في القانون، ولكنه وضع تعريفاً لكل من السلعة والخدمة<sup>(2)</sup>، وهو ما يدخل

(1) هذا ما أكدت عليه المادة (1/512) من القانون المدني الأردني بنصها على أنه: "يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه".

(2) عرفت المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني السلعة بأنها "أي مال منقول يحصل عليه المستهلك من المزود وإن ألحق بمال غير منقول بما في ذلك القوى غير المحرزة كالكهرباء"، كما عرفت الخدمة بأنها "الخدمة التجارية سواء أكانت بمقابل أم دون مقابل التي يقدمها أي شخص للمستهلك بما في ذلك تأجير الأموال المنقولة".

في مفهوم المنتجات بصفة عامة<sup>(1)</sup>. أما الحالات التي يعد فيها المُنتَج معيباً فقد بينتها المادة (6/أ) من قانون حماية المستهلك بنصها على أنه:

تعتبر السلعة أو الخدمة معيبة في أي من الحالات التالية: -

- 1- عدم توافر متطلبات السلامة فيها لغايات الاستعمال العادي أو المتوقع لها.
- 2- عدم مطابقتها للقواعد الفنية الإلزامية المطبقة.
- 3- عدم مطابقتها للخصائص المعلن عنها أو عدم تحقيقها للنتائج المصرح بها للمستهلك.
- 4- عدم تحقق مستويات الأداء أو الجودة المصرح بها في السلعة أو الخدمة أو وجود خلل أو نقص فيها أو عدم صلاحيتها للاستعمال وفقاً لما أعدت له للمدة التي تتناسب وطبيعتها".

وكما هو واضح من هذا النص فإن العيب في المُنتَج هو الذي يترتب عليه الانتقاص من قيمته أو منفعته، أو الذي يصيب الشيء في أوصافه أو خصائصه فيجعله غير صالح للغرض الذي أعد له، بحيث أن المستهلك لو علم بالعيب لما أقدم على إبرام العقد، أو أنه قبل بالمبيع ولكنه دفع به ثمناً أقل مما دفعه فعلاً<sup>(2)</sup>.

وعلى صعيد القواعد العامة، فإن المشرع الأردني تعرض للعيب في المبيع ضمن الأحكام العامة عند النص على الخيارات التي تشوب لزوم العقد ومنها خيار العيب في المواد (193 إلى 198) من القانون المدني، وكذلك ضمن الأحكام الخاصة بعقد البيع ومنها ضمان العيوب الخفية في المواد (512 إلى 521). وقد بينت هذه المواد شروط العيب الموجب للضمان، وهذه الشروط هي:

1- أن يكون العيب قديماً: أي أنه كان موجوداً في المبيع قبل البيع أو حدث بعد ذلك وهو في يد البائع قبل التسليم. ويعد العيب الحادث عند المشتري في حكم العيب القديم إذا كان مستنداً إلى سبب قديم موجود في المبيع عندما كان لدى البائع<sup>(3)</sup>. ويشترط المشرع الأردني في العيب القديم أن يكون خفياً<sup>(4)</sup>.

2- أن يكون العيب مؤثراً: أي أنه على درجة من الجسامه بحيث ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه وفق ما هو مبين في العقد<sup>(5)</sup>.

3- أن يجهل المشتري وجود العيب: بمعنى أن العيب لا يعد خفياً إذا كان المشتري عالماً به وقت التعاقد أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وفي مثل هذه الحالة لا يضمنه البائع لما في ذلك من دلالة على تنازل المشتري عن حقه في الضمان. ويقع على عاتق البائع إثبات أن المشتري كان عالماً بالعيب وقت تسلم المبيع<sup>(6)</sup>.

(1) عرفت المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 1918 المنتجات بأنها " السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد". كما عرفت العيب بأنه " كل نقص في قيمة أو منفعة أي من المنتجات بحسب الغاية المقصودة منها، ويؤدي بالضرورة إلى حرمان المستهلك كلياً أو جزئياً من الاستفادة بها فيما أعدت من أجله، بما في ذلك النقص الذي ينتج من خطأ في مناولة السلعة أو تخزينها، وذلك كله ما لم يكن المستهلك قد تسبب في وقوع هذا النقص".

(2) إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2008، ص 205 و 206.

(3) انظر، المادة (2-1/513) من القانون المدني الأردني.

(4) انظر، المادة (4/513) من القانون المدني الأردني. وقد عرفت هذه المادة العيب الخفي بأنه " الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة".

(5) النجار، زياد، مرجع سابق، ص 215.

(6) إبراهيم، خالد ممدوح، (2008)، مرجع سابق، ص 211.

4- ألا يشترط البائع عدم ضمان العيب في المبيع: وهذا يعني أن أحكام ضمان العيب ليست من النظام العام، فيجوز للبائع أن يشترط إسقاط هذا الضمان عن نفسه، ما لم يعتمد إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب<sup>(1)</sup>.

وفي تقديرنا أن تطبيق هذه الشروط لا يقتصر على البيوع التقليدية فقط، بل يشمل البيوع الإلكترونية أيضًا مع الأخذ في الاعتبار طبيعة هذه البيوع وكونها تتم عن بعد بحيث لا يتاح للمشتري "المستهلك" الاطلاع على المبيع عن قرب حتى يتبين ما فيه من عيوب. فمثلاً لو افترضنا أن شخصاً ما اشترى من أحد المواقع الإلكترونية برنامج حاسب آلي، ومع استعماله تبين وجود عيب فيه لا يمكن اكتشافه إلا من خبير في برمجيات الحاسب الآلي، فمثل هذا العيب ينطبق عليه وصف العيب الخفي من حيث كونه قديماً ومؤثراً وغير معلوم للمستهلك.

### ثانياً: حماية المستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية في المنتج

ذكرنا فيما سبق أن البائع يضمن العيوب الخفية في المبيع، وأن هذا الضمان ينطبق على البيوع التي تتم عبر الإنترنت، لكن ما هي أوجه هذه الحماية سواء على صعيد القواعد العامة أو في قانون حماية المستهلك؟ فيما يتعلق بالحماية المقررة في القواعد العامة، وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بخيار العيب وضمن العيوب الخفية وتطبيقها على المستهلك في عقود البيع الإلكترونية<sup>(2)</sup>، يمكن أن نبين أوجه الحماية للمستهلك بما يلي، على افتراض أن القانون الأردني هو الواجب التطبيق:

- 1- يثبت للمستهلك الحق في فسخ العقد بخيار العيب دون حاجة لاشتراط ذلك في العقد<sup>(3)</sup>.
- 2- إذا توافرت في العيب الشروط التي تجعله مضموناً من مقدم السلعة أو الخدمة كان العقد غير لازم للمستهلك صاحب الخيار قبل القبض وقابلاً للفسخ بعد القبض. والفسخ قبل القبض لا يحتاج إلى تراض أو تقاض بشرط علم الطرف الآخر به، أما بعد القبض فيتم الفسخ بالتراضي أو التقاضي<sup>(4)</sup>. ويترتب على الفسخ للعيب رد المنتج إلى صاحبه واسترداد ما دفعه المستهلك ثمناً له<sup>(5)</sup>.
- 3- إذا ظهر في المنتج محل البيع عيب قديم بعد تسلمه من المستهلك، فإنه يكون مخيراً بين رده أو قبوله بالثمن المسمى ولكن لا يجوز له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من ثمنه<sup>(6)</sup>. غير أن تصرف المستهلك بالمنتج تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم يسقط عنه هذا الخيار<sup>(7)</sup>. لكن إذا هلك المنتج المعيب بعيب قديم في يد المستهلك أو استهلكه قبل علمه بالعيب جاز له الرجوع على البائع بنقصان العيب من الثمن<sup>(8)</sup>.

(1) انظر المادة (4/514) من القانون المدني.

(2) نود الإشارة إلى أن النصوص الواردة في القانون المدني الأردني بخصوص ضمان العيوب الخفية في المبيع تتعلق بكافة عقود البيع، سواء كان المتعاقد مع البائع مستهلكاً أم لا، ولكننا افترضنا أنه مستهلك وأن التعاقد تم من خلال شبكة الإنترنت.

(3) المادة (193) من القانون المدني.

(4) المادة (195) من القانون المدني.

(5) المادة (196) من القانون المدني.

(6) المادة (1/513) من القانون المدني.

(7) المادة (515) من القانون المدني.

(8) المادة (516) من القانون المدني.

4- إذا حدث في المُنتَج المعيب بعيب قديم عيباً جديداً وهو في يد المستهلك فلا يجوز له أن يرده للبائع بالعييب القديم ولكن من حقه مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه الجديد. ولكن متى زال العيب الجديد عاد للمستهلك الحق في رد المُنتَج على البائع بالعييب القديم<sup>(1)</sup>.

5- في حالة وفاة المستهلك فإن حقه في ضمان العيب ينتقل إلى الورثة<sup>(2)</sup>.

6- إن رجوع المستهلك على البائع بضمان العيب الخفي في المُنتَج يكون بدعوى خاصة هي "دعوى ضمان العيوب الخفية" ولا تسمع هذه الدعوى، في القانون الأردني، بعد انقضاء ستة أشهر على تسلم المستهلك للمُنتَج ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول من ذلك. ولا يجوز للبائع أن يتمسك بهذه المدة للتخلص من دعوى المستهلك لمزور الزمان إذا ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه<sup>(3)</sup>.

وفي سبيل توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني من عيوب المُنتَج، سواء كان سلعة أو خدمة، فقد نصت المادة السابعة من قانون حماية المستهلك على أنه:

أ- 1- يلتزم المزود في حال كانت السلعة معيبة بإرجاعها ورد ثمنها بناء على طلب المستهلك أو أي شخص آخر انتقلت إليه ملكية السلعة.

2- إذا لم يتمكن المزود من إرجاع السلعة لظهور العيب بعد استهلاك المستهلك لها يلتزم المزود بأن يدفع للمستهلك مبلغاً يعادل قيمة الضرر.

ب- 1- يلتزم المزود في حال كانت الخدمة معيبة بإعادة ثمنها بناء على طلب المستهلك وذلك إذا لم يتلق المستهلك تلك الخدمة أو كان بالإمكان رجوع المزود عن تقديم الخدمة.

2- إذا ظهر العيب في الخدمة بعد تلقي المستهلك لها بصورة كاملة يلتزم المزود بأن يدفع للمستهلك مبلغاً يعادل قيمة الضرر.

ج- على الرغم مما ورد في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة، للمزود وبموافقة المستهلك الخطية أن يصبوب الخلل الذي أدى إلى عيب في السلعة أو الخدمة".

كما هو واضح أن المشرع الأردني في قانون حماية المستهلك شمل السلع والخدمات بضمان العيوب الخفية، فلم يقصر الحماية على السلع فقط. كما أن المشرع ألزم مقدم السلعة المعيبة "المزود" باسترجاعها ورد ثمنها للمستهلك إذا ما طالب بذلك، بل حتى لو تصرف المستهلك بالسلعة لشخص آخر تصرفاً ناقلاً للملكية جاز لهذا الأخير المطالبة برد السلعة المعيبة للبائع واسترداد ثمنها<sup>(4)</sup>. هذا بالإضافة إلى إلزام مقدم السلعة بتعويض المستهلك عن الضرر الذي لحقه بعد استهلاكه للسلعة إذا ظهر العيب بعد الاستهلاك.

(1) المادة (517) من القانون المدني.

(2) المادة (520) من القانون المدني.

(3) المادة (521) من القانون المدني.

(4) إن طبيعة مسؤولية المزود تجاه الغير الذي اشترى السلعة من المستهلك هي مسؤولية عن الفعل الضار لعدم وجود علاقة تعاقدية بينه وبين المزود، وهذا بخلاف مسؤولية المزود تجاه المستهلك عن العيب الخفي، فهي مسؤولية عقدية. وفي تقديرنا أن حق المشتري من المستهلك في المطالبة برد السلعة المعيبة واسترداد ثمنها يمكن أن يجد أساسه أيضاً في القواعد العامة، ذلك أن المشتري هنا يعتبر خلفاً خاصاً للمستهلك، وقد نصت المادة (207) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

**المطلب الثاني: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من مخاطر حيازة المنتج أو استعماله**

إن البحث في حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر حيازة أو استعمال المنتجات يقتضي أن نبين المقصود بمخاطر حيازة المنتج واستعماله والمسؤول عن الأضرار الناشئة عن ذلك، وهل هو التاجر مقدم السلعة أو الخدمة أو المنتج أو المصنّع. ثم نتطرق بعد ذلك إلى هذه الحماية في القانون الأردني.

**أولاً: التعريف بمخاطر حيازة أو استعمال المنتج والمسؤولية عنها.**

أدى التقدم العلمي والتكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتقديم الخدمات إلى اكتساب العديد منها صفة الخطورة، الأمر الذي برزت معه الحاجة إلى حمايته من مختلف الأخطار والأضرار التي قد تترتب على حيازة المستهلك لهذه المنتجات أو استعمالها<sup>(1)</sup>.

لذلك نجد أن من بين أهم حقوق المستهلك التي تحتاج إلى الحماية وفقاً للمبادئ التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (39/248) الصادر سنة 1985 حقه في الأمان وضمان سلامته، وحقه في الحصول على منتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات.

والمنتجات الخطرة قد يكون مصدر خطورتها وجود عيوب خفية فيها، كما لو تعاقد شخص على شراء هاتف متنقل (جوال) عبر شبكة الإنترنت وحصل انفجار فيه نتيجة عيوب في تصنيع بطاريته أدى إلى أضرار جسدية للمستهلك أو لأحد أفراد أسرته، وفي هذه الحالة يمكن تطبيق قواعد حماية المستهلك من العيوب الخفية في المبيع التي سبق بيانها إذا ما توافرت شروط ضمان العيب في المبيع، ويستطيع المستهلك مقاضاة التاجر مقدم السلعة إذا ثبت علمه بوجود مثل هذا العيب في الهواتف النقالة التي من الإصدار نفسه.

وقد تكون خطورة المنتج لا علاقة لها بالعيوب الخفية وإنما يكون المنتج خطراً بطبيعته مثل الآلات القابلة للانفجار نتيجة سوء استعمالها أو وضعها في غير الأماكن والظروف المناخية المناسبة لها مثل الألعاب النارية ومعدات إطفاء الحرائق والمبيدات بأنواعها، وكذلك الأجهزة الطبية والرياضية التي تتضمن مخاطر محتملة لجمهور المستهلكين، حيث إن المستهلك الإلكتروني يشتري هذه السلعة من الموقع الإلكتروني، وليس له مصدر معلومات غير البائع عندما يقدم له نموذج الاستعمال المرفق مع السلعة.

في هذه الحالة، فإن الأضرار الناتجة عن خطورة حيازة أو استعمال مثل هذه المنتجات لا يمكن حماية المستهلك منها من خلال دعوى ضمان العيوب الخفية في المنتج، ذلك أن الأمر يتجاوز مجرد العيوب التي تنتقص من قيمة المنتجات أو نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويصل إلى إلحاق الضرر بسلامة المستهلك أو سلامة غيره نتيجة خطورة الشيء محل التعاقد<sup>(2)</sup>.

يبرز هنا الالتزام بضمان السلامة الجسدية للمستهلك الذي ينصب بشكل أساسي على ضمان الأضرار التي تلحق الأشخاص دون الأموال، وهو التزام مستقل يترتب على الإخلال به انعقاد المسؤولية المدنية للمنتج أو الصانع، الذي غالباً ما يكون شخصاً آخر غير التاجر مقدم السلعة أو الخدمة.

(1) المهيرت، غالب كامل، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2018، ص104.

(2) النجار، زيد، مرجع سابق، ص218 و219.

فالمستهلك في التعاقد الإلكتروني يتجول عبر مواقع التسوق الإلكتروني وعند استقراره على سلعة أو خدمة فإنه يبرم تعاقداً بشأنها، وفي الغالب يكون تعاقد مع التاجر الذي يلتزم بتسليمه السلعة أو تقديم الخدمة المتفق عليها، وبالتالي لا تكون هناك علاقة تعاقدية تربط بين المستهلك والمنتج، ومع ذلك يستطيع المستهلك مقاضاة المنتج وفقاً لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار على أساس إخلاله بالالتزام بأمن وسلامة المستهلك، وهو التزام قانوني عام، وقرينة الإخلال هنا غير قابلة لإثبات العكس<sup>(1)</sup>، وليس أمامه لكي ينفي عن نفسه المسؤولية إلا إثبات أن وقوع الضرر إنما يعود إلى سبب أجنبي خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المستهلك نفسه<sup>(2)</sup>. ويتصل بمسؤولية المنتج عن مخاطر حيازة المنتج أو استعماله التزام المنتجين بتبصير المستهلكين بطريقة استعمال المنتجات ومكامن الخطورة فيها بهدف حمايتهم من الأضرار المحتملة التي قد تترتب على حيازتها أو استعمالها. فمن حق المستهلك أن يكون على بينة بالطريقة السليمة لاستعمال المنتج وأن يحاط علمًا بمحاذير الاستعمال الخاطيء للمنتج، وطرق استعماله والظروف الملائمة لهذا الاستعمال، ومدة صلاحيته للاستعمال خاصة إذا كان من المنتجات الغذائية أو الدوائية. ومن حقه أيضاً أن يتم إعلامه بمكامن الخطورة في المنتج سواء أثناء استعماله أو تشغيله أو حفظه، والاحتياطات اللازمة لتفادي مخاطره، خاصة إذا كان من المواد القابلة للاشتعال أو من المواد السامة التي يحتاج استعمالها إلى احتياطات خاصة من المستهلك<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: حماية المستهلك من مخاطر حيازة أو استعمال المنتج في القانون الأردني.

اهتمت مختلف التشريعات، ومنها القانون الأردني، بحماية جمهور المستهلكين من مخاطر حيازة أو استعمال المنتجات، سواء كانت هذه الحماية تجد أساسها في القواعد العامة، أو بقوانين خاصة مثل قوانين حماية المستهلك، أو قوانين المواصفات والمقاييس التي تحدد الخصائص والمميزات المطلوبة في المنتج.

وقد سبقت الإشارة إلى أن هذه المخاطر قد يكون سببها وجود عيب خفي في المنتج يسأل عنه التاجر مقدم السلعة أو الخدمة وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية في المبيع، وقد يكون سبب هذه المخاطر طبيعة المنتج ذاته دون أن تكون مرتبطة بعيب فيه، أو نتيجة وجود عيوب فيه مرتبطة بإنتاجه وتصنيعه ولا يعلم بها التاجر الذي باع السلعة أو قدم الخدمة للمستهلك من خلال شبكة الإنترنت، ودون أن تتوافر شروط العيب الموجب للضمان، وذكرنا أنه في هذه الحالة يتحمل المنتج أو الصانع مسؤولية الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك الإلكتروني أو بغيره ممن حاز هذه السلعة أو استعمالها، خاصة أن أحكام الالتزام بضمان الأمن والسلامة، وخروجاً على مبدأ نسبية آثار العقد، تسري بخصوص كل الذين لحقهم ضرر بصحتهم أو بأمنهم، سواء كانت تربطهم علاقة تعاقدية أم لا<sup>(4)</sup>.

ومسؤولية المنتج عن العيب في الإنتاج أو التصنيع تجاه المستهلك هي مسؤولية عن فعل ضار. وتستند إلى المادة (256) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

(1) إبراهيم، خالد ممدوح، (2007)، مرجع سابق، ص 260.

(2) انظر، المادة (261) من القانون المدني الأردني.

(3) المهيرات، غالب كامل، مرجع سابق، ص 105 وما بعدها.

(4) النجار، زياد، مرجع سابق، ص 218.

وقد تضمن قانون حماية المستهلك الأردني نصوصاً تهدف إلى ضمان حق المستهلك في الأمن والسلامة وحمايته من مخاطر استعمال السلع والخدمات. فقد نصت المادة (3-أ-1) من القانون المذكور على أنه: "للمستهلك الحق في: -

1- الحصول على سلع أو خدمات تحقق الغرض منها دون إلحاق أي ضرر بمصالحه أو صحته عند الاستعمال العادي أو المتوقع لهذه السلع أو الخدمات".

كما منعت الفقرة (ب) من هذه المادة المزود من القيام بأي فعل أو امتناع من شأنه الإخلال بهذا الحق أو بغيره من حقوق المستهلك المنصوص عليها في المادة المذكورة.

إضافة إلى أن المادة (6-أ-1) من قانون حماية المستهلك اعتبرت السلعة أو الخدمة معيبة في حالات منها "عدم توافر متطلبات السلامة فيها لغايات الاستعمال العادي أو المتوقع لها".

كذلك احتاط المشرع الأردني لما يمكن أن ينشر من إعلانات عن سلع أو خدمات غير معروف مصدرها أو فيها ضرر لصحة المستهلك وسلامته، فنص في المادة (8/ب) من قانون حماية المستهلك على أنه: "يحظر نشر أي إعلان لسلعة أو خدمة ضارة بصحة المستهلك أو سلامته أو مجهولة المصدر".

كما أن المادة (15) من قانون حماية المستهلك جعلت من بين مهام جمعية حماية المستهلك: "معاونة المستهلك الذي وقع عليه ضرر من جراء استخدام سلعة أو شراؤها أو تلقي خدمة في تقديم الشكاوى للجهات المختصة واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقه ومصالحه".

إضافة لما تقدم يظهر اهتمام المشرع الأردني بالمستهلك من خلال إصداره قانون المواصفات والمقاييس رقم (22) لسنة 2000، وما طرأ عليه من تعديلات بالقانون رقم (38) لسنة 2015، وبعده القانون رقم (21) لسنة 2019. وقد بينت المادة الثالثة من القانون رقم (38) لسنة 2015 -الذي يقرأ مع القانون الأصلي- نطاق تطبيقه بسريان أحكامه على كل شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بأي من أعمال التجارة بما في ذلك أعمال التوزيع أو التصنيع أو إجراء أي تعديل على المنتج من شأنه التأثير على سلامته.

وقد ألزمت المادة (4/أ) من هذا القانون الأشخاص المشار إليهم بالالتزام بضمان مطابقة المنتج مع القاعدة الفنية المقررة<sup>(1)</sup>، وضمان كونه آمناً للاستخدام إذا لم توجد قاعدة فنية. كما ألزمتهم بإعلام المستهلك بجميع المعلومات الضرورية " والتحذيرات التي تمكنه من تقييم المخاطر المترتبة على استخدام المنتج، إذا كانت هذه المخاطر غير واضحة دون توافر هذه التحذيرات، والعمل على اتخاذ الاحتياطات الضرورية لتجنب هذه المخاطر".

(1) عرفت المادة الثانية من قانون المواصفات والمقاييس الأردني رقم (22) لسنة 2000 المعدل القاعدة الفنية بأنها " وثيقة تحدد فيها خصائص الخدمة أو المنتج أو طرق الإنتاج وأنظمة الإدارة، وقد تشمل الرموز والبيانات والتعليق ووضع العلامات ومتطلبات بطاقة البيان التي تطبق على المنتج أو طرق إنتاجه أو تقتصر على أي منها وتكون المطابقة لها إلزامية".

## الخاتمة

تناول هذا البحث نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، إذ عالج حماية المستهلك من الشروط التعسفية، والعيوب الخفية، والمخاطر المترتبة على حيازة أو استعمال المنتجات. وتم التوصل من خلال البحث إلى بعض النتائج والتوصيات، كما يلي:

### أولاً: النتائج.

- 1- إن نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القوانين الأردنية يشمل الحماية من العيوب الخفية في السلعة أو الخدمة، ومن الشروط التعسفية التي قد تفرض على المستهلك في العقد الإلكتروني، وكذلك من المخاطر التي قد تترتب على حيازة المستهلك للمنتج أو حيازته.
- 2- إن قانون حماية المستهلك الأردني لم يتضمن أي نصوص تشير إلى المستهلك الإلكتروني رغم حداثة هذا القانون، وكان من المفترض الإشارة إليه على الأقل في المادة الثانية التي وضعت تعريفاً للمستهلك.
- 3- إن الشروط التعسفية في عقود التجارة الإلكترونية متصورة في العقود النموذجية الإلكترونية المعدة مسبقاً من مقدم السلعة أو الخدمة التي لا تقبل المساومة والنقاش، وكذلك في التعاقدات التي تتم من خلال مواقع التسوق الإلكتروني حيث يغلب على العقد في مثل هذه الحالة صفة عقد الإذعان.
- 4- إن القواعد العامة في القانون المدني الأردني المتعلقة بالعيوب الخفية في المبيع، وسلطة القاضي في التعامل مع الشروط التعسفية في عقود الإذعان، قد تسهم في توفير الحماية المدنية للإرادة التعاقدية للمستهلك الإلكتروني، ولكنها ليست كافية في توفير الحماية المطلوبة للمستهلك الإلكتروني.

### ثانياً: التوصيات.

- 1- تعديل تعريف المستهلك المنصوص عليه في المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني بحث يشمل المستهلك الإلكتروني.
- 2- وضع نصوص خاصة في قانون حماية المستهلك تعالج حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، سواء من الشروط التعسفية، أو من العيوب الخفية في المنتجات، واعتبار هذه النصوص من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويطبّقها القاضي من تلقاء نفسه.
- 3- النص على أن النص الغامض في العقد الإلكتروني يفسر لمصلحة المستهلك دائماً حتى لو لم يكن العقد من عقود الإذعان. ذلك أن قواعد عقد الإذعان قد لا تطبق على بعض العقود الإلكترونية خاصة تلك التي تتم عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية مع المستهلك أو من خلال غرف المحادثة.

**المصادر والمراجع:****أولاً: الكتب:**

- 1- إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 2- إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 3- أبو الحديد، عبدالرؤف حسن، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
- 4- أحمد، محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني (ط1)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 5- الرومي، محمد أمين، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- 6- السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) -دراسة مقارنة- دن، إريد، الأردن، 1997.
- 7- العلياني، بهاء الدين، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون، المجلد الأول، إبرام العقد، دار الشواف، الرياض، 2011.
- 8- الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
- 9- المهيرات، غالب كامل، التزام المنتج بالتبصير قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2018.
- 10- النجار، زياد إبراهيم، قواعد حماية المستهلك من التغيير والغبن في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة (ط2)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2019.
- 11- بدر، أسامة أحمد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الكتب القانونية، المحلة، جمهورية مصر العربية، 2018.
- 12- خالد، كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني في ظل قانون حماية المستهلك المصري والتوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي وقانون اليونسكوب للنموذجي للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 13- زريقات، عمر خالد، عقود التجارة الإلكترونية "عقد البيع عبر الإنترنت-دراسة تحليلية" (ط1)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- 14- مجاهد، أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

**ثانياً: التشريعات:**

- 1- القانون المدني الأردني رقم (34) لسنة 1976 وتعديلاته.
- 2- قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.
- 3- قانون المواصفات والمقاييس رقم (22) لسنة 2000. والقانون المعدل لقانون المواصفات والمقاييس رقم (38) لسنة 2015.
- 4- قانون حماية المستهلك المصري رقم (181) لسنة 1918.

## حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة

### The Arbitration Carried out by Modern Technological Devices

محمد شفيق يوسف فريحات \*

#### الملخص

تناولت هذه الدراسة حكم التحكيم الإلكتروني ، الذي يعتبر أحد أهم الوسائل لحل المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الإلكترونية التي تتم بسرعة إبرامها وتنفيذها، عن طريق اختيار محكم ، أو هيئة تحكيم تقوم باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة لإصدار حكم ملزم لأطراف النزاع ، وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي والتحليلي حيث تم وصف هذا الحكم من حيث: بيان محتوياته وشروط إصداره ، وتحليل النصوص القانونية لبيان أساسه القانوني في قانون التحكيم وقانون المعاملات الإلكترونية . وقد توصلت هذه الدراسة إلى عدة نتائج أهمها أن حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة والتكنولوجيا الحديثة، يوفر عدة مزايا أهمها سرعة في الفصل في المنازعات ، وقللة في التكاليف، ومواكبة للتطور التكنولوجي ، كما أن هنالك مشاكل تواجه هذا التحكيم ، أهمها عدم مواكبة تطبيق القواعد القانونية الخاصة بحكم التحكيم التقليدي على هذا الحكم.

وخلصت الدراسة إلى عدة توصيات لمواجهة العقبات التي تواجه هذا النوع من الأحكام.

**الكلمات الدالة:** التحكيم ، الأجهزة التكنولوجية الحديثة ، تسوية المنازعات ، معاملات التجارة الإلكترونية.

#### Abstract

The study tackled the nature of arbitration in electronic form seen as one of the most important means of resolving disputes arising from fast-concluded and executed electronic commerce transactions through the selection of arbitrator or arbitral tribunal that uses modern technological means to issue a binding judgment to the disputatious parties. The researcher has used the descriptive and analytical approach, which is described in terms of a well-informed statement, the terms of issuance, and the analysis of the legal texts to indicate its legal basis in the arbitration law and the Electronic Transactions Law.

This study has arrived at several results, the most important of which is that the arbitration judgment carried out through modern devices and technology provides several advantages, such as speeding the settlement of disputes, reducing the costs and keeping abreast of the technological advancements. Also, there are some problems facing this arbitration, the most important one is the lack of keeping up with the application of the legal rules concerning the traditional arbitration judgment. The present research concludes with a number of recommendations to address the obstacles facing this type of arbitration.

**Keywords:** Arbitration, Modern Technological Devices, Disputes Settlement, Electronic Commerce Transactions.

**المقدمة:**

يعتبر حكم التحكيم الإلكتروني من أهم الموضوعات التي تجعل الباحث في مواجهة مع مدى قانونية ومشروعية التحكيم الإلكتروني بشكل عام، وتحديد أثر الوسائل التكنولوجية على التحكيم يظهر جلياً في حكم التحكيم المعتمد على هذه الوسائل، من حيث صحة الحكم وقابليته للتنفيذ وجوانب الطعن بالحكم؛ ذلك أن غاية إجراءات التحكيم هي إصدار حكم التحكيم والأصل أنه يكون منهيّاً لخصومة التحكيم كلياً أو جزئياً، إذ إن حكم التحكيم بشكل عام ثمره الجهود التي سبقتها، ويشترط في هذا الحكم أن يكون مستوفياً لكافة الأوضاع الإجرائية والشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون، علاوة على أن مهمة هيئة التحكيم لا تنتهي بمجرد صدور الحكم المنهي للنزاع وإنما تستمر في عملها بعد صدوره، حيث يستوجب القانون على هيئة التحكيم القيام بإعلانه لأطراف النزاع، بالإضافة إلى أن حكم التحكيم لا يصدر في كل الحالات مبراً من الخطأ، فقد تعترية العيوب الموضوعية أو الإجرائية مما تجعله عرضة للبطلان، ولذلك وضع القانون الطرف المتضرر من ذلك بطريق الاعتراض عليه من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم.

وحكم التحكيم الإلكتروني يواجه عدة صعوبات خاصة تتعلق بكيفية المداولة بين أعضائه عبر الأجهزة التكنولوجية الحديثة، وكيفية التصويت عليه من قبل هيئة التحكيم بواسطة هذه الأجهزة، كما أن كتابة الحكم والتوقيع عليه بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة ليست بالأمر السهل حيث يواجه العديد من المشكلات من حيث كيفية تحريره باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، والتوقيع عليه بالوسائل التكنولوجية الحديثة أيضاً. وتأتي أهمية هذه الدراسة خصوصاً في ظل انتشار التجارة الإلكترونية، وظهور الحاجة إلى تسوية منازعات بواسطة التحكيم عن طريق إصدار أحكام تصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة، الذي يمتاز بالسرعة في الفصل في المنازعات، وقلّة التكاليف، ومواكبة التطور التكنولوجي.

**مشكلة الدراسة :**

تكمن مشكلة الدراسة في بيان مدى نصوص كفاية التشريعات الأردنية التي تنظم حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة أجهزة التكنولوجيا الحديثة، وما مدى انطباق نصوص التشريعات الأردنية الواجب توافرها في حكم التحكيم التقليدي عليه، وما مدى قدرة القواعد العامة على استيعاب أجهزة التكنولوجيا الحديثة.

**أسئلة الدراسة:**

- 1- ما هو موقف المشرع الأردني من حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة ؟
- 2- ما مدى انطباق الشروط الموضوعية والشكلية لحكم بصيغته التقليدية على حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة أجهزة التكنولوجيا الحديثة ؟
- 3- ماهي الشروط الشكلية والموضوعية لحكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة ؟

**أهداف الدراسة:**

- 1- بيان موقف المشرع الأردني من حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة
- 2- معرفة الشروط الشكلية والموضوعية لحكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة

### 3- التعرف على حجية حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة

#### منهج الدراسة:

سوف يقوم الباحث باستخدام المنهج الوصفي الذي يقوم بوصف حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة ، والمنهج التحليلي الذي يقوم بتحليل النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة للتعرف على موطن القوة والضعف في التشريع الأردني .

#### أهمية الدراسة:

يعتبر حكم التحكيم الإلكتروني أحد أهم الوسائل لحل المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الإلكترونية التي تتسم بسرعة إبرامها وتنفيذها، ولكل ما تقدم ترجع أهمية هذه الدراسة إلى غياب التشريعات والأبحاث التي تعالج هذا الموضوع وندرتها ، فهي إذا دراسة حديثة وملزمة لحكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة ، وتشكل ندرة المؤلفات تحدياً جدياً للباحث ، ومن المؤمل أن تكون هذه الدراسة ذات فائدة للعاملين في مجال القانون والتحكيم، وسائر المهتمين من الباحثين والدارسين .

#### خطة الدراسة:

سيتناول الباحث في هذه الدراسة كافة الجوانب قدر الإمكان وسوف يتم تقسمها إلى:

- 1- المبحث الأول : إجراءات صدور الحكم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة
- 2- المبحث الثاني : الشروط الشكلية لحكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الحديثة

## المبحث الأول

### إجراءات صدور الحكم

نظراً لأهمية حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة في الفصل بالمنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية عبر الأجهزة التكنولوجية الحديثة، فإنه لا يمكن صدوره إلا بعد مروره في إجراءات معينة. فهئية التحكيم قبل إصدار حكمها يجب أن تقوم بإجراء المداولة بين أعضائها وهذا في عموم التحكيم إلا أن المداولة في التحكيم الإلكتروني تتم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة ، وخلال هذه المداولة يقوم أعضاء هيئة التحكيم بالتوصل إلى الرأي ، وفي حال اختلافهم فإنه يتم إصدار الحكم عن طريق الأغلبية، ويكون هذا الرأي هو مضمون حكم التحكيم الصادر عنه .

وحكم التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة شأنه شأن الأحكام الصادرة عن التحكيم التقليدي، حيث إنه يجب أن يتوافر فيه بعض البيانات حتى يستقيم ويكون قابلاً للتنفيذ.

ونظراً للآثار التي تترتب على حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة والذي يتمثل بشكل رئيسي في الفصل في النزاع القائم بين الأطراف، فيجب أن يتم صياغته في قالب مكتوب والتوقيع عليه من قبل

أعضاء هيئة التحكيم التي تتعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة بما يحقق متطلبات قانون التحكيم في حكم التحكيم .

وعليه سوف يتناول الباحث المداولة والتصويت على حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة في المطلب الأول، ومحتوياته في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: المداولة والتصويت

يصدر حكم التحكيم بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة بعد المرور بإجراءات معينة وهذه الإجراءات تعتبر من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا الحكم، وتتمثل هذه الإجراءات في المداولة التي يجب أن تتم بين أعضاء هيئة التحكيم قبل إصدار الحكم، وخلال هذه المداولة يقوم أعضاء هيئة التحكيم بالتوصل إلى الآراء، وفي حالة الاختلاف يتم أخذ رأي الأغلبية ويكون هذا الرأي هو مضمون حكم التحكيم الصادر.

فهيئة التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة تقوم بعد الانتهاء من عملية التحكيم وانتهاء الجلسات بقبل باب المرافعة بالدعوى التحكيمية، وتبدأ بإصدار حكمها، ولكنها لا تصدر حكمها إلا بعد التشاور فيما بينها للتوصل إلى هذا الحكم، أي يجب أن يكون هناك فترة زمنية يتم من خلالها المداولة اللازمة بين أعضاء هيئة التحكيم لإصدار حكمها<sup>(1)</sup>.

وتعتبر المداولة السابقة لصدور الحكم من القواعد الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، حيث إنه لا يمكن أن يصدر حكم عن هيئة التحكيم حكم بدون المداولة عليه قبل صدوره، فإذا كانت هيئة التحكيم تتألف من عدة أشخاص وفي العادة يكون عددهم وترافاً فإنه لا بد من إجراء المداولة فيما بينهم قبل إصدار القرار<sup>(2)</sup>.

ويقصد بالمداولة أن يتناول المحكمون الرأي فيما بينهم بالنسبة للوقائع، والقواعد الواجبة التطبيق والقرار الذي ينتهي إليه كل منهم وقواعد العدالة التي تطبق على تلك الوقائع والنتيجة التي يخلصون إليها لحسم النزاع. وهيئة التحكيم عند إقفالها باب المرافعة فإنها تقوم بإجراء مداولة بين جميع أعضائها حيث تقوم بدراسة الوثائق وأقوال الطرفين، بهدف التوصل إلى رأي يوافق عليه أغلبيتهم، ليصدر حكم في النزاع القائم بين أطراف النزاع بحيث يقف كل محكم من هيئة التحكيم على رأي ووجهة نظر باقي أعضائها، وبالتالي تتاح له فرصة النقاش والتعقيب على هذه الآراء، في محاولة لتقريب وجهة النظر بهدف الوصول إلى رأي واحد ليتم تفرغ الرأي في قرار حكم تتولى الهيئة إصداره.

ويجب أن تتم المداولة بين جميع أعضاء هيئة التحكيم فإذا تمت المداولة بين هيئة التحكيم وخلا الحكم مما يدل على أن الهيئة قد تداولت فيه ، فإن التحكيم يكون محل طعن بالبطلان، ويجب أن لا يشترك في المداولة أشخاص غير مخولين وغير أولئك الذين أنيط بهم مهمة التحكيم ،ولا يجوز اشتراك محكمين لم يسمعو مرافعات وأقوال الخصوم، ويجب أن تجري المداولة فيما بين المحكمين في أشخاصهم، فلا يشترك واحد منهم في المداولة عن طريق مندوب أو ممثل له<sup>(3)</sup>.

(1) المنشاوي، عبد الحميد ، التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2010، ص65.

(2) الرفاعي، أشرف ، التحكيم في العلاقات الخارجية الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص261

(3) والي، فتحي، التحكيم. دار النهضة العربية، القاهرة. 2005، ص546.

ويجب لصحة المداولة أن تجرى سراً فلا يحضرها غير المحكمين لضمان تمتع المحكم بإبداء رأيه ، ولعدم إفشائه ما تتضمنه القضية من أسرار لأطراف النزاع.

وفي التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة فإن المداولة تتم عن طريق تبادل الخطابات والتساؤلات دون الحضور المادي لأطراف النزاع أو المحكمين، حيث يقوم أعضاء هيئة التحكيم بالتشاور فيما بينهم حول إصدار حكم التحكيم عبر وسائل تكنولوجية سمعية ، أو بصرية تمكنهم من إجراء نشاط متواز بينهم لإصدار هذا الحكم ويشترط أن يتم بسرية تامة، وهذه السرية تتمثل في عدم حضور تلك المداولة من أشخاص غير أعضاء هيئة التحكيم ، ويتم ذلك بعدم حضورهم على الموقع الإلكتروني الذي تتم عليه المداولة<sup>(1)</sup>.

وبعد انتهاء المداولة تقوم هيئة التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة بإصدار حكمها ، الذي يصح أن يصدر بناء على إجماع الآراء، أو بالأغلبية من أعضاء هيئة التحكيم وعليه يجب أن تتفق غالبيةهم على حكم تحكيم واحد لإصداره، ويقصد بالأغلبية هنا صدور الحكم من أكثر من نصف أعضاء هيئة التحكيم، ويتم التصويت عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة دون الوجود المادي للمحكمين، فالعملية التحكيمية تتم عبر الوسائل و الأجهزة التكنولوجية الحديثة وكذلك إجراءات صدور الحكم التي من بينها التصويت يصح أيضاً أن تتم من خلال هذه الوسائط<sup>(2)</sup>.

نخلص مما سبق إلى أن هيئة التحكيم يجب عليها قبل إصدار حكمها أن تقوم بإجراء المداولة بين أعضائها عبر الوسائط التكنولوجية الحديثة ، وأنه يترتب البطلان على هذا الحكم في حال عدم إجراء هذه المداولة، وبعد الانتهاء من المداولة فإن أعضاء هيئة التحكيم يقومون بالتصويت على هذا الحكم الذي تم التوصل إليه من قبل أعضاء هيئة التحكيم باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة ، ولا شك أن الأجهزة الحديثة تتيح التلاقي عن بعد ، وبشكل يجمع أكثر من طرف الأمر الذي نتوصل من خلاله إلى أن المداولة متاحة عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة ولا عائق أمامها .

### المطلب الثاني: محتويات حكم التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة

نظراً للمكانة البارزة التي يحتلها التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة فإنه يجب أن يشمل على البيانات الشكلية والموضوعية حتى يستقيم ويكون قابلاً للتنفيذ، فيجب على هيئة التحكيم التي باشرت العملية التحكيمية وأصدرت حكمها بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة ، أن تقوم بذكر أسماء أعضاء هيئة التحكيم وصفاتهم وعناوينهم وجنسياتهم التي يتمتعون بها، وأن تبين البيانات الخاصة بأسماء أطراف النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، والهدف من ذلك هو التأكد من أن المحكمين أنفسهم الذين تم اختيارهم من قبل أطراف النزاع هم من تولوا الفصل في النزاع القائم بين الأطراف، وحتى يتمكن من صدر الحكم لصالحه من تنفيذه.

كما يجب على هيئة التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة القيام بعرض موجز لأقوال الخصوم ومستنداتهم التي استندوا عليها ، حتى يتأكد الأطراف من أن أعضاء هيئة التحكيم قد قاموا بالفصل في جميع الطلبات المقدمة من الأطراف في الوقت المحدد، كما يجب أن يتضمن الحكم الأسباب والأسناد التي استندوا

(1) فوزي، سامي، التحكيم في التجارة الدولية. دار الثقافة، عمان، 1999ص199.

(2) عطية، عزمي، قانون التحكيم، جامعة الكويت ، الكويت ، 1999ص301

عليها عند إصدارهم لحكمهم، ومنطوق الحكم الذي يتم التنفيذ بناء عليه<sup>(1)</sup>. فقرار التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يجب أن يتضمن:

### 1- أسماء المحكمين

من الضروري والحتمي ذكر المحكمين الذين بأشروا القيام بالعملية التحكيمية التي تمت عبر الأجهزة التكنولوجية الحديثة، كما يتم ذكر صفات هيئة التحكيم وعناوينهم وجنسياتهم، وغيرها من البيانات التي يمكن من خلال التعرف على هؤلاء المحكمين الذين أصدروا الحكم. والهدف من اشتراط ذكر أسماء هيئة التحكيم هو التأكد أن المحكمين أنفسهم هم الذين تم اختيارهم من قبل أطراف النزاع<sup>(2)</sup>.

### 2- أسماء أطراف النزاع

يجب ذكر كل طرف من أطراف النزاع في حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة، كما يتم ذكر أسمائهم و جنسياتهم وعناوينهم ووكلائهم، وغيرها من البيانات الخاصة بهم، وبيان أيضاً إذا كان أطراف النزاع أشخاصاً طبيعيين أو معنويين كما يجب ذكر أسماء المحامين والمستشارين عن كل طرف في حال وجودهم.

والهدف من اشتراط ذكر أسماء أطراف النزاع هو التأكد من أن حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يكون شاملاً لبيانات الخصوم الخاصة بهم، الذي صدر الحكم في النزاع القائم بينهم، دون غيرهم وبالتالي لا يكون هناك لبس أو غموض خصوصاً عندما يتم تنفيذ الحكم الصادر من قبل من صدر الحكم لصالحه بحيث يتم تنفيذه بسهولة.

فعدم ذكر أطراف النزاع يؤدي إلى عدم تنفيذ حكم التحكيم نظراً لعدم القدرة على التعرف على صاحب الحق في التنفيذ<sup>(3)</sup>.

فهيئة التحكيم التي تنعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يتعين عليها عند إصدار حكمها في النزاع القائم بين أطراف منازعات التجارة الإلكترونية، أن تذكر أسماء أطراف النزاع ويرجع مدى أهميتها في حكم التحكيم لكونها توضح أن الأطراف المحتمكين هم ذاتهم أطراف التحكيم الذي بناء عليه تم إصدار حكم التحكيم، كونه لا يوجد تقابل مادي فيما بينهم حيث إبرام عقود التجارة الإلكترونية يتم عبر الأجهزة الحديثة، وبالتالي لا يتاح أمام أطراف النزاع التأكد من شخصية بعضهم بعضاً، إلا من خلال البيانات التي تم ذكرها دون نقص فيها، كما أن عدم ذكر هذه البيانات يؤدي إلى صعوبة تنفيذ هذا الحكم<sup>(4)</sup>.

(1) النحيوي، محمود، التحكيم الإلكتروني، دار المعارف، الإسكندرية، 2006ص320

(2) إبراهيم، أحمد. اختيار طريق المحكم. مركز عين شمس للتحكيم، بحث مقدم للدورة العامة لإعداد المحكم، 2008ص9.

(3) نبيل، عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المعارف، القاهرة، 2005،ص142.

(4) النحيوي، محمود، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق ص330.

### 3- موضوع النزاع:

يجب ذكر النزاع الذي أثير بين الطرفين المتعاقدين الذي أدى إلى طلب أحد الأطراف البدء بالإجراءات، لكي يتم البت في ذلك النزاع عن طريق التحكيم، فهئية التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يجب عليها فيما بينها أن تقوم بذكر موضوع النزاع الناشئ عن المعاملات التجارية الإلكترونية، أو غيرها .

#### 4 - أقوال الخصوم ومستنداتهم:

يجب على هيئة التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة أن تقوم بذكر أقوال الخصوم ودفاعهم ومستنداتهم التي استندوا إليها، والهدف من ذلك هو التأكد أن هيئة التحكيم قد قامت بفصل النزاع وبحث جميع الطلبات المقدمة من قبل الأطراف المحكمتين، وفي ميعاد محدد من قبلهم، كما أنه يؤدي إلى التسهيل على الأطراف في حالة الطعن بالحكم<sup>(1)</sup>.

فهئية التحكيم التي تتعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يجب عليها عند إصدار حكمها، أن تضمنه ملخصاً موجزاً لأقوال الخصوم، وطلباتهم ودفعوهم، وذلك حتى يتمكن أطراف النزاع من الوقوف على حقيقة أن هيئة التحكيم قد قامت بفحص طلباتهم، خصوصاً أن هذا الحكم قد تم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة.

#### 4- أسباب حكم التحكيم:

إن التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يقوم على أسباب، أي بيان الحجج والأدلة الواقعية والقانونية التي اعتمدت عليها هيئة التحكيم في إصدار حكمها، وأن تقوم بذكر القوانين التي ارتكزت عليها عند إصدار حكمها.

كما يجب على هيئة التحكيم أن تبين مدى نشاطها وما لديها من مهارات تكنولوجية كافية لتطبيق القوانين والقواعد على الوقائع المطروحة لديها، وذلك حتى يطمئن أطراف النزاع إلى أن هيئة التحكيم قادرة على الفصل في النزاع، ويجب على هيئة التحكيم عند إصدار حكمها عبر الأجهزة التكنولوجية الحديثة أن تقوم بالرد على جميع طلبات الخصوم، كما يشترط أن تكون هذه الأسباب واضحة وليس بها لبس، أو غموض أو قصور بطريقة لا يمكن من خلالها التعرف على الأسباب الحقيقية لبعض أطراف الخصوم<sup>(2)</sup>.

كما يجب على هيئة التحكيم أن تقوم بتسبب حكمها عند إصداره، وذلك لبيان الأسناد والأسس التي ارتكزت عليها الأمر الذي يؤدي إلى احترام حقوق الدفاع للأطراف، والتأكد من توافر مبدأ الاستقلال والحيادية لدى هيئة التحكيم وعدم الانحياز لأي طرف من أطراف النزاع، وبالتالي توفير الثقة لديهم في هيئة التحكيم والحكم الصادر عنها.

كما يجب على هيئة التحكيم أن تبين لأطراف النزاع القوانين والقواعد الموضوعية التي طبقتها الهيئة على الإجراءات والموضوع، بحيث يجب أن يتوافق ذلك مع ما اتفق عليه عند المباشرة بالإجراءات .

#### 5- تاريخ حكم التحكيم:

يجب على هيئة التحكيم عند إصدارها حكمها أن تبين التاريخ الذي صدر فيه الحكم فمن خلال هذا التاريخ يمكن معرفة ما إذا كان القرار قد صدر خلال المدة المحددة للتحكيم أو خارجها، فأطراف النزاع يتفقون على ميعاد

<sup>(1)</sup>نور، محمد. الرقابة على أعمال المحكمين. دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص110

<sup>(2)</sup>نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص78

معين لإصدار حكمهم، كما تكمن أهمية التاريخ في أنه يرتب آثاراً إجرائية وموضوعية فمن خلالها يكون الطعن، وفي حال إغفال هيئة التحكيم ذكر تاريخ الحكم فإنه يترتب على ذلك بطلان حكم التحكيم<sup>(1)</sup>. ويشير تاريخ حكم التحكيم الذي يصدر باستخدام الأجهزة التكنولوجية الحديثة بعض الصعوبات، كونه يتم إصداره دون أن يكون هناك وجود لأطراف النزاع وهيئة التحكيم، لذا فإنه يجب على الهيئة عند إصدار حكمها أن تقوم بتثبيت تاريخ إصدار هذا الحكم عبر استخدام التقنيات الحديثة التي توثق العمليات الإلكترونية .

## 6- منطوق حكم التحكيم:

هو القرار الذي أصدرته هيئة التحكيم بالنسبة لطلبات الخصوم سواء أكان قبل الفصل في النزاع أم بعده، وسواء أفصلت في جزء من الطلبات، أم كلها، وسواء كان حكم إلزام، أو حكم تقدير أو منشأ، ويعتبر منطوق حكم التحكيم من أهم البيانات التي يجب أن تتوافر فيه كونه يمثل النتيجة النهائية التي يسعى إليها كل طرف من أطراف التحكيم، وبدونه فإن حكم التحكيم لا فائدة منه، وعدم وجود منطوق للحكم يحول دون قدرة الطرف الصادر لصالحه على تنفيذه، مما يؤدي إلى انهيار العملية التحكيمية وفشلها في حل النزاع .

ويشترط في منطوق حكم التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة أن يكون واضحاً وخالياً من التناقضات ،وذلك حتى يتمكن الطرف الذي صدر الحكم لصالحه من تنفيذه بسهولة، ويجب أن يكون أيضاً واضح المضمون فلا يجوز أن يكون منطوق الحكم غامضاً ،بحيث لا يمكن معرفة منطوقه الحقيقي ،أو ينطوي على تناقض بين أطرافه.

ويجب أن يشتمل منطوق الحكم على الفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة، التي اتفق أطراف النزاع على الفصل فيها<sup>(2)</sup>.

إن منطوق التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يجب أن يفصح عن القرار الذي توصلت إليه هيئة التحكيم في النزاع القائم بين أطرافه ،مما يؤدي إلى تحقيق الغاية التي وجد من أجلها ويريدها الأطراف وهي تنفيذه دون عائق يعترض تحقيقه.

نستخلص مما سبق أن حكم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن حكم التحكيم التقليدي ، إلا من جهة شكل وطريقة إصداره وتبليغه ،إذ يعتمد في حكم التحكيم الإلكتروني على المداولة الإلكترونية التي تعتمد على التكنولوجيا الحديثة من جهة ،ومن جهة أخرى فإن تبليغه وتوقيعه يتمان بالاعتماد على الوسائل والتقنيات الحديثة .

## المبحث الثاني

### الشروط الشكلية لحكم التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة

الهدف من لجوء الأطراف إلى التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة هي الفصل في المنازعات القائمة بين أطراف النزاع، فيجب أن تتم صياغة هذا الحكم في قالب مكتوب والتوقيع عليه من قبل أعضاء هيئة التحكيم الذي سوف يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة.

(1) أحمد، إبراهيم، اختيار طريق المحكم مرجع سابق، ص280

(2) نبيل ، عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص66.

وحكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يتم عبر الأجهزة التكنولوجية سواء من حيث تحريره، أو التوقيع عليه.

وكتابة وتوقيع حكم التحكيم بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة يثير العديد من المشكلات القانونية، من حيث كيفية تحريره باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، والتوقيع عليه.

وعليه سوف يتناول الباحث كتابة حكم التحكيم الذي يصدر بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة في المطلب الأول، والتوقيع عليه في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الكتابة

يجب على هيئة التحكيم عند إصدارها لحكمها أن تقوم بكتابتها، فالكتابة تعد شرطاً أساسياً لوجود الحكم بوصفه عملاً قضائياً، إذ إن المحكمين يمارسون فيه كل ما يمارسه القضاة في الحكم القضائي، وبالتالي يعتبر حكماً في النزاع يتوافر فيه عناصر العمل القضائي وخاصة عنصر الكتابة.

وترجع العلة في اشتراط الكتابة في حكم التحكيم أن صدور الحكم مشافهة يؤدي إلى نسيانه مع مرور الزمن، كما أن كتابة حكم التحكيم تتيح لأطراف النزاع سهولة الاطلاع عليه وإخضاعه للرقابة، كما أن اشتراط كتابة حكم التحكيم يمكن الأطراف من تنفيذه، كما يستطيع الأطراف تنفيذه في أي دولة من الدول المراد تنفيذه<sup>(1)</sup>.

ومما لا شك فيه أن شرط كتابة حكم التحكيم من الشروط الأساسية التي فرضتها كافة القوانين الناظمة للتحكيم، مع الإشارة إلى أن القوانين تختلف فيما بينها حول ماهية شرط الكتابة، وهل هو للإثبات، أو للانعقاد، وفي نطاق حكم التحكيم هل الكتابة من شروط صحة إصدار الحكم أو لإثبات الحكم؟ سوف أتناول هنا شرط الكتابة في حكم التحكيم تحديداً وكيف يمكن توافره في التحكيم المنعقد بالوسائل التكنولوجية الحديثة، وذلك عبر البنود التالية:

### البند الأول: شرط كتابة حكم التحكيم في التشريع الأردني وأساسه

نصت المادة 41 من قانون التحكيم الأردني على ( يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حال تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفى بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت بالحكم أسباب عدم توقيع الأقلية ) ويجد هذا النص جزوره في المادة 31 من قانون الأونسترال الدولي النموذجي للتحكيم الصادر في عام 1985 حيث نصت المادة المشار إليها على ( يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون ويكفي في إجراءات التحكيم الذي يشترك فيها أكثر من محكم واحد أن توقعه أغلبية جميع أعضاء هيئة التحكيم شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع<sup>(2)</sup> )

كما نصت المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 على (إذا اشترط أي تشريع تقديم النسخة الأصلية من أي قيد أو عقد أو مستند أو وثيقة فيعتبر السجل الإلكتروني مستوفياً لهذا الشرط بتوافر ما يلي :

<sup>(1)</sup>الرفاعي، أشرف، التحكيم في العلاقات الدولية الخارجية، مرجع سابق، ص264

<sup>(2)</sup>النعيمي، آلاء، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني مجلة جامعة الشارقة، مجلد 6، العدد 2009.20 ص1011

1. حفظه بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه وبشكل يضمن عدم إجراء أي تغيير أو تعديل على محتواه
  2. حفظه على نحو يتيح الوصول إلى المعلومات الواردة فيه واستخدامها والرجوع إليها في أي وقت
  3. التمكن من التعرف على المنشئ والمرسل إليه وتاريخ ووقت إنشائه أو إرساله أو تسلمه.
- كذلك فإن ما ورد في نص المادة 13/ 3 من قانون البيانات رقم 22 لسنة 2017 التي نصت على أنه ((مع مراعاة بنود هذه الفقرة، تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني وما مائلها من وسائل الاتصال الحديثة قوة السندات العادية في الإثبات إذا اقترنت بشهادة من أرسله لتأييد صدوره عن أو بشهادة من وصلت إليه لتأييد تسلمه لها ما لم يثبت خلاف ذلك.
- ب- تكون لرسائل البريد الإلكتروني قوة السندات العادية في الإثبات دون اقترانه بالشهادة إذا تحققت فيها الشروط التي يقضيها قانون المعاملات الإلكترونية النافذ.
- ج- يجوز الاتفاق على أن تكون البيانات المنقولة أو المحفوظة باستخدام التقنيات الحديثة من خلال رقم سري متفق عليه فيما بين الطرفين حجة على كل منهما لإثبات المعاملات التي تمت بمقتضى تلك البيانات
- د- تكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة السندات العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحد باستخراجها)).
- ما يعزز توجه المشرع في الأخذ بالوسائل التكنولوجية الحديثة حيث اعتمد المشرع الأردني مستخرجات الحاسب الآلي في الإثبات، الأمر الذي يمكن تأسيساً على هذه القواعد من ترتيب الأثر على إصدار حكم التحكيم بواسطتها بحيث نجد أن النص قد أعطى الحجية لرسائل البريد الإلكتروني، وساواها بالسندات العادية في الإثبات إذا ما تحققت الشروط التي يتطلبها قانون المعاملات الإلكترونية، كما أضفى قانون البيانات في المادة المشار إليها الحجية على البيانات المنقولة والمحفوظة باستخدام التقنيات الحديثة من خلال الرقم السري المتفق عليه بين الطرفين، وكذلك فإن المشرع قد اعتد بمخرجات جهاز الحاسوب المصدقة، أو الموقعة ما لم يثبت من نسبت إليه، أنه لم يستخرجها، أو لم يصدقها، أو يوقعها، أو يكلف أحد بإرسالها.
- يرى الباحث أن موقف المشرع الأردني واضح من اشتراط الكتابة، إلا أنه لم يحدد ويحصر هذا الشرط في الكتابة الورقية، وأن شرط الكتابة لحكم التحكيم يتحقق بالشكل الإلكتروني، ما دام أن هذا الشكل قادر على تحقيق وظيفة الكتابة التي استلزمها المشرع في حكم التحكيم، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بقرارها رقم 2017/3917 تاريخ 11 / 6 / 2017 ( يستفاد من أحكام المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 أن شرط التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وواضحاً وصريحاً وأن اتفاق التحكيم يعتبر مكتوباً إذا تضمنه السند الذي وقعه الطرفان أو تضمنه ما يتناولانه من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس).

#### البند الثاني: شرط كتابة حكم التحكيم في اتفاقية نيويورك

لقد عالجت اتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958 أحكام التحكيم الأجنبية وطرق تنفيذها بحيث تناولت أحكام التحكيم التي تصدر خارج إقليم الدولة المراد التنفيذ بها، بهدف توحيد متطلبات تنفيذ الأحكام بغية التشجيع على اللجوء إلى التحكيم وتحقيق وظيفة من أهم وظائفه وهي الحد من تنازع القوانين وباستعراض أحكام الاتفاقية نجد

أنها لم تشترط بشكل واضح أن يكون حكم التحكيم مكتوباً، لكي يقبل التنفيذ حيث يمكن استخلاص شرط الكتابة بشكل غير مباشر من شروط تنفيذ الحكم التي تتطلبها الاتفاقية من حيث لزوم إحضار أصل الحكم، أو صورة من الأصل وأصل الاتفاق، أو صورة من الأصل غير أن هذه الشروط من الصعب تحقيقها في الوثائق الإلكترونية وذلك لقدرة أجهزة الحاسوب على نسخ أعداد غير محددة من النسخ (1) .

### البند الثالث : الكتابة في القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الصادر عام 1985

لقد خضع القانون النموذجي المشار إليه إلى التعديل عام 2006 وتضمن النص على إعطاء الاعتبار للنسخ الإلكترونية بحيث تعتبر كما النسخ المكتوبة شريطة تحقق الأمرين التاليين:

1. وجود ما يعول عليه ويؤكد سلامة المعلومات في الوقت الذي أنشئت فيه بوصفها رسالة بيانات
  2. أن تكون المعلومات من الممكن عرضها على الشخص المقرر عرضها عليه
- وقد جاء التعديل في هذا القانون أثراً للاتفاقية الدولية المتعلقة باستخدام الخطاب الإلكتروني في العقود الدولية المنعقدة عام 2005 التي أعطت الحجية للرسائل الإلكترونية والكتابة الإلكترونية وسأوتها بالكتابة التقليدية، حيث نصت المادة التاسعة من الاتفاقية المشار إليها أعلاه على ( حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابة أو ينص على عواقب لعدم وجود الكتابة يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفي بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً ) (2)

### المطلب الثاني: التوقيع

يعد التوقيع على حكم التحكيم شرطاً أساسياً إلى جانب شرط الكتابة وقد ورد في النصوص السابقة عرضها شرط التوقيع ملازماً لشرط الكتابة على نحو ما ورد في المادة 41 من قانون التحكيم، ولا شك أن توقيع اتفاق التحكيم عبر الوسائل الحديثة، وتوقيع حكم التحكيم أيضاً بالوسائل الحديثة يخلق العديد من الظروف المعقدة والمشكلات، ويشار هنا إلى أن العديد من مراكز التحكيم الدولية والمتخصصة لا سيما مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية، قد أورد ضمن نصوص أحكامه ما يتضمن مراعاة أن بعض الأنظمة القانونية للدول لا تعترف بالتوقيع الإلكتروني للحكم، بحيث أتاح للأطراف الحصول على نسخ مصادق عليها من المركز وفق أحكام المادة 62 من لائحة المركز، ومن الجدير ذكره هنا أن التوقيع على الحكم وإرساله فيما بعد عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة بعد القيام بنسخه عبر ( سكانر ) لا يجعل من التوقيع توقيعاً إلكترونياً وإنما يقصد بالتوقيع الإلكتروني المفهوم والأشكال التي تعرضنا لها سابقاً (3) .

وقد أثار تبليغ حكم التحكيم للأطراف إلكترونياً عبر البريد الإلكتروني مثلاً، أو على الصفحة التي خصصت للأطراف لقضية التحكيم الإلكتروني المعينة، مشكلات تتعلق بتاريخ إنتاج هذا التبليغ لأثره القانوني من حيث أن

(1) الطراونة، مصلح، الحجايا، نور التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، 2005، العدد 21، ص 111

(2) ناصيف، فهمي. التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 61

(3) بو الهيجاء، محمد، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 11

تاريخ الإرسال هو المعتبر ،أم تاريخ الاستلام ولا شك أن المسألة خلافية ، ويرى الباحث أن الأخذ بتاريخ الاستلام يتوافق مع القواعد العامة بالتبليغ وينسجم مع أحكام قانون الأونسترال .

ويثار التساؤل هنا: هل يكفي هذا التوقيع الإلكتروني لتحقيق شروط صحة حكم التحكيم ويحقق متطلبات المادة 10 من قانون التحكيم ؟

على الرغم من أن التشريع الأردني في قانون البيئات قبل التعديل قد نص على التوقيع قاصداً المعنى المعتاد والتقليدي للتوقيع، إلا أنه قد توسع في مفهوم التوقيع ليشمل التوقيع الإلكتروني من خلال قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015 شريطة تحقق الهدف المنشود من التوقيع وهو نسبة المحرر الإلكتروني إلى صاحبه ،أو مصدره وهذا ما تم تكريسه من قبل المشرع الأردني أيضاً في المادة 13 من قانون البيئات الجديد المشار إليها سابقاً ، وقد تناولت المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي تعريف التوقيع الإلكتروني ب ( يقصد بالتوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع لهذه الرسالة ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في الرسالة ) ويستخلص من ذلك اشتراط مجموعة مسائل للاطمئنان إلى التوقيع الإلكتروني والأخذ به وهي تلك الشروط التي تناولها القانون النموذجي المشار إليه و الصادر عن لجنة الأمم المتحدة وعلى النحو التالي :

- 1- استخدام وسيلة لتعيين هوية الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسائل البيانات
- 2- أن تكون تلك الوسيلة جديرة بالتعويل عليها للغرض الذي أعدت له الرسالة في ضوء جميع الظروف بما في ذلك أي اتفاقات متصلة بالأمر .

أما موقف التشريع الأردني من التوقيع الإلكتروني فقد تم تكريسه في المادة 31 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على النحو التالي :

1. ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص صاحبه بشكل يميزه عن غيره .
2. أن يكون كافياً للتعريف بشخص صاحبه .
3. ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطاً وثيقاً .
4. استئثار صاحب التوقيع بوسائل خاصة على منظومة التوقيع .
5. أن يكون التوقيع موثقاً.

يستخلص من ذلك كله أن التوقيع يعد حجة على صاحبه إذا ما توافرت الشروط التالية :

- 1- أن يكون التوقيع خاصاً بصاحبه ودالاً عليه ومعروفاً به ذلك أن التوقيع الذي لا يدل على شخص محدد ، ولا يرتبط به لا يمكن أن يلعب دور في الإثبات فعندما يقع نزاع ما بين أطراف علاقة عقدية ، فإن مناط الإثبات هو توقيع الطرف على العقد وقد أشار المشرع الأردني إلى مسألة ارتباط التوقيع بصاحبه في المادة 15 من قانون المعاملات الإلكترونية ،عندما تحدث عن حماية التوقيع الإلكتروني بالنص على شرطين أساسيين، الأول إذا انفرد به صاحب التوقيع ليميزه عن غيره ،والثاني إذا كان محدداً لهوية صاحب التوقيع .
- 2 - أن يكون التوقيع ثابتاً ومقروءاً ومستمراً وهذه من شروط المحررات الكتابية بشكل عام ذلك أن التوقيع صورة من صور الكتابة ونمطاً من أنماطها .

3 - أن يرتبط التوقيع بمحرر كتابي وأن يتصل به بحيث يقع في آخر المحرر أو في نهايته للدلالة على القبول بمحتواه ، و في سياق المعاملات الإلكترونية أن يكون التوقيع مرتبط بحيث يحول دون التعديل ،أو القيام بأي إجراء يمس ثبات المحرر .

نخلص مما سبق أن توقيع حكم التحكيم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة لا يفقد حكم التحكيم شروط صحته، أو يمس قابليته للتنفيذ، استناداً إلى مفهوم التوقيع وفق قانون المعاملات الإلكترونية وقانون البيئات (1).

