



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

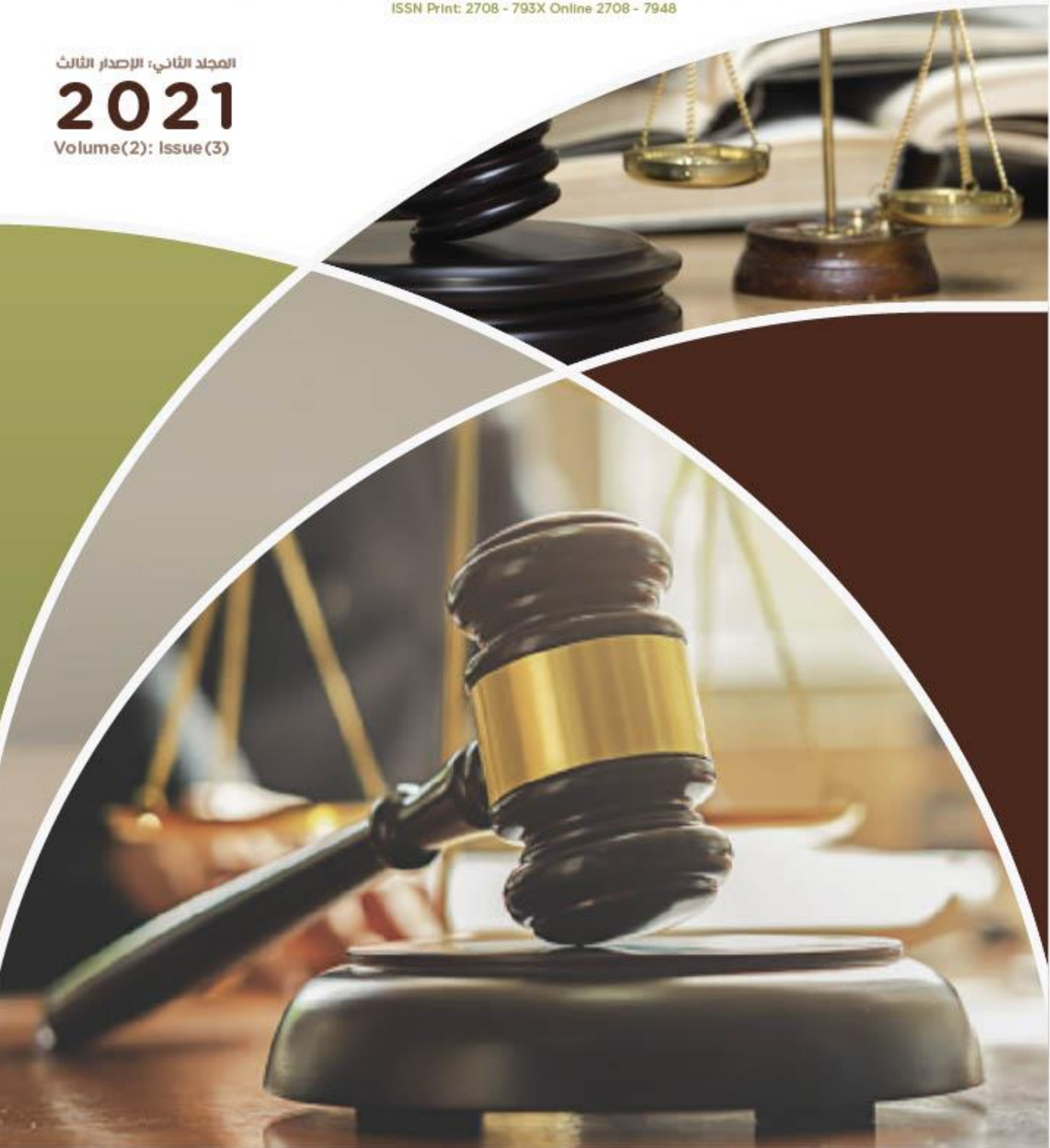
Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

ISSN Print: 2708 - 793X Online 2708 - 7948

المجلد الثاني، الإصدار الثالث

# 2021

Volume(2): Issue(3)





# مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

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

المجلد الثاني: الاصدار الثالث

Volume (2): Issue (3)

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية

(٢٠٢١/٤٨١٦/د)

## 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 خليل ابو بكر  
د. هشام حامد الكساسبة  
د. محمد فهمي الغزوي

د. سكينه محمد القطاونه

## التدقيق اللغوي

د. علاء الدين زكي موسى  
( اللغة العربية )

د. بلال محمد عياصرة  
( اللغة الانجليزية )

## سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

تشرين الثاني ٢٠٢١



## 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 ٢٠٠ كلمة. وتتضمن الملخصات عنوان الدراسة، أولاً ثم الملخص، والذي يجب أن يتضمن الأهداف والمنهجية وأهم نتائج الدراسة. ويلي الملخص الكلمات المفتاحية للبحث.
- ينبغي ألا تتجاوز عدد كلمات البحث عن (٨٠٠٠) 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 مُضَلِّلَة غير موثوق بها بهدف الإساءة أو ما شابه، 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
١	شاكر ابراهيم سلامة العموش	قراءة في المعذرة المشروعة كشرط لقبول الطعن المقدم على الأحكام الجزائية في القانون الأردني A reading of the legal idea of 'legitimate excuse' as a condition to accept the appeal of criminal judgments in Jordanian law	٤
٢	محمود ياسين النمروطي، عبد الرحمن أحمد أبو بنات	رقابة المحكمة الدستورية على القوانين الأساسية "دراسة تحليلية وصفية مقارنة بين دولة فلسطين ومصر" Analytical and Descriptive Comparative Study between the State of Palestine and Egypt	٣٣
٣	هنادي أسعد تيسير العمادي	اتفاق التحكيم بين الرقابة القضائية السابقة له والرقابة القضائية اللاحقة وفقا لأحكام قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ Arbitration agreement, between previous judicial oversight and subsequent judicial oversight In accordance with the provisions of the amended Jordanian Arbitration Law No. 16 of 2018	٥٩
٤	محمد صالح ملفي القضاة	أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق دراسة مقارنة في القانون الأردني. The Effect of Public Order in Excluding Foreign Governing Law - a Comparative Study	٨٦
٥	أحمد حسن محمد على	جريمة الرشوة الدولية " دراسة تحليلية في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية" The crime of international bribery: "An analytical study in the context of International conventions and national legislation"	١٠٤
٦	عثمان إبراهيم محمود بني طه	وقف حقوق الملكية الفكرية في التشريع الأردني -دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي -صيغة وقفية مُستحدثة Intellectual property rights in Jordanian legislation- a comparative study with Islamic jurisprudence - a new endowment formula	١٣٣
٧	عمر عبد الحفيظ أحمد عمر	التحول الرقمي للحكومة ودوره في تحقيق أهداف التنمية المستدامة - مصر نموذجا. The digital transformation of the government and its role in achieving the sustainable development goals: Egypt as a model	١٥٤
٨	لينا جمعة محمود البنا	ضمانات حقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ في التشريع الأردني Human Rights Guarantees under the State of Emergency in the Jordanian Legislation	١٨٠

٢٠٩	عقوبة القتل تعزيراً في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي The Death Penalty is Discretionary in Islamic Jurisprudence and the UAE Penal Code	أحمد شحادة بشير مازن حسين حريري	٩
٢٣٨	كفاية قواعد اكتساب الجنسية الأردنية للحد من انعدام الجنسية "دراسة مقارنة" Adequacy of Jordanian laws of Nationality Acquisition in Reducing Statelessness- a Comparative Study	جورج حزبون الاء عيد الكعابنة	١٠
٢٦١	مسؤولية المحامي المهنية Lawyer's Professional Responsibility	برجس خليل أحمد الشوابكة	١١
٢٨٢	ماهية عقد التحويل الإلكتروني للأموال وآثاره بواسطة البنوك التجارية الأردنية The nature of electronic transfer contract of funds and its effects by the Jordanian commercial banks	محمد فهمي سليم غزوي	١٢





## قراءة في المعذرة المشروعة كشرط لقبول الطعن المقدم على الأحكام الجزائية في

### القانون الأردني

## A Reading of the Legal Idea of 'Legitimate Excuse' As A Condition to Accept the Appeal of Criminal Judgments in Jordanian Law

شاكر ابراهيم سلامة العموش \*

### الملخص

جاءت هذه الدراسة في ظل التعديل الذي أدخل على نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية بالتعديل رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٧، وعلى نصوص قانون محاكم الصلح رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٧، إذ إن المشرع الأردني أعاد تنظيم الأحكام الناظمة للمحكمة المختصة بنظر الجرح، والمحكمة المختصة بنظر الطعن " الاعتراض والاستئناف " وطرق الطعن، وشروط القبول الشكلي للطعون في مثل هذا النوع من الأحكام، حيث أدخل المشرع فكرة المعذرة المشروعة لغايات السيطرة على الطعون الغير جدية للمحكوم عليهم، فإن هذه الدراسة تسلط الضوء على ماهية المعذرة المشروعة وضوابطها القضائية ، وماهية الأحكام التي يشترط لقبول الطعن عليها تقديم المعذرة المشروعة؟ وما هو الأثر المترتب على تقديم المعذرة المشروعة من الناحية الإيجابية والسلبية ؟ وهل هنالك جهة رقابة على مدى توافر شروط وضوابط المعذرة المشروعة في ظل ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز؟ ومن ثم نخلص للنتائج والتوصيات.

الكلمات الدالة: الطعن ، الاعتراض، الاستئناف، الحكم الجزائي، المعذرة المشروعة.

### Abstract

The study is located within the context of the Criminal Procedures Law Amendment No. 32 of 2017 and the texts of the Magistrate Courts Law No. 23 of 2017. In this respect, the Jordanian judicial legislator has reorganized the provisions governing the court responsible for hearing misdemeanor cases and the court responsible for hearing appeal cases (i.e., objection and appeal), the ways to appeal the court decisions when the defendant, suspect, or accused is absent, and the conditions to formally accept appeals in this type of trials. The legislator has also introduced the idea of 'legitimate excuse' for controlling the non-serious appeals of the convicted. This study highlights what the idea of 'legitimate excuse' means and what its judicial or legal constraints are, what the conditions are to accept appeals in accordance with the idea of 'legitimate excuse', what the negative and positive consequences are when its being introduced, and whether there is an approach to the supervision of the application of the conditions and legal constraints of 'legitimate excuse' in light of the jurisprudence of Court of Cassation. Finally, we conclude with some findings and recommendations.

**Keywords:** Appeal, Objection, Criminal Judgment, Legitimate Excuse



## المقدمة

الأصل الذي أخذ به المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح، مبدأ المواجهه واحترام حق الدفاع، باعتباره من الحقوق المقدسة التي كرسها الدستور الأردني، وإن تصدر الأحكام الجزائية بعد استكمال الخصوم " نياية عامة ومدع بالحق الشخصي ومشتكى عليه أو ظنين أو متهم والمسؤول بالمال"، ادعاءاتهم ودفاعاتهم وبياناتهم ومرافعاتهم وأقوالهم الختامية، واستتفاذ طرق الطعن العادية بالأحكام أو مضي المدد والمواعيد القانونية دون الطعن بتلك الأحكام، عندها يصبح الحكم القضائي عنواناً للحقيقة الواقعية والقضائية، إلا إن هذا الأمر لا يسير كما يتوقع المشرع، بأن نكون أمام حالات مثالية من التزام المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم في الحضور والدفاع عن نفسه، وقد يكون الغياب هذا لأسباب مبررة أو لأسباب غير مبررة من باب المماطلة واكتساب الوقت لتأخير فصل الدعاوى الجزائية، فقد تنبه المشرع للكثير من الدعاوى الجزائية التي تبقى معلقة دون الفصل بها بين محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الاستئناف، لغايات تحقيق دفاع المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم دون تمييز بين أصحاب الأعدار المشروعة وبين أصحاب الأعدار الواهية، وأثر ذلك على طول أمد التقاضي، فقد تدخل المشرع الأردني وأدخل تعديلات تشريعية على نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية بالتعديل رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٧، ونصوص قانون محاكم الصلح رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٧، أعادت تنظيم الأحكام الناظمة للمحكمة المختصة بنظر الجرح، والمحكمة المختصة بنظر الطعن " الاعتراض والاستئناف " وطرق الطعن بالأحكام التي يتحقق فيها غياب المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم، وشروط القبول الشكلي للطعون في مثل هذا النوع من الدعاوى، حيث أدخل المشرع فكرة المعذرة المشروعة لغايات السيطرة على الطعون الغير جديّة للمحكوم عليهم، التي تبقى أمد التقاضي إلى ما لا نهاية، بحيث يصار لتحقيق دفاع أصحاب الطعون الجديّة بما عرف بالفقه والتشريع بالمعذرة المشروعة لغايات القبول الشكلي للطعون الجزائية الصادرة غيابياً أو بمنزلة الجاهي.

## أهمية الدراسة:

لما كان الهدف الذي يسعى إليه المشرع الأردني، هو تحقيق العدالة الناجزة، التي تضمن حقوق الخصوم بدون إفراط أو تفريط بما في ذلك احترام حق الدفاع، وأن تصدر الأحكام الجزائية بوقت معقول لغايات تحقيق الردع العام والرد الخاص، ولما لذلك الأمر من أثر كبير ليس فقط على نفوس المتقاضين بل على كامل المجتمع، بما يشيعه من شعور العدل والإنصاف، وتحقيق الأمن المجتمعي والثقة من أفراد المجتمع بالقضاء حامي الحقوق والحريات، إلا إن الملاحظ تأخر صدور الأحكام القضائية، لأسباب عديدة: قانونية أو تعود للخصوم أو لطبيعة النزاع أو لوسائل الإثبات كسماع الشهود وإجراء الخبرة، ولطرق الطعن ولحين اكتساب الحكم قوة القضية المقضية بوضع حد لادعاءات ودفع و بيانات الخصوم بالدعوى الجزائية، وإن مسألة تغيب المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم عن الحضور لجلسات المحاكمة و صدور الأحكام بغيابهم، وبدء مسلسل الطعون على الأحكام والفسخ لها مرات عديدة دون ضوابط تشريعية، دعت المشرع للتدخل لضبط هذه العملية لضمان جديّة الطعون من خلال اشتراط المعذرة المشروعة لغايات القبول الشكلي لأنواع معينة من الطعون على الأحكام، سواء في مرحلة الاعتراض

أو الاستئناف، حيث استحدث بموجب التعديل الذي أدخل على نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية بالتعديل رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٧ الساري بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٨، ونصوص قانون محاكم الصلح رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٧ الساري بتاريخ ٢٨/١/٢٠١٨.

#### فرضيات وإشكاليات الدراسة:

باستعراض النظام القانوني للمعذرة المشروعة كشرط لقبول الطعن ببعض الأحكام الجزائية الصادرة بالدعوى الجزائية غيابياً أو بمنزلة الوجاهي بالتشريع الأردني، نجد أن هذا الموضوع استحدث بموجب التعديل الذي أدخل على نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية بالتعديل رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٧ الساري بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٨، ونصوص قانون محاكم الصلح رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٧ الساري بتاريخ ٢٨/١/٢٠١٨، لذا فإن هذه الدراسة تسلط الضوء على ماهية المعذرة المشروعة وضوابطها القضائية، وماهية الأحكام التي يشترط لقبول الطعن عليها تقديم المعذرة المشروعة؟ وما هو الأثر المترتب على تقديم المعذرة المشروعة من الناحية الإيجابية والسلبية؟ وهل هنالك جهة رقابة على مدى توافر شروط وضوابط المعذرة المشروعة في ظل ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز؟

#### منهجية الدراسة:

سوف يعتمد الباحث المنهج التحليلي، من خلال تحليل نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح ذات العلاقة بالموضوع وأنواع الأحكام والطعون التي تطلب المشرع تقديم المعذرة المشروعة، وتحديد موقف القانون والقضاء الأردني، ولاسيما محكمة التمييز الأردنية التي أرسى ضوابط المعذرة المشروعة.

#### محددات الدراسة:

ستركز الدراسة على نصوص القانون الباحثة بصدور الأحكام الجزائية وصفحتها وطريقة الطعن بها، والوقوف على الاشتراطات التي تطلبها المشرع لقبول الطعن وتحديد المعذرة المشروعة موضوع هذا البحث وفقاً لقانون محاكم الصلح وقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ونصوص القانون ذات العلاقة بالموضوع ومقارنتها مع اجتهادات القضاء الأردني وإبداء الباحث رأيه في المسائل الخلافية.

#### الدراسات القانونية السابقة:

لوقت إعداد هذه الدراسة وبحدود اطلاع الباحث لم يتم العثور على أي بحث لهذا الموضوع في نطاق التشريع الجزائي الأردني.

**خطة البحث :**

سنعالج موضوع البحث في مبحثين، يسبقهما مطلب تمهيدي على النحو الآتي :

المطلب التمهيدي: ماهية المعذرة المشروعة.

المبحث الأول : الأحكام التي تتطلب تقديم المعذرة المشروعة .

المبحث الثاني : الأثر المترتب على تقديم المعذرة المشروعة.

**المطلب التمهيدي****ماهية المعذرة المشروعة**

إن بيان ماهية المعذرة المشروعة كنظام قانوني أخذ به المشرع الأردني لغايات قبول الطعون التي تنصب على الأحكام الجزائية سواء من حيث الشكل أو الموضوع، يقتضي منا، بيان تعريفها، ومن ثم بيان خصائصها، الذي سيتم من خلال فرعين، الفرع الأول بيان تعريف المعذرة المشروعة، والفرع الثاني: بيان خصائص المعذرة المشروعة.

**الفرع الأول****التعريف بالمعذرة المشروعة**

إن تحديد ماهية المعذرة المشروعة، يقتضي منا الوقوف على المعنى اللغوي والقانوني الاصطلاحي والفقهية والقضائية للمعذرة المشروعة، ومن خلال استعراض نصوص القانون الباحثة بالمعذرة المشروعة في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح ، فإن المشرع لم يعرف ماهية المعذرة المشروعة، بل عالج مباشرة آثار توافر المعذرة المشروعة على الطعن المقدم على الحكم الجزائي ، وحسناً فعل المشرع ذلك، تاركاً الأمر للفقه والقضاء لتحديد ضوابط المعذرة المشروعة، باعتبار أنه ليس من مهمة المشرع التعريف، إلا في الأحوال التي تثير لبساً ونزاعاً للمصطلحات، وإن هذه المهمة هي مهمة الفقه والقضاء ، وعند استعراض الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية لم نعثر لغايات إعداد هذا البحث على أي قرار يتضمن تعريفاً جامعاً مانعاً لحالات المعذرة المشروعة، وإنما انصببت تلك الأحكام على مراقبة الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف وبيان فيما إذا كانت المعذرة التي يتمسك بها الطاعن تشكل معذرة مشروعة أم لا ، لذا فإن البحث بهذا التعريف سيقصر على المعنى اللغوي والفقهية للمعذرة المشروعة والضوابط التي وضعتها محكمة التمييز للمعذرة المشروعة.

## أولاً: المعنى اللغوي للمعذرة المشروعة

المعذرة لغة: الحجة التي يُعْتَذَرُ بها؛ والجمع أَعذارٌ. يقال: اعْتَذَرَ فلان اعْتِذاراً وَعِذْرَةً وَمَعْذَرَةً من دِينِهِ فَعَذَّرْتَهُ، وَعَذَّرَ يَعْذِرُهُ فيما صنع عُدْراً وَعِذْرَةً وَعُذْرَى وَمَعْذَرَةً، والاسم المَعْذَرَةُ. (١)

المشروعة لغة: الشَّرِيعَةُ مَشْرَعَةٌ الماء وهي مورد الشاربية و الشَّرِيعَةُ أيضاً ما شرع الله لعباده من الدين وقد شَرَعَ لهم أي سَنَّ وبابه قطع و الشَّارِعُ الطريق الأعظم و شَرَعَ في الأمر أي خاض وبابه خضع و شَرَعَتِ الدواب في الماء دخلت وبابه قطع وخضع فهي شُرُوعٌ و شُرْعٌ و شَرَعَهَا صاحبها تَشْرِيعاً وقولهم الناس في هذا الأمر شَرَعٌ أي سواء يُحْرَكُ وَيُسَكَّنُ ويستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث و الشَّرْعَةُ الشريعة ومنه قوله تعالى { لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا } و الشَّرَاعُ بالكسر شِراع السفينة و أشرع بابا إلى الطريق أي فتحه وحيثان شَرَعُ أي شَارِعَاتٌ من غمرة الماء إلى الجِدِّ. (٢)

## ثانياً: المعنى الفقهي للمعذرة المشروعة

تعددت التعريفات الفقهية للمعذرة المشروعة، فمنهم من عرفها " إثبات المحكوم عليه قيام ظروف - لها طابع القوة القاهرة - حالت بينه وبين تقديم الطعن خلال المدة التي حددها المشرع ". (٣)

ومنهم من عرفها بأنها " إثبات المحكوم عليه عذر منعه من الحضور في جلسة المرافعة كأن لم يعلم بموعد الجلسة أو كأن يكون مريضاً أو موجوداً خارج البلاد بسبب عمل رسمي ". (٤)

كما عرفت المعذرة المشروعة بأنها " تخلف الخصم عن الحضور لعذر قانوني كعدم وصول مذكرة التبليغ أو وصولها إليه إلا أنه لم يتمكن من الحضور لعذر قاهر أو ظرف استثنائي ". (٥)

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها ركزت على المعذرة المشروعة، التي تستند لظرف قاهر حال بين المحكوم عليه وبين تقديم طعنه ضمن المدة القانونية أو عدم حضوره لإجراءات المحاكمة وتقديم دفوعه ودفاعه وبياناته، فكل منها قاصر على مرحلة من مراحل الدعوى دون أن يشمل جميع الفرضيات التي تحول بين المحكوم عليه والحضور.

ويمكن لنا تعريف المعذرة المشروعة بأنها تخلف المحكوم عليه عن الحضور أمام محكمة الدرجة الأولى للجلسة الأولى المقررة لسماع أقواله ودفاعه أو بجلسته لاحقة مما حرمه من ممارسة حق الدفاع أو عدم تمكنه من تقديم الطعن على الحكم الصادر بحقه خلال المدة التي حددها المشرع لأسباب خارجة عن إرادته سواء كانت

(١) لسان العرب لابن منظور ، بيروت لبنان ، ١٩٩٩ ، ص ٣٢٩ .

(٢) مختار الصحاح ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٥٣٠ .

(٣) د. حسني : محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط٣، دار النهضة العربية ١٩٩٥، ص ١١١٥ .

(٤) د. عبد الستار : فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢، ص ٦٦٣ .

(٥) د. نجم ، محمد صبحي ، الوجيز في قانون المحاكمات الجزائية الأردني ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩١ ، ص ٣٥٣ .

أسباباً مادية أو قانونية ترتب عليه حرمانه من ممارسة حق الدفاع عن نفسه ، كالمحاكمة المبكرة دون الانتظار للوقت الكافي أو بطلان مذكرة تبليغ لائحة الشكوى وحافضة المستندات وبطلان تبليغ قرار الحكم وخلصته أو المرض أو السفر أو التوقيف ... الخ .

وبالتالي يكون هذا التعريف للمعذرة المشروعة، قد جمع جميع الحالات والفرضيات التي تحول بين المحكوم عليه وبين حضوره أمام محكمة الدرجة الأولى للدفاع عن نفسه أو تحول بينه وبين تقديم الطعن خلال المدة القانونية، باعتبارها استثناء من القواعد العامة لإتاحة الفرصة للمحكوم عليه بالدفاع عن نفسه إذا توافرت أسباب جدية تقتنع بها المحكمة التي قدم الطعن أمامها سواء كانت ذات المحكمة التي أصدرت الحكم أو محكمة الاستئناف.

### ثالثاً: الضوابط التي وضعتها محكمة التمييز للمعذرة المشروعة

باستعراض الأحكام القضائية الصادرة عن الغرفة الجزائية لمحكمة التمييز، نجد أنها قد وضعت ضوابط وحالات للمعذرة المشروعة نجملها على النحو الآتي :

#### ١. المرض:

إن المرض للمحكوم عليه المثبت بتقرير طبي ليوم جلسة المحاكمة التي تغيب عنها يدخل ضمن نطاق المعذرة المشروعة، إلا محكمة التمييز وضعت ضوابط لإثبات هذه المعذرة فلم تعتبر كل مرض مثبت بتقرير طبي معذرة مشروعة، بل اشترطت أن يكون هذا التقرير مصادقاً عليه من الجهات الرسمية لغايات إثبات الجدية من المعذرة وأن لا يكون المرض المدعى صورياً لغايات التحايل على القانون، بحيث إذا كان التقرير الطبي صادراً عن طبيب من القطاع الخاص ولم يصادق عليه من الجهات المختصة فإنه لا يدخل بعدد الأعدار المشروعة، ويتعين أن يكون هذا التقرير يتعلق بجلسة الغياب عن المحاكمة وليس جلسة النطق بالحكم.<sup>(١)</sup> على أن يكون التقرير الطبي كمعذرة مشروعة للغياب من المحكوم عليه، أن يكون الأخير حاضراً شخصياً، لا أن يحضر عنه وكيله وفقاً للمادة ١/١٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وفي الحالة الأخيرة فإن هذا التقرير لا يصلح أن يكون معذرة مشروعة.<sup>(٢)</sup>

#### ٢. بطلان التبليغات:

إن بطلان مذكرات التبليغ، كأن يتم التبليغ على لوحة إعلان المحكمة أو بالنشر دون مراعاة التسلسل بالتبليغ وفقاً لنصوص المواد " ٧-١٢" من قانون أصول المحاكمات المدنية أو العيب في التبليغ أو إجرائه أو عدم التبليغ

(١) أحكام محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠٢٠/٢٦٨٥ تاريخ ٢٠/٨/٢٠٢٠ ورقم ٢٠٢٠/٢٤٦٩ تاريخ ٢٠٢٠/١٠/٨ رقم ٢٠١٨/٤٢٧٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٨/١٢/٣١، منشورات مركزي عدالة و قسطاس .

(٢) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠٢٠/٢٧٣٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٢٠/١٢/١٧، منشورات مركز عدالة.

لجلسة المحاكمة ابتداء، يعتبر ذلك معذرة مشروعة تبرر الغياب عن الجلسة التي تغيب عنها المحكوم عليه إذا تمسك المحكوم عليه بالبطلان بلائحة الطعن.<sup>(١)</sup>

### ٣. التوقيف:

إن التوقيف سواء كان إدارياً أو قضائياً أو تنفيذياً لمذكرة حكومية صادرة بحق المحكوم عليه، والمشروعات الخفية التي تثبت ذلك يدخل في باب المعذرة المشروعة، التي تبرر غياب المحكوم عليه عن جلسة المحاكمة.<sup>(٢)</sup>

### ٤. المحاكمة المبكرة وعدم الانتظار الوقت الكافي:

لما كانت مواعيد الجلسات محددة بموجب المذكرات الصادرة للتبليغ وعلى محاضر جلسات المحاكمة، التي يتعين على الخصوم الالتزام بها، إلا أن تتبع أحكام محكمة التمييز نجد أنها جعلت من عدم الانتظار للوقت الكافي معذرة مشروعة، فبعض الأحكام جعلت الانتظار للساعة ١٢ من الدوام الرسمي وقتاً غير كاف لإجراء المحاكمة، وبعضهم الآخر جعل الانتظار مقصوراً حتى نهاية الدوام الرسمي الساعة الثالثة بعد الظهر، ورتبت على ذلك إجراء المحاكمة قبل تلك الأوقات معذرة مشروعة للغياب إذا تمسك المحكوم عليه بالبطلان بلائحة الطعن.<sup>(٣)</sup>

### ٥. السفر خارج البلاد:

إن السفر خارج البلاد يعتبر ظرفاً خارج إرادة المحكوم عليه تحول بينه وبين حضور جلسات المحاكمة ويعتبر معذرة مشروعة تبرر الغياب.<sup>(٤)</sup>

(١) أحكام محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠٢٠/٣٨١٤ تاريخ ٢٠٢١/٢/١٤ ورقم ٢٠٢٠/٢٦٦٣ تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٨ رقم ٢٠٢٠/٢٦٩٥ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٨، منشورات مركزي عدالة و قسطاس .

(٢) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠٢٠/١٨٥٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٢٠/٨/٣٠، منشورات مركز عدالة.

(٣) حكماً محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠٢٠/٣٢٤٦ تاريخ ٢٠٢١/١/٢٨ ورقم ٢٠٢٠/١٧٤٤ تاريخ ٢٠٢٠/٨/١٠، منشورات مركزي عدالة و قسطاس .

(٤) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠١٨/٣٣٧٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٨/١١/٢١، منشورات مركز قسطاس .

## الفرع الثاني

### خصائص المعذرة المشروعة

تمتاز المعذرة المشروعة بعدة خصائص، يمكن إجمالها على النحو الآتي:

- إنه نظام قانوني أخذ به المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح، ضمن ضوابط وشروط معينة تركها لتقدير قاضي الموضوع، استثناء من القواعد العامة، وبالتالي لا يجوز القياس عليها أو التوسع بها، كأن تقاس المعذرة المشروعة المطلوبة بالقانون العام على الحالات التي نص عليها القانون الخاص<sup>(١)</sup>.
- المعذرة المشروعة هي من حقوق الخصوم فيما يتعلق بتقديمها من عدمه، إلا أن بحثها من متعلقات النظام العام، حتى لو لم تتمسك بها النيابة العامة، وفي حال عدم توافر شروطها وضوابطها، يتعين على المحكمة التصدي لها من تلقاء نفسها وتقرر رد الطعن شكلاً.
- إن المعذرة المشروعة تتعلق بالمحكوم عليه دون غيره من الخصوم بالدعوى الجزائية وهم " النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي والمسؤول بالمال"، وإذا كان المحكوم عليه وكل وكيلاً للمثول عنه وفقاً للحالات التي يجيزها القانون، فإن العبرة لمعذرة الوكيل لا الأصيل.
- المعذرة المشروعة ووجوب تقديمها وتوافرها تتعلق بأحكام معينة نص عليها المشرع وليس بجميع الأحكام الجزائية.
- المعذرة المشروعة يرجع تقدير توافرها لمحكمة الدرجة الأولى، التي تنظر الطعن بالاعتراض، ولمحكمة الاستئناف عن نظرها بالطعن استئنافاً بالحكم، ويكون القرار الصادر بقبول تلك المعذرة خاضعاً لرقابة محكمتي الاستئناف و التمييز<sup>(٢)</sup>.
- المعذرة المشروعة لا تقدم أمام محكمة التمييز باعتبارها محكمة قانون، وإنما تقدم أمام محكمة الطعن وهي المحكمة التي تنظر الطعن بالاعتراض أو محكمة الاستئناف مرفقة مع لائحة الطعن بالأحكام التي تطلب المشرع تقديمها<sup>(٣)</sup>.
- إن هذا النظام قائم على مظنة وإرادته حالت دون تمكينه من ممارسة حق الدفاع، وهو الأولى بالرعاية، وبالتالي تبقى ظروف خارجة عن إرادته حالت دون تمكينه من ممارسة حق الدفاع، وهو الأولى بالرعاية، وبالتالي تبقى

(١) انظر المادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمادة ١٥ و١٦ من قانون محاكم الصلح، انظر حكم محكمة التمييز جزائي رقم ٢٠٢٠/٢٥٦٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٦/١٠/٢٠٢٠، منشورات مركز عدالة.

(٢) الحكم رقم ٧٣ لسنة ٢٠٢١، محكمة تمييز جزاء، تاريخ 04-02-2021، منشورات قسطاس.

(٣) الحكم رقم ٢٩١٨ لسنة ٢٠١٩ محكمة تمييز جزاء، ٢٤-١١-٢٠١٩ منشورات قسطاس.



احتمالية قبول أو رفض ما يتقدم به المحكوم عليه قائمة ، وتخضع لتقدير محكمة الموضوع تحت رقابة  
محكمتي الاستئناف والتمييز .

## المبحث الأول

### الأحكام التي يتطلب الطعن بها تقديم المذرة المشروعة

إن استعراض قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح، والباحثة بالأحكام وكيفية صدورها ، فإنها تشمل الأحكام الوجيهة، والأحكام الصادرة بمنزلة الوجيهي، والأحكام الغيابية، سواء في الجنايات والجرح والمخالفات التي يعتمد هذا التصنيف على حضور المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم لإجراءات المحاكمة من عدمه، وبالتالي تقديم البيانات الدفاعية أو لا، إذ إن الأصل في المحاكمة المثالية العادلة هي التي تضمن حق الدفاع كحق دستور كفه الدستور والقانون، من خلال سماع بينات ودفع ودفوع ومرافعات والأقوال الختامية لكل من ممثلي النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي والمشتكى عليه أو الظنين أو المتهم و المسؤول بالمال، إلا أن الواقع العملي مغاير لذلك، فقد يتغيب المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم عن المثل أمام المحاكمة لأسباب مختلفة كالمرض أو السفر أو التوقيف أو عدم التبليغ أصوليا لموعد الجلسة، وبالتالي يصدر الحكم بمواجهته غيابيا أو بمنزلة الوجيهي، وتكون المحكمة استمعت لنصف الحقيقة وأصدرت حكما بالإدانة أو التجريم ، ولم تستمع لدفاع وبيانات المشتكى عليه، التي لو حضر وأتيحت له الفرصة بالدفاع لتغير وجه الحكم بالدعوى، لذا فإن المشرع تنبه لهذه المسألة احتراماً وتكريساً لحق الدفاع، ضمن ضوابط تشريعية مع ضمان عدم التسوية والمماطلة، من خلال إتاحة الفرصة للمشتكى عليه أو الظنين أو المتهم بالدفاع عن نفسه بعد إثبات المذرة المشروعة للغياب بأنواع محددة من الدعوى والصادرة بحقهم أحكام غيابية أو بمنزلة الوجيهي مع الاختلاف في التفاصيل بين الأحكام الصادرة من محاكم الصلح بالجرائم الجنحية والمخالفات ومحاكم البداية بالجرائم الجنحية والجنائية ، لذا فإن ذلك يتطلب البحث بتحديد الأحكام التي يتطلب المشرع لقبول الطعن بها تقديم المذرة المشروعة في الجرائم الجنحية والمخالفات في مطلب أول، وتحديد الأحكام التي يتطلب المشرع لقبول الطعن بها تقديم المذرة المشروعة في الجرائم الجنائية في مطلب ثان في الجرائم الجنائية.

## المطلب الأول

### الأحكام التي يتطلب المشرع لقبول الطعن بها تقديم المذرة المشروعة والصادرة في الجرائم الجنحية

#### والمخالفات

إن استعراض قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح، والباحثة بالأحكام الصادرة عن محاكم الصلح والبدائية في الجرائم الجنحية والمخالفات ، نجد أن المشرع الأردني بموجب التعديلات الأخيرة التي أدخلت

على قانون محاكم الصلح وقانون أصول المحاكمات الجزائية ، قد تخلى عن التقسيم السابق للجنح -جنح صلحية و جنح بدائية وفقا للعقوبة المقررة للجريمة ما يزيد عن سنتين جنحة بدائية وما قل عن ذلك جنحة صلحية - وأصبحت محكمة الصلح تختص بنظر جميع المخالفات والجنح ، وأصبحت صاحبة الولاية العامة بنظر الجرائم الجنحية مالم ينص القانون على اختصاص محكمة أخرى بنظر أنواع معينة من الجنح (١)، كما هو حال الجنح المتعلقة بالمطبوعات والنشر ومخالفة أوامر الدفاع والجنح المحالة لمحكمة البداية قبل سريان التعديل الأخير لقانون أصول المحاكمات الجزائية بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٨ ، والجنح التي تدخل ضمن اختصاص محكمة أمن الدولة (٢) ، لذا فإن تحديد الأحكام التي يتطلب المشرع تقديم معذرة مشروعة لقبول الطعن في الأحكام الصادرة بالجرائم الجنحية والمخالفات تقتضي بحث الأحكام الصادرة عن محكمة الصلح في فرع أول والأحكام الصادرة عن محكمة البداية في فرع ثان.

### الفرع الأول

#### الأحكام التي الصادرة عن محكمة الصلح في الجرائم الجنحية والمخالفات.

إن استعراض أحكام المواد (١١-١٥) من قانون محاكم الصلح يتضح أن الأحكام الجزائية الصادرة عن محكمة الصلح تصدر بإحدى الصور الثلاث التالية : وجاهية ، بمنزلة الوجاهي ، غيابيه ، فما هو الطريق القانوني للطعن بهذه الأحكام إذا لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم؟ وهل يختلف الأمر فيما إذا كان الحكم: وجاهياً أو بمنزلة الوجاهي أو غيابياً؟ وفي أي نوع من الأحكام يتطلب المشرع تقديم المعذرة المشروعة لغايات قبول الطعن أو السماح بتقديم أو استكمال البينة الدفاعية؟ إن الاجابة على التساؤلات السابقة يقتضي منا بحث كل نوع من هذه الأحكام والتعرف على موقف التشريع والقضاء منها .

#### أولاً : الأحكام الجزائية الوجيهة الصادرة عن محاكم الصلح:

حيث إن هذا هو الأصل في المحاكمة المثالية العادلة، إذ تتم بحضور المشتكى عليه جميع إجراءات المحاكمة، التي تضمن حق الدفاع كحق كفله الدستور والقانون، من خلال سماع بينات ودفع ودفاع ومرافعات والأقوال الختامية لكل من ممثلي النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي والمشتكى عليه، وحضور جلسة النطق بالحكم، الذي قد يصدر بالبراءة أو عدم المسؤولية أو وقف ملاحقة أو بالإدانة، فيكون هذا الحكم وجاهياً بحق جميع الفرقاء، وما يعنينا في هذا البحث هو الحكم بالإدانة ، فإذا لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم فمن حقه الطعن به أمام

(١) نصت المادة ٣ من قانون محاكم الصلح رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٧ " تختص محكمة الصلح بالنظر في المخالفات والجنح جميعها التي لم يعين القانون محاكم أخرى للنظر فيها" .

(٢) المادة ٢ من قانون المطبوعات والنشر والمادة ٢ من قانون الدفاع والمادة ٣ من قانون محكمة أمن الدولة ، كما نصت ٣٦٦ المادة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٧ " تستمر محاكم البداية ومحاكم الاستئناف بالنظر في جميع الدعاوي والطعون المقدمة لديها قبل تاريخ نفاذ هذا القانون المعدل " .

محكمة البداية بصفتها الاستئنافية وفقاً للإجراءات والشروط والمدد التي نص عليها القانون، ومثل هذا النوع من الأحكام لا يبحث به مسألة المعذرة المشروعة لقبول الطعن، لاستنفاد الغاية منها بحضور المحكوم عليه إجراءات المحاكمات واستكمال البيانات بالدعوى.<sup>(١)</sup>

### ثانياً: الأحكام الجزائية الصادرة بمنزلة الوجاهي الصادرة عن محاكم الصلح:

قد يمثل المشتكى عليه أمام المحكمة، ثم يتغيب عن الحضور، وفي مثل هذه الحالة تجري المحاكمة بحقه بمنزلة الوجاهي<sup>(٢)</sup>، فقد يتغيب المشتكى عليه عن المثول أمام المحاكمة لأسباب مختلفة، وبالتالي يصدر الحكم بحقه بمنزلة الوجاهي، وتكون المحكمة قد استمعت إلى نصف الحقيقة وأصدرت حكمها بالإدانة ولم تستمع لدفاع وبيانات المشتكى عليه، الذي لو حضر وأتيحت له الفرصة بالدفاع لتغير وجه الحكم بالدعوى، وبالتالي فإن هذا الحكم الصادر بمنزلة الوجاهي حدد المشرع طريق الطعن به، بحيث لا يقبل الطعن به استثناءً، وإنما يقبل الطعن بالاعتراض أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم في حال لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم، وذلك خلال عشرة أيام، تبدأ من اليوم التالي لتبليغه الحكم الصادر بحقه، وليس من حقه الطعن بهذا الحكم أمام محكمة البداية بصفتها الاستئنافية حيث يكون مستوجب الرد شكلاً.<sup>(٣)</sup>

ولكن السؤال المثار في هذا المقام، هل اشترط المشرع لقبول الطعن بالاعتراض على الحكم الصادر عن محكمة الصلح بمنزلة الوجاهي، أن يقدم المحكوم عليه معذرة مشروعة على غيابه عن الحضور أمام المحكمة لغايات قبول طعنه شكلاً؟

<sup>(١)</sup> نصت المادة (١٤) من قانون محاكم الصلح " أ. الاستئناف من حق النيابة العامة والمدعي الشخصي والمحكوم عليه والمسؤول بالمال . ب. تستأنف الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح في القضايا الجزائية إلى محكمة البداية بصفتها الاستئنافية خلال مدة عشرة أيام من اليوم التالي لصدر الحكم إذا كان وجاهياً. ج. تفصل محكمة البداية بصفتها الاستئنافية بالطعون المقدمة إليها تدقيقاً ما لم تقرر من تلقاء نفسها أو بموافقتها بناء على طلب أحد الأطراف نظراً مرافعة. د. تحفظ أوراق الدعوى في قلم محكمة الصلح إلا إذا استأنف أحد الأطراف الحكم المنهي للخصومة فترسلها المحكمة إلى قلم المحكمة المستأنف إليها بعد أن تبلغ صورة عن لائحة الاستئناف إلى الفريق الثاني، وله أن يقدم لائحة بدفاعه خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه لائحة الاستئناف ".

<sup>(٢)</sup> نصت المادة (١١) من قانون محاكم الصلح " ب. فور قيد الدعوى، ترسل مذكرة تبليغ إلى المشتكى عليه يبين فيها لزوم حضوره في اليوم المعين للمحاكمة ويجري التبليغ وفقاً للأصول المتبعة في قانون أصول المحاكمات المدنية. ج. إذا لم يحضر المشتكى عليه المتبلغ أو وكيله موعد المحاكمة فللمحكمة أن تحاكمه غيابياً، وإذا حضر إحدى الجلسات وتخلف بعد ذلك فتجري المحاكمة بحقه بمثابة الوجاهي ".

<sup>(٣)</sup> نصت المادة (١٥) من محاكم الصلح " أ . لا يكون الحكم الصادر غيابياً أو بمثابة الوجاهي قابلاً للاستئناف، إلا أنه يجوز الاعتراض عليه خلال مدة عشرة أيام من اليوم التالي للتبليغ. ب. إذا لم يحضر المعارض أو وكيله في الوقت المعين لسماح الاعتراض تقرر المحكمة رد الاعتراض شكلاً. ج. د. ١. إذا حضر المعارض على الحكم الصادر بمثابة الوجاهي عند النظر في دعوى الاعتراض، فتقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض شكلاً إذا ظهر لها أنه قدّم ضمن المدة القانونية وقدم المعارض ما يثبت المعذرة المشروعة لغيابه ".

لقد أجاب المشرع على هذا التساؤل صراحة، بأن اشترط لغايات قبول الاعتراض شكلاً على الحكم الصادر بمنزلة الوجاهي أن يرفق بلائحة الاعتراض ما يثبت المعذرة المشروعة لغيابه. (١)

ولكن السؤال المثار في هذا المقام أيضاً، إذا مثل المشتكى عليه أمام المحكمة بجميع مراحل المحاكمة، وقدم بيناته ودفعه ومرافعته، وبجلسة النطق بالحكم تغيب عن الحضور، وفي هذه الحالة يتم إجراء محاكمته بمنزلة الوجاهي، هل الحكم قابل للاستئناف أو للاعتراض؟ وهل يشترط أن يقدم معذرة مشروعة على غيابه عن الحضور أمام المحكمة لغايات قبول طعنه الاعتراضي شكلاً؟

نرى أن الإجابة على مثل هذا الفرض من خلال منطوق النص وعباراته تجعل الحكم قابلاً للاعتراض وليس الاستئناف، وبالتالي يتعين لغايات القبول للاعتراض أن يرفق باعتراضه ما يثبت المعذرة المشروعة، إلا أننا نرى أن المنطق القانوني السليم والغاية التي توخاها المشرع من تقديم المعذرة المشروعة، هو إتاحة الفرصة للمشتكى عليه للدفاع عن نفسه وتقديم بيناته ودفعه وأقواله النهائية، وقد تحققت واستفدت، وبالتالي فإن إلزام المحكوم عليه باللجوء للطعن بالاعتراض في مثل هذا الفرض، هو فتح باب المماطلة والتسويق من المحكوم عليه في إطالة أمد النزاع وهو بالتأكيد لم يقصده المشرع، ونتمنى على مشرعنا أن يعدل النص التشريعي ليعالج هذه الحالة ويدخلها ضمن الحالات الوجاهية للأحكام وأن تكون قابلة للاستئناف وليس للاعتراض ودون معذرة مشروعة.