## الخاتمة

### أولاً : النتائج

- 1- اعترف المشرع الأردني بحجية مستخرجات الحاسب الآلي في إثبات، كما أعطى لرسائل البريد الإلكتروني حجية الأسناد العادية في الإثبات ، كما اعترف بحجية البيانات المنقولة والمحفوظة باستخدام التقنيات الحديثة من خلال الرقم السري المتفق عليه بين الطرفين، كما أعطى مستخرجات الحاسوب المقدمة والموقعة حجية ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها ولم يكلف أحد باستخراجها.
- 2- اشترط قانون التحكيم الأردني الكتابة ، إلا أنه لم يحدد ويحصر هذا الشرط في الكتابة الورقية ، وإن شرط الكتابة لحكم التحكيم يتحقق بالشكل الإلكتروني ، ما دام أن هذا الشكل قادر على تحقيق وظيفة الكتابة التي استلزمها المشرع في حكم التحكيم.
- 3- توقيع حكم التحكيم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة لا يفقد حكم التحكيم شروط صحته، أو يمس قابليته للتنفيذ، استناداً إلى مفهوم التوقيع وفق قانون المعاملات الإلكترونية وقانون البيئات .
- 4- يجب أن يشتمل حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة على البيانات الشكلية والموضوعية حتى يستقيم ويكون قابلاً للتنفيذ.
- 5- على هيئة التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة بعد الانتهاء من إصدار حكمها إعلانها للأطراف وإرسال صور منه موقعة بواسطة الأجهزة التكنولوجية سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو أية وسيلة تكنولوجية حديثة أخرى.
- 6- يجب على هيئة التحكيم قبل إصدار حكمها أن تقوم بإجراء المداولة بين أعضائها عبر الوسائط التكنولوجية وبعد الانتهاء يقوم الأعضاء بالتصويت باستخدام الوسائل الحديثة.

### ثانياً :التوصيات

- 1- يوصي الباحث بإيراد نص في قانون التحكيم الأردني على غرار قانون التحكيم الدولي النموذجي الذي أعطى حجية للكتابة بالرسائل الإلكترونية وساوتها بالكتابة التقليدية ( حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو

(1)التحيوي، محمود، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص274.

العقد كتابة أو ينص على عواقب لعدم وجود الكتابة يعتبر ذلك الاشتراط قد أستوفي بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً).

2- يوصي الباحث المشرع الأردني بإيراد نص في قانون التحكيم على غرار قانون التحكيم النموذجي ويعرف التوقيع الإلكتروني بأنه ( بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع لهذه الرسالة ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في الرسالة).

3- لتجنب المشكلات التي تتعلق بتبليغ حكم التحكيم للأطراف إلكترونياً عبر البريد الإلكتروني مثلاً، و على الصفحة التي خصصت للأطراف لقضية التحكيم الإلكتروني المعينة ، وتتعلق بتاريخ إنتاج هذا التبليغ لأثره القانوني من حيث إن تاريخ الإرسال هو المعتبر ، أو تاريخ الاستلام، يوصي الباحث المشرع الأردني بإيراد نص على غرار المادة السادسة من قانون التحكيم النموذجي التي نصت على أنه (حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط متوافقاً بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم التوقيع الإلكتروني).

4- يوصي الباحث المشرع الأردني بتعديل المادة العاشرة من قانون التحكيم ليشمل جميع الوسائل التكنولوجية الحديثة لمواكبة التطور الهائل في ميدان التكنولوجيا بحيث تنسجم وما توصلت إليه التقنيات الحديثة من جهة ونصوص قانون البيئات وقانون المعاملات الإلكترونية من جهة أخرى.

5- يوصي الباحث أن يقوم المشرع الأردني بإصدار تعديلات تنظم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة من حيث بيان إجراءاته وطريقة إصدار الأحكام به وحجبتها وتنفيذها.

6- يوصي الباحث المشرع الأردني أن يقوم بتعديل قانون البيئات وقانون المعاملات الإلكترونية لمواكبة التطورات الحديثة خصوصاً في مجال الكتابة والتوقيع الإلكتروني بشكل أكثر وضوحاً من النصوص الحالية وبطريقة تكفل الحد من الجدل.

## المصادر والمراجع:

### أولاً : الكتب القانونية

1. إبراهيم، خالد (2008). التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. القاهرة، دار الفكر العربي.
2. أبو الهيجاء، محمد (2010)، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
3. أبو الهيجاء، محمد (2017)، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
4. التحيوي، محمود (2006). التحكيم الإلكتروني، دار المعارف، الإسكندرية.
5. الرفاعي، أشرف (1998). التحكيم في العلاقات الخارجية الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة.
6. المنشاوي، عبد الحميد، التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية 2010.
7. فوزي، سامي (1999). التحكيم في التجارة الدولية. دار الثقافة، عمان.
8. ناصيف، فهمي (2005). التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة.
9. النعيمي، آلاء (2008) الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني.
10. نور، محمد (2006). الرقابة على أعمال المحكمين. دار النهضة العربية، القاهرة.
11. والي، فتحي (2002). التحكيم. دار النهضة العربية، القاهرة.

### ثانياً الأبحاث

- 1- النعيمي، آلاء (2009)، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة، مجلد 6، العدد 20.
- 2- الطراونة، مصلح، الحجايا، نور (2005) التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين.
- 3- إبراهيم، أحمد (2008). اختيار طريق المحكم. مركز عين شمس للتحكيم، بحث مقدم للدورة العامة لإعداد المحكم، ص 9.

### ثالثاً: القوانين

1. قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015
2. قانون التحكيم الأردني
3. قانون البيانات

## التنظيم القانوني لشركات الاستعلام الائتماني وفقاً لقانون المعلومات الائتمانية الأردني

رقم 15 لسنة 2010 "دراسة مقارنة"

### Legal Regulation of Credit Reporting Companies According to the Jordanian Credit Information Law No. 15 of 2010 "A Comparative Study"

عثمان إبراهيم محمود بني طه \*

#### الملخص

تناول البحث ماهية شركات الاستعلام الائتماني، والرقابة القانونية عليها من قبل البنك المركزي، والالتزامات التي فرضها قانون المعلومات الائتمانية عليها عند ممارستها لعملها، وقيام مسؤوليتها مدنياً في حال إخلالها بالالتزامات القانونية أو العرفية المفروضة عليها، وتمثلت إشكالية البحث في معرفة موقف المشرع الأردني من تنظيمه لشركات الاستعلام الائتماني، وتحديد المنازعات القانونية التي تنتج عن عملها وقد تبين لنا بأنه لا يجوز لشركات الاستعلام الائتماني، تبادل المعلومات الائتمانية أو إصدار تقرير ائتمان إلا بعد الحصول على تصريح اطلاق خطي من العميل، وأنه يتوجب عليها الحفاظ على سرية وأمن المعلومات والبيانات الخاصة بالعملاء، والتأكد من صحة المعلومات الائتمانية قبل تداولها، ومراعاة سلوك الشخص اليقظ المتبصر، وفقاً لما تفرضه عليها قواعد المهنة عند القيام بعملها، ومن التوصيات التي خرج فيها البحث النص على منع شركات الاستعلام الائتماني من إعطاء رأيها بشأن المعلومات الائتمانية الواردة في تقرير المعلومات الائتمانية، وأن يشمل التقرير الائتماني الأحكام القضائية المتعلقة بسعة العميل الشخصية وحالته المرضية.

**الكلمات الدالة:** الاستعلام الائتماني، السرية المصرفية، رقابة البنك المركزي، المسؤولية المدنية، التقرير الائتماني.

#### Abstract

The research dealt with what credit information companies are, and the legal control over them by the Central Bank, and the obligations imposed by the Jordanian Credit Information Law on them when they practice their work, and the civil liability of these companies in the event that they violate the legal or customary obligations imposed on them. The research problem lies in knowing the position of the Jordanian legislator towards organizing credit information companies, and determining the legal disputes that result from the work of credit information companies. It has become evident to us that it is not permissible for credit information companies to exchange credit information or issue a credit report except after obtaining a written permission from the customer, and that they must maintain the confidentiality and security of customer information and data, and ensure the correctness of credit information before circulation, and take into account the person's vigilant, attentive behavior according to what the profession rules impose upon them when carrying out their work. The research, inter alia, recommends issuing laws that prohibit credit information companies from giving their own opinion on the credit information included in the credit information report, and that the credit report includes judicial rulings related to the customer's personal reputation and health state.

**Keywords:** Credit Inquiry, Banking Secrecy, Central Bank Supervision, Civil Liability, Credit Report.

**المقدمة:**

نظم المشرع الأردني العمل المصرفي في قانون البنوك وقانون البنك المركزي وقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، تعليمات التعامل مع العملاء بعدالة وشفافية رقم 56 لسنة 2012، نظام رسوم ترخيص البنوك رقم 121 لسنة 2004، تعليمات مكافحة عمليات غسل الأموال رقم 10 لسنة 2001، نظام شركات التمويل الأصغر رقم 5 لسنة 2015، إلا أنه نتيجة لتطور الأعمال المصرفية وزيادة مخاطر الائتمان قام المشرع الأردني بتنظيم عمل شركات الاستعلام الائتماني بموجب قانون المعلومات الائتمانية رقم 15 لسنة 2010 ونظام شركات المعلومات الائتمانية رقم 36 لسنة 2011.

والاستعلام المصرفي يعتبر اللبنة الأساسية في مجال التسهيلات المصرفية من أجل التأكد من الجدارة المالية للعميل قبل التعاقد معه لضمان الوفاء بالتزاماته المترتبة على هذه التسهيلات، وهو التزام قانوني مفروض على البنوك، ويرتب عليها المسؤولية في حال الإخلال به، من هنا ظهرت فكرة شركات الاستعلام الائتماني لمواجهة التطور المستمر في القطاع المصرفي، ولتكوين منظومة متقدمة حديثة للاستعلام الائتماني لتقديم خدماتها تحت رقابة البنك المركزي لنصل بالنهاية إلى تقرير ائتماني واقعي يعكس المركز المالي الحقيقي للعميل ونشاطه، لكي يكون البنك على بينة من أمره عند إصدار قراره بالموافقة أو عدم الموافقة على منح التسهيلات المطلوبة.

**إشكالية البحث:**

تتمثل إشكالية البحث في معرفة موقف المشرع الأردني من التنظيم التشريعي لشركات الاستعلام الائتماني، وتحديد المنازعات القانونية التي تنتج عن عمل شركات الاستعلام الائتماني، وما هو مدى موازنة المشرع الأردني عند تنظيمه لهذه الشركات بموجب قانون المعلومات الائتمانية رقم 15 لسنة 2010 ونظام شركات المعلومات الائتمانية رقم 36 لسنة 2011، بين مصلحتي جهات التمويل أو البنوك من جهة وبين العملاء من جهة أخرى، وما هي الضمانات القانونية لعمل هذه الشركات، وهل هناك قصور تشريعي في تنظيم عمل هذه الشركات.

**أسئلة الدراسة:**

تثير الدراسة العديد من الأسئلة، كما يلي:

- ما الأساس القانوني لشركات الاستعلام الائتماني وأساس مسؤوليتها؟
- ما الجهة الرقابية على شركات الاستعلام الائتماني؟
- ما التقرير الائتماني الذي تصدره هذه الشركات، وهل هو قطعي؟
- ما مدى صحة المعلومات الواردة في هذه التقارير؟
- ما مدى تأثير عمل هذه الشركات على مبدأ السرية المصرفية؟

**أهمية البحث:**

يستمد موضوع البحث أهميته من موضوع الائتمان المصرفي وتبادل المعلومات والبيانات في المجال المصرفي، حيث إن القطاع المصرفي يتعلق بالنظام الاقتصادي للدولة، كما أن هذه المعلومات الأصل أنها تتمتع بالسرية، فكان لا بد من وجود تنظيم قانوني لعمل شركات الاستعلام الائتماني لضمان الموازنة بين هذه السرية وبين مصلحة العمل المصرفي لتلافي المخاطر الائتمانية.

## منهج البحث:

المنهج المتبع هو المنهج الوصفي ومنهج الشرح على المتون القائم على التحليل والتفسير الدقيق للنصوص القانونية النازمة للموضوع بموجب قانون المعلومات الائتمانية رقم 15 لسنة 2010 ونظام شركات المعلومات الائتمانية رقم 36 لسنة 2011، والقوانين ذات الصلة مثل قانون البنوك وقانون البنك المركزي وقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ووصفها والإلمام بمختلف الجوانب القانونية المتعلقة بعمل شركات الاستعلام الائتماني، مقارنة مع القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 2010 بشأن المعلومات الائتمانية.

## المبحث الأول

### ماهية شركات الاستعلام الائتماني

سنبحث في هذا المبحث تعريف شركات الاستعلام المصرفي، ثم أهمية شركات الاستعلام الائتماني والأسباب الموجبة لظهورها.

### المطلب الأول: تعريف شركات الاستعلام الائتماني

#### أولاً: تعريف الاستعلام المصرفي.

استعلام، مصدر استعلمَ زار مكتب الاستعلامات: مكتب مختص بإعطاء المعلومات والأخبار والإيضاحات، اسْتَعْلَمَ، فعل سداسي متعد، اسْتَعْلَمْتُ، اسْتَعْلِمُ، اسْتَعْلِمُ، مصدر اسْتَعْلَمَ، اسْتَعْلَمَهُ الْخَبْرَ اسْتَحْبَرَهُ إِيَّاهُ، سَأَلَهُ عَنْهُ، مكتب معلومات ائتمانية: مكتب يتولى إجراء البحوث الائتمانية وتزويد المشتركين بمعلومات عنها<sup>(1)</sup>.

ويُعرف الاستعلام المصرفي بأنه طلب بيانات ومعلومات، عن شخص معين، من مصادر مختلفة وفق ضوابط قانونية محددة، لغايات تزويد الجهة مانحة الائتمان بالبيانات اللازمة عن طالب التمويل والعملية موضوع التمويل في الوقت المناسب<sup>(2)</sup>.

وعادة ما تكون المعلومات والبيانات المتعلقة بالعميل على شكل تقرير ائتماني، يتضمن معلومات ديموغرافية شخصية للتعريف بالعميل، وبيانات ائتمانية، بحيث تشمل البيانات السلبية والايجابية عن العميل<sup>(3)</sup>.

والاستعلام بهذا المعنى يعتبر التزاماً قانونياً ومهنياً على البنك لحماية مصالحه ومصالح المودعين أموالهم لديه، ومصالح العميل ذاته طالب الائتمان، وذلك بهدف تمكين الجهة مانحة الائتمان من الوقوف على الجدارة الحقيقية لطالب التمويل. وقد تمثل الأساس القانوني الأول للالتزام بالاستعلام بالعرف المصرفي، تلافياً لمخاطر

(1) معجم المعاني الجامع، والمعجم الوسيط، الموقع الإلكتروني: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>.

(2) عوض، هاني محمد، دور قانون المعلومات الائتمانية الإماراتي في تنظيم الاستعلام المصرفي لخدمة شركات التمويل المصرفي الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإصدار الأول، السنة الثانية، 2018، ص51.

(3) الطاهر ومحمد، الفاتح الشريف الطاهر ونور الهدى محمد، الترميز الائتماني ودوره في الحد من مخاطر الائتمان المصرفي في السودان، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية، ص62 و66.

الائتمان<sup>(1)</sup>.

ويقترَب الاستعلام المصرفي من الترميز المصرفي. ويُعرف الترميز المصرفي بأنه تجميع المعلومات الحالية والتاريخية للعميل من المصادر العامة المتاحة، مثل المعلومات المتعلقة بدفعات الائتمان والقرارات الصادرة عن القضاء، وخاصة أحكام الإفلاس والإعسار، وحفظ هذه البيانات ومعالجتها إلكترونياً للرجوع إليها عند الحاجة، ومنح العميل رمز ائتماني إلكتروني، غير قابل للتكرار، يساعد على تمييز العميل عن غيره، عند تشابه الأسماء<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: تعريف شركات الاستعلام المصرفي

تعرف شركات الاستعلام المصرفي بأنها: شركات مستقلة بتقييم الوضع المالي لمصدري أدوات الديون، ومدى ثقة العميل والمستثمر فيها، وتصدر تقييمات للجدارة المالية للدولة أو الشركات والعملاء، وبالتالي فهي شركات تساعد على معرفة قدرة العملاء على سداد الديون<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: أهمية الاستعلام المصرفي والأسباب الموجبة لظهورها

#### أولاً: أهمية الاستعلام المصرفي

لقد أوجب قانون المعلومات الائتمانية الأردني على البنوك الاستعلام عن العميل عند منح التسهيلات المصرفية، وبذلك فإنّ استعلام البنك عن العميل، قبل منحه التسهيلات المصرفية المطلوبة، يعتبر التزاماً قانونياً مهنيّاً<sup>(4)</sup>.

والبنوك ملزمة ببذل العناية الواجبة، للتعرف على هوية العميل، وأوضاعه القانونية، ونشاطه، والغاية من علاقة العمل، وطبيعتها، والمستفيد الحقيقي من العلاقة القائمة بين هذه الجهات والعميل، والتحقق من كل ذلك، والمتابعة المتواصلة للعمليات، التي تتم في إطار علاقة مستمرة مع عملائها، بأي وسيلة من الوسائل المحددة، بمقتضى التشريعات ذات العلاقة، وتسجيل البيانات المتعلقة بذلك والاحتفاظ بها<sup>(5)</sup>.

وللاستعلام الائتماني أهمية عامة وخاصة. أما الأهمية العامة، فإنها تتمثل بحماية أموال المودعين أموالهم لدى

(1) مسقاوي، لبنى عمر، مسؤولية المصارف تجاه العملاء في عمليات التمويل المصرفي، رسالة دكتوراه، جامعة بيروت، كلية الحقوق، 2004، ص 131 و 132.

(2) الطاهر ومحمدين، الترميز الائتماني ودوره في الحد من مخاطر الائتمان المصرفي في السودان، مرجع سابق، ص 59.

(3) أحمد وعبد الكريم، محمد سليمان وعبدالكريم صالح، المسؤولية المدنية لوكالات التصنيف الائتماني عن سوء تقديرها للمخاطر الائتمانية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد رقم 14، العدد رقم 2، ديسمبر 2017، ص 267.

(4) المادة 18 من قانون المعلومات الائتمانية رقم 15 لسنة 2010، المنشور على الصفحة 3071 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5034 بتاريخ 2010/6/1.

(5) المادتان 13 و 14 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتعديلاته رقم 46 لسنة 2007، منشور على الصفحة 4130 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4831 بتاريخ 2007/6/17.

البنك، وحماية للغير الذي يمكن أن تكون له علاقة البنك بالعميل سبباً للإضرار به. والمثال العملي لذلك: أن يقوم البنك بمنح ائتمان لأحد العملاء، بحيث يظهر هذا العميل بمظهر مالي معين يقنع الغير على التعامل معه، فيأتي الغير ويتعامل مع هذا العميل، ثم يتبين أن هذا العميل غير قادر على السداد، فيقوم الغير بمقاضاة البنك، على أساس إخلال البنك بالتزامه بالاستعلام عن العميل. فهنا تظهر أهمية الاستعلام، لتجنب البنك من الوقوع في المخاطر، وخاصة المخاطر القانونية التي ترتبط بدعاوى المسؤولية ضد البنك، وحماية العميل نفسه؛ لأن الاستعلام المصرفي يمكن البنك من استخدام واجب النصح والإرشاد للعميل. ولهذا يجب على البنك أن يمتلك المعلومات الضرورية عن العميل، من خلال الاستعلام المصرفي عنه، قبل منحه التسهيل المطلوب. وأما الأهمية الخاصة، فإنها تظهر لحماية المصالح الخاصة للبنك، والعمل على تخفيف مخاطر العملية المصرفية، عن طريق التأكد من مدى قدرة العميل على السداد، بحيث تجعل البنك على بينة من أمره، ويتجنب التعاقد مع عميل قد يُشكل خطراً على مصلحة البنك<sup>(1)</sup>.

ووجود أنظمة استعلام مصرفي متطورة، تؤدي إلى زيادة فرصة الحصول على التسهيلات المصرفية؛ لأن البنك، في حال عدم وجود معلومات ائتمانية عن العميل، سيقوم برفض منح التسهيلات، أو منحها بأسعار عالية، وبالتالي فإن الاستعلام المصرفي، يؤدي إلى تسعير سليم ودقيق على العميل، وخفض تكاليف منح التسهيلات، لانخفاض معدلات المخاطرة الائتمانية، بحيث يستعوض البنك عن الضمانات المادية، عند منحه التسهيلات، بضمانات بديلة، تتمثل بالسمعة والجدارة الائتمانية للعميل، التي تؤيد قدرته على الوفاء بالالتزام في موعده. وهذا يؤدي بدوره إلى المساهمة في الحد من المخاطر المصرفية، من خلال وجود منظومة جديدة لقياس وإدارة هذه المخاطر، بالاعتماد على دور البنك نفسه في إدارته لهذه المخاطر، عن طريق مساعدة البيانات الائتمانية للبنك، على تقدير المدخلات الأساسية، لتلافي المخاطر الائتمانية، وبالنتيجة مساعدة البنك المركزي على مراقبة أهمية وجدوى هذه المدخلات المستخدمة من قبل البنك<sup>(2)</sup>.

كما أن نطاق الاستعلام المصرفي لا يقتصر على العميل، وإنما يشمل الوكيل الذي يعمل لحساب هذا العميل<sup>(3)</sup>، كما أن نطاق الاستعلام يمتد ليشمل شريك العميل في مشروعه موضوع التمويل<sup>(4)</sup>، ويشمل كفيل العميل في عملية التسهيلات المصرفية. والسبب في ذلك أن التزام الكفيل التزام احتياطي، فطالما أن الكفيل ملزم بالوفاء بالدين، في حال امتناع أو توقف المدين العميل عن الوفاء بالتزاماته، بموجب عقد التسهيلات المصرفية،

(1) عوض، دور قانون المعلومات الائتمانية الإماراتي في تنظيم الاستعلام المصرفي لخدمة شركات التمويل المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص 53 و 54، وكذلك بوخرص، عبدالعزيز، الاستعلام المصرفي وسيلة للحد من المخاطر البنكية، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، ص 72 و 73.

(2) برنية، محمد يسر، تطوير أنظمة الاستعلام الائتماني ومركزيات المخاطر، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، 2008، أمانة مجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، ص 7-10.

(3) بوخرص، الاستعلام المصرفي وسيلة للحد من المخاطر البنكية، مرجع سابق، ص 77.

(4) زينة، أيت وازو، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة خطر التعثر المالي للبنوك والمؤسسات المالية، بحث، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد رقم 10، العدد رقم 3، ديسمبر 2019، ص 475.

فإن التزام البنك بالاستعلام المصرفي يشمل العميل وكفيله<sup>(1)</sup>.

من هنا فإن أهمية شركات الاستعلام المصرفي، تظهر من الأهمية العملية للالتزام بالاستعلام المفروض على البنك، عند منح أو رفض التسهيلات المصرفية، وبالتالي فإن لهذه الشركات أهمية مرتبطة بالأهمية العملية للاستعلام، فهي تعمل على وضع تصور للقطاع المالي، وترميز المؤسسات المالية، وتقليل مخاطر الائتمان، مما ينعكس إيجاباً على القطاع المصرفي في الدولة<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: الأسباب الموجبة لظهور شركات الاستعلام المصرفي

توجد مجموعة من الأسباب، التي دعت إلى ظهور شركات الاستعلام المصرفي، وبالرغم من أن البنوك المركزية في الدول قد أنشأت وحدات للسجلات الائتمانية مصدرها البنوك التابعة لها، إلا أن هذه الوحدات أصبحت عاجزة عن تحقيق الغاية التي وجدت من أجلها، وهي إدارة المخاطر الائتمانية والتخفيف منها، علاوة على أن هذه الوحدات كانت تعتمد على البيانات والمعلومات السلبية للعميل، مثل التعثر عن السداد، ودون أن تقوم بتقييم ودراسة هذه البيانات. أضف إلى ذلك أن متطلبات اتفاقية بازل الثانية II لكفاية رأس المال، وما توليه من أهمية للبيانات والمعلومات الائتمانية، دفعت البنوك المركزية لمراجعة وتطوير الوحدات الائتمانية التقليدية، لمواجهة التطور المستمر في القطاع المالي والمصرفي، وإنشاء منظومة متقدمة حديثة للاستعلام الائتماني، لمواجهة التطورات الحديثة في المجال المصرفي، تتمثل بإنشاء شركات خاصة للاستعلام، لتقديم خدماتها تحت رقابة البنك المركزي، وأن مركزيات المخاطر التقليدية عجزت عن إدارة المخاطر الائتمانية؛ لأنها كانت تعتمد على البيانات السلبية للعميل فقط، دون المعلومات الإيجابية<sup>(3)</sup>.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية تم الترخيص لشركة (كريف، CRIF) للاستعلام المصرفي، وطبيعة نشاطها يتمثل بجمع المعلومات الائتمانية وتخزينها والتعامل معها، وإعداد قاعدة بيانات خاصة بالعميل، وهذا ما أشار إليه القضاء في أكثر من قرار له، كما تم الإشارة إلى التقرير الصادر عن شركة كريف، حيث تم الاستناد إلى هذا التقرير بخصوص تصحيح الاسم في قيود الأحوال المدنية من حيث عدم وجود التزامات وديون على طالب

(1) إبراهيم، متيم أحمد، مسؤولية المصرف المدنية تجاه الكفيل في عقود الائتمان المصرفي، بحث مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد رقم 41، ملحق رقم 2، 2014، ص720، راجع المادتين 966 و967 من القانون المدني الأردني، منشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1/8/1976.

(2) الطاهر و محمد، الترميز الائتماني ودوره في الحد من مخاطر الائتمان المصرفي في السودان، مرجع سابق، ص66 و67.

(3) من الدول العربية التي أنشأت شركات خاصة للاستعلام المصرفي: المملكة العربية السعودية شركة (سمة)، جمهورية مصر العربية شركة (iscore)، راجع: برنية، تطوير أنظمة الاستعلام الائتماني ومركزيات المخاطر، مرجع سابق، ص5-6— وراجع كذلك: منال، منصور، إدارة المخاطر الائتمانية ووظيفة المصارف المركزية القطرية والإقليمية، ورقة عمل مقدمة للملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحكومة العالمية، المنعقد في الجزائر، 2009، ص12.

التصحيح للبنوك، حتى لا يكون تغيير الاسم تهرياً من الديون والالتزامات (1).

وقد نص قانون البنك المركزي الأردني على مسألة المعلومات الائتمانية، وأوجب على الجهات الخاضعة لرقابته، أن تقوم بتزويده بأي وثائق أو بيانات أو معلومات يراها لازمة لتمكينه من القيام بمهامه. وتعتبر جميع المعلومات والبيانات الإفرازية، التي تقدم إلى البنك المركزي، معلومات وبيانات سرية، لا يجوز إطلاع أي فرد أو هيئة عليها، إلا من خلال البيانات الإحصائية المجمعة، التي ينشرها البنك (2).

## المبحث الثاني

### الرقابة القانونية على شركات الاستعلام الائتماني.

سنبحث في هذا المبحث رقابة البنك المركزي على شركات الاستعلام الائتماني ثم الالتزامات القانونية المترتبة على شركات الاستعلام الائتماني.

### المطلب الأول: رقابة البنك المركزي على شركات الاستعلام الائتماني

يعتبر البنك المركزي الأردني الجهة المختصة بترخيص شركات الاستعلام المصرفي، ويشترط أن تكون شركة الاستعلام المصرفي ذات مسؤولية محدودة، أو شركة مساهمة خاصة، على أن تقتصر المشاركة المساهمة فيها، حسب مقتضى الحال، على البنوك وأي أشخاص اعتباريين آخرين، بموافقة البنك المركزي (3).

ونظراً لأهمية شركات الاستعلام المصرفي، وارتباطها الوثيق بالعمل المصرفي، فقد منع القانون الأردني، أي مساهم أو شريك في الشركة، إجراء أي اتفاق يمكنه، أو يمكن أي حليف، من السيطرة، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، على أكثر من (50%) من رأسمال الشركة، دون الحصول على الموافقة الخطية المسبقة من البنك المركزي (4).

والشكل القانوني الذي يجب أن تتخذه شركة المعلومات الائتمانية هو شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو الشركة مساهمة خاصة، كما حدد القانون الحد الأدنى لمقدار رأس مال هذه الشركة المدفوع بمليوني دينار أردني، كما اعتبر الرخصة الممنوحة للشركة رخصة شخصية، لا يجوز تحويلها أو بيعها إلى الغير، كما أنه قد اشترط

(1) وهي شركة مساهمة خاصة، راجع الموقع الإلكتروني الرسمي لها: [www.crif.jo](http://www.crif.jo)، وقرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2020/5402، تاريخ 2020/12/27، قرار محكمة بداية حقوق الضريبة رقم 485 لسنة 2019، تاريخ 2020/6/23، قرار محكمة بداية حقوق الضريبة رقم 486 لسنة 2019، تاريخ 2020/12/30، قرار محكمة الاستئناف الضريبية الأردنية رقم 2020/564، تاريخ 2020/9/13، قرار محكمة بداية حقوق إيراد رقم 2019/1280، تاريخ 2020/7/19، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(2) المادة 45 من قانون البنك المركزي الأردني رقم 23 لسنة 1971، منشور على الصفحة 807 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2301 بتاريخ 1971/5/25.

(3) المواد 2 و4/ج و3 و5 من قانون المعلومات الائتمانية.

(4) المادة 3 و6/ب و7 من نظام شركات المعلومات الائتمانية رقم 36 لسنة 2011، منشور على الصفحة 3746 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5106 بتاريخ 2011/8/1.

على هذه الشركة تقديم كفالة بنكية باسم محافظ البنك المركزي، بنسبة (10%) من رأسمالها المدفوع، غير معلقة على شرط، وغير قابلة للإلغاء؛ لضمان تقيدها بشروط الرخصة وبأحكام القانون<sup>(1)</sup>.

كما أن رقابة البنك المركزي الأردني، على شركات المعلومات الائتمانية، رقابة قانونية وتنظيمية، حيث يتولى البنك المركزي الإشراف على الشركة، وتنظيم أعمالها والرقابة عليها، ومن ذلك: اعتماد معايير وأسس عمل الشركة، بما يضمن التعامل مع المعلومات الائتمانية، والتقارير الائتمانية، على النحو المحدد في القانون، بدقة ونزاهة وحيدة، وتنظيم التعامل بالمعلومات الائتمانية بين الجهات ذات العلاقة، واعتماد برنامج النقاط الائتمانية، الذي تعدّه الشركة لغايات تقديم مؤشرات رقمية، استناداً إلى عمليات إحصائية، تحدد الحالة الائتمانية للعميل، ومدى التزامه بالتسديد، والتأكد من التزام الشركة بالمعايير المالية والفنية والإدارية المحددة، ولبنك المركزي في سبيل ذلك تعيين جهة استشارية لتقييم أداء الشركة الفني والإداري، على نفقة الشركة نفسها، شريطة مراعاة أحكام السرية<sup>(2)</sup>.

وقد أخضع القانون الاتحادي الإماراتي بشأن المعلومات الائتمانية شركات الاستعلام الائتماني لرقابة المصرف المركزي الإماراتي، بحيث يتمتع المصرف المركزي الإماراتي بصفة رقابية على نشاط شركات الاستعلام الائتماني، وله صلاحية الرقابة والإشراف والتفتيش على حسن أداء الشركة لعملها، ووضع الضوابط التي تحكم عمل الشركة، وحق المصرف المركزي الحصول على بيانات الشركة بشكل دوري ومراجعتها وإبداء الرأي فيها<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: التزامات شركات الاستعلام الائتماني

يوجد مجموعة من الالتزامات القانونية على شركة الاستعلام الائتماني، تتمثل في:

أولاً: الاحتفاظ بالمعلومات الائتمانية وتعديلاتها في السجل الائتماني، ولم يحدد القانون الأردني مدة معينة للاحتفاظ بالمعلومات الائتمانية على خلاف القانون الاتحادي الإماراتي الذي حدد هذه المدة بعشر سنوات<sup>(4)</sup>.

ثانياً: التقيد ببدايات الخدمات التي يقرها البنك المركزي، والبنك المركزي الأردني والمصرف المركزي الإماراتي هو الذي يحدد المقابل المادي الذي تتقاضاه شركة الاستعلام الائتماني، وغني عن البيان أن الجهة الملزمة بدفع بدل المقابل المادي هي الجهة طالبة الاستعلام<sup>(5)</sup>.

ثالثاً: التزام شركة الاستعلام الائتماني بإبرام اتفاقية خطية مع مقدم الائتمان، وقد اشترط القانون الأردني على

(1) المادة 8 من نظام شركات المعلومات الائتمانية رقم 36 لسنة 2011.

(2) راجع المادة 6 من قانون المعلومات الائتمانية.

(3) المادتان 13 و16 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 2010 بشأن المعلومات الائتمانية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 40، تاريخ 2010/10/13، والمادتين 13 و23 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي، الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 16 لسنة 2014، منشورة في الجريدة الرسمية العدد رقم 563، السنة 44، تاريخ 2016/4/30.

(4) المادة 12/أ من قانون المعلومات الائتمانية و المادة 13 /3 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي.

(5) المادة 12/ب من قانون المعلومات الائتمانية والمادة 5 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي.

مقدم الائتمان أن يكون من مزودي البيانات الذين تتعامل معهم، ونلاحظ أن القانون الإماراتي قد اشترط أن يتضمن هذا الاتفاق نماذج طلب بيانات المعلومات الائتمانية، وحقوق والتزامات الأطراف ذات العلاقة، والمقابل المادي الواجب سداه ومدة سريان الاتفاقية وكيفية تجديدها وفقاً لضوابط المصرف المركزي<sup>(1)</sup>.

**رابعاً: إنشاء قاعدة بيانات للمعلومات الائتمانية،** بحيث تلتزم كل من شركة الاستعلام الائتماني ومقدم الائتمان ومزود البيانات بالاحتفاظ بالسجلات والدفاتر وقواعد البيانات المتعلقة بالمعلومات الائتمانية، وقد نص القانون الإماراتي على التزام شركات الاستعلام الائتماني بإنشاء قاعدة بيانات لحفظ أسماء وعناوين مزودي المعلومات ومستلمي التقارير، والتقارير الائتمانية وكل ما يتعلق فيها وتحديثها بشكل دوري، والاحتفاظ بطلبات الحصول على التقارير الائتمانية لمدة خمس سنوات من تاريخ تقديم الطلب، ولم يحدد القانون الأردني مدة معينة للاحتفاظ بطلبات الحصول على التقارير الائتمانية<sup>(2)</sup>.

ولم ينص قانون المعلومات الائتمانية الأردني على مسألة ربط البنك المركزي، بقاعدة البيانات الموجودة لدى الشركة، أسوةً بالقانون الإماراتي، الذي نص صراحة على وجوب ربط المصرف المركزي بقاعدة البيانات الموجودة لدى شركة الاستعلام المصرفي<sup>(3)</sup>.

**خامساً: الالتزام بمعايير السلامة والأمن وسرية المعلومات،** بحيث تلتزم الشركة بمعايير ضمان أمن وسلامة المعلومات الائتمانية والتقارير الائتمانية، أثناء أدائها لأعمالها، بما يكفل تكاملها وسريتها، وبصورة خاصة: جمع هذه المعلومات وتخزينها في السجل الائتماني الخاص بالعميل، ومعالجتها بدقة، وتحديثها في الوقت المناسب، وحفظها في مكان آمن، والاحتفاظ بنسخ احتياطية منها، وضمان عدم دخول أي شخص غير مصرح له بذلك إلى قاعدة بياناتها، وعدم الإفصاح عن أي معلومة ائتمانية لغير الجهات أو الغايات المحددة في القانون، وقد نص القانون الإماراتي على التزام شركات الاستعلام الائتماني بسرية المعلومات الائتمانية وعدم الإفصاح عنها إلا وفقاً لأحكام القانون<sup>(4)</sup>.

واعتبر القضاء أن تبادل المعلومات الائتمانية الخاصة بالعميل من قبل البنك واستخدام البنك لهذه البيانات المصرفية لتأسيس رفض البنك منح التسهيلات المطلوبة أحد حالات الإعفاء من الالتزام بالسرية المصرفية التي تقع على عاتق كل من يصل إليه هذا السر بسبب وظيفته أو عمله، التي اعتبرت تبادل المعلومات المتعلقة بالعملاء بخصوص مديونياتهم لتوفير البيانات اللازمة لسلامة منح الائتمان من الاستثناءات على التزام البنوك

(1) المادتان 12 و15 من قانون المعلومات الائتمانية، المادتين 14 و15 من القانون الاتحادي، المادة 1/13 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي.

(2) المادة 26 من قانون المعلومات الائتمانية، والمادة 2/13 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي.

(3) المادة 13 من القانون الاتحادي الإماراتي، والمادة 4/13 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي.

(4) المادة 6 من قانون المعلومات الائتمانية، المادتين 11 و17 من القانون الاتحادي الإماراتي، والمادة 8/13 من اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي.

بالحفاظ على السر المصرفي<sup>(1)</sup>.

سادساً: التزام شركة الاستعلام الائتماني عند تصفيتها، يتوجب على شركة الاستعلام الائتماني الحصول على موافقة محافظ البنك المركزي عند إصدار أي قرار بشأن تصفية شركة الاستعلام الائتماني اختيارياً أو نقل أي من حقوقها والتزاماتها، أو التعاقد مع أي جهة لممارسة أي من الأعمال التي تخولها الرخصة ممارستها، كما أنه يحظر على المصفي، في حال تصفية شركة الاستعلام المصرفي، التصرف بالمعلومات الائتمانية أو نقلها إلى أي شركة أخرى، إلا بموافقة البنك المركزي، ولم ينص القانون الإماراتي على التزامات شركة الاستعلام الائتماني في حال تصفيتها، وخيراً فعل القانون الأردني بمعالجته الالتزامات شركة الاستعلام الائتماني عند تصفيتها وذلك نظراً لطبيعة عمل هذه الشركات وتعاملها مع معلومات وبيانات ائتمانية سرية لا يجوز الإفصاح عنه<sup>(2)</sup>.

سابعاً: التأكد من صحة المعلومات الائتمانية، تلتزم شركة الاستعلام الائتماني بتوفير برامج وأنظمة معلومات تضمن دقة وصحة المعلومات التي تحتفظ بها شركات الاستعلام الائتماني في قاعدة بياناتها، وتقديم أي معلومات تتعلق بأي منها يطلبها البنك المركزي، وقد رتب القانون الإماراتي على شركة الاستعلام الائتماني المسؤولية الكاملة في حال تقديم معلومات غير صحيحة وغير دقيقة<sup>(3)</sup>. حيث إن شركة الاستعلام الائتماني ملزمة باتخاذ التدابير اللازمة، للتحقق من أن المصدر الذي حصلت عليه للمعلومات مصدر موثوق، وتستطيع شركة الاستعلام الائتماني الاحتجاج بأن عدم صحة المعلومات الائتمانية مرده إلى مزود المعلومات<sup>(4)</sup>.

### المبحث الثالث

#### التقرير الائتماني لشركات الاستعلام الائتماني وأثاره القانونية

سنبحث في هذا المبحث التقرير الائتماني الذي تصدره شركات الاستعلام الائتماني ثم تحديد الأثار القانونية الناتجة عن هذا التقرير أو ما يعرف بالمسؤولية المدنية لشركات الاستعلام الائتماني.

#### المطلب الأول: التقرير الائتماني الصادر عن شركات الاستعلام الائتماني

حدد قانون المعلومات الائتمانية أنشطة شركات الاستعلام المصرفي، وحصرها بجمع المعلومات الائتمانية وتخزينها والتعامل معها وفقاً لأحكام القانون، وإعداد قاعدة بيانات خاصة بالعميل وفقاً للأسس والشروط التي يتم تحديدها، وإعداد التقارير الائتمانية على النماذج المعتمدة من البنك المركزي، وتحديد الحالة الائتمانية للعميل وفقاً

(1) قرار محكمة صلح جزاء العقبة، رقم 2020/1200، تاريخ 2020/10/15، منشورات برنامج قرك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(2) المادتان 17 و30 من قانون المعلومات الائتمانية.

(3) المادة 15/أ من نظام شركات المعلومات الائتمانية والمادة 10/13 من اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي.

(4) المادة 22 من قانون المعلومات الائتمانية، وراجع القواعد المنظمة لعمل شركات الاستعلام والتصنيف الائتماني الصادرة عن البنك المركزي المصري، مرجع سابق، الصفحة رقم 13.

لبرنامج النقاط الائتمانية المعتمدة<sup>(1)</sup>.

ويعد إصدار التقرير الائتماني، العمل الأساسي لشركات الاستعلام المصرفي، وذلك لغايات تقييم الحالة الائتمانية للعميل وقدرته المالية أو إعادة تقييمها، في حالات محددة حصراً، وهي تقديم العميل طلب ائتماني إلى مقدم الائتمان، أو طلب زيادة مبلغ الائتمان أو جدولته أو تغيير أحكام وشروط عقد الائتمان، والاستعلام عن أسباب عدم سداد مبالغ الائتمان الممنوحة له أو التأخر في دفعها، وأي حالة أخرى يجيزها قانون المعلومات الائتمانية والنظام الصادر بمقتضاه<sup>(2)</sup>.

### أولاً: البيانات التي لا يجوز أن يتضمنها التقرير الائتماني

يُحظر على شركات الاستعلام الائتماني تضمين التقرير الائتماني المعلومات التالية عن العميل: أي معلومات طبية أو متعلقة بحالته الصحية، وأي معلومات تتعلق بديانته، والأصل العرقي أو انتمائه السياسي، وأي حكم قضائي قطعي صادر ضده، ما لم يكن متعلقاً بحالته الائتمانية، وأي معلومات أخرى تتعلق بحياته الشخصية. ويشمل الحظر تبادل أي معلومات متعلقة بالأرصدة، وأي حركات بنكية للعميل، وأي معلومات أخرى لا تتعلق بحالته الائتمانية بشكل مباشر<sup>(3)</sup>.

وفيما يتعلق بالأحكام القضائية التي لا يجوز أن يتضمنها التقرير الائتماني، هي تلك الأحكام التي لا تتعلق بالحالة الائتمانية للعميل بشكل مباشر، ولا تمس سمعته الشخصية، أما الأحكام القضائية المتعلقة بالحالة الائتمانية للعميل وتمس سمعته الشخصية، فإنه يتوجب أن ترد في التقرير الائتماني الذي تصدره شركات الاستعلام الائتماني، مثل الأحكام القضائية الصادرة بحق العميل المتضمنة لإلزامه بمبالغ مالية أو الأحكام المتضمنة إشهار إعساره، وقد وردت الإشارة إلى مسألة التقرير الائتماني في إحدى الدعاوى المقدمة لشهر الإعسار<sup>(4)</sup>، أو الأحكام المتعلقة بمنازعاته مع البنوك أو شركات التسهيلات أو شركات التأجير التمويلي أو الأحكام الجزائية الصادرة بحقه التي تمس الشرف والكرامة والنزاهة مثل قضايا الاختلاس والسرقة والفساد والتهرب الضريبي والجمركي أو غسيل الأموال، ونص القانون الإماراتي على وجوب أن يتضمن التقرير الائتماني الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بحق الشخص في القضايا المالية إن وجدت في السجل الائتماني<sup>(5)</sup>.

أما فيما يتعلق بالحالة المرضية أو المعلومات الطبية المتعلقة بالحالة الصحية للعميل التي لا يجوز أن يتضمنها التقرير الائتماني وفقاً لأحكام المادة 25 من قانون المعلومات الائتمانية والمادة 14 من نظام شركات

(1) راجع المادة 11 من قانون المعلومات الائتمانية.

(2) راجع المادة 7 من قانون المعلومات الائتمانية.

(3) راجع المادة 14 من نظام شركات المعلومات الائتمانية، المادة 25 من قانون المعلومات الائتمانية.

(4) راجع قرار محكمة بداية عمان/الغرفة الاقتصادية رقم 2019/580، تاريخ 2019/12/29، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(5) المادة 3/8 من اللائحة التنفيذية الصادرة للقانون الإماراتي.

المعلومات الائتمانية، والمادة 5 من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن المعلومات الائتمانية، نجد أن هذه النصوص بحاجة إلى تعديل، لأن الواقع العملي للبنوك وشركات التأجير التمويلي تأخذ بعين الاعتبار الحالة المرضية للعميل، لأن الحالة المرضية للعميل قد تؤثر على مدى قدرته على الوفاء بالتزاماته خاصة في حالة وفاته، سيما أن الورثة لا يسألوا عن ديون المورث إلا في حدود ما آل إليهم من أموال الشركة، أضف إلى ذلك أن البنوك عادة تلجأ إلى التأمين على ضمانات العقد وعلى حياة المؤمن وأن العميل عادة ما يفوض البنك بموجب إدخاله ضمن بوليصة التأمين الجماعي المعتمدة لديه، من هنا فإن الباحث يجد أن المعلومات المتعلقة بالحالة المرضية للعميل من المعلومات الضرورية التي يجب أن يتضمنها التقرير الائتماني، لما لها من أثر قانوني في حالة وفاة العميل وكان البنك قد أبرم عقد تأمين على حياة العميل لتحديد التزامات شركة التأمين، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية<sup>(1)</sup>.

وفي هذا المجال يظهر لدينا السؤال التالي: هل تملك شركات الاستعلام المصرفي، تضمين التقرير الائتماني، تقديم الرأي بشأن المعلومات الواردة في التقرير، أو إعطاء رأي بخصوص منح، أو عدم منح العميل التسهيلات المطلوبة؟

مع أن المنظومة القانونية لشركات الاستعلام المصرفي في الأردن لم تحظر على شركات الاستعلام المصرفي القيام بمثل هذا العمل، فإن إعطاء شركات الاستعلام المصرفي رأياً بمنح أو عدم منح التسهيل المطلوب، قد يؤدي إلى النهوض بمسؤولية شركات الاستعلام المصرفي، في حالة تأسيس العميل لدعواه بالاستناد إلى درجة تقييم الشركة للجدارة الائتمانية الذي بموجبه تم تقييم العميل موضوع التقرير الائتماني<sup>(2)</sup>.

وقد نصت اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب القانون الاتحادي الإماراتي، بشأن المعلومات الائتمانية، صراحة على أنه لا يشمل تقرير المعلومات الائتمانية تقديم استشارات، أو رأي الشركة الخاص بشأن المعلومات الائتمانية الواردة في تقرير المعلومات الائتمانية، أو بوجوب منح أو عدم منح الشخص تسهيلات ائتمانية<sup>(3)</sup>.

وقد تضمنت القواعد المنظمة لعمل شركات الاستعلام، والتصنيف الائتماني الصادرة عن البنك المركزي المصري، ما يسمى بالتصنيف الائتماني، من خلال استعمال البيانات الواردة في التقرير الائتماني، للوصول إلى تقييم رقمي للعميل، وفقاً لأسس إحصائية، تطبق على جميع العملاء، لتحديد درجة المخاطرة الائتمانية، المتعلقة بمدى قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته، عند حلول أجلها<sup>(4)</sup>.

(1) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2020/6490، تاريخ 2021/2/1، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(2) عوض، دور قانون المعلومات الائتمانية الإماراتي في تنظيم الاستعلام المصرفي لخدمة شركات التمويل المصرفي الإسلامي، مرجع سابق، ص 65.

(3) المادة 4/9 من اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي.

(4) القواعد المنظمة لعمل شركات الاستعلام والتصنيف الائتماني الصادرة عن البنك المركزي المصري، الصادرة عن إدارة مجلس البنك المركزي المصري، بتاريخ 2006/1/17، الصفحة رقم 6.

## ثانياً: البيانات التي يتضمنها التقرير الائتماني

حدد قانون المعلومات الائتمانية الأردني، البيانات التي يحتويها التقرير الائتماني، وبالتالي فإن التقرير الائتماني يتضمن بيانات شخصية وبيانات مالية وبيانات ائتمانية<sup>(1)</sup>.

**1- البيانات الشخصية للتقرير الائتماني**، تشمل الهوية الشخصية للعميل، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً؛ لأن ما يقوم به البنك مع العميل يعتبر تصرفاً قانونياً، فكان لا بد من التأكد من هوية العميل، تجنباً للتعاقد مع شخص وهمي. وقد ألزم قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الأردني البنوك، ببذل العناية الواجبة، للتعرف على هوية العميل وأوضاعه القانونية ونشاطه، والغاية من علاقة العمل وطبيعتها، والمستفيد الحقيقي من العلاقة القائمة بين هذه الجهات والعميل، والتحقق من كل ذلك والمتابعة المتواصلة للعمليات التي تتم في إطار علاقة مستمرة، وتسجيل البيانات المتعلقة بذلك والاحتفاظ بها، وعدم التعامل مع الأشخاص مجهولي الهوية أو ذوي الأسماء الصورية أو الوهمية أو مع البنوك أو الشركات الوهمية، ومسك سجلات بيانات التعرف على هوية العملاء، والمستفيدين الحقيقيين لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ إنجاز المعاملة أو تاريخ انتهاء علاقة العمل<sup>(2)</sup>. وكذلك يعتبر عنوان العميل، من البيانات الشخصية التي يتضمنها التقرير الائتماني، ومعرفة عنوان العميل يعتبر ضماناً مهمة للبنك والغير، خاصة في مجال المراسلات وإرسال كشوف الحساب، وعند استعمال البنك لحق التقاضي، تجنباً لبطلان تبايغ أوراق الدعوى.

وقد ذهب القضاء إلى أن الاستعلام لدى دائرة الأحوال المدنية والبنك المركزي ونظام القضايا يكون للتأكد من صحة الهوية وشخصية العميل، والتحقق من الشيكات المرتجعة على حساب العميل، والتحقق من عدم وجود قضايا على العميل، وعدم وجود التزامات أو تسهيلات لدى بنوك أخرى<sup>(3)</sup>.

**2- البيانات المالية للتقرير الائتماني**، تشمل مهنة العميل والسمعة المالية والتجارية للعميل، وذلك لتحديد المركز المالي له، تجنباً للتعامل مع أصحاب المهن غير المشروعة، ولضمان سداد العميل لديونه المترتبة على العملية المصرفية. ويقصد بالسمعة المالية: مجموعة الصفات التي إذا اتحدت بحق العميل، كونت شعوراً بالمسؤولية تجاه ديونه. وتظهر أهمية هذا البيان، من بيانات التقرير الائتماني؛ لأن البنك ملزم بواجب الحيطة والحذر واليقظة، عند الاستعلام عن العميل، وقد نص القانون الإماراتي على وجوب أن يتضمن التقرير الائتماني البيانات المالية للعميل والالتزامات المالية المترتبة عليه والأصول المثقلة بأي رهون أو ضمان<sup>(4)</sup>.

**3- البيانات الائتمانية للتقرير الائتماني**، تشمل قيمة القرض، أو الحد الأدنى الائتماني المصرح، الرصيد المستخدم، نوع التسهيل، الضمانات المقدمة، أنماط السداد المتعلقة بالعميل، سواء المعلومات الإيجابية، التي

(1) المادة 2 من قانون المعلومات الائتمانية.

(2) المادة 14 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

(3) قرار محكمة صلح جزاء غرب عمان رقم 2019/4469، تاريخ 2012/1/6، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(4) بوخرص، الاستعلام المصرفي وسيلة للحد من المخاطر البنكية، مرجع سابق، ص 74-84، المادة 1/8 من اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي.

تعتبر عن قيام العميل بالوفاء بالتزاماته في مواعيد استحقاقها، أو المعلومات السلبية التي تتعلق بعدم قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته، بما في ذلك الشيكات المرتجعة<sup>(1)</sup>، أو الأحكام القضائية الصادرة بحق العميل المتعلقة بحالته الائتمانية، مثل الأحكام المتعلقة بإعساره أو الحجزات على أمواله. ولم يحدد قانون المعلومات الائتمانية الأردني المدة الزمنية التاريخية للبيانات الائتمانية<sup>(2)</sup>، في حين أن قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب قد حدد هذه المدة بخمس سنوات<sup>(3)</sup>، وقد نص القانون الإماراتي على وجوب أن يتضمن التقرير الائتماني أي معلومات عن عجز العميل أو امتناعه عن سداد المبالغ المترتبة بذمته والقرارات الصادرة بهذا الشأن<sup>(4)</sup>. كما يجب أن يتضمن التقرير الائتماني، أحدث المعلومات المتوفرة لدى الشركة بتاريخ إعداده، التي تعكس الحالة الائتمانية للعميل<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً: الاعتراض على مضمون التقرير الائتماني.

للعامل الاعتراض لدى شركة الاستعلام الائتماني على أي من معلوماته الائتمانية الواردة في تقريره الائتماني عنها، وفي هذه الحالة تقوم شركة الاستعلام الائتماني بإبلاغ مزود البيانات، الذي قدم المعلومات الائتمانية المعارض عليها، بنسخة من الاعتراض الذي تقدم به العميل، ويقوم مزود البيانات بتقديم رده على الاعتراض، ثم تصدر شركة الاستعلام الائتماني قرارها في الاعتراض المقدم، الذي لا يخرج عن فرضين:

أ) رفض الاعتراض: في حال رفض مزود البيانات الاعتراض، تقوم الشركة بالإشارة إلى مضمون الاعتراض ونتيجته، في قاعدة البيانات الخاصة بالعميل، وفي أي تقرير ائتماني يصدر عنها.

ب) قبول الاعتراض: في حال قبول مزود البيانات الاعتراض وإجراء أي تعديل، تقوم شركة الاستعلام المصرفي بتعديل المعلومات الائتمانية، على ضوء قبول الاعتراض، وتبلغ هذا التعديل إلى جميع الجهات التي تسلمت التقرير الائتماني، خلال الأشهر الستة السابقة لتاريخ قبول الاعتراض.

ويتوجب على شركة الاستعلام الائتماني، ومزود البيانات، القيام بالإجراءات اللازمة، للتأكد من صحة المعلومات الائتمانية ودقتها، وتعديلها إذا تبين أن أيًا منها غير مشروعة أو غير صحيحة، وذلك وفقاً للأسس والمعايير المقررة، والقرار الصادر من مزود البيانات، أو من شركة الاستعلام المصرفي، بعدم تعديل البيانات، ليس قطعياً، وإنما يجوز الاعتراض عليه بطلب خطي يقدمه العميل إلى البنك المركزي، لدراسة الاعتراض أو تعديل المعلومات الائتمانية، وتلتزم شركة الاستعلام الائتماني بتزويد البنك المركزي بأي من المعلومات ذات العلاقة بالاعتراض، وفقاً لما يحدده البنك المركزي، فإن لم تتم تسوية الخلاف ودياً، يحق للعميل اللجوء إلى

(1) عرفت المادة 19/ج قانون المعلومات الائتمانية النقاط السلبية بأنها المعلومات الواردة في التقرير الائتماني للعميل التي تتعلق بإخفاقه في الوفاء بالتزاماته وتؤدي إلى عدم منحه الائتمان.

(2) المادة 2 من قانون المعلومات الائتمانية.

(3) المادة 14 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

(4) المادة 2/8 من اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي.

(5) المادة 16/ب من قانون المعلومات الائتمانية.

محكمة البداية، التي يقع المركز الرئيسي لشركة الاستعلام الائتماني، ضمن اختصاصها المكاني<sup>(1)</sup>.

وقد تضمن نظام شركات المعلومات الائتمانية الأردني مجموعة من الإجراءات للاعتراض على التقرير الائتماني، ومن ذكر أنه يتوجب على شركة الاستعلام الائتماني إعلام العميل خطياً بأن له الحق في الاعتراض على أي معلومات ائتمانية وردت في التقرير الائتماني عند تسليمه نسخة منه، وأنه يتوجب على العميل بيان أسباب الاعتراض، وقيام شركة الاستعلام الائتماني بوضع إشارة في السجل الائتماني للعميل تتضمن سبب الاعتراض، والإشارة إلى مضمون الاعتراض ونتيجته بعد الفصل فيه، وإذا تبين بعد دراسة الاعتراض أن سبب عدم صحة أو دقة المعلومات الائتمانية، يتعلق بشركة الاستعلام الائتماني، فعليها تصحيح الخطأ خلال مدة لا تزيد على خمسة أيام عمل من تاريخ استلام الاعتراض. وإذا تبين أن سبب عدم صحة أو دقة المعلومات الائتمانية يتعلق بمزود البيانات، فعلى الشركة تزويده بنسخة من الاعتراض خلال مدة لا تزيد على سبعة أيام من تاريخ تسلمها له، وعليه البت فيه خلال خمسة أيام عمل من تاريخ تسلمه له وإبلاغ الشركة بالنتيجة، مع اتخاذ ما يلزم من إجراءات لتصحيحها خلال مدة لا تزيد على خمسة أيام عمل من تاريخ البت فيه<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: المسؤولية المدنية لشركات الاستعلام الائتماني

#### أولاً: الضمانات القانونية للعميل المستعلم عنه

قد نص قانون المعلومات الائتمانية الأردني على مجموعة من الضمانات التي تحفظ حقوق العميل:

1- وجوب وجود تصريح اطلاق خطي من العميل بخصوص تبادل المعلومات الائتمانية الخاصة به، أو إصدار تقرير ائتماني متعلق به من قبل مزود البيانات أو مقدم الائتمان أو شركة الاستعلام الائتماني، ويعرّف تصريح الاطلاع بأنه موافقة العميل الخطية، التي يسمح بمقتضاها لمقدم الائتمان، بالاطلاع على المعلومات الائتمانية الخاصة به لدى الشركة وتبادلها، إلا أنه يرد استثناءً على ذلك، بحيث يعفى من الحصول على هذا التصريح، إذا كان مقدم الائتمان بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أخرى يوافق عليها محافظ البنك المركزي<sup>(3)</sup>.

وقد أجاز قانون البنوك الأردني للبنوك، تبادل المعلومات المتعلقة بالعملاء سواء أكانت بخصوص مديونياتهم لتوفير البيانات اللازمة لسلامة منح الائتمان، أم بخصوص الشيكات المرتجعة دون تسديد، أم أي أعمال أخرى يراها البنك المركزي لازمة لتعلقها بسلامة العمل المصرفي، وذلك فيما بين البنوك والبنك المركزي وأي شركات أو جهات أخرى يوافق عليها البنك المركزي، لتسهيل تبادل هذه المعلومات، استثناءً من مبدأ السرية المصرفية. والمقصود بهذه الشركات شركات الاستعلام الائتماني، المنشأة بموجب قانون المعلومات الائتمانية

(1) المواد 2 و20 و21 و22 من قانون المعلومات الائتمانية.

(2) المادتان 17 و18 من نظام شركات المعلومات الائتمانية.

(3) المادتان 2 و8 من قانون المعلومات الائتمانية.

الأردني (1).

2- وجود اتفاق خطي بين شركة الاستعلام الائتماني وبين مزود البيانات أو مقدم الائتمان، وأن يتضمن هذا الاتفاق متطلبات وإجراءات الحفاظ على سرية وأمن المعلومات والبيانات وحمايتها، وصحة ودقة المعلومات والبيانات التي يتم تبادلها، والمواعيد والآليات المحددة لذلك، وتحديد مسؤولية كل من أطراف الاتفاقية بخصوص تنفيذ أحكامها(2).

3- التزام مقدم الائتمان الذي يرغب في الحصول على خدمة من شركة الاستعلام الائتماني، بإعلام العميل بمجموعة من الأمور، تتمثل بالغاية من الحصول على المعلومات الائتمانية، حق العميل في الاطلاع على المعلومات الائتمانية الخاصة به، تصحيح أي خطأ ورد فيها والاعتراض عليها، وكذلك التزام مقدم الائتمان بالاحتفاظ بتصاريح الاطلاع لمدة عقد الائتمان أو أي مدة يتم تحديدها، والالتزام مقدم الائتمان بتزويد العميل بنسخة من التقرير الائتماني عندما يتم حجب الائتمان عنه(3).

ثانياً: الأساس القانوني لمسؤولية شركات الاستعلام المصرفي

### 1-المسؤولية العقدية لشركات الاستعلام الائتماني

إن العلاقة القانونية ما بين شركة الاستعلام الائتماني والطرف المتضرر هي علاقة عقدية، بموجب عقد تقديم معلومات الائتمان، وهو عقد محله تقديم المعلومات الائتمانية مقابل أجر محدد، يبرم بين شركة الاستعلام الائتماني وبين مزود البيانات من جهة، للحصول على المعلومات الائتمانية الخاصة بالعميل، وبين شركة الاستعلام الائتماني والجهة المستعلمة مقدم الائتمان(4).

وبالتالي فإن أساس مسؤولية شركات الاستعلام الائتماني هو المسؤولية العقدية الواردة في القانون المدني، طالما أن قانون المعلومات الائتمانية الأردني قد اشترط على شركات الاستعلام الائتماني وجود عقد استعلام خطي بينها وبين مقدم الائتمان أو الجهة التي ستمنح العميل التمويل. مع الإشارة إلى أن الهدف من المسؤولية المدنية لا يقتصر على جبر الضرر الذي قد يلحق بالمتضرر، وإنما يتعداه إلى ردع شركات الاستعلام المصرفي من القيام بإصدار تقارير ائتمانية غير صحيحة(5).

(1) المادة 74/د من قانون البنوك وتعديلاته رقم 28 لسنة 2000، المنشور على الصفحة 2950 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4448 بتاريخ 2000/8/1.

(2) المادة 16 من نظام شركات المعلومات الائتمانية.

(3) المادة 19 من نظام شركات المعلومات الائتمانية.

(4) كاظم، حمدية عبود، مصادر التزام المصرف بتقديم معلومات الائتمان المالي، بحث، مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الأول، 2013، ص 203، راجع المادة 2 من قانون المعلومات الائتمانية بشأن تعريف مقدم الائتمان ومزود البيانات، وراجع المادة 9 من قانون المعلومات الائتمانية بشأن الجهات التي يمكن لشركة الاستعلام الائتماني الحصول على المعلومات منها.

(5) المواد 87، 363، 364، 256 من القانون المدني الأردني، المادتين 15 و22 من قانون المعلومات الائتمانية.

وبالتالي يشترط لقيام مسؤولية شركات الاستعلام الائتماني توافر أركان المسؤولية العقدية وهي: الخطأ العقدي وهو إخلال شركة الاستعلام الائتماني بالالتزام العقدي والقانوني الناتج عن انحرافها عن القيام بالالتزام المفروضة عليها بموجب عقد الاستعلام، وحيث إن شركات الاستعلام الائتماني من المؤسسات التي لها صلة مباشرة بقطاع البنوك، فإنه يتوجب عليها أن تبذل العناية والدقة المتناهية عند تداولها للبيانات والمعلومات الائتمانية موضوع عقد الاستعلام، وقد يدخل فعل الشركة ضمن باب الخطأ الجسيم المتهور، الذي يقترب من سوء النية، وعليها الالتزام بالحرص العام الذي يفرضه عليها القانون والعرف المصرفي تجاه هذه المعلومات. والضرر الذي لا بد من تحققه حتى تترتب المسؤولية في ذمة المدين، وأن من يتحمل عبء إثبات هذا الضرر هو العميل لأنه هو الذي يدعي وجوده، والضرر الناتج عن عمل شركة الاستعلام الائتماني قد يكون مادياً نتيجة عدم منح العميل المتضرر التمويل المطلوب نتيجة خطأ شركة الاستعلام، وقد يكون معنوياً يمس سمعة العميل المستعلم عنه وثقته التجارية. وعلاقة السببية ما بين الخطأ العقدي والضرر، بحيث يكون الضرر الذي لحق بالعميل المستعلم عنه نتيجة لفعل شركة الاستعلام الائتماني، وقد استقر الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز الأردنية على وجوب توافر هذه الأركان<sup>(1)</sup>.

ومن صور الخطأ التي قد تصدر عن شركة الاستعلام الائتماني، مسؤولية الشركة عن المعلومات الكاذبة، حيث إنه يوجد التزام قانوني على الشركة يتمثل بواجب الحيطة والحذر أو التبصر والاحتياط عند تعاملها مع المعلومات الائتمانية، بحيث يتوجب عليها جمع المعلومات الصحيحة والحديثة الدقيقة عن العميل والوضع المالي له، وتجنب تقديم معلومات ناقصة وغير متكاملة عن الوضع الائتماني للعميل، والمحكمة هي من تحدد النقص في المعلومات ومدى تأثير هذا النقص من خلال الخبرة الفنية المتخصصة في هذا المجال، بالاعتماد على سلوك الشخص اليقظ المتبصر، وفقاً لما تفرضه عليه قواعد المهنة، وكذلك كتم شركة الاستعلام الائتماني للمعلومات والامتناع عن ذكر المعلومات كاملة حول الوضع المالي للعميل، وعدم قيام شركة الاستعلام الائتماني بالتحذير حول مخاطر المنتجات المالية بشكل صحيح، مما يؤدي إلى منح تقرير ائتماني مخالف للواقع، وعدم قيام شركة الاستعلام الائتماني بإجراء التعديلات على مضمون التقرير الائتماني بعد الاعتراض عليه<sup>(2)</sup>.

ويتوجب على مقدم الائتمان، أن يراعي العناية الواجبة عند الاعتماد على التقرير الائتماني، بحيث يكون مقدم الائتمان مسؤولاً عن القرارات التي يتخذها، دون الاعتماد المفرط على نتائج التقرير الائتماني الذي تصدره شركات الاستعلام الائتماني، وإنما يتوجب عليه تحليل المخاطر الواردة في التقرير، وأن يبذل عناية الشخص المعتاد، عند

(1) د مسقاوي، مسؤولية المصارف تجاه العملاء في عمليات التمويل المصرفي، مرجع سابق، ص203، 211، 2012، 229، قرارات محكمة التمييز الأردنية 2019/5206، تاريخ 2020/8/11، 2019/5966، تاريخ 2020/8/5، 2019/5239، تاريخ 2020/1/22، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(2) المادتان 21 و22 من قانون المعلومات الائتمانية، أحمد عبدالكريم، المسؤولية المدنية لوكالات التصنيف الائتماني عن سوء تقديرها للمخاطر الائتمانية، مرجع سابق، ص273-282.

الاعتماد على التقرير الائتماني<sup>(1)</sup>.

وطالما أن مسؤولية شركة الاستعلام الائتماني مسؤولية عقدية؛ فإن التعويض عن الضرر يقتصر على الضرر المادي الواقع فعلا دون التعويض عن الكسب الفائت أو فوات المنفعة، ولا يتم التعويض عن الكسب الفائت إلا في حالي الغش أو الخطأ الجسيم، وهذا ما استقرّ عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية<sup>(2)</sup>.

## 2- المسؤولية الناتجة عن فعل المنتجات لشركات الاستعلام الائتماني

هناك من الفقه من يؤسس مسؤولية شركات الاستعلام الائتماني على أساس المسؤولية الناتجة عن فعل المنتجات، باعتبار أن عمل شركات الاستعلام الائتماني يدخل ضمن مفهوم منتجات الائتمان، التي تقوم فقط بمجرد وقوع الضرر، دون اشتراط وجود خطأ من شركة الاستعلام الائتماني. إلا أن هذه النظرية واجهت النقد؛ لأن منتجات التقرير الائتماني ليست منتجات، وإنما تدخل ضمن باب الآراء<sup>(3)</sup>.

## 3- المسؤولية الموضوعية لشركات الاستعلام الائتماني

بسبب الطبيعة الخاصة لعمل شركات الاستعلام المصرفي، وتعاملها مع المعلومات والبيانات المالية والائتمانية للأشخاص، وصعوبة إثبات خطأ هذه الشركات أحياناً، لا بد من إقامة مسؤوليتها على أساس المسؤولية الموضوعية التي تقوم على فكرة تحمل شركة الاستعلام الائتماني لمخاطر المهنة، بحيث تقوم مسؤوليتها على الضرر فقط دون اشتراط وجود خطأ من قبلها، قياساً على نظرية تحمل البنك لمخاطر المهنة<sup>(4)</sup>.