### ثالثاً: الأحكام الجزائية الغيابية الصادرة عن محاكم الصلح :

بعد قيد الدعوى الجزائية، يصار لإرسال مذكرة تبليغ للمشتكى عليه، وفي اليوم المعين للمحاكمة، قد يتغيب المشتكى عليه عن المثول أمام المحاكمة، لأسباب مختلفة مشروعة أو غير مشروعة، وبالتالي يصدر غيابياً بحقه (٢)، وتكون المحكمة قد استمعت لبيانات النيابة وأصدرت حكماً بالإدانة، ولم تستمع لدفاع وبيانات المشتكى عليه التي لو حضر وأتيحت له الفرصة بالدفاع لتغيير وجه الحكم بالدعوى، وبالتالي فإن هذا الحكم الصادر غيابياً لا يقبل الطعن استئنافاً، وإنما يقبل الطعن بالاعتراض أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم في حال لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم، وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغه الحكم الصادر بحقه (٣)، ولم يشترط

(١) - نصت المادة (١٥) من محاكم الصلح " ١.د. إذا حضر المعترض على الحكم الصادر بمثابة الوجاهي عند النظر في دعوى الاعتراض، فقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض شكلاً إذا ظهر لها أنه قدّم ضمن المدة القانونية وقدّم المعترض ما يثبت المعذرة المشروعة لغيابه".

(٢) نصت المادة ( ١١ ) من قانون محاكم الصلح " ب. فور قيد الدعوى، ترسل مذكرة تبليغ إلى المشتكى عليه يبين فيها لزوم حضوره في اليوم المعين للمحاكمة ويجري التبليغ وفقاً للأصول المتبعة في قانون أصول المحاكمات المدنية. ج. إذا لم يحضر المشتكى عليه المتبليغ أو وكيله موعد المحاكمة فللمحكمة أن تحاكمه غيابياً ....".

(٣) نصت المادة (١٥) من محاكم الصلح " أ. لا يكون الحكم الصادر غيابياً أو بمثابة الوجاهي قابلاً للاستئناف، إلا أنه يجوز الاعتراض عليه خلال مدة عشرة أيام من اليوم التالي للتبليغ. ج. إذا حضر المعترض على الحكم الغيابي عند النظر في دعوى الاعتراض، فقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض شكلاً إذا ظهر لها أنه قدّم ضمن المدة القانونية، ويجب على المعترض، وخلال مدة عشرة أيام من تاريخ قبول الاعتراض شكلاً، تقديم قائمة تتضمن البيانات الشخصية والخطية، ومفردات البيانات الخطية التي تحت يده، وقائمة بيناته الموجودة تحت يد الغير،

المشرع في هذه الحالة التي لم يحضر بها المحكوم عليه أي جلسة من جلسات المحاكمة تقديم معذرة مشروعة ، لغايات قبول الاعتراض شكلاً ، وقد أحسن المشرع صنعاً إذ كفى المحكوم عليه عناء البحث وتقديم معذرة مشروعة، التي قد لا تقنع بها المحكمة، وبالتالي رد الاعتراض شكلاً، وما يترتب عليه من تداعيات خطيرة على حقوق الدفاع، حيث انتصر المشرع لحق الدفاع تكريساً للمبدأ الدستوري و الفقهي بعدم جواز إدانة شخص دون سماع القضاء لدفاعه، لذلك فإن الحكم الغيابي يكون حكماً ضعيفاً، ويحتمل أن يكون غير صحيح لأنه يعتمد على أدلة المشتكي دون إعطاء فرصة لسماع أقوال المشتكى عليه.<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### الأحكام التي الصادرة عن محكمة البداية في الجرائم الجنحية

إن استعراض أحكام المواد ( ١٦٩ - ١٨٤ ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، يوضح أن الأحكام الجزائية الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الجنحية هي استثناء من الأصل المقرر بأن محكمة الصلح هي صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الجرائم الجنحية التي لا تدخل ضمن اختصاص أي محكمة أخرى ، وأن أحكامها تصدر بإحدى الصور الثلاث التالية: وجاهياً، بمنزلة الوجاهي، غيابياً، فما هو الطريق الذي رسمه المشرع للطعن بهذه الأحكام إذا لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم؟ وهل يختلف الأمر فيما إذا كان الحكم: وجاهياً أو بمنزلة الوجاهي أو غيابياً؟ وفي أي نوع من هذه الأحكام يتطلب المشرع تقديم المعذرة المشروعة لغايات قبول الطعن أو السماح بتقديم أو استكمال البينة الدفاعية؟ إن الاجابة على التساؤلات السابقة يقتضي منا بحث كل نوع من هذه الأحكام والتعرف على موقف التشريع والقضاء منها .

### أولاً : الأحكام الجزائية الوجاهية الصادرة عن محاكم البداية : (٢)

إن هذا الأصل في المحاكمة المثالية العادلة، أن تتم بحضور الظنين جميع إجراءات المحاكمة التي تضمن حق الدفاع، من خلال سماع بينات ودفع ودفوع ومرافعات والأقوال الختامية لكل من ممثلي النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي والظنين، وحضور جلسة النطق بالحكم، الذي قد يصدر بالبراءة أو عدم المسؤولية أو وقف ملاحقة أو بالإدانة، فيكون هذا الحكم وجاهياً بحق جميع الفرقاء ، وما يعيننا في هذا البحث هو الحكم بالإدانة، فإذا لم

تحت طائلة عدم قبول تلك البينات، ثم تنظر المحكمة في أسباب الاعتراض، وتصدر قرارها برد الاعتراض أو قبوله وفسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله .

(١) د.حومد: عبد الوهاب ، أصول المحاكمات الجزائية ،المطبعة الجديده ، دمشق ، ١٩٨٧ ، ص ٩٧١ .

(٢) نصت ١٦٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية "١- لا يقدم أي شخص للمحاكمة أمام محكمة بدائية ، ما لم يصدر بحقه المدعي العام قرار ظن من أجل محاكمته بتلك الجريمة . ٢. إذا سلم الظنين نفسه أو قبض عليه قبل سقوط الدعوى بالنقادم أو بالعفو العام ولم يسبق استجوابه عن الجنحة وجب على المحكمة عرض الظنين مع ملف الدعوى على المدعي العام لإجراء المقتضى القانوني بشأنه وفق أحكام المادة (١١٤) من هذا القانون . ٣. تتعدّد جلسات المحكمة البدائية بحضور ممثل النيابة العامة والكتاب ."

يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم، فمن حقة الطعن بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف، وفقاً للإجراءات والشروط والمدد التي نص عليها القانون، ومثل هذا النوع من الأحكام لا يبحث به مسألة المعذرة المشروعة لقبول الطعن لاستنفاد الغاية منها بحضور المحكوم عليه إجراءات المحاكمات .

### ثانياً : الأحكام الجزائية الصادرة غيابياً وبمنزلة الوجاهي عن محاكم البداية:

بعد تبليغ الظنين اليوم المعين للمحاكمة قد يمثل الظنين أمام المحكمة ثم يتغيب عن الحضور، وفي هذه الحالة تجري المحاكمة بحقه بمنزلة الوجاهي<sup>(١)</sup>، وقد لا يمثل أمام المحكمة، وفي هذه الحالة تجري محاكمته غيابياً<sup>(٢)</sup>، وقد يكون هذا الغياب عن المحاكمة لأسباب مختلفة، وبالتالي يصدر الحكم غيابياً أو بمنزلة الوجاهي، وتكون المحكمة قد استمعت لبينة النيابة وأصدرت حكمها بالإدانة ولم تستمع لدفاع وبيانات الظنين، التي لو حضر وأتحت له الفرصة بالدفاع لتغير وجه الحكم بالدعوى، وبالتالي فإن هذا الحكم الصادر غيابياً أو بمنزلة الوجاهي إنما يقبل الطعن بالاعتراض أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، في حال لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغه الحكم الصادر بحقه<sup>(٣)</sup>.

**ولكن السؤال المثار في هذا المقام، هل يشترط القانون لغايات قبول الاعتراض أن يقدم المحكوم عليه معذرة مشروعة أم لا ؟ وإذا ما قرر المحكوم عليه تقويت مدة الطعن بالاعتراض، فهل يحق للمحكوم عليه أن يتنازل عن حقه بالاعتراض ويقدم مباشرة طعناً بالاستئناف؟ وإذا كان من حق المحكوم عليه أن يتنازل عن الاعتراض ويقدم مباشرة طعناً بالاستئناف هل يشترط أن يقدم معذرة مشروعة أم لا ؟**

باستعراض نصوص القانون الباحثة بهذه المسألة، نجد **المشرع لم يشترط في مثل هذه الحالة التي لم يحضر بها المحكوم عليه أي جلسة من جلسات المحاكمة أو حضر أحد الجلسات وتغيب عن الحضور تقديم معذرة مشروعة لغايات قبول الاعتراض شكلاً، وقد أحسن المشرع صنفاً إذ كفى المحكوم عليه عناء البحث وتقديم معذرة مشروعة، التي قد لا تقع بها المحكمة وبالتالي رد الاعتراض شكلاً، وما يترتب عليه من تداعيات خطيرة على حقوق الدفاع ، ولكننا كنا نتمنى على المشرع أن يوجد السياسة التشريعية لهذه المسألة حول الأحكام الجزائية الغيابية وبمنزلة الوجاهي الصادرة عن محكمة الصلح والأحكام الجنحية الصادرة عن محكمة البداية، بأن يكون**

(١) نصت المادة ١٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " إذا حضر المدعي بالحق الشخصي أو الظنين المحاكمة ثم انسحب منها لأي سبب كان أو إذا غاب عن المحاكمة بعد حضوره إحدى جلساتها تعتبر المحاكمة وجاهية بحقه وتبدأ مدة الاستئناف من تاريخ تبليغه الحكم وفق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المعمول به".

(٢) نصت المادة ١٦٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " إذا لم يحضر الظنين إلى المحكمة في اليوم والساعة المعينين في مذكرة الدعوى المبلغة له حسب الأصول للمحكمة أن تحاكمه غيابياً، ولو كان مكفولاً ولها في مثل هذه الحالة الأخيرة أن تصدر مذكرة قبض بحقه".

(٣) نصت المادة ١٨٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " للمحكوم عليه غيابياً أو بمثابة الوجاهي أن يعترض على الحكم في ميعاد عشرة أيام ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغه الحكم وذلك باستدعاء يرفعه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم " .

الاعتراض على الأحكام الصادرة بمنزلة الوجاهي بمعذرة مشروعة، إذ لا عبرة بالتمييز بين الأحكام الجنحية الصلحية والجنحية البدائية فيما يتعلق بضرورة تقديم المعذرة المشروعة، وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على قبول الاعتراض شكلاً، إذ يبقى الحكم قائماً في الأحكام الصلحية الجزائية<sup>(١)</sup>، في حين يعتبر الأحكام البدائية الجزائية المعترض عليها كأن لم يكن<sup>(٢)</sup>، سيما بعد أن جعل المشرع جميع الحنح من اختصاص محكمة الصلح صاحبة الولاية العامة إلا ما استثنى منها بنص خاص .

أما من حيث أحقية المحكوم عليه بالتنازل عن الطعن بالاعتراض، وتقديم طعن بالاستئناف بالأحكام الجنحية الصادرة عن محكمة البداية في ظل عدم صراحة النصوص، كما هو الحال بقانون محاكم الصلح والنصوص الناظمة للاعتراض على الأحكام الجنائية، فإن الأجابة على هذا التساؤل بعد استعراض موقف القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة التمييز نجد أن هنالك اتجاهين:

**الاتجاه الاول:** يذهب إلى إنه ليس من حق المحكوم عليه الطعن استئنافاً بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف مادام حق الاعتراض قائماً، حيث يكون مستوجب الرد شكلاً لعدم تقديم اعتراض عليه، ويتعين أن يلجأ المحكوم عليه للاعتراض أولاً، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز في أحد أحكامها، حيث تقول: "١. من المقرر بأحكام المادة (١٨٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدلة بالرقم (٣٢) لسنة (٢٠١٧) أن الحكم الذي يصدر حسب نص هذه المادة سواء كان قد صدر غيابياً أو بمنزلة الوجاهي يتوجب على المحكوم عليه أن يعترض على الحكم في ميعاد عشرة أيام، تبدأ من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغه الحكم، وأن يقدم اعتراضه للمحكمة التي أصدرت الحكم، وحيث إن الحكم في الحالة المعروضة صدر في ظل سريان أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٣٢) لسنة (٢٠١٧) الذي سرى بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٨، فيكون هذا الحكم قابلاً للاعتراض وليس قابلاً للاستئناف وكان على المحكوم عليهما الاعتراض عليه وليس استئنافه، وأيضاً كان على محكمة الاستئناف أن تنتبه إلى ذلك وترد الاستئناف المقدم لكون الحكم المعروض عليها قابلاً للاعتراض وليس قابلاً للاستئناف، لأن العبرة بذلك بنص القانون وليس بما ورد بنهاية الحكم بأنه قابل للاستئناف الأمر الذي يتعين معه نقض حكم محكمة الاستئناف لمخالفته للقانون".<sup>(٣)</sup>

(١) - نصت المادة ١٥ من قانون محاكم الصلح " ج. إذا حضر المعترض على الحكم الغيابي عند النظر في دعوى الاعتراض، فتقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض شكلاً إذا ظهر لها أنه قدم ضمن المدة القانونية، ويجب على المعترض، وخلال مدة عشرة أيام من تاريخ قبول الاعتراض شكلاً، تقديم قائمة تتضمن البيانات الشخصية والخطية، ومفردات البيانات الخطية التي تحت يده، وقائمة ببياناته الموجودة تحت يد الغير، تحت طائلة عدم قبول تلك البيانات، ثم تنتظر المحكمة في أسباب الاعتراض، وتصدر قرارها برد الاعتراض أو قبوله وفسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله. د. تصدر المحكمة قرارها في أسباب الاعتراض إما برده أو قبوله وفسخ الحكم الصادر بمثابة الوجاهي وإبطاله أو تعديله ."

(٢) - نصت المادة ١٨٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية "إذا قبل الاعتراض شكلاً اعتبر الحكم الغيابي كأنه لم يكن مع مراعاة أحكام المادة ١٨٠ المتعلقة بمذكرة التوقيف الصادرة عن المحكمة ."

(٣) حكم محكمة التمييز، جزائي رقم ٢٠١٩/١١٤٦ (هيئة عادية) تاريخ ٢٣/٥/٢٠١٩، منشورات مركز عدالة .



الاتجاه الثاني : يذهب إلى أنه من حق المحكوم عليه الطعن استئنافاً بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف رغم قابلية الحكم للاعتراض ويتعين أن يقدم المحكوم عليه معذرة مشروعة للغياب ، ولا يشترط على المحكوم عليه لقبول استئنافه أن يقدم الاعتراض أولاً ، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز في أكثر من حكم لها حيث تقول :

" أجازت المادة (٢٩١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لرئيس النيابة العامة في القضايا الجنحية الطعن بأمر خطي في حال وقوع إجراء مخالف للقانون في الدعوى أو لصدور حكم أو قرار في الدعوى مخالف للقانون، وفي ذلك يتبين أن الظنين تخلف عن حضور جلسة المحاكمة أمام محكمة بداية جزاء جرش المنعقدة يوم الثلاثاء ٢٠١٨/٥/٨ التي كان متهماً لها فقررت المحكمة السير بحقه بمنزلة الجاهي وطيلة جلسات المحاكمة التي عقدت وحتى إصدار الحكم بحقه لم يحضر أو يراجع المحكمة ولم يقدم مع استئنافه أي معذرة مشروعة تثبت سبب عدم حضوره لجلسة المحاكمة التي كان متهماً لها والمحددة يوم ٢٠١٩/٥/٨ وذلك على مقتضى المادة (٤/٢٦١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت ( إذا استأنف المحكوم عليه الحكم الصادر ضده غيابياً أو بمنزلة الجاهي فلا يقبل استئنافه للحكم الصادر ضده ما لم يثبت أن غيابه كان لمعذرة مشروعة تقبلها المحكمة) وبذلك يكون ما انتهت إليه محكمة استئناف إربد بقرارها رقم (... ) تاريخ ٢٠١٩/٨/٢٥ متفقاً والقانون.<sup>(١)</sup>

وفي حكم آخر تقول "وعن سبب الطعن نجد أن الظنين خالد عواد حسين أبو حسن مثل أمام المدعي العام كما نجد أن الظنين خالد مثل أمام المحكمة في جلسة ٢٠١٦/٩/٤ وتغيب عن جلسة ٢٠١٦/١٠/٥ المتفهم لموعدها المحددة الساعة (٩) صباحاً رغم انتظاره والمناداة عليه حتى الساعة (١١:٤٠) من وقت الدوام الرسمي حيث جرت محاكمته بمنزلة الجاهي وفقاً لأحكام القانون واستمر تغيبه عن جلسات المحاكمة لحين صدور الحكم بحقه بتاريخ ٢٠١٨/٤/٣ بمنزلة الجاهي .ولقبول استئنافه شكلاً يتعين عليه تقديم معذرة مشروعة تبرر غيابه عن إجراءات المحاكمة على ما تقضي به المادة (٤/٢٦١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٧ النافذ اعتباراً من ٢٠١٨/٢/٢٦ . وحيث لم يقدم أي معذرة مشروعة فيكون قرار محكمة الاستئناف رقم (٢٠١٨/٢٧٠٠٨) تاريخ ٢٠١٨/٦/٧ برد استئنافه شكلاً متفقاً وحكم القانون .وأما عن كون الحكم قابلاً للاعتراض عملاً بالمادة (١٨٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية فالمستفاد منه أن للمحكوم عليه غيابياً أو بمنزلة الجاهي الاعتراض على الحكم في ميعاد حدده تلك المادة وحيث إن الظنين خالد لجأ إلى الطعن استئنافاً فتكون أحكام المادة (٤/٢٦١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية هي الواجبة التطبيق وحيث إن محكمة الاستئناف وقرارها المطلوب نقضه نهجت هذا المنهج فيكون الطعن التمييزي غير وارد ويتعين رده.<sup>(٢)</sup>

(١) حكم محكمة التمييز ، جزائي رقم ٢٠١٩/٤١٣٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٩/١٢/٣١ منشورات مركز عدالة .

(٢) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠١٩/٢٦٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٩/٤/١ منشورات مركز قرارك.

**ونرى وفي ظل صراحة النصوص في قانون أصول المحاكمات الجزائية** وحيث إن الأصل في الأشياء الإباحة مالم يرد نص على التقييد ، وعلى خلاف الأمر بالنسبة لقانون محاكم الصلح الذي كان المشرع واضحاً<sup>(١)</sup> ، وفي الأحكام الجنائية الغيابية حدد المشرع في المادة ٢١٢-٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية طريق الطعن بها بالاعتراض، أما الأحكام الصادرة بمنزلة الجاهي فحدد طريق الطعن وهو الاستئناف، فأراد المشرع ونص صراحة على التراتبية بطرق الطعن ، أما المشرع بقانون أصول المحاكمات الجزائية فلم ينص صراحة على المنع فيما يتعلق بالأحكام الجزائية الصادرة بالجنح عن محكمة البداية ، ووفقاً لقاعدة إذا أراد المشرع صرح وإذا سكت أبقى ، فإن من حق المحكوم عليه أن يكون له الخيار بين الاعتراض أو الاستئناف، وهذا هو موقف المشرع المصري،<sup>(٢)</sup> وبالتالي فنحن مع التوجه تفسيراً لنصوص القانون وإطلاقها وهو الرأي الثاني الذي تبناه القضاء الأردني بهذه المسألة ، وكنا نحيد على المشرع أن يتبنى سياسة تشريعية وموقفاً واحداً بهذه المسألة حسماً للاجتهاد وهو تراتبية الطعن سواء الأحكام الصلحية أو البدائية الغيابية أو بمنزلة الجاهي، وأن لا يكون الحكم قابلاً للاستئناف مادام لم يطعن به أمام ذات المحكمة التي أصدرته من خلال الاعتراض وذلك كون الحكم الصادر تنبى بينة النيابة فقط ، ولم يتم الاستماع لبينات الدفاع وهو حكم ضعيف قابل للتعديل والتغيير، وإن السماح بالاستئناف يرهق كاهل محاكم الاستئناف بطعون لم تستكمل بها البينة مما يخل بمبدأ العدالة الناجزة الذي يسعى إليه المشرع<sup>(٣)</sup>، وبالتالي فإذا طعن المحكوم عليه بالحكم البدائي الصادر غيابياً أو بمنزلة الجاهي استئنافاً يتعين أن يقدم معذرة مشروعة<sup>(٤)</sup>.

(١) بنص المادة (١٥) من محاكم الصلح " أ . لا يكون الحكم الصادر غيابياً أو بمثابة الجاهي قابلاً للاستئناف، إلا أنه يجوز الاعتراض عليه خلال مدة عشرة أيام من اليوم التالي للتبليغ".

(٢) نصت المادة ٤٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري " يحصل الاستئناف بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم في ظرف عشرة أيام من تاريخ النطق بالحكم الحضورى أو إعلان الحكم الغيابي أو من تاريخ الحكم الصادر في المعارضة في الحالات التي يجوز فيها ذلك ".  
(٣) د. العدوان : ثائر سعود ، الطعن في الأحكام الجزائية وفقاً للقانون المعدل لقانون محاكم الصلح رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨ ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، مجلد ٤١، العدد ٢ لسنة ٢٠١٤ ، ص ١١٧٧ .

(٤) نصت المادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " ١. يرفع الاستئناف بموجب استدعاء إلى محكمة الاستئناف المختصة إما مباشرة أو بواسطة المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف في ميعاد خمسة عشر يوماً من اليوم الذي يلي تاريخ صدوره إن كان جاهياً وتاريخ تبليغه للمحكوم عليه إن كان غيابياً أو بمثابة الجاهي. ٢. للنايب العام والمدعي العام أو من يقوم مقامهما استئناف القرار الذي تصدره محكمة البداية سواء أكان بالإدانة أم بالبراءة أم بعدم المسؤولية أم بوقف الملاحقة أم باسقاط الدعوى العامة في ميعاد ستين يوماً للنايب العام وثلاثين يوماً للمدعي العام، وتبدأ هذه المدة من تاريخ صدور القرار . ٣. ويرد الاستئناف شكلاً إذا قدم بعد هذا الميعاد " .  
٤. إذا استأنف المحكوم عليه الحكم الصادر ضده غيابياً أو بمثابة الجاهي، فلا يقبل استئنافه للحكم الصادر ضده ما لم يثبت أن غيابه كان لمعذرة مشروعة تقبلها المحكمة .

٥. إذا قررت محكمة الاستئناف قبول الاستئناف شكلاً فتتولى الفصل فيه موضوعاً، وفي حال تصديق الحكم فإن الطعن فيه للمرة الثانية لا يوقف التنفيذ . ٦. إن استئناف المحكوم والمسؤول بالمال لا يمكن أن يؤدي إلى تشديد العقوبة او زيادة التعويض ."

## المطلب الثاني

### الأحكام التي يتطلب المشرع لقبول الطعن بها تقديم المعذرة المشروعة والصادرة في الجرائم الجنائية

إن استعراض أحكام المواد (٢١٢-٢٥٤) من قانون محاكم أصول المحاكمات الجزائية يتضح أن الأحكام الجزائية الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الجنائية تصدر بإحدى الصور الثلاث التالية : وجاهياً ، بمنزلة الوجاهي، غيابياً، فما هو طريق الطعن بهذه الأحكام إذا لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم؟ وهل يختلف الأمر فيما إذا كان الحكم : وجاهياً أو بمنزلة الوجاهي أو غيابياً ؟ وفي أي نوع من الأحكام يتطلب المشرع تقديم المعذرة المشروعة لغايات قبول الطعن أو السماح بتقديم أو استكمال البينة الدفاعية ؟

إن الاجابة على التساؤلات السابقة يقتضي منا بحث كل نوع من هذه الأحكام والتعرف على موقف التشريع والقضاء منها .

#### أولاً : الأحكام الجنائية الوجيهة الصادرة عن محاكم البداية :

إن هذا الأصل في المحاكمة المثالية العادلة أن تتم بحضور المتهم جميع إجراءات المحاكمة التي تضمن حق الدفاع كحق كفه الدستور والقانون، من خلال سماع بينات ودفع ومرافعات والأقوال الختامية لكل من ممثلي النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي والمتهم والمسؤول بالمال وحضور جلسة النطق بالحكم ، الذي قد يصدر بالبراءة أو عدم المسؤولية أو وقف ملاحقة أو بالتجريم ، فيكون هذا الحكم وجاهياً بحق جميع الفرقاء وما يعنينا في هذا البحث هو الحكم بالتجريم ، فإذا لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم فمن حقه الطعن بهذا الحكم أمام محكمة الاستئناف أو محكمة التمييز باعتبار أن الأخيرة هي جهة طعن بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الخاصة مثل الجنايات الكبرى والشرطة وأمن الدولة والمحاكم العسكرية وفقاً للإجراءات والشروط والمدد التي نص عليها

القانون<sup>(١)</sup>، ومثل هذا النوع من الأحكام لا يبحث به مسألة المعذرة المشروعة لقبول الطعن لاستئناف الغاية منها بحضور المحكوم عليه إجراءات المحاكمات مع الإشارة إلى أن هنالك أحكاماً تستأنف بحكم القانون<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً : الأحكام الجنائية الغيابية والصادرة بمنزلة الوجاهي عن محاكم البداية: (٣)

يأخذ تغيب المتهم عن حضور جلسات المحاكمة وفقاً للتقسيم الذي تبناه المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية في المادتين ( ٢١٢ و ٢٥٤ ) إحدى الصور الثلاث التالية :

#### • المتهم الفار من وجه العدالة :

إن المتهم في هذه الحالة لم يلق القبض عليه ولم يودع للمحاكمة<sup>(٤)</sup>، حيث نص المشرع على أصول موجزة بمحاكمته الجنائية تعتبر محاكمته غيابياً قابلاً لإعادة المحاكمة إذا سلم المتهم الغائب نفسه أو قبض عليه قبل

(١) نصت المادة ١٣ من قانون محكمة الجنايات الكبرى رقم ١٩ لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته " أ . مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و(ج) من هذه المادة تكون قرارات المحكمة قابلة للطعن لدى محكمة التمييز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقييدها إذا كانت غيابية وذلك بالنسبة للنائب العام والمحكوم عليه والمسؤول بالمال والمدعي الشخصي . ب. لرئيس النيابة العامة الطعن في قرارات المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورهما . ج. الحكم بالإعدام أو بعقوبة جنائية لا تقل عن خمس سنوات تابع للتمييز ولو لم يطلب المحكوم عليه ذلك، ويترتب على النائب العام في هذه الحالة أن يرفع ملف القضية لمحكمة التمييز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم مع مطالعته عليه " ، ونصت المادة ٩ من قانون محكمة أمن الدولة رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته "

ب.١. مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من هذه المادة تكون أحكام محكمة أمن الدولة في الجنايات قابلة للطعن لدى محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقييدها إذا كانت وجاهية ومن تاريخ تبليغها إذا كانت غيابية وذلك بالنسبة للنائب العام والمحكوم عليه . ٢. تكون أحكام محكمة أمن الدولة في الجنايات قابلة للطعن لدى محكمة التمييز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إن كانت وجاهية وتاريخ تبليغها إن كانت غيابية أو بحكم الوجاهي وتسري هذه الأحكام على الأفعال المقررة بعد نفاذ أحكام هذا القانون . ج. الحكم بالإعدام أو بعقوبة جنائية لا تقل عن عشر سنوات تابع للتمييز ولو لم يطلب المحكوم عليه ذلك، ويترتب على النائب العام في هذه الحالة أن يرفع ملف القضية لمحكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً من صدور الحكم مع مطالعته عليه."

(٢) نصت المادة ٢٦٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " الحكم بالإعدام أو بعقوبة جنائية لمدة لا تقل عن خمس سنوات تابع للاستئناف ولو لم يطلب المحكوم عليه ذلك ."

(٣) نصت المادة ٢١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية " ٢- إذا لم يحضر المتهم الذي مثل أمام المدعي العام، والمتبلغ موعد المحاكمة، فالمحكمة أن تحاكمه غيابياً وإذا حضر إحدى الجلسات وتخلف بعد ذلك عن الحضور فتجري المحاكمة بحقه بمثابة الوجاهي ، ويكون الحكم في الحالة الأولى قابلاً للاعتراض وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد من (١٨٤) إلى (١٨٩) من هذا القانون وفي الحالة الثانية يكون الحكم قابلاً للاستئناف ضمن المواعيد المحددة لذلك. "

(٤) نصت المادة ٢٤١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " ١. إذا قرر النائب العام اتهام شخص لم يقبض عليه أو لم يسلم نفسه ، يصدر مع قرار الاتهام مذكرة أخذ و قبض تتضمن منح السلطة لكل فرد من سلطات الأمن إلقاء القبض عليه وتسليمه إلى النيابة .

٢. على المدعي العام بعد تسلمه أوراق الدعوى بما فيها قرار الاتهام ، أن ينظم لائحة الاتهام ، وقائمة بأسماء الشهود ويرسلها مع صورة عن قرار الاتهام ، لتبليغها إلى موطن المتهم الأخير ، وبعد التبليغ ، عليه أن يرسل الدعوى إلى المحكمة لمحاكمته .

٣. على الرئيس بعد تسلمه اضبارة الدعوى أن يصدر قراراً بإمهال المتهم مدة عشرة أيام لتسليم نفسه إلى السلطات القضائية خلال هذه المدة . ويذكر في القرار نوع الجناية . والأمر بالقبض عليه وإن كل من يعلم بمحل وجوده عليه أن يخبر عنه .

سقوط العقوبة المحكوم بها بالتقادم فيعتبر الحكم وسائر المعاملات الجارية اعتباراً من صدور مذكرة إلقاء القبض أو قرار الإمهال ملغاة حكماً بعد عرضه على المدعي العام وتعاد المحاكمة وفقاً للأصول العادية. (١)

- **المتهم الذي مثل أمام المدعي العام ولم يحضر جلسات المحاكمة :** ففي هذه الحالة تجرى محاكمته غيابياً .
- **المتهم الذي مثل أمام المدعي العام وأمام المحكمة ثم تغيب عن الحضور :** ففي هذه الحالة تجرى محاكمته بمنزلة الوجاهي .

إذاً حالات الغياب الثلاث عن المحاكمة الجنائية تكون لأسباب مختلفة، وبالتالي يصدر الحكم غيابياً قابلاً لإعادة المحاكمة أو غيابياً أو بمنزلة الوجاهي، وتكون المحكمة استمعت لبينة النيابة وأصدرت حكمها بالتجريم ولم تستمع لدفاع وبيانات المتهم التي لو حضر وأتيحت له الفرصة بالدفاع لتغير وجه الحكم بالدعوى ، وبالتالي فإن هذا الحكم الصادر غيابياً أو بمنزلة الوجاهي وفقاً للتفصيل أعلاه بين المشرع طريق الطعن لكل واحد منهما :  
**أولاً : الحكم الغيابي الصادر وفقاً للمادة ٢١٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية :**

يقبل هذا الحكم الطعن بالاعتراض أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم في حال لم يرتض المحكوم عليه بهذا الحكم ، وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغه الحكم الصادر بحقه وفقاً لأحكام المواد ١٨٤ و ١٨٩ من ذات القانون. (٢)

**ولكن السؤال المثار في هذا المقام ، هل يشترط القانون لغايات قبول الاعتراض أن يقدم المحكوم عليه معذرة مشروعة أو لا ؟ وإذا ما قرر المحكوم عليه تفويت مدة الطعن بالاعتراض فهل يحق للمحكوم عليه أن يتنازل عن حقه بالاعتراض ويقدم مباشرة طعناً بالاستئناف ؟ وإذا كان من حق المحكوم عليه أن يتنازل عن الاعتراض ويقدم مباشرة طعناً بالاستئناف هل يشترط أن يقدم معذرة مشروعة أو لا ؟**

باستعراض نصوص القانون الباحثة بهذه المسألة ، نجد المشرع لم يشترط في هذه الحالة التي حضر بها المحكوم عليه لدى المدعي العام وتغيب عن حضور جلسات المحاكمة ، وأجريت محاكمته غيابياً ، أن تقدم

٤ . إذا لم يسلم المتهم نفسه خلال هذه المدة يعتبر فاراً من وجه العدالة وتوضع أمواله واملاكه تحت إدارة الحكومة ما دام فاراً ويحرم من التصرف بها ويمنع من إقامة أي دعوى ، وكل تصرف قام به أو التزام تعهد به بعد ذلك يعتبر باطلاً " .

(١) نصت المادة ٢٥٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " إذا سلم المتهم الغائب نفسه إلى الحكومة أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة المحكوم بها بالتقادم فيعتبر الحكم وسائر المعاملات الجارية اعتباراً من صدور مذكرة إلقاء القبض أو قرار الإمهال ملغاة حكماً بعد عرضه على المدعي العام وتعاد المحاكمة وفقاً للأصول العادية " .

(٢) نصت المادة ١٨٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " للمحكوم عليه غيابياً أو بمثابة الوجاهي أن يعترض على الحكم في ميعاد عشرة أيام ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغه الحكم وذلك باستدعاء يرفعه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم " .

معذرة مشروعة لغايات قبول الاعتراض شكلاً ، وقد أحسن المشرع صنعاً إذ كفى المحكوم عليه عناء البحث وتقديم معذرة مشروعة، التي قد لاتقنع بها المحكمة وبالتالي رد الاعتراض وما يترتب عليه من تداعيات خطيرة على حقوق الدفاع .

أما من حيث أحقية المحكوم عليه بالتنازل عن الطعن بالاعتراض ، وتقديم طعن بالاستئناف بالأحكام الجنائية الصادرة عن محكمة البداية ، نجد أن المشرع جاء صريحاً من خلال نص المادة ٢/٢١٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي جعلت مثل هذا النوع قابلاً للاعتراض وليس للاستئناف ، وإن تقديم استئناف على الأحكام الجنائية الغيابية يجعلها مردودة شكلاً لكونها قابلة للاعتراض ، وحيث إن هذا النص قريب من نص المادة ١٥ من قانون محاكم الصلح الباحثة بالاعتراض ، يجعل من المشرع قد تبنى تراتبية طرق الطعن لغايات استكمال البيئة أمام محكمة الدرجة الأولى وهذا ما تبنته محكمة التمييز حيث تقول بأحد أحكامها :

" إن المستفاد من المادة (٢/٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وفق ما عدلت بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٦ أنه (إذا لم يحضر المتهم الذي مثل أمام المدعي العام والمتبلغ موعد المحاكمة للمحكمة أن تحاكمه غيابياً ويكون الحكم في هذه الحالة قابلاً للاعتراض)، وحيث إن المتهم الطاعن كان قد مثل أمام المدعي العام ولم يمثل أمام المحكمة رغم تبليغه فيكون القرار الصادر على هذا الوجه وفقاً للمادة (٢/٢١٢) المشار إليه أعلاه يكون قابلاً للاعتراض وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المواد ١٨٤-١٨٩ وعليه فإن القرار المميز يكون غير قابل للاستئناف وإنما قابلاً للاعتراض فقط".<sup>(١)</sup>

ثانياً : الحكم الصادر بمنزلة الوجاهي وفقاً للمادة ٢١٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية :

نجد إن المشرع نهج نهجاً مختلفاً فيما يتعلق بالأحكام الجنائية الصادرة بمنزلة الوجاهي ، على خلاف النهج الذي اتبعه فيما يتعلق بالأحكام الجزائية الصادرة عن محكمتي الصلح والبداية ، حيث جعل هذا الحكم قابلاً للاستئناف وليس للاعتراض ، وذلك وفقاً لنص المادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وأن يرفق بلائحة الاستئناف معذرة مشروعة<sup>(٢)</sup> وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز إذ تقول في أحد قراراتها :

" إذا مثل المميز ضده المتهم أمام المدعي العام ثم حضر بعض جلسات المحاكمة وتغيب بعد ذلك فإن الحكم الصادر بحقه يكون قابلاً للاستئناف وليس للاعتراض كما توصلت محكمة الاستئناف بقرارها المميز، وبالتالي فإن قرارها المطعون فيه يكون مستوجباً للنقض من هذه الناحية وإن ما ورد بالمادتين (١٨٤ و ١٨٩) من قانون أصول

(١) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠١٩/٣٨٤١ (هيئة خماسية)، تاريخ ٢٠٢٠/٢/١٧ ، منشورات مركز عدالة .

(٢) نصت المادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " ٤. إذا استأنف المحكوم عليه الحكم الصادر ضده غيابياً أو بمثابة الوجاهي، فلا يقبل استئنافه للحكم الصادر ضده ما لم يثبت أن غيابه كان لمعذرة مشروعة تقبلها المحكمة " .

المحاكمات الجزائية (المعدل) إنما يكون في القضايا الجنحية الصلحية وليس القضايا الجنائية التي يحكمها نص المادة (٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية".<sup>(١)</sup>

## المبحث الثاني

### الآثار المترتبة على المعذرة المشروعة

إن الأثر المترتب على المعذرة المشروعة، التي تبرر غياب المحكوم عليه عن جلسات المحاكمة وصدور الأحكام الجزائية بغيابه، وأثرها على الطعن المقدم له وجهان: الأول إيجابي وهو قبول الطعن شكلاً، والثاني سلبي هو رد الطعن شكلاً، مما يقتضي منا بحث الأثر الإيجابي لتوافر المعذرة المشروعة في مطلب أول، والأثر السلبي لعدم توافر المعذرة المشروعة في مطلب ثانٍ.

### المطلب الأول

#### الأثر الإيجابي لتوافر المعذرة المشروعة على الطعن

بعد استعراضنا في المبحث الأول للأحكام ونوعيتها التي يحتاج الطعن بها سواء بالاعتراض أو بالاستئناف لتقديم المعذرة المشروعة، والتي انحصرت بالأحكام الجزائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة الصلح في مرحلة الاعتراض والأحكام الجنحية الصادرة غيابياً أو بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية في مرحلة الاستئناف، والأحكام الجنائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية في مرحلة الاستئناف، والأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي بنتيجة المحاكمة الاعتراضية أمام محكمة البداية في مرحلة الاستئناف، لذا سنعرض لكل من هذه الأحكام تباعاً على النحو الآتي :

#### أولاً : الأحكام الجزائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة الصلح في مرحلة الاعتراض :

إن صدور حكم بمنزلة الجاهي بحق المشتكى عليه يقضي بإدانته بالجرم المسند إليه من قبل محكمة الصلح المختصة، قابلاً للاعتراض أمام ذات المحكمة إذا قدم خلال المدة القانونية شريطة أن يرفق المحكوم عليه مع لائحة الطعن المعذرة المشروعة لغيابه<sup>(٢)</sup> التي قد تكون المرض المثبت بتقرير طبي مصادق عليه حسب الأصول أو تكون المحاكمة مبكرة إذا أثبت حضوره للمحكمة بذات اليوم وعدم تمكنه من حضور الجلسة أو التوقيف أو أي

(١) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٠١٩/٥٦٤ (هيئة عادية)، تاريخ ٢٣/٤/٢٠١٩ منشورات مركز عدالة .

(٢) نصت المادة (١٥) من محاكم الصلح "د ١. إذا حضر المعارض على الحكم الصادر بمثابة الجاهي عند النظر في دعوى الاعتراض، فقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض شكلاً إذا ظهر لها أنه قدم ضمن المدة القانونية وقدم المعارض ما يثبت المعذرة المشروعة لغيابه ٢- على المعارض، الذي لم يسبق له تقديم بيناته الدفاعية، أن يقدم خلال مدة عشرة أيام من تاريخ قبول الاعتراض شكلاً، قائمة تتضمن البيانات الشخصية والخطية، ومفردات البيانات الخطية التي تحت يده، وقائمة بيناته الموجودة تحت يد الغير، تحت طائلة عدم قبول تلك البيانات. ٣. إذا سبق للمعارض أن قدم بيناته إلا أنه لم يستكمل إجراءات تقديمها قبل صدور الحكم المعارض عليه فتسمح له المحكمة باستكمالها".



سبب قاهر تقنع به المحكمة ، عندها تقرر المحكمة قبول الاعتراض شكلا والسير بإجراءات المحاكمة لسماع بينات الدفاع وفي هذه الحالة إذا لم يسبق للمعترض تقديم بيناته الدفاعية ، أن يقدم خلال مدة عشرة أيام من تاريخ قبول الاعتراض شكلا، قائمة تتضمن البينات الشخصية والخطية، ومفردات البينات الخطية التي تحت يده، وقائمة ببيناته الموجودة تحت يد الغير ، تحت طائلة عدم قبول تلك البينات، أما إذا سبق للمعترض أن قدم بيناته إلا أنه لم يستكمل إجراءات تقديمها قبل صدور الحكم المعترض عليه فتسمح له المحكمة باستكمالها وتصدر حكمها بالاعتراض موضوعاً من حيث قبوله وتعديل الحكم أو رد الاعتراض موضوعاً .

**ثانياً: الأحكام الجنحية الصادرة غيابياً أو بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية والأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي بنتيجة المحاكمة الاعتراضية الصادرة عن محكمة البداية في مرحلة الطعن بالاستئناف :**

إن صدور حكم غيابياً أو بمنزلة الجاهي بحق الظنين، يقضي بإدانته بالجرم المسند إليه من قبل محكمة البداية المختصة ويكون قابلاً للاعتراض أمام ذات المحكمة إذا قدم خلال المدة القانونية، إلا أنه يكون أيضاً قابلاً للطعن أمام محكمة الاستئناف المختصة ، كذلك الأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي الصادرة بنتيجة المحاكمة الاعتراضية، شريطة أن يرفق المحكوم عليه مع لائحة الطعن المعذرة المشروعة لغيابه<sup>(١)</sup> وفي حال توافرت شروط المعذرة المشروعة يتم قبول الاستئناف شكلاً ، وتتولى محكمة الاستئناف سماع البينات بالدعوى وتفصل بها موضوعاً.

**ثالثاً : الأحكام الجنائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية بصفقتها الجنائية والأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي بنتيجة المحاكمة الاعتراضية في مرحلة الطعن بالاستئناف :**

إن صدور حكم بمنزلة الجاهي بحق المتهم يقضي بتجريمه بالجرم المسند إليه من قبل محكمة البداية المختصة بصفقتها الجنائية أو الأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي الصادرة بنتيجة المحاكمة الاعتراضية، يكون قابلاً للطعن أمام محكمة الاستئناف المختصة شريطة أن يرفق المحكوم عليه مع لائحة الطعن المشروعة لغيابه<sup>(٢)</sup> وفي حال توافرت شروط المعذرة المشروعة يتم قبول الاستئناف شكلاً، وتتولى محكمة الاستئناف سماع البينات بالدعوى وتفصل بها موضوعاً.