## الخاتمة:

حاولنا قدر الإمكان الإجابة على الأسئلة التي تم طرحها في إشكالية البحث، من خلال تحديد الطبيعة القانونية لعمل شركات الاستعلام الائتماني أو المصرفي، وبحث الالتزامات التي فرضها قانون المعلومات الائتمانية الأردني عليها عند ممارستها لعملها وخضوعها لرقابة البنك المركزي، وتنظيم عملية تبادل المعلومات الائتمانية مع الجهات ذات العلاقة، وقيام مسؤولية هذه الشركات مدنياً في حال إخلالها بالالتزامات القانونية أو العرفية المفروضة عليها. وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

## أولاً: النتائج

1- نطاق الاستعلام الائتماني لا يقتصر على العميل، وإنما يشمل الوكيل الذي يعمل لحساب العميل، وشريك

(1) أحمد وعبدالكريم، المسؤولية المدنية لوكالات التصنيف الائتماني عن سوء تقديرها للمخاطر الائتمانية، مرجع سابق، ص 279 و 280.

(2) قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية 2015/175، 2015/3555، 2014/3052، 1999/1056 هيئة عامة، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(3) أحمد وعبدالكريم، المسؤولية المدنية لوكالات التصنيف الائتماني عن سوء تقديرها للمخاطر الائتمانية، مرجع سابق، ص 272.

(4) أبو عرابي، غازي، مسؤولية البنك العقدية عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين، الجمعية المصرفية للاقتصاد السياسي والإحصاء التشريعي، القاهرة، 2002، ص 5 و 6.

- العميل في مشروعه موضوع التمويل، وكفيل العميل.
- 2- تخضع شركات الاستعلام الائتماني لرقابة البنك المركزي الأردني، من الناحية القانونية والتنظيمية.
  - 3- حدد قانون المعلومات الائتمانية الأردني الشكل القانوني لشركات الاستعلام المصرفي، بأن تكون شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة خاصة.
  - 4- يعتبر إصدار التقرير الائتماني العمل الأساسي لشركات الاستعلام الائتماني لغايات تقييم الحالة الائتمانية للعميل.
  - 5- إن المعلومات الواردة في التقرير الائتماني، الذي تصدره شركات الاستعلام الائتماني، ليست قطعية، وإنما يجوز الاعتراض ومن ثم اللجوء إلى القضاء.
  - 6- لا يجوز لشركة الاستعلام الائتماني، تبادل المعلومات الائتمانية أو إصدار تقرير ائتمان بحق أي عميل، إلا بعد الحصول على تصريح اطلاق خطي منه، ووجوب وجود عقد استعلام ائتماني خطي بين شركة الاستعلام الائتماني وبين مزود البيانات أو مقدم الائتمان.
  - 7- يتوجب على شركة الاستعلام الائتماني الحفاظ على سرية المعلومات والبيانات، والتأكد من صحة المعلومات الائتمانية، وفقاً لسلوك الشخص اليقظ المتبصر.
  - 8- إن أساس المسؤولية المدنية لشركات الاستعلام الائتماني، هي المسؤولية العقدية.
  - 9- يتوجب على البنوك مراعاة العناية الواجبة عند الاعتماد على التقرير الائتماني، دون الاعتماد المفرط على نتائج التقرير الائتماني الذي تصدره شركات الاستعلام الائتماني.

#### ثانياً: التوصيات:

- 1- تعديل قانون المعلومات الائتمانية، وذلك بمنع شركات الاستعلام الائتماني من إعطاء رأيها الخاص، بشأن المعلومات الائتمانية الواردة في تقرير المعلومات الائتمانية، على غرار ما نص عليه القانون الاتحادي الإماراتي.
- 2- تعديل نص المادة 12 من قانون المعلومات الائتمانية بالنص على مدة معينة تلتزم خلالها شركة الاستعلام الائتماني بالاحتفاظ بالمعلومات الائتمانية أسوة بالقانون الاتحادي الإماراتي الذي حدد هذه المدة بعشر سنوات.
- 3- تعديل نص المادة 25 من قانون المعلومات الائتمانية لتصبح (أي حكم قضائي قطعي صادر ضده ما لم يكن متعلقاً بحالته الائتمانية وسمعته الشخصية)، وذلك ليشمل التقرير الائتماني الأحكام القضائية المتعلقة بسمعة العميل الشخصية.
- 4- تعديل نص المادة 25 من قانون المعلومات الائتمانية لتصبح (أي معلومات طبية أو متعلقة بحالته الصحية ما لم يكن لهذه المعلومة أثر على قدرة العميل على الوفاء بالتزاماته)، لما لها من أثر قانوني في حالة وفاة العميل وكان البنك قد أبرم عقد تأمين على حياة العميل لتحديد التزامات شركة التأمين.
- 5- تعديل المادة 26 من قانون المعلومات الائتمانية بالنص على مسألة ربط البنك المركزي باعتباره الجهة الرقابية على شركات الاستعلام الائتماني بقاعدة البيانات الموجودة لدى الشركة، أسوةً بالقانون الإماراتي.

## المصادر المراجع:

## أولاً: المعاجم

1- معجم المعاني الجامع، المعجم الوسيط.

## ثانياً: الرسائل الجامعية

1- مسقاوي، لبنى عمر، مسؤولية المصارف تجاه العملاء في عمليات التمويل المصرفي، رسالة دكتوراه، جامعة بيروت، كلية الحقوق، 2004.

## ثالثاً: الأبحاث

1- إبراهيم، متيم أحمد، مسؤولية المصرف المدنية تجاه الكفيل في عقود الائتمان المصرفي، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد رقم 41، ملحق رقم 2، 2014.

2- أبو عرابي، غازي، مسؤولية البنك العقدية عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين، الجمعية المصرفية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، القاهرة، 2002.

3- أحمد وعبد الكريم، محمد سليمان وعبدالكريم صالح، المسؤولية المدنية لوكالات التصنيف الائتماني عن سوء تقديرها للمخاطر الائتمانية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد رقم 14، العدد رقم 2، ديسمبر.

4- بوخرص، عبدالعزيز، الاستعلام المصرفي وسيلة للحد من المخاطر البنكية، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع.

5- حمدية عبود كاظم، مصادر التزام المصرف بتقديم معلومات الائتمان المالي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الأول، 2013.

6- زينة، أيت وازو، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة خطر التعثر المالي للبنوك والمؤسسات المالية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد رقم 10، العدد رقم 3، ديسمبر 2019.

7- الطاهر ومحمدين، الفاتح الشريف ونور الهدى، الترميز الائتماني ودوره في الحد من مخاطر الائتمان المصرفي في السودان، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية.

8- عوض، هاني محمد، دور قانون المعلومات الائتمانية الإماراتي في تنظيم الاستعلام المصرفي لخدمة شركات التمويل المصرفي الإسلامي، بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإصدار الأول، السنة الثانية، 2018.

9- كاظم، حمدية عبود، مصادر التزام المصرف بتقديم معلومات الائتمان المالي، بحث، مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الأول، 2013.

#### رابعاً: الأحكام القضائية:

1- منشورات قرارك.

2- مجلة نقابة المحامين النظامين الأردنيين.

#### خامساً: القوانين

1- القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 2010 بشأن المعلومات الائتمانية، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 40، تاريخ 2010/10/13.

2- قانون البنك المركزي الأردني وتعديلاته رقم 23 لسنة 1971، المنشور على الصفحة 807 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2301 بتاريخ 1971/5/25.

3- قانون البنوك وتعديلاته رقم 28 لسنة 2000، المنشور على الصفحة 2950 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4448 بتاريخ 2000/8/1.

4- القانون المدني رقم 43 لسنة 1976، المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1976/8/1.

5- قانون المعلومات الائتمانية المؤقت رقم 15 لسنة 2010، المنشور على الصفحة 3071 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5034 بتاريخ 2010/6/1.

6- قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتعديلاته رقم 46 لسنة 2007، المنشور على الصفحة 4130 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4831 بتاريخ 2007/6/17.

7- اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم 16 لسنة 2014، المنشورة في الجريدة الرسمية، العدد 563، السنة 44، تاريخ 2014/4/30.

8- نظام شركات المعلومات الائتمانية رقم 36 لسنة 2011، المنشور على الصفحة 3746 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5106 بتاريخ 2011/8/1.

#### سادساً: أوراق العمل.

1- برنية، محمد يسر، تطوير أنظمة الاستعلام الائتماني ومركزيات المخاطر، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، 2008، أمانة مجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية.

2- القواعد المنظمة لعمل شركات الاستعلام والتصنيف الائتماني الصادرة عن البنك المركزي المصري، الصادرة عن إدارة مجلس البنك المركزي المصري، بتاريخ 2006/1/17.

3- منال، منصور، إدارة المخاطر الائتمانية ووظيفة المصارف المركزية القطرية والإقليمية، ورقة عمل مقدمة للملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية والاقتصادية الدولية والحكومة العالمية، المنعقد في الجزائر.

#### سابعاً: المواقع الإلكترونية.

1. [www.almaany.com/ar/dict/ar-ar](http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar)

2. [www.crif.jo](http://www.crif.jo)

## أثر وسائل الاتصال الحديثة في الحكم على موت المفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني

### The Impact of Modern Communication Means on the Judgment of the Death of Missing in the Jordanian Personal Status Law

عبدالحكيم محسن عطروش\*

#### الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النصوص القانونية التي تنظم أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 المأخوذة من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وأثر وسائل الاتصال الحديثة على الحكم بموت المفقود، وذلك من خلال تعريف المفقود، وبيان الأحكام المتعلقة بالمفقود، وآراء الفقهاء في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، وموقف المقنن الأردني، وأثر وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن موت المفقود. وقد توصلت الدراسة إلى أن النصوص القانونية المنظمة لأحكام المفقود الواردة في القانون الأردني لا تتوافق مع التطور الذي رافق وسائل الاتصال الحديثة، التي أصبحت قادرة على معرفة حياة المفقود أو موته. لذلك تدعو هذه الدراسة المقنن الأردني إلى التدخل لتلافي القصور التشريعي وإجراء الإصلاحات في هذه النصوص بما يتوافق مع التطور في وسائل الاتصال الحديثة. تم الاعتماد عند إعداد هذه الدراسة بالمنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وكذلك المنهج المقارن. تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث: المبحث الأول: تعريف المفقود والأحكام المتعلقة به، المبحث الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وأثر وسائل الاتصال عليها، المبحث الثالث: الآثار المترتبة على ظهور حياة المفقود.

**الكلمات الدالة:** المفقود، وسائل الاتصال الحديثة، الحكم بموت المفقود، قانون الأحوال الشخصية الأردني.

#### Abstract

The aim of this study is to clarify the legal texts that regulate the provisions of the missing in the Jordanian Personal Status Law No. 15 of 2019, taken from the views of Islamic Sharia scholars, and the impact of modern means of communication on the judgment of the death of the missing, through defining the missing, clarifying the provisions related to the missing, and the views of the scholars in the period after which the death of the missing is judged, the position of the Jordanian legislator, and the role of modern communication means in revealing the death of the missing, and its impact on the judgment of his death. The study found that the legal texts which regulate the provisions of the missing in Jordanian law do not correspond to the development that accompanied the modern communication means, which have become able to know the life or death of the missing. Therefore, this study calls on the Jordanian legislator to intervene to avoid this deficiency and carry out legislative reform in these texts in such a way that catches up with the development in modern means of communication. The Descriptive-Analytical Approach, as well as the Comparative Approach, were used. The study was divided into four sections: First: Definition of the missing and the provisions therewith, second: The period after which the death of the missing is judged and the effect of communication means thereon, third: The implications of the missing life emergence.

**Keywords:** The Missing, Modern Communication Means, Judgment of the Death of the Missing, Jordanian Personal Status Law.

**المقدمة:**

تعد ظاهرة فقدان الأشخاص من الظواهر المنتشرة في مختلف أنحاء العالم، التي لها أسبابها المختلفة. فقد يكون سببها الكوارث الطبيعية مثل الفيضانات،<sup>1</sup> والزلازل،<sup>2</sup> وقد يكون سببها فعل الإنسان مثل الحروب،<sup>3</sup> والتفجيرات المدمرة.<sup>4</sup> ومما لا شك فيه أن الإنسان هو الضحية، إذ يصعب في بعض الأحيان التحقق من حياته أو موته، نتيجة عدم وجود دليل يقضي بذلك. فإذا مرت مدة معينة تختلف باختلاف التشريعات، يحكم القاضي بموته حكماً، بناء على طلب أصحاب الشأن، كزوجته أو أقاربه. وبإصدار هذا الحكم تنتهي شخصيته القانونية.<sup>5</sup>

والموت قد يكون حقيقة، وقد يكون حكماً أي يصدر حكم من القاضي باعتبار المفقود ميتاً. ويشترك المفقود مع الغائب بالعجز عن التصرف بأموالهما بسبب الغيبة والفقد.

نظم المقتن الأردني أحكام المفقود في المواد (246- 253) من قانون الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019، وأعطى المقتن لكل من له مصلحة حق طلب الحكم باعتباره ميتاً. وبعد حكم القاضي بموته، تقسم أموال المفقود، ويحق للزوجة إن وجدت، الزواج بعد انقضاء عدتها الشرعية.

**مشكلة الدراسة:**

إن المطلع على النصوص المتعلقة بأحكام المفقود، الواردة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، يلاحظ أنها مأخوذة من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ كانوا يحكمون على أساسها في زمانهم. إلا أنه مع تقدم العلم وتطوره في وسائل المواصلات والاتصالات الحديثة أصبح بالإمكان معرفة حالة المفقود إن كان حياً أو ميتاً في فترة أقل من المدة التي قررها القانون الأردني، فهل كان المقتن الأردني موفقاً في تنظيمه لهذه النصوص التي على أساسها يحكم بموت المفقود؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الآتية:

- 1- ما المفقود لغة واصطلاحاً وقانوناً، وبم يختلف عن الغائب ؟
- 2- هل يحتاج القاضي التحري عن معرفة حال المفقود بوسائل الاتصال الحديثة أو لا يحتاج؟
- 3- هل يحق للزوج الذي تزوجت زوجته بعد الحكم بموته استعادة زوجته بعد ظهور حياته، وهل يحق له استعادة كل أمواله التي تم توزيعها على ورثته؟

(<sup>1</sup>) كفيضان تسونامي الذي حدث في شرق آسيا في 26 كانون الأول/ ديسمبر 2004.

(<sup>2</sup>) كزلازل بومرداس الذي حصل في ولاية بومرداس الجزائرية بتاريخ 21 أيار/ مايو 2013. انظر الموقع الإلكتروني: ويكيبيديا: <https://ar.wikipedia.org/wiki/> تاريخ الدخول 20/1/2021.

(<sup>3</sup>) كالحرب في أفغانستان، والبلقان وفي سورية واليمن، والبوسنة والهرسك وغيرها.

(<sup>4</sup>) مثل ما حدث في تفجير مرفأ بيروت في 4 آب/ أغسطس 2020، انظر الموقع الإلكتروني:

<https://www.bbc.com/arabic/middleeast-53722379>، تاريخ الدخول 21/1/2021.

(<sup>5</sup>) نصت المادة (1/30) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته.

## أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من حيث إنها تسعى إلى إيجاد حلول تؤدي إلى التقليل من المدة التي يحكم على أساسها القاضي بموت المفقود، وسرعة الفصل في القضايا المتعلقة بالمفقودين من خلال الاستفادة من التقدم العلمي في وسائل النقل والاتصالات الحديثة التي أصبح بمقدورها الكشف عن حال المفقودين ومعرفة إن كانوا أحياء أم ميتين في فترة وجيزة، إذ إن في طول المدة والإجراءات، التي يحكم على أساسها بموت المفقود تؤدي إلى الإضرار بالزوجة وبأصحاب المصلحة.

## أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النصوص القانونية التي تنظم أحكام المفقود المأخوذة من أقوال الفقهاء، ومقارنة ذلك مع بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية المنظمة لأحكام المفقود، وبيان دور التقدم العلمي في وسائل الاتصالات الحديثة، وأثره في الحكم بموت المفقود، خاصة أن التطور العلمي في هذا الجانب أصبح بمقدوره معرفة حال المفقود والكشف عن حياته خلال مدة وجيزة.

## منهج الدراسة:

المنهج الذي تم اتباعه في هذه الدراسة هو المنهج الوصفي، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية التي تناولت موضوع المفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني، وكذلك عرض الآراء الفقهية التي تناولته. كذلك تم اتباع المنهج التحليلي عند بيان موقف القانون إزاء المسائل المتعلقة بالمفقود، وبيان موقف الفقهاء، ومدى مطابقتها للواقع العملي. كما تم اتباع المنهج المقارن، وخاصة عند إجراء المقارنة بين المذاهب الفقهية من ناحية، وبين بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية مع قانون الأحوال الشخصية الأردني.

## خطة الدراسة:

لمعرفة أثر وسائل الاتصال الحديثة في الحكم على موت المفقود، وبهدف الوصول للنتائج والتوصيات المتوقعة تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المفقود والأحكام المتعلقة به.

المبحث الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وأثر وسائل الاتصال عليها.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على ظهور حياة المفقود.

## المبحث الأول

### تعريف المفقود والأحكام المتعلقة به

للمفقود تعريف يتميز به عن بعض التعريفات المشابهة له كالغائب، ولمعرفة المفقود لا بد من تعريفه لغة واصطلاحاً وقانوناً، ومتى ما فرغنا من ذلك سنبين الأحكام المتعلقة به. وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: تعريف المفقود والألفاظ ذات الصلة، المطلب الثاني الأحكام المتعلقة بالمفقود.

#### المطلب الأول: تعريف المفقود والألفاظ ذات الصلة

المفقود لغة من فقد الشيء يفقده فقداً وفقداناً وفقوداً فهو مفقود. وفقده: عدمه وأفقده الله إياه. والفاقد من النساء: التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها<sup>1</sup>. واسم المفقود في اللغة من الاضطداد، يقول الرجل فقدت الشيء أي ضللته، وفقدته أي طلبته، وكلا المعنيين يتحقق في المفقود، فقد ضلَّ عن أهله وهم في طلبه<sup>2</sup>. وفي التنزيل يقول الله عز وجل: { وَتَقَدَّرَ الطَّيْرُ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدَىٰ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ }<sup>3</sup>.

أما المفقود اصطلاحاً فقد عرفه الحنفية بأنه: " الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته"<sup>4</sup>. وعرفه الفقه الحنفي الكاساني بأنه: " اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت "<sup>5</sup>.

والملاحظ من تعريف الحنفية أن المعيار في اعتبار الشخص مفقوداً هو عدم معرفة حياته أو موته دون الاعتداد بجهل المكان، وفي هذا الخصوص يقول ابن نجيم الحنفي<sup>6</sup>: " إنما المدار على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه، فالمسلم الذي أسره العدو ولا يدري أحي أم ميت يعتبر مفقوداً مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب"<sup>7</sup>.

وبالمقابل فإن الفقيه الحنفي ابن عابدين يعول على الجهل بمكان المفقود، فقد جاء في حاشيته الآتي: " المفقود هو غائب لم يدرَ موضعه معناه لم تدرَ حياته ولا موته"<sup>8</sup>. ويضيف: " هو غائب لا يُدرى مكانه ولا حياته ولا موته، فهذا صريح في اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه"<sup>9</sup>.

(<sup>1</sup>) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، الطبعة (3)، دار الفكر، بيروت 1414هـ - 1994، ج 3/337

(<sup>2</sup>) ابن نجيم، زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت (بدون تاريخ)، ج 5/176.

(<sup>3</sup>) سورة النمل، الآية 20.

(<sup>4</sup>) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، فتح القدير، دار الفكر، بيروت (بدون تاريخ). ج 6/ص 141.

(<sup>5</sup>) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، الطبعة (2)، دار الكتاب العربي، بيروت 1402هـ - 1982، ج 6/ص 196.

(<sup>6</sup>) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 5/176.

(<sup>7</sup>) وفي الوقت الحاضر أصبح بالإمكان معرفة حياة الأسرى أو وفاتهم وخاصة في ظل سريان قواعد القانون الدولي الإنساني، إذ نصت المادة (69) من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة الأسرى المؤرخة في 12 آب/ أغسطس سنة 1949م بأن: على الدولة الحاجزة أن تقوم فور وقوع أسرى في قبضتها بإبلاغهم وإبلاغ الدول التي يتبعونها من خلال الدولة الحامية بالتدابير التي تتخذ لتنفيذ أحكام هذا القسم. كما نصت المادة (70) على أنه يسمح لكل أسير حرب بمجرد وقوعه في الأسر... بأن يرسل إلى عائلته وإلى الوكالة المركزية لأسرى الحرب المنصوص عليها في المادة (123) لإبلاغها بوقوعه في الأسر، وترسل هذه البطاقات بأسرع ما يمكن ولا يجوز تأخيرها.

(<sup>8</sup>) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الحنفي، حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على المختار، الطبعة (2)، دار الفكر، بيروت 1412هـ - 1992، ج 4/292.

(<sup>9</sup>) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 4/292.

ولعل ما ذهب إليه الإمام الكاساني بعدم الاعتداد بجهل مكان المفقود هو أقرب إلى الصواب.

وقد وافق المالكية القول الراجح عند الحنفية فعرفوا المفقود على أنه: " من انقطع خبره، ولا يعلم هل هو حي أم ميت".<sup>1</sup> يلاحظ أن المالكية يعولون على عدم معرفة خبر المفقود مما يعني الجهل بحياته أو موته، فالأسير عندهم لا يعد مفقوداً، لأن خبره لم ينقطع على عكس بعض الحنفية الذين اعتبروه مفقوداً، لعدم معرفة حياته أو وفاته مع أنه معلوم المكان.<sup>2</sup>

ويقترب تعريف الشافعية للمفقود من تعريف المالكية، فقد عرف الشافعية المفقود على أنه: " الذي انقطع خبره و جهل حاله في سفر، أو حضر في قتال، أو عند انكسار سفينة أو غيرها وله مال، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره".<sup>3</sup> ويتفق تعريف الحنابلة للمفقود مع تعريف المالكية، والشافعية، فقد عرفه البهوتي الحنبلي على أنه: " من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره".<sup>4</sup>

وقد تأثر أحد أهل العلم المعاصرين بتعريف ابن عابدين الحنفي، وعول على الجهل بمكان المفقود فجاء تعريفه على النحو الآتي: " المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا تعلم حياته ولا موته".<sup>5</sup>

وبالمقابل فهناك من أهل العلم من لا يعول على الجهل بمكان المفقود، فعرف المفقود على أنه: " الغائب الذي انقطع خبره فلم تعرف حياته أو موته، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل إذا كان مجهول الحياة أو الممات، فلو كان معلوم المكان ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود".<sup>6</sup>

ويذهب آخر من أهل العلم في الأردن إلى أبعد من ذلك، إذ يعول على عدم معرفة مكان المفقود وعدم معرفة خبره، فجاء تعريفه للمفقود على أنه: " من انقطعت أخباره، ولا يعرف مكانه، ولا تعلم حياته ولا موته".<sup>7</sup> ويظهر من هذا التعريف أنه مأخوذ من قول ابن عابدين الحنفي فيما يتعلق بعدم معرفة المكان، ومن قول المالكية والشافعية والحنابلة فيما يتعلق بعدم معرفة أو انقطاع خبر المفقود.

وقد تبنى المقنن الأردني تعريف الكمال بن الهمام الحنفي للمفقود وحصره بعدم معرفة حياته ولا وفاته، فقد جاء تعريف المفقود في المادة (246) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15/ لسنة 2019، على أنه: " الشخص الذي

(<sup>1</sup>) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت (بدون تاريخ)، ج2/ ص 52.  
(<sup>2</sup>) انظر: الدسوقي، محمد بن أحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (بدون تاريخ)، ج2/ ص 479، وانظر أيضاً: الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السلك إلى أقرب المسالك، دار المعارف، (بدون تاريخ)، ج2/ ص 693.

(<sup>3</sup>) الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4/ ص 28.

(<sup>4</sup>) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العربية، بيروت (بدون تاريخ)، ج4/ ص 464.

(<sup>5</sup>) الغندور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت 1985، ص 643.

(<sup>6</sup>) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1985، ج8/ ص 419.

(<sup>7</sup>) ربابعة، عبدالله محمد، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد (12)، العدد(1)، شعبان 1436هـ/ يونيو 2015، ص 300.

لا تعرف حياته أو مماته وصدر حكم بذلك<sup>1</sup>.

وأبرز ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف الآتي:

**أولاً:** استهل المقنن الأردني تعريف المفقود، بلفظ (الشخص)، ويفضّل أن يستهله بلفظ (الغائب)، حتى يتواءم مع المادة (1/32) من القانون المدني الأردني رقم 43/ لسنة 1976، إذ جاء فيها: " من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناء على طلب كل ذي شأن"<sup>2</sup>.

**ثانياً:** حصر المقنن الأردني المفقود في عدم العلم بحياته من وفاته، وأرى أن يتسع بحيث يشمل أيضاً عدم معرفة خبره. ومن قوانين الأحوال الشخصية التي توسعت في تعريف المفقود بحيث شملت عدم معرفة خبر المفقود، قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 80/ لسنة 1980، فقد نصت المادة (86) على أن: " المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته ". **ثالثاً:** أضاف المقنن عبارة (وصدر حكم بذلك)، ولعلّ دلالة هذه العبارة، أن القاضي لا يحكم بكون الشخص مفقوداً إلا بناء على طلب كل ذي شأن<sup>3</sup>. وعلى القاضي عندما يحكم باعتبار الشخص مفقوداً، أن يحصر أمواله وأن يعيّن وكيلاً من الأقارب لإدارة هذه الأموال. ومن القوانين العربية التي نصت على أن الشخص لا يكون مفقوداً إلا بحكم، قانون الأسرة الجزائري<sup>4</sup>. فقد نصت المادة (110) على أن: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم ".  
ولعل التعريف الأنسب للمفقود هو على النحو الآتي: " المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره، ولا تعرف حياته أو مماته ".

وبعد أن فرغنا من تعريف المفقود، وبيننا أن المفقود هو الغائب، فإن السؤال الذي قد

يتبادر إلى الذهن وهو ما الفرق بين المفقود والغائب؟

عرفت المادة (125) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2019 الغائب على أنه: " الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته، وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره وصدر حكم بذلك"<sup>5</sup>.

من هذا التعريف يبدو أن الفرق بين المفقود والغائب يكمن في أن المفقود هو من لا تعرف حياته أو مماته، في حين أن الغائب هو من لا يعرف موطنه أو محل إقامته. ولكن إذا ما تأملنا في هذا التعريف لوجدنا أنه يتعارض مع ما قرره

(<sup>1</sup>) وقد كان التعريف في القانون رقم 36/ لسنة 2010 على النحو الآتي: المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته.

(<sup>2</sup>) ومن القوانين العربية التي استخدمت لفظ (الغائب) عند تعريفها المفقود نذكر قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20/ لسنة 1992 وتعديلاته في المادة (2/113)، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/ لسنة 2005 في المادة (2/233)، وقانون الأسرة القطري رقم 22/ لسنة 2006 في المادة (291).

(<sup>3</sup>) وقد نصت المادة (1/32) من القانون المدني الأردني على أنه: " من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناء على طلب كل ذي شأن".

(<sup>4</sup>) القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

(<sup>5</sup>) ونفس النص نلاحظه في المادة (1/113) من قانون الأحوال الشخصية اليمني والمادة (1/233) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والمادة (1/190) من قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32/ لسنة 1997.

بعض الفقهاء، ويمكن الاستدلال بما يلي:

1- أورد ابن عبد البر في كتابه الكافي: " ومن غاب عن امرأته فعلم موضعه كتب السلطان إليه إذا شكت ذلك إليه زوجته وأمره أن يَقدم إليها أو يرسلها إليه أو يطلق، كما فعل عمر بن عبد العزيز للذين غابوا بخراسان وتركوا نساءهم"<sup>1</sup>.

2- جاء في حاشية الدسوقي: "... والمفقود لا يسمى غائبا في اصطلاحهم، لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه"<sup>2</sup>.

3- ورد في كشف القناع للبهوتي ما يلي: " وإن كانت غيبته غير منقطعة بأن كانت بحيث يعرف خبره ويأتي كتابه، فليس لامرأته أن تتزوج إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها الفسخ بإذن الحاكم"<sup>3</sup>.  
يتبين من أقوال ما سبق من الفقهاء أن الغائب معلوم المكان ويأتي كتابه غالباً<sup>4</sup> والمفقود غير معلوم المكان ولا يأتي كتابه.

4- إذا كان الغائب معلوم المكان، ويأتي كتابه، فيجب أن يكون هذا المكان خارج الوطن لا داخله. وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم 25/ لعام 1929 على ذلك في معرض تفسيرها للمادة (12) إذ جاء فيها: " والمراد بغيبه الزوج هنا غيبته عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير البلد الذي تعيش فيه"<sup>5</sup>. كما أشار أحد أهل العلم على أن: " الغائب هو من ترك وطنه راضياً أو مرغماً..."<sup>6</sup>. كما عرفت المادة (85) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78/ لسنة 1980 الغائب بأنه: " الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره".

فإذا كان مكان الزوج داخل الوطن، فلا ينطبق عليه وصف الغائب، وإنما وصف الهجر. ففي الهجر يترك الزوج بيت الزوجية لسبب معين، ويقوم في مكان آخر في نفس البلد، ويكون معروفاً عادة للزوجة ولأقارب.

وبناء على ما تم ذكره يمكن القول إن تعريف الغائب الوارد في قانون الأحوال الشخصية الأردني الحالي يحتاج إلى تعديل بحيث يتوافق مع ما قرره الفقه الراجح في المذاهب الإسلامية، ولعل التعريف المناسب له هو الآتي: " الغائب هو الشخص الذي غاب عن بلده لمدة تزيد على السنة، ويعرف خبره، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه، وصدر حكم بذلك".

(<sup>1</sup>) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، الطبعة (2)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية 1400هـ/1980م، ج2/ ص 569.

(<sup>2</sup>) حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة الدسوقي، ج3/ ص 302.

(<sup>3</sup>) البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ج5/ ص 423.

(<sup>4</sup>) وقد أكد قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن الغائب معلوم المكان في المادتين (119، 120)، فقد نصت المادة (119) على أنه: " إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم محل الإقامة..."، كما نصت المادة (120) على أنه: " إذا أمكن وصول رسائل الغائب ضرب له القاضي وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها...".

(<sup>5</sup>) انظر: الموقع الإلكتروني محامي مصر: <https://lawyeregypt.net>، تاريخ الدخول 2021/ 1/28.

(<sup>6</sup>) حسن، علي سيد، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م، ص 17.

## المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بالمفقود

بما أن المفقود لا تعرف حياته ولا وفاته، فقد اعتبره بعض الفقهاء<sup>1</sup> حياً في بعض الأحكام، وميتاً في بعضها الآخر، وستولى عرض هذه الأحكام في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: حكم اعتبار المفقود حياً

يعتبر المفقود حياً في حق نفسه حتى لا يُسَمَّ ماله بين ورثته<sup>2</sup>، وحتى لا تتزوج زوجته، ويمكن بيان ذلك في البندين الآتيين:

### البند الأول: حكم التصرف في أموال المفقود

لا خلاف بين الفقهاء على أن أموال المفقود تبقى في ملكه ولا تنتقل إلى ورثته حتى تقوم البينة على موته حقيقة أو حكماً، وفي هذا قال الحنفية: "وإذا فقد الرجل فارتفع ورثته إلى القاضي وأقروا أنه فقد وسألوا قسمة ماله، فإنه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته"<sup>3</sup>.

وقال الإمام مالك - رحمه الله - في المدونة: "وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوقفه، إن كان بيد وارث أو غيره"<sup>4</sup>.

وقال الإمام الشربيني الشافعي: "ومن أسر أو فقد وانقطع خبره ترك ماله حتى تقوم بينة بموته أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فيجتهد القاضي ويحكم بموته ثم يُعطي ماله من يرثه وقت الحكم"<sup>5</sup>.

وقال ابن قدامة الحنبلي: " لا يُسَمَّ ماله حتى تعلم وفاته، أو تمضي مدة لا يعيش في مثلها، لأن الأصل البقاء فلا يزول عنه بالشك"<sup>6</sup>.

ولم تنص قوانين الأحوال الشخصية العربية على عدم جواز التصرف في مال المفقود الذي لم يصدر حكم بموته، عدا مدونة الأسرة المغربية الصادرة سنة 2004، فقد نصت المادة (326) على أن: "المفقود مستصحب الحياة لماله فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بموته".

أما بالنسبة لإدارة أموال المفقود، فإذا كان له وكيل فيبقى في إدارة أعماله وتولي شؤونه ويقوم بالمحافظة على أموال موكله الغائب حتى تظهر حياته أو يحكم القاضي بموته. وإذا لم يكن للمفقود وكيلاً، يعين له القاضي وكيلاً لإدارة أمواله.

(<sup>1</sup>) انظر على سبيل المثال الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ص 196.

(<sup>2</sup>) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت 1414 هـ - 1993، ج11/ص 37.

(<sup>3</sup>) السرخسي، المبسوط، ج11/ص 38.

(<sup>4</sup>) مالك، بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ، ج5/ص 455، الخطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ج4/ص 156.

(<sup>5</sup>) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة (1)، دار الكتب العلمية، 1415 هـ - 1994، ج4/ص 48.

(<sup>6</sup>) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة 1388 هـ - 1968، ج8/ص 138، ابن مفلح، برهان الدين أبي اسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997، ج5/ص 398.

وبموجب المادة (247/أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به فإنه: "يَعَيِّن القاضي بناء على الطلب قِيماً لإدارة أموال الغائب والمفقود"، ووفقاً للمادة (247/ب) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2019 فإنه: "تحصى أموال الغائب أو المفقود عند تعيين قيم وتدار بالطريقة التي تدار بها أموال القاصر".

وقد نصت العديد من قوانين الدول العربية على وجوب أن يكون للغائب أو المفقود وكيل لإدارة أمواله<sup>1</sup>، وعلى ضرورة حصر هذه الأموال. فقد نصت المادة (74) من قانون الولاية على المال المصري رقم 119/ لسنة 1952 على أن: "تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كان قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه: (أولاً) إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته...". كما نصت المادة (75) على أنه: "إذا ترك الغائب وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره"<sup>2</sup>.

### البند الثاني: حكم زوجة المفقود

لا خلاف بين الفقهاء في أن زوجة المفقود تبقى في عصمته حتى ينتهي الفقدان وتبين حياته أو يحكم القاضي بموته<sup>3</sup>، ولا يحق لها أن تتزوج غيره أو أن تطلب من القاضي الفسخ من زوجها إن تضررت من فقده<sup>4</sup>.

وبناء على ذلك قال الحنفية: "لا تتزوج امرأة المفقود<sup>5</sup>، لقول سيدنا علي رضي الله عنه في امرأة المفقود: "هي امرأته ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"<sup>6</sup>. ومنها أن ينفق القاضي على زوجة المفقود من ماله إن كان عالماً بالزوجية، لأن الإنفاق عليها إحياء لها، فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفاظ بنفسه"<sup>7</sup>.

وقال الإمام مالك في المدونة: "وينفق على امرأة المفقود من ماله في الأربع سنين أما في الأربعة أشهر وعشر،

(<sup>1</sup>) تختلف تسميات من يقوم بإدارة أموال المفقود في قوانين الدول العربية، فقانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأسرة الجزائري يطلق عليه (قيماً)، وقانون الأحوال الشخصية اليمني يطلق عليه (مقماً)، ويطلق عليه قانون الولاية على المال المصري، وقانون الأحوال الشخصية العماني (وكيلاً).

(<sup>2</sup>) ونفس النص نلاحظه في المادتين (114، 115) من قانون الأحوال الشخصية اليمني، والمادتين (234، 235) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/ لسنة 2005، والمادتين (191، 192) من قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32/ لسنة 1997، والمادة (11) من قانون الأسرة الجزائري.

(<sup>3</sup>) وقد نصت المادة (248) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه ينتهي الفقدان: (أ) إذا تحققت حياة المفقود أو وفاته. (ب) إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً.

(<sup>4</sup>) وقد نصت المادة (143) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن "لزوجة المفقود أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما لتضررها من بعده عنها ولو ترك لها مالاً تتفق على نفسها منه...". ومن التشريعات العربية التي أعطت الزوجة حق طلب التفريق لفقد الزوج قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، فقد نصت المادة (130) على أن: "لزوجة المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة على تاريخ رفع الدعوى". كما نصت المادة (144) من قانون الأسرة القطري رقم 22/ لسنة 2006 على أنه: "للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود... لمدة لا تقل عن سنة، ويفرق القاضي بينهما دون تأجيل ولو كان له مال".

(<sup>5</sup>) السرخسي، المبسوط، ج11/ ص 34.

(<sup>6</sup>) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي موسى الخراساني، السنن الكبرى، الطبعة (3)، دار الكتب العلمية، بيروت 1424هـ - 2003، ج6/ ص 158، عبدالرزاق، أبو بكر عبدالرزاق بن همام بن نافع اليماني الصنعاني، المصنف، الطبعة (2)، المكتب الإسلامي، بيروت 1403هـ، ج7/ ص 90.

(<sup>7</sup>) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص 196.

بعد الأربع سنين فلا ينفق عليها لأنها معتدة"<sup>1</sup>.

وعن الإمام الشافعي رحمه الله قولان بشأن المفقود الذي انقطع خبره، الجديد الأظهر: أنه لا يجوز لها أن تتكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه، ثم تعدد، وحجتهم في ذلك أن أم ولده لا تعتق، ولا يقسم ماله، والأصل الحياة والنكاح<sup>2</sup>، ولقول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود أنها لا تتزوج<sup>3</sup>. وفي القديم: أنها تتربص أربع سنين ثم تعدد عدة الوفاة، ثم تتكح<sup>4</sup>. أما الحنابلة فقالوا: "ولا تتزوج امرأته حتى يعلم وفاته أو تمضي مدة لا يعيش في مثلها، فيجتهد الحاكم"<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: حكم اعتبار المفقود ميتاً

يعتبر المفقود ميتاً في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه<sup>6</sup>، وهذه الأحكام نبيها في البندين الآتيين:

#### البند الأول: حكم استحقاق المفقود للميراث من غيره

فالمفقود لا يرث من غيره، حيث لم يتحقق فيه شرط الإرث وهو حياة الوارث، ولكن للاحتياط يوقف نصيبه في الإرث إلى أن تظهر حياته. فإن ظهر حياً أخذ نصيبه من تركة مورثه، وإن حكم بوفاته فالموقوف له من الإرث يكون لورثة المورث، وهذا قول جمهور الفقهاء.

وفي هذا الخصوص يقول الحنفية: "لا يعطى (للمفقود) ميراث أحد من قرابته إذا مات قبل أن يتبين حاله، ولكن يوقف نصيب المفقود كما يوقف نصيب الحمل"<sup>7</sup>.

وعند الإمام مالك أنه يوقف نصيب المفقود في الإرث، فقد جاء في المدونة قوله: "إذا مات ابن المفقود يوقف نصيب المفقود، فإن أتى كان أحق به، وإن بلغ من السنين ما لا يحيا مثلها ردّ إلى الذين ورثوا ابنه الميت يوم مات"<sup>8</sup>.

وقال الشافعية: وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره"<sup>9</sup>.

وقال الحنابلة: "وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه، وما يشك في مستحقه، وقسم باقيه إن بان حياً أخذه وردّ الفضل إلى أهله، وإن علم أنه مات بعد موت مورثه، دفع نصيبه من ماله إلى ورثته"<sup>10</sup>.

(1) المدونة الكبرى للإمام مالك، ج 2/ ص 31.

(2) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة (3)، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان 1412هـ / 1991، ج 8/ ص 400.

(3) انظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير، الطبعة (1)، دار الكتب العلمية، بيروت 1419هـ / 1999، ج 11/ 316.

(4) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج 6/ ص 400.

(5) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج 5/ 398.

(6) السرخسي، المبسوط، ج 11/ ص 34.

(7) السرخسي، المبسوط، ج 30/ ص 54.

(8) مالك، المدونة، ج 2/ ص 32 - 33.

(9) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2/ ص 409.

(10) ابن قدامة، المغني، ج 6/ ص 389.

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني على مسألة وقف نصيب المفقود إلى أن تظهر حياته أو الحكم بموته، لذلك بمقتضى المادة (225) من قانون الأحوال الشخصية الأردني فإنه يرجع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإن لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون.

ومن القوانين التي نصت على ذلك قانون الميراث المصري رقم 77/ لسنة 1943، إذ جاء في المادة (45) على أنه: " يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته، أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة ".<sup>1</sup>

ونفس النص تقريباً نلاحظه في المادة (302) من قانون الأحوال الشخصية السوري، إذ جاء فيها:

1- يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه.

2- إن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة<sup>1</sup>.

**البند الثاني: حكم الوصية للمفقود**

ما تمت الإشارة إليه آنفاً في الخلاف بين الحنفية والجمهور ينطبق على الوصية كذلك. فلو أوصى للمفقود ومات الموصي لا يستحق المفقود الوصية لعدم تحقق حياة الموصى له وقت وفاة الموصي، ولكن للاحتياط يوقف نصيبه فيما أوصى به له إلى أن تظهر حياته أو يحكم القاضي بوفاته. فإن ظهر حياً أخذ نصيبه مما أوصى به له، وإن حكم القاضي بوفاته، فالموقوف له من الوصية يكون لورثة المورث أو الموصي<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وأثر وسائل الاتصال عليها

لم يرد نص في القرآن الكريم، ولا في السنة النبوية يحدد المدة التي بمرورها يحكم القاضي بموت المفقود، لذلك فقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة. في هذا المبحث سنقوم ببيان آراء الفقهاء في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، في مطلب أول، ثم سنقوم ببيان موقف المشرع الأردني في مطلب ثان، ثم سنقوم ببيان أثر وسائل الاتصال على المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في مطلب ثالث.

(<sup>1</sup>) وانظر كذلك: المادة (332) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمادة (353) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادة (331) من قانون الأحوال الشخصية اليمني بموجب التعديل بالقانون رقم 27/ لسنة 1998، والمادة (292) من قانون الأسرة القطري، والفصل (151) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالأمر المؤرخ في 13/ أغسطس 1965 وتعديلاته.

(<sup>2</sup>) ابن نجيم، البحر الرائق، ج5/ ص 178.

## المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود عند الفقهاء

اختلفت آراء الفقهاء في تحديد المدة التي يحكم بعدها الفاضلي بموت المفقود، ويمكن بيان آرائهم على النحو

الآتي:

### أولاً: الحنفية

ذهب الحنفية إلى القول بأنه لا يحكم بموت المفقود إلا إذا مات أقرانه. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته<sup>1</sup>، وقدره أبو يوسف بمائة سنة<sup>2</sup>، لأن الظاهر أن أحداً في زماننا لا يعيش أكثر من مائة سنة<sup>3</sup>. وقدره بعضهم بتسعين<sup>4</sup>، واختار المتأخرون ستين سنة، بناء على الغالب<sup>5</sup>، واختار الكمال بن الهمام سبعين سنة<sup>6</sup>، لقوله عليه الصلاة والسلام: "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين..."<sup>7</sup>.

وإذا حكم بموته اعتدت زوجته عدة الوفاة، وبعد انتهاء العدة يجوز لها أن تتزوج. أما بالنسبة لماله فإنه يصير ميراثاً لورثته الأحياء وقت الحكم بموته إذا كان الحكم مبنياً على غلبة الظن بمضي مدة التعمير، ولا يرثه من مات قبل الحكم. ويلاحظ أن فقهاء الحنفية لا يفرقون بين الفقد في ظروف السلامة أو ظروف الهلاك.

### ثانياً: المالكية

يُميّز المالكية بين المفقود في بلاد الإسلام والمفقود في بلاد الشرك من ناحية، وبين المفقود في قتال بين أهل دار الإسلام والمفقود في قتال بين المسلمين والكفار.

### 1- المفقود في بلاد الإسلام

بالنسبة للمفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوفاء، فلزوجته أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي الذي يقوم بالبحث والتحري عن زوجها المفقود، فإذا عجز عن الحصول على خبر عن الزوج المفقود ضرب له أجلاً مقداره أربع سنين، ثم بعد الأجل، والعجز عن خبره، تعتد زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً<sup>8</sup>. فقد روى مالك عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل

(<sup>1</sup>) وذكر محمد أنه فقد رجل بصفين أو بالجمال ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة - عليه الرحمة - فقسم بينهم، وقيل: كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاة أبي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين. انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ج/6 ص 197.

(<sup>2</sup>) ابن نجيم، البحر الرائق، ج/5 ص 178.

(<sup>3</sup>) السرخسي، المبسوط، ج/11 ص 35-36.

(<sup>4</sup>) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدى، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ)، ج/2 ص 424.

(<sup>5</sup>) ابن نجيم، البحر الرائق، ج/5 ص 178.

(<sup>6</sup>) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج/6 ص 149.

(<sup>7</sup>) هذا حديث حسن غريب من حديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم. انظر: الترمذي، محمد بن عيسى السلمي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ)، ج/5 ص 553، وانظر كذلك: ابن ماجه، محمد بن يزيد بن عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت (بدون تاريخ)، ج/2 ص 1415.

(<sup>8</sup>) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج/2 ص 479 وما بعدها.

## للأزواج<sup>1</sup>.

وأما إذا فقد الزوج في بلاد الإسلام في زمن الوباء كالتطاعون مثلاً، فللزوجة أن تعتد عدة الوفاة بعد زوال الوباء لغلبة الظن بموته، لقول مالك في ناس أصابهم بطريق جهم سعال يموت الرجل ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة، وأما أمواله فإنها تصير ميراثاً لورثته الأحياء<sup>2</sup>.

### 2- المفقود في بلاد الشرك

إذا فقد الزوج في بلاد الشرك - أي غير بلاد الإسلام - وكذلك الأسير المسلم عند الكفار، فإن زوجة هذا المفقود أو الأسير على نكاحه إلى مدة التعمير التي يظن بقاؤه فيها، ومدة التعمير سبعون سنة من يوم ولد، وقال بعضهم ثمانون، وقال بعضهم خمس وسبعون<sup>3</sup>.

### 3- المفقود في قتال بين أهل الإسلام

إذا فقد الزوج بسبب قتال بين أهل الإسلام اشترك فيه الزوج المفقود، فإن زوجته تعتد عدة الوفاة بعد انفصال المتقاتلين بعضهم عن بعض، لأنه الأحوط إذ يحتمل موته آخر القتال، هذا إذا شهد الشهود العدول أنهم رأوا المفقود قد حضر صف القتال. أما إذا شهدوا بأنه خرج مع الجيش فقط ولم يشاهدوه يقاتل أو لم يشاهدوه قد حضر صف القتال، فإن زوجته تعتبر كزوجة المفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء<sup>4</sup>.

### 4- المفقود في قتال بين المسلمين والكفار

إذا فقد الزوج في قتال بين المسلمين والكفار، فإن زوجته تعتد عدة الوفاة بعد سنة من نظر الحاكم في أمر فقده والتفتيش عنه وورث ماله حينئذ<sup>5</sup>.

ويظهر مما تقدم أن المفقود بحسب المذهب المالكي لا يحتاج للحكم بموته في الأقسام كلها التي ورد ذكرها، ولا تحتاج زوجة المفقود لإذن القاضي في العدة.

## ثالثاً: الشافعية

ذهب الإمام الشافعي في مذهبه القديم إلى أن امرأة المفقود الذي لا يسمع له خبر والأغلب أنه قد مات تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ثم تنكح غيره<sup>6</sup>. وسند الإمام الشافعي، حديث عمر بن الخطاب رضي الله

(<sup>1</sup>) الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الطبعة (1)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة 1424 هـ - 2003، ج3 / 301.

(<sup>2</sup>) الخطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص 155، المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، الطبعة (1)، دار الكتب العلمية، 1416 هـ- 1994، ج5/ ص 503.

(<sup>3</sup>) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/ ص 482.

(<sup>4</sup>) أي يضرب له أجل قدره أربع سنين ثم تعتد زوجته عدة الوفاة. انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/ ص 482 وما بعدها.

(<sup>5</sup>) الدردير، الشرح الكبير، ج2/ ص 483.

(<sup>6</sup>) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، الأم، (بدون طبعة)، دار المعرفة، بيروت 1401 هـ - 1990، ج7 / ص 250، الماوردي، الحاوي، ج11 / 316.

عنه حيث قال: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعدت أربعة أشهر وعشراً"<sup>1</sup>.

أما في مذهب الإمام الشافعي الجديد فليس للمرأة نكاح غيره حتى يتيقن موته أو يثبت أو يتيقن طلاقه، لما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: " امرأة المفقود أبليت فلتصبر، ولا تنكح حتى يأتيها موته"<sup>2</sup>.

#### رابعاً: الحنابلة

يفرق المذهب الحنبلي بين حالتين من الفقدان الأولى: الفقدان في حالة ظاهرها السلامة، والثانية: الفقدان في حالة ظاهرها الهلاك، ولكل حالة حكمها:

فإذا فقد الزوج في حالة ظاهرها السلامة كسفر التجارة وطلب العلم والسياحة، انتظر به تنمة تسعين سنة من يوم ولد، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر، فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره، فإذا اقترن به انقطاع خبره، وجب الحكم بموته ثم تعدت زوجته عدة الوفاة ثم تحل بعد ذلك للأزواج وقسم ماله بين ورثته<sup>3</sup>.

وإذا فقد الزوج في حالة ظاهرها الهلاك، فإن زوجته تنتظر أربع سنين، ثم تعدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل بعد ذلك للأزواج، وقسم ماله بين ورثته<sup>4</sup> وحجتهم في ذلك قول عمر رضي الله عنه: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعدت أربعة أشهر وعشراً".

#### المطلب الثاني: موقف المقتن الأردني من الحكم بموت المفقود

يفرق المقتن بين حالتين من الفقد، الأولى: الفقد في حالة يغلب على الظن موت المفقود، الحالة الثانية: الفقد في حالة لا يغلب على الظن موته.

ففيما يتعلق بالحالة الأولى، نصت المادة (249) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنه: "يحكم بموت المفقود إذا كان فقده في جهة معلومة، ويغلب على الظن موته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده، أما إذا كان فقده إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحوادث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده".

وفيما يتعلق بالحالة الثانية، نصت المادة (250) بأنه: "إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته، ولا بد من التحري عنه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً".

عند النظر في هذين النصين تبرز لنا بعض الملاحظات وهي:

أولاً: يفرق المقتن الأردني بين حالتين عند الحكم بموت المفقود، الأولى: الفقد في جهة معلومة يغلب على الظن موته، والثانية: الفقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن موت المفقود.

(1) سبق تخريجه.

(2) سبق تخريجه.

(3) ابن قدامة، المغني، ج8/ ص 106، البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص 267.

(4) ابن قدامة، المغني، ج8/ ص 106، البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص 267.

فالمقنن فيما يظهر عوّل على جهة فقدان، ففي الظروف التي يغلب فيها الهلاك اشترط أن تكون الجهة معلومة، وفي الظروف التي لا يغلب فيها الهلاك اشترط أن تكون الجهة غير معلومة، والسؤال الذي يطرح هو السؤال الآتي: ما الحكم إذا كان الفقد في جهة غير معلومة يغلب على الظن موت المفقود، وما الحكم إذا كان الفقد في جهة معلومة لا يغلب على الظن بموت المفقود، أي ظاهرها السلامة كالسفر لتجارة أو سياحة أو لطلب العلم؟

إن أغلب الفقهاء الذين اجتهدوا في الحكم بموت المفقود، لم يعولوا كثيراً على جهة غياب المفقود بقدر ما كانوا يعولون على عدم معرفة خبره، والجهل بحياته<sup>1</sup>.

كما إن قانون حقوق العائلة العثماني<sup>2</sup> لم ينص على هذه التفرقة، فقد نصت المادة (119) من قانون حقوق العائلة العثماني على أنه: " يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده. وإذا كان الزوج غائبا في دار الحرب يفرق القاضي بينهما بعد مرور سنة اعتباراً من رجوع الفريقين المتحاربين وأسراهم إلى بلادهم.."<sup>3</sup>.

وعند النظر في قوانين الدول العربية التي تناولت أحكام المفقود نجد أنها لم تعول على هذه التفرقة. فعلى سبيل المثال نصت المادة (1/21) من القانون المصري بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه: "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الظن الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده"<sup>4</sup>. وبناء على ذلك نرى أنه لا داع للتعويل على هذه التفرقة.

ثانياً: فيما يتعلق بالعبارة الأولى من المادة (249) الخاصة بحالة الحكم بموت المفقود بعد أربع سنوات في الظروف التي يغلب على الظن فيها الهلاك، نلاحظ أن المقنن الأردني تبني المذهب الحنبلي، وفي العبارة الثانية من المادة ذاتها، الخاصة بالحكم بموت المفقود بعد سنة من فقده، نلاحظ أن المشرع تبني المذهب المالكي.

يبدو أن المقنن أراد أن يعطي حكماً عاماً عند الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات في الظروف التي يغلب فيها هلاكه، وحكماً خاصاً عند الحكم بموت المفقود بعد مرور سنة في الحالات التي يغلب فيها هلاكه، وهي الكوارث، كزلازل، أو غارة جوية، أو حالات اضطراب الأمن، وحوادث الفوضى.

ولكن عند التأمل في صياغة هذه المادة يلاحظ أن هذه التفرقة غير موجودة، فالحالات الخاصة التي قررها المقنن التي يحكم بعدها القاضي بموت المفقود بمضي سنة من فقده، تنطبق على الحكم العام الذي يقرر بموت المفقود بعد أربع سنوات.

إن الحالات الخاصة التي أوردها المقنن، ليست مذكورة على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، مما يتسع المجال لذكر حالات أخرى لم يشملها النص، وبالتالي ينعدم الحكم العام الذي يقرر حالات الحكم بموت المفقود بعد أربع سنوات.

(<sup>1</sup>) انظر بدائع الصنائع، ج/6 ص 196، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج/2 ص 52، الماوردي، الحاوي، ج/11 ص 316، البهوتي، كشف القناع، ج/4 ص 464.

(<sup>2</sup>) قانون حقوق العائلة العثماني الصادر في 1917/10/25.

(<sup>3</sup>) كما لم ينص على هذه التفرقة قانون حقوق العائلة الأردني رقم 92 لسنة 1951 في المادة (125).

(<sup>4</sup>) ونفس النص تقريباً نلاحظه في المادة (146) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمادة (3/237) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادة (113) من قانون الأسرة الجزائري.

ومقارنة بالقانون المصري رقم 25/ لسنة 1929، الخاص بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، نلاحظ أنه أعطى في المادة (21) بفقرتها الأولى حكماً عاماً بموت المفقود بعد أربع سنوات، حيث جاء فيها: "يحكم بموت المفقود الذي يغلب على هلاكه بعد أربع سنوات من تاريخ فقده".

كما أعطى في الفقرة الثانية من المادة (21) حكماً خاصاً بموت المفقود بعد سنة، إذ نصت هذه الفقرة: "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقده في حالة ما ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة، وفقد أثناء العمليات الحربية".

هذا الحكم الخاص لم نجده في قانون الأحوال الشخصية الأردني الحالي. لذلك نرى أن صياغة المادة (249) من قانون الأحوال الشخصية الأردني تحتاج إلى تعديل.

**ثالثاً:** قرر المقنن الأردني في المادة (249) من قانون الأحوال الشخصية الأردني أنه يحكم بموت المفقود بعد أربع سنين إذا كان فقده في ظروف تهدد بهلاكه. ويلاحظ أن تقرير هذه المدة مسألة اجتهادية قررها الحنابلة في زمانهم، حيث كانت وسائل النقل والمواصلات بدائية تعتمد على الإبل والخيول والبغال، إذ لم توجد في ذلك الوقت وسائل مواصلات واتصالات حديثة. أما في وقتنا الحاضر فقد أصبح الوضع مختلفاً، إذ توجد هذه الوسائل الحديثة. فكان حرياً بالمقنن الأردني أن يراعي التطور الهائل في وسائل النقل والاتصالات، وتقنية المعلومات التي جعلت العالم قرية صغيرة تجعل من السهل معرفة أخبار المفقود والوقوف على حاله إن كان حياً أم ميتاً، بمدى قياسية أقل من المدة التي قررها المقنن في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

وتلعب سفارات الدول وقنصلياتها المنتشرة في دول العالم دوراً مهماً في الوقوف على معرفة مواطنيها الذين غادروا بلدانهم لطلب العلم أو لغرض التجارة أو السياحة أو العلاج وما شابه ذلك<sup>1</sup>. وبناء على ذلك نرى أن الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات تعد مدة طويلة، وغير مناسبة في وقتنا الراهن لأنها تلحق أضراراً بالزوجة ولكل من له مصلحة.

ولعل ما ذهب إليه المقنن المصري من إجراء تعديل على القانون رقم 25/ لسنة 1929 المتعلقة بموت المفقود هو جدير بالاعتبار. فقد عمل المقنن على تقصير المدة اللازمة لاعتبار المفقود ميتاً. فقد جاء في المادة (2/21) بعد تعديلها بالقانون رقم 140/ لسنة 2017 الآتي: "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي ثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ فقده في حالة ما ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية".

يتبين من هذا النص أن الاستثناء من القاعدة العامة للقانون المصري بعد تعديل المادة (2/21) هو تخفيض المدة إلى ثلاثين يوماً في حالتي الفقد إثر غرق سفينة أو سقوط طائرة، أو بعد سنة إذا فقد أحد أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية، أو أحد من أعضاء هيئة الشرطة، وفقد أثناء العمليات الأمنية. وهذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر لا على سبيل المثال.

(<sup>1</sup>) حلو، يوسف عطا محمد، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 1424هـ - 2003، ص 41.

رابعاً: فيما يتعلق بالمادة (250) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2019 الخاصة بالحكم بموت المفقود في الظروف التي لا يغلب على الظن هلاكه، فيلاحظ أن المقنن فوّض أمر تقدير المدة إلى القاضي على أن لا تقل عن أربع سنوات<sup>1</sup>. وقد أوضحنا أن هذه المدة طويلة، ونرى إنقاصها إلى سنة، نظراً للدور الذي تلعبه وسائل الاتصالات الحديثة في معرفة حال المفقود.

### المطلب الثالث: أثر وسائل الاتصال في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

نصت الجملة الأخيرة من المادة (250) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "... ولا بد من التحري عن (المفقود) بالوسائل التي يراها القاضي مناسبة للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً"<sup>2</sup>.

لم يبين المقنن الأردني ما هي الوسائل الممكنة للوصول إلى معرفة حال المفقود، وإنما أعطى القاضي صلاحيات البحث والتحري عن المفقود بالوسائل التي يراها مناسبة لمعرفة إن كان حياً أم ميتاً. وتختلف هذه الوسائل باختلاف الزمان والمكان. ففي الزمان الذي عاشه الفقهاء رحمهم الله، كان يؤجل المفقود أربع سنين قبل الحكم بموته للبحث عنه في الأماكن التي يظن ذهابه إليها من البلدان، بأن يرسل الحاكم رسولاً يكتب لحاكم تلك الأماكن مشتمل على صفة الرجل وحرفته، ونسبه ليقتش فيها عنه<sup>3</sup>. ولعل التأجيل كل هذه المدة كان بسبب وسائل النقل والمواصلات البدائية في ذلك الزمان. أما بالنسبة للوقت الراهن، فقد اختلفت الظروف وتطورت وسائل النقل والاتصال التي أصبحت سريعة وتحتاج إلى وقت أقل.

والوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي للتحري عن المفقود، قد تختلف بحسب الظروف التي يغلب عليها السلامة أو الهلاك بالنسبة للمفقود، وإجمالاً يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الوسائل الآتية:

- 1- مخاطبة وزارة الخارجية وشؤون المغتربين الأردنية بشأن التحري عن المفقود، إذ تقوم الوزارة بدورها بمخاطبة سفارتها في الدولة التي يحتمل وجود المفقود فيها. وللسفارة في هذه الحالة الاستعانة بالدولة التي توجد بها هذه السفارة للبحث عن المفقود بكافة الوسائل المتاحة لتبلغ بعدها إن كان هذا المفقود حياً أم ميتاً<sup>4</sup>.
- 2- الإعلان عن المفقود في الصحف المحلية، من خلال إنزال اسمه وصورته، وعنوانه، وأرقام التواصل مع أقارب المفقود.
- 3- إذاعة أسماء المفقودين عبر محطات الإذاعة المحلية والعالمية للبحث عن المفقودين، وكذلك عرض صورهم في وسائل الاتصال المرئية (التلفاز) مع أسمائهم وعناوين أقاربهم للتواصل معهم<sup>5</sup>.

(<sup>1</sup>) يفهم ذلك من سياق النص إذ جاء فيه: "... فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت (المفقود) إلى القاضي على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته...".

(<sup>2</sup>) ونفس النص نلاحظه في المادة (146) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والمادة (1/237) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، والمادة (118) من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

(<sup>3</sup>) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2/ ص 479.

(<sup>4</sup>) ولا يمنع ذلك أصحاب المصلحة من الاستعلام عن المفقود عبر وزارة الخارجية والأردنية والسفارات التابعة لها في الخارج، ففي حكم محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم 2218/ لسنة 2020، الصادر بتاريخ 2020/ 8/3، جاء فيه إن المميز وأبناءه قاموا بكل ما يلزم للتحري عن ابنهم من خلال وزارة الخارجية الأردنية ومخاطبة السفارة...

(<sup>5</sup>) ولا يمنع الزوجة وأصحاب المصلحة في مساعدة القاضي في البحث عن المفقود من خلال الاتصال بزعماء المفقود أو أقاربه أو معارفه إن وجدوا في الخارج لمعرفة أحواله، ويمكن كذلك الاستفادة من مواقع التواصل الاجتماعي مثل الفيسبوك (Facebook)، وتويتر (Twitter)، وغير ذلك من المواقع الإلكترونية المتاحة.

4- وفي حالات الحروب والكوارث فيمكن عن طريق الجهات الرسمية المختصة مخاطبة اللجنة الدولية للصليب الأحمر لمساعدة القاضي في البحث عن المفقود بكافة الوسائل المتاحة لديها. وتلعب شبكة الصليب الأحمر والهلال الأحمر للأخبار الأسرية، دوراً مهماً في البحث عن المفقود عبر هذه الشبكة<sup>1</sup>. إذ يمكن عبر هذه الشبكة لضحايا النزاعات الحربية أو الكوارث أن يسجلوا أسماءهم وأماكن وجودهم بهدف تمكين الأقارب من الرجوع إلى الموقع والحصول على المعلومات بشأنهم. كما يمكن للمستفسرين أن يسجلوا اسم المفقود وأسماءهم وعناوينهم بهدف تمكين الشخص المفقود بدوره من مراجعة الموقع<sup>2</sup>.

ومن خلال هذا العرض الموجز نرى أن وسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في الوقت

الراهن، تلعب دوراً لا يستهان به في تقريب المسافات التي كانت في السابق طويلة، واختصار الوقت الذي قد يستغرق أياماً قليلة أو أسابيعاً أو أشهراً معدودة، بالإضافة إلى توفير الجهد في سبيل الكشف عن المفقود، وبناء على نتائج هذه الوسائل يحكم القاضي بموت المفقود، أو ببقائه حياً.

وفي حالة ما عجزت هذه الوسائل في الكشف عن حياة المفقود، حكم القاضي بموته بعد مرور المدة التي حددها القانون.

ويترتب على الحكم بموت المفقود أثران: أحدهما يتعلق بزوجته، والآخر يتعلق بأمواله.

1- ففيما يتعلق بزوجة المفقود، فيترتب على الحكم بموته أن تعتد زوجته عدة الوفاة، وقد نصت المادة (252/أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأن: "الحكم بموت المفقود يترتب عليه ما يلي: تعتد زوجته عدة الوفاة"<sup>3</sup>. وعدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويبدأ احتسابها اعتباراً من تاريخ الحكم بوفاة المفقود. وبعد انتهاء العدة تحل للأزواج.

2- وفيما يتعلق بأموال المفقود، فيترتب على الحكم بموته أن تقسم أمواله بين ورثته حسب الأنصبة الشرعية. وقد نصت الفقرة (ب) من المادة (252) على أن: "الحكم بموت المفقود يترتب عليه ما يلي: تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم".

### المبحث الثالث

#### الآثار المترتبة على ظهور حياة المفقود

إن حكم القاضي بموت المفقود مبني على غلبة الظن بهلاكه، مما يعني أنه قد يكون هذا المفقود حياً، وقد يكون ميتاً فعلاً. وبناء عليه فإذا حصل وتحققت حياة المفقود، فإنه يترتب على ظهور حياته أثران أحدهما: يتعلق بأمواله والآخر يتعلق بزوجته، وسنقوم ببيان ذلك في المطلبين الآتيين:

(<sup>1</sup>) انظر: موقع إعادة الروابط العائلية التابع للجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://familylinks.icrc.org/ar/pages/howwework/missing-persons-and-their-families.aspx>

(<sup>2</sup>) ويمكن للمفقودين أنفسهم إن كانوا على قيد الحياة، الاستعانة بالهاتف النقال (الخلوي) الخاص بالصليب الأحمر أو الهلال الأحمر، للاتصال بأقاربهم، وإبلاغهم بأماكن وجودهم. كما يمكنهم الاستعانة أيضاً بتطبيق الواتس أب (Whatsapp) المتوفر في الهواتف المتقلة لبعث رسالة نصية لأقارب المفقودين وإبلاغهم بمكان تواجدهم. انظر: شويح، مؤمن أحمد ذياب، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة 1427هـ - 2006، ص 77.

(<sup>3</sup>) ونفس النص نلاحظه في المادة (147) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

## المطلب الأول: الأثر المترتب على أموال المفقود

إذا عاد المفقود الذي حكم القاضي بموته، وكان له مال تمت قسمته على ورثته، فهل يضمنه هؤلاء الورثة، أو يعود على الورثة بما هو موجود دون ما استهلك؟ إزاء هذه المسألة اختلف الفقهاء على قولين:

### القول الأول:

إنه إذا قدم المفقود بعد قسمة أمواله على ورثته يأخذ الموجود منه في أيديهم، ولا يرجع على الورثة فيما أنفقوه أو استهلكوه، ولا يسترد قيمته ولا مثله، لأنه لا ضمان عليهم، إذ إنهم تصرفوا فيه على أساس أنه في ملكهم بحكم قضائي صحيح. وهذا القول للحنفية والحنابلة<sup>1</sup>.

وفي هذا يقول الفقيه الحنفي ابن عابدين: " لو عاد المفقود حياً بعد الحكم بموت أقرانه فالظاهر أنه كالميت إذا أحيى، والمرتب إذا أسلم، فالباقي في يد ورثته له ولا يطالب بما ذهب"<sup>2</sup>.

كما يقول الفقيه الحنبلي البهوتي: "فإن قدم المفقود بعد قسمة المال أخذ ما وجد بعينه بيد الوارث أو غيره، لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه، ورجع على من أخذ الباقي بعد الموجود لتعذر رده بعينه"<sup>3</sup>.

### القول الثاني:

إن المفقود الذي ظهرت حياته يرجع على الورثة بجميع أمواله ولو بعد تقسيمها عليهم، وهذا القول للمالكية، والشافعية<sup>4</sup>، والحنابلة في رواية<sup>5</sup>، ووجه الاستدلال لهذا القول بأن هؤلاء الورثة تصرفوا في مال المفقود بوجه مشروع، ثم تبين لهم بثبوت حياة مورثهم فساد تصرفهم، فيضمنوا ما أتلّفوا وأنفقوا<sup>6</sup>.

ويأخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بالقول الأول المنسوب للحنفية والحنابلة، فقد نصت المادة (253) الفقرة (أ) من القانون الأردني بأنه: "إذا حكم بموت المفقود ثم تحققت حياته... يرجع على الورثة بتركته ما عدا ما استهلك منها".

وتميل العديد من القوانين العربية إلى القول الأول، فعلى سبيل المثال نصت الجملة الأخيرة من المادة (45) من قانون الميراث المصري رقم 77/ لسنة 1943 على أنه: " فإذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته، أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

كما نصت المادة (332) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "إذا ظهر (المفقود) حياً بعد الحكم بوفاته،

(<sup>1</sup>) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4/ ص 297، البهوتي، كشف القناع، ج4/ ص 364.

(<sup>2</sup>) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4/ ص 297.

(<sup>3</sup>) البهوتي، كشف القناع، ج4/ ص 466.

(<sup>4</sup>) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2/ ص 482، حاشية الشراقوي، ج 2/ ص 328، وانظر كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار الصفوة، الطبعة (1)، الكويت، ج38/ ص 280.

(<sup>5</sup>) ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، الطبعة (7)، بدون مكان النشر، 1409هـ - 1989، ج2/ ص 89.

(<sup>6</sup>) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2/ ص 482، حاشية الشراقوي، ج 2/ ص 328.

أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة".

كما نصت المادة (2/239) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً، رجع على ورثته بتركته عدا ما هلك منها<sup>1</sup>.

ولعل اختيار القوانين سالف الذكر لهذا القول فيه حفظ معاملات الناس واستقرارها، ودرء التنازع فيما بينهم<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقول الثاني، فقد أخذ به قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة (115) على أنه: "...وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً (أي المفقود) يسترجع ما بقي عيناً من أمواله أو قيمة ما بيع منها"<sup>3</sup>. كما أخذ بالقول الثاني قانون الأحوال الشخصية اليمني بعد تعديله بالقانون رقم 27/ لسنة 1998 إذ نصت المادة (120) على النحو الآتي: "إذا حكم بموت المفقود ثم ظهر حياً فإنه يستحق جميع ماله"<sup>4</sup>.

ولعل تبني قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية اليمني للقول الثاني قد يفتح الباب لمنازعات ودعاوى فيما بين المفقود الذي ظهر حياً، وأقاربه الذين انتقلت إليهم أمواله، وهم في غنى عن هذه المنازعات التي تشتت جهودهم في المحاكم.

### المطلب الثاني: الأثر المترتب على زوجة المفقود

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه إذا جاء الزوج المفقود وزوجته لم تتزوج فهو أحق بزوجته، لأن زوجيته قائمة، وتبين أن الأساس الذي بني عليه الحكم بوفاته كان باطلاً فتعود زوجته إليه<sup>5</sup>.

وإن عاد الزوج المفقود بعد أن تزوجت امرأته، فإن كانت عودته قبل دخول الثاني بها فهي زوجة المفقود، ترد إليه بنكاحها الأول كما لو لم تتزوج<sup>6</sup>.

أما إن قدم الزوج المفقود بعد دخول الثاني فإن للفقهاء ثلاثة أقوال:

### القول الأول:

يرى أن الزوجة تُرد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها

(<sup>1</sup>) ونفس النص تقريباً نلاحظه في المادة (302) من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة (120) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20/ لسنة 1992 قبل تعديله بالقانون رقم 27/ لسنة 1998.

(<sup>2</sup>) فلو ورث شخص سيارة من مفقود وباعها، فإن البيع سيكون صحيحاً ولا تعاد السيارة إلى المفقود الذي ظهرت حياته.

(<sup>3</sup>) ويظهر أن المقنن الجزائري استعمل كلمة ما بيع منها، ويبدو من فحوى النص أن المقصود هو ما استهلك منها. انظر: لعيد، بوسحابة، آثار ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته، مجلة القانون والعلوم السياسية، يونيو 2015/ شعبان 1436هـ، العدد (2) الجزائر، ص 470.

(<sup>4</sup>) وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بعد التعديل حكم هذه المادة من المذهب الزيدي، إذ جاء فيه: إن المفقود إذا عاد رُد كل ما أخذ اتفاقاً، إذ لم يزل ملكه. انظر: المرتضى أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء 1409هـ - 1988، ج 5/ ص 364.

(<sup>5</sup>) بدائع الصنائع، ج 6/ ص 196، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2/ ص 480، مغني المحتاج للشربيني، ج 3/ ص 398، المغني لابن قدامة، ج 8/ ص 108.

(<sup>6</sup>) بدائع الصنائع ج 6/ ص 196، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي، ج 2/ ص 480، مغني المحتاج، ج 3/ ص 398، المغني لابن قدامة، ج 8/ ص 110.

الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر، وهذا القول للحنفية والشافعية<sup>1</sup>. ويعود السبب في ذلك، لأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة من غير زوجها ليست من المحلات بل من المحرمات في حق سائر الناس، فكيف يستقيم تركها مع الثاني<sup>2</sup>.

### القول الثاني:

يرى إنه إذا جاء المفقود أو تبين أنه حي بعد دخول الزوج الثاني بها، فهي للزوج الثاني.

وإذا كان الزوج الثاني عالماً بحياة الأول فهي للأول، أما إذا كان غير عالم بحياة الأول فهي للزوج الثاني، وهذا القول للمالكية<sup>3</sup>. وحجة المالكية في ذلك لأنه استحل الفرج بعد الإعذار من السلطان وضرب المدد<sup>4</sup>.

### القول الثالث:

يرى أن يخير الزوج الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها وتكون زوجة الثاني، وهذا القول للحنابلة<sup>5</sup>. فقد روى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا: "إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة والصداق الذي ساق"<sup>6</sup>.

وقد أخذ المقتن الأردني بالقول الثاني المنسوب للمالكية، إذ نصت الفقرة (ب) من المادة (253) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنه: "إذا حكم بموت المفقود ثم تحققت حياته تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول به".

وقد تبنت العديد من قوانين الأحوال الشخصية العربية المذهب المالكي، فعلى سبيل المثال نصت المادة (148) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "إذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي، فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني، ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول".

كما نصت المادة (1/239) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً، عادت زوجته إليه في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يدخل بها زوجها الثاني في نكاح صحيح.

ب- إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول.

كما نصت المادة (144) من قانون الأسرة القطري لسنة 2006 الآتي: "... وإذا عاد المفقود، أو تبين أنه حي،

(<sup>1</sup>) السرخسي، المبسوط، ج11/ ص 37، الشربيني، مغني المحتاج، ج3/ ص 398، الماوري، الحاوي، ج11/ ص 320.

(<sup>2</sup>) السرخسي، المبسوط، ج11/ ص 37.

(<sup>3</sup>) الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص 157، الصاوي، بلغة السالك إلى أقرب المسالك، ج 2/ ص 696.

(<sup>4</sup>) مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، المدونة، الطبعة (1)، 1415هـ - 1994، ج2/ ص 30.

الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م

(<sup>5</sup>) ابن قدامة، المغني، ج8/ ص 108.

(<sup>6</sup>) انظر: عبدالرزاق، المصنف، ج7/ ص 785، البيهقي، السنن الكبرى، ج7/ ص 446.

فزوجته له، ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للقول الأول فقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية اليمني بعد تعديله بالقانون رقم 27/ لسنة 1998 إذ نصت المادة (120/ب) على أنه: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً، فإن زوجته باقية في عصمته"<sup>2</sup>.

وقد جاء في تبرير لجنتي تقنين أحكام الشريعة الإسلامية والعدل والأوقاف الآتي: "إن الحكم اتضح بطلانه، وكل ما بني على باطل فهو باطل"<sup>3</sup>. ويبدو أن اللجنتين استندتا في هذا التقرير على مذهب الزيدية.

ولعل النص بصورته الحالية قد تكون له آثاره السلبية على الزوجة، خاصة إذا كانت الزوجة قد مكثت مع زوجها الثاني فترة طويلة، ورزقت منه أولاداً، ثم بعد عودة الزوج الأول حياً - الذي حكم القاضي بموته - يطلب منها العودة إليه مرة أخرى. والذي يبدو أن النص قبل التعديل كان أحسن، ويفضل الإبقاء عليه مع إضافة شرط وهو عودة المرأة إلى زوجها الأول، إذا دخل عليها الزوج الثاني وهو يعلم بحياة الزوج الأول عند زواجه منها والدخول بها<sup>4</sup>.

## الخاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة فقد توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات التي نعرضها على النحو الآتي:

## أولاً: النتائج

- 1- تبين للباحث أن هناك قصوراً في تعريف المفقود والغائب في قانون الأحوال الشخصية الأردني الحالي، والراجع أن تعاد صياغة التعريف على ضوء الملاحظات التي تم ذكرها في المتن.
- 2- لم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني على مسألة وقف نصيب المفقود إلى أن تظهر حياته أو الحكم بموته مثلما فعلته بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية.
- 3- أظهرت الدراسة أن صياغة المادة (249) بحاجة إلى تعديل، لأنها من ناحية لم تفرق بين الحكم العام الذي يقرر موت المفقود بمضي أربع سنوات من تاريخ فقده، والحكم الخاص بموت المفقود بمرور سنة من تاريخ فقده، كما أنها لم تراعى التطور الهائل في وسائل النقل والاتصالات الحديثة التي أصبحت بمقدورها الكشف عن حال المفقود، ومعرفة إن كان حياً أو ميتاً في فترة وجيزة.
- 4- بينت الدراسة أن المادة (250) التي يفوض أمر المدة التي يحكم القاضي فيها بموت المفقود في الظروف التي لا يغلب على الظن هلاكه، لا تتوافق مع ظروف العصر الذي يشهد تطوراً هائلاً في وسائل البحث والتحري عن المفقود، لمعرفة حياته أو موته في وقت قياسي، لذلك فهي بحاجة إلى تعديل.

(<sup>1</sup>) هو نفس نص المادة (2/197) من قانون الأحوال الشخصية العماني حيث جاء فيها: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها". ويلاحظ أن المشرع العماني لم يشترط عودة المرأة إلى زوجها الأول إذا دخل بها الزوج الثاني وهو عالم بحياة زوجها الأول مثلما فعلته قوانين الأحوال الشخصية التي أخذت بمذهب المالكية التي أشرنا إليها سلفاً.

(<sup>2</sup>) وقد كان قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20/ لسنة 1992 يأخذ بمذهب المالكية، إذ نصت المادة (120/ب) على أنه: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإن زوجته تعود إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها".

(<sup>3</sup>) انظر: تقرير لجنتي تقنين أحكام الشريعة الإسلامية والعدل والأوقاف حول مشروع قانون تعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم 20/ لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية بتاريخ 14/9/1417 هـ، الموافق 24/12/1996، ص 23.

(<sup>4</sup>) عطروش، عبد الحكيم محسن، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة الكوفة، السنة (2)، العدد (6)، تشرين الثاني 2010م - ذي الحجة 1431هـ، ص 81.

## ثانياً: التوصيات

- 1- توصي الدراسة أن يكون تعريف المفقود على النحو الآتي: "المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره، ولا تعرف حياته أو مماته". كما نوصي أن يكون تعريف الغائب على النحو الآتي: "الغائب هو الشخص الذي غاب عن بلده لمدة تزيد على السنة، ويعرف خبره، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، وصدر حكم بذلك".
- 2- نوصي المشرع الأردني باستحداث مادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني تنص على وقف نصيب المفقود إلى أن تظهر حياته أو الحكم بموته، بحيث يكون النص على النحو الآتي: "يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته، فإن ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته ردّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت الحكم بموته".
- 3- نوصي بتعديل المادة (249) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بحيث تكون على النحو الآتي: "يحكم بموت المفقود الذي يغلب على الظن موته بعد مرور سنة من تاريخ فقده، أما إذا كان فقده إثر سفينة غرقت أو طائرة سقطت، فيحكم بموته بعد ثلاثين يوماً على الأقل من فقده، وفي حالة اضطراب الأمن وحوادث الفوضى، فيحكم بموته بعد مضي ثلاثة أشهر من فقده".
- 4- نوصي بتعديل المادة (250) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي: "في جميع الأحوال التي لا يغلب على الظن موت المفقود، يفوض أمر المدة إلى القاضي على أن لا تتجاوز كحد أقصى سنة، ولا بد من التحري عن المفقود بالوسائل بما فيها وسائل الاتصال الحديثة، التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً".

## المصادر والمراجع:

### أولاً: السنة النبوية

- ابن ماجه، محمد بن يزيد بن عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت (بدون تاريخ).
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، الطبعة (3)، دار الكتب العلمية، بيروت 1424 هـ - 2003 م.
- الترمذي، محمد بن عيسى السلمي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ).
- عبدالرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، الطبعة (2)، المكتب الإسلامي، بيروت 1404هـ، ج7/ص90.

### ثانياً: المعاجم

- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، الطبعة (3)، دار الفكر، بيروت 1414هـ — 1994.

### ثالثاً: الكتب الفقهية

- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي الاسكندري ، فتح القدير، دار الفكر، بيروت (بدون تاريخ).
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت (بدون تاريخ).
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل، الطبعة (7) المكتب الإسلامي، الطبعة (بدون مكان النشر) 1409هـ - 1989.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز الحنفي، حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار، الطبعة (2)، دار الفكر، بيروت 1412هـ - 1992.
- ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، الطبعة (2)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض 1400هـ - 1980.
- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة 1388هـ - 1968.
- ابن مفلح ، برهان الدين أبي اسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت 1418هـ — 1997.
- ابن نجيم، زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت (بدون تاريخ).
- الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة (1) 1415هـ - 1994.
- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العربية، بيروت (بدون تاريخ).
- الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- حسن، علي سيد، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.

- الحطاب، شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الطبعة (3)، دار الفكر، بيروت 1412هـ - 1992.
  - الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر (بدون تاريخ).
  - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1985.
  - الزرقاني، محمد بن عبدالباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الطبعة (1)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة 1424هـ - 2003.
  - السرخسي، محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت 1406هـ.
  - الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، الأم، (بدون طبعة)، دار المعرفة، بيروت 1410هـ - 1990.
  - الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، بيروت (بدون تاريخ).
  - الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك إلى أقرب المسالك، دار المعارف (بدون تاريخ)، الطبعة (2)، المكتب الإسلامي، بيروت 1403هـ.
  - الغدور، أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت 1985.
  - الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت 1402هـ - 1982.
  - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الطبعة (1)، دار الكتب العلمية، بيروت 1419هـ - 1999.
  - المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء 1409هـ - 1988.
  - المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (بدون تاريخ).
  - المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري المالكي، التاج والإكليل، الطبعة (1)، دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994.
- رابعاً: الدوريات والرسائل الجامعية**
- حلو، يوسف عطا محمد، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 1424هـ - 2003.
  - ربابعة، عبدالله محمد، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد (12)، العدد (1)، شعبان 1436هـ - يونيو 2015.
  - شويديح، مؤمن أحمد نياب، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة 1427هـ - 2006.
  - عطروش، عبدالحكيم محسن، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة الكوفة، السنة (2)، العدد(6)، تشرين الثاني 2010 - ذي الحجة 1431هـ.
  - لعيد، بوسحابية، آثار ظهور المفقود حياً بعد الحكم بموته، مجلة القانون والعلوم السياسية، يونيو 2015/ شعبان 1436هـ، العدد (2) الجزائر.

### خامساً: القوانين

- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15/ لسنة 2019.
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28/ لسنة 2005.
- قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32/ لسنة 1997.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51/ لسنة 1984 وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20/ لسنة 1992 وتعديلاته.
- قانون الأسرة الجزائري رقم 84- 11 المورخ في 9 رمضان 1404 هـ ، الموافق في 9 حزيران/ يونيو 1984.
- قانون الأسرة القطري رقم 22/ لسنة 2006.
- القانون المصري رقم 25/ لسنة 1925 بشأن بعض مسائل الأحوال الشخصية، وتعديلاته التي آخرها القانون رقم 140/ لسنة 2017.
- قانون الميراث المصري رقم 77/ لسنة 1943.
- قانون الولاية على المال المصري رقم 119/ لسنة 1952.
- قانون حقوق العائلة العثماني الصادر بتاريخ 10/25/1917.
- قانون رقم 140/ لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 25/ لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المصري.
- مدونة الأسرة المغربية رقم 70، 3، الصادرة بتاريخ 3 شباط/ فبراير 2004، الجريدة الرسمية، عدد 5184 بتاريخ 2/5/2004.

### سادساً: المواقع الإلكترونية

- الموقع الإلكتروني بي بي سي: <https://www.bbc.com/arabic/middleeast-53722379>
- الموقع الإلكتروني: إعادة الروابط العائلية التابع للجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://familylinks.icrc.org/ar/pages/howwework/missing-persons-and-their-families.aspx>
- الموقع الإلكتروني: محامي مصر: <https://lawyeregypt.net>
- الموقع الإلكتروني: ويكيبيديا: <https://ar.wikipedia.org/wiki>

## شهادة المرأة على عقد الزواج

### "دراسة فقهية قانونية مقارنة"

## Woman's testimony on the marriage contract: A comparative jurisprudential legal study

مريم أحمد غالب الخطيب\*

### الملخص

هذه دراسة بعنوان شهادة المرأة على عقد الزواج هدفت إلى عرض آراء الفقهاء في شهادة المرأة على عقد الزواج، وبيان أدلة كل منهم، وقامت الدراسة بعد ذلك ببيان الراجح مستندة إلى العديد من الأدلة الشرعية، ثم عرضت رأي أبرز قوانين الأحوال الشخصية العربية في المسألة. ولتحقيق أهداف هذا البحث، استخدمت الدراسة المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي، والمنهج الوصفي. وتوصلت الدراسة إلى جواز إشهاد النساء على عقد الزواج، ويقدم في ذلك الرجال فإن تعذر فتجوز شهادة النساء مفردات عليه، الأمر الذي لم يطبق في أي قانون من قوانين الأحوال الشخصية العربية، وأوصت الدراسة بضرورة إعادة استقراء آراء الفقهاء والقانونيين في المسألة؛ لمزيد من التحري والدقة في النقل.

الكلمات الدالة: الشهادة، الزواج، قانون الأحوال الشخصية.

### Abstract

This study is entitled "Woman's Testimony on the Marriage Contract". It aims at presenting the opinions of the jurists regarding the woman's testimony on the marriage contract and showing their evidence thereon, after that, the study presented the most correct opinion based on a plethora of sharia (legal) evidence. The study introduced the opinion of the most prominent Arab personal status laws on the issue. To achieve the objectives of this research, the study used the inductive approach, the Deductive Approach, and the Descriptive Approach. The study concluded that it is permissible for women to act as witness to the marriage contract, with priority for men, else, then it is permissible for women to do so separately, which has not been applied in any of the Arab personal status laws. The study recommended the necessity of re-extrapolating the views of the jurists and lawmakers on the issue for more correctness and accuracy.

**Keywords:** Testimony, Marriage, Personal Status Law.

**المقدمة:**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد. اهتم الإسلام بتنظيم شؤون الحياة في المجتمع، وتنظيم معاملاته وأكحته، وتوفير الأمان له، وتثبيت حقوقه؛ ولذلك شرع الإسلام العديد من الوسائل لإثبات الحق؛ ومن هذه الوسائل الشهادة والإقرار والقرائن، ولما كانت الشهادة من أهمها، اهتم الفقهاء بها، ووضعوا لها الشروط والأحكام التي تنظمها، وعليه؛ فقد جاءت الدراسة لتبين حكم شهادة النساء على عقد الزواج وآراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية و بيان الراجح من تلك الأقوال.

**مشكلة الدراسة:**

اختلفت آراء الفقهاء في شهادة المرأة على عقد الزواج بين مجيز ومانع، ونظرا لتضارب الأدلة في المسألة جاءت الدراسة لتجيب على السؤال الرئيس الآتي:

ما الأحكام المتعلقة بشهادة النساء على عقد الزواج فقها وقانونا؟

وينتزع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما شروط عقد الزواج؟
2. ما آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية العربية في شهادة المرأة على عقد الزواج؟
3. ما الراجح في شهادة المرأة على عقد الزواج؟

**أهداف الدراسة:**

تقوم الدراسة على تحقيق الهدف المحوري الآتي: بيان حكم شهادة المرأة على عقد الزواج فقها وقانونا.

وينتزع عن هذا الهدف المحوري الأهداف الفرعية الآتية:

1. بيان شروط عقد الزواج.
2. بيان آراء الفقهاء وبعض القانونيين على شهادة المرأة في عقد الزواج.
3. بيان الراجح في شهادة المرأة على عقد الزواج مع التعليل.

**أهمية الدراسة:**

تكمن أهمية الدراسة من ناحيتين:

الأولى: الأهمية النظرية:

1. رفق المكتبات الإسلامية بدراسة أصلية لحكم شهادة المرأة في الزواج.
2. إفادة طلبة الفقه وأصوله والقانونيين الدارسين في مجال إثبات الحقوق والبيانات.

الثانية: الأهمية العملية:

يتوقع أن يستفيد من الدراسة الحالية الفئات الآتية:

القضاة والمحامون والعاملون في السلك القضائي والأكاديميون أو أساتذة الجامعات والمهتمون بدراسة وتدريس علوم الفقه.

## منهج الدراسة:

اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي في تتبع آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين، وما انبثق من قرارات فقهية وقوانين للأحوال الشخصية في شهادة المرأة على عقد الزواج، كما أنها اتبعت المنهج الوصفي في التعريف بالشهادة وأنواعها ومشروعيتها، والتعريف بالزواج وشروط صحته. بالإضافة إلى المنهج المقارن في مقارنة الأدلة والآراء الفقهية والقانونية المطروحة على الأحكام، والمنهج الاستنباطي في المناقشة والتوصل إلى الحكم الراجح.

## حدود الدراسة:

اقتصرت الدراسة على الحدود الموضوعية من تناول لآراء الفقهاء من القدامى والمعاصرين في حكم شهادة المرأة في الزواج، وما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية الأردنية والعراقية والسورية والجزائرية والمغربية والتونسية في شهادة المرأة على عقد الزواج.

## الدراسات السابقة:

1. أبو البصل، علي، شهادة النساء في الفقه الإسلامي، تناول فيها الباحث شهادة النساء على جميع الأحكام ولم يخصص عقد الزواج بحد ذاته.

ولقد أضافت الدراسة الحالية إلى الدراسة السابقة حكم شهادة المرأة في عقد الزواج فقها وقانونا، وبيان الراجح مراعاة لمتطلبات العصر.

2. اغبارية، أحلام محمد، شهادة النساء " دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، 1431هـ، 2010م.

وقد عرضت الباحثة تعريفا للشهادة ومشروعيتها وشروطها وأركانها، وبيان الحكم العديدة من وراء تشريع الشهادة وبيان نصاب شهادة النساء، وبيان الاختلافات الطبيعية بين الرجل والمرأة، وتسليط الضوء على أقسام شهادة النساء وتحريم محل النزاع.

وقد أضافت الدراسة الحالية إلى الدراسة السابقة تخصيص حكم شهادة النساء في عقد الزواج بشكل موسع، وبيان آراء القوانين العربية في شهادة المرأة على عقد الزواج بشكل خاص.

## المبحث الأول

### مدخل إلى الدراسة

عقد هذا المبحث ليتناول التعريف بمصطلحات الدراسة، الشهادة لغة واصطلاحاً ومشروعيتها وأهميتها وشروطها، وكذلك التعريف بالزواج لغة واصطلاحاً، وبيان أهم شروطه، وفيما يلي بيان ذلك

**المطلب الأول: تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً وأدلة مشروعيتها وأهميتها وشروطها**

**الفرع الأول: الشهادة لغة.**

الشهادة لغة: من شهد والشهيد الحاضر، والشاهد العالم الذي يبين ما علمه. والمشاهدة: المعاينة، وتأتي الشهادة بمعنى اليمين<sup>(1)</sup>.  
 وذهب مجمع اللغة العربية في تعريف الشهادة إلى أن الشهادة: أن يخبر بما رأى وأن يقر بما علم، ومجموع ما يدرك بالحس، وهي البيئة في القضاء<sup>(2)</sup>.

ومن خلال ما تقدم يتبين أن معنى الشهادة يدور حول المعاني الآتية:

1. الإخبار، وهي أن يخبر الإنسان بما رأى ويقر بما علم.
2. العلم والبيان
3. المعاينة
4. اليمين
5. البيئة في القضاء

وكل هذه المعاني لها اتصال وثيق بالمعنى الاصطلاحي للشهادة كما سيأتي.

**الفرع الثاني: الشهادة اصطلاحاً.**

لقد ورد عن الفقهاء تعريفات عديدة للشهادة أذكر منها:

"إخبار بحق للغير على الآخر"<sup>(3)</sup>

"إخبار حاكم عن علم ليقضي بما قضى"<sup>(4)</sup>

"هي الإخبار بحق على غيره"<sup>(5)</sup>.

"حجة شرعية تظهر الحق المدعى به ولا توجب له بل الحاكم يلزم به شرطه"<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج3، ص239-241.

(2) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، مكتب التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، ج1، ص292.

(3) ينظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ج1، ص497.

(4) ينظر: ابن عابدين، محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1412هـ، 1992م، ج5، ص416.

(5) ينظر: الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي، دار الفكر، د.ط، د.ت، ج4، ص165.

(6) ينظر: الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1999م، ج7، ص4؛ ولقد تبين لي من خلال البحث أن معظم تعريفات الشافعية في كتبهم (إخبار بلفظ خاص عن شيء)، فهذا يبين أن الشافعية يشترطون لفظاً معيناً في الشهادة، أي كل لفظ شهادة. ينظر: الأنصاري، محمد بن أحمد، فتح الوهاب شرح المنهاج، دار الفكر، 1414هـ، 1994م، د.ط، ج2، ص272، الرملي، نهاية المحتاج، ج8، ص292.

(6) ينظر: البهوتي، دقائق أولي النهى، ج3، ص575.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن الشهادة " هي الإخبار بلفظ الشهادة؛ يعني بقول: أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي ومواجهة الخصمين"<sup>(1)</sup>.

وبعد هذا الاستعراض المختصر لما جاء في تعريف الشهادة يتضح للباحثة أن الشهادة هي: إخبار الإنسان بما علم أمام القضاء لتكون حجة شرعية تساعد القاضي على اتخاذ الحكم الأنسب والأعدل. ثم إن الشهادة قد تكون هي الحجة الشرعية الأقوى إذا توافرت شروطها، وعدد الشهود المطلوبين لإثبات الحق.

### الفرع الثالث: أدلة مشروعية الشهادة وبيان أهميتها

#### أولاً: أدلة مشروعية الشهادة

لقد جاءت الآيات القرآنية كثيرة في الحديث عن الشهادة، وأهميتها وعدد الشهود المطلوبين في القضايا المختلفة، وكذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وسأذكر بعضاً منها على سبيل التمثيل لا الحصر.

#### فمن القرآن الكريم:

1. قول الله تعالى ( وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ) البقرة: ٢٨٢.
2. قال الله تعالى ( وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ) الطلاق: ٢.

فجميع هذه الآيات تبين مشروعية الشهادة وأهمية الاستعانة بها في إثبات الحق.

#### ومن السنة النبوية:

1. قول النبي صلى الله عليه وسلم للأشعث بن قيس في خصومة حصلت بينه وبين رجل في رواية (شاهدك أو يمينه)<sup>(2)</sup>.
2. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم، عن الشهادة فقال: (هل ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال على مثلها فاشهد، أو دع)<sup>(3)</sup>.

وهذه الأحاديث تدل على مشروعية الشهادة، ولا ينطق بها إلا من كان عالماً بما يقول علماً يقينياً.

#### ثانياً: أهمية الشهادة

لقد شرعت الشهادة للحفاظ على الحقوق، وإثباتها، ولتكون عوناً للقاضي للوصول إلى الحكم الصواب في القضايا التي يحكم فيها، نقل صاحب كتاب مطالب أولي النهى عن القاضي شريح قوله: "القضاء جمر فنحه عنك بعودين أي بشاهدين، وإنما الخصم داء، والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء"<sup>(4)</sup>.

(1) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي، ج1، ص339، المادة رقم(1684).

(2) ينظر: البخاري، محمد بن إسماعيل(ت:256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرهون فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث 2515، ج3، ص143.

(3) البيهقي، أحمد بن الحسين(ت:458هـ)، شعب الإيمان، ط1، 1423هـ، 2003م، ج13، ص349. صححه الحاكم وفي إسناده محمد بن

سليمان وهو ضعيف .

(4) ينظر: ابن عبده، مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ، 1994م، ج6، ص591 .

**الفرع الرابع: شروط الشهادة.**

عدّ العلماء للشهادة شروطاً كثيرة منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه، ومن الشروط المتفق عليها بين العلماء ما يلي<sup>(1)</sup>:

1. التكليف بأن يكون بالغاً عاقلاً، فلا تقبل شهادة الصبيان ولا المجانين.
  2. الحرية، فلا تقبل شهادة العبيد.
  3. الإسلام، فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم.
  4. العدالة، ولقد خالف الحنفية الجمهور واعتبروا العدالة هي الإسلام فاعتبروا كل مسلم عدل أي أنهم اتفقوا على العدالة واختلفوا في تفسيرها.
- ومن الشروط المختلف فيها بين العلماء، الأول: النطق: فلا بد للشاهد أن يكون قادراً على الكلام ليحدث بما سمع وبما شهد وهذا شرط عند الحنفية والحنابلة<sup>(2)</sup>.
- الثاني: البصر؛ فذهب المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى قبول شهادة الأعمى في الأقوال فقط، وأما الحنفية<sup>(5)</sup> والشافعية<sup>(6)</sup> فيرون عدم قبول شهادة الأعمى مطلقاً.

**المطلب الثاني: تعريف الزواج لغة واصطلاحاً وشروطه****الفرع الأول: الزواج لغة**

من زوج خلاف للفرد، ويقال للرجل والمرأة زوجان وزوج المرأة بعلها، وزوج الرجل امرأته، وتزوج من بني فلان: أي نكح فيهم<sup>(7)</sup>. ويسمى عقد الزواج نكاحاً<sup>(8)</sup>. والنكاح: البضاع وامرأة ناكح: أي ذات زوج<sup>(9)</sup>. واختلف العلماء في النكاح، هل هو الوطء حقيقة أو العقد<sup>(10)</sup>، ولقد رجح أكثر العلماء على أن النكاح والزواج مترادفان يراد بهما العقد وما يتبعه من الوطء<sup>(11)</sup>.

(1) ينظر: البابرّي، محمد بن محمد (ت786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د.ط، د.ت، ج7، ص375، القرافي، الذخيرة، ج10، ص151،

الماوردي، الحاوي، ج8، ص328، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ، 1994م، ج4، ص222.

(2) ينظر: البابرّي، العناية، ج7، ص375، ابن قدامة، الكافي، ج4، ص222.

(3) ينظر: ابن رشد، محمد بن أحمد (ت520هـ)، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408 هـ، 1988 م، ج9، ص444.

(4) ينظر: المرادوي، الإنصاف، ج12، ص11.

(5) ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج4، ص217.

(6) ينظر: الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب، دار الكتاب، د.ط، د.ت، ج3، ص122.

(7) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص292-293.

(8) ينظر: المرجع نفسه، ص625.

(9) ينظر: ابن فارس، أحمد بن زكريا، تحقيق: عبد السلام هارون، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د.م، د.ط، 1399هـ، 1979م، ج5، ص475.

(10) ينظر: لا يراد بالتزادف هنا أن يحمل اللفظ هذا كل معاني اللفظ الثاني، وإنما أن يحمل اللفظ جزءاً من معاني اللفظ الثاني.

(11) يقول الإمام السرخسي: "النكاح حقيقة الوطء ثم أطلق مجازاً على الزواج؛ لأنه سبب شرعي يتوصل به إلى الوطء، أو لأن العقد بمعنى الضم

فإن أحدهما ينضم إلى الآخر ويكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة". ينظر: السرخسي، محمد بن أحمد (ت483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ط، 1414هـ، ج4، ص192.

## الفرع الثاني: الزواج اصطلاحا

أورد العلماء تعريفات عديدة للزواج منها: تعريف الحنفية "عقد يرد على ملك المتعة قصدا"<sup>(1)</sup>. ومن تعريفات المالكية "عقد يحل تمتع بأنثى غير محرم وغير مجوسية وغير أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسل"<sup>(2)</sup>. وأما الشافعية فعرفوه بأنه "إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج"<sup>(3)</sup>. وعند الحنابلة "هو عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>(4)</sup>. ولقد عرف قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث جاء في المادة الخامسة من القانون "إن الزواج هو عقد بين رجل وامرأة حل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل"<sup>(5)</sup>. وهذا التعريف هو الأكثر مناسبة للزواج كما تراه الباحثة.

## الفرع الثالث: شروط عقد الزواج.

وضع فقهاؤنا شروطا عديدة لعقد الزواج؛ منها ما اتفقوا عليه، ومنها ما اختلفوا فيه، ومنها<sup>(6)</sup>:

1. تعيين الزوجين، فلا يصح أن يقول زوجتك ابنتي وله بنات غيرها بل لا بد من التمييز.
2. رضا الزوجين، فعقد الزواج عقد اختياري لا بد فيه من رضا طرفي العقد.
3. الولي، فلا يصح نكاح امرأة إلا بوليها خلافا لأبي حنيفة الذي يجوز زواج المرأة من غير ولي.
4. خلو الزوجين من الموانع التي تمنع صحة النكاح من نسب ومصاهرة أو رضاع أو اختلاف في الدين.
5. الصيغة، اشترط بعض الفقهاء صيغة دالة على الإيجاب والقبول وأن لا تكون إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، وهذا مذهب جمهور الشافعية والحنابلة.
6. الإشهاد على عقد الزواج، وهذا شرط مختلف فيه، وهو ما سيتناوله المطلب الآتي.

## المطلب الثالث: اشتراط الشهادة في عقد الزواج

اختلف الفقهاء في اشتراط الشهادة في عقد الزواج على قولين كما في الفروع الآتية:

(1) ينظر: شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد (ت:1078هـ)، مجمع الأنهر، دار إحياء التراث، د.ط، د.ت، ج1، ص316. الغنيمي، عبد الغني بن طالب (ت:1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، د.ط، ج3، ص3.

(2) ينظر: الصاوي، أحمد بن محمد (ت:1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، د.ط، د.ت، دار المعارف، ج2، ص232، ووصف الأنثى بقوله: غير محرم بنسب أو رضاع أو صهر فلا يصح على محرم، و غير مجوسية إذ لا يصح عقد على مجوسية ولو حرة. و غير أمة كتابية مملوكة لهم أم لا، إذ لا يصح عقد على الأمة المذكورة، بخلاف الحرة الكتابية، والحد شامل لها.

(3) ينظر: ابن حجر، أحمد بن محمد (ت:852هـ)، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية، د.ط، د.م، 1357هـ، ج7، ص183، الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتب البحوث، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ج2، ص399.

(4) ينظر: البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستتفع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د.م، د.ت، ج1، ص58.

(5) ينظر: قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 15 لسنة 2019م، المادة 5. ومثل ذلك تعريف قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث جاء في المادة الثالثة من التعريف أن الزواج "عقد بين رجل وامرأة حل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل" قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، لسنة 1959م، الفصل الأول لمادة3.

(6) ينظر: سابق، سيد (ت:1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1397 هـ، ج2، ص56، الجزيري، عبد الرحمن بن محمد، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج4، ص20، موقع الإسلام ويب، خمسة شروط لصحة النكاح، رقم الفتوى 1766، الاثنين، 4/ ذو الحجة/1424هـ، 2004/1/26م، القضاة، الوافي شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص47-50.

**الفرع الأول: مذهب القائلين بأن الشهادة شرط صحة لعقد الزواج**

ذهب جمهور العلماء من الحنفية<sup>(1)</sup>، والشافعية<sup>(2)</sup>، والحنابلة<sup>(3)</sup> إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج وإلا يعتبر العقد باطلا، ولا يترتب عليه أي آثار، مستدلين على ذلك بأدلة منها:

أولاً: قول النبي صلى الله عليه وسلم: ( لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل )<sup>(4)</sup>.

ثانياً: سد الذريعة فلو جاز لكل واحد الزواج من غير شهود لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزير في الخلوة، فكان لا بد من الشهود لكي لا يتوصل إلى الإفشاء إلى الفاحشة<sup>(5)</sup>.

ثالثاً: احتياطا للنسب خوف الإنكار، ولما كان فيه حقوق لغير المتعاقدين أنفسهم وهي حقوق الأولاد اشترط فيه الإشهاد<sup>(6)</sup>.

**الفرع الثاني: مذهب القائلين بأن الشهادة ليست شرط صحة لعقد الزواج.**

ذهب المالكية<sup>(7)</sup> إلى أن الشهادة ليست شرطاً لصحة عقد النكاح بل الشرط هو مطلق الإشهار والإعلان وأدلتهم:

أولاً: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: ( لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل )<sup>(8)</sup>.

قالوا: النفي دائر بين القضاء والإفتاء ولم ينص على أحدهما، فهو مطلق فيهما ويحمل على القضاء فلا يحكم بصحة نكاح في القضاء إلا ببينة أما الحل فثابت بدون البينة، ثم إن النفي دائر بين العقد والدخول ويحمل على الدخول والنفي هنا نفي كمال لا نفي صحة<sup>(9)</sup>.

ثانياً: استدلو بما روي عن الحسن بن علي رضي الله عنهما أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن النكاح<sup>(10)</sup>.

**الفرع الثالث: الراجع مع التعليل.**

والراجع بعد عرض المسألة هو القول الأول الذي ذهب إلى وجوب الإشهاد على عقد الزواج؛ وذلك للأسباب الآتية:

1. قوة استدلالهم للأحاديث.
2. الشهادة هي تمييز النكاح عن السفاح.

(1) ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، ج2، ص95.

(2) ينظر: الماوردى، علي بن محمد، الحاوي، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1999م، ج8، ص12.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج7، ص80.

(4) ينظر: الشافعي، محمد بن إدريس (ت:204هـ)، مسند الشافعي، تحقيق: ماهر ياسين، شركة غراس، الكويت، ط1، 1425 هـ، 2004 م، ج3، ص41، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، تعليق المحقق: إسناده حسن، ج9، ص386. قال ابن حجر في تلخيص الحبير: "ورواه الشافعي عن الحسن مرسلًا وقال وهذا وإن كان منقطعًا فإن أكثر أهل العلم يقولون به". ج3، ص341.

(5) ينظر: ابن رشد، محمد بن أحمد. بداية المجتهد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ، 2004م، ج3، ص219.

(6) ينظر: البهوتي، منصور بن يونس (ت:1051هـ)، دقائق أولي النهى، عالم الكتب، دم، ط1، 1414هـ، ج2، ص648.

(7) ينظر: القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج4، ص399.

(8) سبق تخريجه.

(9) ينظر: القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، ج4، ص399.

(10) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ج3، ص39.

3. حفظ المرأة وصيانة لكرامتها ورفعها لها.
  4. حفظ حقوق المتعاقدين كالمهر، وما يشترطونه من شروط لا تحفظ إلا بالشهود.
  5. المالكية الذين ذهبوا إلى أن الشهادة ليست شرطا أوجبها في الدخول، وقالوا هي شرط صحة للدخول لا العقد<sup>(1)</sup>.
- وبناء على ذلك فالمذاهب الأربعة تشترط الشهادة لكنهم مختلفون في الوقت فالمالكية يشترطونها عند الدخول والإعلان عند العقد، والجمهور على أن الشهادة عند العقد<sup>(2)</sup>.

### الفرع الرابع: آراء قوانين الأحوال الشخصية العربية.

والقول بأن الإشهاد شرط لصحة عقد الزواج هو الذي أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لعام 2019، حيث جاء في المادة الثامنة فقرة "أ" " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين من المسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين بالإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما"<sup>(3)</sup>. وذهب إلى اشتراط الشهادة على العقد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28، لسنة 2005م حيث جاء في المادة الثامنة والأربعون " يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين كلام المتعاقدين فاهمين أن المقصود به الزواج"<sup>(4)</sup> وكذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م جاء في المادة السادسة " لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي...ومنها شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج"<sup>(5)</sup>.

وكذلك في قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51، لسنة 1984م جاء في المادة 11 الفقرة أ " يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين سامعين معا كلام المتعاقدين فاهمين المراد منه"<sup>(6)</sup>. حتى في قانون الأحوال الشخصية المغربي الذي استنبط من المذهب المالكي أخذ باشتراط الشهادة على عقد الزواج جاء في المادة 13 " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 1. أهلية الزوج أو الزوجة. 2. عدم الاتفاق على إسقاط الصداق. 3. ولي الزواج عند الاقتضاء. 4. سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول. 5. انتقاء الموانع الشرعية."

(1) ينظر: النفرواني، الفواكه الدواني، ج2، ص4.

(2) ينظر: الصابوني، عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره، ج1، ص104. وذهب الصابوني إلى أن الإمام مالك أوجب الشهادة على عقد الزواج حيث قال: إن الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج لدى المالكية، إلا أن الإمام مالكا رحمه الله يقول: الإعلان واجب حين العقد والإشهاد واجب حين الدخول، فإذا لم يشهد الزوجان على الدخول كان العقد غير صحيح.

(3) مع العلم أن قانون الأحوال الشخصية الأردني اعتبر الزواج من غير شهود فاسدا؛ أي أنه لا يترتب عليه أي آثار من مهر وعدة ونسب وإرث إلا بالدخول. ينظر قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 المادة 31 و34.

(4) ينظر: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ط3، 1438هـ، 2017م، ص30.

(5) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي، المادة السادسة، فقرة د.

(6) ينظر: قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المادة 11، الفقرة أ، ص16

وأكدوا ذلك في المادة التي بعدها حيث جاء فيها " يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء وانتقت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده<sup>(1)</sup>. إذن المادة 13 و14 من قانون الأحوال الشخصية المغربي تشترط وجود شاهدين لصحة عقد الزواج.

## المبحث الثاني

### آراء الفقهاء والقانونيين في شهادة المرأة على عقد الزواج

اختلف الفقهاء في حكم شهادة المرأة على عقد الزواج، وذهبوا في ذلك إلى ثلاثة أقوال كما سيأتي.

#### المطلب الأول: مذهب المانعين وأدلتهم

##### الفرع الأول: مذهب المانعين

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى عدم جواز شهادة النساء على عقد الزواج مطلقا سواء بوجود رجل أم عدمه.

##### الفرع الثاني: أدلة المانعين

استدل المانعون من شهادة النساء على عقد الزواج بأدلة عديدة، منها:

##### أولاً: القرآن الكريم

قال الله تعالى (وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق ٢).

وجه الدلالة

إن الله عز وجل أمر عباده في الرجعة والطلاق باثنتين من ذوي العدل فكذلك على الزواج<sup>(5)</sup>.

##### ثانياً: السنة النبوية

قال صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)<sup>(6)</sup>.

وجه الدلالة

إن الحديث ينص على وجوب حضور عقد النكاح شاهدي عدل من الرجال وليس النساء<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: مدونة الأسرة صيغت بتاريخ 25 يناير 2016م، القانون رقم 70.03، محرر في الرباط في 3 فبراير 2004م، ص 12.

(2) ينظر: ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (ت: 413هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد، مكتبة الرياض، الرياض، السعودية، ط 2، 1400هـ، 1980م، ج 2، ص 906.

(3) ينظر: الماوردي، الحاوي، ج 9، ص 61.

(4) ينظر: ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج 6، ص 120.

(5) ينظر: القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم طيفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1834هـ، 1964م، ج 18، ص 159.

(6) ينظر: سبق تخريجه

(7) ينظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 6، ص 368.

### ثالثاً: أقوال الصحابة والتابعين

روى الإمام الشافعي في الأم عن ابن عباس رضي الله عنهما قوله: " لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد"(1).

وروي عن ابن الزبير قوله: " أتى عمر بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدّمت فيه لرجمت"(2).

ما رواه الإمام الزهري عن مالك، قال: ( مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق)(3).  
وجه الدلالة

كل هذه الروايات عن الصحابة تدل على عدم صحة شهادة النساء على عقد الزواج.

**المطلب الثاني: مذهب المجيزين لشهادة النساء مع وجود رجل وأدلتهم.**

ذهب فريق من أهل العلم إلى جواز شهادة النساء مع وجود رجل على عقد الزواج، وفيما يلي تفصيل ذلك.  
**الفرع الأول: مذهب المجيزين مع وجود الرجل.**

ذهب الحنفية إلا زفر<sup>(4)</sup> إلى صحة شهادة النساء على عقد الزواج بشرط وجود الرجل. يقول الإمام الجصاص: " القضاء بشهادة الرجل والمرأتين في كل دعوى إذ قد شملهم اسم البينة ألا ترى أنها بينة في الأموال فلما وقع عليها الاسم وجب بحق العموم قبولها لكل مدع إلا أن تقوم الدلالة على تخصيص شيء منها....فالبضع لا يستحق إلا بمال ولا يقع النكاح إلا بمال فينبغي أن تجيز فيه شهادة النساء"(5).

**الفرع الثاني: أدلة المجيزين مع وجود الرجل**

استدل أصحاب هذا المذهب على أدلة من القرآن وما روي عن الصحابة رضوان الله تعالى عنهم.

**أولاً: القرآن الكريم**

قال الله تعالى(وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)البقرة282.

وجه الدلالة

(1) ينظر: الشافعي، الأم، ج5، ص23.

(2) ينظر: المرجع نفسه.

(3) يقول ابن حجر في تلخيص الحبير حديث الزهري مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود " روي عن مالك عن عقيل عن الزهري بهذا وزاد، ولا في النكاح ولا في الطلاق ولا يصح عن مالك.

ينظر: ابن حجر، تلخيص الحبير، دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ، ج4، ص494. الحديث في مصنف أبي شيبة بلا زيادة ( ولا في النكاح ولا في الطلاق)، ينظر: أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، كتاب الحدود، باب شهادة النساء في الحدود، ج5، ص533.

(4) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص280.

(5) ينظر: الجصاص، أحمد بن علي(ت:370هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الفخماوي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، 1405هـ، ج2، ص232.

جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الإطلاق؛ لأنه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء، والشاهد المطلق من له شهادة على الإطلاق فافتضى أن يكون لهم شهادة في سائر الأحكام، إلا ما قيد بدليل (1).

### ثانياً: آثار الصحابة

استدل أصحاب هذا المذهب بما روي عن عمر رضي الله عنه، أنه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح، ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد من الصحابة فكان إجماعاً منهم على الجواز (2).

### ثالثاً: القياس

قاس أصحاب هذا المذهب صحة ما ذهبوا إليه على جواز شهادة النساء على عقود البيع، فعقد الزواج مثل عقد البيع بجامع أن كليهما عقد معاوضة فينعد بشهادة امرأتين ورجل (3).

### رابعاً: المعقول

استدل أصحاب المذهب المجيز لشهادة رجل وامرأتين على عقد الزواج بالأدلة العقلية الآتية:

1. الأوثة شبهة لا تصلح للحجة فيما يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص، أما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات (4).

2. عندما غلب على النساء النسيان جبر ذلك بزيادة العدد لقول الله تعالى: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) البقرة 282. فتقبل شهادتهن كالرجل (5).

3. الأصل في الشهادة هو إظهار إظهار النكاح فإذا تم بشهادة رجل وامرأتين فما المانع من ذلك مادام أنه موصول لحصول الصيانة وحفظ الأنساب والأعراض ومميز للنكاح عن السفاح (6).

### المطلب الثالث: مذهب المجيزين لشهادة النساء منفردات وأدلتهم

ذهب فريق من العلماء إلى جواز شهادة النساء مطلقاً حتى في الحدود والقصاص واستدلوا على ذلك بأدلة من القرآن والسنة والمعقول، وفيما يلي تفصيل ذلك.

### الفرع الأول: مذهب المجيزين لشهادة النساء منفردات

ذهب الظاهرية (7) إلى تجويز شهادة النساء منفردات وحكي ذلك عن عطاء وحماد (8).

وقالوا مكان كل رجل امرأتان.

قال الإمام ابن حزم: "ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء، وما فيه القصاص والنكاح، والطلاق، والرجعة، والأموال، إلا رجلان مسلمان عدلان؛ أو رجلان وامرأتان كذلك، أو أربع نسوة كذلك" (9).

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص280.

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص280، السرخسي، المبسوط، ج5، ص33.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص280. الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص232.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1414هـ، ج5، ص33.

(5) ينظر: ابن مودود، عبد الله محمود، الاختيار، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ، 1937م، د. ط، ج2، ص140.

(6) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص453.

(7) ينظر: ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1997م، ج9، ص266.

(8) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج12، ص6، ابن القيم، أبو عبد الله محمد، الطرق الحكمية، مكتبة المؤيد دار البيان، ط1، 1410هـ، 1989م،

بيروت، لبنان، ص129.

(9) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج9، ص266.

## الفرع الثاني: أدلة مذهب المجيزين لشهادة النساء منفردات

استدل المجيزون لشهادة النساء مطلقا بأدلة كثيرة منها،

### أولاً: القرآن الكريم

قال الله تعالى ( وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ) البقرة 282.

وجه الدلالة

أن الله عز وجل أقام شهادة المرأتين مقام الرجل ويصح في جميع الأحكام شهدتهن.

### ثانياً: السنة النبوية

استدل أصحاب هذا المذهب بعموم الأحاديث الواردة في الشهادة ومنها:

1. قول النبي صلى الله عليه وسلم: (ألك بينة) (1).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإحضار البينة أي الشهود فلم يفرق بين الرجال والنساء في ذلك، أي أن البينة كانت مطلقة فوجب أن تكون كل ما قال قائل من المسلمين أنه بينة (2).

2. إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل) (3).

وجه الدلالة

إن النبي صلى الله عليه وسلم قطع بأن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فيكون مكان كل رجل امرأتان، فإذا كانت الشهادة على الزواج والمطلوب رجلاً، فيجوز أن تحل مكان كل رجل امرأتان (4).

### ثالثاً: العقل

استدل المجيزون بأدلة عقلية منها قولهم: " أنه لا فرق بين امرأة وبين رجل، وبين رجلين، وبين امرأتين، وبين أربعة رجال، وبين أربع نسوة، في جواز تعدد الكذب والتواطؤ عليهم، وكذلك الغفلة ولو حينا إلى هذا، لكن النفس أطيب على شهادة ثمان نسوة منها على شهادة أربعة رجال" (5).

## المطلب الرابع: مناقشة الأدلة مع الترجيح

### الفرع الأول: المناقشة

إن الآيات التي استدل بها المانعون من شهادة المرأة على عقد الزواج في قول الله تعالى ( وأشهدوا ذوي عدل منكم ) ويقول النبي صلى الله عليه وسلم ( لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل )، يرد علي رأيهم بما يلي:  
أولاً: قول الله تعالى: ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ) البقرة 282.

(1) ينظر: البخاري، محمد بن إسماعيل (ت:206هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال، ج3، ص177.

(2) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج8، ص486.

(3) ينظر: مسلم، أبو الحسن بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النعمة والحقوق، رقم الحديث 79، ج1، ص86.

(4) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج8، ص487.

(5) المرجع السابق.

حيث جعل الله عز وجل الشهادة لرجل وامرأتين على الإطلاق ولم يخصص المداينات<sup>(1)</sup>.  
ثانيا: لا يشترط من ذوي أن تخص الذكور دون الإناث فنحن نقول هو رضى وهذه رضى، يقول الإمام  
الزجاج في تفسيره لهذه الآية "فما كان من المصادر قد وصفت به الأسماء فتوحيده جائز، وإن وصفت به  
الأُنثى، تقول هو رضى وهما رضى، وكذلك هذه رضى"<sup>(2)</sup>.

وأما ما روي من مرويات عن الصحابة رضوان الله عنهم في عدم قبول شهادة النساء على عقد الزواج فيرد  
عليه بأنه هناك مرويات عن الصحابة تفيد قبولهم لشهادة النكاح ومنها "إجازة عمر بن الخطاب شهادة النساء  
مع الرجال في الطلاق والنكاح"<sup>(3)</sup>.

وأما ما روي عن الإمام الزهري بقوله مضت السنة... فيجاب عنه بما يلي:  
أولاً: ضعف إسناد الحديث كما ذكر ذلك الإمام ابن حجر حيث قال: "لا يصح عن مالك"<sup>(4)</sup>. يقول الإمام  
ابن حزم: "إسناده ضعيف، منقطع من طريق إسماعيل بن عياش وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة"<sup>(5)</sup>.  
والذي صح عن الزهري في هذا الموضوع كما قال الألباني: ( لا يجلد بشيء من الحدود إلا بشهادة رجلين)  
<sup>(6)</sup>.

ثانيا: على فرض صحة الحديث فقد يحمل على الاستحباب لا الوجوب، فإن تعذر وجود الرجلين فلا بأس  
بشهادة النساء.

ثالثاً: ما ذكره الإمام الزهري هو إخبار بما حصل على عهدهم بعدم جريان شهادة النساء على عقد الزواج،  
فلم يفد عدم مشروعية ذلك.

وأما ما ذهب إليه الحنفية من وجوب وجود الرجل فبعيد لأن الآيات التي تذكر رجلا وامرأتين لم تعد الوجوب  
بل يمكن حملها على الاستحباب.

وأما ما ذهب إليه الظاهرية من جواز شهادة النساء على جميع القضايا والأحكام منفردات فيحتاج إلى ضبط  
وتحقيق خصوصا في مسألة القصاص والحدود والتعازير.

### الفرع الثاني: الترجيح

من خلال استقراء الأدلة ومناقشتها وخصوصا أدلة المانعين مطلقا يترجح ما يلي:

1. يستحب في عقد الزواج أن يشهد عليه رجلان عدلان في حال توافرها وهو الأحوط والأسلم.  
فلا تطلب شهادة النساء ابتداء، ولكن إذا لم تتمكن من شهادة الرجلين فرجل وامرأتان، وإذا لم يتمكن ذلك  
فتجوز شهادة النساء عليه منفردات.
2. ليس في شهادة المرأة على عقد النكاح امتهان لكرامتها، فكما تجوز شهادتها في الأموال والمداينات فمن  
باب أولى جواز شهادتها في الزواج.

(1) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، د.ط، د.ت، ج4، ص95.

(2) الزجاج، إبراهيم بن السري (ت:311هـ)، معاني القرآن الكريم وإعرابه، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408هـ، 1988م، ج4، ص325.

(3) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج8، ص486.

(4) ينظر: ابن حجر، تلخيص الحبير، دار الكتب العلمية، ج4، ص494.

(5) ابن حزم، المحلى، ج9، ص273.

(6) الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل، إشراف: زهير شاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ، 1985م، ج8، ص296.

3. هناك حالات اضطرارية تستوجب القول بجواز شهادة النساء على عقد الزواج ومن ذلك:

أن يكون العاقدان في دولة أجنبية وليس هناك رجال مسلمون عدول<sup>(1)</sup>، حالات الحرب واللجوء وعدم وجود الرجال.

ويؤيد ما ذهبت إليه الباحثة ما قاله الإمام ابن القيم: " قد استقر في عرف الشارع أن الأحكام المذكورة بصيغة المذكورين إذا أطلقت ولم تقترن بالموث فإنها تتناول الرجال والنساء؛ لأنه يغلب المذكر عند الاجتماع كقوله: {فإن كان له إخوة فلأمه السدس} [النساء: 11] وقوله: {ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا} [البقرة: 282] وقوله: {يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام} [البقرة: 183] وأمثال ذلك، وعلى هذا فقوله: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} [الطلاق: 2] يتناول الصنفين، لكن قد استقرت الشريعة على أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل، فالمرأتان في الشهادة كالرجل الواحد، بل هذا أولى؛ فإن حضور النساء عند الرجعة أيسر من حضورهن عند كتابة الوثائق بالديون، وكذلك حضورهن عند الوصية وقت الموت، فإذا جوز الشارع استشهاد النساء في وثائق الديون التي تكتبها الرجال مع أنها إنما تكتب غالباً في مجامع الرجال فلأن يسوغ ذلك فيما تشهد به النساء كثيراً كالوصية والرجعة أولى.

يوضحه أنه قد شرع في الوصية استشهاد آخرين من غير المسلمين عند الحاجة؛ فلأن يجوز استشهاد رجل وامرأتين بطريق الأولى والأخرى، بخلاف الديون فإنه لم يأمر فيها باستشهاد آخرين من غيرنا؛ إذ كانت مداينة المسلمين تكون بينهم وشهودهم حاضرون، والوصية في السفر قد لا يشهد بها إلا أهل الذمة، وكذلك الميت قد لا يشهده إلا النساء، وأيضاً فإنما أمر في الرجعة باستشهاد ذوي عدل؛ لأن المستشهد هو المشهود عليه بالرجعة وهو الزوج لئلا يكتمها، فأمر بأن يستشهد أكمل النصاب، ولا يلزم إذا لم يشهد هذا الأكمل أن لا يقبل عليه شهادة النصاب الأنقص، فإن طرق الحكم أعم من طرق الحفظ<sup>(2)</sup>.

### المطلب الخامس: آراء قوانين الأحوال الشخصية العربية في شهادة المرأة على عقد الزواج

ذهبت قوانين الأحوال الشخصية<sup>(3)</sup> في العالم العربي إلى اتجاهين يشترط لصحة عقد الزواج رجلين فقط ولا مدخل للنساء فيه، واتجاه يجوز شهادة رجل وامرأتين في حال عدم وجود رجلين.

(1) ينظر: موقع فتاوى الصاوي لفضيلة الشيخ صلاح الصاوي، الفقه، المعاملات، أحكام النكاح، اشتراط الذكورة في الشهود على عقد الزواج .fatawaalsawy.com

(2) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبدالسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ، 1991م، ج1، ص73-74.

(3) الأحوال الشخصية: مصطلح قانوني ابتدعه الفقه الإيطالي في القرن الثاني عشر، لا نجد له استعمالاً في كتب الفقه الإسلامي حيث كان الفقهاء يبحثون المسائل التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية في كتاب النكاح والطلاق والنفقة والنسب وغير ذلك. وظهر هذا المصطلح أول ما ظهر في أواخر القرن التاسع عشر حيث قام الفقيه المصري محمد قنديل باشا بوضع مجموعة فقهية خاصة سماها الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية وعرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية بأنها مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثاراً قانونية في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من الأسباب القانونية. ينظر: كريم، فاروق عبد الله، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م، ص7.

- الفرع الأول: قوانين الأحوال الشخصية العربية التي تشترط شهادة رجلين فقط لصحة عقد الزواج**
- ذهبت قوانين الأحوال الشخصية الإماراتية والقطرية والبحرينية والعمانية والجزائرية والمغربية والعراقية والكويتية إلى اشتراط رجلين فقط لصحة عقد الزواج بناء على مذهب جمهور الفقهاء القائلين باشتراط رجلين لصحة العقد، وفيما يلي بيان لنصوص القوانين.
1. قانون الأحوال الشخصية العراقي<sup>(1)</sup>:  
 جاء في المادة السادسة " لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبنية فيما يلي:  
 أ. اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.  
 ب. سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج.  
 ج. موافقة القبول للإيجاب.  
 د. شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.
  2. قانون الأحوال الشخصية الكويتي<sup>(2)</sup>:  
 جاء في المادة الحادية عشرة الفقرة أ " يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين سامعين معا كلام المتعاقدين فاهمين المراد منه"  
 3. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي<sup>(3)</sup> :  
 جاء في المادة الثامنة والأربعين " يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين كلام المتعاقدين فاهمين أن المقصود به الزواج".  
 4. قانون الأحوال الشخصية القطري<sup>(4)</sup> :  
 جاء في المادة السادسة والثلاثين " يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين رجلين، ويشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً بالغاً مسلماً عدلاً سامعاً للإيجاب والقبول، فاهماً أن المقصود بهما الزواج".  
 5. قانون الأحوال الشخصية البحريني<sup>(5)</sup>:  
 جاء في المادة السابعة والعشرين " يشترط في الشاهد أن يكون ذكراً عاقلاً بالغاً مسلماً من أهل الثقة، سامعاً للإيجاب والقبول فاهماً أن المقصود بهما الزواج".  
 6. قانون الأحوال الشخصية العماني<sup>(6)</sup> :  
 جاء في المادة الثامنة والعشرين " يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين، بالغين، عاقلين، رجلين من أهل الثقة، سامعين معا كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه".

(1) قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959م، المادة 6، فقرة د.

(2) قانون الأحوال الشخصي الكويتي، رقم 51، لسنة 1984م، المادة 11، فقرة أ، ص 16.

(3) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 لسنة 2005م، ط2، 1438هـ، 2017م، ص 30.

(4) قانون الأحوال الشخصية القطري، قانون رقم 22، لسنة 2006م، ص 21، نقلاً عن الميزان البوابة القطرية القانونية.

(5) قانون الأحوال الشخصية البحرينية، قانون رقم 19 لسنة 2009م القسم الأول، نقلاً عن الموقع الإلكتروني لوزارة العدل والشؤون الإسلامية

والأوقاف لمملكة البحرين.

(6) قانون الأحوال الشخصية العماني، رقم (32)/97 صدر في 15/6/1997، ص 4.

7. قانون الأحوال الشخصية الجزائري<sup>(1)</sup>:

جاء في المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية الجزائري

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج

الصداق

الشاهدان

انعدام الموانع الشرعية للزواج.

8. قانون الأحوال الشخصية المغربي<sup>(2)</sup>:

جاء في المادة 13 من قانون الأحوال الشخصية المغربي النص الآتي " يجب أن تتوفر في عقد الزواج

الشروط الآتية:

1. أهلية الزوج والزوجة.

2. عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.

3. ولي الزواج عند الاقتضاء.

4. سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.

5. انتفاء الموانع الشرعية.

ويلاحظ من المادة الثالثة عشرة أنها لم تنص على رجلين عدلين، لكن في المادة الرابعة عشرة جاءت مفسرة لها ومبينة أن الشهود لا بد من رجلين عدلين حيث جاء فيها " يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق وحضره شاهدان مسلمان".

9. قانون الأحوال الشخصية التونسي<sup>(3)</sup>:

جاء في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية التونسي ما يلي: " لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين

ويشترط لصحة الزواج إسهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر الزوجة".

(1) قانون الأحوال الشخصية الجزائري، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق 9 يونيو، سنة 1984م، مادة 9 مكرر جديدة، ص3.

(2) قانون الأحوال الشخصية المغربي المسمى "مدونة الأسرة" صيغة محينة بتاريخ 25/يناير/2016م، القانون رقم 70:03 محرر في 3/فبراير/2004م، ص12.

(3) مجلة الأحوال الشخصية التونسية بتاريخ 13/8/1966م.

**الفرع الثاني: قوانين الأحوال الشخصية العربية التي تجيز شهادة رجل وامرأتين.**

أما قوانين الأحوال الشخصية العربية التي تجيز شهادة رجل وامرأتين على عقد الزواج فهي:

**أولاً: قانون الأحوال الشخصية الأردني<sup>(1)</sup>:**

جاء في المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما نصه: " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين من المسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما".

**ثانياً: قانون الأحوال الشخصية السوداني<sup>(2)</sup>:**

جاء في المادة السادسة والعشرين من قانون الأحوال الشخصية ما نصه " يشترط في الشاهدين أن يكونا رجلين أو رجلاً وامرأتين مسلمين مكلفين من أهل الثقة، سامعين للإيجاب والقبول فاهمين أن المقصود بهما الزواج"

**ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>(3)</sup>:**

جاء في المادة الثانية عشرة من قانون الأحوال الشخصية السوري ما نصه " يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما".

أما القانون المصري فلم أجد نصاً صريحاً بشهادة رجل وامرأتين إلا أن القانون المصري ينص على أنه يعمل وفق المذهب الحنفي فيما لا نص فيه عندهم أي أنهم يقبلون شهادة امرأتين مع رجل.

ويلاحظ من خلال العرض السابق لقوانين الأحوال الشخصية العربية أنهم منقسمون إلى قسمين: قسم يذهب مذهب الجمهور في منع شهادة النساء مطلقاً وهي العراق والكويت والمغرب والإمارات وتونس والبحرين والجزائر وعمان وقطر ولبنان.

وقسم يذهب مذهب الحنفية في جواز شهادة النساء لكن مع وجود الرجل وهي: الأردن وسوريا والسودان ومصر وفلسطين.

وترى الباحثة ضرورة تشريع قانون يتسنى معه للقاضي أن يقبل شهادة النساء منفردات على عقد الزواج إن رأى القاضي ضرورة.

أو وجود قانون يجيز للقاضي تثبيت عقد شهدت عليه النساء كما ذكرنا بالترجيح.

فإذا كان هناك رجال فالأولى شهادتهم على عقد الزواج وإن تعذر فتجوز شهادة النساء فالميسور لا يسقط بالمعسور، وهذا من باب السياسة الشرعية وتقديم الأصلح على الصالح. فمصلحة الزواج وحفظ الأعراض والأنساب مقدمة على مصلحة شهادة الرجلين على العقد، والقاعدة الفقهية تقول "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"<sup>(4)</sup>.

(1) قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 15 لسنة 2019م، المادة الثامنة الفقرة أ.\*ملاحظة: هذا القانون هو المعمول به في الضفة الغربية في فلسطين.

(2) قانون الأحوال الشخصية السوداني، لعام 1991م، المادة 26، الفصل الخامس، الفرع الأول الشهادة في الزواج.

(3) قانون الأحوال الشخصية السوري، قانون 59 لعام 1953م، الكتاب الأول، الفصل الأول: الرضا والعلانية.

(4) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب (ت: 771هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، 1991م، ج1، ص105.

## الخاتمة

توصل البحث إلى النتائج الآتية:

1. معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية تجعل من الشهادة على عقد الزواج شرطاً لصحة العقد ومنها الأردن والعراق والكويت ولبنان ومصر وتونس والمغرب والجزائر.
2. يرى جمهور الفقهاء منع شهادة النساء مطلقاً على عقد الزواج.
3. يرى الحنفية إلا زفر منهم جواز شهادة النساء بوجود رجل على عقد الزواج.
4. ذهب الظاهرية إلى جواز شهادة النساء منفردات على عقد الزواج.
5. الراجح في شهادة النساء على عقد الزواج استحباب تقديم الرجال فإن تعذر فتجوز شهادة النساء منفردات عليه أو مع رجل.
6. انقسمت قوانين الأحوال الشخصية إلى قسمين قسم مع الجمهور وهي قوانين الأحوال الشخصية العراقية والكويتية والإماراتية والقطرية والبحرينية والعمانية والجزائرية والمغربية، وقسم ذهب إلى رأي الحنفية في جواز شهادة رجل وامرأتين وهي قوانين الأحوال الشخصية الأردنية والسورية والسودانية والمصرية.
7. لم تتوصل الباحثة في حدود ما اطلعت عليه من قوانين الأحوال الشخصية العربية يجيز شهادة النساء مطلقاً.