ويلاحظ أن المشرع الأردني اشترط لغايات القبول الشكلي للطعون بالاعتراض على الأحكام الجزائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة الصلح، وللطعون بالاستئناف على الأحكام الصادرة عن محكمة البداية بصفقتها الجنحية والجنائية بالصفة الغيابية وبصفة بمنزلة الجاهي، وفقاً للتفصيل الذي بيناه سابقاً، أن يرفق بلائحة الطعن المقدمة

(١) نصت المادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " ٤ . إذا استأنف المحكوم عليه الحكم الصادر ضده غيابياً أو بمثابة الجاهي، فلا يقبل استئنافه للحكم الصادر ضده ما لم يثبت أن غيابه كان لمعذرة مشروعة تقبلها المحكمة ٥. إذا قررت محكمة الاستئناف قبول الاستئناف شكلاً فتتولى الفصل فيه موضوعاً، وفي حال تصديق الحكم فإن الطعن فيه للمرة الثانية لا يوقف التنفيذ ."

(٢) نصت المادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية " ٤ . إذا استأنف المحكوم عليه الحكم الصادر ضده غيابياً أو بمثابة الجاهي، فلا يقبل استئنافه للحكم الصادر ضده ما لم يثبت أن غيابه كان لمعذرة مشروعة تقبلها المحكمة ٥. إذا قررت محكمة الاستئناف قبول الاستئناف شكلاً فتتولى الفصل فيه موضوعاً، وفي حال تصديق الحكم فإن الطعن فيه للمرة الثانية لا يوقف التنفيذ ."

من المحكوم عليه ما يثبت المعذرة المشروعة لغايات قبول الطعن شكلاً ، ونرى في ذلك تشدداً غير مبرر من المشرع سيما أننا أمام جرائم لها عقوبة مغلظة، ونرى أن يتبنى المشرع موقفاً أكثر مرونة وأكثر عدالة أسوة بالمشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية نص المادة ١٨٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية الذي جعل المعذرة المشروعة شرطاً للسماح بتقديم البيانات الدفاعية وليس شرطاً لغايات قبول الاستئناف شكلاً من عدمه.<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني

### الأثر السلبي لعدم توافر المعذرة المشروعة على الطعن

قد يتم الطعن اعتراضاً على الأحكام الجزائية الصادرة بمنزلة الوجاهي عن محكمة الصلح وتقدم المعذرة المشروعة ولا تقتنع بها محكمة الموضوع، وقد يتم الطعن على الأحكام الجنحية الصادرة غيابياً أو بمنزلة الوجاهي عن محكمة البداية والأحكام الجنائية الصادرة بمنزلة الوجاهي عن محكمة البداية والأحكام الغيابية أو بمنزلة الوجاهي بنتيجة المحاكمة الاعتراضية وترفق المعذرة المشروعة إلا أن المحكمة المعترض إليها أو محكمة الاستئناف لا تقبل بتلك المعذرة وبالتالي يتم رد الطعن شكلاً، فما هو الإجراء القانوني لتلافي ذلك الأمر، سيما إذا كانت المعذرة التي يتمسك بها الطاعن جدية، لذا لا بد من بحث الأثر السلبي لعدم توافر المعذرة المشروعة .

**أولاً : الطعن اعتراضاً على الأحكام الجزائية الصادرة بمنزلة الوجاهي عن محكمة الصلح وتقدم المعذرة المشروعة ولا تقتنع بها محكمة الموضوع وترد الاعتراض شكلاً :**

جعل المشرع من الحكم الصادر عن محكمة الصلح برد الاعتراض شكلاً ومن ضمن ذلك عدم قبول المعذرة المشروعة حكماً قابلاً للطعن أمام محكمة البداية بصفتها الاستئنافية،<sup>(٢)</sup> ويتعين على محكمة البداية بصفتها الاستئنافية إذا كان الاستئناف مقدماً خلال المدة القانونية أن تبحث بأسباب الاستئناف موضوعاً، وأنه لا يشترط لقبول الاستئناف شكلاً أن يرفق المستأنف معذرة مشروعة ، وإن نص المادة ٥/١٥ و ١٦ من قانون محاكم الصلح هو نص خاص<sup>(٣)</sup> واشترطت المعذرة المشروعة لغايات الاعتراض فقط ، ولا مجال للتمسك بالنص العام الوارد بالمادة ٤/٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي توجب تقديم المعذرة المشروعة ، وهذا ما استقر عليه

(١) نصت ١٨٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية " ج. إذا كان الحكم المستأنف بمثابة الوجاهي وأثبت الفريق المعني أن غيابه أمام محكمة الدرجة الأولى كان لعذر مشروع، ففي هذه الحالة تطبق أحكام المادة (٥٩) من هذا القانون بالنسبة للائحة الجوابية ولائحة الرد ومرافقتها على أن يبدأ احتساب الميعاد من تاريخ صدور القرار بقبول المعذرة المشروعة، وقبل شروع المستأنف في تقديم بياناته الدفاعية تسمح المحكمة المستأنف إليها للمستأنف عليه باستكمال تقديم أي بيانات كان قد أرفقها بلائحة دعواه عند إقامتها ."

(٢) نصت المادة ١٥ من قانون محاكم الصلح " ه. يكون الحكم الصادر بنتيجة الاعتراض قابلاً للاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره، وإذا كان الحكم قد قضى برد الاعتراض شكلاً فيعتبر استئنافه شاملاً للحكم المعترض عليه ."

(٣) نصت المادة ١٦ من قانون محاكم الصلح " إذا استأنف المحكوم عليه الحكم الصادر بحقه وجاهياً أو بنتيجة الاعتراض، وقررت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية قبول الاستئناف شكلاً فتتولى الفصل فيه موضوعاً من دون إعادته إلى محكمة الصلح."

الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز بالنسبة للاستئناف المقدم على الحكم الصادر بالمحاكمة الاعتراضية بالرد شكلاً لأسباب من ضمنها عدم قبول المعذرة المشروعة، الذي لا يتطلب أن يرفق بالاستئناف المعذرة المشروعة لغايات القبول الشكلي حيث جاء بأحد قراراتها:

" لما كان قانون محاكم الصلح هو قانون خاص ينظم إجراءات المحاكمة أمام قاضي الصلح وطرق الطعن في الأحكام الصلحية والإجراءات المتبعة في ذلك ونصوصه واجبة التطبيق على القضايا الصلحية ولا يجوز الرجوع إلى أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية إلا إذا لم يرد نص فيه حول مسألة معينة وفقاً لأحكام المادة (١٩) منه، وحيث إن المعذرة المشروعة التي تبرر الغياب لقبول الطعن شكلاً في القضايا الصلحية بموجب المادتين (١٥ و ١٦) من قانون محاكم الصلح لم يتم اشتراطها إلا في حالة الاعتراض على الحكم الصادر بمنزلة الجاهي في القضايا الجزائية أمام المحكمة المعترض لديها حسبما ورد في الفقرة (د/١) من المادة (١٥) المشار إليها، أما المادة (١٦) من القانون ذاته فلم تشترط تقديم معذرة مشروعة مع الاستئناف وبذلك فإن هذه المادة هي واجبة التطبيق ولا يجوز تطبيق المادة (٤/٢٦١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على هذا الاستئناف لأن النصوص المنظمة لهذه المسألة موجودة في قانون محاكم الصلح وهي واجبة التطبيق (١) ."

ثانياً : الطعن على الأحكام الجنحية الصادرة غيابياً أو بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية أو في مرحلة الاعتراض بذات الصفة والأحكام الجنائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية والأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي بنتيجة المحاكمة الاعتراضية وترفق المعذرة المشروعة إلا أن محكمة الاستئناف لا تقبل بتلك المعذرة وتقرر رد الاستئناف شكلاً :

جعل المشرع من الأحكام الجنحية الصادرة غيابياً أو بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية أوفي مرحلة الاعتراض بذات الصفة قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف شريطة إرفاق المعذرة المشروعة، وفي حال عدم تقديمها أو عدم القناعة بها يتقرر رد الاستئناف شكلاً، ويكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن إلا بإذن من رئيس النيابة العامة أو طلب من وزير العدل وفقاً للمادة ٢٩١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وما بعدها.

أما الأحكام الجنائية الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية والأحكام الغيابية أو بمنزلة الجاهي بنتيجة المحاكمة الاعتراضية بالدعوى الجنائية الصادر بها حكم غيابي سابقاً وفي حال عدم قبول المعذرة المشروعة وصدر حكم برد الاستئناف شكلاً فإن هذا الحكم قابل للتمييز التي تراقب مدى توافر شروط المعذرة المشروعة، وإذا رأت توافرها تقرر نقض الحكم المميز لغايات قبول الاستئناف شكلاً وسماع البيانات للمميز.

(١) حكم محكمة التمييز / جزائي رقم ٢٥٦٢/٢٠٢٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٦/١٠/٢٠٢٠، منشورات مركز عدالة .

**الخاتمة:**

تناولت هذه الدراسة تسليط الضوء على المعذرة المشروعة ، كشرط لقبول الطعن بالأحكام الجزائية بقانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح، من خلال بيان ماهية المعذرة المشروعة، وتعريفها، وخصائصها، وضوابطها القضائية، والأحكام التي تطلب المشرع تقديم معذرة لقبول الطعن بها، والآثار الإيجابية والسلبية المترتبة على تقديم المعذرة المشروعة والإشكاليات العملية حولها وخلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات نجملها على النحو الآتي:

**أولاً : النتائج:**

- عرف المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح المعذرة المشروعة، لغايات قبول الطعن شكلاً بنوع معين من الأحكام الجزائية التي يتغيب بها المحكوم عليه عن الحضور أمام المحكمة، لأسباب جدية تحول بينه وبين ممارسة حق الدفاع ، وهي **الأحكام الصلحية الجزائية "المخالفات والجنگ"** الصادرة بمنزلة الوجاهي في مرحلة الطعن بالاعتراض فقط ، و**الأحكام البدائية الصادرة بالجنگ** غيابياً وبمنزلة الوجاهي وبنتيجة الاعتراض بالأحكام الجنحية الصادر غيابياً وبمنزلة الوجاهي في مرحلة الطعن بالاستئناف ، وفي **الأحكام الصادرة بالجنايات** سواء الصادرة بمنزلة الوجاهي أو غيابياً أو بمنزلة الوجاهي بنتيجة الاعتراض على الأحكام الجنائية في مرحلة الطعن بالاستئناف.
- لم يشترط المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح ، تقديم المعذرة المشروعة في الحالات التي يصدر بها الأحكام الغيابية ، التي لم يحضر بها المحكوم عليه أي جلسة من جلسات المحاكمة ، لغايات قبول الاعتراض شكلاً، وقد أحسن المشرع صنعاً إذ كفى المحكوم عليه عناء البحث وتقديم معذرة مشروعة، والتي قد لا تقنع بها المحكمة، وبالتالي رد الاعتراض ، وما يترتب عليه من تداعيات خطيرة على حقوق الدفاع ، حيث انتصر المشرع لحق الدفاع تكريساً للمبدأ الدستوري والفقهية بعدم جواز إدانة شخص دون سماع القضاء لدفاعه ، ذلك فإن الحكم الغيابي يكون حكماً ضعيفاً ، ويحتمل أن يكون غير صحيح لأنه يعتمد على أدلة النيابة دون إعطاء فرصة لسماع أقوال المشتكى عليه أو الظنين أو المتهم وتقديم بيناته ودفعه.
- عرف المشرع الأردني في قانون محاكم الصلح المعذرة المشروعة لغايات القبول الشكلي للاعتراض في الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح بمنزلة الوجاهي ولم يميز بين المشتكى عليه الذي حضر جلسة واحدة وتغيب أو أكثر من عدة جلسات ولم يستكمل بينته الدفاعية وبين المشتكى عليه الذي يمثل أمام المحكمة بجميع مراحل المحاكمة ، وقدم بيناته ودفعه ومرافعته ، وبجلسة النطق بالحكم تغيب عن الحضور ، إلا أننا نرى أن المنطق القانوني السليم والغاية التي توخاها المشرع من تقديم المعذرة المشروعة،

هو إتاحة الفرصة للمشتكى عليه للدفاع عن نفسه وتقديم بيناته ودفوعه وأقواله النهائية ، وقد تحققت، وبالتالي فإن إلزام المحكوم عليه باللجوء للطعن بالاعتراض في مثل هذا الفرض هو فتح باب المماطلة والتسوية من المحكوم عليه وفيه إطالة أمد النزاع وهو مالم يقصده المشرع .

- ميز المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح دون مبرر فيما يتعلق بالمعذرة المشروعة كشرط لقبول الاعتراض بين الأحكام الجزائية الصادرة عن محكمة الصلح بمنزلة الجاهي وبين الأحكام الجزائية بالجنح الصادرة عن محكمة البداية بصفة بمنزلة الجاهي، حيث اشترط المعذرة المشروعة بالأحكام الجزائية الصلحية الصادرة بمنزلة الجاهي، ولم يشترط تقديم معذرة مشروعة لغايات قبول الاعتراض شكلاً للأحكام الصادرة بمنزلة الجاهي عن محكمة البداية بصفتها الجنحية كما ميز بين الأثر المترتب على قبول الاعتراض شكلاً، مع أن وحدة العلة توجب وحدة الحكم .

- عرف المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون محاكم الصلح مبدأ التراتبية بطرق الطعن "الاعتراض أولاً ثم الاستئناف" على الأحكام الجزائية الغيابية وبمنزلة الجاهي وذلك في الأحكام الجزائية الصادرة عن محاكم الصلح بهذه الصفة، وفي الأحكام الجنائية الغيابية الصادرة عن محكمة البداية، أما الأحكام الجزائية الجنحية الصادرة عن محكمة البداية، فإن المشرع بقانون أصول المحاكمات الجزائية لم ينص صراحة على المنع وتراتبية الطعن، ووفقاً لقاعدة إذا أراد المشرع صرح وإذا سكت أبي، فإن من حق المحكوم عليه بالجنح البدائية أن يكون له الخيار بين الاعتراض أو الاستئناف.

- إن المشرع الأردني اشترط لغايات القبول الشكلي للطعون بالاعتراض على الأحكام الجزائية الصادرة عن محكمة الصلح بمنزلة الجاهي ، والطعون بالاستئناف على الأحكام الصادرة عن محكمة البداية بصفتها الجنحية والجنائية بالصفة الغيابية وبصفة بمنزلة الجاهي ، أن يرفق بلائحة الطعن المقدمة من المحكوم عليه ما يثبت المعذرة المشروعة لغايات قبول الطعن شكلاً وليس لغايات السماح بتقديم البينة الدفاعية على خلاف النهج الذي تبناه المشرع المدني في المادة ١٨٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية الذي جعل المعذرة المشروعة شرطاً للسماح بتقديم البينات الدفاعية وليس شرطاً لغايات قبول الاستئناف شكلاً من عدمه.

**ثانيا : التوصيات :**

- أن يتبنى المشرع في قانون محاكم الصلح تمييزا بين نوعين من الأحكام، الأحكام التي حضر المشتكى عليه جلسة واحدة وتغيب أو أكثر من عدة جلسات ولم يستكمل بينته الدفاعية وبين الأحكام التي يمثل المشتكى عليه أمام المحكمة بجميع مراحل المحاكمة، ويقدم بيناته ودفوعة ومرافعته ، وبجلسة النطق بالحكم تغيب عن الحضور ، ويجعل من النوع الأول من الأحكام الجزائية قابلة للاعتراض مع المعذرة المشروعة، أما النوع الثاني نتمنى على مشرعنا أن يعدل النص التشريعي ليعالج هذه الحالة الأخيرة ويدخلها ضمن الحالات الوجيهة الاعتبارية للأحكام وأن تكون قابلة للاستئناف وليس للاعتراض ودون معذرة مشروعة.
- نتمنى على المشرع الأردني أن يوحد مسألة المعذرة المشروعة، حول الأحكام الجزائية الغيابية وبمنزلة الجاهي الصادرة عن محكمة الصلح والأحكام الجنحية الصادرة عن محكمة البداية، بأن يكون الاعتراض على الحكم الغيابي يقدم دون معذرة مشروعة والحكم الصادر بمنزلة الجاهي يقدم بمعذرة مشروعة، إذ لا عبرة للتمييز بين الأحكام الجزائية الصلحية والأحكام الجنحية البدائية ، كذلك توحيد الأثر المترتب على قبول الاعتراض شكلاً، حيث إنه بالأحكام الصلحية يبقى الحكم قائماً والأحكام البدائية يعتبر كأن لم يكن، سيما بعد أن جعل المشرع جميع الجرح من اختصاص محكمة الصلح صاحبة الولاية العامة إلا ما أستثنى منها بنص خاص .
- نتمنى على المشرع الأردني أن يتبنى نظرية واحدة ونصوص قانونية متجانسة وعلى نسق واحد يوحد من خلالها مسألة التراتبية في الطعون، التي تقدم على الأحكام الجزائية الغيابية وبمنزلة الجاهي الصادرة عن محكمة الصلح والأحكام الجنحية الصادرة عن محكمة البداية الغيابية وبمنزلة الجاهي والأحكام الجنائية الصادرة غيابياً .
- أن يتبنى المشرع فكرة المعذرة المشروعة، لغايات السماح للمحكوم عليه بتقديم البينة الدفاعية، وليس لغايات القبول الشكلي للطعن، وأن يتبنى المشرع موقفاً أكثر مرونة وأكثر عدالة أسوة بالمشرع المدني حيث نصت المادة ١٨٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية على المعذرة المشروعة وجعلها شرطاً للسماح بتقديم البينات الدفاعية بمرحلة الاستئناف وليس شرطاً لغايات قبول الاستئناف من عدمه.

## المراجع والمصادر:

### أولاً : المعاجم:

١. لسان العرب، لابن منظور، بيروت لبنان، ١٩٩٩.
٢. مختار الصحاح، دار المعرفة بيروت لبنان ٢٠١٠.

### ثانياً: المراجع القانونية والفقهية :

- د. حسني: محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط٣، ١٩٩٥.
- د.حومد: عبدالوهاب، أصول المحاكمات الجزائية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧.
- د.عبد الستار: فوزية، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- د. نجم، محمد صبحي، الوجيز في قانون المحاكمات الجزائية الأردني، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩١.

### ثالثاً : الدوريات ومجموعات الأحكام :

- د.العدوان: ثائر سعود، الطعن في الأحكام الجزائية وفقا للقانون المعدل لقانون محاكم الصلح رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤١، العدد ٢ لسنة ٢٠١٤.
- برنامج قسطاس للأحكام القضائية والتشريعات.
- برنامج عدالة للأحكام والتشريعات.
- برنامج قرارك للأحكام والتشريعات
- أحكام محكمة التمييز والاستئناف.

### رابعاً : الدساتير والقوانين:

- الدستور الأردني ١٩٥٢ وتعديلاته .
- قانون أصول المحاكمات المدنية قم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وتعديلاته وآخر تعديل رقم ٣١ لسنة ٢٠١٧.
- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١ وتعديلاته وآخر تعديل رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٧.
- قانون محاكم الصلح رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٧.
- قانون محكمة الجنايات الكبرى رقم ١٩ لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته.
- قانون المطبوعات والنشر رقم ٨ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته.
- قانون الدفاع رقم ١٣ لسنة ١٩٩٢.
- قانون محكمة أمن الدولة رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وتعديلاته.



## رقابة المحكمة الدستورية على القوانين الأساسية

### "دراسة تحليلية وصفية مقارنة بين دولة فلسطين ومصر"

## Analytical and Descriptive Comparative Study between the State of Palestine and Egypt

محمود ياسين النمروطي\* ، عبد الرحمن أحمد أبو بنات\*

### الملخص

يعد مبدأ الرقابة على القوانين الأساسية من أهم المبادئ التي لا بد من إيلاء الاهتمام بها لإحداث التلاؤم بين كل من أحكام الدستور والقوانين العضوية وصولاً إلى مبدأ المشروعية الدستورية، لذلك طرحت الدراسة إشكالية رئيسية تمثلت في مدى سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على القوانين الأساسية؛ وإجابةً على هذا التساؤل تم الاستناد إلى المنهج الوصفي التحليلي، وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: اختلاف القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية من دستور مرن إلى دستور جامد، إذ تتمتع بمرتبة التشريع العادي في الدول ذات الدساتير المرنة نظراً لتشابه إجراءات تعديلها مع التشريعات العادية، وتتمتع بقيمة أعلى من التشريع العادي في الدول ذات الدساتير الجامدة لأنها محاطة بإجراءات خاصة لتعلقها بمسائل ذات طبيعة دستورية، كما خلصت الدراسة إلى مجموعة توصيات كان أبرزها: إحاطة القوانين والأنظمة الأساسية بمزيد من الضمانات والإجراءات لتعلقها بمسائل ذات طبيعة دستورية، التي من شأنها أن تؤثر على الواقع السياسي في الدولة، والسير على نهج المشرع الدستوري المصري ١٩٧١ وذلك وفق المادة (١٩٥) منه.

**الكلمات الدالة:** الدستور، القوانين الأساسية، المشروعية الدستورية، المخالفة الدستورية.

### Abstract

The principle of oversight of basic laws is considered one of the most important principles that must be paid attention to in order to bring about compatibility between each of the provisions of the constitution and basic laws to reach the principle of constitutional legality. Therefore, the study raised a major problem represented in the extent of the constitutional court's authority to monitor basic laws. In answer to this question, the descriptive-analytical approach was based, and the study concluded a set of results, the most important of which are: The difference in the legal value of laws and basic regulations from a flexible constitution to a rigid constitution. It has a higher value than ordinary legislation in countries with rigid constitutions because it has surrounded them with special procedures as they relate to issues of a constitutional nature. The Study has also concluded a set of recommendations, the most prominent of which are: providing laws and basic regulations with more guarantees and procedures because they are related to issues of a constitutional nature that would affect the political reality in the state, and to follow the approach of the Egyptian constitutional legislator 1971, in accordance with Article (195) thereof.

**Keywords:** Constitution, Basic Laws, Constitutional Legitimacy, Constitutional Violation

\* قسم القانون العام، جامعة الأزهر، غزة/ فلسطين. تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٨/٥ وتاريخ قبوله ٢٠٢١/١٠/١٠

## المقدمة

أثار موضوع الرقابة على دستورية القوانين في مجال القانون العام جدلاً، ولم يثر موضوع في فقه القانون الدستوري جدالاً بقدر ما أثاره موضوع الرقابة على دستورية القوانين، ولذلك تتفاوت حوله الرؤى، فتتسع أحياناً وتضيق أحياناً، وهناك النظام المنكر له وهناك النظام المقر له، وإن اختلفت الآليات والتفاصيل والأسباب والآثار وصيغة الأحكام.