## التوصيات

يوصي البحث بما يلي:

1. تشريع قوانين يتسنى للقاضي بها قبول شهادة النساء منفردات على عقد الزواج في الأردن وفي غيرها من البلاد العربية.
2. عمل مؤتمر يتناول شهادة المرأة في الإسلام والشبهات التي تثار في المسألة.

## المصادر والمراجع

## اولا: الكتب الفقهية

1. الأنصاري، زكريا محمد بن أحمد، أسنى المطالب، دار الكتاب، د.ط، د.ت.
2. الأنصاري، زكريا محمد بن أحمد، فتح الوهاب شرح المنهاج، دار الفكر، 1414هـ، 1994م، د.ط.
3. البابرتي، محمد بن محمد (ت786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د.ط، د.ت.
4. البخاري، محمد بن إسماعيل (ت:206هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
5. البهوتي، منصور بن يونس (ت:1051هـ)، دقائق أولي النهى، عالم الكتب، د.م، ط1، 1414هـ.
6. البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د.م، د.ت.
7. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (ت:458هـ)، شعب الإيمان، ط1، 1423هـ، 2003م.
8. الجصاص، أحمد بن علي (ت:370هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق الفحماوي، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، 1405هـ.
9. ابن حجر، أحمد بن محمد العسقلاني (ت:852هـ)، تلخيص الحبير، دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ.
10. ابن حجر، العسقلاني، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية، د.ط، د.م، 1357هـ.
11. ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، تحقيق: أحمد شاکر، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1997م.
12. الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ، 1992م.
13. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتب البحوث، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.
14. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد (ت:977هـ)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ، 1994م.
15. الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي، دار الفكر، د.ط، د.ت.
16. ابن رشد، محمد بن أحمد (ت:520هـ)، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ، 1988م.
17. ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1425هـ، 2004م.
18. الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة (ت:1004هـ)، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ.
19. الزجاج، إبراهيم بن السري (ت:311هـ)، معاني القرآن الكريم وإعرابه، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408هـ، 1988م.
20. الزيلعي، عثمان بن علي (ت:743هـ)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ.

21. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب(ت: 771هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ، 1991م.
22. السرخسي، محمد بن أحمد(ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ط، 1414هـ.
23. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس(ت: 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ، 1990م.
24. الشافعي، محمد بن إدريس(ت: 204هـ)، مسند الشافعي، تحقيق: ماهر ياسين فحل، شركة غراس، الكويت، ط1، 1425 هـ، 2004 م.
25. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف، تحقيق: كمال يوسف، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
26. شَيْخِي زَادَه، عبد الرحمن بن محمد(ت: 1078هـ)، مجمع الأنهر، دار إحياء التراث، د.ط، د.ت.
27. الصابوني، عبد الرحمن، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره.
28. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد(ت: 1241هـ)، بلغة السالك، دار المعارف، د.ط، د.ت.
29. ابن عابدين، محمد أمين(ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1412هـ، 1992م.
30. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله(ت: 413هـ)، الكافي، تحقيق: محمد أحمد، مكتبة الرياض، السعودية، ط2، 1400هـ، 1980م.
31. المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ، 1994م.
32. ابن عبده، مصطفى بن سعد، مطالب أولي النهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ، 1994م.
33. الغنيمي، عبد الغني بن طالب(ت: 1298هـ)، للباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.ت، د.ط.
34. ابن فارس، أحمد بن زكريا، تحقيق: عبد السلام هارون، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د.م، د.ط، 1399هـ، 1979م.
35. الفيروز أبادي، مجد الدين محمد(ت: 817هـ)، القاموس المحيط، مكتب التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8.
36. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد(ت: 620هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، د.ط، 1388هـ.
37. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي من فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ، 1994م.
38. القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، د.ط، د.ت.
39. القرافي، أحمد بن إدريس(ت: 684هـ)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
40. القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم طفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1834هـ، 1964م.
41. ابن القيم، أبو عبد الله محمد، الطرق الحكيمة، مكتبة المؤيد، دار البيان، ط1، 1410هـ، 1989م، بيروت، لبنان.

42. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ، 1991م.
43. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود(ت: 587هـ)، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ ، 1986م.
44. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1999م.
45. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان(ت: 885هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، د.ت.
46. مسلم، أبو الحسن بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت.
47. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم(ت: 319هـ)، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، دار المسلم، ط1، 1425هـ، 2004م.
48. ابن منظور، محمد بن مكرم(ت: 711هـ)، لسان العرب، دار راصد، بيروت، ط3، 1414هـ.
49. النفرواني، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د.ط، د.م، 1415هـ.

#### ثانيا: الكتب القانونية

50. كريم، فاروق عبد الله، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م.  
ثالثا:المجلات و المدونات
51. مجلة الأحوال الشخصية التونسية بتاريخ 13/8/1966م.
52. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د.ط، د.ت.
53. مدونة الأسرة صيغت بتاريخ 25 يناير 2016م، القانون رقم 70.03، محرر في الرباط في 3 فبراير، 2004م.
- رابعا: المواقع الالكترونية
54. موقع الإسلام ويب، خمسة شروط لصحة النكاح ، رقم الفتوى 1766، الاثنين، 4/ ذو الحجة/1424هـ، 2004/1/26م.
55. موقع فتاوى الصاوي لفضيلة الشيخ صلاح الصاوي، الفقه، المعاملات، أحكام النكاح، اشتراط الذكورة في الشهود على عقد الزواج fatawaalsawy.com.

## أثر وسائل الاتصال الحديثة على التصرفات القانونية للإدارة في المملكة الأردنية الهاشمية The Effect of Modern Means of Communication on the Legal Transactions of the Administration in the Hashemite Kingdom of Jordan

صهيب أحمد عيد المناصير \*

### الملخص

سعت الإدارة في المملكة الأردنية الهاشمية نحو تطبيق مفهوم الإدارة الإلكترونية - لاسيما - على التصرفات القانونية المنفردة ومثالها القرارات الإدارية بصفقتها انعكاساً للإفصاح عن إرادتها، ونلمس ذلك من خلال ما أصدره المشرع الأردني من تشريعات حديثة تصب جُلها في تعزيز مفهوم الإدارة الإلكترونية، وعلى رأسها قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015، ونظام المشتريات الحكومية الجديد رقم 28 لسنة 2019، وتعليمات استخدام الوسائل الإلكترونية في عملية التقاضي، وما أدخله من تعديلات على قانون القضاء الإداري الجديد رقم 27 لسنة 2014 في اعتبار الوسائل الإلكترونية أحد وسائل العلم بالقرار الإداري، وهذا ما يؤكد لنا عزم الإدارة والمشرع في المضي قُدماً نحو خلق نظام قانوني متكامل قوامه الإدارة العامة الإلكترونية سمتته التخلص من الطابع الورقي إلى اللأورقي.

**الكلمات الدالة:** الحكومة الإلكترونية، التصرفات القانونية، العقود الإدارية الإلكترونية، القرار الإداري الإلكتروني، وسائل الاتصال الحديثة، المشروعية.

### Abstract

The administration in the Hashemite Kingdom of Jordan has sought to apply the concept of e-management, particularly to individual legal actions, such as administrative decisions, as a reflection of its will, and we see this through the recent legislation issued by the Jordanian legislature, which, to a large extent, aimed at promoting the concept of e-management, on top of which is the Electronic Transactions Act No. 15 of 2015, the new government procurement by-law No. 28 for 2019, the instructions for the use of electronic means in the litigation process, together with the amendments it made to the new Administrative Justice Law No. 27 of 2014 in 2014, considering electronic means as one of the means of knowledge of the administrative decision, which confirms the determination of the administration and the legislator to move towards the creation of an integrated legal system based on electronic public administration characterized by the elimination of the paper-to-non paper nature.

**Keywords:** E-Government, Legal Conduct, Electronic Administrative Contracts, Electronic Administrative Decision, Modern Means of Communication, Legality.

**المقدمة:****أولاً: التعريف بموضوع الدراسة وأهميتها:**

يشهدُ العالمُ حالياً تطوُّراتٍ مُتتاليةٍ في مجال التكنولوجيا بشكل عام، وفي مجال نُظم الاتصالات بشكل خاص، حيث أدى ذلك إلى إحداث الكثير من التغييرات الجذرية في أساليب إدارة المرفق العام وفي ممارسة الإدارة لنشاطاتها المختلفة سواءً على صعيد العقود الإدارية أو القرارات الإدارية.

وقد تحول نشاط الإدارة إلى ما يُعرف بالإلكترونية شيئاً فشيئاً حتى أصبحنا أمام مفاهيم مستحدثة تتمثل بالعقد والقرار الإداري الإلكتروني، وهو نتاجٌ طبيعي لنهج جديد بدأت تسلكه الإدارة حتى أصبح أسلوب إدارة، تتم الاستعانةُ فيه بوسائل الاتصال الحديثة، ومن هنا بادرت العديد من دول العالم إلى الاستفادة من التطوُّر التكنولوجي و تسخير وسائل الاتصال الحديثة لخدمة المرفق العام.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في إبراز الأثر الإيجابي لوسائل الاتصال الحديثة على تصرفات الإدارة العامة القانونية، ومدى استيعاب القرار والعقد الإداري للمفاهيم المستحدثة التي أدخلتها تلك الوسائل على بنائها القانوني.

**ثانياً: مشكلة الدراسة:**

يعتبر القرار والعقد الإداري الإلكتروني من الصور المستحدثة لمفهومها التقليدي، والذان تعبر من خلالهما الإدارة العامة عن إرادتها، فتلك التصرفات القانونية المنفردة لم تكن بمنأى عن التطورات التكنولوجية التي عصفت بنهج الإدارة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية، وتكمن مشكلة هذه الدراسة حول مدى كفاية التشريعات ذات الصلة في استيعاب المفاهيم المستحدثة التي دخلت على تلك التصرفات والتي ساهمت بظهور العقد والقرار الإداري بصورته المستحدثة، كطرق إبرام العقود الإدارية وكيفية التعاقد مع الإدارة العامة و التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونياً، بالإضافة إلى طريقة تقديم ذوي الشأن الطلبات الإلكترونية للإدارة العامة في مجال القرار الإداري الإلكتروني، وكيفية إعلانهم بمضمون تلك القرارات.

**ثالثاً: إشكالية الدراسة:**

- 1- ندرة المراجع القانونية والفقهية المتخصصة.
- 2- ندرة الرسائل العلمية والأبحاث القانونية التي تتناول هذا الموضوع.
- 3- قلة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري بخصوص هذه الدراسة.

**رابعاً: منهجية الدراسة:**

ونسستخدم في دراستنا هذه منهجاً قانونياً يتراوح ما بين الأسلوب التحليلي والوصفي المقارن مرتكزين من خلالها على النصوص القانونية التي تتسم بالحدثة لدى التشريعات المقارنة.

والجدير بالذكر أن الإدارة لم تكن بمنأى عن ركب التطور التكنولوجي، إذ أصبحت الحاجةُ ملحةً لوضع نظامٍ قانونيٍّ يحكِّمُ تعاقدات الإدارة وقرارتها إلكترونياً، لذا اتجهت جُلُّ التشريعات المقارنة نحو وضع نظامٍ قانونيٍّ يُنظِّمهما ، بُغية الوصول إلى بيئةٍ تشريعيةٍ واضحةٍ ومستقرةٍ الملامح؛ تسمح للمشرع ببسط رقابته عليها، ومراقبة مدى مشروعية استخدام وسائل الاتصال الحديثة وانسجامها مع العقد والقرار الإداري، الأمر الذي يحتم علينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي:-

المبحث الأول: ماهية الحكومة الإلكترونية.

المبحث الثاني: أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة على العقد الإداري.

المبحث الثالث: أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة على القرار الإداري.

## المبحث الأول

### ماهية الحكومة الإلكترونية

أصبحت الحاجة ملحة إلى تطويع وسائل الاتصال الحديثة واستخدامها في مجال أعمال الإدارة، فقد أدى التطور الإلكتروني في ميدان العمل الإداري إلى استحداث ما يسمى بالحكومة الإلكترونية<sup>(1)</sup>، إذ لم يعد لأي دولة تريد أن تواكب التطور التكنولوجي أي مفر سوى الأخذ بالتحول الإلكتروني والاتجاه نحو المجتمع الرقمي<sup>(2)</sup>، الأمر الذي سيؤدي إلى التحول نحو المجتمع الرقمي وبالنتيجة ظهور ما يسمى بنظام الإدارة بلا أوراق<sup>(3)</sup>، أو ما يسمى بالحكومة الإلكترونية، وسنتناول في هذا المبحث بيان ماهية الحكومة الإلكترونية من خلال بيان مفهومها وبيان أهدافها في مطلب أول، ومن ثم بيان مدى مشروعية الحكومة الإلكترونية وتطبيقها على المرفق العام في مطلب ثانٍ.

### المطلب الأول: المقصود بالحكومة الإلكترونية

يُعتبر مصطلح الحكومة الإلكترونية من المصطلحات حديثة الظهور، إذ اتجهت معظم الإدارات داخل الدولة الأردنية نحو تطبيق تلك التجربة، والجدير بالذكر أن الحكومة الإلكترونية تجد مجالها الخصب في العقود والقرارات الإدارية التي تُعتبر من أهم النشاطات التي تمارسها الإدارة وتلجأ إليها في تسيير المرافق العامة، إذ نرى أن جُل اهتمام وزارة الاقتصاد الرقمي ينصب على كيفية تطويع وسائل الاتصال الحديثة وتحديد خارطة الطريق لاستخدامها في كافة قطاعات وإدارات الدولة، للوصول إلى بيئة إلكترونية متكاملة تصب في خدمة الأفراد وتحافظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراد<sup>(4)</sup>.

وتُعتبر تسمية الحكومة الإلكترونية من التسميات الأكثر شيوعاً للدلالة على تحول النشاط الإداري نحو اللامركزية، لكن يرى بعض الباحثين ومن باب تحري دقة المصطلح استخدام لفظة الإدارة الإلكترونية للدلالة على إلكترونية الإدارة في ممارسة أعمالها، وهذا ما سنأتي عليه تباعاً في متن هذه الدراسة.

وتُعرف الحكومة الإلكترونية على أنها: "اتصال الجهات الحكومية أو الخاصة ببعضها بعضاً في نطاق المكان الواحد أو أماكن متعددة، وذلك عن طريق شبكات اتصال أدت إلى تكوين وحدة حاسوبية واحدة، ومن ثم أصبحت بمثابة البنية التحتية لتلك الأعمال"<sup>(5)</sup>.

وتُعرف الحكومة الإلكترونية أيضاً على أنها: "إعادة اختراع لطريقة الحكم والقيادة والإدارة، تقوم على تشبيك كافة المؤسسات الحكومية ضمن إطار تفاعلي واحد يستلزم ابتداءً كل دائرة على استقلال وربطها معاً لتؤدي الخدمة للجمهور عبر الوسائل

(1) د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، بحث منشور، مجلة جامعة الأزهر - غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 2 (ب)، 2015، ص339.

(2) أ. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص28.

(3) د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مرجع سابق، ص339.

(4) هكذا أصبح مسمى وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وتغيير اسمها ليصبح وزارة الريادة والاقتصاد الرقمي، وذلك بعد صدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على ذلك بتاريخ 12-5-2019، وهي تُعد أول وزارة من نوعها في المنطقة، حيث تُعنى بالبنية التحتية الرقمية، والمهارات الرقمية، والريادة الرقمية، والخدمات المالية الرقمية، والمنصات الرقمية.

(5) أ. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص29.

الإلكترونية" (1). كما عرفها بعض آخر من الباحثين على أنها: "استغلال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتطوير وتحسين تدبير الشؤون العامة، ويتمثل في إنجاز الخدمات الحكومية الرسمية، سواءً بين الجهات الحكومية أو بينها وبين المتعاملين معها بطريقة معلوماتية تعتمد على الإنترنت وفق ضمانات أمنية تحمي المستفيد والجهة صاحبة الخدمة" (2).

والجدير بالذكر أنّ المفاهيم السابقة للحكومة الإلكترونية نجد أن جُلّها قد ركزت على توافر شبكة الإنترنت والبنية التحتية التقنية اللازمة في سبيل تحقيق الربط الإلكتروني ما بين كافة إدارات ووزارات الدولة بشكل تتلشى معه الحدود الجغرافية خدمةً للصالح العام بُغية الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واضطراب، بحيث يكون المجال الافتراضي ساحةً للتفاعل والتواصل من خلال محاكاة ذلك العالم للتخلص من الروتين والبيروقراطية في العمل الإداري، وعلى ذلك تمثل الحكومة الإلكترونية المستهدف تحقيقها نموذجاً متقدماً يعتمد على استخدام المعلوماتية والتكنولوجيا المتقدمة لإحداث التغيير التحولي وليس مجرد إحداث تغييرات وقتية أو تدريجية على هياكل الأعمال القائمة بالفعل (3).

أما حول ما أثارناه سابقاً بخصوص الجدل الفقهي الذي اعترى التسمية المناسبة فيما إذا كان مصطلح الحكومة الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية هو الأنسب للدلالة على تحول عمل إدارات الدولة اللورقي أو في فلك المجال الافتراضي، فنسجد أن ذلك الاختلاف كان محوره هو شمول السلطات الثلاثة ( التنفيذية، التشريعية، القضائية) بمعنى الحكومة بوصفها الدستوري أو بوصفها الإداري مع استبعاد السلطة القضائية والتشريعية من نطاق هذا المفهوم.

فقد ذهب بعض الفقه إلى الأخذ بمفهوم الإدارة الإلكترونية للدلالة على النهج والأسلوب الجديد في إدارة الدولة وتسيير المرفق العام كمصطلح أدق من لفظة الحكومة الإلكترونية من خلال استخدام تكنولوجيا المعلومات الرقمية وتقديم الخدمات المرفقية، والتواصل مع المواطنين لمزيد من الديمقراطية ويطلق عليها أحياناً حكومة عصر المعلومات أو الإدارة بغير أوراق (4).

وتتلخص الحجج والأسانيد التي ذهب إليها الكثير من فقهاء القانون الإداري حول اختيار لفظة الإدارة الإلكترونية للدلالة على نطاق التحول الإلكتروني، بأن الغالبية يرون أننا بصدد تطوير للعمل الإداري ووضعه في قالب مستحدث كنتاج حتمي للثورة المعلوماتية وظهور العالم الافتراضي، بحيث لا يشمل ذلك مفهوم الحكومة من الناحية الدستورية وشمولها لكافة السلطات المكونة للحكومة بمفهومها التقليدي والمتعارف عليه (5)، وفي رأينا إن استخدام لفظة الإدارة الإلكترونية هي الأنسب في سياق الدلالة على تحول الإدارة في أعمالها خارجةً عن نسقها التقليدي، فنحن بصدد الحديث عن الأعمال الإدارية بشكل محدد والتي تمارسها الأخيرة في تسيير المرفق العام بانتظام واضطراب (6)، أي بمعنى آخر أننا أمام حكومة إلكترونية بمفهوم الاستبعاد أي باقتصارها فقط على السلطة التنفيذية (7). ومن وجهة نظرنا ولأغراض هذه الدراسة فإننا نذهب إلى الأخذ

(1) المستشار أمير فرج يوسف، المحاكم الإلكترونية والنقاضي الإلكتروني، ب.ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص19

(2) أ. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص31.

(3) د. سحر قدوري الرفاعي، الحكومة الإلكترونية وسبل تطبيقها: مدخل استراتيجي، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السابع، ص309.

(4) د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2005، ص411.

(5) للمزيد حول ذلك الرأي انظر: د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على تصرفات الإدارة القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مرجع سابق، ص340 و ما بعدها.

(6) سبق أن انتهينا إلى هذا الرأي في دراستنا السابقة، انظر: د. صهيب أحمد المناصير، نحو تنظيم قانوني للعقود الإدارية الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019، ص80.

(7) الحكومة بطريق الاستبعاد تعني: (كل ما لا يعتبر من قبيل السلطة التشريعية أو السلطة القضائية)، للمزيد حول مفهوم الحكومة بطريق الاستبعاد انظر د. بشير علي باز، دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص31.

بمصطلح الإدارة العامة الإلكترونية للدلالة على التحول الإلكتروني الذي طرأ على أعمال الإدارة العامة، إذ نرى أن لفظة الإدارة الإلكترونية أدق من لفظة الحكومة الإلكترونية - لاسيما- وأنا نتحدث هنا عن أعمال إدارية بحتة، الأمر الذي يستقيم معه استبعاد السلطة القضائية والإبقاء على كل من السلطة التشريعية والتنفيذية في نطاق ذلك المفهوم، وعليه فإننا ننتهي استخدام لفظة الإدارة العامة الإلكترونية في هذه الدراسة وغيرها.

ومن المسلم به أن التحول الإلكتروني سيشمل كافة أعمال الإدارة بلا استثناء، وذلك لتحقيق أهداف برنامج الإدارة الإلكترونية التي سنجملها بما يلي:

1- **رفع مستوى الكفاءة الإدارية:** حيث تعمل على رفع كفاءة العنصر البشري وزيادة إنتاجهم والتخلص من البيروقراطية والروتين.

2- **تحسين مستوى الخدمات المقدمة للجمهور:** تعزز الإدارة الإلكترونية مستوى الخدمات المقدم للجمهور ومتلقي الخدمة، مما يسهل حصولهم على الخدمة المطلوبة مع التقليل من الوقت والجهد المبذول<sup>(1)</sup>.

3- **تيسير الإجراءات الإدارية:** يتم ذلك من خلال التخلص من الدورة المتعارف عليها في إنجاز المعاملات التقليدية، فمن خلال الإدارة الإلكترونية وما تتمتع به من خاصية المجال الافتراضي ستمتاز المعاملات بسرعة إنجازها والتقليل من المخطط التقليدي لسير المعاملات وإنجازها<sup>(2)</sup>.

4- **التقليل من مظاهر الفساد الإداري والمالي:** تُسهم الإدارة الإلكترونية في التقليل من مظاهر الفساد الوظيفي والمالي، إذ تُساعد هذه الإدارة على التقليل من التعامل المباشر ما بين الموظف العام والجمهور، وتحقيق الشفافية الإدارية من خلال تحري العدالة في الخدمات المقدمة لجمهور المواطنين<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: مدى مشروعية تطبيق الحكومة الإلكترونية على المرفق العام

إن تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية يتطلب أن يكون هناك مصدر يُضفي عليها المشروعية، فتطبيق الحكومة الإلكترونية لا يعني إلغاء القوانين التي تتعامل بها الإدارة، وإنما وضع نشاطها وأعمالها في قالب مستحدث من خلال تطويع هذه النصوص وجعلها قابلةً للتطبيق على شكل نموذج إلكتروني، بحيث تكون وسائل الاتصال الحديثة هي الأدوات الجديدة المستخدمة في إبراز نشاط الإدارة إلى حيز الوجود بعيداً عن النهج التقليدي المستخدم سابقاً، الذي يتخذ صفة الورقية في غالب الأحيان.

فإذا كان الأساس في نظام الحكومة التقليدية يحتاج للمشروعية كميّار يُقاس به صحة تصرفات الإدارة من عدمها، فمتى كان ذلك التصرف محتماً بمظلة الشرعية القانونية نستطيع القول بصحته، وبخلاف ذلك يصبح تصرف الإدارة منعماً أو باطلاً لا أثر له<sup>(4)</sup>، وتستمد تصرفات الإدارة شرعيتها من النصوص القانونية التي تنظم أعمالها، وتحدد شكلها القانوني والسلطة المختصة في إجرائها<sup>(5)</sup>، والتي تشكل العمود الفقري لهذا النشاط في ظل الدولة الحديثة، الذي تعاطم دورها في ظل

(1) شوقي ناجي جواد، "محمد خير" سليم أبو زيد، الأبعاد المستقبلية للحكومة الإلكترونية في الأردن: متطلبات النجاح، بحث منشور، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد3، العدد3، 2007، ص285.

(2) د. مها حمد العصيمي، العقود الإدارية في ظل الحكومة الإلكترونية، ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص16.

(3) د. مها حمد العصيمي، العقود الإدارية في ظل الحكومة الإلكترونية، مرجع سابق، ص17-16.

(4) أ.د. أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على تصرفات الإدارة القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص23.

(5) مبدأ المشروعية بمعناه العام يعني سيادة القانون، أي أنّ جميع الأشخاص الذين يقيمون على أرض الدولة، بالإضافة إلى السلطات الثلاث وجميع أجهزتها وهيئاتها ودوائرها، خاضعة للقواعد القانونية سارية المفعول في الدولة، أما مبدأ المشروعية في الفضاء الإداري يعني "خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية "الإدارة العامة" للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف قواعده"، ويقوم مبدأ المشروعية على مجموعة من

ما يسمى بعصر تطوير الإدارة وتحديثها<sup>(1)</sup>، فهي التي تحدد طبيعة نشاط الإدارة إذا كان أدائياً أو نشاطاً تحكمه قواعد القانون الخاص وبالتالي إضفاء الشرعية القانونية على تلك التصرفات والنشاطات<sup>(2)</sup>.

**والسؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هنا هو مدى مشروعية لجوء الإدارة إلى استخدام وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة وصحة التصرفات القانونية التي تبرمها أو تصدر عن الإدارة في ظل التحول الإلكتروني لأعمالها؟**

ولما كان العالم الافتراضي المرتكز في بنيانه على الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت بشكل مجمل هو الفلك الجديد الذي سيكون مهداً لولادة الإدارة الإلكترونية، لذا سنذهب بالقول الحتمي أن تلك الإدارات ستذهب ومن تلقاء نفسها نحو مواكبة التطور التكنولوجي وإتاحة الفرصة لوسائل الاتصال الحديثة لتدخل نطاق التصرفات القانونية التي تقوم بها انطلاقاً من خاصية المرونة والقابلية في التعديل والتغيير التي يتمتع بها المرفق العام وحق الإدارة بأن تُدخل على إدارة المرافق العامة ما تراه مناسباً على الخدمات المقدمة للمنتفعين حتى يتحقق الهدف من إدارته وهو تحقيق النفع والصالح العام، لأن من المصلحة العامة أن يتابع المرفق العام تطورات الحياة ومستلزماتها<sup>(3)</sup>، وقد أثار رغبة الإدارة الجامعة في التحول نحو الإدارة الإلكترونية في أعمالها - لا سيما تلك التي تدخل ضمن نطاق التصرفات القانونية<sup>(4)</sup> - حفيظة بعض الفقه الناقد مؤكدين رفضهم لذلك التحول مؤسسين نقدهم على أن ذلك التحول ما هو إلا تجاوز وتعدي صارخ على أصول القانون الإداري الذي يخاطب الإدارة لا جهاز الحاسوب، وأن جهاز الحاسب الآلي لا يمكنه أن يحل مكان الإدارة في إصدار القرار أو إبرام العقد

القواعد القانونية التي يتكون منها نظام الدولة القانوني، الوارد في جميع مصادر القانون سواء أكانت هذه المصادر مكتوبة أم غير مكتوبة، التي يعود إليها القاضي الإداري في قراراته وأحكامه الصادرة، ورغم أن مبدأ المشروعية يعد مبدأ من المبادئ القانونية واجبة التطبيق، إلا أنه قد يتضيق من نطاقه في ظل الظروف غير العادية والاستثنائية التي تعترى الهيئات والدوائر الإدارية أثناء قيامها بمهامها لتحقيق الصالح العام، للمزيد حول مفهوم المشروعية انظر: علي يونس السنجاري، مركز الإدارة في دعوى الإلغاء والقضاء الكامل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2004، ص 74 وما بعدها.

(1) أ.د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 45.

(2) أ.د. محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018، ص 69.

(3) أ.د. نواف كنعان، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 346. أ.د. محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 194.

وفي أحكام المحكمة الإدارية الأردنية يُنظر بهذا الخصوص في حكم المحكمة الإدارية رقم 356 لسنة 2019 - الصادر بتاريخ 18-02-2020 الذي جاء فيه: "عند حصول المستدعية على الموافقات والكتب اللازمة من هيئة الاستثمار وهيئة تنظيم النقل البري باعتبارها شركة متخصصة في النقل البري الدولي وبناء على إرشاد هيئة الاستثمار بأن الشركة وفقاً لطبيعة عملها فإنها تندرج ضمن الأنشطة الاقتصادية الواردة في المادة 4/ب 4/10 من قانون الاستثمار رقم 30 لسنة 2014 وبالتالي تستفيد من قرار رئاسة الوزراء رقم 12584 الصادر بتاريخ 18/11/2015 والمتضمن من حيث النتيجة إعفاء الحافلات المشتراة لغايات النقل العام من الرسوم الجمركية واخضاعها لضريبة المبيعات بنسبة صفر ضمن شروط محددة بالقرار، ومنها أن تكون عشرون حافلة على الأقل، وهو القرار الذي أصدره مجلس الوزراء تشجيعاً للاستثمار في قطاع النقل العام وتشجيعاً لاستيراد حافلات حديثة مجهزة بأفضل المواصفات الذي سيرفع مستوى الخدمة المقدمة في هذا القطاع ولحاجة الأردن لمثل هذا النشاط بهذا المستوى ولحسن سير المرفق العام.

و حكم المحكمة الإدارية رقم 103 لسنة 2019 - الصادر بتاريخ 04-12-2019 الذي جاء فيه: "تأسيساً على ذلك فلا تثريب على جهة الإدارة إن هي أعملت سلطاتها التقديرية، ما دام أن قرار النقل قد تم فيه مراعاة مصلحة العمل وحسن سير المرفق العام وتنظيمه والاستخدام الأمثل للموارد البشرية وتتميتها عند اتخاذه، حيث إن المعيار في ذلك هو الصالح العام، مما يندرج في السلطة التقديرية للإدارة التي تقدر مصلحة ذلك المرفق شريطة عدم المساس بحقوق الموظف، وحيث إن المستفاد من المادة/90 ب من نظام الخدمة المدنية المشار إليه أعلاه، أن النقل يجب أن لا يؤثر على حقوق المستدعي من حيث الدرجة والراتب الأساسي والأقدمية، وجميعها لم تتأثر من نقل المستدعي".

(4) يقصد بتصرفات الإدارة القانونية: " ما تستخدمه السلطة الإدارية من طرق، وما أوكله القانون إليها من سلطات، لأداء المهمة الموكولة إليها، وهي أداء العمل الإداري، ومن هذه التصرفات القرار الإداري والعقد الإداري"، للمزيد حول مفهوم تصرفات الإدارة القانونية انظر: أ. د أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على تصرفات الإدارة القانونية، مرجع سابق، ص 16. أ. د محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 319 وما بعدها.

نظراً لما يميزهما من خصوصية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن تلك الأعمال تؤدي حتماً إلى ترتيب التزامات وحقوق متبادلة ما بين الإدارة وجمهور المتعاملين معها<sup>(1)</sup>.

إلا أن أصحاب هذا الاتجاه كانوا عرضةً للنقد، حيث ظهر فريقٌ آخر يرى عكس ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول، ونادوا بجواز لجوء الإدارة إلى وسائل التكنولوجيا والاتصالات الحديثة في تسيير أعمالها وفي إبرام تصرفاتها القانونية، مؤسسين رأيهم على خصائص المرفق العام وقابليته للتعديل والتطوير باستمرار، حيث إن القانون الإداري هو قانون متطور يستجيب لتطلعات الإدارة ورغبتها في تطوير ذاتها في ظل تعدد نشاطاتها بما يكفل حقها في التميز والتقدم في ظل اختلاف مفهوم الإدارة ودورها وتوجهها نحو السوق العالمي، وأن إدخال وسائل الاتصال الحديثة لا يعني إطلاقاً حلول الآلة محل العنصر البشري، فنحن أمام اختلاف الوسائل التي تمارس بها الإدارة وتعبير من خلالها عن تصرفاتها القانونية لا أكثر، وبمعنى آخر نحن أمام إدارة مستحدثة من حيث الأدوات<sup>(2)</sup>.

والجدير بالذكر أن مشروعية تصرفات القانونية التي تبشرها الإدارة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية تأتي من المصدر الأول لها المتمثل بقانون المعاملات الإلكترونية القديم<sup>(3)</sup>، الذي يُعتبر النواة الأولى للتحويل الإلكتروني في المملكة في مختلف المجالات بشكل عام وفي ممارسة الإدارة لنشاطاتها بشكل خاص - لا سيما - أن العديد من الإدارات ذهبت لإقرار تشريعات خاصة تنظم أعمالها إلكترونياً كإبرام العقود وغيرها من التصرفات القانونية<sup>(4)</sup>، ونتيجةً لاتجاه إرادة المشرع الأردني في إيجاد بيئة تشريعية ناظمة لتصرفات الإدارة القانونية المبرمة إلكترونياً، فقد جاءت معظم التشريعات الحديثة بصريح النص تنص على جواز استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية الحديثة والسماح لها باستخدام ما يسمى بالتوقيع والتوثيق الإلكتروني<sup>(5)</sup>، حتى وصل الأمر إلى جواز استخدام تلك الوسائل في إجراءات التقاضي<sup>(6)</sup>، ولم يقف هذا الأمر عند هذا الحد حتى وصل إلى الهيئات الإدارية المستقلة كأمانة عمان الكبرى التي سمحت لتلك الوسائل بالدخول إلى مضمار أعمالها في سبيل تحسين واقع الخدمات المقدم للمواطنين والحفاظ على سير المرافق العامة التابعة لها بكل يسر وسهولة<sup>(7)</sup>، وغيرها من الهيئات الإدارية المستقلة الموجودة في المملكة الأردنية الهاشمية، **ومن وجهة نظرنا نرى ضرورة إيجاد تشريع خاص يُنظم المعاملات**

(1) د. أعاد القيسي، النموذج الإلكتروني الموحد للقرارات الإدارية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية، " التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية"، المنعقد بمركز للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، المنعقد في الفترة ما بين 19 - 10 أيار لعام 2009، برعاية كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ومركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، المجلد الأول، ص 80 و 81.

(2) انظر في نفس هذا المعنى عند: د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مرجع سابق، ص 344.

(3) قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001، الذي ألغي بموجب قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5341 بتاريخ 17/05/2015 على الصفحة 5292.

(4) نظام المشتريات الحكومية الأردني رقم 28 لسنة 2019، الصادر بمقتضى المادتين (114 و 120) من الدستور الأردني المنشور على الصفحة 2440-2503 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5572 بتاريخ 2019/5/1.

(5) نصت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، سابق الإشارة إليه في تعريفها للتوقيع الإلكتروني بأنه: "البيانات التي تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني، أو تكون مضافة عليه أو مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره. وفي تعريفها للتوقيع الإلكتروني على أنه: "التحقق من هوية مستخدم شهادة التوقيع الإلكتروني وصحتها وصلاحتها".

(6) نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية رقم 95 لسنة 2018، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5529 بتاريخ 02/09/2018 على الصفحة 5600.

(7) تعليمات تنظيم واستخدام نظام تعليمات الخدمات الإلكترونية لأمانة عمان الكبرى، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5555 بتاريخ 16-1-2019 على الصفحة 79.

الإلكترونية الإدارية بشكل مستقل إيداناً ببء عصر الإدارة الإلكترونية كنهج مستقل له ملامحه وبيئته التشريعية، بحيث يكون المرجع والدليل التشريعي الموحد لكافة إدارت الدولة.

## المبحث الثاني

### أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة على العقد الإداري

إن تطور الحياة في شتى مناحيها قد شمل جميع المعاملات التي تبرمها الجهات العمومية، حيث اتسمت هذه المعاملات بطابع السرعة لتنفيذها من خلال الوسائل الإلكترونية، فبعد أن كانت العقود تتم بالطريقة التقليدية؛ بجلوس المتعاقدين في مجلس واحد وتبادل الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول قولاً أو كتابةً، أصبحت معظم الجهات العمومية أو حتى الأفراد يتجهون إلى استخدام الوسائل الإلكترونية عند إبرامهم لعقودهم، فتتاج التطور التقني في مجال إبرام العقود بشكل عام والإدارية بشكل خاص، كان لابد له من أن يخلق تحدياً جديداً أمام النظم القانونية والفقهية القائمة حول بيان ماهية العقد الإداري الإلكتروني.

فالعقد الإداري الإلكتروني كأحد تصرفات الإدارة القانونية لا يخرج عن مفهومه التقليدي إلا بمقدار تأثيره بالطابع الإلكتروني كنموذج مستحدث من خلال استخدام الوسائط الإلكترونية<sup>(1)</sup>، وهذا ما يعزز رأينا السابق عند الحديث والرد على أصحاب الاتجاه المعارض لفكرة استخدام الوسائل الإلكترونية في إبراز تصرفات الإدارة القانونية إلى حيز الوجود على شكل قالب إلكتروني مستحدث.

لذا سيكون لإدخال وسائل الاتصال الحديثة إلى ساحة العقود الإدارية أثر إيجابي على سير العملية التعاقدية ويُعزز مفهوم المبادئ الحاكمة له، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال بيان مفهوم العقد الإداري الإلكتروني في مطلب أول، ومن ثم بيان كيفية إبرامه مع تسليط الضوء كل ما أمكن على مدى أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة على مشروعية إبرام العقد من خلالها.

### المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني

بدأت فكرة العقد الإداري الإلكتروني بالظهور إلى حيز الوجود مع اتجاه إرادة المشرع الأردني في وضع تشريعي قانوني للمعاملات الإلكترونية<sup>(2)</sup>، فقد جاء هذا القانون مشتملاً على نواة التحول الإلكتروني في جميع أعمال وتصرفات الإدارة القانونية - لاسيما - العقود منها<sup>(3)</sup>، وعقبها صدور نظام المشتريات الحكومية الجديد الذي كان النقلة التشريعية النوعية بهذا الخصوص على اعتباره أول نظام قانوني مهمته وضع الأطر والخطوط العريضة لتنظيم عملية التعاقدات التي تبرمها الإدارة بالتزامن مع السماح لها باستخدام وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديثة<sup>(4)</sup>.

(1) د.صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2014م، ص9.

(2) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، سابق الإشارة إليه.

(3) عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، سابق الإشارة إليه، المعاملات الإلكترونية على أنها: (المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية)، كما عرفت ذات المادة الوسائل الإلكترونية على أنها: (تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة). ونصت المادة 4/4 على ما يلي: "يجوز لأي وزارة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو بلدية إجراء معاملاتها باستخدام الوسائل الإلكترونية شريطة توافر متطلبات التعامل الإلكتروني الواردة في هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه".

(4) نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد الموحد رقم 28 لسنة 2019 المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 2019/5/1، العدد رقم 5572.

ومن المسلم به أنه لهذه اللحظة لا يوجد تعريف محدد للعقد الإداري الإلكتروني بالرغم من صدور نظام المشتريات الحكومية الجديد، ولكن ذهب بعض الفقهاء مجتهداً وفي محاولة منه لإيجاد مفهوم محدد لذلك العقد بقولهم إن العقد الإداري الإلكتروني هو: "العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة أخرى أو شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص أصالةً، أو عن طريق تفويض صريح أو ضمني من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة المرفق العام وتسييره عن طريق شبكة الإنترنت، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص"<sup>(1)</sup>، إلا أنه من خلال تعرضنا لمفردات هذا المفهوم نجد أنه قد كان واضحاً ومبهماً بحيث لم يبين أثر الصفة الإلكترونية المستحدثة وفيما إذا كانت وسائل والاتصال الحديثة قادرة على الانخراط في صلب المفهوم التقليدي للعقد الإداري لتحقق معناه المراد أو لا<sup>(2)</sup>.

وقد عرفه باحثون آخرون بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام"<sup>(3)</sup>، ومن هذا المفهوم نجد أن العقد الإداري الإلكتروني هو صورة مستحدثة للعقد الإداري وليس صورة من صورته، فهو ذات العقد الإداري المألوف مع النظر إلى اختلاف وسيلة إبرامه<sup>(4)</sup>، مما سبق نستنتج أن العقد الإداري الإلكتروني هو ذات العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة من خلال العالم الافتراضي كنتيجة لتحويلها نحو اللامركزية في ممارسة أعمالها وإبرامها لتصرفاتها القانونية، فهو ثمرة من ثمار الإدارة العامة الإلكترونية<sup>(5)</sup>.

ومن وجهة نظرنا نرى أن العقد الإداري الإلكتروني يتجسد في التقاء إرادتي طرفيه بواسطة العالم الافتراضي المتمثل باستخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة لإحداث أثر قانوني معين بنيانه العقد الإداري بمفهومه التقليدي، وعليه يمكننا القول: "إن العقد الإداري الإلكتروني ما هو إلا نتاج التحول الرقمي الذي تبتغيه الإدارة الحديثة كاستجابة للثورة المعلوماتية التي استحوذت على كافة قطاعات الحياة - لا سيما- أعمال الإدارة وتصرفاتها، وبالنتيجة وصف كافة تصرفاتها بالصفة الإلكترونية وظهورها من خلال دعائم إلكترونية معدة مسبقاً لذلك"، والجدير بالذكر أن فكرة العقود الإدارية الإلكترونية لم تظهر حتى وقتنا الحالي على شكل نظرية مستقلة بحد ذاتها، وإنما بقيت في كنف النظرية التقليدية للعقد الإداري مروراً بنظرية العقد الإلكتروني التي نحيل عليها في بحثنا عند بيان وتحري الأثر القانوني لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة

(1) أ. رحيمة الصغير بن ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 54.

(2) تُعتبر مسألة تحديد المعايير اللازمة لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود، من المسائل التي أحاطت بها الصعوبات بما تُثيره من مشكلات في التطبيق، وأدت إلى إظهار أزمة حقيقية في معايير العقد الإداري، مما يُضفي على فكرة العقد الإداري نوعاً من عدم الوضوح - لا سيما- ذلك المعيار الذي يشترط تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة، كحق الإدارة في إلغاء عملية التعاقد بإرادتها المنفردة، وقد حدد المشرع الفرنسي والمصري معايير تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود المدنية، المتمثلة بما يلي:

1- وجود نص قانوني صريح على اعتبار العقد عقداً إدارياً .

2- تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

3- أن يكون الغرض من إبرام العقد تسيير المرفق العام لتحقيق الصالح العام.

-المزيد حول ماهية العقد الإداري بمفهومه التقليدي وموقف الفقه والقضاء المقارن إزاء هذه المسألة لطفاً يُراجع دراستنا السابقة، نحو تنظيم قانوني للعقود الإدارية الإلكترونية، مشار إليها سابقاً، ص 43 وما بعدها.

(3) أ.د. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون، دراسات، المجلد 34 (ملحق)، 2007، ص 659، ويُنظر في نفس المعنى د. فيصل الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، بحث منشور، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد 21، العدد الثاني، يونيو، 2013، ص 339.

(4) أ.د. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 660.

(5) أ.د. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 660.

وانعكاسها إيجاباً على تصرفات الإدارة القانونية - لا سيما - العقود، ويرى بعض الفقه أن عدم وجود نظرية مستقلة لتلك العقود يُعزى لظهور مصطلح الإدارة الإلكترونية بعد عقود التجارة الإلكترونية<sup>(1)</sup>.

ومن هذا المنطلق فإننا نرى أن المشرع الأردني كان موفقاً عندما كشف الستار عن نظام المشتريات الحكومية الجديد الذي تناول صراحةً مسألة إبرام العقود الإدارية إلكترونياً على شكل نصوص أمره ودفع بها إلى مضمار العالم الرقمي لتواكب ما يشهده العالم من حركات تحررية من العالم المادي والورقي، ومع ذلك نؤكد أن النظرية العامة للعقود الإدارية الإلكترونية في المملكة ستشهد بزوغ فجر جديد على ضوء تسليط المشرع الضوء عليها ووضع النظام القانوني لها ووضعها في نطاق المشروعية.

### المطلب الثاني: طرق إبرام العقد الإداري الإلكتروني

لقد بدأت بوادر اهتمام المشرع الأردني تظهر إلى حيز الوجود بإقراره قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015م بصفته الدائمة، بعدما أقرّ لأعوام طويلة قانوناً مؤقتاً، كما أسلفنا توضيحه، إذ تُعتبر مرحلة إقرار هذا القانون بصفته الدائمة نقطة التحول الرئيسية في مسيرة التحول الإلكتروني في أعمال الإدارة، وما جاء فيه قانون المعاملات الإلكترونية سالف الذكر، وقد كشف المشرع الأردني الستار حديثاً عن نظام المشتريات الحكومية الجديد الذي أرسى بدوره الأحكام المهمة في نطاق إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، وعن نظام الشراء الحكومي الإلكتروني وعن نظام إدارة المخزون الاستراتيجي الإلكتروني أيضاً<sup>(2)</sup>، وقد نص المشرع على طريقٍ محدد تسلكه الإدارة عند رغبتها في إبرام عقودها وذلك من خلال أسلوب العطاء، وذلك في حالات التعاقد على شراء الأشغال والخدمات الفنية والاستشارية واللوازم<sup>(3)</sup>، وقد جاء نظام المشتريات الحكومية الجديد مشتملاً على مفهوم المناقصة والمزايدة الإلكترونية الأكثر شيوعاً واستخداماً من قبل الإدارة في خطوة تؤكد عزم المشرع الأردني على تطبيق مفهوم الشمولية والتحول نحو الحكومة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة.

حيث عرّف النظام الجديد المناقصة الإلكترونية على أنها: "المناقصة التي تُنفذ بوسائل من خلال نظام الشراء الإلكتروني الأردني"<sup>(4)</sup>، وأجاز هذا النظام اللجوء إلى استخدام أسلوب المزاد العكسي للقيام بإجراءات الشراء واستكمال أي من طرق الشراء، بالإضافة إلى استخدام المزاد العكسي الإلكتروني<sup>(5)</sup>، بالإضافة إلى استخدام هذه الوسائل عند إبرام الاتفاقيات الإطارية<sup>(6)</sup>، وعلى صعيد التشريعات النازمة لتعاقدات الإدارة، نجد أن المشرع الأردني في إقراره لتعليمات تنظيم إجراءات العطاءات،

(1) أ.د حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 660.

(2) نظام المشتريات الحكومية الجديد، نظام الشراء الحكومي الإلكتروني، سابق الإشارة إليهم . نظام إدارة المخزون الاستراتيجي الإلكتروني، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5444 بتاريخ 16-2-2017 على الصفحة 1161.

(3) لطفاً انظر نص المادة 26 و المادة 51/أ من نظام المشتريات الحكومية الجديد، مشار إليه سابقاً.

(4) لطفاً انظر نص المادة 2 من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد، مشار إليه سابقاً.

(5) نصت المادة 27 من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد، مشار إليه سابقاً على ما يلي:-

أ- "للجنة الشراء استخدام أسلوب المزاد العكسي للقيام بإجراءات الشراء أو لاستكمال أي من طرق الشراء الواردة في هذا النظام بما في ذلك إحالة العطاءات بموجب الاتفاقيات الإطارية أو أي أسلوب من أساليب الشراء، على أن يتم تحديد معايير التقييم في وثائق الشراء وأن تكون هذه المعايير قابلة للقياس.

ب- "تُحدد بمقتضى تعليمات تصدرها لجنة السياسات لهذه الغاية كيفية استخدام أسلوب المزاد العكسي بما في ذلك المزاد العكسي الإلكتروني".  
-يقصد بالاتفاقيات الإطارية: "العقود التي تبرم من خلال اتفاق بين واحدة من الجهات أو أكثر من جهة أو وحدة حكومية وبين واحد أو أكثر من المتعهدين بهدف تحديد الشروط والأحكام وإجراءات التوريد بشكل موحد وفقاً لصيغة العقد".

-انظر المادة الثانية من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد، مشار إليه سابقاً.

(6) نصت المادة (27) من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد، مشار إليه سابقاً على ما يلي:-

وفي صدد تعريفه للفظ (العرض) الوارد في التعليمات المنظمة لإجراءات العطاءات، وشروط الاشتراك فيها، التي جاء فيها: (عرض المناقص المُقَدَّم ورقياً أو بإحدى الوسائل الإلكترونية حسبما هو محدد في دعوة العطاء)<sup>(1)</sup>.

كما جاء في ذات التعليمات ما يلي: (يعلن المدير العام أو من ينوبه، أو الأمين العام، عن طرح العطاءات بأرقام متسلسلة سنوية، بما لا يقل عن ثلاث صحف محلية في أكثر من يوم، و/أو بوسائل الإعلان الأخرى التي يراها مناسبة، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية)<sup>(2)</sup>.

ومن وجهة نظرنا، أن المشرع الأردني قد أجاز للإدارة الإعلان عن تعاقدها بالوسائل الإلكترونية، كما أجاز للمتعاقدین معها تقديم عروضهم أيضاً بالوسائل الإلكترونية، إلا أن الطابع الغالب على رغبة المشرع بإجازة هكذا وسائل للإعلان، أو لتقديم العروض، هو الجواز، لذا نرى أن يلزم المشرع الأردني جمهور المتعاقدين عند رغبتهم بالتعاقد مع الإدارة العامة أن يتم ذلك من خلال الوسائل الإلكترونية على سبيل الحصر<sup>(3)</sup>. لما سبق نرى ضرورة أن يقوم المشرع الأردني سريعاً بتعديلات تشريعية تقضي بوجوب استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام الإدارة لتعاقداتها، وعدم اقتصره فقط على عملية الدعوة إلى التعاقد، وأن تمتد إلى كافة مراحلها، واشترط استعمال هذه الوسائل بالصيغة الإلزامية لأطراف العقد.

والجدير بالذكر أن المشرع الأردني قد سجل خطوة جديدة تُحسب له في هذا المجال، عند إقراره لتعليمات تنظيم استخدام نظام الشراء الإلكتروني الموحد رقم 1 لسنة 2018<sup>(4)</sup>، إذ نص في هذا النظام على أن: (تتم العملية الشرائية الإلكترونية وفقاً لطرق الشراء المحددة بنظام اللوازم المشار أعلاه، ووفقاً للإجراءات المحددة بالتعليمات الصادرة بمقتضاه، ووفقاً للشروط والمواصفات، وذلك من خلال استخدام هذا النظام)<sup>(5)</sup>.

وقد نص في المادة (59/أ) من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها، التي نصت على ما يلي: (تعلن أسماء الفائزين من المناقصين، وذلك بوضعها على لوحة الإعلانات خاصة، أو بالطريقة التي يحددها المدير العام أو الأمين العام للاطلاع عليها، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية، ولمدة أربعة أيام عمل للاعتراض عليها من قبل أي مناقص في العطاء، على أنه يعود للجنة العطاءات، وفي الحالات الاستثنائية اختصار مدة الاعتراض إلى فترة لا تقل عن يومي عمل)<sup>(6)</sup>، فالمشرع الأردني أخذ هنا بضرورة إبلاغ الفائزين من المناقصين بواسطة لوحة الإعلانات، أو بواسطة

أ- " للجنة الشراء استخدام أسلوب المزاد العكسي للقيام بإجراءات الشراء أو لاستكمال أي من طرق الشراء الواردة في هذا النظام بما في ذلك إحالة العطاءات بموجب الاتفاقيات الإطارية أو أي أسلوب من أساليب الشراء، على أن يتم تحديد معايير التقييم في وثائق الشراء وأن تكون هذه المعايير قابلة للقياس".

ب- " تحدد بمقتضى تعليمات تصدرها لجنة السياسات لهذه الغاية كيفية استخدام أسلوب المزاد العكسي بما في ذلك المزاد العكسي الإلكتروني".  
و يقصد بالاتفاقيات الإطارية: (العقود التي تبرم من خلال اتفاق بين واحدة من الجهات أو أكثر من جهة أو وحدة حكومية وبين واحد أو أكثر من المتعهدين بهدف تحديد الشروط والأحكام وإجراءات التوريد بشكل موحد وفقاً لصيغة العقد)، انظر المادة (2) من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد، مشار إليه سابقاً.

<sup>(1)</sup> لطفاً انظر نص المادة الثالثة من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات، وشروط الاشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008م، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 4664 تاريخ 16-16-2004 على الصفحة 3040.

<sup>(2)</sup> لطفاً انظر نص المادة (7/أ) من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات، وشروط الاشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008م، مشار إليها سابقاً.

<sup>(3)</sup> لطفاً انظر نص المادة (63) من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد التي جاء فيها: (ينشأ موقع إلكتروني رسمي من بوابة واحدة ليكون مصدراً رئيسياً للمعلومات عن المشتريات الحكومية وتنتشر عليه الإعلانات عن العطاءات والإحالات ونصوص هذا النظام والتعليمات الصادرة بمقتضاه والتوجيهات والمقالات والإرشادات الفنية وغيرها من المعلومات الضرورية).

<sup>(4)</sup> تعليمات تنظيم استخدام نظام الشراء الإلكتروني، رقم (1) لسنة 2018 الصادر بموجب المادة (5/ج) مكرر من نظام اللوازم رقم (32) لسنة 1993.

<sup>(5)</sup> لطفاً انظر نص المادة (5/أ) من نظام الشراء الإلكتروني، مشار إليه سابقاً.

<sup>(6)</sup> تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008، مشار إليها سابقاً.

الوسائل الإلكترونية، فمن الواضح أنّ الإدارة هنا تكون ملزمة لتعبّر عن قبولها تعبيراً صريحاً، إما بالإعلان عن ذلك على لوحة الإعلانات الخاصة لهذه الغاية، أو عن طريق الوسائل الإلكترونية.

كما أجاز المشرّع الأردني للإدارة، وفي حال تقديم اعتراض من قبل المناقصين على نتائج لجنة البتّ في العطاءات، أن يتمّ تبليغ المعارضين القرارات الصادرة عن لجنة الاعتراض بواسطة الوسائل الإلكترونية<sup>(1)</sup>، ولقد كان موقف المشرّع الأردني بهذا الصدد واضحاً من خلال ما نصّ عليه في نظام المشتريات الحكومية الجديد عندما أجاز للمشتريين بالعطاء استخدام الوسائل الإلكترونية في تقديم شكاويهم إلى لجان الشراء<sup>(2)</sup>، ومن وجهة نظرنا نرى أن نظام المشتريات الحكومية الجديد بحاجة إلى مراجعة شاملة تتضمن إدراج وسائل الاتصال الحديثة وجواز استخدامها في كافة أساليب إبرام العقود الإدارية لوجود اعتراف مسبق من قبله بماهية القبول والإيجاب الإلكتروني<sup>(3)</sup>، مع ضرورة تنظيم طرق الدفع الإلكترونية سواءً من الإدارة للجمهور أو العكس.

### المبحث الثالث

#### أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة على القرار الإداري

يُعتبر القرار الإداري من أهم الوسائل القانونية التي تعبر بها الإدارة العامة عن إرادتها، إذ يعتبر من أهم التصرفات القانونية للإدارة الذي يمتاز بالمرونة والتطور، بما يسمح له في استيعاب كافة التطورات المتعلقة بجوانب الحياة المختلفة، الأمر الذي يحتم على الإدارة مواكبتها وتطويرها لخدمة أعمالها، كانعكاس لواقع الإدارة الإلكترونية واستغراق التحول الإلكتروني لكافة التصرفات القانونية للإدارة ومن ضمنها القرار الإداري، الذي سيظهر لنا بشكل جديد مستحدث من خلال استخدام الدعائم الإلكترونية على نحو يُعرف بالقرار الإداري الإلكتروني، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال بيان مفهوم القرار الإداري الإلكتروني وتسليط الضوء على مشروعية استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إصدارها لقراراتها في المطلب الأول، ومن ثم بيان آلية نفاذه في المطلب الثاني، على النحو الآتي:

(1) لطفاً انظر المادة (60/ب) من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات، وشروط الاشتراك فيها، التي تنصّ على أنه: (يتمّ تبليغ قرار لجنة العطاءات بخصوص الاعتراضات للمناقضين المعنيين، بالطريقة التي يقرّها المدير العام أو الأمين العام، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية).

(2) نصت المادة (61) من نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد، مشار إليه سابقاً على ما يلي :

أ- تختص لجنة مراجعة شكاوى الشراء واللجان الفنية المتخصصة المنبثقة عنها المشكلة بمقتضى أحكام المادة (90) من هذا النظام بالنظر في شكاوى المناقصين للمرحلة الثانية).

ب- يقدم المناقصون شكاويهم إلى لجنة مراجعة شكاوى الشراء المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة على النحو التالي :-

1- إذا لم يقبل المناقص بالقرار الصادر عن الجهة المشتريّة أو لجنة الشراء بخصوص الاعتراض فيحق له تقديم الشكوى إلى لجنة مراجعة

شكاوى الشراء خلال خمسة أيام عمل من تاريخ إبلاغه بقرار الجهة المشتريّة أو لجنة الشراء.

2- على لجنة مراجعة شكاوى الشراء إعلام الجهة المشتريّة خطياً بالشكوى لإيقاف إجراءات الشراء إلى حين البت فيها.

ج- تستمع لجنة مراجعة شكاوى الشراء إلى مقدم الشكوى أو من يمثله وتُنظر بالشكوى المقدمة إليها وأي معززات أو وثائق مرفقة بها وتتخذ قرارها خلال مدة لا تتجاوز (21) واحد وعشرين يوم عمل من تاريخ ورودها إليها.

د- للجنة مراجعة شكاوى الشراء إلزام الجهة المشتريّة أو لجنة الشراء بتصويب إجراءاتها بما في ذلك إعادة العملية الشرائية.

هـ- يُعلن قرار لجنة شكاوى الشراء حال صدوره على الموقع الإلكتروني للجهة المشتريّة وعلى البوابة الإلكترونية.

(3) للمزيد عن تعريف الإيجاب سواء التقليدي أو الإلكتروني، لطفاً انظر في المؤلفات التالية: د.د.حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، 1999م، ص 183، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1999م. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، 1992م، ص 106. د.عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية، 1994، ص 36، وبخصوص القبول يُنظر عند د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهريين، بدون طبعة، بدون دار نشر، كلية الحقوق، 2001، ص 15.

## المطلب الأول: مفهوم القرار الإداري الإلكتروني

إذا ما دققنا في كافة النصوص التشريعية التي صدرت فيما يخص المعاملات الإلكترونية التي سُمح للإدارة أن تلجأ إليها عند القيام بتصرفاتها القانونية - لاسيما - عدم وجود تعريف للقرار الإداري الإلكتروني، إذ إن ذلك من النتاجات المنطقية لمهمة المشرع التي تتمحور في إصدار التشريعات تاركاً مهمة وضع المفاهيم ومعنى المقصود للفقه والقضاء<sup>(1)</sup>، والمتتبع لأحكام القضاء الإداري الأردني بهذا الخصوص سيلمس عدم ملامسة تلك الأحكام لمفهوم القرار الإداري الإلكتروني، ويُعزى ذلك إلى حداثة المفاهيم المتعلقة بالإدارة الإلكترونية في المملكة الأردنية الهاشمية، الأمر الذي ينعكس على تطبيقاتها العملية وبالتالي عدم عرضها على القضاء الإداري ليتصدى لإشكالياته<sup>(2)</sup>.

وقد تصدى الفقه لمفهوم القرار الإداري الإلكتروني، فهناك من الفقه من عرفه: "تلقي الإدارة العامة طلباً إلكترونياً على موقعها الإلكتروني، وإعلان صاحب الشأن على بريده الإلكتروني، وذلك بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك جائزاً وممكناً قانوناً ابتغاء المصلحة العامة"<sup>(3)</sup>، وبصدد نقد الرأي الفقهي أعلاه فإننا نذهب إلى ما ذهب إليه النقد القائل بأن هذا التعريف لا ينسجم مع مفهوم القرار الإداري، إذ إنه ليس من المتصور أن يكون القرار الإداري قد نشأ بناءً على طلب ذوي الشأن وعلى العكس من ذلك فإن القرار الإداري دائماً ما يصدر بناءً على تعبير الإرادة بوصفها صاحبة السلطة المنفردة بإصدار القرار، مما لا يستقيم معه القول بوجود طلب إلكتروني كأحد عناصر التعريف أعلاه لذا اقتضى التنويه<sup>(4)</sup>.

وذهب فقهاء آخرون إلى تعريف القرار الإداري الإلكتروني على أنه: "المستند الإلكتروني المعبر عن الإرادة المنفردة الملزمة للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني"<sup>(5)</sup>، ويكاد أن تجتمع الآراء عند تحديد مفهوم القرار الإداري الإلكتروني معتمدين على إبراز العنصر الإلكتروني في المفهوم مع البقاء على عناصر المفهوم التقليدي للقرار الإداري<sup>(6)</sup>، وبمعنى آخر إن إدخال

(1) د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مرجع سابق، ص 346.

(2) د. نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبد الحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون، دراسات، المجلد 40، ملحق 1، 2013، ص 1027.

(3) د. علاء الدين محي مصطفى أبو أحمد، القرار الإداري كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، تحت عنوان: (المعاملات الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، المنعقد في أبو ظبي في الفترة الواقعة ما بين 19 إلى 20 لعام 2009، المجلد الأول، بحوث، المقام برعاية مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، ص 106.

(4) انظر في نفس هذا الرأي عند د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مرجع سابق، ص 346.

(5) د. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، مرجع سابق، ص 347.

(6) يُقصد بالقرار الإداري: "عمل قانوني نهائي صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لجهة الإدارة العامة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وفي الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين"، للمزيد حول مفهوم القرار الإداري انظر: أ.د. محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 319.

وفي أحكام المحكمة الإدارية الأردنية يُنظر إلى الحكم رقم 421 لسنة 2018 الذي جاء فيه: "حيث إن المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 حددت اختصاص القضاء الإداري التي ليس من بينها أمر النظر في منازعات العقود الإدارية، حيث إن اختصاص المحكمة ينعقد في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية من خلال دعوى الإلغاء المتعلقة بالمنازعات الإدارية التي تستهدف إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بتسيير المرفق العام أو التي تتضمن شروطاً مخالفة للقانون، وتستهدف فحص مشروعية القرار ورقابة المحكمة لتصرفات الإدارة إن جنحت عن الشرعية أو جانب المصلحة العامة التي تصدر عن الإدارة بسلطانها المنفردة، بالإضافة إلى أن القرار الإداري يرتكز إلى إفساح الإدارة عن إرادتها المنفردة والملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة، بينما في العقود الإدارية يكون القرار مستنداً إلى مانوحت له إرادة المتعاقدين، وبالتالي فإن القرار الإداري الذي يصدر عن سلطة إدارية بالاستناد إلى عقد إداري وتنفيذاً له لا يعد قراراً إدارياً خاضعاً للطعن به أمام القضاء الإداري".

وسائل الاتصال الحديثة في المفاهيم التقليدية المتعلقة بتصرفات الإدارة القانونية لا يعني ظهور مفاهيم جديدة وبالنتيجة الحاجة إلى تغييرها وفقاً لمتطلبات الثورة التكنولوجية والتحول نحو العالم الافتراضي، والجدير بالذكر أن لجوء الإدارة لاستخدام تلك الوسائل يؤدي إلى ظهور قوالب مستحدثة للتصرفات القانونية الصادرة عن الإدارة وليس ظهور صور جديدة لها، ولذلك تبقى تلك التصرفات تتغطى بغطاء المشروعية من هذا المنطلق، وينحصر الأثر جراء استخدام تلك الوسائل في الشكل الذي سيظهر فيه التصرف القانوني بشكل عام والقرار الإداري بشكل خاص، أي بالدعائم الإلكترونية التي ستحل مكان المستندات الورقية التي تعودنا عليها.

ويمكننا القول إن القرار الإداري الإلكتروني هو: "تلقى الطلب من ذوي الشأن إلكترونياً، ومن ثم إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة إلكترونياً، وإعلان ذوي الشأن والمخاطبين إلكترونياً، بما تملكه من سلطة بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات ابتغاء إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء المصلحة العامة"، فمن التعريف السابق نتوصل إلى نتيجة مفادها أن التغيير الحاصل على مفهوم القرار الإداري بهذا الخصوص هو اختلاف وسيلة تعبير الإدارة عن إرادتها بالإضافة إلى طريقة تقديم أو مخاطبة ذوي الشأن للإدارة العامة ومن ثم إعلامهم بمضمون القرار الإداري إلكترونياً، وهو الأثر الملموس لاستخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة على تصرفات الإدارة العامة القانونية.

### المطلب الثاني: نفاذ القرار الإداري الإلكتروني

إن لجوء الإدارة إلى وسائل الاتصال الحديثة عند إصدارها للقرار الإداري يُسهم إسهاماً ناجحاً في تعزيز مفهوم الإدارة الناجزة، لما يتطلب عصر الإدارة في وقتنا الحالي من سرعة في الإنجاز ودقة في العمل، ونظراً لاتساع وتعدد القرارات التي ينبغي على الإدارة أن تتخذها ظهرت الحاجة الملحة لتطويع تلك الوسائل لخدمة الإدارة - لا سيما - في مجال القرار الإداري<sup>(1)</sup>، وتعد واقعة نفاذ القرار الإداري من الوقائع العامة التي تسود النظام القانوني القائم المتصلة بمجموعة الأعمال القانونية<sup>(2)</sup>، إذ إن مسألة تقدير النفاذ من عدمه ليست متروكةً دون قيد، بل تخضع تلك المسألة إلى عدة مبادئ تحكمها كان قد أرساها القضاء الإداري<sup>(3)</sup>.

وللحديث عن نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، كان لا بد لنا من التعرض لمفهوم لتلك الواقعة فقد وجدنا جانب من الفقه قد عرفها بأنها: "دخول القرار الإداري الإلكتروني مرحلة العمل به بمواجهة أطرافه"<sup>(4)</sup>، ويؤخذ على هذا المفهوم عدم وضوحه في آخر متته حول ما إذا كان العمل أو النفاذ بمضمون القرار الإداري يتم بواسطة الطرق الإلكترونية شأنه شأن إصداره، أم

(1) أ.د. أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على مشروعية تصرفات الإدارة القانونية، مرجع سابق، ص 82.

(2) د. محمد سليمان شبير، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2015، ص 153.

(3) وهذ المبادئ هي :

- 1- إن الأصل في نفاذ القرار الإداري في مواجهة الإدارة من تاريخ صدوره.
- 2- عدم سريان القرارات الإدارية بأثر رجعي.
- 3- إن الأصل في نفاذ القرار الإداري في مواجهة الأفراد من تاريخ نشرها.
- للمزيد حول تلك المبادئ انظر: د. نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبد الحليم السلامة، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 1026.

(4) د. محمد سليمان شبير، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، دراسة تطبيقية مقارنة، مرجع سابق، ص 228.

يكفي للقول بأننا أمام نفاذ إلكتروني بمجرد صدوره باستخدام الدعائم الإلكترونية، ومن وجهة نظرنا نرى أن مفهوم النفاذ الإلكتروني لم يخرج عن نطاق مفهوم النفاذ بمعناه التقليدي إلا بحدود وسيلة إنفاذه بإلباسه الثوب الإلكتروني، لذا نعود بالقول بأن إدخال وسائل الاتصال الحديثة في إظهار تصرفات الإدارة القانونية إلى حيز الوجود لا يعني أننا أمام صور أو أنواع جديدة منها بل نحن أمام صور وأنواع مستحدثة لا أكثر، ومن الممكن وضع تعريف لفكرة النفاذ الإلكتروني للقرار الإداري على أنها: "دخول القرار الإداري الإلكتروني حيز التنفيذ بمواجهة أطرافه إلكترونياً"، أي أن واقعة النفاذ الإلكتروني تتطلب أيضاً لجوء الإدارة إلى استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التحقق من عملية الإنفاذ.

والجدير بالذكر أن تنفيذ القرار الإداري هو نتيجة حتمية لنفاذه مع ضرورة التمييز بينهما فهما لا يستويان فمن المتصور أن يتأخر تنفيذ القرار بحق الإدارة أو الأفراد لأسباب إدارية تنظيمية بحتة<sup>(1)</sup>، لذا فإن مسألة العلم بالقرار الإداري تتلخص بطريقة وصل العلم بمضمونه إلى الجهة المخاطبة به فلا نفاذ من غير علم، وفي رأينا نرى أن القرار الإداري الصحيح يبقى موقوفاً لحين التحقق من وصوله وعلم المخاطبين به، ومن ثم دخوله في مرحلة السريان أو النفاذ، وبالتالي تحديد المراكز القانونية الجديدة التي ابتغتها الإدارة جراء إصدارها لقرارها، وسنتناول وسائل العلم بالقرار الإداري مع التركيز على البعد الإلكتروني المستحدث لها ومدى انسجامها مع الوسائل التقليدية، وسنخصص لها فرعين مستقلين وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول: النشر الإلكتروني

إن الحديث عن نفاذ القرار الإداري الإلكتروني يتوجب علينا إعداده باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، من خلال الدعائم أو النماذج الإلكترونية التي تقوم الإدارة بتجهيزها وإعدادها بشكل مسبق ليتم إصداره على شكل مستند إلكتروني موقوفاً بنفس الطريقة ويسمى التوقيع في هذه الحالة التوقيع الإلكتروني<sup>(2)</sup>، وبالتالي يصبح القرار مستجماً لأركانه مسبباً مذنباً بتوقيع الإدارة صاحبة السلطة بإصداره جاهزاً للخروج إلى حيز الوجود بشكل إلكتروني، بحيث يصل علمه إلى جمهور المخاطبين به عبر وسائل الاتصال الحديثة، فيمكن للإدارة أن تلجأ إلى الموقع الإلكتروني العائد لها والمخصص لنشر قراراتها، إذ لا يكاد أن يخلو الهيكل التنظيمي لإدارات ومؤسسات الدولة من وجود مواقع إلكترونية خاصة بها التي ستسمح لها بنشر قراراتها عليها بشكل سهل وسريع، وتتيح هذه الخاصية ميزات نجمها بسرعة وصول القرار الإداري والعلم به وسرعة انتشاره ليشمل أكبر عدد من الجمهور أو المخاطبين به، كما يمكن النشر الإلكتروني لنشر القرارات الإدارية على الموقع الإلكتروني للجريدة الرسمية وفي هذه الحالة لا يتوجب إبلاغ المخاطبين بمضمون القرار بشكل شخصي ويصبح نافذاً وفقاً لقواعد نشره في تلك الجريدة وهذا ما ينسحب على عملية النشر الإلكتروني في الجريدة الرسمية عبر موقعها الإلكتروني<sup>(3)</sup>، لكن هذا الأمر يتطلب وجود نظام قانوني يجيز استخدام تلك الوسائل التي تنظم طريقة إنفاذه إلكترونياً لمواجهة الصعوبات العملية التي حتماً ستواجه

(1) رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد، دراسة مقارنة بين الأردن ومصر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2013-2102، ص49.

(2) عرّفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، مشار إليه سابقاً السند الإلكتروني على أنه: "السند الذي يتم إنشاؤه والتوقيع عليه وتداوله إلكترونياً"، كما عرفت التوقيع الإلكتروني على أنه: "البيانات التي تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني، أو تكون مضافة عليه أو مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره".

(3) حكم المحكمة الإدارية - العدل العليا سابقاً - رقم 132 لسنة 1998، الصادر بتاريخ 6-6-1998، الذي جاء فيه: "إن نشر القرارات الإدارية عامة كانت أو فردية في الجريدة الرسمية يعتبر تلبغاً للكافة إذا كان النشر يتضمن فعوى القرار وذلك عملاً بالمادة 1/12 من قانون محكمة العدل العليا".

هذه المسألة، نظراً لحداثتها وعدم تصدي الفقه والقضاء لها بشكل مسبق، ومن وجهة نظرنا نرى وجوب التفريق ما بين القرارات الإدارية التي من شأنها أن تخاطب الجمهور ككل وبين تلك القرارات التي تتعلق بأحد الأشخاص كحالة قانونية منفردة، ففي الثانية لا يصح القول بنفاذ القرار الإداري بمجرد الإعلان الإلكتروني عنه وفقاً لما بيناه سابقاً، وإنما يتطلب الأمر في هذه الحالة إعلام صاحب الشأن مع التحقق وفقاً لحد المتيقن منه من علم المخاطب بمضمون القرار وفحواه.

### الفرع الثاني: التبليغ الإلكتروني

يقصد به تبليغ الأفراد بالقرار عن طريق جهة الإدارة مباشرة وذلك بالوسائل الإلكترونية المختلفة التي تراها مناسبة، ويعتبر الإعلان الوسيلة الأساسية للعلم بالقرارات الإدارية الفردية، فهي تخاطب فرداً معيناً أو أفراداً معينين بالذات، وبالتالي يكون من السهل على الإدارة أن تقوم بإبلاغ ذوي الشأن بها، وفي ظل الإدارة الإلكترونية يستتبع ذلك حتماً إعادة النظر في طرق التبليغ المتعارف عليها التي تتم من خلال العنصر البشري (المحضر) والانتقال إلى ما يسمى بالتبليغ الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بذوي الشأن أو بأية وسيلة جديدة تراها الإدارة مناسبة لإيصال مضمون القرار لأصحاب العلاقة.

و قد عرف جانب من الفقه التبليغ الإلكتروني بأنه: "تبليغ الأفراد بالقرار الإداري عن طريق جهة الإدارة بالوسائل المختلفة"<sup>(1)</sup>، ويعتبر الإعلان أو التبليغ أقوى من النشر كوسيلة للعلم بالقرار الإداري بشكل عام لأن علم ذوي الشأن بمضمون القرار هو علم حقيقي وليس افتراضياً<sup>(2)</sup>، ومن وجهة نظرنا نرى أنه يمكن تعريف التبليغ الإلكتروني على أنه: "العملية القانونية الجارية بين المُبَلِّغ والمُبَلَّغ إليه، التي يتمّ بوساطتها إرسال القرار إلى المُبَلَّغ، وضمنان تسلمه وإطلاعها عليها، أو إعلامه بالإجراءات الإدارية المتخذة الجارية فيما بينهما بوسائل الاتصال الحديثة"<sup>(3)</sup>، وهنا نرى حسناً ما فعله المشرع الأردني عند إقراره لقانون القضاء الإداري الجديد، حيث نص على جواز استعمال وسائل الاتصال الحديثة لإعلام ذوي الشأن بمضمون القرار الإداري<sup>(4)</sup>، ومن هذا المنطلق فإننا نرى ضرورة إجراء التعديلات التشريعية اللازمة لإصدار تشريع خاص يُنظم إجراء تبليغ الإدارة لقراراتها بما يتناسب وينسجم مع خصوصية أعمال الإدارة، وفي سبيل ذلك يجب السعي نحو ما يلي:

1- أخذ الموافقة المسبقة من المتعاملين مع الإدارة، باعتماد استخدام وسائل الاتصال الحديثة، ومنها البريد الإلكتروني على النحو الذي يجعل من هذا التبليغ منتجاً لآثاره، وعادةً ما تكون مأخوذة بشكل خطّي ضمن بنود طلب معدّ مسبقاً لذلك.

(1) د. نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبد الحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 1028.

(2) أ.د. أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على مشروعية تصرفات الإدارة القانونية، مرجع سابق، ص 103.

(3) انظر في نفس هذا المعنى وفي مجال الإجراءات القضائية وفق نظام تبليغ الأوراق القضائية بوساطة وسائل الاتصال الحديث الصادر بموجب أحكام المادة 5 و 7 و 58 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 31 لسنة 2017، الذي جرى العمل به اعتباراً من 2018/4/1م، تحديداً ما جاء في المادة 2 منه التي عرفت التبليغ الإلكتروني على أنه: "العملية القانونية الجارية بين المُبَلِّغ والمُبَلَّغ إليه، والتي يتمّ بوساطتها إرسال الأوراق القضائية إلى المُبَلَّغ، وضمنان استلامه وإطلاعها عليها، أو إعلامه بالإجراءات القضائية المتخذة والجارية فيما بينهما بوسائل الاتصال الحديثة"، وتكثر في حياتنا العملية صور الوسائل الإلكترونية التي من الممكن تصورها واستخدامها في التبليغ الإلكتروني كصفحات الويب والمواقع الإلكترونية والرسائل النصية ورسائل الوسائط المتعددة والفاكس والتلكس وغيرها من شبيهاها التي درجت العادة حديثاً على استخدامها.

(4) قانون القضاء الإداري، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5297 بتاريخ 17/08/2014 على الصفحة 4866، حيث نصت المادة 8 /أ على ما يلي: "مع مراعاة ما ورد في أي قانون آخر وأحكام الفترتين (ج) و(د) من هذه المادة، تقام الدعوى لدى المحكمة الإدارية باستدعاء يقدم إليها خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الإداري المشكو منه للمستدعي أو نشره في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية إذا كان التشريع ينص على العمل بالقرار الإداري من ذلك التاريخ أو يقضي بتبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة".

- 2- اعتماد البريد الإلكتروني المصحوب بعلم الوصول حصراً، على ألا يُقبل أي نوع من أنواع البريد الإلكتروني لتلك الغاية، غير مصحوب بعلم الوصول، أو ما يثبت تبليغ الشخص المطلوب تبليغه بواسطة البريد الإلكتروني.
- 3- تثبيت البريد الإلكتروني للجمهور على كافة المستندات والأوراق المقدمة منهم بشكل واضح ومقروء، على أن يكون البريد الإلكتروني هو المعتمد لغايات التبليغ دون سواه.
- 4- تطوير جميع القواعد القانونية الناظمة للتبليغ والتبليغ؛ لكي تستوعب كافة المصطلحات التقنية الحديثة التي توافقت التطور التقني والتكنولوجي، التي بها اتصال بارتباط وثيق مع مرافق الإدارة.
- 5- العمل على تعميم إجراءات تبليغ القرارات الإدارية وتوحيدها، وإجرائها حصراً بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مع ضرورة إيجاد تناغم وتناسق في تطبيق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015م، فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني، واعتماده في كافة المعاملات .
- 6- التأكيد على القوة الثبوتية للوسائل الإلكترونية المستخدمة في التبليغ، كسائر الوسائل التقليدية المستخدمة في نفس الغاية، وتأتي هذه القوة من خلال العناصر المتعلقة بالثقة والأمان، التي تتوفر في التوقيع الإلكتروني الذي هو الأساس في بيان حجية رسائل البريد الإلكتروني في الإثبات.
- 7- إنشاء سجل إلكتروني خاص بكل متعامل أو فرد مع الإدارة، تظهر من خلالها كيفية التبليغ الجاري بحقهم، بالإضافة إلى تحميل صورة إلكترونية على هذا السجل لذلك القرار وكيفية تبليغه، يستطيع من خلالها صاحب المصلحة الدخول التأكد من سلامة التبليغ وقانونيته، على أن يُسمى ذلك السجل بسجل إدارة التبليغ الإلكتروني.

## الخاتمة:

تسعى الإدارات الحكومية دوماً إلى مواكبة التطور التكنولوجي وإدخال وسائل الاتصال الحديثة في جميع نشاطاتها استجابةً منها للتحويل الرقمي والتوجه نحو العالم الافتراضي، ففي ظل الثورة التكنولوجية ظهرت المصطلحات الحديثة التي أضفت على أعمال ونشاط الإدارة صفة الحداثة، والتحول من الطابع الورقي إلى الطابع اللامورقي، إذ أضحت الإدارة ساعيةً لممارسة كافة أعمالها في مجال العالم الافتراضي، ويجب أن ينسجم ذلك التطور مع خصوصية الإدارة وأعمالها من حيث الطبيعة المختلفة لها عن أي أعمال قانونية أخرى- لا سيما - في مجال القرارات الإدارية التي أصبحت لزاماً أن تتخذ الشكل الإلكتروني كمظهر من مظاهر التحول الإداري الإلكتروني ليشمل كافة التصرفات القانونية للإدارة، وعليه فإننا نختم هذا البحث في سرد أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال ما جاء في متن الدراسة وعلى النحو الآتي:

## أولاً: النتائج:

- 1- يُعتبر ظهور العقد والقرار الإداري بصورتها الإلكترونية من نتاج الثورة التكنولوجية، وترجمة واقعية لخاصية المرونة وقابلية القانون الإداري للتغيير والتعديل، فهو قادر على استيعاب كافة المستجدات والمصطلحات الإدارية الحديثة، خصوصاً تلك المتعلقة بوسائل الاتصال الحديثة.
- 2- إن مواكبة الإدارة للتطور التكنولوجي وإجازة استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود وإصدار القرار الإداري الإلكتروني أصبح ضرورةً ملحةً في وقت بدأت فيه الحدود الجغرافية بالتلاشي وحلول العالم الافتراضي محل العالم المادي الملموس.
- 3- إن استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة المختلفة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها خصوصاً في مجال العقود والقرارات الإدارية، ما هو إلا انعكاس وترجمة واقعية لما تتمتع به قواعد القانون الإداري من مرونة وقابليتها المستمرة للتطوير والتغيير.

- 4- إن استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة المختلفة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها خصوصاً في مجال إبرام العقود الإدارية يعمل على تعزيز مبدأ الشفافية وتكريس التنافسية الحرة من خلال التأكد من دعوة جميع فئات الجمهور عن طريق إرسال الدعوات أو نشر إعلانات العطاءات بواسطة المواقع الإلكترونية أو البريد الإلكتروني المعد خصيصاً لذلك، وعدم اقتصارها على أناس معينين دون غيرهم، والتسهيل على الإدارة في عملية صناعة القرار الإداري والسير في كافة مراحلها.
- 5- إن التأكيد على ضرورة تحري الإدارة لوجود نظام قانوني يحكم تصرفات الإدارة القانونية عند إبرامها لعقودها وإصدارها لقراراتها ما هو إلا ترجمة عملية لمبدأ المشروعية التي تعمل الوسائل الإلكترونية على تعزيزها نظراً لما تتمتع به هذه الوسائل من تجرد وعمومية.

### ثانياً: التوصيات:

- 1- التعميم على كافة الإدارات والمؤسسات والوزارات بضرورة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مباشرة تصرفاتها القانونية من خلال الوسائل الإلكترونية المعدّة لذلك.
- 2- إتاحة كافة المعلومات والوثائق والمستندات المتعلقة بالعطاءات المراد الإعلان عنها على البوابة الإلكترونية للمشتريات الحكومية، وبما لا يتعارض مع مبدأ السرية في التعاقدات التي تتطلب طبيعتها ذلك.
- 3- الإسراع في منح التراخيص اللازمة وتبسيط الإجراءات أمام مراكز التوثيق الإلكتروني، لما لها من دور فاعل في إتمام عملية التعاقد بصورة عامة، وفي مجال العقود الإدارية الإلكترونية بصورة خاصة.
- 4- تدريب الموظفين والعاملين في جميع الإدارات الحكومية ذات العلاقة بالتعاقدات العمومية وجمهور المتعاقدين على استخدام وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة بشكل مستمر من خلال إشراكهم بدورات تعليمية وتطويرية في هذا المجال لضمان الحصول على الخدمات الإلكترونية المطلوبة.
- 5- تعديل لفظة وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015، والاستعاضة عنها بلفظة وزارة الاقتصاد الرقمي حسب المسمى الجديد لها.
- 6- تعديل نص المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية النافذ بإضافة كلمة التطبيقات الذكية والمنصات الحكومية الإلكترونية، عند تعريف لفظة الوسائل الإلكترونية.
- 7- تعديل نص المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية النافذ بإضافة عبارة ( أو في مجال التصرفات القانونية للإدارة العامة) بعد كلمة مدني عند تعريف لفظة المعاملات الإلكترونية بحيث تشمل العقد والقرار الإداري الإلكتروني.
- 8- تعديل الفقرة أ من نص المادة 4 من قانون المعاملات الإلكترونية بشطب كلمة "يجوز"، والاستعاضة عنها بالنص التالي: "على الوزارات أو المؤسسات الرسمية العامة أو المؤسسات العامة أو البلديات إجراء معاملاتها باستخدام الوسائل الإلكترونية".
- 9- تعديل نص الفقرة ب من المادة 5 من قانون المعاملات الإلكترونية النافذ، بإضافة كلمة "أو أي جهة خاصة صُرح لها من الجهات المختصة العمل في مجال التوثيق الإلكتروني".
- 10- تعديل نص المادة 2 من نظام المشتريات الحكومية النافذ فيما يتعلق بالتعريفات وعلى النحو الآتي:
  - أ- وثائق الشراء، بإضافة لفظة إلكترونية بعد لفظة وثائق الشراء، لتصبح وثائق الشراء الإلكترونية.
  - ب- عقد الشراء، بإضافة لفظة إلكترونية بعد لفظة عقد الشراء، لتصبح عقد الشراء الإلكتروني: "العقد المبرم إلكترونياً ما بين الجهة المتعهددة أو الجهة المشتريّة أو الجهة التي تقوضه"

- 11- تعديل نص الفقرة ج من المادة 6 من نظام المشتريات الحكومية النافذ لتصبح على النحو الآتي: " لا يجوز تقديم العروض إلا بالوسائل الإلكترونية، وللجهة المعلنة الطلب من مقدم العرض ما تشاء من مستندات ورقية إن لزم الأمر".
- 12- تعديل نص المادة 15 من نظام المشتريات الحكومية النافذ بإضافة لفظة إلكترونيًا لتصبح: " تُحدد المواعيد النهائية لتقديم العروض، وطلبات التأهيل المسبق، ورسائل التعبير عن الاهتمام في الاشتراك في المناقصة المحدودة والإدراج على القائمة المختصرة لشراء الخدمات الفنية والاستشارية إلكترونيًا،..... إلخ "

## المصادر والمراجع:

### أولاً: الكتب:

1. أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على تصرفات الإدارة القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
2. أمير فرج يوسف، المحاكم الإلكترونية والتقاضى الإلكتروني، ب.ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2013.
3. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، 1999م، ص183، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1999م.
4. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007.
5. صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2014م.
6. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، 1992م.
7. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية، 1994.
8. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2005.
9. محيد حميد العنكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، بدون طبعة، بدون دار نشر، كلية الحقوق، 2001.
10. محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018.
11. مها حمد العصيمي، العقود الإدارية في ظل الحكومة الإلكترونية، ب.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
12. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

### ثانياً: الرسائل العلمية:

1. رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد، دراسة مقارنة بين الأردن ومصر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2102-2013.
2. صهيب أحمد المناصير، نحو تنظيم قانوني للعقود الإدارية الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2019.
3. محمد سليمان شبير، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2015.

### ثالثاً: الأبحاث العلمية والمقالات:

1. أعاد القيسي، النموذج الإلكتروني الموحد للقرارات الإدارية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية، " التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية"، المنعقد بمركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي، في الفترة ما بين 19 - 10 أيار لعام 2009، برعاية كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ومركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، المجلد الأول.
2. بشير علي باز، دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
3. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون، دراسات، المجلد 34 (ملحق)، 2007.

4. سحر قدوري الرفاعي، الحكومة الإلكترونية وسبل تطبيقها: مدخل استراتيجي، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السابع.
5. شوقي ناجي جواد، " محمد خير " سليم أبو زيد، الأبعاد المستقبلية للحكومة الإلكترونية في الأردن: متطلبات النجاح، بحث منشور، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد3، العدد3، 2007.
6. علاء الدين محي مصطفى أبو أحمد، القرار الإداري كأحد تطبيقات الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم في المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، تحت عنوان:(المعاملات الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، المنعقد في أبو ظبي في الفترة الواقعة ما بين 19 إلى 20 لعام 2009، المجلد الأول، بحوث، المقام برعاية مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبو ظبي.
7. فيصل الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، بحث منشور، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد 21، العدد الثاني، يونيو، 2013.
8. محمد سليمان شبير، أثر التطور الإلكتروني على التصرفات القانونية للإدارة في دولة فلسطين، بحث منشور، مجلة جامعة الأزهر - غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 2 (ب)، 2015.
9. نوفان العقيل العجارمة، ناصر عبد الحليم السلامات، نفاذ القرار الإداري الإلكتروني، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون، دراسات، المجلد 40، ملحق 1، 2013.

#### رابعاً: القوانين والأنظمة والتعليمات:

1. تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات، وشروط الاشتراك فيها رقم (1) لسنة 2008م، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 4664 تاريخ 16-16-2004 على الصفحة 3040
2. تعليمات تنظيم استخدام نظام الشراء الإلكتروني، رقم (1) لسنة 2018 الصادر بموجب المادة (5/ج) مكرر من نظام اللوازم رقم (32) لسنة 1993.
3. تعليمات تنظيم واستخدام نظام تعليمات الخدمات الإلكترونية لأمانة عمان الكبرى، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5555 بتاريخ 16-1-2019 على الصفحة 79.
4. قانون القضاء الإداري، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5297 بتاريخ 17/08/2014 على الصفحة 4866.
5. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5341 بتاريخ 17/05/2015 على الصفحة 5292.
6. نظام إدارة المخزون الاستراتيجي الإلكتروني، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5444 بتاريخ 16/02/2017 على الصفحة 1161.
7. نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية رقم 95 لسنة 2018، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5529 بتاريخ 02/09/2018 على الصفحة 5600.
8. النظام الإلكتروني لإدارة المخزون الحكومي والرقابة عليه، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5444 بتاريخ 2017/2/16 على الصفحة رقم 1161.
9. نظام المشتريات الحكومية الأردني الجديد الموحد رقم 28 لسنة 2019 المنشور في الجريدة الرسمية، بتاريخ 2019/5/1، العدد رقم 5572.
10. نظام تبليغ الأوراق القضائية بوساطة وسائل الاتصال الحديث الصادر بموجب أحكام المادة 5 و 7 و 58 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 31 لسنة 2017

## التصويت الإلكتروني بصفته ضماناً لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية

### "دراسة مقارنة مع الإشارة لحالتي مصر والأردن"

# Electronic Voting as a Guarantee to Achieve the Integrity of the Electoral Process: A Comparative Study with Reference to the Cases of Egypt and Jordan

عمر عبد الحفيظ أحمد عمر\*

## الملخص

تتناول هذه الدراسة فكرة التصويت الإلكتروني بوصفها ضماناً لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية، حيث تعرضت الدراسة لبيان ماهية التصويت الإلكتروني من خلال عرض مفهومه، وخصائصه، وأنماطه، ثم بينت الدراسة ماهية نزاهة العملية الانتخابية وذلك من خلال بيان مفهوم وشروط نزاهة العملية الانتخابية، والضمانات الكفيلة لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية، ثم تناولت الدراسة تقدير نظام التصويت الإلكتروني من خلال بيان المزايا المرجوة من تطبيق نظام التصويت الإلكتروني وكذلك العيوب التي قد تصاحب تطبيقه، ثم انتهت الدراسة إلى جملة من النتائج؛ أهمها أن نظام التصويت الإلكتروني يحقق العديد من المزايا مثل أنه يوفر التكاليف الباهظة للعملية الانتخابية، ويحقق دقة النتائج، كما انتهى البحث إلى عدة توصيات؛ أهمها تعديل التشريع الخاص بإجراءات عملية التصويت، وإقرار مبادئ التصويت الإلكتروني على مرحلتين، وهما مرحلة التصويت في مراكز الاقتراع عن طريق شاشات اللمس الإلكتروني في اللجان كمرحلة أولى، ثم مرحلة التصويت من المنزل عن طريق موقع الجهة المعنية بالانتخابات.

**الكلمات الدالة:** التصويت الإلكتروني، خصائص، أنماط، مزايا، عيوب، ضمانات، نزاهة، العملية الانتخابية.

## Abstract

This study deals with the idea of electronic voting as a guarantee to achieve the integrity of the electoral process. It highlights the essence of electronic voting by presenting its concept, characteristics, and patterns, then the study showed what the integrity of the electoral process is by clarifying the concept and conditions for the integrity of the electoral process as well as the guarantees to achieve integrity of the electoral process, then the study dealt with estimating the electronic voting system by explaining the desired advantages of applying the electronic voting system as well as the defects that may accompany its application. The study ended up with a number of results, the most important of which is that the electronic voting system achieves many advantages, such as that it saves the high costs of the electoral process, and achieves accurate results. The research concludes with several recommendations, the most important of which are amending the legislation on voting procedures and approving the principles of electronic voting in two phases, namely the stage of voting at polling stations via electronic touch screens in committees as a first stage, and then the stage of voting from home through the website of the electoral authority.

**Keywords:** Electronic Voting, Characteristics, Types, Advantages, Disadvantages, Guarantees, Integrity, The Electoral Process.

**المقدمة:**

لقد أصبحت التكنولوجيا الرقمية اليوم ضرورة من ضرورات العصر، ودونها لا نستطيع إنجاز الكثير من الأعمال، ويعد دخولها في المجال السياسي هو الأكثر تأثيراً على حياة المجتمع، إذ تغلغت في كافة مراحل العملية الانتخابية لضمان الكفاءة والدقة والسرعة في إنجازها.

فالانتخابات الحرة والنزيهة تعد الركيزة الأساسية لبناء النظام الديمقراطي وشرعية السلطة وتداولها في أي بلد، والتصويت هو جوهر العملية الانتخابية؛ فهو المعبر عن إرادة الناخبين، وللقضاء على عيوب عملية التصويت التقليدية من بطء وإهدار للوقت والمال والتزوير في كثير من الأحيان، ظهر التصويت الإلكتروني كإجراء ناجع، ووسيلة فعالة لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية، وبالتالي زيادة عملية المشاركة وفعاليتها وتطبيق سليم للعملية الديمقراطية.

**أولاً: مشكلة البحث:**

تبرز الإشكالية الرئيسية في هذا البحث في :

ما هو الدور الذي يلعبه التصويت الإلكتروني في تحقيق نزاهة العملية الانتخابية، وإلى أي مدى يخلصها من العوائق التي تمس النزاهة، وما مدى كفاية التشريعات التي نظمت التصويت الإلكتروني ، وكيف يمكن أن نحقق التوازن بين سلبيات التصويت الإلكتروني وإيجابياته في حماية العملية الانتخابية؟

**ثانياً: أسئلة البحث:**

تنتج عن الإشكالية الرئيسية للبحث التساؤلات التالية:

- 1- ما هو التصويت الإلكتروني؟
- 2- ما هي أنماط التصويت الإلكتروني؟
- 3- ما هي نزاهة العملية الانتخابية؟
- 4- ماهي الضمانات الواجب توافرها لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية؟
- 5- ما هي مزايا وعيوب تطبيق نظام التصويت الإلكتروني ؟

**ثالثاً: أهداف البحث:**

تتمثل أهداف البحث في:

- 1- محاولة الإحاطة بالمفاهيم المتعددة للتصويت الإلكتروني واستخلاص تعريف خاص بنا له.
- 2- بيان الأنواع والأساليب المختلفة لنظام التصويت الإلكتروني.

3- إبراز الضمانات التي تساهم في تحقيق نزاهة العملية الانتخابية.

4- بيان الفوائد والمزايا التي تعود من تطبيق نظام التصويت الإلكتروني ، وكذلك بيان العيوب والسلبيات التي قد تصاحب تطبيقه.

#### رابعاً: منهج البحث:

من أجل محاولة الإحاطة بموضوع الدراسة قمنا باستخدام المنهج الوصفي التحليلي، هذا بالإضافة إلى استخدام المنهج المقارن .

#### خامساً: الدراسات السابقة:

- 1- المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية.
- 2- ابن شعبان رمضان، الديمقراطية الإلكترونية كبديل لتفعيل المشاركة السياسية.
- 3- رمضان عبد المجيد، الديمقراطية الرقمية كآلية لتفعيل الديمقراطية التشاركية.
- 4- هبال عبد العالي، التصويت الإلكتروني تجارب دولية.

#### سادساً: خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية التصويت الإلكتروني

المبحث الثاني: ماهية نزاهة العملية الانتخابية

المبحث الثالث: تقدير نظام التصويت الإلكتروني

## المبحث الأول

### ماهية التصويت الإلكتروني

#### تمهيد وتقسيم:

تظل مسألة استحداث نظم جديدة لتقنية المعلومات والاتصالات في الانتخابات دائماً أمراً صعباً يتطلب التأني والتخطيط بعناية وحرص. ويمكن القول بأن التصويت الإلكتروني هو أهم تحديث لأن هذه التقنية تتضمن جوهر العملية الانتخابية برمتها من حيث إدلاء الناخبين بأصواتهم وعد الأصوات. ويقلل التصويت الإلكتروني من التحكم والتأثير المباشر للعنصر البشري في هذه العملية ويتيح الفرصة لحل بعض المشكلات الانتخابية القديمة، ولكنه أيضاً يثير عدداً من المخاوف الجديدة. لذلك من المتوقع أن يجلب التصويت الإلكتروني نقداً ومعارضة أكثر من

أي تطبيق آخر من تطبيقات تقنية المعلومات والاتصالات في الانتخابات. وسنحاول من خلال هذا المبحث بيان مفهوم وخصائص التصويت الإلكتروني من خلال المطلب الأول، ثم بيان أنماط وأساليب التصويت الإلكتروني في المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي:

## المطلب الأول: مفهوم وخصائص التصويت الإلكتروني

### تمهيد وتقسيم:

للتكنولوجيا الرقمية دور إيجابي في اشاعة النمط الديمقراطي، وقد تكون ملجأً أو هرباً من المناخ السلطوي، فالديمقراطية الرقمية لا تعني ابتكار نوع جديد من الديمقراطية، بل ممارسة التعبير عن الرأي دون خوف أو تردد.<sup>1</sup> وتعدّ الديمقراطية الرقمية محاولة لتغيير الطرق التقليدية في العمل السياسي، حيث تسعى المؤسسات العامة والسياسية إلى إيجاد طرق جديدة لإدارة شؤون الدولة، ويمثل التصويت الإلكتروني هدفاً لممارسة ديمقراطية تتحدى الظروف المادية والجغرافية من خلال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات.<sup>2</sup>

كما يتميز نظام التصويت الإلكتروني بمجموعة من الخصائص تميزه عن التصويت التقليدي، وتبرز مدى الذاتية والأهمية التي يتمتع بها، وعلى ذلك سنتناول كلا من مفهوم التصويت الإلكتروني، وخصائصه، على النحو التالي:

### أولاً: مفهوم التصويت الإلكتروني:

للتصويت الإلكتروني أهمية كبيرة في تحقيق العملية الديمقراطية، وقد تعددت تعريفات التصويت الإلكتروني، نعرض لبعض منها، على النحو التالي:

التصويت الإلكتروني هو "مباشرة الحق السياسي في الانتخابات واختيار المرشحين من خلال استخدام تقنية المعلومات بدلاً من الطرق التقليدية كأوراق وصناديق الاقتراع، ومن ثم تخزين النتائج في أنظمة الحاسب الآلي وفق معايير فنية وأمنية معينة لتحقيق أقصى درجات الشفافية والدقة والأمن مما يضمن نزاهة العملية الانتخابية بصورتها الإلكترونية"<sup>3</sup>.

(1) شاهر إسماعيل، الديمقراطية وتجلياتها "الأشكال التي ظهرت بها، والأبعاد التي ذهبت إليها"، نشر بتاريخ 2017/4/28، على موقع المركز الديمقراطي العربي على الرابط التالي <http://democraticac.de/?=45880>

(2) مغزيلي نوال، دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في إرساء ممارسة جديدة للديمقراطية: الديمقراطية الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، العدد الثالث، يونيو 2017، ص 47.

(3) خضر عباس عطوان وحمد جاسم محمد، الأمن والإدارة الإلكترونية في العراق - رؤية استراتيجية لإدارة عملية التصويت، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد 1، السنة 4، عام 2012، ص 63.

وتم تعريفه بأنه " شكل من أشكال المشاركة الإلكترونية وأحد أبرز تطبيقات الديمقراطية الرقمية لارتباطه بالمشاركة المباشرة في العملية الديمقراطية من خلال اختيار المستخدم للمرشح المعين من بين القائمة الإلكترونية للمرشحين"<sup>1</sup>.

ويعرفه بعض الباحثين بأنه " نشاط من أنشطة المشاركة الإلكترونية التي تقترن بالجهات الفاعلة في المجتمع كالمواطنين، والسياسيين، والمؤسسات الحكومية، والمنظمات التطوعية، انطلاقاً من مجموعة من العوامل المادية والتقنية، كتوافر المعلومات، والبنية التحتية، والموارد، وإمكانية الوصول إلى التقنيات، وما إلى ذلك من العوامل التي تؤدي إلى المشاركة المدنية، والتداول، والديمقراطية"<sup>2</sup>.

في حين يذهب بعض آخر الى تعريفه بأنه " تحديث للأساليب الانتخابية باستخدام الآلات الإلكترونية المتخصصة أو حتى جهاز الكمبيوتر الشخصي، حيث يقوم هذا النوع من التصويت على استخدام بطاقات ممغنطة أو شاشات لمس يشير الناخب من خلالها إلى اختياره"<sup>3</sup>.

وعرف بأنه " عملية ناتجة عن مخرجات لتفاعل يتم فيه استخدام الوسائل الفنية والتقنية من أجهزة وحواسيب وبرمجيات رقمية، التي يتم من خلالها جدولة البيانات ومعالجتها وإظهار نتائج تلك المدخلات"<sup>4</sup>

ويلاحظ أن التعريفات السابقة ركزت على العامل التكنولوجي ، وأبرزت أهمية استخدام الوسائل الحديثة والمتطورة في عملية التصويت، وعلى ذلك نستطيع أن نعرف التصويت الإلكتروني بأنه "استخدام الوسائل والطرق الإلكترونية الحديثة للتعبير عن إرادة الناخبين وإظهار تلك الإرادة دون تأثير عليها".

وتجدر الإشارة إلى أن كل نظام تصويت إلكتروني ينبغي أن تتوفر فيه الحدود الدنيا من المعايير الأمنية، أي تحقق الأمن الإلكتروني ، في جميع العمليات والإجراءات الانتخابية. لذا فإنه من الضروري الاعتماد على معايير علمية منضبطة، تستطيع أن توفر الحد الأدنى الذي يمكننا من قبول فكرة التصويت الإلكتروني وهذه المعايير هي:

## 1- المعيار القانوني:

قبل الشروع في تطبيق التصويت الإلكتروني في أي دولة يستلزم وجود تشريع قانوني يدعم قرار تطبيق التصويت الإلكتروني بما يتفق وقوانين الممارسة الانتخابية في تلك الدولة، إذ ليس من المجدي الحديث عن تطبيق مثل هذا المفهوم الجديد مالم تكن هناك أدوات تشريعية واضحة ومحددة تنص على إمكانية تطبيق التصويت

(<sup>1</sup>) علي خالد صلاح الدين حسن، الديمقراطية الرقمية: تطبيقاتها العالمية وآفاق مستقبلها في الوطن العربي في إطار تحليل النظم العامة، مجلة الإذاعات العربية، العدد الثالث، سنة 2011ص59.

(<sup>2</sup>) -Sæbo, O.Rose, J. & Skiftenes Flak, L. (2008). The shape of e-Participation: Characterizing an emerging research area. Government Information Quarterly. 25(3). P.408.

(<sup>3</sup>) ابن شعبان رمضان، الديمقراطية الإلكترونية كبديل لتفعيل المشاركة السياسية، النموذج الأستوني وإسقاطه على الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2010، ص80.

(<sup>4</sup>) محمود عبد الغفار، التكنولوجيا في إدارة الانتخابات، نشر بتاريخ 2019/6/11، على الرابط التالي <http://aceproject.org/ace-ar-translators-template/et/topics/>

الإلكتروني ، وعليه يلزم مراجعة النصوص القانونية المرتبطة بتطبيقات العملية الانتخابية لتفعيل أو إيجاد النص القانوني الداعم لهذه العملية.

وتجدر الإشارة هنا إلي تجربة الولايات المتحدة الأمريكية؛ حيث تم إقرار عدة تشريعات تنظم عملية التصويت الإلكتروني ، أبرزها قانون الحكومة الإلكترونية، وقانون مساعدة أمريكا على التصويت والصادر في عام 2002،<sup>1</sup> وذلك بعد جملة من الاختلالات التي شابت استخدام البطاقات المثقوبة في التصويت عام 2000، حيث كان لهذين القانونين الأثر البالغ في تنشيط استخدام التصويت الإلكتروني لما لهما من دور في تمكين ذوي الاحتياجات الخاصة والمسافرين، والجنود الموجودون خارج الحدود في أداء دورهم الانتخابي عن طريق البريد الإلكتروني ، حيث تسمح 33 ولاية أمريكية من أصل 50 ولاية باستخدام هذا النظام.<sup>2</sup>

## 2- المعيار التقني:

إن المعايير الخاصة بأجهزة التصويت الإلكترونية يجب أن تعكس القيم الديمقراطية للانتخابات وتعالج جميع المخاوف المتعلقة بالتصويت الإلكتروني. ويمكن تحقيق الثقة بالنظم الإلكترونية المستخدمة في العملية الانتخابية وذلك من خلال القدرة على التصدي للثغرات التي يمكن أن تظهر في كل مكان أو كل مفصل من مفاصل العملية الانتخابية الإلكترونية، وكذا الحال بالنسبة لأساليب التصويت الإلكتروني بذاتها.<sup>3</sup>

فالثغرات الأمنية أمر لا مفر منه، ولكن يمكن أن يتم تجاوزها من خلال تشكيل فريق عمل يكون مدربا على أحدث التقنيات و متواصل على مدار مدة الانتخابات، يعمل على صد أي اختراق أو معالجة أي ثغرة يمكن أن تصيب النظام، فضلا عن ضرورة عمليات التشغيل الأولي والتجريب المستمر للبرامج والأجهزة المستخدمة. وهناك مصدر مهم لنقاط ضعف النظام وهو سلامة وموثوقية نظام التشغيل، فهو عادة ما يتيح فرصا عديدة للتخريب أو التلاعب بها أو التعرض لعمليات القرصنة، وهذا أمر يتطلب استخدام أنظمة على درجة عالية من الجودة والأمان من أفضل الشركات العالمية ، بالإضافة إلي تدريب الكوادر البشرية المتميزة لعلاج تلك المشاكل.

## 3- المعيار الاجتماعي:

عملية التوعية الانتخابية مهمة جدا في المساهمة في العملية الديمقراطية، وهي تعني كل نشاط يهدف إلى التشجيع على المشاركة في الانتخابات وتعزيز الديمقراطية وإعطاء الناخبين تفاصيل العملية الانتخابية من المفاهيم والإجراءات وهي جزء من الثقافة السياسية. فالثقافة الانتخابية تشكل الوعاء الذي يمكن أن يحافظ على الديمقراطية ويضبط حركتها ويساهم في تطويرها، ذلك أن رأي الشعب وقناعاته بالتصويت الإلكتروني مهم وضروري، لأن

(<sup>1</sup>) الطاهر علاء فرح، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2010، ص156.

(<sup>2</sup>) البرج محمد، التصويت الإلكتروني ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور - الجلفة- الجزائر، عدد23، يونيو2015، ص68.

(<sup>3</sup>) مصطفى محمد أمين، الجرائم الانتخابية، دار الجامعة الجديدة للشر، الإسكندرية، سنة 2000، ص13.

الشعب هو مدار العملية الانتخابية ومناطقها، فإذا لم يكن الشعب ابتداءً قد تفهم بأهمية التصويت الإلكتروني وفوائده التعرف على أساليبه وأدواته عن كثب، سيعني ذلك فشل تلك العملية وانتقاص جدارتها.<sup>1</sup> وهذا يتطلب القضاء على الأمية الهجائية والأمية الرقمية الموجودة لدى بعض الناخبين. وتوعية جمهور الناخبين بأهمية المشاركة الانتخابية وضرورتها لخلق عملية ديمقراطية يستطيعون من خلالها اختيار أفضل المرشحين لتحقيق مستقبل أفضل لهم ولالأجيال القادمة، وأن التصويت الإلكتروني سيوفر لهم الوقت والجهد من خلال استخدام الوسائل الحديثة في عملية التصويت مثل البريد الإلكتروني، وبالتالي يساعد على عملية التحول الديمقراطي.

### ثانياً: خصائص التصويت الإلكتروني:

يتميز نظام التصويت الإلكتروني بمجموعة من الخصائص التي تجعل من تطبيقه وتعميمه ضرورة لاغنى عنها، ومن هذه الخصائص الآتي:

#### 1- نظام بلا ورق:

أول خاصية تميز نظام التصويت الإلكتروني عن نظام التصويت التقليدي، أنه يعتمد بشكل أساسي على الحاسب الآلي، والبرامج ووسائل الاتصال الحديثة، فهو يتم إما عن طريق استخدام ماكينات إلكترونية داخل اللجان الانتخابية، أو عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية من المنزل مثل البريد الإلكتروني.

#### 2- نظام بلا تنظيمات جامدة:

أصبحت عملية التصويت تتم بمنتهى السلاسة والمرونة، وتتمتع بمواكبتها لأي تغيير يطرأ،<sup>2</sup> من خلال استخدام الأجهزة والبرامج الحديثة التي تقبل التعديل والتطوير المستمر النابع من الثورة التكنولوجية الهائلة، وعمليات التحول الرقمي الجارية الآن.

#### 3- نظام يكفل السرية:

يضمن نظام التصويت الإلكتروني سرية البيانات الانتخابية، وسرية التصويت الذي قام به الناخب، فتكون محمية من عمليات الاختراق، وتشمل السرية جميع البرامج والأنظمة الإلكترونية المستخدمة، وكذلك الأجهزة والرموز

(<sup>1</sup>) عبد القادر شعلان، حامد محمد حازم، دور وسائل الاتصال الحديثة في التوعية الانتخابية في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد4، السنة4، العدد16، سنة2012، ص 131.

(<sup>2</sup>) (السمان عاطف أحمد محمد، دور نظم الإدارة الإلكترونية في تحسين أداء البنوك المركزية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة- عام2001، ص30.

والوثائق المستخدمة في عملية التصويت، بالإضافة إلى ضمانات السرية المقدمة من الشركات بائعة النظام أو مطوري ومصنعي النظام.<sup>1</sup>

#### 4- نظام يكفل المراقبة والفعالية:

يكفل نظام التصويت الإلكتروني مراقبة وفعالية عملية التصويت، دون انتهاك لسرية التصويت أو البيانات الانتخابية، ويتم ذلك عن طريق رصد أصوات الناخبين وتبويبها، ومتابعة عمل البرامج وكافة مراحل عملية التصويت من الإدلاء بالأصوات وعد وفرز الأصوات وحتى إعلان النتائج.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: أنماط التصويت الإلكتروني

#### تمهيد وتقسيم:

هنالك أساليب مختلفة للتصويت الإلكتروني المستخدمة في العديد من الدول، وتعتمد معظم هذه الأساليب على تعديل التكنولوجيات الموجودة أو تطوير تكنولوجيات معينة لاستخدامها لأغراض إنجاز العملية الانتخابية. وقد بدأ استخدام الأساليب التكنولوجية في التصويت منذ الستينيات من القرن الماضي، مع ظهور أسلوب البطاقات المثقوبة، وتلاه بعد ذلك بكثير أسلوب المسح الضوئي، وأسلوب التسجيل الإلكتروني المباشر ثم استخدمت شبكة المعلومات والاتصالات الدولية الإنترنت في إنجاز الانتخابات. وسيتم بحث ذلك على النحو التالي:

#### أولاً: التصويت بالبطاقات المثقوبة

في هذا النمط من التصويت بالبطاقة المثقوبة يقوم الناخبون بإحداث الثقوب في البطاقات باستخدام أدوات ثقب يزودون بها، للإشارة إلى من يختارونه من المرشحين<sup>3</sup>، يجوز للناخب تغذية البطاقة مباشرة إلى جهاز تبويب الأصوات المحسوب في مكان الاقتراع، أو وضع بطاقة في صندوق الاقتراع، الذي ينقل في وقت لاحق إلى موقع مركزي للتبويب. ومن إيجابيات استخدام هذا الأسلوب<sup>4</sup>.

1- إمكانية عد الأصوات والبطاقات يدوياً وبذلك يتم تلافي الأعطال التي قد تحدث في العملية الانتخابية الإلكترونية.

(<sup>1</sup>). Lucie (L), Axel(S), Johannes(B) : Towards a framework on the security Requirements of electronic voting protocols , Darmstadt Germany , <http://www.ieeexplore.ieee.org>

(<sup>2</sup>) المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق ص30.

(<sup>3</sup>) Tada yoshi (k), adem(s), Aviel(d), dans(s); analysis of an electronic Voting system, copy write ieee, symposium on security & privacy 2004, johns hopkine university information security institute technical report tr – 2003; p4;

(<sup>4</sup>) أنظمة التصويت الإلكتروني، شبكة المعرفة الانتخابية، متاح على الرابط التالي <http://aceproject.org/ace-ar/topics/et/>

2- يتم تقادي الأمية التكنولوجية لدى الناخبين عن طريق استخدام هذا الأسلوب.

ومع وجود بعض الإيجابيات لاستخدام هذه الطريقة من التصويت، إلا أن الباحث لا يؤيد استخدامها، فهي طريقة قديمة لاتناسب التقدم التقني الهائل الذي نعيشه حالياً، بالإضافة إلى وجود بعض السلبيات والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- أن الثقب غير السليم في البطاقة الإلكترونية يعد سبباً في إفساد التصويت.
- 2- من المحتمل أن يحدث عطل في الآلة المستخدمة في عد البطاقات المثقوبة مما يؤدي إلى تلف البطاقات وبالتالي إفساد التصويت.

### ثانياً: التصويت بالمسح الضوئي

يعد أسلوب المسح الضوئي من أكثر التقنيات الإلكترونية استخداماً في العملية الانتخابية، وليس فقط في مرحلة التصويت الإلكتروني، إذ تقوم أجهزة المسح الضوئي بالتقاط صورة واضحة وتحويلها إلى بيانات يمكن قراءتها بواسطة الحاسوب الآلي، هذه الصورة تكون في مرحلة التصويت الإلكتروني على شكل علامات كمثلث أو دوائر للإشارة إلى اختيار الناخب، وقد تكون على شكل حروف كخط اليد وتقوم تقنية المسح الإلكتروني بجزئها على شكل بيانات قابلة للقراءة، ففي بداية الثمانينيات أعدت اللجنة الانتخابية الأسترالية مجموعة ضخمة من كتيبات الإجراءات الانتخابية، وبعد بضع سنوات كانت ملفات الحاسوب الأصلية لهذه الملفات لا يمكن استخدامها فاستخدم أسلوب المسح الضوئي لتحويلها إلى ملفات حاسوب قابلة للتعديل والتحرير بدلاً من إعادة كتابتها.<sup>1</sup>

وقد يكون المسح الضوئي عبارة عن التقاط صور وجزئها كبيانات، كالصور الفوتوغرافية والرسومات والصور والنصوص كما يمكن استخدامها في مرحلة ما قبل التصويت للتحقق من الهوية كصور بصمات الأصابع أو ملامح الوجه وتحويلها إلى صور رقمية وتخزينها على البطاقات الذكية.<sup>2</sup>

أما في مرحلة النتائج؛ فإن أسلوب المسح الضوئي له دور كبير في التسريع من عملية إعلان النتائج في الدول التي تأخذ بأسلوب التصويت اليدوي كما في النرويج إذ تم إرسال النتائج من اللجان الانتخابية في البلديات إلى المكتب الوطني في وزارة الحكم المحلي وتنمية الأقاليم، حيث يتم عندها إلكترونياً بواسطة أجهزة المسح الضوئي المزودة بنظام إلكتروني للعد وتم تصنيع هذه الأجهزة في إسبانيا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ( تقنية الانتخابات، الموقع الإلكتروني لصحيفة رسالة الجامعة، متاح على الرابط التالي <http://rs.ksu.edu.sa/84812.html>

<sup>2</sup> ( أنظمة التصويت الإلكتروني، شبكة المعرفة الانتخابية، متاح على الرابط التالي <http://aceproject.org/ace-ar/topics/et>

<sup>3</sup> (العبودي قاسم حسن، تأثير النظم الانتخابية في النظام السياسي، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2012ص 269.

### ثالثاً: التصويت عن طريق التسجيل الإلكتروني المباشر

ظهر هذا الأسلوب في تسعينيات القرن الماضي في بلجيكا، حيث يمكن للناخب شخصياً ومباشرة وضع علامة بصوته على جهاز التسجيل.<sup>1</sup> ويعد أسلوب التصويت الإلكتروني المباشر الصورة الأوضح لاستخدام التكنولوجيا في التصويت إذ يتم استخدام معدات إلكترونية بصرية يشغلها الناخب سواء بلمس الشاشة أو ضغط الزر أو استخدام قلم ضوئي على شاشة إلكترونية بعد تعرف الجهاز عليه من خلال مسح حيوي قياسي biometric – scan ، وغالباً ما تستخدم تلك الأجهزة أكثر من خاصية حيوية واحدة للتثبت من الشخصية فتستخدم الخواص مجتمعة كبصمة الشبكية + بصمة الأصبع، أو الرقم السري للبطاقة الذكية أو قد يكون بصمة الحامض النووي (DNA) في الدول المتقدمة، وقد يستخدم الجهاز في التعرف على هوية قراءة بطاقة شخصية حديثة بها شريحة إلكترونية تتضمن بيانات الشخص عند استخدام هذه التقنية ليس هناك حاجة لبطاقات الاقتراع، إذ يتم تخزين بيانات التصويت في الحاسب الآلي على القرص الصلب أو على قرص محمول أو قرص مدمج أو بطاقة ذكية، لأغراض النسخ الاحتياطي والتحقق.<sup>2</sup>

وينقسم هذا النوع من التصويت إلى عدة أقسام على النحو التالي:

#### 1- التصويت عبر الإنترنت:

وقد استخدمته العديد من الدول مثل سويسرا، إستونيا، بلجيكا، ويتم ذلك إما عن طريق رقم سري يصل للناخب عن طريق البريد الإلكتروني ، أو باستخدام بطاقة هوية ذكية تحتوي على شريحة إلكترونية بها كل بيانات الناخب، حيث يتم قراءة محتوياتها من خلال قارئ كروت موصول بالكمبيوتر.<sup>3</sup> وتوجد ثلاثة أشكال هي: التصويت الإلكتروني في مراكز الاقتراع، والتصويت الإلكتروني في أكشاك، والتصويت الإلكتروني عن بعد.<sup>4</sup>

#### 2- التصويت عن طريق البريد الإلكتروني

3- وفيه يتم إرسال رسالة على البريد الإلكتروني (e-mail) تحتوي على بطاقة انتخاب تحوي الصوت ومثبتة على ملف (pdf) مرفقة بالبريد أو من خلال الرسالة الإلكترونية نفسها وتتم طباعة الرسالة والبطاقة المرفقة والاحتفاظ بها حتى موعد التصويت.<sup>5</sup>

#### 4- التصويت عبر وسائل الاتصال الحديثة والتليفون

(<sup>1</sup>) عبد المتعال عمرو ذكي، دراسة بشأن استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، متاح على الرابط التالي [https://www.procon.org/wp-content/uploads/egyptian\\_parliament.pdf](https://www.procon.org/wp-content/uploads/egyptian_parliament.pdf)

(<sup>2</sup>) الاقتراع الإلكتروني، الموقع الإلكتروني لشبكة المعرفة الانتخابية، على الرابط التالي <http://aceproject.org>.

(<sup>3</sup>) هبال عبد العالي، التصويت الإلكتروني تجارب دولية، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 15، سنة 2019 ص 82.

(<sup>4</sup>) المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، دراسة قانونية لتطوير التجربة الانتخابية العراقية، سنة 2012، ص 11:13 متاح على الرابط التالي

[https://www.researchgate.net/publication/322095598\\_altswyt\\_alalktrwny\\_wamn\\_almlyt\\_alantkhabyt\\_alalktrwnyt\\_drast\\_qanwnyt\\_lttwyr\\_altjrbt\\_alantkhabyt\\_alraqyt](https://www.researchgate.net/publication/322095598_altswyt_alalktrwny_wamn_almlyt_alantkhabyt_alalktrwnyt_drast_qanwnyt_lttwyr_altjrbt_alantkhabyt_alraqyt)

(<sup>5</sup>) هبال عبد العالي، التصويت الإلكتروني تجارب دولية، مرجع سابق، ص 82.

وهنا يستطيع الناخب التصويت عن طريق استخدام التليفون وذلك بالاتصال بمركز تسجيل التصويت التليفوني مركزياً أو فرعياً؛ بعدها يتم تسجيل صوته، ساعة المكالمة، الاختيار ويحتفظ بالتسجيل الصوتي لإثباته لدى سلطة الإشراف على الانتخابات ويستخدم الناخب رقماً سرياً أو بيانات أتاحها هذه السلطة وفي حالة نشوء نزاع تستخدم البصمة الصوتية للتعرف على شخص الناخب.<sup>1</sup>

#### 5- التصويت الإلكتروني المباشر باستخدام أنظمة حاسبات تعمل باللمس (Screen touch)

يعدّ هذا النظام من أحدث الأنظمة، حيث يقوم الناخب بإدخال الرقم السري الخاص به المتكون من عشرة أرقام، ويعرض هذا النظام عدد المرشحين وصورهم، وبياناتهم الشخصية، وانتمايتهم الحزبية، وشعاراتهم ورموزهم الانتخابية؛ ثم يقوم الناخب باختيار مرشحه عبر لمس الشاشة لتسجيل اختياره وبعدها يتم طبع ورقة صغيرة، يقوم الناخب بفحصها للتأكد من سلامة صوته الانتخابي ثم يضعها في صندوق مخصص لها.<sup>2</sup>

#### 6- الماكينات الآلية (computerized voting machines)

هذه الماكينات شبيهة بماكينات الصراف الآلية (ATM) المستخدمة في البنوك، وهي ماكينة بها لوحة مفاتيح، وشاشة تعمل باللمس، ومزودة ببرنامج يحتوي على مجموعة من الخطوات التي يقوم الناخب باتباعها وإتمامها يتم انتهاء التصويت.<sup>3</sup>

#### رابعاً: الدمج بين أكثر من أسلوب

وهذه الطريقة لجأت إليها بعض الدول، وتتمثل باستخدام الأساليب الإلكترونية المساعدة للأساليب التقليدية في مرحلة من مراحل الانتخابات، واعتمدت كثير من الدول على أكثر من أسلوب إلكتروني في التصويت في نفس الوقت لإنجاز العمليات الانتخابية فيها كلاً أو جزءاً.<sup>4</sup>

على سبيل المثال في الولايات المتحدة يتم الاعتماد على أسلوب التصويت الإلكتروني المباشر في أماكن الاقتراع، والسماح للناخب عبر البحار، والسماح للعسكريين بالتصويت بشكل كامل عبر الإنترنت من أي مكان في العالم.

<sup>1</sup> ابو شنب عماد أحمد، الحكومة الإلكترونية: أداة للديمقراطية والتنمية المجتمعية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، سنة 2012، ص136.

<sup>2</sup> فرج أحمد، الديمقراطية الرقمية وتأثيرها على مشاركة الشباب في الحياة النيابية، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، العدد 9، سنة 2005، ص101.

<sup>3</sup> ( فرج أحمد، الديمقراطية الرقمية وتأثيرها على مشاركة الشباب في الحياة النيابية، مرجع سابق، ص100، 101.

<sup>4</sup> المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق، ص13.

## المبحث الثاني

### ماهية نزاهة العملية الانتخابية

#### تمهيد وتقسيم:

تعد مسألة نزاهة الانتخابات من المسائل ذات الأهمية البالغة وذلك نظراً لوجود العديد من المشاكل المتعلقة بالنزاهة، من ذلك إمكانية حصول ممارسات غير أخلاقية فردية تهدف إلى تغيير نتائج الانتخابات. ومن هنا كانت الحاجة إلى معايير وضمانات تتعلق بالعملية الانتخابية، للحفاظ على نزاهة الانتخابات.

وفي هذا المبحث سنعرض لنزاهة العملية الانتخابية من خلال بيان ماهية نزاهة العملية الانتخابية في المطلب الأول، ثم بيان الضمانات التي تكفل تحقيق نزاهة العملية الانتخابية في المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول: مفهوم وشروط نزاهة العملية الانتخابية

#### تمهيد وتقسيم:

الانتخابات هي التي تمنح جميع المواطنين المؤهلين فرصاً متكافئة للمشاركة بصفتهم ناخبين في اختيار ممثليهم، وبصفتهم مرشحين للفوز بمناصب الحكم، ولا يمكننا الحديث عن مفهوم النزاهة من دون التعرض لمفهوم الانتخاب نفسه، فحتى نستطيع تعريف نزاهة الانتخابات لابد أولاً أن نعرض مفهوم الانتخاب، كما يشترط لإجراء عملية انتخابية نزيهة وشفافة عدة شروط، وهذا ما نقوم بعرضه من خلال هذا المطلب.

#### أولاً: مفهوم نزاهة العملية الانتخابية:

سنبين هنا مفهوم الانتخاب أولاً ثم نبين مفهوم النزاهة بعد ذلك، وذلك على النحو التالي:

#### 1- مفهوم الانتخاب:

من الملاحظ أن السلطة الحاكمة في أي دولة تصل إلى شغل مناصبها بوسائل متعددة، منها ما هو ديمقراطي ومنها ما هو غير ديمقراطي، ويعد الانتخاب أفضل الوسائل الديمقراطية لاختيار الحكام اختياراً حراً ويرسي بالتالي دعائم الديمقراطية، التي هي حكم الشعب نفسه بنفسه.

ويمكن تعريف الانتخاب بأنه "إبداء الجماهير آراءها فيمن يصلح لممارسة شئون الحكم وتحمل تبعاته ومسئوليته، وذلك بعد معرفة برامج المرشحين واختيار أفضلها"<sup>1</sup>.

وترجع أهمية الانتخاب إلى أنه الوسيلة التي تظهر قوة الرأي العام وفاعليته، ومن خلال الانتخاب يختار الشعب أفضل المرشحين لتولي المنصب، والقيام بأعباء الشئون العامة للبلاد.

(<sup>1</sup>) الشراوي سعاد، ناصف عبد الله، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص5.

لقد تم تطبيق نظام الانتخاب منذ العصور القديمة، إلا أن تطبيقه كان محدوداً، ولم ينتشر إلا مع شيوع مبدأ السيادة الشعبية؛ فالارتباط بين مبدأ سيادة الشعب وبين مبدأ اختيار الحكام يعد ارتباطاً قوياً، وفي العصر الحالي تعتبر وسيلة الانتخاب وحدها- من بين الوسائل المتعددة لاختيار الحكام- هي الوسيلة الطبيعية المشروعة<sup>1</sup>. فهي أفضل وسيلة عرفتها النظم القانونية لاختيار الحكام بطريقة ديمقراطية.<sup>2</sup>

كما يعد نظام التصويت جوهر العملية الانتخابية، وذلك لمحورية دور الناخب فيها، ومن أجل ضمان نزاهة النظام الانتخابي، يجب أن تحاط عملية التصويت بضمانات تكفل سلامتها؛ حتى تكون بحق مرآة صادقة لآراء واختيارات هيئة الناخبين.<sup>3</sup>

## 2- مفهوم النزاهة:

مع الصعوبة الكامنة في تعريف مفهوم النزاهة، إلا أنها تعتبر عنصراً أساسياً من عناصر النظام الديمقراطي. فالنزاهة ملتصقة التصاقاً كلياً بمبادئ الديمقراطية، حيث إنها تسهم في إدارة انتخابات حرة ونزيهة، و بغيابها تكون الديمقراطية عرضةً للتساؤلات.

ويعرف مفهوم النزاهة على أنها "مجموعة من المعايير المستندة إلى مبادئ الديمقراطية، والوسائل الكفيلة بحماية حرية ونزاهة الانتخابات".<sup>4</sup>

وتعدّ الانتخابات نتيجة لعملية معقدة تحتاج إلى مشاركة العديد من الفرقاء والمعنيين. ففي كل انتخابات هناك الرابحون والخاسرون، لذلك فإن درجات الاهتمام بالانتخابات يجب أن تكون عالية، والإغراءات كثيرة لمحاولة الفوز بها حتى وإن كان ذلك من خلال اللجوء إلى وسائل أو ممارسات غير قانونية أو غير أخلاقية. حيث يمكن أن يتم التلاعب بالنتائج لتحديد هوية الفائز أو الخاسر، كما ويمكن أن نجد محاولات للتأثير على الانتخابات، الأمر الذي يرمي بظلاله على شرعية العملية برمتها. لذا فالانتخابات التي تخلو من النزاهة من شأنها تقويض أهداف الانتخابات الديمقراطية، ولا يمكن اعتبارها نزيهة وعادلة.<sup>5</sup>

ولضمان سلامة عملية التصويت فإنه يتم في الغالبية العظمى من الدول استخدام وسائل للحيلولة دون تزيف عملية التصويت منها وضع أختام على صناديق التصويت أو الانتخاب بعد الانتهاء من عملية التصويت أو الإلقاء

(1) بدوي ثروت، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1989م، ص 227.

(2) الشراوي سعاد، ناصف عبد الله، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص 5.

(3) البنا محمود عاطف، الوسيط في النظم السياسية، بدون ناشر، سنة 1988، ص 318.

(4) ( عامر عادل، مفهوم النزاهة الانتخابية، صحيفة المتكف، متاح على الرابط التالي

<https://www.almothaqaf.com/qadayaama/qadayaama-15/888677-2015-01-14-23-50-38>

(5) شبكة المعرفة الانتخابية، نزاهة الانتخابات- لمحة عامة حول نزاهة الانتخابات- 18 أكتوبر 2011، متاح على الرابط التالي

[https://www.emouaten.info/%D9%86%D8%B2%D8%A7%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D8%AA\\_a42081.htm](https://www.emouaten.info/%D9%86%D8%B2%D8%A7%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D8%AA_a42081.htm)

بالأصوات، وأيضاً من وسائل منع تزيف عملية التصويت، اشتراط معظم القوانين الانتخابية في الدول تمام عملية فرز الأصوات وإعلان نتائج الانتخابات خلال مدة وجيزة للغاية من تاريخ قفل باب التصويت.<sup>1</sup>

كذلك من الوسائل التي تستخدم لمنع تزيف عملية التصويت السماح بحضور ممثلي وسائل الإعلام المختلفة سواء الورقية أو المرئية أو المسموعة، وكذلك ممثلي منظمات المجتمع المدني بالإضافة الى وكلاء المرشحين، وذلك أثناء عمليتي الاقتراع وفرز الأصوات.

وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في القانون رقم 45 لسنة 2014م (قانون مباشرة الحقوق السياسية)<sup>2</sup>، وقرر المشرع عقاب وتجريم الأفعال التي من شأنها تزيف عملية التصويت والإخلال بنتيجته وذلك في المادة 63 من القانون لسنة 2014.

حيث نصت تلك المادة على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين كل من اختلس أو أخفى أو أتلّف قاعدة بيانات الناخبين أو جزءاً منها أو بطاقة الانتخاب أو الاستفتاء أو أي ورقة أخرى تتعلق بعملية الانتخاب أو الاستفتاء بقصد تغيير الحقيقة في تلك النتيجة، أو بقصد ما يستوجب إعادة الانتخاب أو الاستفتاء أو تعطيله". يتبين من نص تلك المادة أن المشرع المصري قرر عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين كجزاء على كل من يرتكب فعلاً من شأنه أن يؤثر على عملية الانتخاب أو الاستفتاء أو يخل بنتيجة العملية الانتخابية ونزاهتها، وهو ما يعنى محاربة تزيف عملية التصويت بتقرير جزاء جنائي رادع لذلك الفعل، وهو أمر محمود من المشرع.

ونص المشرع الأردني أيضاً في المادتين 56، 57 من قانون الانتخاب لعام 2016 على الأحكام التي تعاقب على الأعمال التي من شأنها تزيف العملية الانتخابية،<sup>3</sup> فنص في المادة 56 على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من ارتكب أيًا من الأفعال التالية:-

أ- حمل سلاحاً نارياً وإن كان مرخصاً أو أي أداة تشكل خطراً على الأمن والسلامة العامة في أي مركز من مراكز الاقتراع والفرز يوم الانتخاب.

ب- ادعى العجز عن الكتابة أو عدم معرفتها وهو ليس كذلك.

(<sup>1</sup>) عفيفي مصطفى، نظامنا الانتخابي في الميزان، مكتبة سعيد رأفت، سنة 1984، ص 63.

(<sup>2</sup>) ( الجريدة الرسمية المصرية-العدد 23 تابع- المنشور في 5 يونيو 2014م.

(<sup>3</sup>) ( موقع مجلس النواب بالملكة الأردنية الهاشمية، متاح على الرابط التالي

<http://www.representatives.jo/?q=ar/%D8%B5%D9%81%D8%AD%D8%A9/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8>

ج - ارتكب أي عمل من الأعمال المحظورة المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (21) أو في المادتين (22) أو (23) من هذا القانون.

ونص أيضاً في المادة (57) على:

"يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من ارتكب أيًا من الأفعال التالية:-

أ- احتفظ ببطاقة انتخاب عائدة لغيره دون حق أو استولى عليها أو أخفاها أو أتلّفها.

ب- انتحل شخصية غيره أو اسمه بقصد الاقتراع في الانتخاب.

ج- استعمل حقه في الاقتراع أكثر من مرة واحدة.

د- أثر في حرية الانتخابات أو أعاق العملية الانتخابية بأي صورة من الصور.

هـ- عبث بأي صندوق من صناديق الاقتراع أو الجداول الانتخابية أو الأوراق المعدة للاقتراع أو سرق أيًا من هذه الجداول أو الأوراق أو أتلّفها أو لم يضعها في الصندوق أو قام بأي عمل بقصد المس بسلامة إجراءات الانتخاب وسريته.

و- دخل إلى مركز الاقتراع والفرز بقصد التأثير على إرادة الناخبين أو شراء الأصوات أو التأثير في العملية الانتخابية أو تأخيرها أو بقصد التعرض بسوء لأي من المسؤولين عن إجرائها.

إذاً لا يمكننا الادعاء بوجود ديمقراطية حقيقية في أي دولة مالم تكن هناك انتخابات حرة ونزيهة، منقاة من أي شائبة تشوبها مثل الغش والإكراه والتزوير وغير ذلك...، حتى تكون معبرة حقيقة عن الرأي العام إذ إن الانتخاب الجاد الحر هو وسيلة لتطبيق الديمقراطية الحقيقية.

### ثانياً: شروط نزاهة العملية الانتخابية:

تعدّ الانتخابات النزيهة مؤشراً مهماً من مؤشرات التحول الديمقراطي، لذلك تحرص الدول الديمقراطية على تحقيق نزاهة الانتخابات من أجل إبراز أفضل الممثلين لاختيارات الناخبين، ولتحقيق نزاهة العملية الانتخابية لابد من توافر مجموعة من الشروط، نقوم بتقسيمها على مراحل العملية الانتخابية الثلاث، سواء قبل إجراء الانتخابات، أو أثناء إجراء الانتخابات، أو بعد إجرائها وذلك على النحو التالي:

#### 1- قبل إجراء الانتخابات:

تتمثل الشروط في هذه المرحلة في استقلال الهيئات الانتخابية في مقابل سلطة الحكومة، وعندما تكون اللجان المشرفة على الانتخابات مسؤولة عن وسائل الاتصال الجماهيري والحملات يجب أن يتصف عملها بالحياد والدقة والشفافية، وكذلك يجب توافر ضمانات تكفل حرية التعبير، التجمع، تسجيل الناخبين والمرشحين دون أي عوائق

أو تمييز، و إعداد كشوف الناخبين بدقة ومصداقية وتحديثها، والإعداد الجيد لمقرات اللجان الانتخابية.<sup>1</sup> وتوفير الأدوات اللازمة للعملية الانتخابية من حواجز عازلة للتصويت، وآلات التصويت الإلكتروني...إلخ.