ونكاد نتفق على أن الرقابة على دستورية القوانين الوسيلة الرئيسية في حماية الدستور، وما يكفله من حقوق وحرّيات ومبادئ ناظمة للسلطات العامة، فهي في جوهرها تعد ضماناً لعدم مخالفة أحكام الدستور عند مباشرة الوظيفة التشريعية سواء من قبل البرلمان (عبر القوانين) أو من قبل السلطة التنفيذية (عبر اللوائح)، فإذا ما صدرت قوانين من شأنها أن تخالف القواعد الدستورية فإنها تكون فاقدة لمبدأ المشروعية الدستورية، وحفاظاً عليها لا بد أن تُفرض رقابة دستورية تعدّ ضابطاً مهماً وأمراً لا يمكن تجاوزه لكبح جماح السلطات التي تمتلك سلطة إصدار القوانين، إذا ما حاولت أن تتعدى على موضوعات القانون الدستوري، وذلك من أجل الحفاظ على مبدأ سمو الدستور من الناحية الشكلية و الموضوعية.

وكما أن سن القوانين الأساسية أحد المهام التي يقوم بها البرلمان بتفويض المشرع الدستوري كان لا بد من فرض الرقابة عليها لتعلقها بمسائل ذات طبيعة دستورية إذا ما شاب هذه القوانين أحد أوجه المخالفة الدستورية.

### أهمية الدراسة:

يكتسب البحث أهميته من كونه يعالج القوانين الأساسية، حيث إنها تعد إحدى التشريعات المتعلقة بمسائل ذات طبيعة دستورية، كالحقوق والحرّيات ونظام الحكم وسلطات الدولة ومؤسساتها، وإن الالتزام الدستوري عند سن هذه التشريعات من شأنه أن يحافظ على الحقوق والحرّيات وصونها وكذلك يؤثر تأثيراً إيجابياً في الحفاظ على ديمقراطية نظام الحكم، وإن عدم الالتزام بأحكام الدستور عند سن القوانين الأساسية يوجب بفرض رقابة دستورية إذا ما تحققت أحد أوجه المخالفة الدستورية في هذه القوانين.

### أهداف الدراسة:

يتمثل هدف الدراسة من خلال إحداث التلاؤم بين كل من أحكام الدستور والتشريعات التي يصدرها البرلمان، والتي تعدّ القوانين الأساسية إحداها، وذلك وصولاً لمبدأ المشروعية الدستورية.

### منهجية البحث:

تم الاستناد في هذا البحث على كل من المنهج الوصفي في وصف النصوص القانونية، وعلى المنهج التحليلي في تحليل وشرح وانتقاد النصوص القانونية، وعلى المنهج المقارن بين كل من دولة فلسطين ومصر.

## مشكلة الدراسة:

تتمحور إشكالية الدراسة الرئيسية حول:

### مدى سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على القوانين الأساسية؟

يتفرع عن هذا السؤال الرئيس عدة أسئلة فرعية منها:

- ١- ماهية القوانين الأساسية وتعريفها؟
- ٢- أنواع القوانين والأنظمة الأساسية استناداً لكيفية إصدارها؟
- ٣- أنواع القوانين والأنظمة الأساسية استناداً إلى إجراءات إصدارها؟
- ٤- ما هي القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية؟
- ٥- ماهية الرقابة الدستورية وتعريفها؟
- ٦- ما هي أوجه المخالفة الدستورية عند إصدار القوانين الأساسية؟

## تقسيم الدراسة:

### المبحث الأول: ماهية القوانين الأساسية

### المبحث الثاني: الرقابة الدستورية على القوانين الأساسية

## المبحث الأول

### ماهية القوانين الأساسية

## تمهيد وتقسيم:

تعد القوانين والأنظمة الأساسية وفقاً للمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري مصدراً من المصادر التشريعية للقواعد الدستورية، وذلك كون المصادر التشريعية للقانون الدستوري لا تقتصر حسب المعيار الموضوعي على الوثيقة الدستورية بل تشمل أيضاً القوانين والتشريعات التي تصدر من المشرع العادي لتنظم موضوعات ذات طبيعة دستورية<sup>(١)</sup>، ويقصد هنا في المعيار الموضوعي هو ذلك المعيار الذي يعتبر أي قاعدة دستورية طالما اتصلت بموضوع ينظمها القانون الدستوري حتى لو لم ترد هذه القاعدة ضمن الوثيقة الدستورية التي أنشأتها السلطة التأسيسية المختصة، وهذا على عكس المعيار الشكلي الذي يشترط لاعتبار أن القاعدة دستورية ورودها ضمن

(١) زين الدين، محمد، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط١، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ص ٩٧-٨٠.

الوثيقة الدستورية حتى لو لم تكن موضوعاتها ذات طبيعة دستورية، وبناءً على ذلك، وليبيان ماهية القوانين الأساسية سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم القوانين الأساسية.

المطلب الثاني: إصدار القوانين الأساسية

المطلب الثالث: القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية.

## المطلب الأول

### مفهوم القوانين الأساسية

يمكن تعريف القوانين الأساسية بأنها " مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر عن المشرع العادي - السلطة التشريعية - لتنظم مسائل أو موضوعات دستورية بطبيعتها أو في جوهرها "(<sup>١</sup>).

ويتضح من هذا التعريف أن القوانين الأساسية هي قوانين صادرة من السلطة التشريعية ولكنها تُنظم موضوعات ذات طبيعة دستورية(<sup>٢</sup>)، وبعد الاطلاع على هذا التعريف نرى أن القوانين الأساسية هي قواعد دستورية وفقاً للمعيار الموضوعي على نقيض المعيار الشكلي الذي يشترط عند تعريفه للقواعد الدستورية صدورها ضمن وثيقة دستورية ومن قبل سلطة مختصة، أي أنه يقصد بذلك السلطة التأسيسية الأصلية(<sup>٣</sup>)، حيث إن المعيار الموضوعي يستند في جوهره إلى طبيعة القاعدة القانونية إذا كانت هذه القاعدة تتعلق بأحد موضوعات القانون الدستوري مثل مسائل الحقوق والحريات ونظام الحكم وسلطات الدولة ومؤسساتها بغض النظر عن ورودها ضمن وثيقة دستورية مكتوبة، كما أن المسائل الدستورية الواردة في العرف أيضاً تعدّ من قبيل ذلك المعيار، ويرى الفقيه محمد عبدالعال السناري أن المعيار الموضوعي عند تعريف القانون الدستوري يتميز بأمرين أولهما: العمومية وصلاحيته للتطبيق بالنسبة لجميع الدول إذ إنه لا يربط القانون الدستوري بدستور دولة معينة ولا يقتصر على ظروفها الخاصة، ثانيهما: أنه بموجب المعيار الموضوعي يكون لكل دولة قانون دستوري، إذ إن لكل منها مجموعة من القواعد لتنظيم السلطة السياسية بصرف النظر عن نوع هذه السلطة وما إذا كانت تدخل في النظام النيابي الحر أو غيره من النظم

(١) جاد نصار، جابر، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٦٥.

(٢) أي مسألة يحيلها المشرع الدستوري وينظمها البرلمان وتتعلق بنظام الحكم أو عمل السلطات الثلاثة "التشريعية والتنفيذية والقضائية أو الحقوق والحريات فإن هذه المسائل والقوانين هي قوانين أساسية لاحتوائها على موضوعات ذات طبيعة دستورية فعلى سبيل المثال قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ هو قانون أساسي.

(٣) من الأمثلة على القوانين الأساسية بناء على إحالة من الوثيقة الدستورية في العديد من الموضوعات المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة، ما قامت به المادة (١١٥) من الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٨٤٨ بإحالة الاختصاص بإصدار القوانين الأساسية في بعض المسائل ذات الطبيعة الدستورية إلى الجمعية الوطنية الفرنسية، راجع عبد الله، عبد الغني بسيوني، القانون الدستوري - الدستور اللبناني، دون طبعة، دار الجامعية، مصر، ١٩٨٧، ص ٤٨.

السياسية الأخرى<sup>(١)</sup>، أما أصحاب المعيار الشكلي فيرون أن المعنى الشكلي للقانون الدستوري ينصرف إلى الوثيقة الدستورية ذاتها لا يعدوها، ومفهوم الدستور وفقاً لهذا المعنى هو عبارة عن القواعد القانونية الواردة في الوثيقة التي تحوي النصوص الدستورية، وكل قاعدة لا تضمها هذه الوثيقة لا تعد قاعدة دستورية، كذلك فإن كل قاعدة يتضمنها نص من نصوص هذه الوثيقة يعد قاعدة دستورية<sup>(٢)</sup>.

ونرى أن بعض التشريعات الدستورية تطلق على هذا النوع من القوانين الأساسية بالتشريعات أو القوانين المكملة للدستور كما هو الحال في التشريع المصري أو القوانين العضوية كما هو الحال في باقي التشريعات.

ونرى هنا أنه قد تسنى للمحكمة الدستورية العليا في مصر أن تحدد المقصود بالقوانين المكملة للدستور فقضت بأنه رغم إيراد الدستور لهذه العبارة، إلا أنه لم يقترن بما يعين على إيضاح معناها بما لا خفاء فيه، فحق على هذه المحكمة أن تبين المقصود منها قطعاً لكل جدل حولها، خاصة أنه لا مقابل لها في الدساتير المصرية السابقة على الدستور القائم، وليس ثمة أعمال تحضيرية يمكن الارتكان إليها في تجلية معناها<sup>(٣)</sup>، وعليه استقر قضاء هذه المحكمة، على أن ثمة شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكماً للدستور: أولهما أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي يبينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم قد بلغ في تقديره درجة من الأهمية والنقل التي لا يجوز معها أن يعهد إلى أداة أدنى، وثانيهما أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أي وثيقة دستورية<sup>(٤)</sup>.

ومؤدى هذا القضاء أن القوانين المكملة للدستور، يشترط فيها أن يكون موضوعها من الموضوعات المحتجزة دستورياً للقانون بصفة مبدئية، دون أن يعني ذلك أن كل هذه الموضوعات المحتجزة من القوانين المكملة للدستور، إذ يلزم كذلك أن تكون من الموضوعات الدستورية بطبيعتها، أي تتصل بالنظام السياسي للدولة، إما بصدد تنظيم السلطة ونظام الحكم فيها، أو تتعلق بالحقوق والحريات العامة للأفراد أو المقومات الأساسية للمجتمع<sup>(٥)</sup>.

(١) السنارى، محمد، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دون طبعة، دون دار نشر، دون تاريخ نشر، ص ٤٣.

(٢) الجمل، يحيى، رسلان أنور، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٩، وفي هذا الشأن راجع أيضاً شياح، إبراهيم، القانون الدستوري، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٥.

(٣) جمال الدين، سامي، القضاء الإداري "الرقابة على أعمال الإدارة" دراسة مقارنة، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٣.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٣ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية"، أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس (المجلد الثاني) من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، ص ٢٦٠، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

(٥) حسبو، عمرو أحمد، القوانين الأساسية المكملة للدستور، دون طبعة ومكان نشر، ٢٠٠٠، ص ١٧٧.

إن ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر استند استناداً أساسياً إلى المعيار الموضوعي، وبالتالي لم يكتفِ بالمعيار الشكلي<sup>(١)</sup>، أي مجرد النص أو الإحالة على القانون في الدستور، بل يجب أن يتضمن القانون الذي يحيل إليه الدستور موضوعات ذات طبيعة دستورية معينة<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### إصدار القوانين الأساسية

تتميز القوانين والأنظمة الأساسية المتعلقة بطبيعة دستورية باختلافها وتنوعها في الدول، سواء من حيث كيفية الإصدار أو من حيث الإجراءات التي يتبعها المشرع العادي عند إصداره القوانين والأنظمة الأساسية.

أولاً: تقسيم القوانين والأنظمة الأساسية استناداً لكيفية إصدارها:

إن المشرع الدستوري في الوثيقة الدستورية قد ينص على مادة معينة يحيل تنظيمها وشرحها إلى المشرع العادي، وقد يقوم المشرع العادي دون تفويض المشرع الدستوري بإصدار تشريعات ذات طبيعة دستورية قد تشمل نظام الحكم أو الحقوق والحريات أو تتعلق بإحدى سلطات الدولة ومؤسساتها.

١- القوانين والأنظمة الأساسية التي تصدر بناء على نص في الدستور:

إن غالبية القوانين والأنظمة الأساسية في مختلف الدول تصدر بناءً على تكليف من قبل المشرع الدستوري، من خلال النص في الدستور على قيام المشرع العادي بإصدار هذه الأنظمة والقوانين لتنظيم مسائل وموضوعات معينة تتعلق بالسلطات العامة في الدولة ونظام الحكم فيها، خاصة إحالة المشرع الدستوري للمشرع العادي إصدار القوانين والأنظمة الأساسية التي تنظم تكوين بعض السلطات واختصاصاتها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات<sup>(٣)</sup>، وتوضح القوانين والأنظمة الأساسية من خلال إيراد المشرع الدستوري عدة ألفاظ قد تكون مثلاً، "تنظم بقانون" أو "بناءً على قانون" أو "في الحدود التي يبينها القانون" أو "وفقاً للقانون"<sup>(٤)</sup>.

(١) يتجه الفقه الدستوري نحو استبعاد المعيار الشكلي، وتفضيل المعيار الموضوعي عند تعريفهم للدستور، والواقع لا يمكن الأخذ بالمعيار الشكلي من الناحية العملية في تعريف الدستور نظراً لأن أوجه النقد التي وجهت إليه أساسية وتؤدي حتماً إلى استبعاده، فهو غير جامع لأنه يقصر وجود الدستور في الدول ذات الدساتير المكتوبة دون الدول ذات الدساتير العرفية مثل إنجلترا، ومن المستقر أن لكل دولة دستور حتى لو كان غير مكتوب، راجع عبدالوهاب، محمد، القانون الدستوري "المبادئ الدستورية - دراسة النظام الدستوري المصري"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، مصر، ٢٠٠٧، ص ٩.

(٢) أبو مطر، محمد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية" الجزء الأول"، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، ٢٠١٨، ص ٩٩.

(٣) فكري، فتحي، القانون الدستوري "المبادئ الدستورية العامة"، شركة تاس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٥.

(٤) ومن أمثلة ذلك نص المادة (٢٦) الفقرة الأولى من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ والمادة (٩٦) وغيرها من المواد، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ١٦، ص ٤٢.

ومن أمثلة ذلك في فلسطين قانون تشكيل المحاكم النظامية حيث نجد أن المادة (٩٧) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣ قد نص على أن " السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون..."<sup>(١)</sup>، حيث نرى هنا أن قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١ وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ هي قوانين صادرة من السلطة التشريعية بناءً على تكليف صريح موجود في نص المادة (٩٧) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣، وفي خضم موضوع الرقابة الدستورية نجد أن قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ هو قانون أساسي صادر من المشرع العادي بناءً على تكليف من المشرع الدستوري المتمثل بالقانون الأساسي في المادة رقم (١٠٣) منه، حيث نصت على: تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في :

١- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

٢- تفسير نصوص القانون الأساسي.

٣- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

٤- تبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات واجبة الإلتباع، والآثار المترتبة على أحكامها.

فهذه بعض الأمثلة التي أو ردها على القوانين والأنظمة الأساسية التي صدرت بناءً على رغبة المشرع الدستوري<sup>(٢)</sup>، ومن أمثلة ذلك في التشريع الدستوري المصري لعام ١٩٧١ نص المادة (٦٢) منه " للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون، ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني"<sup>(٣)</sup>.

٢- القوانين والأنظمة الأساسية التي تصدر بناءً على رغبة المشرع العادي دون نص في الدستور:

نرى هنا أن المشرع العادي ينظم موضوعات ذات طبيعة دستورية متعلقة بنظام الحكم أو الحقوق والحريات أو غيرها دون الاستناد إلى تكليف صريح من قبل المشرع الدستوري، أي من تلقاء ذاته.

<sup>(١)</sup> راجع نص المادة (٩٧) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ٤٢.

<sup>(٢)</sup> ويوجد أيضاً قانون الانتخابات لعام ١٩٩٥ ولعام ٢٠٠٥ ولعام ٢٠٠٧، الصادر بناءً على نص المادة (٢٦) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته، الذي نص على أن: للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية:

١- تشكيل الأحزاب السياسية والانضمام إليها وفقاً للقانون.

٢- تشكيل نقابات وجمعيات واتحادات وروابط وأندية ومؤسسات شعبية وفقاً للقانون.

٣- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ١٦.

<sup>(٣)</sup> راجع الدستور المصري لعام ١٩٧١، نص المادة (٦٢)، الجريدة الرسمية في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٧١، العدد ٣٦ مكرر (أ)، منشور على

الرابط الإلكتروني <https://cutt.us/7FJJw>



ومن أمثلة القوانين والأنظمة الأساسية ذات الطبيعة الدستورية التي صدرت في فلسطين دون الإحالة للقانون بشأن تنظيمها أو النص في القانون الأساسي على إصدارها، قانون حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤، وقانون الأسرى والمحربين رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٤ الذي جاء لتنظيم حقوقهم وتحديد التزامات السلطة الوطنية الفلسطينية تجاههم، وغيرها من القوانين الفلسطينية الأخرى التي لم تصدر بناءً على تكليف من المشرع الدستوري، مثل قانون حق العودة للاجئين الفلسطينيين رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الصادر في قطاع غزة، وأما عن القوانين الأساسية التي يصدرها المشرع من تلقاء نفسه في التشريع المصري هو قانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٧ الذي ينظم الأحزاب في مصر<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: تقسيم القوانين والأنظمة الأساسية استناداً إلى إجراءات إصدارها:

بالنظر إلى عملية إصدار القوانين والأنظمة الأساسية في العديد من الدول، حتى داخل النظام القانوني للدولة الواحدة، نجد أن هناك قوانين أساسية تصدر وفق إجراءات خاصة، وفي مقابل ذلك هناك بعض القوانين والأنظمة الأساسية التي تصدر وتعديل بذات الطريقة التي تصدر وتعديل بها القوانين العادية<sup>(٢)</sup>.

#### ١- القوانين والأنظمة الأساسية التي تصدر وتعديل وفقاً لإجراءات خاصة:

هناك بعض الأنظمة الدستورية التي تحيط ببعض القوانين والأنظمة الأساسية بإجراءات مغايرة لعملية إصدارها أو تعديلها عما هو عليه في القوانين العادية، لضمان سموها، فهي تنظم مسألة ذات طبيعة دستورية<sup>(٣)</sup>.

ومن أمثلة ذلك ما نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣ بشأن مشروعات القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية والنيابة العامة، حيث اشترطت موافقة مجلس القضاء الأعلى قبل إقرارها من قبل المجلس التشريعي<sup>(٤)</sup>، فهنا نرى أن قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٢٠٠٢ هو قانون أساسي صادر من المشرع العادي بناءً على تكليف من المشرع الدستوري ونجد أن المادة (١٠٠) ألزمت بوجوب اتباع إجراءات خاصة في أي شأن من شأنه أن يمس شؤون السلطة القضائية وهو أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى، فهذه الفقرة جمعت بين القانون الأساسي من حيث الإصدار ومن حيث اتباع إجراءات خاصة، وما نص عليه أيضاً الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بشأن القوانين المكملة التي أوجبت إجراءات خاصة للقوانين المكملة وهي متمثلة بنص المادة (٤/١٢١) التي تنص على " كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة

(١) نصار، جابر، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٩١.

(٢) أبو مطر، محمد مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٣) جمال الدين، سامي مرجع سابق، ص ٤١.

(٤) تنص المادة (١٠٠) من القانون الأساسي الفلسطيني على " ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ١٣.

لانتخابات الرئاسة، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة لحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملة له<sup>(١)</sup>.

## ٢- القوانين والأنظمة الأساسية التي تصدر وتعد وفقاً للإجراءات العادية:

وهي القوانين التي تتعلق بمسائل ذات طبيعة دستورية ولكنها لا تلزم إجراءات معينة من أجل إصدارها أو تعديلها، أي أنها تصدر وتعدل وفقاً للإجراءات التي تصدر وتعدل فيها القوانين العادية.

ونرى أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته يتضح منه غياب النصوص القانونية التي تكلف المشرع العادي باتباع إجراءات خاصة عند إصدار أو تعديل القوانين الأساسية، عدا نص المادة (١٠٠) الذي ينص على " ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة"، على النقيض من المشرع الدستوري المصري في دستوره لعام ٢٠١٤ الذي نص صراحة على مجموعة من الإجراءات الخاصة المتعلقة بالقوانين المكملة ونص المادة (١٢١) من دستور ٢٠١٤<sup>(٢)</sup>، لكن نرى أن دستور مصر لعام ١٩٧١ شأنه شأن الدساتير السابقة عليه، لم يفرق بين القوانين الأساسية والقوانين العادية من حيث الإجراءات المطلوبة لإقرارها أو تعديلها، وإنما يتم إقرارها وتعديلها بنفس الإجراءات المتبعة بشأن إقرار وتعديل القوانين العادية وذلك حتى تعديل عام ١٩٨٠ الذي قضى بوجوب أخذ رأي مجلس الشورى في مشروعات القوانين المكملة<sup>(٣)</sup>.

**والسؤال الذي يطرح هو: في ظل غياب وجود الإجراءات التي لا بد من اتباعها في القوانين المكملة في القانون الأساسي الفلسطيني، هل هذا الغياب يبيح للسلطة التشريعية في فلسطين اتباع نفس الإجراءات المتبعة في القوانين العادية عند إصدار القوانين الأساسية؟؟**

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى النظام الداخلي للمجلس التشريعي خاصة نص المادة (١١٤) منه وذلك في ظل غياب الإجراءات التي لا بد من اتباعها في الدستور للقوانين الأساسية، باعتبار أن النظام الداخلي للمجلس التشريعي قانون أساسي لتعلقه بمسألة ذات طبيعة دستورية وهي أحد سلطات الدولة وهي السلطة التشريعية، وفرض في نص المادة المذكورة أعلاه إجراءات تعديل تختلف عن الإجراءات العادية المتبعة في نفس النظام للقوانين العادية المنصوص عليها في نص المادة (٦٩) التي تتطلب الأغلبية المطلقة<sup>(٤)</sup>، ولنفترض جدلاً

(١) راجع نص المادة (٤/١٢١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (أ)، السنة السابعة والخمسون ١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م، ص٤، منشور على الموقع الإلكتروني، <https://cutt.us/7FJJw>

(٢) راجع نص المادة (١٢١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، مرجع سابق.