## 2- أثناء إجراء الانتخابات:

يشترط في هذه المرحلة عدم التمييز بين الأحزاب السياسية، وضمان حق ممثلي جميع الأحزاب في الوصول إلى مقرات اللجان والتصويت يوم الانتخاب، وكذلك المراقبين الوطنيين من قضاة وغيرهم، أو حتى مراقبين دوليين ووسائل الإعلام بحرية، واتخاذ إجراءات حماية مراكز التصويت ونقل جميع اللوازم المتعلقة بالانتخابات بحضور مندوبي جميع المتنافسين، وإتاحة الفرصة لهم للتحقق بأنفسهم من نتائج الانتخابات.<sup>2</sup>

## 3- بعد إجراء الانتخابات:

تفرض نزاهة الانتخابات عقب إعلان النتائج، حق الطعن لكل المتنافسين ومعالجة كافة الشكاوى والطعون بجدية كاملة وبالسرية الملائمة.<sup>3</sup>

## المطلب الثاني: ضمانات تحقيق نزاهة العملية الانتخابية

### تمهيد وتقسيم:

في ظل المنافسة السياسية والاجتماعية ومخاطر الفساد، فإنه لا يمكن اعتبار الانتخابات عملية مفروغاً منها. لذلك يجب العمل على وضع واعتماد الوسائل والضمانات الكفيلة بتنفيذ مبدأ النزاهة والحفاظ عليها، كجزء لا يتجزأ من المؤسسات التي تدير الانتخابات. ولقد وضع الفقه عدة ضمانات تكفل للعملية الانتخابية سلامتها ونزاهتها نذكر منها:

1- التصويت الإلكتروني.

2- سرية التصويت.

3- حياد وسائل الإعلام.

4- منع الضغط على الناخبين بكافة صوره.

5- التنظيم القانوني الدقيق والمحايد للعملية الانتخابية.

6- الإشراف القضائي الكامل.

(<sup>1</sup>) جيل جاي، جودوين، الانتخابات الحرة والنزيهة. (ترجمة: منير أحمد، وحكيم فايزة)، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، عام 2000

(<sup>2</sup>) ريلي، أندرو رينولدزون، أشكال النظم الانتخابية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ستوكهولم، عام 2002 .

(<sup>3</sup>) عبدو سعد، علي مقلد و آخرون، النظم الانتخابية . منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2005، ص 13.

وعلى ذلك نتناول هذه الضمانات بشيء من التفصيل على النحو التالي:

### أولاً: التصويت الإلكتروني:

يعدّ التصويت الإلكتروني من أهم ضمانات تحقيق نزاهة العملية الانتخابية، ويكفل التصويت الإلكتروني نزاهة العملية الانتخابية من خلال الأدوار المحورية التي يقوم بها في حل الكثير من المشكلات التي كانت تظهر في العملية الانتخابية؛ منها قضاءه على ظاهرة الإفساد المتعمد للصوت الانتخابي، ويعالج مشكلة التصويت أكثر من مرة، فلا تقبل آلة التصويت الإلكتروني إلا الصوت الصحيح لمرة واحدة فقط، ويسهل عملية العد والفرز مما يساهل سرعة صدور النتائج وبدقة عالية.<sup>1</sup>

فالتصويت الإلكتروني يكفل إجراء عملية انتخابية نزيهة من خلال محاربه لسلبات عملية التصويت التقليدية مثل تكرار التصويت، تزيف النتائج؛ فعملية الفرز والعد واحتساب النتائج آلية لا تقبل التدخل البشري وبالتالي تحقق أعلى معايير ممكنة من النزاهة.

هذا وقد نص المشرعان المصري والأردني على إمكانية تطبيق نظام التصويت الإلكتروني في الانتخابات؛ فنص المشرع المصري في المادة (3) من قانون الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 198 لسنة 2017 على أن " للهيئة الحق في أن تقرر استخدام وسائل الاتصال والتصويت والحفظ الإلكترونية المؤمنة، في كل أو بعض مراحل إجراء الاستفتاءات والانتخابات على النحو الذي تنظمه، كما يجوز لها أن تستعين بمن تراه من ذوي الخبرة والكفاءة لإنجاز عملها في هذا الشأن، بشرط أن تتوافر فيهم الاستقلالية والحيادة"<sup>2</sup>.

ونص المشرع الأردني في المادة 37 الفقرة من قانون الانتخاب لعام 2016 على " على الرغم مما ورد في الفقرات (ب) و(ج) و(د) و(هـ) من هذه المادة، للمجلس أن يقرر إجراء عملية الاقتراع أو الفرز أو كليهما بوسائل إلكترونية تحدد أحكامها وشروطها بموجب تعليمات تنفيذية تصدر لهذه الغاية"<sup>3</sup>.

ويرى الباحث أنه لكي يمكن للتصويت الإلكتروني أداء الدور المنوط به في كفالة نزاهة العملية الانتخابية، لا بد من مع توافر بنية تحتية جيدة لتطبيق التصويت الإلكتروني، واستخدام أحدث وأعلى الأجهزة والبرمجيات المستخدمة في هذا المجال والتي تكفل أعلى معايير الجودة والأمان والنزاهة، وكذلك القضاء على الأمية الموجودة عند بعض الناخبين، سواء الأمية القرائية أو الرقمية.

(<sup>1</sup>) ماضي عبد الفتاح، نحو سلطة مستقلة للانتخابات، مجلة الديمقراطية، السنة العاشرة، العدد 39، يوليو 2010، ص78.

(<sup>2</sup>) الجريدة الرسمية المصرية، العدد 30 مكرر ب الصادر في 1 أغسطس 2017.

(<sup>3</sup>) موقع مجلس النواب بالملكة الأردنية الهاشمية، متاح على الرابط التالي

<http://www.representatives.jo/?q=ar/%D8%B5%D9%81%D8%AD%D8%A9/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8>

## ثانياً: سرية التصويت

يقصد بسرية التصويت أن يدلي الناخب بصوته في سرية تامة وبعيداً عن أعين الجمهور من جانب وأعين أعضاء لجنة الانتخاب من جانب آخر. فالانتخاب حق للمواطن، فيجب أن يستعمله بحرية تامة وبعيداً عن أعين الآخرين أياً كانت صفاتهم، وسرية التصويت تتسم بطابع الحق نفسه، ودونها يكون الحق في الانتخاب نظرياً وفارغاً من كل مضمون لأن التصويت العلني يؤدي إلى انعدام الحرية عند الناخب في التفضيل بين المرشحين، إذ قد يجلب عليه الأهوال من كل جانب في الدول الشمولية، التي لا تحترم رغبة المواطنين وتوجهاتهم، ففي مثل هذه الدول لا تعرف فكرة تداول السلطة وبالتالي تستخدم كافة الوسائل للتكيل بالمواطنين الذين لم يختاروا مرشح السلطة. وسرية التصويت تتأى بالمواطن عن الانتقام منه من أعوان السلطة ورجالها الموجودين في كل مكان أثناء عملية الاقتراع.<sup>1</sup>

ولا شك أن السرية متحققة في نظام التصويت الإلكتروني ، وذلك لأن وسائل استخدام التصويت الإلكتروني سواء عن طريق الآلات الإلكترونية الموجودة داخل مراكز الاقتراع، أو استخدام وسائل الاتصال الحديثة مثل البريد الإلكتروني وغيرها. وبالتالي يضمن الناخب عدم وجود أي نوع من الضغط عليه للإفشاء عن اختياره عندما يدلي بصوته.

وقد نص المشرع المصري علي مبدأ سرية التصويت في قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم 45 لسنة 2014م في المادة 44 منه، حيث نصت على أن "يتنحى الناخب خلف الساتر المخصص لذلك في الصندوق الخاص لوضع البطاقات..."<sup>2</sup>

ونص المشرع الأردني في قانون الانتخاب لعام 2016 نص المشرع على سرية الانتخاب في المواد 27، 28، 36<sup>3</sup>؛ فالمادة 27 نصت على " يكون الانتخاب عاما وسريا ومباشرا"، وفي المادة 28 نصت على ".... ب- تتخذ الهيئة التدابير والإجراءات اللازمة لضمان ممارسة العاملين في العملية الانتخابية حقهم في الاقتراع وفق تعليمات تنفيذية تصدرها لهذه الغاية، ثم نصت المادة 36 على " يخصص لصندوق الاقتراع في الدائرة الانتخابية معزل أو أكثر يكون مزودا بأقلام ويقوائم المرشحين وأسمائهم في الدائرة الانتخابية..."

(<sup>1</sup>) فودة رأفت، الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971 - دار النهضة العربية، القاهرة عام 2000 ص180، 181.

(<sup>2</sup>) ( الجريدة الرسمية المصرية، العدد 23(تابع)، 5 يونيو 2014.

(<sup>3</sup>) موقع مجلس النواب بالملكة الأردنية الهاشمية، متاح على الرابط التالي

<http://www.representatives.jo/?q=ar/%D8%B5%D9%81%D8%AD%D8%A9/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8>

### ثالثاً: حياد وسائل الإعلام

أيضاً من الضمانات الهامة لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية، حياد وسائل الإعلام بين كافة المرشحين، ومراعاة المساواة الكاملة بين جميع المرشحين في استعمال وسائل الإعلام المختلفة للدعاية الانتخابية.

فمن حق كل مرشح أن يعلن عن نفسه ويدعو لبرنامج الانتخابي بكافة وسائل الدعاية، بما لا يخالف القواعد القانونية السارية في الدولة والنظام العام والآداب العامة.

وهو ما يتعين على أجهزة وسلطات الدولة ضمانه وتوفيره لكافة المرشحين على أساس من المساواة والعدل فيما بينهم دون تفرقة، ووجوب تحديد الحد الأقصى لنفقات الدعاية الانتخابية (والمساواة بين مختلف المرشحين فيه). وذلك لعرض برامجهم وسياساتهم وأهدافهم المختلفة ورؤيتهم لكل مناحي الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية وغيرها، من أجل تعبئة الناخبين للمساهمة السياسية الواعية في العملية الانتخابية، وبشكل يساعدهم على اختيار أفضل المرشحين بعيداً عن أي تعصب أو أغراض مالية أو غيرها.<sup>1</sup>

ومن الجدير بالذكر أن هناك العديد من المعايير الدولية، المتعارف عليها تضمن حماية حرية الرأي والتعبير، وبخاصة في أوقات الانتخابات العامة والمحلية، كحق المعارضة في التعبير عن رأيها، ونشرها في وسائل الإعلام المختلفة المملوكة للدولة، بما في ذلك الراديو والتلفزيون بالتساوي فيما بينهم وحقهم في الحصول على المعلومات اللازمة، وحماية الحريات الفكرية، وضرورة الحصول على دعم حكومي لحق التعبير على أسس غير سياسية، وبهدف تعزيز وضمان التعددية، وحقهم في إنشاء الإذاعات والمحطات التلفزيونية المستقلة والخاصة بهم لعرض برامجهم وسياساتهم المختلفة.<sup>2</sup>

### رابعاً: منع الضغط على الناخبين بكافة صوره

أيضاً من ضمانات تحقيق نزاهة عملية الانتخاب منع الضغط الذي يمارس على الناخبين بكافة صوره وأشكاله. والمقصود بالضغط الذي يقع على الناخبين هنا كل ما من شأنه التأثير على الناخب ترغيباً أو تهديداً، فهذا الضغط يجب تجريمه وإبطال التصويت في اللجنة التي وقع فيها بالفعل، وسواء وقع الضغط من الحكومة ورجال السلطة العامة أم من أشخاص عادية ذات نفوذ مادي أو معنوي، وإن كان الغالب أن يقع هذا الإكراه من رجال الشرطة، أي من الدولة وبصفة خاصة لصالح المرشحين الموالين للسلطة الحاكمة، ولكن هذا الإكراه يمكن

(<sup>1</sup>) تنظيم الإنفاق الانتخابي، متاح على الرابط التالي

<http://www.lade.org.lb/getattachment/9d1f396b-60bf-4fef-94cd-3b7658a6dfb4/%D8%AA%D9%86%D8%B8%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D9%81%D8%A7%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8%D9%8A.aspx>

(<sup>2</sup>) مرجان السيد أحمد، دور القضاء في المجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2010، ص 53 وما بعدها.

أن يتم باسم الدولة ولصالحها بطريق غير مباشر، كتوزيع الوظائف العامة على الناس عن طريق الموافقة على العروض المقدمة من مرشح معين لطلب وظائف لأبناء دائرته وحرمان المرشح الآخر في نفس الدائرة من تلبية طلبات ناخبيه، وقد تضغط الدولة والحزب الحاكم على رجال الأعمال الموالين لها حفاظاً على مصالحهم حتى تضمن تصويت العاملين لديهم لصالحها، كما تستخدم وسائل الإعلام الموجهة لمصلحتها دون المعارضين لها، ويزداد الضغط على الناخبين وتتنوع صورته وأشكاله في البلاد غير الديمقراطية.<sup>1</sup>

ولضمان العملية الانتخابية يجب أن نمنع الضغط بكل صورته وأشكاله سواء كان الضغط مباشراً أو غير مباشر، حتى نضمن نزاهة الانتخاب ونضمن إدلاء الجماهير بأصواتها في أجواء من الحرية ونضمن سلامة التمثيل لآراء الشعب.

ويخلص التصويت الإلكتروني الناخب من العديد من أشكال وصور الضغوط التي تمارس عليه في ظل عملية التصويت التقليدية؛ فالناخب في نظام التصويت الإلكتروني يدلي بصوته من خلال الوسائل الحديثة مثل البريد الإلكتروني، فلا يضطر للذهاب لمقر اللجنة والتعرض للمضايقات والضغط من رجال السلطة العامة، فيكون اختياره مبنياً على مزيد من الحرية.

### خامساً: التنظيم القانوني الدقيق والمحايد للعملية الانتخابية

يعد التنظيم القانوني الدقيق والمحايد للعملية الانتخابية من الضمانات الجوهرية التي تساعد على تحقيق نزاهة الانتخابات وتضمن إجراءاتها على وجه صحيح، لتكون تعبيراً صادقاً وعادلاً عن إرادة الناخبين. ويشمل التنظيم القانوني الدقيق والمحايد للعملية الانتخابية مراعاة العدالة في تقسيم الدوائر الانتخابية، وتوفير حق الطعن على صحة الإجراءات الانتخابية، ومنح الحق في التصويت بالإنابة.

وسوف نتناول تلك العناصر على التفصيل التالي:

#### 1- مراعاة العدالة في تقسيم الدوائر الانتخابية:

يجب لضمان نزاهة العملية الانتخابية أن تقسم الدوائر الانتخابية في الدولة على أساس اعتبارات العدالة سواء من حيث المساحة أو من حيث عدد السكان.

وتكمن أهمية التقسيم في تعيين الحدود لكل منطقة جغرافية أو إدارية داخل إقليم الدولة بصورة واضحة، حتى يمكن أن تمثل كافة قطاعات السكان في الدولة في المجالس النيابية بعدد معين من النواب يتناسب والقوة التصويتية لكل منطقة.<sup>2</sup>

(<sup>1</sup>) فودة رأفت، الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971، مرجع سابق، ص 186، 185.

Hebert Jacob: The Consequences of Malapportionment a note of caution, social force, vol. 43 dece.1964, <sup>2</sup> p. 266.

فضلاً عن كونها وحدة ذاتية مستقلة وقائمة بذاتها.<sup>1</sup> وأنها أداة لا يمكن الاستغناء عنها بحال من الأحوال.<sup>2</sup> إذ تمكن الناخبين المقيدون بجداولها الانتخابية من الاختيار الأمثل لممثليهم، واحد أو أكثر وفق ما يحدده المشرع إذ تلتزم كل لجنة من اللجان الانتخابية بعدد الناخبين المقيدين بها، والمدرجة أسماؤهم في كشوفها، ولا تتعداه بقبول التصويت من غيرهم وإلا بطلت العملية الانتخابية.

ومما لا ريب فيه أن ثبات واستقرار خرائط التقسيم، وعدم تغييرها وتعديلها يعد هو الضمانة الحقيقية للعملية الانتخابية وتتفق والتقسيم الإداري للدولة على حد قول بعض رجال الفقه.<sup>3</sup> إلا أنها قد تحتاج إلى التغيير والتعديل بما يحقق العدالة ويحافظ عليها، خاصة مع التزايد المضطرب في النمو السكاني.

ومن المبادئ التي يتعين على المشرع الالتزام بها أثناء إجراء عملية التقسيم مبدأ المساواة الحسابية، أو المساواة العددية التقريبية، ومبدأ المساواة في الثقل النسبي لأصوات الناخبين في كافة الدوائر الانتخابية، وأن يكون تقسيم الدوائر معقولاً، وكذا مبدأ المراجعة الدورية والمستمرة، ومبدأ المعاملة القانونية العادلة والمتكافئة لجموع الناخبين والمرشحين.<sup>4</sup>

## 2- توفير حق الطعن على صحة الإجراءات الانتخابية:

يقصد بالطعون الانتخابية بالمعنى القانوني "المنازعة حول صحة تعبير نتيجة الانتخابات عن الإرادة الحقيقية للناخبين كأن ينازع شخص أو أكثر في صحة إجراءات التصويت، بأن يزعم أنه شابها غش أو تدليس أو إكراه أو غيره من عيوب الإرادة واستعمال وسائل الضغط أو سلامة إجراءات الفرز ودقتها".<sup>5</sup>

والانتخابات باعتبارها عملية معقدة مركبة ومتشابكة تثير العديد من المشاكل والمنازعات، منها ما يسبق استطلاع رأى الناخبين مثل تقديم أوراق الناخبين للإدارة المختصة، وقبلها، وتقييدها لأسماء المرشحين، بعد التحقق من استيفاء الشروط، والخلو من الموانع، ومنها ما يأتي تالياً للعملية الانتخابية، ولاحقاً عليها مثل اعتماد النتيجة.

وأياً كان الأمر فإن النظم الدستورية المختلفة، تجمع على اختصاص القضاء بالمنازعات المتعلقة بالمرحلة السابقة على التصويت، وكذلك التالية للفرز، باعتبارها طعوناً على قرارات إدارية، لا تتعرض بحال لصرف الإرادة الشعبية، أما العملية الانتخابية بالمعنى الاصطلاحي، وهي المنازعات المتعلقة بإجراءات التصويت والفرز؛ فقد اختلفت بصددتها اتجاهات دساتير العالم إلى اتجاهين:

(<sup>1</sup>) الشراوي سعاد، ناصف عبد الله، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، مرجع سابق، ص136.

(<sup>2</sup>) كامل عفيفي، الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2002، ص771.

(<sup>3</sup>) بدوي ثروت، النظم السياسية، مرجع سابق ص258 وما بعدها.

(<sup>4</sup>) خليل عادل عبد الرحمن، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة ومصر، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة

العربية، القاهرة، سنة 1995، ص115 وما بعدها.

(<sup>5</sup>) مكي أحمد، لنا أعمالنا ولكم أعمالكم، دراسة تحليلية لدور القضاء في الانتخابات العامة في ضوء قانون مباشرة الحقوق السياسية وما يلزمه من تعديلات، مجلة القضاة عام 2008، ص24.

الاتجاه الأول: ويتزعمه بعض الدساتير الأوروبية ورأوا ضرورة إسناد الطعون الانتخابية بالمعنى الفني والاصطلاحي الدقيق، وهي المنازعات المتعلقة بإجراءات التصويت والفرز إلى البرلمان، وذلك لأسباب تاريخية تتصل بهم، وبضمانات أخرى.

الاتجاه الثاني: ويمثله الكثير من الدساتير الحديثة لدول العالم حيث يرون أن تعاد ولاية الفصل فيها للقضاء، ذلك أن الطعن الانتخابي لا يعدو أن يكون خصومة قضائية بكل ما تحمله الكلمة من معنى، يتنازع فيها شخصان أو أكثر حول سلامة الإجراءات، ويقتضي استجلاؤها تحقيقاً قضائياً بشأنها.<sup>1</sup>

والباحث يؤيد الفريق الثاني فيما ذهب إليه من ضرورة إسناد ولاية الفصل في صحة الطعون الانتخابية المتعلقة بعملية التصويت والفرز أيضاً للسلطة القضائية، لما لها من ضمانات تكفل الحيطة والنزاهة وعدم تأثرها بالضغوط والاتجاهات السياسية التي قد يتعرض لها أحيانا البرلمان.

### 3- التصويت بالإنابة:

من ضمانات نزاهة العملية الانتخابية أيضاً منح التصويت بالإنابة ويعني التصويت بالإنابة أن يفوض الناخب غيره في الإدلاء بصوته لعذر ما يمنعه من القيام بعملية التصويت بنفسه. فالناخب هنا لا يستطيع أن يمارس عملية التصويت بنفسه فينبغي غيره للقيام بذلك.

وبما أن الانتخاب حق دستوري ولكل صاحب حق أن يستخدمه بنفسه أو بواسطة غيره، فمن هنا جاءت فكرة الإنابة في التصويت. فالإنابة في التصويت تساعد على توسيع الحق في الانتخاب وتسهيل مهمة الناخب في الإدلاء برأيه، وتساعد الإنابة في التصويت غير القادرين من أصحاب الحق في الانتخاب على أداء الواجب الوطني المفروض عليهم بنص الدستور، واتجاه صاحب الحق في إنابة غيره للقيام بهذا الحق يعكس مدى وطنيته وإخلاصه لبلده وحرصه الشديد على المساهمة في الحياة العامة وتوكيد الديمقراطية قولاً وعملاً.

والتصويت بالإنابة ضماناً أكيدة لحرية ونزاهة الانتخاب ووضع هذه الحرية موضع التطبيق في كل الظروف وكل الأوقات، وبها يتغلب صاحب الحق في الانتخاب على كافة الصعاب التي تطرأ يوم الانتخاب وتحول بينه وبين مباشرته لحقه.<sup>2</sup>

ويرى الباحث أنه باستخدام نظام التصويت الإلكتروني يمكن الاستغناء عن تلك الوسيلة؛ خاصة إذا تم استخدام أحدث الوسائل في عملية التصويت، مثل التصويت عبر البريد الإلكتروني، أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي لا تتطلب من الناخب الانتقال من مكانه الموجود فيه.

(1) مرجان السيد أحمد، دور القضاء في المجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية، مرجع سابق، ص58.

(2) فودة رأفت، الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971، مرجع سابق، ص183 وما بعدها.

## سادساً: الإشراف القضائي الكامل

من أبرز ضمانات نزاهة العملية الانتخابية، إسناد الإشراف على مختلف مراحل الانتخابات إلى جهة قضائية تتمتع بالاستقلال والحيادة، وذلك حتى نضمن أن الانتخابات تعبر بصدق عن إرادة الناخبين، ونضمن عدم التلاعب بالنتائج.

فلابد لضمان نزاهة العملية الانتخابية من إسناد مهمة الإشراف على عملية الانتخاب إلى القضاء، بدءاً من القيد في جداول الانتخاب وحتى إعلان النتيجة وذلك لضمان الحيادة والنزاهة، ولا شك أن تلك الأوصاف لا يمكن أن تتجسد إلا في السلطة القضائية التي يتمتع أعضاؤها بالعديد من الضمانات التي تمكنهم من أداء المهام الموكلة إليهم دون شبهة تأثير أو تأثر أو محاباة أو تحيز لأحد أطراف العملية الانتخابية.<sup>1</sup>

فالإشراف القضائي الكامل على كافة مراحل العملية الانتخابية هو ضمان لنزاهة العملية الانتخابية نظراً لتمتع القضاة بالحيادة والاستقلال، مما يجعل الناخب يشعر بالطمأنينة بأن صوته سوف يذهب إلى من قام بالتصويت له.

## المبحث الثالث

### تقدير نظام التصويت الإلكتروني

#### تمهيد وتقسيم:

لا شك أن كل نظام له من المزايا والفوائد ما يدعم من استخدامه، وله أيضاً بالضرورة بعض السلبيات التي تجعل الخبراء والباحثين يعملون على محاولة علاجها وتلافيها من أجل الوصول إلى أفضل النتائج المرجوة من استخدامه، ونظام التصويت الإلكتروني له العديد من المميزات تجعل له الريادة في المستقبل، كما له بعض السلبيات، التي تسعى مختلف الأنظمة في دول العالم إلى محاولة تلافيها، ونعرض في هذا المطلب لمزايا نظام التصويت الإلكتروني، ثم نعرض لعيوبه، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول: مزايا نظام التصويت الإلكتروني

#### تمهيد وتقسيم:

أدى تنامي ثورة تقنية المعلومات التي اجتاحت العالم في أواخر القرن الماضي إلى تطوير أنظمة إلكترونية تنفذ عمليات رئيسة وحيوية في الشركات والمؤسسات الحكومية والمرافق العامة. وتتميز بدرجة عالية من التنظيم

(<sup>1</sup>) الباز داود عبد الرزاق، حق المشاركة في الحياة السياسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 1992م، ص 599.

المتكامل والسرعة الفائقة، كما أصبح هناك أنظمة إلكترونية لإدارة العملية الانتخابية من ضمنها نظام التصويت الإلكتروني، الذي يحقق استخدامه العديد من المزايا، منها:

1- يعد نظام التصويت الإلكتروني أحد تطبيقات الديمقراطية الإلكترونية، حيث يساهم في تحقيق المشاركة والشفافية والمساءلة، التي تعد جوهر الديمقراطية.<sup>1</sup>

2- لاستخدام التقنية في العملية الانتخابية دور كبير في تسهيل مهمة الإدارة الانتخابية فيما يتعلق بالتكاليف الباهظة التي كانت تستوجبها الأمور اللوجستية التقليدية كطباعة الأوراق،<sup>2</sup> والأعداد الكبيرة الواجب وجودها من الموظفين للتأكد من سلامة القيد في الجداول الانتخابيات، والحصر الكامل والدقيق لأسماء الناخبين ودوائرهم الانتخابية وتتقيد الكشوف من أسماء المتوفين الذي تتطلبه عملية التصويت والعد اليدوية.<sup>3</sup>

3- يعد التصويت الإلكتروني الوسيلة الأكثر نجاحاً في تأمين مشاركة ذوي الاحتياجات الخاصة وذوي الإعاقة في العملية الانتخابية. هذا من جانب، من جانب آخر فإن المواطنين الأميين من الناحية التكنولوجية لا يقف استخدام نظام التصويت الإلكتروني عائقاً أمام إدلائهم بأصواتهم وإنما على العكس وفرت أجهزة التصويت الإلكتروني وسائل تتيح للناخب الاطلاع على صورة المرشح والبيانات المتعلقة به لتسهيل العملية الانتخابية.<sup>4</sup>

4- استخدام نظام التصويت الإلكتروني يزيد من نسبة الإقبال على الاقتراع خاصة في المجتمعات المتقدمة التي يجري فيها استعمال الوسائل الإلكترونية بشكل كبير وواسع. حيث يزيد من نسب مشاركة الشباب، والذين غالباً ما كانوا يحجمون عن المشاركة في ظل الوسائل التقليدية للتصويت.<sup>5</sup>

5- للتصويت الإلكتروني دور كبير في التقليل من ارتكاب جرائم التصويت أثناء العملية الانتخابية، نتيجة لاستخدام التصوير والبيانات الحيوية البيومترية، إذ يستحيل قيام غير الناخب بعملية التصويت.<sup>6</sup>

(<sup>1</sup>) أمين فورار أحمد، الديمقراطية التشاركية، وأدواتها الرقمية، منطلقات نظرية وتطبيقات عملية، مجلة البحوث والدراسات، العدد الأول، سنة 2008، ص 284.

(<sup>2</sup>) العبودي قاسم حسن، النظم الانتخابية، مرجع سابق، ص 272.

(<sup>3</sup>) الموافي أحمد، الطعون الانتخابية والفصل في صحة العضوية بين السلطتين التشريعية والقضائية، جامعة الأزهر، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 61.

(<sup>4</sup>) Barker and Others. "Getting out the vote: Assessing Technological, Social and Process Barriers to(e)Voting for people with Disabilities". The Twenty-Seventh Annual APPAM Research. Conference: 3-5 November. Washington. DC.2005.

(<sup>5</sup>) العبودي قاسم حسن، النظم الانتخابية، مرجع سابق، ص 271.

(<sup>6</sup>) الشقائي عبد الله شحاتة، مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية "دراسة مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005، ص 162-173.

6- يستخدم التصويت الإلكتروني في جميع أنواع الانتخابات، وذلك بشكل ذكي وإلكتروني ومتسلسل، دون تدخل العنصر البشري، ويتسم بالسرية التامة ومراعاة الخصوصية وسهولة الاستخدام.<sup>1</sup> حيث يبسط ذلك النظام إجراءات العملية الانتخابية بصورة ملحوظة.

7- يتيح التصويت الإلكتروني إمكانية حفظ وتخزين بيانات في أكثر من موقع أصلي وبديل، بالإضافة الى سرعة معالجة البيانات واستخراج النتائج مما يساعد في إتمام العملية الانتخابية بكفاءة وبإطلاق النتائج بسرعة قياسية بالرغم من تعقيدات العملية الانتخابية، من حيث النظام وآلية التصويت والعد والفرز واحتساب النتائج.<sup>2</sup>

8- يسهل نظام التصويت الإلكتروني في تصويت بعض الفئات سواء في الداخل أو القاطنين في الخارج.<sup>3</sup> دون الحاجة إلى إجراء تصويت مبكر لهذه الفئات.

9- يساعد نظام التصويت الإلكتروني في القضاء على العديد من مساوئ عملية التصويت التقليدية، مثل تعطيل العمل من أجل الإدلاء بالأصوات، ووقوف المواطنين في الطوابير والانتظار الطويل، والتدابير الاحترازية والأمنية المصاحبة لعملية التصويت.<sup>4</sup>

## المطلب الثاني: عيوب التصويت الإلكتروني

### تمهيد وتقسيم:

إن المزايا والانعكاسات الإيجابية التي يحققها نظام التصويت الإلكتروني لا تعني عدم وجود مخاطر وعيوب قد تواجه العملية الانتخابية عند الأخذ بهذا النظام، ومن أبرز العيوب التي تصاحب تطبيق نظام التصويت الإلكتروني الآتي:

1- انعدام الشفافية وذلك لأن عملية التصويت الإلكتروني لا تتم تحت أعين المراقبين بعكس التصويت اليدوي الذي يكون تحت إشرافهم ابتداءً من تصدير ورقة الاقتراع وإدلاء الناخب بصوته وانتهاءً بعد الأصوات وإعلان النتائج.<sup>5</sup>

(<sup>1</sup>) علي خالد صلاح الدين حسن، الديمقراطية الرقمية: تطبيقاتها العالمية وآفاق مستقبلها في الوطن العربي في إطار تحليل النظم العامة، مرجع سابق، ص59.

(<sup>2</sup>) العبودي قاسم حسن، النظم الانتخابية، مرجع سابق، ص271.

(<sup>3</sup>) رمضان عبد المجيد، الديمقراطية الرقمية كآلية لتفعيل الديمقراطية التشاركية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد16، سنة2016، ص81.

(<sup>4</sup>) المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق، ص15.

(<sup>5</sup>) السنوسي صبري محمد، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة2000، ص135.

ويمكن تنفيذ تلك الحجة بأن استخدام النظام الإلكتروني يعزز الشفافية لكونه يحد من التدخلات البشرية (المقصودة وغير المقصودة) ويقلل من الأخطاء المصاحبة للعملية الانتخابية التي تجري بشكل تقليدي لاعتمادها على الأدوات الورقية.

2- إن استخدام التقنية الحديثة في العملية الانتخابية يستلزم توفير عوامل أساسية كوجود طاقة كهربائية مستقرة، وإمكانيات اقتصادية عالية، لأن استخدام الوسائل الإلكترونية يتطلب صرف مبالغ طائلة لتوفير الأجهزة الإلكترونية ووسائل الأمن الإلكتروني، علماً أنه كلما ازدادت دقة الضمانات الأمنية للأجهزة الإلكترونية ازداد ثمنها<sup>1</sup>.

3- احتمالية تعرض النظام الإلكتروني لعمليات قرصنة من الخارج، حيث تدار هذه العمليات من قبل منظمات وشركات ومن الممكن أن يتم خرق سرية التصويت والتلاعب بالنتائج<sup>2</sup>. ومن الممكن معالجة ذلك الأمر من خلال إقرار الكثير من القوانين التي تعاقب مرتكبي هذه الأعمال وتوفير ضمانات للأجهزة المستخدمة في التصويت الإلكتروني تضمن سرية الأصوات وعدم اختراق بياناتها.

4- من التحديات التي تواجه نظام التصويت الإلكتروني أيضاً، إمكانية التصويت بالنيابة كالتصويت العائلي إذ يملك رب الأسرة البطاقات الإلكترونية وبالتالي يقوم بالتصويت بالنيابة عن أفراد عائلته أو أن تخضع عملية التصويت للإكراه والضغط كما حدث في الانتخابات المحلية في مدينة برمنجهام- إنجلترا- عام 2004 إذ سيطر قادة الجماعات المهاجرة على بطاقات العوائل والتصويت نيابة عنهم<sup>3</sup>.

## الخاتمة:

وفي ختام بحثنا هذا، يتضح لنا أهمية التصويت الإلكتروني بوصفه آلية حديثة تكفل وتحقيق نزاهة العملية الانتخابية، بما له كثير من المزايا، حيث يساعد التصويت الإلكتروني في تحقيق السرية، وتبسيط وتسريع عملية الاقتراع واحتساب الأصوات وجدولتها، ونبين أبرز النتائج والتوصيات التي توصل إليها هذا البحث، على النحو التالي:

## أولاً: النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

1- التصويت الإلكتروني هو استخدام الوسائل والطرق الإلكترونية الحديثة للتعبير عن إرادة الناخبين وإظهار تلك الإرادة دون تزييف.

(<sup>1</sup>) قاسم حسن العبودي، النظم الانتخابية، مرجع سابق، ص 273.

(<sup>2</sup>) المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 20.

(<sup>3</sup>) قاسم حسن العبودي، النظم الانتخابية، مرجع سابق، ص 275.

- 2- توجد عدة معايير لتعزيد فكرة التصويت الإلكتروني وهي؛ المعيار القانوني، والتقني، والاجتماعي.
- 3- توجد عدة خصائص تميز نظام التصويت الإلكتروني ؛ فهو نظام بلا ورق ولا تنظيمات جامدة، وهو نظام يكفل السرية والمراقبة والفعالية.
- 4- للتصويت الإلكتروني عدة أنماط وأساليب مثل، التصويت بالبطاقات المثقوبة، التصويت بالمسح الضوئي، و التصويت عن طريق التسجيل الإلكتروني المباشر.
- 5- تعتبر نزاهة العملية الانتخابية عنصراً أساسياً من عناصر النظام الديمقراطي.
- 6- توجد عدة شروط لنزاهة العملية الانتخابية، هذه الشروط منها مايتعلق بالمرحلة السابقة على إجراء الانتخابات، ثم أثناء إجراء الانتخابات، وأخيراً بعد إجراء الانتخابات.
- 7- لقد وضع الفقه عدة ضمانات تكفل سلامة ونزاهة العملية الانتخابية مثل، التصويت الإلكتروني ، سرية التصويت، حياد وسائل الإعلام، منع الضغط على الناخبين بكافة صورته، التنظيم القانوني الدقيق والمحايد للعملية الانتخابية، والإشراف القضائي الكامل.
- 8- لاستخدام نظام التصويت الإلكتروني العديد من المزايا مثل أنه يساهم في تحقيق المشاركة والشفافية والمساءلة، ويوفر التكاليف الباهظة للعملية الانتخابية، ويقدم دقة في النتائج، ويتقضى أخطاء عملية التصويت التقليدية.
- 9- مع وجود مزايا للتصويت الإلكتروني إلا أن له بعض السلبيات؛ أهمها؛ احتمالية تعرض النظام الإلكتروني لعمليات قرصنة من الخارج، وتزايد الضغوط على الناخبين في بعض الحالات.

## ثانياً: التوصيات:

خلصت الدراسة إلى التوصيات التالية:

- 1- نوصي بضرورة اعتماد نظام التصويت الإلكتروني في جميع الدول العربية لما له من آثار إيجابية عديدة.
- 2- نوصي بتعديل التشريع الخاص بإجراءات عملية التصويت، وإقرار مبادئ التصويت الإلكتروني على مرحلتين، وهما مرحلة التصويت في مراكز الاقتراع عن طريق شاشات اللمس الإلكتروني في اللجان كمرحلة أولى، ثم مرحلة التصويت من المنزل عن طريق موقع الجهة المعنية بالانتخابات .
- 3- نوصي باعتماد برامج لتثقيف فئات الشعب غير القادرة على التعامل مع الوسائل الإلكترونية، لإدماجهم وإكسابهم القدرة على استخدام ذلك النظام.
- 4- نوصي باستخدام أجهزة التصويت الإلكتروني التي تكون متفقتة مع المعايير الدولية لضمان الدقة ومنع حالات القرصنة الإلكترونية والاختراق والتلاعب بالأصوات.

- 5- نوصي بضرورة إعداد كوادرات تكون قادرة على التعامل مع تقنيات التصويت الإلكتروني الحديثة، وتكون قادرة على حل المشاكل التقنية التي تطرأ.
- 6- نوصي بوجود خطة بديلة في حالة وجود أي طوارئ أو ظروف فجائية تعطل من سير العملية الانتخابية، مثل وجود نظام آلي (سيستم) بديل أو أجهزة تصويت بديلة في حالة تعطل الأجهزة المستخدمة في اللجان الانتخابية.

## المصادر والمراجع:

### أولاً: الكتب:

- 1- البنا محمود عاطف، الوسيط في النظم السياسية، بدون ناشر، سنة 1988.
- 2- السنوسي صبري محمد، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000.
- 3- الشراقوي سعاد، ناصف عبد الله، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994.
- 4- الشقائي عبد الله شحاتة، مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية "دراسة مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2005.
- 5- الطاهر علاء فرج، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الياض للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2010.
- 6- العبودي قاسم حسن، تأثير النظم الانتخابية في النظام السياسي، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2012.
- 7- الموافي أحمد، الطعون الانتخابية والفصل في صحة العضوية بين السلطتين التشريعية والقضائية، جامعة الأزهر، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 8- بدوي ثروت، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1989.
- 9- جيل جاي، جودوين، الانتخابات الحرة والنزيهة. (ترجمة منير أحمد، وحكيم فايزة)، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، عام 2000.
- 10- خليل عادل عبد الرحمن، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة ومصر، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- 11- ريلي، أندرو رينولدزون، أشكال النظم الانتخابية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ستوكهولم، عام 2002.
- 12- عبود سعد، علي مقلد و آخرون، النظم الانتخابية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2005.
- 13- عفيفي مصطفى، نظامنا الانتخابي في الميزان، مكتبة سعيد رأفت، سنة 1984.
- 14- فودة رأفت، الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971- دار النهضة العربية، القاهرة عام 2000.
- 15- كامل عفيفي، الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2002.

16-مرجان السيد أحمد، دور القضاء في المجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 2010.

17-مصطفى محمد أمين، الجرائم الانتخابية، دار الجامعة الجديدة للشر، الاسكندرية، سنة 2000.

### ثانياً: الرسائل العلمية:

1- السمان عاطف أحمد محمد، دور نظم الإدارة الإلكترونية في تحسين أداء البنوك المركزية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية- جامعة القاهرة- عام 2001.

2- ابن شعبان رمضان، الديمقراطية الإلكترونية كبديل لتفعيل المشاركة السياسية، النموذج الإستوني وإسقاطه على الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، سنة 2010.

### ثالثاً: المجلات والدوريات:

1- أبو شنب عماد أحمد، الحكومة الإلكترونية: أداة للديمقراطية والتنمية المجتمعية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، سنة 2012.

2- البرج محمد، التصويت الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور- الجلفة- الجزائر، عدد 23، يونيو 2015.

3- أمين فورار أحمد، الديمقراطية التشاركية وأدواتها الرقمية- منطلقات نظرية وتطبيقات عملية، مجلة البحوث والدراسات، العدد الأول، سنة 2008.

4- خضر عباس عطوان وحمد جاسم محمد، الأمن والإدارة الإلكترونية في العراق - رؤية استراتيجية لإدارة عملية التصويت، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد 1، السنة 4، عام 2012.

5- رمضان عبد المجيد، الديمقراطية الرقمية كآلية لتفعيل الديمقراطية التشاركية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، سنة 2016.

6- عبد القادر شعلان، حامد محمد حازم، دور وسائل الاتصال الحديثة في التوعية الانتخابية في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة 4، العدد 16، سنة 2012.

7- علي خالد صلاح الدين حسن، الديمقراطية الرقمية: تطبيقاتها العالمية وآفاق مستقبلها في الوطن العربي في إطار تحليل النظم العامة، مجلة الإذاعات العربية، العدد الثالث، سنة 2011.

8- فرج أحمد، الديمقراطية الرقمية وتأثيرها على مشاركة الشباب في الحياة النيابية، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، العدد 9، سنة 2005.

9- ماضي عبد الفتاح، نحو سلطة مستقلة للانتخابات، مجلة الديمقراطية، السنة العاشرة، العدد 39، يوليو 2010.

- 10- مكي أحمد، لنا أعمالنا ولكم أعمالكم، دراسة تحليلية لدور القضاة في الانتخابات العامة في ضوء قانون مباشرة الحقوق السياسية وما يلزمه من تعديلات، مجلة القضاة، عام 2008.
- 11- مغزيلي نوال، دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في إرساء ممارسة جديدة للديمقراطية: الديمقراطية الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، العدد الثالث، يونيو 2017.
- 12- هبال عبد العالي، التصويت الإلكتروني تجارب دولية، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد 15، سنة 2019.

#### رابعاً: المواقع الإلكترونية:

- 1- الاقتراع الإلكتروني ، الموقع الإلكتروني لشبكة المعرفة الانتخابية، على الرابط التالي <http://aceproject.org>.
- 2- أنظمة التصويت الإلكتروني ، شبكة المعرفة الانتخابية، متاح على الرابط التالي <http://aceproject.org/ace-ar/topics/et/>
- 3- المحمدي صدام، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، دراسة قانونية لتطوير التجربة الانتخابية العراقية، سنة 2012. متاح على الرابط التالي [https://www.researchgate.net/publication/322095598\\_altswyt\\_alalktrwny\\_wamn\\_almlyt\\_alantkhabyt\\_alalktrwnyt\\_drast\\_qanwnyt\\_lttwyr\\_altjrbt\\_alantkhabyt\\_alraqyt](https://www.researchgate.net/publication/322095598_altswyt_alalktrwny_wamn_almlyt_alantkhabyt_alalktrwnyt_drast_qanwnyt_lttwyr_altjrbt_alantkhabyt_alraqyt)
- 4- تقنية الانتخابات، الموقع الإلكتروني لصحيفة رسالة الجامعة، متاح على الرابط التالي <http://rs.ksu.edu.sa/84812.html>
- 5- تنظيم الإنفاق الانتخابي، متاح على الرابط التالي <http://www.lade.org.lb/getattachment/9d1f396b-60bf-4fef-94cd-3b7658a6dfb4/%D8%AA%D9%86%D8%B8%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D9%81%D8%A7%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8%D9%8A.aspx>
- 6- شاهر إسماعيل، الديمقراطية وتجلياتها "الأشكال التي ظهرت بها، والأبعاد التي ذهبت إليها"، نشر بتاريخ 2017/4/28، على موقع المركز الديمقراطي العربي على الرابط التالي <http://democraticac.de/?=45880>
- 7- شبكة المعرفة الانتخابية، نزاهة الانتخابات- لمحة عامة حول نزاهة الانتخابات- 18 أكتوبر 2011، متاح على الرابط التالي [https://www.emouaten.info/%D9%86%D8%B2%D8%A7%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D8%AA\\_a42081.htm](https://www.emouaten.info/%D9%86%D8%B2%D8%A7%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D8%AA_a42081.htm)
- 8- عامر عادل، مفهوم النزاهة الانتخابية، متاح على الرابط التالي

<https://www.almothaqaf.com/qadayaama/qadayama-15/888677-2015-01-14-23-50-38>

9- عبد المتعال عمرو ذكي، دراسة بشأن استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، متاح على الرابط التالي

[https://www.procon.org/wp-content/uploads/egyptian\\_parliment.pdf](https://www.procon.org/wp-content/uploads/egyptian_parliment.pdf)

10- محمود عبد الغفار، التكنولوجيا في إدارة الانتخابات، نشر بتاريخ 2019/6/11، على الرابط التالي

<http://aceproject.org/ace-ar/topics/et/translators template.>

11- موقع مجلس النواب بالمملكة الأردنية الهاشمية، متاح على الرابط التالي

<http://www.representatives.jo/?q=ar/%D8%B5%D9%81%D8%AD%D8%A9/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8>

#### خامساً: القوانين:

- 1- قانون مباشرة الحقوق السياسية المصري رقم 45 لسنة 2014م.
- 2- قانون الهيئة الوطنية للانتخابات المصرية رقم 198 لعام 2017م
- 3- قانون الانتخاب الأردني لعام 2016.

#### سادساً: المراجع الأجنبية:

- 1- Barker and Others. "Getting out the vote: Assessing Technological, Social and Process Barriers to(e)Voting for people with Disabilities". The Twenty-Seventh Annual APPAM Research. Conference: 3-5 November. Washington. DC.2005.
- 2- Hebert Jacob: The Consequences of Malapportionment a note of caution, social force, vol. 43 dece.1964.
- 3- Sæbo, O.Rose, J. & Skiftenes Flak, L. (2008). The shape of e-Participation: Characterizing an emerging research area. Government Information Quarterly. 25(3)
- 4- Tada yoshi (k), Adam(s), Aviel(d), dans(s); analysis of an electronic Voting system, copy write ieee, symposium on security & privacy 2004, johns hopkine university information security institute technical report tr – 2003.
- 5- Lucie (L), Axel(S), Johannes(B) : Towards a framework on the security Requirements of electronic voting protocols , Darmstadt Germany , <http://www.ieeexplore.ieee.org>

## القاضي الإداري الفلسطيني وقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية

### "دراسة تحليلية"

## The Palestinian Judge and Decisions of the Non-Governmental Higher Education Institutions "Analytical Study"

أشرف عزمي صيام\*، ريناد حسين بركات\*

### المخلص

يسعى هذا البحث إلى بيان كيف تطور موقف القاضي الإداري الفلسطيني من نظر القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، في كنف احتمائه بفكرة أن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية هي ليست من أشخاص القانون العام، متمسكاً بحرفية نص المادة (2/33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 لتأسيس عدم اختصاصه بنظر القرارات الصادرة عنها، ومن ثم تخليه عن موقفه السابق في ظل تنقيح نص المادة المذكورة. وعليه، قُسم البحث إلى مطلبين: الأول، رفض القاضي الإداري النظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية. والثاني، قبول القاضي الإداري النظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية. وبالنتيجة، ينبغي فهم موقف القاضي الإداري الفلسطيني من مسألة الاختصاص أو عدم الاختصاص بنظر قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، أنه مؤسس على كتلة الاختصاص، والتمسك بحرفية النص القانوني، وتهميش المعيارين المادي والعضوي لتقرير اختصاصه من عدمه لجهة القرارات الصادرة عن المؤسسات المذكورة. كما اتضح خلال البحث اختلاف اجتهادات القاضي الإداري في قطاع غزة عنه في الضفة الغربية.

**الكلمات الدالة:** قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، القاضي الإداري الفلسطيني.

### Abstract

This research seeks to show the development of the position of the Palestinian administrative judge regarding the decisions issued by non-governmental higher education institutions (that is universities) enjoying the fact that non-governmental higher education institutions are not linked with the public law society, adhering to the literal meaning of Article (33/2) of the Regular Courts Formation Law 5/2001, with a view to establishing its lack of competence to consider its respective decisions, and then to abandon its previous under revision aforementioned article's text. Accordingly, the research is divided into two parts: The first part looks into how the administrative judge rejected to practice its jurisdiction over decisions issued by non-governmental higher education institutions; while the second part investigates how the administrative judge accepted to consider decisions issued by non-governmental higher education institutions. As a result, understanding the position of the Palestinian administrative judge with regards to its jurisdiction on the decisions issued by non-governmental higher education institutions as being based on the factor of competency and adherence to the literalism of the legal text excluding the physical and thematic considerations to decide on its competence/non-competence concerning the decisions taken by the institutions in question. Additionally, the research has revealed that the administrative judge in Gaza Strip shows different understanding than that in the West Bank.

**Keywords:** decisions of the non-governmental higher education institutions Palestinian, Palestinian administrative judge.

## المقدمة:

يُوصف القضاء الإداري بأنه قضاء إنشائي، يستتبط المبادئ العامة القانونية، ويجد الحلول القانونية في حال صمت المشرع عن معالجة المسألة موضع النظر. وشيّد القضاء الإداري في مسألة رقابة شرعية القرارات الإدارية الفردية عديد المبادئ التي تُبين التنظيم القانوني للقرارات الإدارية الفردية، ونظام الطعن فيها.

وقد خص المشرع الفلسطيني القاضي الإداري بالنظر في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام،<sup>1</sup> وأضيفت مؤسسات التعليم العالي إلى قائمة أشخاص القانون العام بمقتضى تنقيح قانون تشكيل المحاكم النظامية الذي جرى عام 2014؛ حيث تنص المادة (4) من القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001: "تعديل الفقرة (2) من المادة (33) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: 2. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام، بما في ذلك النقابات المهنية، ومؤسسات التعليم العالي، والاتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات ذات النفع العام".<sup>2</sup>

ووفقاً لآخر التحيينات التشريعية الخاصة بمؤسسات التعليم العالي، صُنفت المادة (17) من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي، مؤسسات التعليم العالي من حيث تأسيسها، إلى ثلاثة أصناف، هي: الأول: مؤسسة حكومية، التي تنشأ بموجب قرار يصدر من مجلس الوزراء، وتنظم شؤونها بموجب أحكام التشريع الخاص بها. ويتبع هذا الصنف وزارة التعليم العالي إدارياً ومالياً وقانونياً، ويطبق على الكادر العامل فيها القانون الإداري، وبصفة خاصة قانون الخدمة المدنية، ومثالها جامعة الأقصى بقطاع غزة.<sup>3</sup>

والصنف الثاني: مؤسسة عامة، وهي غير هادفة لتحقيق الربح، ولها مجلس أمناء يتم تشكيله وتحدد مهامه بموجب نظام داخلي يصدر عنها.<sup>4</sup> وقد يتمتع هذا الصنف بالشخصية المعنوية العامة، التي تمنحها الاستقلال الإداري والمالي والقانوني عن وزارة التعليم العالي، ويحكم علاقتها مع مكوناتها الأنظمة التي تقررها تلك المؤسسة شريطة أن تراعي الحد الأدنى للقواعد المنصوص عليها في التشريعات الفلسطينية ذات الصلة، ومثالها جامعة بيرزيت، وجامعة النجاح...<sup>5</sup>

<sup>1</sup> المادة (2/33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم (5) لسنة 2001، والمنشور في (الوقائع الفلسطينية: العدد 38، بتاريخ سبتمبر 2001)، ص 279.

<sup>2</sup> القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، والمنشور في (الوقائع الفلسطينية: العدد 108، بتاريخ 2014/7/15)، ص 35.

<sup>3</sup> عمرو، عدنان، مبادئ القانون الإداري ماهية القانون الإداري والتنظيم الإداري والنشاط الإداري دراسة مقارنة، دون رقم طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، 228-229.

<sup>4</sup> تُراجع المادة (1/30) من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي الفلسطيني، المنشور في (الوقائع الفلسطينية: العدد 142، بتاريخ 2018/4/22)، ص 4.

<sup>5</sup> للمزيد يُراجع عمرو، مبادئ القانون الإداري، 229-232. وللمزيد حول الشخصية المعنوية العامة وأنواعها، يمكن مراجعة غانم، هاني، الوجيز في أصول القانون الإداري دراسة تطبيقية لمبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية، الطبعة الثانية، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، غزة، 2018، 49-56.

والصنف الثالث: مؤسسة خاصة، تكون ربحية وغير ربحية ومسجلة وفقاً لقانون الشركات، ولها مجلس إدارة تحدد مهامه وفقاً لقانون الشركات الساري.<sup>1</sup> وتخضع لإشراف ورقابة وزارة التعليم العالي في بعض المسائل، ويسري على العاملين فيها قانون العمل الساري والأنظمة الداخلية للجامعة، ومثالها الجامعة العربية الأمريكية بجنينين.<sup>2</sup>

وقد ألقى القرار بالقانون ذاته مؤسسات التعليم العالي العامة والخاصة غير الربحية من الضرائب المباشرة وغير المباشرة، على كافة مصادر إيراداتها، وأعفاها من الرسوم الجمركية على الأموال المنقولة وغير المنقولة، وتتمتع بالامتيازات والتسهيلات الممنوحة للمؤسسات الحكومية والجمعيات الخيرية والهيئات العامة وفقاً لأحكام القوانين السارية ذات العلاقة.<sup>3</sup>

### نطاق البحث:

تمّ وضع حدود للبحث من حيث الموضوع، والمكان، والزمان؛ فمن حيث الموضوع، سوف يقع استبعاد معالجة قرارات مؤسسات التعليم العالي الحكومية، وقصر البحث على قرارات مؤسسات التعليم العامة والخاصة، التي وقع الاجتهاد لتسميتها بمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، تمييزاً لها عن الحكومية.

ومن حيث المكان والزمان، سوف يُقام البحث بصفة أساسية على التشريعات ذات الصلة المطبقة واقعياً في الضفة الغربية فقط أو في الضفة الغربية وقطاع غزة معاً، وذلك لغاية 2020/8/31. إلى جوار ذلك، يركز البحث على قضاء محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله من الضفة الغربية، بدءاً من سنة 2001 لغاية 2020/8/31، مع الإثراء بتطبيقات لمحكمة العدل العليا المنعقدة في غزة خصوصاً الصادرة قبل سنة 2007؛ لتعذر الحصول على تطبيقاتها بعد هذا التاريخ.

ويعود السبب في اختيار عام 2001 ليكون نقطة البداية؛ فيما يتعلق بأحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية، إلى أن هذا العام شهد صدور قانون فلسطيني جديد موحد، ينظم تشكيل واختصاص محكمة العدل العليا الفلسطينية، المنعقدة في الضفة الغربية وقطاع غزة، هو قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم (5) لعام 2001. مع ضرورة التنويه، إلى أن منتصف عام 2007 شهد منعرجاً حاداً في العلاقات الفلسطينية - الفلسطينية، أدى إلى انقسام الضفة الغربية عن قطاع غزة في مسائل مختلفة، منها القانونية ومنها القضائية، وبالتالي فإن غرفة محكمة العدل العليا في قطاع غزة انفصلت عن غرفة محكمة العدل العليا في الضفة الغربية. وفي العام 2014 صدر القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 معدل لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001. وتخلل العام 2020 صدور القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي؛ الذي ألغى صراحة قانون التعليم العالي رقم (11) لسنة 1998. وبصفة عامة، فإن التحديثات أو التحديثات على التشريعات في الضفة الغربية أو قطاع غزة بعد العام 2007، لا تطبق عليهما بصفة موحدة واقعياً.

<sup>1</sup> تُراجع المادة (31) من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي الفلسطيني.

<sup>2</sup> عمرو، مبادئ القانون الإداري، 229.

<sup>3</sup> المادة (39) من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي الفلسطيني.

**أهمية البحث:**

تتمثل أهمية البحث في هذا الموضوع في جملة من الأسباب، سواء من الناحية النظرية أو العملية. فمن الناحية النظرية، تندر الكتابات الفقهية الفلسطينية المنشورة في موضوع القاضي الإداري وقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية.

ومن الناحية العملية، يعتبر القضاء الإداري أداة من أدوات دولة القانون، وتكريس حماية فعلية لحقوق الإنسان وحرياته الفردية، إلى جانب ممارسة وظيفته التقليدية في حماية مصالح الإدارة وحقوقها. فيقع على هذا القضاء عبء كبير في إيجاد حالة من التوازن بين مصالح الإدارة - التي تملك ما يكفيها من وسائل القوة والجبر أصلاً بحكم القانون - وحقوق وحرريات الأفراد باعتبارهم الطرف الأضعف في هذه الوضعية.

وإن تمسك القاضي الإداري بعدم اختصاصه بنظر قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، على اعتبار أنه ليس من أشخاص القانون العام، من شأنه أن يحجر عليه البت في شرعية القرار الإداري محل النظر؛ وفي ذلك تحصين للعمل الإداري وخرق لحق المواطن في التقاضي، وانتقاص لحقوق المواطنين، فكان لا بد من السعي لتجاوز هذا الحل أو وضع بدائل له خاصة في ظل غياب جهة أخرى تراقب شرعية هذه القرارات.

**منهج البحث:**

اتُبع في البحث المنهج التحليلي، من خلال تحليل ونقد وتقييم آراء فقهية، ورأي المشرع الفلسطيني من مسألة رقابة شرعية القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية. كما وقع التركيز على أحكام قضائية صادرة عن فقه القضاء الإداري الفلسطيني سواء في الضفة الغربية أو قطاع غزة؛ لخدمة الفكرة التي يسعى البحث للوصول إليها.

**إشكالية البحث، وأسئلته:**

إن احتفاء القاضي الإداري بفكرة أن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية هي ليست من أشخاص القانون العام، متمسكاً بحرفية نص المادة (2/33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 لتأسيس عدم اختصاصه بنظر القرارات الصادرة عنها، من شأنه أن يؤثر سلباً على مبدأ رقابة المشروعية. مما يفسر تنقيح المادة (2/33) المذكورة؛ بحيث باتت تصنف مؤسسات التعليم العالي على أنها من أشخاص القانون العام، وعليه، فالسؤال المركزي كيف تطور موقف القاضي الإداري الفلسطيني من القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية؟

يجيب هذا البحث عن الأسئلة الفرعية التالية: ما هي أصناف مؤسسات التعليم العالي في القانون الفلسطيني؟ وما هي طبيعية القرارات الصادرة عن كل منها؟ وما هو موقف القاضي الإداري الفلسطيني من القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية لدى الطعن فيها أمامه قبل التعديل التشريعي لسنة 2014؟ وهل تغير

موقفه بعد التعديل التشريعي لسنة 2014؟ وهل يمكن أن يفرق القاضي الإداري بين القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية على أساس الجهة الموجه إليها القرار (طلبة أو أعضاء هيئة إدارية أو أكاديمية؟)

#### هدف البحث:

يهدف البحث إلى بيان مسلك القاضي الإداري الفلسطيني من الطعون المقدمة لُذنه بشأن القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية.

#### التقسيم الرئيس للبحث:

وعليه، يدرس هذا البحث رفض القاضي الإداري النظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية (المطلب الأول). وقبول القاضي الإداري النظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: رفض القاضي الإداري النظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية

نظم المشرع الفلسطيني اختصاص محكمة العدل العليا في المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، ولم يكن يتضمن نصاً صريحاً على اعتبار مؤسسات التعليم العالي من أشخاص القانون العام الذي يقع اختصاص النظر في طعونها لمحكمة العدل العليا، إلا أنه تم تنقيح نص المادة (33) بموجب القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 من خلال تضمين النص لمؤسسات التعليم العالي كأحد أشخاص القانون العام، الأمر الذي أدى إلى اختلاف موقف محكمة العدل العليا في النظر بالطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية. وعليه ستعمل هذه الفقرة على تسليط الضوء على موقف محكمة العدل العليا من الطعون المتعلقة بمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية قبل صدور التنقيح لعام 2014.

من خلال البحث والتدقيق بالأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا بخصوص الطعون بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، وجد الباحثان أن موقف وتوجه محكمة العدل العليا قبل عام 2014 قد انقسم إلى قسمين، وذلك على النحو الآتي: رفض القاضي الإداري النظر في الطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية لعدم الاختصاص بصفة عامة (الفرع الأول)، وقبول بعض الطعون في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بصفة استثنائية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: رفض القاضي الإداري النظر في الطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية لعدم الاختصاص بصفة عامة

في البداية يجدر الإشارة إلى أن قرارات مؤسسات التعليم العالي تصدر بمواجهة طرفين *الأول* قرارات بمواجهة طلبة مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية؛ حيث ذهبت محكمة العدل العليا الفلسطينية إلى عدم قبول الطعن بغالبية القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية الموجهة للطلبة فيها، وذلك لعدم اختصاص المحكمة في النظر بتلك الطعون؛ نتيجة اعتبار مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية هي مؤسسات أهلية، وبالتالي لا تعتبر شخص من أشخاص القانون العام، ولا تشملها المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية؛ حيث ورد على لسان المحكمة في الرد على الطعن المقدم ضد القرار الصادر عن جامعة النجاح الوطنية بمواجهة أحد الطلبة فيها: "أن المادة 2/33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية نصت على أن تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح والأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية. إن الفقه والقضاء الإداريين مستقران على أن اختصاص القضاء الإداري لا يتحقق إلا باتصال المنازعة بسلطة إدارية وأن القرار كي يعد قراراً إدارياً لا بد أن يصدر عن سلطة إدارية أي من شخص من أشخاص القانون العام وإن المنازعات مع أشخاص القانون الخاص وأياً كانت صلة الإدارة بهذه الأشخاص الخاصة يخرج عن اختصاص القضاء الإداري. إن قرارات الهيئات والمؤسسات الخاصة ولو كانت متمتعاً بالشخصية المعنوية واعترف لها بصفة النفع العام يخرج الطعن فيها بالإلغاء عن اختصاص القضاء الإداري".<sup>1</sup>

**والثاني**، قرارات تصدر بمواجهة الهيئات الأكاديمية أو الإدارية العاملة في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية. ويرى الباحثان أن الأمر لم يختلف بشأن توجه محكمة العدل العليا برفض الاختصاص بالنظر بالقرارات الصادرة عن هذه المؤسسات سواء أكانت موجهة لطلابها أم للهيئات الأكاديمية والإدارية فيها، إذ باستقراء الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة، يُلاحظ أن القاضي الإداري قد علل حكمه في غالبية الأحكام بالقضايا المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية الموجهة للهيئات الإدارية والأكاديمية بعدم الاختصاص؛ شأنه شأن الطعون التي قدمت حول قرارات تلك المؤسسات بمواجهة الطلبة فيها، حيث ورد على لسان المحكمة في الرد على الطعن المقدم ضد القرار الصادر عن جامعة القدس المفتوحة في رام الله بحق أحد أعضاء الهيئة التدريسية فيها: "وبما أن المادة (33) فقرة 2 من قانون تشكيل المحاكم<sup>2</sup> رقم 5 لسنة 2001 حددت اختصاص محكمة العدل العليا بإلغاء القرارات الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية كما أنه قد استقر الفقه والقضاء على أن القرار لا يعتبر قراراً إدارياً خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل ما لم يكن صادراً عن سلطة إدارية أو مؤسسة عامة أو شخص من أشخاص القانون العام وبما أن جامعة القدس المفتوحة تعتبر هيئة أهلية وليس من

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (390) و (444) لسنة 2010، الصادر بتاريخ 2011/5/16.

<sup>2</sup> ينوه إلى أن هذا الخطأ المادي ورد في النص الحرفي لحكم المحكمة؛ بحيث لا يسمى قانون تشكيل المحاكم، وتسميته الصحيحة قانون تشكيل المحاكم النظامية".

أشخاص القانون العام حيث لا يعتبر القرار الصادر عنها قراراً إدارياً خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل العليا وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمتنا في الدعوى رقم (2005/109) مما يدل أن الدعوى مردودة لعدم الاختصاص".<sup>1</sup>

كما وجد الباحثان بعض الأحكام المتعلقة بمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية عملت محكمة العدل العليا على رد الدعوى شكلاً استناداً لنص المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، ولم تتعرض المحكمة فيها إلى ما كانت تشير إليه سابقاً باعتبارها غير مختصة، ومنها الحكم رقم (226) لسنة 1998؛ حيث عملت محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة على رفض الطلب المقدم من أحد موظفي جامعة الأزهر لعدم استنفاده جميع طرق الطعن؛ إذ ورد على لسان المحكمة: "وحيث أنه لما كان ذلك فإنه لا وجه للرد على ما انساق إليه وكيل المستدعي من طعن حيث أنه يسر عن الشك أنه يمتنع على محكمة العدل العليا التصدي للقرارات الإدارية قبل أن تستنفذ جميع طرق الطعن فيها حسب قانون وأنظمة الإدارة الصادر منها القرار المطعون فيه".<sup>2</sup> كما ردت دعوى أخرى لعدم توجيه الطعن ضد مصدر القرار في الحكم رقم (4) لسنة 2005.<sup>3</sup>

#### الفرع الثاني: قبول بعض الطعون في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بصفة استثنائية

يرى الباحثان في بعض الأحكام خروجاً لمحكمة العدل العليا عما تواترت عليه من رفضها النظر في الطعون المتعلقة بمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية لعدم الاختصاص، حيث عملت على قبول الدعوى والبت فيها، ومنها قرارات موجهة ضد طلبة المؤسسة حيث عملت محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة على قبول الدعوى وإلغاء قرار المؤسسة باعتباره جاء مخالفاً لنصوص القانون، إذ ورد على لسان المحكمة في الحكم رقم (45) لسنة 1998: "وحيث أنه لما كانت المادة السادسة من النظام الدستوري لقطاع غزة الصادر في 1962م قد نصت على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة يكفله القانون وأن التحقيق الذي أجرته لجنة الضبط بالجامعة ما لم تكن فيه كفالات التحقيق القانوني ولا ضماناته لخلوه من مقومات كل تحقيق صحيح يمكن الاطمئنان قانوناً إلى سلامة نتائجه وبوجه خاص استدعاء المستدعية وسؤالها ومواجهتها بما هو مأخوذ عليها وتمكينها من الدفاع عن نفسها وإتاحة الفرصة لها لمناقشة شهود الإثبات - وسماع من تريد إظهارهم من شهود النفي وغير ذلك من مقتضيات حق الدفاع ويجب أن يسبق توقيع العقوبة تحقيق قد يبين فيه من الأمور ما يؤثر في سير المحاكمة أو في نتائجها

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (132) لسنة 2013، الصادر بتاريخ 2014/7/7، وكذلك الحكم رقم (347)

لسنة 2011، الصادر بتاريخ 2013/4/24، والحكم رقم (536) لسنة 2010، الصادر بتاريخ 2014/5/28.

<sup>2</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، حكم رقم (226) لسنة 1998، الصادر بتاريخ 1999/12/15.

<sup>3</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (4) لسنة 2005، الصادر بتاريخ 2005/1/18.