(٣) رمضان، شعبان، الوسيط في القانون الدستوري، دون طبعة، دار النهضة العربية، ١٣ شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، مصر، ٢٠١٩، ص ٢٩٨.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن النظام الداخلي للمجلس التشريعي نص على مجموعة من الإجراءات الخاصة دون أن تكون منظمة في الدستور وهي مغايرة في التعديل عن تلك التي نص عليها لإقرار وتعديل القوانين العادية، حيث جاء في المادة (١١٤) من هذا النظام أنه " لا يجوز تعديل أحكام هذا النظام إلا بناءً على اقتراح من الرئيس أو ثلثي أعضاء المجلس، ويعرض هذا الاقتراح على المجلس لإحالته إلى اللجنة القانونية، وعلى اللجنة دراسة

غياب هذا النص في النظام الداخلي فيتم تطبيق الإجراءات المتبعة في نص المادة (٦٩) من النظام الداخلي للمجلس، كما هو الحال في دستور مصر لعام ١٩٧١ بسبب عدم وجود نص صريح لإجراءات تعديل وإقرار القوانين المكتملة ويتم اتباع الإجراءات العادية.

### المطلب الثالث

#### القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية

يتكون البناء القانوني للدولة من مجموعة من القواعد القانونية المترتبة حيث يقف على قمته الدستور، وتكون القواعد الأخرى قاعدة للهرم القانوني في الدولة، وهو إما أن يكون تدرجاً شكلياً أو يكون تدرجاً موضوعياً<sup>(١)</sup>.

إنّ مكانة القوانين والأنظمة الأساسية في النظام القانوني للدولة ترتبط بنوع الدستور فيه، حيث تختلف مرتبة القوانين الأساسية من دولة إلى أخرى، فنجد أن مرتبة القوانين والأنظمة الأساسية في الدول ذات الدساتير المرنة تختلف قيمتها عن الدول ذات الدساتير الجامدة<sup>(٢)</sup>، وعليه تعرف الدساتير المرنة بأنها الدساتير التي يخضع تعديلها أو إلغاؤها إلى نفس الإجراءات التي تتبع لتعديل وإلغاء القوانين العادية التي تصدر عن السلطة التشريعية، فهي لا تتطلب إجراءات خاصة تختلف عن تلك الإجراءات التي تتبع عند تعديل التشريعات العادية<sup>(٣)</sup>، بينما الدساتير الجامدة تعرف تلك الدساتير التي لا يمكن تعديلها أو تنقيحها إلا بإتباع إجراءات خاصة أكثر شدة وتعقيداً من إجراءات تعديل القوانين العادية<sup>(٤)</sup>.

#### أولاً: مرتبة القوانين والأنظمة الأساسية في الدول ذات الدساتير المرنة:

بعد التعرف على الدساتير المرنة، فإن القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية ومكانتها في النظام القانوني للدولة ذات الدستور المرن لا تثير إشكاليات، وذلك؛ لأنّ المشرع يتمتع بصلاحيات واسعة في ميدان سن إصدار التشريعات، دون قيود مرتبطة بنوع أو موضوع التشريع، فله إصدار تشريعات ذات طبيعة دستورية تتعلق بنظام الحكم في الدولة أو بالسلطات العامة فيها ونشاطها دون أن يتقيد بالدستور نفسه؛ لذلك يستطيع المشرع العادي أن يصدر قوانين وتشريعات قد تعدل ما جاء من أحكام وقواعد في الوثيقة الدستورية، وهو ما يعد بمنزلة التعديل

هذا الاقتراح وتقديم توصياتها للمجلس خلال شهر على الأكثر، وإلا جاز للمجلس النظر في الاقتراح مباشرة، ولا يقبل التعديل إلا بالأغلبية المطلقة للمجلس (١٠٥٠) وفقاً لتعريفها في الفقرة العاشرة المادة الأولى في ذات النظام، فهنا نرى اختلاف إجراءات تعديل نظام المجلس عن الإجراءات المعروفة في المادة (٦٩) التي تنص على "يتم إقرار مشاريع القوانين بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس الحاضرين" ما لم ينص على خلاف ذلك، راجع النظام الداخلي للمجلس التشريعي المادة (١١٤)، مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد السادس والأربعين، ١٦ أغسطس ٢٠٠٣، ص ٩٦ و ص ١١٥، ١١٦، وراجع في هذا الشأن أيضاً، أبو مطر، محمد، النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني ونطاق دستوريته، جامعة الأزهر، غزة، ص ١٦، ١٧.

(١) الشاعر، أنور، محاضرات في القضاء الإداري، دون طبعة، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ٦

(٢) أبو مطر، محمد، مرجع سابق، ص ١٠٧-١٠٨.

(٣) النحال، محمد، محاضرات في القانون الدستوري والنظم السياسية، دون طبعة، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٤٤.

(٤) النحال، محمد مرجع سبق ذكره، ص ٤٤.

الدستوري لما سبق أن أقرته الوثيقة الدستورية<sup>(١)</sup>، لذلك يتبين أن مكانة القوانين والأنظمة الأساسية لا تختلف عن مكانة التشريعات الدستورية بالدول التي يكون دستورها يتميز بالمرونة.

### ثانياً: مرتبة القوانين والأنظمة الأساسية في الدول ذات الدساتير الجامدة:

بشكل عام وقبل الولوج في معرفة القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية في الدول محل المقارنة لا بد من أن نفرق بين ثلاثة فروض:

١- أن لا يحدد الدستور إجراءات معينة أو خاصة لإصدار أو تعديل القوانين والأنظمة الأساسية، بحيث تتولى السلطة التشريعية إصدار وتعديل هذه القوانين والأنظمة طبقاً لذات الإجراءات المتبعة في التشريعات العادية، ويترتب على ذلك أن تحظى القوانين والأنظمة الأساسية بذات المكانة والمرتبة التي تتمتع بها القوانين العادية سواء كانت هذه القوانين صادرة بناءً على تكليف من المشرع الدستوري أو صدرت عن المشرع العادي دون نص في الدستور<sup>(٢)</sup>.

٢- أن يحدد الدستور إجراءات خاصة ومعينة لإصدار وتعديل القوانين والأنظمة الأساسية، فيتم إصدار وتعديل هذه القوانين بإتباع الإجراءات الخاصة التي حددها الدستور، وبالتالي تختلف عن ذات الإجراءات المتبعة في إصدار وتعديل التشريعات العادية<sup>(٣)</sup>.

٣- أن يحدد الدستور بشكل صريح في صلب القانون على مكانة القوانين والأنظمة السياسية كما هو الحال في إحدى الفقرات من المادة الرابعة في الدستور الكويتي على أنه "ينظم سائر الأحكام الخاصة بتوارث الإمارة قانون خاص يصدر خلال سنة من تاريخ العمل بهذا الدستور، وتكون له صفة دستورية فلا يجوز تعديله إلا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور، واستناداً على ذلك جاء إصدار القانون رقم (٤) لسنة ١٩٦٤<sup>(٤)</sup>.

### \*مرتبة القوانين الأساسية في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣:

يعد القانون الأساسي الفلسطيني من ضمن الدساتير الجامدة وذلك استناداً إلى نص المادة (١٢٠) منه التي تنص على أن " لا تعدل أحكام هذا القانون الأساسي المعدل إلا بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني"<sup>(٥)</sup>، حيث إن القانون الأساسي أوجب إجراءات خاصة بعملية التعديل التي تؤكد سموه وجموده عن الدساتير ذات الطابع المرن.

(١) فكري، فتحي مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) نصار، جابر جاد، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٣) نصار، جابر جاد، مرجع سبق ذكره، ص ٦٨.

(٤) أبو مطر، محمد، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٥) راجع نص المادة (١٢٠) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ٤٨.

ونجد أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣ لم يفرد قيمة قانونية لقوانين الأنظمة الأساسية بشكل صريح وواضح باستثناء نص المادة (١٠٠) الذي يقضي بـ " ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته، وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة"<sup>(١)</sup>، فهنا كل مشاريع القوانين التي تتعلق بالسلطة القضائية تعدّ من قبيل القوانين ذات الطبيعة الدستورية التي فرض لها القانون الأساسي إجراءات تختلف عن الإجراءات المتبعة في القوانين العادية فيفهم ضمناً باكتسابها مرتبة أعلى من القوانين العادية، وبالرجوع إلى النظام الداخلي للمجلس التشريعي<sup>(٢)</sup> الذي يعدّ أحد القوانين الأساسية الصادرة من السلطة التشريعية لتعلقها بمسألة ذات طابع دستوري فنجد نص المادة (١١٤) : " لا يجوز تعديل أحكام هذا النظام إلا بناء على اقتراح من الرئيس أو من ثلث عدد أعضاء المجلس ويعرض هذا الاقتراح على المجلس لإحالته إلى اللجنة القانونية وعلى اللجنة دراسة هذا الاقتراح وتقديم توصياتها للمجلس خلال مدة شهر على الأكثر وإلا جاز للمجلس النظر في الاقتراح مباشرة ولا يقبل التعديل إلا إذا وافقت عليه الأغلبية المطلقة للمجلس"<sup>(٣)</sup>، وبما أن النظام الداخلي للمجلس التشريعي هو قانون أساسي فنجد أن هذه المادة نصت على إجراءات تعديل مغايرة عن إجراءات التعديل المتبعة في القوانين العادية.

#### \*مرتبة القوانين الأساسية في الدستور المصري لعام ٢٠١٤:

بالرجوع إلى الدستور المصري نجد نص صراحة على الإجراءات التي لا بد من اتباعها بالنسبة للقوانين المكتملة على عكس القانون الأساسي الفلسطيني، وقد تمثل هذا النص بالمادة (٣/١٢١) من الدستوري المصري التي نصت على " كما تصدر القوانين المكتملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكتملة له" فهنا يتبين أن القوانين المكتملة لها إجراءات تعديل مغايرة عن الإجراءات المتبعة في القوانين العادية، وبالتالي تكتسب قيمة قانونية أعلى من القوانين العادية وأدنى من الدستور.

(١) راجع نص المادة (١٠٠) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ٤٣.

(٢) يعدّ النظام الداخلي للمجلس التشريعي أحد القوانين الصادرة من السلطة التشريعية لتنظيم كل ما يتعلق بالسلطة التشريعية، فهو قانون أساسي على الرغم من تسميته بالنظام فلا يقصد هنا بالنظام أحد التشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية.

(٣) راجع المادة (١١٤) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي، مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد السادس والأربعين، أغسطس ٢٠٠٣، ص ١١٥، ١١٦.

## المبحث الثاني

### الرقابة الدستورية على القوانين الأساسية

#### تمهيد وتقسيم:

إن الرقابة على دستورية القوانين وسيلة من الوسائل التي تعزز الشرعية في الدولة، وتعتبر عن قيام دولة القانون، وتستهدف هذه الرقابة التأكد من مدى مطابقة القوانين العادية لمقتضيات نصوص الدستور، فإن صدرت مخالفة لأحكام الدستور، عدت غير شرعية ويتم إبطالها، وهذا بسبب كون الدستور المرجعية القانونية في النظام القانوني للدولة، الذي يسمو على كافة القوانين<sup>(١)</sup>، فالرقابة الدستورية تعد لازمة ضرورية لدولة الحق والقانون في سبيل تكريس سمو الدستور<sup>(٢)</sup>، وفي سبيل توضيح الرقابة الدستورية على القوانين الأساسية قسمنا هذا الجزء من الدراسة إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: التعريف بالرقابة الدستورية على القوانين الأساسية وكيفية الرقابة عليها.

المطلب الثاني: أوجه المخالفة الدستورية عند إصدار القوانين الأساسية.

#### المطلب الأول

##### التعريف بالرقابة الدستورية على القوانين الأساسية

تختلف القوانين الأساسية عن القوانين العادية في دول الدساتير الجامدة من حيث الرقابة، كون أن تلك الدساتير عادة ما تخص القوانين الأساسية بإجراءات خاصة لتعديلها وإصدارها، وهذا ما يجعل الرقابة على دستورية القوانين الأساسية ذات طابع خاص كون الرقابة ستقع على الجانب الإجرائي والموضوعي، وللوقوف على تعريف الرقابة الدستورية على القوانين الأساسية لا بد أن نبين المقصود بالرقابة الدستورية.

##### أولاً: تعريف الرقابة الدستورية.

اختلفت التعريفات حول الرقابة الدستورية فمنهم من قام بتعريفها على أساس المضمون، فقال: "التحقق من مدى مطابقة القوانين العادية أو الأساسية التي تصدرها السلطة التشريعية مع أحكام الدستور ونصوصه وعدم تعارض قانون عادي مع قانون أعلى منه، وإلا عد هذا القانون باطلاً"<sup>(٣)</sup>، ولكن بالنظر إلى هذا التعريف نجده قاصراً حيث

(١) الأغا، "أحمد سعيد"، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الطبعة الثالثة، جامعة فلسطين، غزة، ٢٠١٦.

(٢) أبو مطر، محمد، نظم الرقابة الدستورية "القضاء الدستوري في فلسطين ومصر دراسة تحليلية مقارنة"، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، ٢٠١٨، ص ١١.

(٣) عبد السلام، عبد العظيم، الرقابة على دستورية القوانين، دون تاريخ نشر ودون طبعة، مطبعة حمادة، قويسنا، ص ١١-١٢.

قصر مفهوم الرقابة الدستورية على السلطة التشريعية والأصح أن تكون سلطة رقابة المحكمة الدستورية على مدى مطابقة الوظيفة التشريعية لأحكام الدستور حيث إن هناك فرقا كبيرا بين كل من السلطة التشريعية والوظيفة التشريعية، فأما السلطة التشريعية فهي السلطة التي تتولى عملية إصدار القوانين العادية، والوظيفة التشريعية فهي جميع القواعد العامة والمجردة غير المقتصرة على البرلمان، إنما قد تشمل اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية أيضا، لذا فالأفضل حذف كلمة السلطة التشريعية واستبدالها بالوظيفة التشريعية .

ومنهم من عرفها على أساس الجهة التي تراقب فقال: " أن توجد محكمة أو هيئة يكون من اختصاصها الحكم بعدم دستورية القانون المخالف وإنهاء كل أثر له"<sup>(١)</sup>.

ومنهم من عرفها على أساس أساليبها وصورها ما بين رقابة سابقة ورقابة لاحقة فيعتبر مفهوم الرقابة بأنه " التحقق من مخالفة القوانين للدستور، تمهيداً لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر، أو لإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كان تم إصدارها"<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تعريف الرقابة الدستورية على القوانين الأساسية.

بعد الحديث عن وجوب مراعاة مبدأ المشروعية الدستورية، وبعد التطرق إلى تعريف الرقابة الدستورية بشكل عام باختلاف الآراء وباختلاف وجهات النظر والتعريفات، نستطيع أن نستنبط لمفهوم الرقابة على دستورية القوانين الأساسية تعريفاً وهو: **التحقق من مدى مطابقة التشريعات ذات الطبيعة الدستورية الصادرة من السلطة التشريعية مع أحكام الدستور أو هي عملية قانونية تقتضي البحث والتأكد من تطابق التشريعات ذات الطبيعة الدستورية مع أحكام الدستور، من هنا نرى أن القوانين الأساسية ذات الطبيعة الدستورية، لا يتم إصدارها اعتبارياً إنما لا بد من اتباع ما ورد في الدستور من أحكام، وإذا ما خالفت ذلك وجبت الرقابة الدستورية سواء على القوانين والأنظمة الأساسية من الناحية الشكلية أو من الناحية الموضوعية.**

ثالثاً: مدى خضوع القوانين الأساسية لرقابة المحكمة الدستورية وفقاً للقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣ وقانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦:

بالرجوع إلى القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣ خاصة نص المادة (١٠٣/أ) نجد أنها تنص على اختصاص المحكمة الدستورية بالنظر في "دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها"، ونجد هنا أن المقصود بالقوانين هي التي تصدر من قبل السلطة التشريعية التي من ضمنها القوانين الأساسية<sup>(٣)</sup>، وكذلك أيضاً قانون

(١) جعفر، محمد، الرقابة على دستورية القوانين " دراسة مقارنة تطبيقية، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩، ص٢.

(٢) الحلو، ماجد، القانون الدستوري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٢.

(٣) راجع نص المادة (١٠٣) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص٤٤.



المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ الذي نص في المادة (١/٢٤) باختصاص المحكمة الدستورية في "الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة"<sup>(١)</sup>.

رابعاً: مدى خضوع القوانين الأساسية لرقابة المحكمة الدستورية وفقاً للدستور المصري لعام ٢٠١٤ وقانون المحكمة الدستورية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩:

نجد أن الدستور المصري قد أخضع القوانين الأساسية للرقابة الدستورية بموجب نص المادة (١٩٢) بالنص على "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح... الخ"<sup>(٢)</sup>، وكذلك قانون المحكمة الدستورية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ الذي أخضع القوانين الأساسية استناداً إلى نص المادة (١/٢٥) منه التي نصت على "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح"<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### أوجه المخالفة الدستورية عند إصدار القوانين الأساسية

ترتبط الرقابة على دستورية القوانين بإحدى الوظائف القانونية للدولة، وهي الوظيفة التشريعية<sup>(٤)</sup>، كذلك إن إعطاء السلطة التشريعية سن القوانين التي تعدّ المعبرة عن إرادة الأمة ذلك لا يمنحها الحق أو الصلاحية لإصدار قانون مخالف لأحكام الدستور، بل على العكس من ذلك، فإن هذا الأمر يستوجب على البرلمان عندما يشرع أن يحترم أحكام الدستور الذي يمثل إرادة الأمة العليا، وبالتالي فإن رقابة القضاء على دستورية القوانين الأساسية تكمن في عدة جوانب<sup>(٥)</sup>، سنوضحها على النحو الآتي:

### أولاً: عيب الشكل والإجراءات

يقصد بعيب الشكل والإجراءات مخالفة الأشكال والإجراءات التي نص عليها التشريع الدستوري عند سن تشريع معين، وهذا يعني أن عيب الشكل والإجراءات يشمل مختلف المراحل التي يمر بها التشريع من اقتراح وإقرار وإصدار ونشر<sup>(٦)</sup>، والعيوب الشكلية - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية - هي التي

(١) راجع نص المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦، مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد الثاني والستين، ٢٥ مارس ٢٠٠٦، ص ١٠٠.

(٢) راجع نص المادة (١٩٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (أ)، السنة السابعة والخمسون ١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م، ص ٥، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

(٣) راجع نص المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، الجريدة الرسمية في ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ - العدد ٣٦، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

(٤) أبو مطر، محمد، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية القضاء الدستوري في فلسطين ومصر، مرجع سابق، ص ١٥.

(٥) هشام جليل إبراهيم الزبيدي، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق "دراسة مقارنة"، جامعة النهدين، العراق، ٢٠١٢، ص ١٠٦.

(٦) أبو مطر، محمد، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية القضاء الدستوري في فلسطين ومصر مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٥.

مبناها مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور، سواء ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها منصرفاً إلى الشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها، أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية أو ما كان متصلاً بالشروط التي يتطلبها الدستور لممارسة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها<sup>(١)</sup>، فمن أمثلة الضوابط الشكلية والإجرائية في حال ممارسة الوظيفة التشريعية ما نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني المعدل عام ٢٠٠٣ وتعديلاته ٢٠٠٣ في نص المادة رقم (٦١) الخاصة بقانون الموازنة العامة، كذلك القوانين الأساسية أو المكملة كالمادة (١٠٠) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته، ونجد أن التشريع الدستوري المصري في تعديله عام ١٩٨٠ لدستور ١٩٧١ قد أوجب بعض القيود والضوابط التي لا بد من اتباعها عند إصدار أي قانون أساسي فنرى أن نص المادة (١٩٥) أوجب مجلس الشعب أخذ رأي مجلس الشورى في الموضوعات التالية:

١. الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور.
٢. مشروعات القوانين المكملة، وهو لب حديثنا في هذا البحث.
٣. مشروع الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية.
٤. معاهدات الصلح والتحالف، وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة التي تتعلق بحقوق السيادة<sup>(٢)</sup>

وتبعاً لذلك فإن من شأن عدم اتباع تلك القيود والضوابط أن تسفر عن وجود مخالفة دستورية متمثلة بالشكل والإجراءات، فنرى أن المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣ قالت: "... إن القانون المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصر الشكلي والموضوعي - المتقدم ببيانها - اللذان لارتقائه إلى مصاف القوانين المكملة للدستور؛ وإذا كان السبب من كتاب أمين عام مجلس الشورى رقم ٨٣ بتاريخ ١١/٧/١٩٩٩ المرفق بالأوراق أن هذا القانون - بوصفه كذلك - لم يعرض مشروعه على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوباً بمخالفة نص المادة ١٩٥ من الدستور..."<sup>(٣)</sup>.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (١٣) لسنة ١١ ق "دستورية"، أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول من أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢، ص ٢٨٥، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

(٢) راجع نص المادة (١٩٥) من قرار رئيس الدولة إصدار تعديل دستور جمهورية مصر العربية عام ١٩٨٠، الجريدة الرسمية في ٢٦ يونية سنة ١٩٨٠ - العدد، ٢٦، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/7FJJw>.

(٣) المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣، أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١، ص ٥٨٢، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

وكذلك من أمثلة الطعون التي أعلت فيها المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية رقابتها على مدى التزام  
المشرع بالأشكال والإجراءات في سن التشريعات، الطعن الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ ٢٧/١١/٢٠٠٥ بشأن  
الدفع المتعلق بمخالفة قانون السلطة القضائية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٥ للمادة (١٠٠) من القانون الأساسي الفلسطيني  
من حيث عد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء في مشروع هذا القانون<sup>(١)</sup>.