وحيث أن المستدعى ضدها إذا لم تتبع تلك الإجراءات يكون قرارها قد صدر على خلاف نصوص الدستور والقانون مما يستوجب إلغاءه.<sup>1</sup>

وكذلك الحكم رقم (38) لسنة 2001 حيث عملت محكمة العدل العليا في غزة على تعديل شهادة طالب صادرة عن جامعة القدس المفتوحة.<sup>2</sup> وكذلك قبلت المحكمة دعاوى الطعن في قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية الموجهة للهيئات الإدارية والأكاديمية فيها، إذ عملت محكمة العدل العليا في غزة على تعديل القرار الإداري الصادر عن جامعة الأزهر في غزة بشأن ترقية أحد موظفيها في الحكم رقم (143) لسنة 1995.<sup>3</sup>

وبناءً على ما سلف، يتضح للباحثين أن قبول المحكمة لبعض الطعون المتعلقة بمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية قبل التفتيح الحاصل عام 2014 سواء الصادرة في مواجهة الطلبة أو العاملين فيها، قد اقتصر على محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، إذ لم يظهر من خلال الأحكام الموردة أعلاه قبول محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله النظر في هذا النوع من الطعون قبل عام 2014. يفسر الباحثان أن الاختلاف الواقع بين المحكمتين يقع في توجه الهيئة المنعقدة في قطاع غزة إلى الاجتهاد والتعمق أكثر في مفهوم أشخاص القانون العام وعدم قصرها على الأشخاص الذين عمل المشرع على ذكرهم أي عدم التمسك بحرفية النص القانوني، والعمل على إعمال المعيار المادي؛ الذي من شأنه أن يؤدي إلى البحث في جوهر وفحوى القرار الواقع الطعن فيه أمام المحكمة، مما يمنح قاضي المحكمة نفي أو توسيع اختصاصه بالنظر إلى موضوع فحوى العمل.

إلى جوار ذلك، يُلاحظ أن محكمة العدل العليا المنعقدة في قطاع غزة، قضت في الحكم رقم (38) لسنة 2001، والحكم رقم (143) لسنة 1995 المذكورين أعلاه، بتعديل القرار الإداري الطعين، وليس الوقوف عند تخوم إلغاء القرار الإداري الطعين فحسب، على خلاف واقع محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله؛ الذي يشير إلى رفضها كمبدأ عام تكريس سلطة التعديل، وقصر سلطتها على إلغاء القرار الإداري.<sup>4</sup> وفي ذلك، تتناغم موقف القاضي الإداري في قطاع غزة مع موقف المشرع الفلسطيني اللاحق؛ الذي أعطى بصورة صريحة لمحكمة

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، حكم رقم (45) لسنة 1998، الصادر بتاريخ 1998/9/27.

<sup>2</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، حكم رقم (38) لسنة 2001، الصادر بتاريخ 2001/9/11.

<sup>3</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، حكم رقم (143) لسنة 1995، الصادر بتاريخ 1996/9/29.

<sup>4</sup> حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (48) لسنة 2013، تاريخ الفصل فيه 2013/10/30. وبنفس المعنى حكمها رقم (275) لسنة 2008، الصادر بتاريخ 2009/2/25. وحكمها رقم (14) لعام 2003، الصادر بتاريخ 2003/6/11، وحكمها رقم (139) لعام 2005، الصادر بتاريخ 2008/1/17. وللمزيد حول فكرة سلطة محكمة العدل العليا في تعديل القرارات الإدارية يُراجع صيام، أشرف، رقابة محكمة العدل العليا على اللوائح الإدارية في القانون الفلسطيني، جامعة تونس المنار، تونس العاصمة- تونس، 2017-2018، 272-275.

العدل العليا إلى جوار سلطة إلغاء القرارات الإدارية سلطة تعديلها.<sup>1</sup> وعليه، يُشاطر الباحثان مسلك محكمة العدل العليا المنعقدة في قطاع غزة، ويدعمان استقرار اعتناق القاضي الإداري الفلسطيني له.

وبالنتيجة، وجد الباحثان أن التوجه الغالب لمحكمة العدل العليا قبل تنقيح عام 2014 هو رفضها النظر في الطعون الموجهة لقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، وأن السبب الرئيسي لرفض القاضي الإداري الاختصاص بالنظر في غالبية الطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية هو عدم اعتبار الأخيرة من أشخاص القانون العام؛ وبالتالي قراراتها ليست قرارات إدارية، إلا أن هذه النقطة تستدعي الوقوف عندها بطرح سؤال غاية في الأهمية، وهو هل أصاب القاضي الإداري في التوجه المذكور؟<sup>2</sup>

تُعتبر المادة (2/33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، بمثابة القاعدة الأساس؛ للوقوف على المعيار الذي تبناه المشرع الفلسطيني؛ لتمييز القرارات الإدارية عن غير الإدارية، فكانت تنص قبل تنقيحها على أنه: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 2. الطلبات التي يقدمها ذو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما فيها النقابات المهنية".

مما لا شك فيه، أنه ليس في النص السابق دلالة صريحة على أخذ المشرع بالمعيار العضوي (الشكلي) أو المادي (الموضوعي)، إلا أن المشرع اشترط في القرارات الإدارية، أن تكون: قرارات نهائية، وماسة بالأشخاص والأموال، وصادرة عن أشخاص القانون العام. وقد ذكر المشرع في نص المادة (2/33) قبل تنقيحه شخص واحد من أشخاص القانون العام، هو النقابات المهنية، وهذا الذكر يأتي على سبيل المثال لا الحصر، ودلالة ذلك أنه استعمل صيغة "بما فيها". وبالتالي، لم يقم المشرع نفسه في تحديد المقصود بأشخاص القانون العام، وترك المجال واسعاً أمام قاضي محكمة العدل العليا؛ لتحديد الجهات الإدارية التي ينطبق عليها وصف "أشخاص القانون العام"، التي سوف يكون مختصاً بالنظر في شرعية قراراتها.

تشمل أشخاص القانون العام، وفقاً لاجتهاد الفقه والقضاء، الأشخاص التالية:<sup>3</sup>

- الدولة والسلطات الإدارية المركزية التابعة لها، وهذا يشمل الهيئات الإدارية التابعة للسلطة التنفيذية فيما يتعلق باختصاصاتها الإدارية من رئيس الدولة ومجلس الوزراء والوزارات وما يتبعها من إدارات 7 عامة وفروع.

<sup>1</sup> تنص المادة (291) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لسنة 2001 تحت باب أصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا، على التالي: "تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية". قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 (الوقائع الفلسطينية: العدد 38، بتاريخ سبتمبر 2001)، ص 5.

<sup>2</sup> يُراجع في كل ما يتعلق بهذا السؤال والجواب عليه صيام، "رقابة محكمة العدل العليا على اللوائح الإدارية"، 118-122.

<sup>3</sup> يُراجع عبد الوهاب، محمد، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، دون رقم طبعة، بيروت، 2005، 475-476.

- السلطات اللامركزية، وتشمل الأشخاص العامة المحلية، والأشخاص العامة المرفقية. أما الأشخاص العامة المحلية تتمثل في المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى أو البلديات بحسب النظام القانوني للدولة. وأما الأشخاص العامة المرفقية فهي أشخاص معنوية عامة؛ متخصص كل منها في إدارة مرفق من المرافق العامة، وتشمل المؤسسات العامة مثل الجامعات. وهناك أشخاص مرفقية مهنية، وتشمل النقابات كنقابة الأطباء، وغيرها.

وبالعودة إلى قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، يتبين أنه قد حدد مدلول "أشخاص القانون العام"؛ ليشمل الأشخاص الإقليمية كالدولة والمحافظات والمدن والقرى، والأشخاص المرفقية كالمؤسسة العامة، والأشخاص المهنية مثل نقابة المحامين، وفي ذلك تقول محكمة العدل العليا: "إن القرار الذي يجوز الطعن فيه يجب أن يكون إدارياً ولا بد أن يصدر من هيئة إدارية تابعة لشخص من أشخاص القانون العام وأشخاص القانون العام إما إقليمية كالدولة والمحافظات والمدن والقرى وإما مرفقية كالمؤسسات العامة وإما مهنية كالنقابات المهنية مثل نقابة المهندسين ونقابة الأطباء ونقابة المحامين ونقابة المعلمين والزراعيين".<sup>1</sup>

إن اشتراط المشرع صدور القرارات الإدارية، القابلة للطعن في شرعيتها بدعوى الإلغاء أمام محكمة العدل العليا، عن أشخاص القانون العام، ثم قيامه بذكر أحد أشخاص القانون العام، لهي دلالة واضحة على تبني المشرع الفلسطيني للمعيار العضوي في تحديد ما هو يندرج ضمن مفهوم القرارات الإدارية وما لا يندرج. وبالتالي، تحديد إذا ما كانت هذه القرارات خاضعة لرقابة محكمة العدل العليا أم لا.

لا يمكن قراءة الفقرة (2) من المادة (33) وتقيحها، بمعزل عن الفقرة (6) من المادة ذاتها، التي تنص على أنه: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: 6- سائر المنازعات الإدارية". وما يمكن ملاحظته، أن الفقرة (6) تندرج في سياق المسائل التي تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيها، وقد استعمل المشرع صيغة "سائر المنازعات الإدارية"، وكلمة "سائر" تعني الشمولية والإطلاق دون إقصاء أو تحديد. وصيغة "منازعات إدارية" تختلف عن صيغة "منازعات الإدارة".<sup>2</sup>

ففي ظل صيغة "منازعات إدارية"، يرتبط الأمر بمدلول المعيار المادي. وعليه، يجري الحديث عن طبيعة العمل محل النزاع، بالبحث في الغاية من العمل موضوع النزاع؛ إن كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، أو

<sup>1</sup> حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة رقم (76) لسنة 1995، الصادر بتاريخ 1996/3/11. إلا أنه لا بد من التنويه إلى أن استخدام محكمة العدل العليا الفلسطينية - في حكمها هذا - مصطلح "الإقليمية" للتعبير عن الدولة والمحافظات، لم يكن في محله، على اعتبار أن الإقليمية هو مصطلح مرادف لـ "اللامركزية"، وهو مصطلح يستخدم للتعبير عن الوحدات المحلية؛ التي يقتصر نشاطها وتنحصر صلاحياتها داخل إقليم معين من أقاليم الدولة. وكان من المناسب استخدام مصطلح "المركزية"؛ للتعبير عن الدولة والمحافظات.

<sup>2</sup> للاطلاع بإسهاب حول هذه الفكرة يمكن مراجعة العجمي محمد، تطور معايير اختصاص المحكمة الإدارية: من التخصيص إلى التخصص، القضاء الإداري، دون رقم مجلد، 33- 94، 1998.

البحث عن الوسائل المتبعة فيه، وفحص إذا ما تضمنت امتيازات السلطة العامة أم لا، أو كان التصرف يندرج ضمن القانون العام.<sup>1</sup>

وبكلمات أخرى، تشمل صيغة "منازعات إدارية"، كل المنازعات التي بطبيعتها إدارية بالنظر إلى موضوعها وفحواها بصرف النظر عن جهة أو مصدر تلك المنازعات سواء كانت الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية أو غيرها من السلطات. ويُلاحظ أن المشرع لم يضع تعريفاً لـ "المنازعات الإدارية"، وترك لقاضي محكمة العدل العليا سلطة تقديرية، ليقرر إذا ما كانت المنازعات تندرج ضمن المنازعات الإدارية أم لا. وبالتالي، منحه السلطة ليقرر توسيع مجال اختصاصه أو نفيه.

أما صيغة "منازعات الإدارة"، فتكرس المعيار العضوي.<sup>2</sup> ويعني هذا بصيغة أخرى أن اختصاص القاضي الإداري يتحدد بالنظر في إذا ما كانت الإدارة طرفاً في النزاع أم لا؛ فيقع اختصاصه في الحالة الأولى، وينتفى في الحالة الثانية.

إن كل ما سبق بيانه، يؤكد وجود حالة ارتباك تشريعي على صعيد المعيار الذي تبناه المشرع الفلسطيني لتحديد اختصاص قاضي محكمة العدل العليا؛ فهو من جهة يذهب باتجاه تبني المعيار العضوي فيما يخص الطعن بالقرارات الإدارية عن طريق دعوى الإلغاء. بينما يذهب باتجاه تبني المعيار المادي فيما يخص سائر المنازعات الإدارية.

والفارق بين الأخذ بالمعيار العضوي والمادي، حيث تتحدد اختصاصات محكمة العدل العليا بنظر القرارات الإدارية الصادرة عن جهات أو أشخاص معينين لدى الأخذ بالمعيار العضوي. في حين أن الأخذ بالمعيار المادي من شأنه أن يمنح قاضي محكمة العدل العليا نفي أو توسيع اختصاصه بالنظر إلى موضوع أو فحوى العمل محل النزاع بصرف النظر عن الجهة المُصدرة له؛ فالسلطات الثلاث تمتلك إصدار أعمال إدارية، سواء السلطة التشريعية أو القضائية أو التنفيذية، فيطالها اختصاص قاضي محكمة العدل العليا بالنظر إلى الطبيعة الإدارية لهذا العمل.

وعلى هدي الأحكام القضائية السالفة، يُلاحظ تمسك قضاء محكمة العدل العليا الفلسطيني بالمعيار العضوي كأصل عام؛ حيث يتم تحديد طبيعة العمل وفقاً لهذا المعيار؛ بالرجوع إلى الجهة التي يصدر عنها ذلك العمل؛ لذا كانت ترفض الاختصاص بنظر القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية قبل التنقيح التشريعي للمادة (2/33) المذكورة عام 2014.

<sup>1</sup> منصور أنور، اختصاص المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة، التطور المتباين لدعوى تجاوز السلطة، دون رقم مجلد، 5-34، 2010.

<sup>2</sup> الغرايري غازي، معيار اختصاص قاضي تجاوز السلطة منذ تنقيح 3 جوان 1996، القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، دون رقم مجلد، 253-272، 2002.

وأيضاً غومة، محمد. تطور معايير اختصاص القاضي الإداري وحسن سير القضاء. دراسات قانونية-صفاقس، عدد 20، 2013، 95.

لا يشاطر الباحثان المحكمة في توجيهها السالف، للتفسير الذي وقع تقديمه أعلاه. فليس من الصواب تهميش المعيار المادي؛ فالقضاء الإداري المقارن، وعلى وجه الخصوص القضاء الإداري التونسي، دأب على تفعيل المعيار المادي من خلال النظر إلى طبيعة القرار أو النشاط أو العمل الذي اتخذته الإدارة، مستنداً في ذلك على فكرة ارتباطه بالمرافق العامة أو بصلاحيات السلطة العامة أو بقواعد القانون العام.<sup>1</sup> وأيضاً استخدم مجلس تنازع الاختصاص التونسي، الذي ينظر في نزاعات الاختصاص بين القضاء العدلي والقضاء الإداري، معيارين ليحدد الجهة القضائية المختصة؛ معيار الطبيعة الإدارية للنزاع، ومعيار كتلة الاختصاص.<sup>2</sup>

وما يدل على صحة توجه الباحثين هو ذهاب المشرع الفلسطيني إلى تنقيح نص المادة (2/33) في عام 2014 بإضافة مؤسسات التعليم العالي كمثل على أشخاص القانون العام، وشمول اختصاص محكمة العدل العليا النظر في الطعون المتعلقة بقراراتها دون التفريق إذا كانت حكومية أم غير حكومية.

وعليه يرى الباحثان أن من الأصوب على القاضي الإداري أن لا يتمسك بحرفية النص، بل كان عليه البحث في الوقائع والتحليلات باعتبار مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية شخصاً من أشخاص القانون العام من جهة، والعمل على تحقيق المصلحة العامة، وحفظ الحقوق من الضياع من جهة أخرى، إذ إن قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، كما تمت الإشارة آنفاً، من المحتمل أن تصدر بمواجهة الطلبة في المؤسسة أو العاملين فيها من الهيئة الإدارية والأكاديمية؛ فعند صدور قرار من مؤسسة التعليم العالي غير الحكومية بحق طالب مثل أن يتم فصله أو حرمانه من الشهادة أو إعطائه تقديراً لا يتوافق وتحصيله وغيرها من الإشكاليات، فلا يوجد أي طريقة أو سبيل يمكن لهذا الطالب اللجوء إليها للطعن في قرار المؤسسة سوى محكمة العدل العليا، التي كانت بدورها تعمل على رد الدعوى لعدم الاختصاص دون الالتفات إلى أن مصلحة وحق الطلبة معرضان للضياع لعدم وجود سبيل آخر للجوء إليه، الأمر الذي قد لا يتعرض له الموظف العامل في المؤسسة كون غالبية العقود المبرمة ما بين الطرفين تحكمها قواعد قانون العمل؛ الذي يقع الاختصاص في الفصل بالمنازعات المتعلقة بها للمحاكم النظامية، وهو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة في الحكم رقم (9) لسنة 2005 إذ ورد على لسانها: "وحيث أن واقعة الدعوى على هذا النحو لا تتعدى كونها خلافاً على تنفيذ عقد العمل المنظم بين الطرفين والادعاء بالإخلال بشروطه. وحيث أن الرابطة القانونية بين المستدعي والجهة المستدعى ضدها هي رابطة عقدية باتفاق الطرفين. وبما أن المنازعة بين فرقاء هذا الاتفاق (العقد) في مرحلة التنفيذ هي في حقيقتها منازعة على الحق وعلى حقوق أطرافه

<sup>1</sup> الشواشي نهى، القاضي الإداري وتوزيع الاختصاص بين الجهازين القضائيين قراءة في معايير اختصاص القاضي الإداري، في *Etudes En L'honneur Du Professeur Rafea Ben Achour Mouvances Du Droit, Tome II, 21- 57, 2015.*

وأيضاً بن عبد الله عائشة، اختصاص القاضي الإداري في مادة الاستيلاء، القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، دون رقم مجلد، 321-343، 2002.

<sup>2</sup> حول المعايير التي استخدمها مجلس تنازع الاختصاص يُراجع، الفندري خليل، معايير الاختصاص من خلال فقه قضاء مجلس تنازع الاختصاص، القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، دون رقم مجلد، 273-319، 2002.

ومدى الالتزام بشروطه. وحيث لا جدل في مثل هذه الحالة التي يدعى بها بتجاوز شروط العقد ومخالفة أحد طرفيه لالتزاماته المترتبة عليه، أن يكون اختصاص النظر في المنازعة بين الطرفين للقضاء العادي، فإن الدعوى تغدو والحالة هذه غير مقبولة أمام هذه المحكمة.<sup>1</sup>

كان هذا هو حال ومصير الطعون المقدمة ضد قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية أمام محكمة العدل العليا الفلسطينية قبل عام 2014، الأمر الذي تغير جذرياً عند إجراء تنقيح تشريعي لنص المادة (33/2) من قانون تشكيل المحاكم النظامية في عام 2014، وهذا ما سيتم تناوله في الفقرة الثانية.

### المطلب الثاني: قبول القاضي الإداري النظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية

كان العام 2014 هو العام الذي تبدل فيه بشكل جذري توجه ونظرة قاضي محكمة العدل العليا لطبيعة مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية؛ فبتاريخ 2014/6/19 تم إجراء تنقيح تشريعي على القانون رقم (5) لسنة 2001 المتعلق بتشكيل المحاكم النظامية، وذلك من خلال القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 ومن جملة ما جاء فيه تنقيح الفقرة (2) من المادة 33 المتعلقة باختصاصات محكمة العدل العليا؛ فتمثل جوهر هذا التنقيح بضم مؤسسات التعليم العالي بشكل صريح وقاطع إلى قائمة أشخاص القانون العام، مما جعل بالتأكيد الطعن بقراراتها من كتلة اختصاص محكمة العدل العليا، الأمر الذي تم النص عليه في المادة (4) من القرار بالقانون المذكور؛ إذ نصت على أن: "تعديل الفقرة (2) من المادة (33) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: 2. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون، بما في ذلك النقابات المهنية ومؤسسات التعليم العالي، والاتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات ذات النفع العام".

ويرى الباحثان في البداية أن المشرع الفلسطيني قد أحسن بتنقيحه القانون وإن أتى ذلك متأخراً، ويتضح جلياً أن المشرع قد توجه لهذا التنقيح؛ لقناعته أن مؤسسات التعليم العالي ينطبق عليها بشكل واضح وثابت معايير وامتيازات أشخاص القانون العام سواء الحكومية منها أو غير الحكومية، الأمر الذي كان لابد على القاضي الإداري التنبيه له مسبقاً، والعمل على الاجتهاد لتحليل طبيعة مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، وعدم التمسك بحرفية النص القانوني.

وعليه ومن خلال البحث والتدقيق في أحكام محكمة العدل العليا، وجد الباحثان أن المحكمة قد عملت على تغيير توجهها بالنسبة للطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بما يتوافق وتنقيح نص المادة (2/33) من القانون الأصلي؛ إذ بدأت بعد عام 2014 بقبول الطعون؛ متخلية تماماً عن التسبب الذي كانت متمسكة به بشكل شبه دائم ومستمر برفض الطعون لعدم الاختصاص في البت فيها، ويتضح ذلك جلياً عند البحث

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (9) لسنة 2005، الصادر بتاريخ 2005/1/26.

في الأحكام ما بعد عام 2014؛ حيث عثر الباحثان على ثلاثة أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا تتعلق بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، اختلف فيها توجه المحكمة بشكل تام، إلا أن كل هذه الأحكام تتعلق بقرارات صادرة بحق طلبة يدرسون في الجامعات غير الحكومية، ولم يعثر الباحثان على تطبيقات قضائية بعد تنقيح 2014 تتعلق بأعضاء الهيئة الإدارية أو الأكاديمية المنخرطين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية.

وعليه، يقسم هذا المطلب إلى: قبول النظر في القرارات الصادرة بحق الطلبة الدارسين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية (الفرع الأول)، ومدى احتمالية النظر في القرارات الصادرة بحق العاملين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: قبول النظر في القرارات الصادرة بحق الطلبة الدارسين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية

عثر الباحثان على ثلاثة أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا تتعلق بالطعن في قرارات صادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بحق الطلبة الدارسين فيها.

أول هذه الأحكام، الحكم رقم (3) لسنة 2015 الصادرة عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله،<sup>1</sup> كان هذا الحكم متعلقاً بالجامعة العربية الأمريكية بجنين؛ للطعن في قرارها القاضي بفصل أحد الطلبة فصلاً نهائياً، ثم تعديله إلى فصل مؤقت، واستند الطاعن في القرار إلى أن قرارها جاء مخالفاً للقانون، إلا أنه نتيجة لعدم حضور وكيل المستدعي بشكل مستمر لعدة جلسات عملت المحكمة على رد الدعوى، ولم تنص على عدم الاختصاص بهذا النوع من الطعون مثلما كانت تنص وتسبب سابقاً قبل التنقيح، مما يعني أنه يفهم لو لم يتغيب وكيل المستدعي لكانت المحكمة قد نظرت وبتت في موضوع الدعوى بوصفها صاحبة الاختصاص.

أما الحكم الثاني، فهو الحكم رقم (40) لسنة 2018 الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله،<sup>2</sup> وكانت الجهة المستدعي ضدها في هذا الحكم جامعة بيرزيت ومن يمثلها، وذلك للطعن بالقرار الصادر عنها بمنع دخول أحد طلبتها للحرم الجامعة؛ إذ استند الطاعن في طعنه بأن قرار الجامعة جاء مخالفاً وأحكام القانون، وبعد سماع اللوائح حكمت المحكمة بقبول الدعوى، مع رد الدعوى عن بعض المدعى عليهم لعدم مشاركتهم في إصدار القرار الإداري محل الطعن، وهذا يتفق مع الرأي السائد فقهيًا وقضائياً من أن الطعن يكون بمواجهة مصدر القرار الإداري، وانتهت المحكمة بالنتيجة إلى إلغاء القرار الصادر عن جامعة بيرزيت الجامعة غير الحكومية.

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (3) لسنة 2015، الصادر بتاريخ 2015/5/6.

<sup>2</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (40) لسنة 2018، الصادر بتاريخ 2018/3/26، والمنشور على موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية "مقام"، <https://maqam.najah.edu/judgments/344/>، تاريخ الزيارة 2020/8/1.

وقد صرحت المحكمة بما يلي: "وأما بالنسبة للجهة المدعى عليها الأولى فإنها أقرت في لائحتها الجوابية بمنع المدعي من دخول الجامعة فيما ادعت بأن هذا القرار هو قرار غير نهائي وجاء هذا القرار في البند الحادي عشر من لائحتها الجوابية حيث أقرت بما جاء في البند الخامس من لائحة الدعوى وهو منع المدعي من دخول الحرم الجامعي وذلك لوجود تحقيق فيما ادعت في البند العاشر بأنه أحيل الى لجنة النظام العام ويتوجب عليه المثول للتحقيق فكيف يتم ذلك مع منعه من دخول الجامعة كما أنه وردت في المبرز (ع/2) من البينة المفندة أنه وبتاريخ 2018/2/21 قد تم توجيه إنذار للمدعي من قبل لجنة النظام وطالما أنه قد تم توجيه إنذار للمدعي ولم تقدم الجهة المدعى عليها من 1-3 ما يشير إلى إصدار أي قرار من لجنة النظام يتضمن فصل المدعي من الجامعة لفصل دراسي أو أكثر أو لأي مدة كانت فإن استمرار منع المدعي من دخول الحرم الجامعي للدراسة يعتبر مخالفاً للقانون بعد مرور أكثر من شهر ونصف على صدور الإنذار بحقه الأمر الذي يتوجب معه إلغاء القرار المطعون فيه".<sup>1</sup>

وفي الحكم الثالث والأخير رقم (131) لسنة 2019 الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله،<sup>2</sup> كان الطعن بمقتضاه موجهاً ضد قرار جامعة القدس المفتوحة بخصوص فصل طالب لديها، واستند الطاعن أن قرار المؤسسة جاء مخالفاً للقانون ولتعليمات الجامعة، وبأنه معيب بعبء إساءة استعمال السلطة؛ إذ قررت المحكمة إلغاء القرار كون الجهة المستدعى ضدها خالفت أحكام القانون، كما خالفت تعليمات منح درجة البكالوريوس السارية في الجامعة، وحكمت برد الدعوى عن بعض الخصوم الذين لم يشاركوا بإصدار القرار الإداري، وتضمنين الجامعة الرسوم والمصاريف، كما ردت المحكمة على الجهة المستدعى ضدها في اللائحة الجوابية التي كانت تتضمن عدم اختصاص المحكمة في النظر بالدعوى على اعتبار القرارات الصادرة عن الجامعات غير الحكومية هي قرارات لا تعتبر إدارية، بتذكيرها بتنقيح نص المادة (2/33)، وأن قرار الجهة المستدعى ضدها (جامعة القدس المفتوحة) قابلاً للطعن أمامها؛ حيث عبّرت عن ذلك بقولها: "أما بخصوص الدفع التي أتت عليها اللائحة الجوابية فإننا نفضلها ونعالجها على النحو الآتي: أولاً: بخصوص الدفع بأن هذه المحكمة غير مختصة باعتبار أن القرارات الصادرة عن الجامعة لا تعد قرارات إدارية خاضعة للطعن فإننا في هذا الخصوص نجد أن قانون تشكيل المحاكم النظامية في المادة ٣٣ المعدلة تنص على أنه: تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي: (٢.٠) الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون، بما في ذلك النقابات المهنية ومؤسسات التعليم العالي، والاتحادات المسجلة حسب الأصول

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (40) لسنة 2018، الصادر بتاريخ 2018/3/26، والمنشور على موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية "مقام"، <https://maqam.najah.edu/judgments/344/>، تاريخ الزيارة 2020/8/1.

<sup>2</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (131) لسنة 2019، الصادر بتاريخ 2020/1/15.

والجمعيات ذات النفع العام). وعليه ولما كانت الجهة المستدعي ضدها الأولى من مؤسسات التعليم العالي وأن قرارها مس مصلحة المستدعي فإن قرارها على هذا النحو الذي بيناه يكون قابلاً للطعن أمام هذه المحكمة.<sup>1</sup>

تعبيراً على ما سلف، يرى الباحثان صحة توجه المحكمة، وأن النتائج التي انتهت إليها قد جاءت متفقة وأحكام القانون والأنظمة؛ فالطلبة لم يرتبطوا بهذه المؤسسات برابطة التبعية التي يكرسها القانون الخاص، سيما قانون العمل، إلى جوار امتلاك هذه المؤسسات ممارسة سلطات وصلاحيات وامتيازات استثنائية بحق الطلبة، فكان لابد من قبول القاضي الإداري النظر في شرعية القرارات الصادرة بحقهم؛ صوتاً لحقوقهم ومطالبهم.

من خلال النظر في الأحكام السابقة، يظهر أن جميع الطعون تتعلق بقرارات جاءت بمواجهة طلبة مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، إلا أن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية كما تم الإشارة في الفقرة الأولى، تصدر قراراتها في مواجهة طرفين إما طلبة المؤسسة أو بمواجهة الهيئة الأكاديمية والإدارية العاملة فيها. وجميع الطعون التي عثر عليها الباحثان ما بعد تنقيح عام 2014 تتعلق بجهة واحدة ألا وهي الطلبة، وحسب علم الباحثين لا وجود حتى الآن لأي حكم يتعلق بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية الموجهة للهيئة الأكاديمية أو الإدارية بعد عام 2014.

وعليه، لم يتضح حتى تاريخ تحرير هذا البحث توجه محكمة العدل العليا تجاه الطعون المتوقع تقديمها من الهيئتين الأكاديمية والإدارية العاملة في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بعد التنقيح التشريعي لعام 2014، وهو ما سوف يقع بحثه في الفرع التالي.

**الفرع الثاني: مدى احتمالية قبول النظر في القرارات الصادرة بحق العاملين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية**

لم يعثر الباحثان على تطبيقات قضائية بعد تنقيح 2014 تتعلق بالطعن في قرارات صادرة بحق أعضاء الهيئة الإدارية أو الفنية أو الأكاديمية المنخرطين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية. ومع ذلك، فإن الأمر لا يخرج عند أحد احتمالين:

**الاحتمال الأول،** النص في عقودهم صراحةً على خضوعهم لقانون العمل الساري، وعلى اختصاص المحاكم النظامية بالفصل بالمنازعات الناتجة بينهم وبين الإدارة، فهؤلاء من المتوقع استمرار الحل الذي كان يعتنقه قضاء محكمة العدل العليا، القاضي برفض الاختصاص بنظرها؛ على اعتبار أنه يعود أمر النظر فيها إلى المحاكم المدنية، فمثلاً في الحكم رقم (9) لسنة 2005 الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الطلب المقدم من أحد أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النجاح الوطنية وذلك بمواجهة جامعة النجاح الوطنية ومن يمثلها، للطعن في القرار الصادر عن الأخيرة بنقل المستدعي للعمل في مركز الطاقة المتجددة كباحث وتوجيه

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (131) لسنة 2019، الصادر بتاريخ 2020/1/15.

إنذار نهائي له، باعتبار القرار الطعين جاء مخالفاً للقوانين الإدارية وقانون الخدمة المدنية وباعتباره قراراً تعسفياً صادراً بحق المستدعي، وخلال بحث المحكمة في وقائع الدعوى عملت على رد الدعوى شكلاً لعدم الاختصاص باعتبار الدعوى خلافاً على تنفيذ عقد عمل بين طرفي العقد، حيث ردت المحكمة قائلة: "ونحن بعد التدقيق في لائحة الدعوى وأسبابها ووقائعها وما قدمه المستدعي من بيانات نجد من الثابت أن الدعوى تستند في البند الأول من لائحته إلى القول بأن المستدعي متعاقد مع الجهة المستدعي ضدها الأولى للعمل مدرساً للفيزياء في كلية العلوم بجامعة النجاح الوطنية منذ 1985/1/5، وقد أبرز وكيله في معرض تقديم البينة العقد (المبرز ع/1) وهو معنون بعبارة (عقد عمل)، تضمن في كافة بنوده التزامات وتعهدات متبادلة بين طرفيه وهما مجلس أمناء جامعة النجاح كفريق أول والمستدعي كفريق ثاني، وجاء من ضمن هذه البنود أن المستدعي قد عين ليعمل أستاذاً مساعداً في قسم الفيزياء بكلية العلوم في جامعة النجاح، في حين قامت الجهة المستدعي ضدها حسبما يتضح من لائحة الدعوى ومن القرار المطعون فيه، بنقله إلى عمل آخر في مركز الطاقة المتجددة وذلك خلافاً لما تم الاتفاق عليه بموجب عقد العمل المشار إليه. وحيث أن واقعة الدعوى على هذا النحو لا تتعدى كونها خلافاً على تنفيذ عقد العمل المنظم بين الطرفين والادعاء بالإخلال بشروطه. وحيث أن الرابطة القانونية بين المستدعي والجهة المستدعي ضدها هي رابطة عقدية باتفاق الطرفين. وبما أن المنازعة بين فرقاء هذا الاتفاق (العقد) في مرحلة التنفيذ هي في حقيقتها منازعة على الحق وعلى حقوق أطرافه ومدى الالتزام بشروطه. وحيث لا جدل في مثل هذه الحالة التي يدعى بها بتجاوز شروط العقد ومخالفة أحد طرفيه لالتزاماته المترتبة عليه، أن يكون اختصاص النظر في المنازعة بين الطرفين للقضاء العادي، فإن الدعوى تغدو والحالة هذه غير مقبولة أمام هذه المحكمة. وعليه وحيث أن محكمة العدل العليا غير مختصة في نظر هذه الدعوى ويعود أمر النظر فيها إلى المحاكم المدنية، فإننا نقرر ردها شكلاً لعدم الاختصاص وتضمنين المستدعي الرسوم والمصاريف القانونية.<sup>1</sup>

وقد استمرت المحكمة على توجهها السابق في قضايا الهيئات التدريسية والإدارية العاملة بموجب عقد العمل في مؤسسات التعليم العالي، حيث ردت كذلك الدعوى رقم (140) لسنة 2010 المقامة من أحد أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النجاح الوطنية للطعن في قرار الأخيرة القاضي بإنهاء عقد عمل المستدعي وعدم تجديده باعتباره قراراً مخالفاً للأصول والقانون ومعيب بعيب إساءة وتعسف في استعمال السلطة، ولكون العلاقة بين الطرفين يحكمها عقد العمل ردت المحكمة الدعوى لعدم الاختصاص باعتبار عقود العمل تخرج عن ولاية واختصاص المحكمة وتدخل في اختصاص القضاء العادي كونها نزاعاً على الحقوق وصادرة عن الإدارة ليس بوصفها سلطة إدارية، إذ جاء على لسان المحكمة: "بالتدقيق والمدولة وبالرجوع إلى لائحة الاستدعاء نجد أن الطعن المقدم قائم وينصب على الطعن بإنهاء عقد عمل المستدعي وعدم تجديد عقد العمل هذا لدى جامعة النجاح الوطنية، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بعقد عمل الأمر الذي يخرج أمر البحث في الموضوع عن ولاية القضاء الإداري الذي يقوم بالبحث والنظر في القرارات الإدارية حيث أن النظر والبحث في العقود يعود للاختصاص به إلى المحاكم العادية وليس

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (9) لسنة 2005، الصادر بتاريخ 2005/1/26.

محاكم القضاء الإداري وإن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها وبالتالي إذا مارست الإدارة عملاً تعاقدياً وليس كسلطة إدارية ففي هذه الحالة لا يعتبر هذا التصرف من قبيل القرارات الإدارية ولا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى سلطتها العامة المستمدة من القوانين والأنظمة، إذ القرارات التي تصدرها تنفيذاً لشروط التعاقد فإنها تدخل في نطاق العقود وتكون محلاً للطعن أمام القضاء العادي وليس أمام محكمتنا.<sup>1</sup>

وهي النتيجة ذاتها التي توصلت إليها المحكمة في قضية المستدعية عضو هيئة التدريس بجامعة القدس المفتوحة، التي طعن بالقرار الصادر بتاريخ 2013/4/28 عن نائب الرئيس للشؤون الأكاديمية بجامعة القدس المفتوحة والقاضي، وبناءً على التقرير الذي توصلت إليه لجنة التحقيق، توجيه إنذار وتوقيف علاوتها السنوية لمدة سنتين ابتداءً من 2013/10/1 وتوقيف عضويتها من المجلس الأكاديمي ابتداءً من تاريخ صدور هذا القرار، ولكن في قضية الحال بررت المحكمة رفضها الاختصاص؛ على اعتبار أن جامعة القدس المفتوحة ليست شخصاً من أشخاص القانون العام، وبالتالي لا يعد القرار الصادر عنها قراراً إدارياً؛ وفي ذلك تقول: "وبما أن المادة (33) فقرة 2 من قانون تشكيل المحاكم رقم 5 لسنة 2001 حددت اختصاص محكمة العدل العليا بإلغاء القرارات الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية كما أنه قد استقر الفقه والقضاء على أن القرار لا يعتبر قراراً إدارياً خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل ما لم يكن صادراً عن سلطة إدارية أو مؤسسة عامة أو شخصاً من أشخاص القانون العام وبما أن جامعة القدس المفتوحة تعتبر هيئة أهلية وليست من أشخاص القانون العام حيث لا يعتبر القرار الصادر عنها قراراً إدارياً خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل العليا وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمتنا في الدعوى رقم (2005/109) مما يدل أن الدعوى مردودة لعدم الاختصاص".<sup>2</sup>

أما الاحتمال الثاني، فهي الطعون المتوقع تقديمها من العاملين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية الذين تنص عقودهم على تحديد مركزهم القانوني وفقاً للأنظمة الداخلية لتلك المؤسسة، في ظل غياب الإحالة الصريحة في تلك الأنظمة لقانون العمل الفلسطيني الساري في المسائل ذات الصلة. وعليه، يؤدي ذلك إلى طرح سؤال في غاية الأهمية، ألا وهو هل غدت محكمة العدل العليا بعد التنقيح التشريعي الحاصل عام 2014 هي المحكمة المختصة للتصدي للطعون المتعلقة بالعاملين في مؤسسات التعليم غير الحكومية الذين لم يحدد لهم المرجع المختص للنظر في طعونهم؟

يرى الباحثان أنه من المحمود على محكمة العدل العليا، وأكثر حفظاً وصوناً للحقوق، أن تقوم بقبول الطعون المتعلقة بهذه الفئة من موظفي المؤسسات غير الحكومية؛ كونها الملاذ الوحيد أمامهم للطعن بقرارات مؤسسات

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (140) لسنة 2010، الصادر بتاريخ 2010/3/24.

<sup>2</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، قرار رقم (132) لسنة 2013، الصادر بتاريخ 2014/7/7.

التعليم غير الحكومية، وتأكيداً على صحة رؤية الباحثين لآبد من النظر إلى موقف القضاء الإداري في قطاع غزة -حتى قبل حدوث التنقيح التشريعي للمادة 2/33 في الضفة الغربية بأعوام- إذ اتجهت محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة بالحكم رقم (143) لسنة 1995، إلى قبول الطعن المقدم من أحد موظفي جامعة الأزهر ضد القرار الصادر عن الجامعة بخصوص ترقيته، إذ عملت المحكمة على تعديل القرار الصادر عن الجامعة ولم تعتبر الطعن المقدم خارج عن اختصاصها.<sup>1</sup>

وما يعزز رأي الباحثين بضرورة قبول محكمة العدل العليا الاختصاص بالطعون المقدمة من الطلبة والعاملين في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية -الذين تنص عقودهم على تحديد مركزهم القانوني وفقاً للأنظمة الداخلية لتلك المؤسسة- هو تمتع مؤسسات التعليم غير الحكومية بأوصاف أشخاص القانون العام، التي تتمثل في طريقة الإنشاء إذا تم إنشاؤها من قبل الأفراد أو من خلال القانون، والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها هل تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أو خاصة، بالإضافة إلى معيار التبعية والخضوع لرقابة الدولة.<sup>2</sup>

عند إسقاط هذه المعايير على طبيعة مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، يتضح جلياً أن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية سواء العامة أو الخاصة، كانت تنشأ بموجب أحكام قانون التعليم العالي رقم (11) لسنة 1998 استناداً إلى المادة (10) منه التي كانت تنص على: "... ب- مؤسسات التعليم العالي العامة وتنشأ بموجب أحكام هذا القانون. ج- مؤسسات التعليم العالي الخاصة وتنشأ بموجب أحكام هذا القانون."<sup>3</sup> وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون تم استخدامه كونه كان نافذاً عند صدور الأحكام القضائية قبل عام 2018- وأنه ألغي صراحةً بالقرار بقانون رقم (6) لسنة 2018.

هذا بالإضافة إلى أن إنشاء مؤسسات التعليم العالي بحاجة إلى ترخيص واعتماد عام وخاص قبل الإنشاء أو افتتاح فروع جديدة لها، وذلك بموافقة من وزير التعليم العالي وبناء على تنسيب من هيئة التعليم العالي استناداً إلى نص المادة (18) و(21) من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018،<sup>4</sup> وبذلك يبين أن مؤسسات التعليم العالي غير

<sup>1</sup> محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، حكم رقم (143) لسنة 1995، الصادر بتاريخ 1996/9/29.

<sup>2</sup> كنعان، نواف، القانون الإداري الكتاب الأول، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، 137. وصيام، أشرف، القرار الإداري المنعقد في ضوء أحكام محكمتي العدل العليا الفلسطينية والأردنية، دون رقم طبعة، كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، بيرزيت، 2015، 32.

<sup>3</sup> السلطة الفلسطينية، قانون رقم (11) لسنة 1998 بشأن التعليم العالي، عدد 27 : 5. الذي ألغي بالقرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي.

<sup>4</sup> تنص المادة (18) القرار بقانون لسنة 2018 بشأن التعليم العالي على: "١. يجب على المؤسسات الحصول على ترخيص مسبق قبل إنشائها، أو قبل فتح فروع لها، بموافقة الوزير، بناء على تنسيب من الهيئة. ٢. تحدد شروط إنشاء المؤسسة وإجراءات ترخيصها ومعاييرها بموجب نظام يصدر عن مجلس الوزراء." كما تنص المادة (21) من ذات القرار على: "١. يقسم الاعتماد إلى نوعين: أ. الاعتماد العام: إقرار الهيئة بأن المؤسسة المرخصة مؤهلة للتقدم بطلبات اعتماد لولاياتها وبرامجها، عند توافر الشروط الخاصة بذلك، وفق الأنظمة والمعايير المعمول بها في الهيئة. ب. الاعتماد الخاص: إقرار الهيئة بأهلية البرنامج التعليمي، واعتماده ليدرس في المؤسسة. 2. يبدأ الاعتماد العام بموافقة المجلس على إنشاء المؤسسة

الحكومية تنشأ من قبل أشخاص أو هيئات، ولكن بذات الوقت تنشأ استناداً إلى إجراءات وتعليمات قانون التعليم العالي.

وتتبع مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية جزئياً لوزارة التعليم العالي؛ حيث تلتزم بتقديم تقارير سنوية لمجلس التعليم العالي بالموازنات والحسابات الختامية الخاصة بالمؤسسة هذا بالإضافة إلى تقارير أداء، وذلك استناداً إلى نص المادة (28) من القرار بقانون رقم (11)،<sup>1</sup> كما على جميع المؤسسات سواء الحكومية أو غير الحكومية (عامة أو خاصة) الالتزام بأحكام القرار بقانون بشأن التعليم العالي وجميع الأنظمة الصادرة عن المجلس وفي حال عدم التزامها يحق لمجلس الوزارة إيقاع عقوبات قد تصل إلى حد إيقاف الاعتماد والقبول وذلك استناداً لنص المادة (29) من ذات القرار بقانون<sup>2</sup> كما أنه وفقاً لنص المادة (30)<sup>3</sup> على الجامعات غير الحكومية العامة تبليغ وزارة التعليم العالي بتشكيل مجلس الأمناء الخاص بها، ويتم تشكيل مجلس رؤساء الجامعات بقرار من وزير التعليم العالي يضم كل من رؤساء الجامعات سواء الحكومية أو غير الحكومية بنوعها العام والخاص لتطوير عملية التعليم العالي استناداً إلى نص المادة (32) من ذات القرار بقانون.<sup>4</sup> وعليه يمكن رؤية تبعية واضحة لمؤسسات التعليم العالي للدولة بتدخل وزارة التعليم العالي ممثلة بمجلسها في الترخيص والاعتماد والإشراف على أعمال المؤسسات والرقابة عليها إدارياً ومالياً.

أما فيما يتعلق بمعيار الهدف؛ فمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية لا سيما العامة تهدف بشكل أساسي إلى تحقيق المصلحة العامة في إنتاج وتهيئة كوادر بشرية لبناء المجتمع شأنها شأن مؤسسات التعليم العالي الحكومية، ولا تهدف إلى تحقيق الربح بشكل أساسي، إلا أن الأرباح هي حاجة لمؤسسات التعليم العالي غير

بناءً على تقرير من الهيئة عند توافر الشروط اللازمة لذلك. 3. يبدأ الاعتماد الخاص بالموافقة على فتح برنامج تعليمي في المؤسسة عند توافر الشروط الخاصة بذلك، ويمنح بعد تخرج الفوج الأول عند توافر المتطلبات اللازمة لذلك.

<sup>1</sup> تنص المادة (28) من القرار بقانون لسنة 2018 بشأن التعليم العالي على: "تلتزم المؤسسة بتقديم التقارير التالية للمجلس للاطلاع عليها: 1. التقارير السنوية للموازنات والحسابات الختامية للمؤسسة. 2. التقارير السنوية التي تصدرها المؤسسة والجهات الحكومية المختصة حول أدائها." <sup>2</sup> تنص المادة (29) من القرار لقانون لسنة 2018 بشأن التعليم العالي على: "يجب على المؤسسة الالتزام بأحكام هذا القرار بقانون والأنظمة الصادرة بموجبها، وفي حال مخالفتها يحق للمجلس: 1. إنذار المؤسسة بإزالة المخالفة خلال المدة التي يحددها. 2. اتخاذ الإجراءات التأديبية التالية في حال استمرار المؤسسة بالمخالفة أو تكرارها بناء على تنسيب الهيئة: أ. إلغاء اعتماد برنامج أو أكثر. ب. إيقاف القبول إيقافاً دائماً أو مؤقتاً. ج. إيقاف الدعم المالي للمؤسسة."

<sup>3</sup> تنص المادة (30) من القرار بقانون لسنة 2018 بشأن التعليم العالي على: "1. لكل جامعة عامة مجلس أمناء يتم تشكيله وتحدد مهامه بموجب نظام داخلي يصدر عن المؤسسة. 2. تحدد مدة مجلس الأمناء ثلاث سنوات، تجدد لمرة واحدة فقط. 3. تبلغ الوزارة بتشكيل مجلس الأمناء، ويحق للوزير تعيين لجنة إشراف مؤقتة في حال تعذر تشكيله."

<sup>4</sup> تنص المادة (32) من القرار بقانون لسنة 2018 بشأن التعليم العالي على: "ينشأ مجلس رؤساء الجامعات بقرار من الوزير، يضم في عضويته جميع رؤساء الجامعات الحكومية والعامة والخاصة برئاسة الوزير، ليساعد المجلس في تطوير منظومة التعليم العالي، ويمارس مهامه وفقاً لنظام داخلي يصدر عنه، بما لا يتعارض وأحكام هذا القرار بقانون."

الحكومية لتسيير التزاماتها من عقود مع الهيئات التدريسية والإدارية ولأغراض صيانة وتأمين بيئة دراسية مناسبة؛ إذ ذهب توجه من الفقه الإداري أنه يمكن اعتبار مؤسسات التعليم العالي الأهلية مرافق عامة تابعة للدولة وذلك بالجوء إلى المعيار الموضوعي لتعريف المرفق العام<sup>1</sup> حيث يعرف أنه: "النشاط الذي تقوم به الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بشكل مباشر أو تعهد به الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بشكل مباشر أو تعهد به الدولة إلى آخرين مثل الأشخاص المعنوية الخاصة أو الأفراد على أن يكون ذلك النشاط تحت إشراف الدولة ومتابعتها لغرض إشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام."<sup>2</sup>

من جانب آخر يتمتع أشخاص القانون العام بمجموعة من الامتيازات كونها تحقق منفعة عامة<sup>3</sup> أهمها الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، استخدام القانون العام لمباشرة أعمالها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة وإبرام العقود وإصدار القرارات الإدارية والعمل على تعديل بعض الأحكام الخاصة بها، وأخيراً اعتبار الموظفين التابعين لها مستقلين عن النظام الوظيفي الذي يحكم موظفي الدولة،<sup>4</sup> وعند النظر إلى الامتيازات التي تتمتع بها مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية من إعفاء من الرسوم الجمركية والضرائب وذلك استناداً لنص المادة (39) من القرار بقانون لسنة 2018 التي تنص على "تعفى مؤسسات التعليم العالي العامة والخاصة غير الربحية من الضرائب المباشرة وغير المباشرة، على كافة مصادر إيراداتها، وتعفى كذلك من الرسوم الجمركية على الأموال المنقولة وغير المنقولة، وتتمتع بالامتيازات والتسهيلات الممنوحة للمؤسسات الحكومية والجمعيات والخيرية والهيئات العامة...". كما لا يخضع موظفو مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية للنظام الوظيفي الذي يخضع له موظفو الدولة بل تسري عليهم قواعد خاصة يحكمها عقد العمل والأنظمة المعمول بها في المؤسسة.

وبناءً على ما سبق وبانطباق معايير الشخص العام على مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية تتمتع الأخيرة في بعض الامتيازات التي يتمتع بها أشخاص القانون العام التي لا يشترط تحققها جملة واحدة بل يكفي الحصول على بعض منها، ويثبت أن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية هي شخص من أشخاص القانون العام وكونها مؤسسات أهلية لا ينفي عنها هذه الصفة مما يشكل بتحصيل حاصل أن ما يصدر عن هذه المؤسسات من قرارات هي قرارات إدارية بتوافر جميع عناصر القرار الإداري فيها،<sup>5</sup> وبالتالي يقع من اختصاص محكمة العدل العليا النظر في الطعون المتعلقة بها وإن لم ينص المشرع صراحة على اعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، حيث إن

<sup>1</sup> للمزيد حول المرفق العام انظر إلى: الدبس، عصام، القانون الإداري الكتاب الأول ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، بدون رقم الطبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، 112-114.

<sup>2</sup> مازن راضي وعلي (الجوانب القانونية والإدارية للتعليم الجامعي الأهلي في العراق، مجلة أهل البيت 2005؛ المجلد 1) عدد 2 (259-270)، تاريخ آخر زيارة 2020/8/15، متاح من: الموقع الإلكتروني العراقي المجلات الأكاديمية العلمية <https://www.iasj.net/iasj>.

<sup>3</sup> للمزيد حول المنفعة العامة انظر إلى: الطهراوي، هاني، القانون الإداري ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، 112-116.

<sup>4</sup> كنعان، القانون الإداري، 142.

<sup>5</sup> لمعرفة المزيد حول عناصر القرار الإداري انظر إلى: صيام، القرار الإداري المنعدم، 25-38.

قيام المشرع الفلسطيني في المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية قبل تنقيح عام 2014 باشتراط اختصاص المحكمة بالقرارات الإدارية الصادرة عن أشخاص القانون ثم قيامه بتعداد بعضها هي دلالة واضحة على أنها جاءت على سبيل المثال وليس الحصر لتبني المشرع الفلسطيني المعيار الموضوعي (الشكلي) لتحديد ما يندرج ضمن مفهوم القرارات الإدارية.<sup>1</sup>

استناداً إلى ما سبق، يتضح جلياً تغير نظرة وتوجه محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله اتجاه الطعون المقدمة من مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية وضدها، الأمر الذي لم يتم بشكل واضح في محكمة العدل العليا المنعقدة في قطاع غزة؛ إذ لا يسري عليها التنقيح الواقع بمقتضى القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 بل ما زال النص الأصلي للمادة (33) من القانون رقم (5) لسنة 2001 بشأن تشكيل المحاكم النظامية هو الساري والنافذ لديها، مما أدى إلى تذبذب عمل المحكمة ما بين قبول الطعون المتعلقة بمؤسسات التعليم العالي غير الحكومية ورفضها، مما يستدعي بالضرورة إلى إحداث تنقيح تشريعي مماثل لما حدث في الضفة الغربية لحل هذه المعضلة، وحتى ذلك الوقت لا بد من توجه القاضي الإداري بشكل دائم إلى الاجتهاد في تصنيف مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية كشخص من أشخاص القانون العام مما يؤدي بالنتيجة إلى اختصاص محكمة العدل العليا للنظر في الطعون الموجهة لقراراتها والبت فيها.

### الخاتمة:

من خلال البحث والتدقيق توصل الباحثان إلى مجموعة من النتائج والمقترحات أهمها: أن المشرع الفلسطيني لم يحدد بشكل صريح في المادة 2/33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية معيار محدد يتبناه -عضوي (شكلي)، مادي (موضوعي)- لتمييز القرارات الإدارية عن غيرها من القرارات، كما لم يحدد المقصود بأشخاص القانون العام باعتباره أحد الشروط الواجب توافرها في القرار حتى ينطبق عليه وصف وسمة القرار الإداري، مما أدى إلى إحداث إرباك تشريعي واضح في اختصاص محكمة العدل العليا؛ الأمر الذي أدى إلى رفض القاضي الإداري الفلسطيني قبل عام 2014 غالبية الطعون المقدمة ضد قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، دون الالتفات إلى الجهة الطاعنة سواء طالبة المؤسسة أم الهيئات الأكاديمية والإدارية العاملة فيها، نتيجة أخذ القاضي الإداري المعيار الشكلي (العضوي) كأساس يبني عليه رفض الاختصاص للنظر في القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، والعمل على تهميش المعيار المادي، متمسكاً بحرفية نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، التي حُدد فيها اختصاص محكمة العدل العليا بالطعون المتعلقة بقرارات أشخاص القانون العام التي فسرتها المحكمة على ما يظهر أنها على سبيل الحصر لا المثال.

وعليه، يقترح الباحثان لمعالجة الإرباك في تحديد اختصاصات محكمة العدل العليا ألا يذهب القضاء الإداري إلى تهميش أي معيار، بل عليه عند تقديم أي طعن أمامه العمل على دراسة جميع جوانب القرار محل الطعن

<sup>1</sup> صيام، "رقابة محكمة العدل العليا على اللوائح الإدارية"، 118.

بالنظر إلى طبيعة وجوه وفحوى القرار (معياري مادي) من جهة، ومن جهة أخرى النظر إلى الجهة مصدر القرار الطعين (معياري عضوي)، كما لا بد على القاضي الإداري الاجتهاد والتعمق في تحديد ما إذا كانت الجهة مصدر القرار تعتبر شخص من أشخاص القانون العام أم لا، وعدم التمسك بحرفية النص كون المشرع بشكل مؤكد وواضح لم يذكر أشخاص القانون العام على سبيل الحصر بل جاءت على سبيل المثال لاستخدامه عبارة "بما فيها" في نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية قبل تنقيح عام 2014، وتأتي أهمية هذا الاقتراح كون اللجوء لمعيار واحد فقط كالمعيار العضوي، وتهميش المعيار المادي والتمسك بحرفية النص التشريعي باعتباره حدد الجهات التي تصدر القرارات الإدارية على سبيل الحصر لا المثال، قد يؤدي بشكل كبير إلى ضياع حقوق الأفراد دون وجه حق.

توصل الباحثان إلى أن قرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية تصدر بمواجهة طرفين، أولاً الطلبة الملتحقين في المؤسسة الذين لا يوجد أمامهم طريقة للطعن في قرارات المؤسسة سوى محكمة العدل العليا. ثانياً الهيئات الأكاديمية والإدارية العاملة في المؤسسة الذين قد يحكم علاقتهم مع المؤسسة احتمالان: الاحتمال الأول أن يتم النص في عقودهم بشكل صريح بخضوعهم لقانون العمل الساري واختصاص المحاكم النظامية في الفصل بالمنازعات التي قد تنتج بين الطرفين. أما الاحتمال الثاني أن تنص عقودهم على أن يتم تحديد مراكزهم القانونية وفقاً لأنظمة المؤسسة الداخلية، في ظل غياب الإحالة الصريحة في تلك الأنظمة لقانون العمل الفلسطيني الساري في المسائل ذات الصلة، في هذه الحالة يقترح الباحثان قبول القضاء الإداري الفلسطيني بشكل مؤكد ومستمر هذا النوع من الطعون؛ لعدم وجود أي طريقة أو سبيل آخر أمام الفئة الأخيرة للطعن بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية الماسة بحقوقهم؛ مما قد يؤدي كذلك إلى ضياع حقوقهم القانونية كعاملين لدى هذه المؤسسة.

من خلال البحث المستمر، اتضح خروج محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة دون محكمة رام الله عما تواترت عليه من رفض النظر في طعون مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية -قبل عام 2014- وقبول الدعاوى والبت فيها، سواء المقامة من طلبة المؤسسة أو العاملين فيها من الهيئتين الأكاديمية والإدارية، بما فيها القرارات التأديبية الصادرة عن مجالس الضبط (الحكم رقم (45) لسنة 1998 الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في قطاع غزة)، التي كَيْفَتْهَا محكمة العدل العليا المنعقدة في قطاع غزة على أنها قرارات ذات صبغة إدارية بعد اعتمادها من جهة الاختصاص، مما يتضح للباحثين أن القاضي الإداري في قطاع غزة لم يقف أمام حرفية النص التشريعي، بل عمل على الاجتهاد والبحث والتعمق في مضمون القرار الطعين وبحث في طبيعة الجهة مصدر القرار الإداري؛ إذ وصل إلى نتيجة مفادها أن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية ينطبق عليها وصف شخص من أشخاص القانون العام. وهو الأمر الذي يشيد فيه الباحثان، ويقترحان أن يحذو القضاء الإداري في الضفة الغربية حذو القضاء الإداري في قطاع غزة من ناحية الاجتهاد والتحليل، وعدم التمسك بحرفية النص من خلال الاطلاع على السوابق القضائية الصادرة في قطاع غزة.

كما أنه من خلال البحث في القوانين والدراسات الأدبية والفقهية، اتضح وثبت تمتع مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بأوصاف أشخاص القانون العام بغض النظر عن تضمينها بشكل صريح في نص المادة (33/2) من عدمه، وذلك لانطباق معايير أشخاص القانون العام عليها دون منازع، التي تتمثل في طريقة الإنشاء، والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، والتبعية والخضوع لرقابة الدولة وإن كانت تبعية جزئية، هذا فضلاً عن تمتعها بالامتيازات التي تمنح بشكل خاص لأشخاص القانون العام. وهو الأمر الذي كان لابد من إدراكه والتوصل إليه بالاجتهاد والتحليل سابقاً حتى وإن لم يحدث التنقيح التشريعي على القانون رقم (5) لسنة 2001 الخاص بتشكيل المحاكم النظامية، من خلال القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 وذلك بضم مؤسسات التعليم العالي بشكل صريح إلى قائمة أشخاص القانون العام، إذ أدى هذا التنقيح إلى تغيير في توجه ونظرة القاضي الإداري في محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله بشكل تام حول القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بعد عام 2014.

استمرار سريان ونفاذ النص الأصلي للمادة (33) من القانون رقم (5) لسنة 2001 بشأن تشكيل المحاكم النظامية في قطاع غزة، مما يعني عدم سريان التنقيح الواقع بمقتضى القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014، وفي هذا الصدد يرى الباحثان ضرورة إحداث توحيد تشريعي بين الضفة الغربية وقطاع غزة كون التوحيد التشريعي يؤدي إلى توحيد الاجتهادات بينهما.

يرى الباحثان أنه لم يتضح حتى تاريخ كتابة هذا البحث طبيعة توجه محكمة العدل العليا بعد التعديل التشريعي عام 2014 تجاه الطعون التي تقدم من الهيئتين الأكاديمية والإدارية العاملة في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية، نتيجة غياب أحكام قضائية تتعلق بها بعد التنقيح خاصة في رام الله كما لم يتضح طبيعة توجه القضاء الإداري في قطاع غزة حول الطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بعد الانقسام في عام 2007 حيث لم تعد الأحكام الصادرة عن الأخيرة تنشر ولم يتمكن الباحثان من البحث فيها، لذلك ننصح بإعداد دراسات وبحوث تدرس طبيعة توجه القضاء الإداري في قطاع غزة اتجاه الطعون المتعلقة بقرارات مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية بعد الانقسام، وكذلك إعداد دراسات تبحث في توجه محكمة العدل العليا بعد عام 2014 تجاه الطعون المقدمة من الهيئات الأكاديمية والإدارية في مؤسسات التعليم العالي غير الحكومية عند تحقق مثل هذه الطعون.

## المصادر والمراجع

### أولاً: المصادر

#### 1. التشريعات:<sup>1</sup>

- أ. فلسطين، قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، والمنشور في (الوقائع الفلسطينية: العدد 38، بتاريخ سبتمبر 2001)، ص 279.
- ب. فلسطين، القرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، والمنشور في (الوقائع الفلسطينية: العدد 108، بتاريخ 2014/7/15)، ص 35.
- ت. فلسطين، قانون أصول المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 (الوقائع الفلسطينية: العدد 38، بتاريخ سبتمبر 2001)، ص 5.
- ث. فلسطين، القرار بقانون رقم (6) لسنة 2018 بشأن التعليم العالي، والمنشور في (الوقائع الفلسطينية: العدد 142، بتاريخ 2018/4/22)، ص 4.

#### 2. الأحكام القضائية:<sup>2</sup>

- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، قرار رقم (390) و (444) لسنة 2010، الصادر بتاريخ 16/5/2011.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، قرار رقم (132) لسنة 2013، الصادر بتاريخ 7/7/2014.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، الحكم رقم (368) لسنة 2008، الصادر بتاريخ 29/5/2013.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، الحكم رقم (536) لسنة 2010، الصادر بتاريخ 28/5/2014.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، الحكم رقم (347) لسنة 2011، الصادر بتاريخ 24/4/2013.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، قرار رقم (226) لسنة 1998، الصادر بتاريخ 15/12/1999.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، قرار رقم (4) لسنة 2005، الصادر بتاريخ 18/1/2005.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، قرار رقم (45) لسنة 1998، الصادر بتاريخ 27/9/1998.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، قرار رقم (38) لسنة 2001، الصادر بتاريخ 11/9/2001.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة، قرار رقم (143) لسنة 1995، الصادر بتاريخ 29/9/1996.

<sup>1</sup> تنويه: تجدر الإشارة إلى أنه استخدمت قاعدة البيانات (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين "المقتفي": <http://muqtafi.birzeit.edu/>)، في معهد الحقوق بجامعة بيرزيت؛ كمصدر رئيس للتشريعات الفلسطينية أو التشريعات السارية في فلسطين، من خلال العودة إلى تقنية "الصورة" المتوفرة على هذه القاعدة، التي هي عبارة عن نص التشريع كما ورد في الجريدة الرسمية حرفياً. حيث تحتوي هذه القاعدة على التشريعات السارية في فلسطين منذ الحقبة العثمانية، والانتداب البريطاني، والحكم الأردني للضفة الغربية، والإدارة المصرية لقطاع غزة، والاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة، وحتى السلطة الوطنية الفلسطينية.

<sup>2</sup> جميع أحكام محكمة العدل العليا هي من منشورات قاعدة البيانات (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين "المقتفي"، ما لم تقع الإشارة إلى خلاف ذلك).

- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، قرار رقم (9) لسنة 2005، الصادر في تاريخ 26/1/2005.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (3) لسنة 2015، الصادر بتاريخ 2015/5/6.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (40) لسنة 2018، الصادر بتاريخ 2018/3/26.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (131) لسنة 2019، الصادر بتاريخ 2020/1/15.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (9) لسنة 2005، الصادر بتاريخ 2005/1/26.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (140) لسنة 2010، الصادر بتاريخ 2010/3/24.
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (48) لسنة 2013، الصادر بتاريخ 2013/10/30.
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (275) لسنة 2008، الصادر بتاريخ 2009/2/25.
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (14) لعام 2003، الصادر بتاريخ 2003/6/11.
- حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله رقم (139) لعام 2005، الصادر بتاريخ 2008/1/17.
- محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله، حكم رقم (40) لسنة 2018، الصادر بتاريخ 2018/3/26، والمنشور على موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية "مقام"، <https://maqam.najah.edu/judgments/344/>، تاريخ الزيارة 2020/8/1.

## ثانياً: المراجع

### 1. الكتب:

- أ. الدبس عصام، القانون الإداري الكتاب الأول ماهية القانون - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
- ب. رفعت عبد الوهاب محمد، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- ت. صيام أشرف، القرار الإداري المنعقد في ضوء أحكام محكمتي العدل العليا الفلسطينية والأردنية، كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، 2015.
- ث. الطهراوي هاني، القانون الإداري ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
- ج. عمرو عدنان، مبادئ القانون الإداري ماهية القانون الإداري التنظيم الإداري والنشاط الإداري دراسة مقارنة، منشأة المعارف، 2011.
- ح. غانم هاني عبد الرحمن، الوجيز في أصول القانون الإداري دراسة تطبيقية لمبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، 2018.
- خ. كنعان نواف، القانون الإداري الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

## 2. أعمال منشورة في ملتقيات/مؤتمرات، وفصل في كتاب:

أ. بن عبد الله عائشة، اختصاص القاضي الإداري في مادة الاستيلاء، القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، دون رقم مجلد، 321-343، 2002.

ب. الشواشي نهى، القاضي الإداري وتوزيع الاختصاص بين الجهازين القضائيين قراءة في معايير اختصاص القاضي الإداري، في *Etudes En L'honneur Du Professeur Rafea Ben Achour Mouvances Du Droit, Tome II, 21- 57, 2015.*

ت. العجمي محمد، تطور معايير اختصاص المحكمة الإدارية: من التخصيص إلى التخصص، القضاء الإداري، دون رقم مجلد، 33-94، 1998.

ث. الغرايري غازي، معيار اختصاص قاضي تجاوز السلطة منذ تنقيح 3 جوان 1996، القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، دون رقم مجلد، 253-272، 2002.

ج. الفندري خليل، معايير الاختصاص من خلال فقه قضاء مجلس تنازع الاختصاص، القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، دون رقم مجلد، 273-319، 2002.

ح. منصري أنور، اختصاص المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة، التطور المتباين لدعوى تجاوز السلطة، دون رقم مجلد، 5-34، 2010.

## 3. بحث في دورية ومجلة إلكترونية:

أ. غومة محمد ضياء، "تطور معايير اختصاص القاضي الإداري وحسن سير القضاء"، *دراسات قانونية-صفاقس*، عدد 20، 89-119، 2013.

ب. مازن راضي وعلي (الجوانب القانونية والإدارية للتعليم الجامعي الأهلي في العراق، مجلة أهل البيت 2005؛ المجلد 1) عدد 2 (259-270)، تاريخ آخر زيارة 2020/8/15، متاح من: الموقع الإلكتروني العراقية المجالات الأكاديمية العلمية <https://www.iasj.net/iasj>.

## 4. أطروحات الدكتوراه

صيام، أشرف، "رقابة محكمة العدل العليا على اللوائح الإدارية في القانون الفلسطيني"، (أطروحة دكتوراه في القانون العام)، جامعة تونس المنار، 2017-2018 (غير منشورة).

## Contact us

Al-Zaytoonah University- Amman, Jordan

 [zujjis@zuj.edu.jo](mailto:zujjis@zuj.edu.jo)

 0096264291511

## Follow us on

<https://zjjls.zuj.edu.jo>

<https://twitter.com/zujjls>

<https://www.facebook.com/zujjls.zuj>



Scan QR codes