ويجدر التنويه إلى أن المحكمة الدستورية العليا المصرية أكدت على إعمال رخصتها بالتصدي للرقابة على  
الشكل والإجراءات في حال انصب الطعن أمامها على المخالفات الموضوعية دون الشكلية، باعتبار أن البحث في  
المخالفات الشكلية سابق على الخوض في المطاعن الموضوعية، بخلاف الطعن الذي ينصب على العيوب الشكلية  
فلا تلتزم المحكمة بالتصدي للمخالفات الموضوعية، لا سيما أن رفضها للطعن بمخالفة قانون ما للأشكال  
والإجراءات المنصوص عليها في الدستور - أي تقريرها عدم وجود مخالفة - لا يمنع من إعادة الطعن فيه موضوعياً  
إذا ما أدعي أمامها بمخالفة نصوص الدستور، كما أكدت أيضاً في ذات الحكم على أن إعمال رقابتها للفصل في  
العيوب الموضوعية يعد بمنزلة إقرار باستيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية وذلك لأن الأوضاع الشكلية  
للنصوص القانونية هي من مقوماتها، لا تقوم إلا بها ولا يكتمل بنيانها أصلاً في غيابها... إلخ<sup>(٢)</sup>.

**ويثور التساؤل حول جواز الطعن بمخالفة قانون أساسي للأشكال والإجراءات المنصوص عليها في دستور  
جديد رغم اتباع المشرع للأشكال والإجراءات المنصوص عليها في الدستور القديم أو السابق الذي صدر في  
ظله ذلك القانون؟**

نرى أنه إذا ما صدر قانون عن المجلس التشريعي ذو طبيعة دستورية متوافق من الناحية الشكلية مع الدستور  
القديم لكنه غير متوافق من الناحية الإجرائية مع الدستور الجديد فإن من شأن ذلك ألا يؤثر على دستورية هذا  
القانون ويبقى صحيحاً، على عكس ما إذا كان هذا التشريع يخالف الدستور الجديد من الناحية الموضوعية فهنا  
يشاب بعدم الدستورية وهو ما يؤكد الدكتور محمد أبو مطر فيقول: "إن الطعن على القوانين بعدم الدستورية من  
الناحية الشكلية يكون وفق ما استقر عليه القضاء المقارن طبقاً للدستور الذي صدرت في ظله أما موضوعها فيكون  
البحث في دستوريته حسب الدستور الساري عند الطعن بعدم دستورتها<sup>(٣)</sup>، وهو القانون الأساسي باعتباره القانون  
الأسمي في المنظومة التشريعية لدولة فلسطين وإن القول بغير ذلك يتعارف مع مهمة المحكمة الدستورية في حماية

(١) حكم المحكمة العليا بصفتها الدستورية رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥ في جلستها المنعقدة بتاريخ ٢٧/١١/٢٠٠٥، الوقائع الفلسطينية، العدد ١١٦،  
٢٠١٥، ص ٤٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق "دستورية"، مرجع سبق ذكره، وراجع في هذا الشأن أيضاً الجمل،  
يحيى، القضاء الدستوري، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٩٢.

(٣) من أمثلة ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ١٥ لسنة ٨ ق "دستورية" الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ  
١٩٩١/١٢/٧ الذي أكدت فيه على أن "الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية إنما يتحدد وفق ما قررت في شأنها أحكام الدستور المعمول به  
حين صدورها بخلاف الأوضاع الموضوعية التي تتحدد وفقاً لما يقرر الدستور المعمول به عند الطعن بعدم الدستورية"، أحكام المحكمة الدستورية  
العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول من أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢، ص ٣٥، منشور على الموقع الإلكتروني  
. https://cutt.us/hzQkk

الدستور "القانون الأساسي" ويبقى على قوانين مشوبة بعدم الدستورية"<sup>(١)</sup>، ويؤيده في هذا الاتجاه جابر نصار حيث يرى أنه لا يمكن عقلاً أن يُطلب من تشريع صدر في ظل دستور انتهت حياته أن يكون متفقاً مع الإجراءات الشكلية في دستور جديد ، فهذا غير منطقي ولا مقبول ولا معقول<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: عيب المحل

إن رقابة المحكمة الدستورية على ما تحتويه القوانين الأساسية من أحكام قانونية، من شأنها التأثير على المراكز القانونية للمواطنين بأحكامها (أشخاص طبيعية - معنوية)، إذ فُرضت الرقابة لمعرفة اتفاق هذه الأحكام مع القواعد الدستورية الموضوعية المدونة وغير المدونة في الدستور<sup>(٣)</sup>، ويشير عيب المحل إلى مخالفة نصوص التشريع لأحكام الدستور<sup>(٤)</sup>.

وحسب ما تمنحه الدساتير من سلطة للمشرع في التنظيم القانوني لتلك المجالات، يتضح أن هذه السلطة، قد تكون سلطة تقديرية تتيح للمشرع الاختيار والمفاضلة بين البدائل المطروحة أمامه في تنظيم موضوع معين، وقد تكون سلطة مقيدة<sup>(٥)</sup> يخضع فيها المشرع لمجموعة من الضوابط والقيود الدستورية التي تحد من حريته في ذلك التنظيم، وعيب مخالفة المحل قد يطال كلا السلطتين<sup>(٦)</sup>، ونجد أن العلاقة عكسية بين كل من الرقابة الدستورية على التشريعات وبين نوع هذه السلطة المعطاة للمشرع العادي عند إصدار هذه التشريعات "مقيدة أو تقديرية" فكلما كانت السلطة مقيدة تزداد رقابة المحكمة عليها ، وكلما كانت سلطة المشرع تقديرية قلت رقابة المحكمة عليها.

ونجد أن المشرع المصري في سياق حديثه عن العيب الموضوعي للتشريعات العادية يقول: ولا يكفي لاعتبار تنظيم قانوني معين مكماً للدستور أن يصدر أعمالاً لنص في الدستور، بل يتعين - فوق هذا - أن تكون أحكامه مرتبطة بقاعدة كلية مما تتضمنها الوثائق الدستورية عادة كتلك المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية، فالقاعدة المتقدمة - وما يجري على منوالها - متى اتصل بها تنظيم تشريعي قرر الدستور صدوره بقانون، أو وفقاً للقانون، أو في حدود القانون، دل ذلك على أن هذا التنظيم مكمل للدستور، كالقانون الذي يصدر أعمالاً لنص المادة (١٤)<sup>(٧)</sup> من الدستور محددًا أحوال فصل العاملين بغير الطريق التأديبي، والقانون الصادر بتنظيم التعبئة العامة

(١) أبو مطر، محمد، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية القضاء الدستوري في فلسطين ومصر، مرجع سابق، ص ١٩٨ و ١٩٩.

(٢) الجمل، يحيى، مرجع سابق، ص ١٩١، وراجع أيضاً في هذا الشأن حكم المحكمة الدستورية رقم ٣١ لسنة ١٠ ق، بتاريخ ١٢/٧/١٩٩١، أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، من أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢، ص ٥٧، منشور على الموقع الإلكتروني

<https://cutt.us/7FJJw>

(٣) ربيع، رجب محمد، رسالة ماجستير بعنوان الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية في النظام الفلسطيني "دراسة تحليلية مقارنة" في ضوء النظم القانونية والشريعة الإسلامية"، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٩، ص ١٠٢.

(٤) أبو مطر، محمد، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية القضاء الدستوري في فلسطين ومصر، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

(٥) سالم، عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٣٤١.

(٦) عبد الله، عيد الغني بسبوني، مرجع سابق، ص ٧٩٧ وما بعدها.

(٧) تنص المادة (١٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على أن "الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة، ودون محاباة أو وساطة، وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب، وتكفل الدولة حقوقهم وحمايتهم، وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب، ولا يجوز فصلهم بغير

وفقاً لنص المادة (١٨١)<sup>(١)</sup>، فالتنظيم التشريعي الصادر في الحدود المتقدمة، ليس مرتبطاً بأي قاعدة من القواعد الدستورية بمعنى الكلمة، بل يفتر هذا التنظيم إلى العنصر الموضوعي الذي يدخل القانون الصادر في عداد القوانين المكتملة للدستور: أولهما أن يكون الدستور قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون، وثانيها أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها<sup>(٢)</sup>.

أي أنه لو صدر قانون أساسي يخالف نص دستوري من الناحية الجوهرية فإن من شأنه أن يؤدي إلى إصابته بعدم الدستورية "عيب المحل"، ومن القضايا التي أقرت فيها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بعدم دستورية نص تشريعي لمخالفة محله أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، حيث إن المحكمة تجد في " نص المادة ١٠/أ من نظام تدريب المحامين المتدربين المعدل - الذي ورد فيه أن " أ- تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفية الشروط القانونية إلى مجلس النقابة مرتان في السنة، المرة الأولى خلال شهر كانون الثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان والمرة الثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول" قد أدخل بمبدأ المعاملة القانونية المتكافئة التي يقتضيها التماثل في المراكز القانونية ويكون قد أهدر مبدأ المساواة للراغبين في التدريب، وحيث إن المادة المطعون بعدم دستورتها بعد توافر شروطه كونه لم يتمكن من الحصول على قرار بقبول تدريبه في شهر نيسان أبريل سيضطر للانتظار خمسة أشهر لقبوله في دورة أيلول- سبتمبر-، بينما من لم يتمكن من الحصول على قرار بقبول تدريبه في شهر أيلول سيضطر للانتظار سبعة أشهر لقبوله في دورة شهر نيسان، وهذا يتنافى ومبدأ المساواة المنصوص عليه في القانون الأساسي بدلالة نص المادة (٩) التي تنص على " الفلسطينيين أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: عيب الاختصاص:

ويتأسس هذا العيب في مجال الرقابة الدستورية على مبدأ الفصل بين السلطات، والاختصاصات التي يمنحها الدستور لكل سلطة منها، لذا تحرص الدساتير على الحد من تداخل هذه الاختصاصات وتعارضها، إلى تحديد

الطريق التأديبي، إلا في الأحوال التي يحددها القانون"، الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (أ)، السنة السابعة والخمسون، ١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م، ص٢، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

(١) تنص المادة (١٨١) على أن " قرارات المجلس المحلي الصادرة في حدود اختصاصه نهائية، ولا يجوز تدخل السلطة التنفيذية فيها، إلا لمنع تجاوز المجلس لهذه الحدود، أو الإضرار بالمصلحة العامة، أو بمصالح المجالس المحلية الأخرى. وعند الخلاف على اختصاص هذه المجالس المحلية للقرى أو المراكز أو المدن، يفصل فيه المجلس المحلي للمحافظة. وفي حالة الخلاف على اختصاص المجالس المحلية للمحافظات، تفصل فيه على وجه الاستعجال الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وذلك كله وفقاً لما ينظمه القانون"، الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (أ)، السنة السابعة والخمسون، ١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م، ص٥، منشور على الموقع الإلكتروني <https://cutt.us/hzQkk>.

(٢) عبد المجيد، منير، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ١٥٤.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم ٨ لسنة ٢٠١٧ ق " دستورية" الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ ٢٠١٧/١/٤، في الطعن الدستوري ٢٠١٦/٨، مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد ١٢٨، ٢٠١٧، ص ٧٧.

اختصاصات كل سلطة من سلطات الدولة<sup>(١)</sup>، وفيما يتعلق بالاختصاص في ميدان التشريع، نجد أن الدساتير تنص صراحة على تولي البرلمان سلطة التشريع عبر وضع القوانين<sup>(٢)</sup>، فيما تنبسط بالسلطة التنفيذية إصدار اللوائح<sup>(٣)</sup>، وهو ما يترتب عليه التزام هذه السلطات بتنظيم الدستور لاختصاصها في ميدان التشريع وعدم تفويض جهة أخرى بممارسته على خلاف ما يحدده الدستور، لذلك يتحقق هذا العيب عند مخالفة أحكام الدستور المحددة للاختصاص في ممارسة سلطة التشريع<sup>(٤)</sup>، ويعرف بأنه " عدم القدرة القانونية على مباشرة الاختصاص في ممارسة سلطة التشريع"<sup>(٥)</sup>.

وبالنظر إلى أن الاختصاص في مباشرة سلطة التشريع يتخذ عدة صور، وهو الاختصاص العضوي، والموضوعي، والزمني والمكاني، لذلك إن عيب عدم الاختصاص يطال هذه الصور<sup>(٦)</sup>، وفي سياق الحديث عن القوانين الأساسية فإن عيب الاختصاص فيها يتمثل في صدور هذه القوانين عن سلطة غير مختصة بصورها على خلاف الأصل وهي السلطة التشريعية، كأن تصدر من السلطة التنفيذية على سبيل المثال أو أن تصدر من السلطة القضائية، فهذا عيب الاختصاص الشخصي.

**والتساؤل الذي يثار هو هل من الممكن أن تقوم السلطة التنفيذية بإصدار قوانين أساسية عن طريق قرارات بقانون، وذلك على خلاف الأصل المعروف لإصدار القوانين العضوية عن طريق البرلمان؟**

هنا وبعد الاطلاع على أحكام المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية وجدنا أن في الطعن الدستوري رقم ٢٠٠٧/٣ في جلستها المنعقدة بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٩ الذي مفاده بقيام رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بإصدار قرار بقانون دون رقم لسنة ٢٠٠٧ المعدل لقانون التقاعد الصادر من المجلس التشريعي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٥، فهنا وبعد الرجوع إلى نص المادة (٩٥) من القانون الأساسي نرى أن " قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت التي تنقرر على الخزينة العامة يتم تعيينها بقانون" أي أن الأصل قيام البرلمان بإصدار قانون مكمل ينظم هذه المسألة، لكن نرى هنا أن من قام بتنظيم هذه المسألة هو رئيس السلطة وليس القانون، وقد عللت المحكمة الدستورية ذلك بالقول: "ولما كان قضاء هذه المحكمة جرى على أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية التي تتمثل في المجلس التشريعي طبقاً لنصوص المواد(٤١/١) و (٤٧/٢) من القانون

(١) أبو مطر، محمد، بحث بعنوان نطاق التشريعات الخاضعة لرقابة الدستورية وفقاً للقانون واجتهادات القضاء الدستوري في فلسطين " دراسة تحليلية، ص ٣١ وفي نفس الشأن راجع الجمل، يحيى، القضاء الدستوري، دون طبعة، دار النهضة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٦٥.

(٢) المادة (٤٧) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ٢٣.

(٣) انظر المواد (١٧١ و ١٧٢ و ١٥٦) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، الجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر (أ)، السنة السابعة والخمسون، ١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥ هـ، الموافق ١٨ يناير سنة ٢٠١٤، ص ٤، ٥، ويقابلها المادة (٧/٦٨) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته، مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ٢، ١٩ مارس ٢٠٠٣، ص ٣١.

(٤) أبو مطر، محمد، بحث بعنوان نطاق التشريعات الخاضعة لرقابة الدستورية وفقاً للقانون واجتهادات القضاء الدستوري في فلسطين " دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص ٣١.

(٥) أبو مطر، محمد، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٦) أبو مطر، محمد، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٥.



الأساسي المعدل، ولما كان الأصل أن تتولى هذه السلطة بذاتها مباشرة هذه الوظيفة التي أسندها القانون الأساسي لها وأقامها عليها إلا أن القانون الأساسي قد وازن بين ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية و التنفيذية من تولي كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، وبين ضرورة المحافظة على كيان السلطة الوطنية وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما تواجهه في غيبة المجلس التشريعي من مخاطر تلوح نذرها أو تخشى الأضرار التي تواكبها، يستوي في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستنداً إلى ضرورة تدخل رئيس السلطة الوطنية بتنظيم تشريعي يكون لازماً لحين انعقاد المجلس التشريعي وتلك هي حالة الضرورة التي نصت المادة (٤٣) من القانون الأساسي، حين قررت بأن لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تتحمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي إصدار قرارات لها قوة القانون ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون. نص هذه المادة مكن رئيس السلطة الوطنية صلاحية إصدار قرارات يكون لها قوة القانون في غياب المجلس التشريعي في حالات الضرورة فينظم بها مسائل كان لا يمكن تنظيمها إلا بقانون ويكون لهذه القرارات ما للقوانين من قوة.

وأما عيب الاختصاص الزمني هو أن تصدر القوانين الأساسية عن سلطة مختصة عضويًا وهو البرلمان لكن تم صدورهما بعد انتهاء ولاية المجلس فهنا تكون مشوبة بعدم دستورية الاختصاص الزمني<sup>(١)</sup>، وقد تقوم السلطة التنفيذية بتنظيم موضوعات ذات طبيعة دستورية فهنا يشاب هذا القانون بعيب الاختصاص الموضوعي، وعيب الاختصاص المكاني أن تقوم السلطة التشريعية بإصدار القوانين الأساسية في غير المكان المحدد في الدستور.

وأما فيما يتعلق بموقف القضاء الدستوري الفلسطيني بشأن عيب عدم الاختصاص، يمكن الإشارة إلى حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها الدستورية في جلستها المنعقدة في رام الله ٢٠٠٦/١٢/١٩ الذي انتهت فيه المحكمة إلى أن القرارات التي اتخذها المجلس التشريعي المنتخب عام ١٩٩٦ في جلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٣ جاءت خلال مدة ولايته التي تنتهي ببدء ولاية المجلس الجديد بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٨ وفق أحكام نص المادة (٤٧) مكرر من القانون الأساسي<sup>(٢)</sup>، فهنا يتضح أن المحكمة ارتأت عدم وجود عيب عدم الاختصاص

(١) ومن الأحكام التي عالجت عدم الاختصاص الزمني حكم المحكمة العليا بصفقتها الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ في جلستها المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٩ وتتلخص في قيام المجلس التشريعي المنعقدة ولايته بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٨ بعدم إقرار الإجراءات التي اتخذت بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٣ حيث قضت المحكمة العليا بصفقتها الدستورية بأن المجلس لا تبدأ ولايته إلا من بعد حلف اليمين حسب نص المادة ٤٧ من القانون الأساسي وبالتالي إن قيام المجلس التشريعي بأي عمل قبل بدء ولايته من شأنه أن يسفر عن مخالفة دستورية لأحكام القانون الأساسي تسمى بعدم الاختصاص الزمني حيث إن قيام المجلس الحالي بالتصويت على إجراءات الجلسة السابقة قبل بدء ولايته هو تعرض في غير محله لكون المجلس الحالي لا يعتبر استمرارية للمجلس القديم الذي انتهت ولايته لاختلاف الطبيعة القانونية لكل من المجلسين وتكوينهما والتفاف على صلاحيات الأعمال المدرجة على جدول أعمال المجلس السابق وبالتالي إن هذا العمل يتعارض وأحكام القانون الأساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي الصادر بمقتضى أحكام القانون الأساسي، مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد ١١٧، ٢٠١٦، ص ٦١.

(٢) حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها الدستورية في الطعن رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ في جلستها المنعقدة في رام الله بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٩، مرجع سابق.



بشأن انعقاد المجلس التشريعي، كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٢، التي قضت فيه المحكمة بشأن مدة التفويض بأن " جعل التفويض موقتاً بميعاد معلوم، محدد سلفاً أو قابلاً لتعيين لا يجوز للسلطة التنفيذية بأن تتخطاه أثناء ممارستها لاختصاصها الاستثنائي، وإلا انطوى عملها على اقتحام للولاية التشريعية التي خص الدستور الهيئة النيابية الأصلية بها"<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً: عيب الغاية

عيب الغاية أو بما يسمى عيب الانحراف في استعمال السلطة أو عيب إساءة استخدام السلطة من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون<sup>(٢)</sup>، وبحسب الأصل فإنه يتعين على القائم بالوظيفة التشريعية أن يستهدف دائماً المصلحة العامة عند قيامه بإصدار أي تشريع، ودون وجود هذه المصلحة كان تشريعها معيباً بعيب الغاية، وتتمثل صور الانحراف في استعمال السلطة في صورتين: تتمثل الأولى في الابتعاد عن المصلحة العامة أو إهدارها، بينما تتمثل الثانية في مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف<sup>(٣)</sup>.

أما بالنسبة إلى عيب الغاية التي قد يشوب القوانين الأساسية من الممكن أن نعرفها بقيام السلطة التشريعية بإصدار قوانين عضوية مع انحرافها في استعمال سلطتها مبتعدة عن ابتغاء المصلحة العامة وتخصيص الأهداف، ومن أمثلة ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية " دستورية" التي اتصلت بها المحكمة الدستورية العليا المصرية من خلال الدفع أمام محكمة القضاء الإداري بعدم دستورية المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لعام ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية كونها تحرم بصورة مطلقة الأشخاص الذين تمت محاكمتهم أمام محكمة الثورة فيما عرف بـ ( قضية مراكز القوى عام ١٩٧١) من الانتماء للأحزاب السياسية ومباشرة حقوقهم السياسية، وهو الدفع التي قدرت

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ ق " دستورية" الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٢، أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، ص ٢٠٥، منشور على الموقع الإلكتروني

<https://cutt.us/hzQkk>

(٢) غانم، هاني عبد الرحمن، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطينية الجديد رقم (٣) لسنة ٢٠١٦، الطبعة الثانية، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، غزة، ٢٠١٩، ص ٤١٤.

(٣) شبير، محمد، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، الطبعة الأولى، مكتبة الطالب - جامعة الأزهر، غزة، ٢٠٢١، ص ١٤٠.

حكمة القضاء الإداري جديته لمخالفته للمواد (٥ و ٦٢) (١) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ وانحراف المشرع في تقدير ذلك الحرمان بعد رفض جهة الإدارة قبول أوراقهم للترشيح لانتخابات مجلس الشعب... إلخ" (٢)

أما بالنسبة إلى القانون الأساسي الفلسطيني فنجد في نص المادة (٢٦) ينص على أن للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق التالية... إلخ، وأعطى البرلمان سلطة إصدار تشريع عضوي بهذا الشأن بتفويض منه، فإذا ما قام البرلمان بإصدار تشريع أساسي يخالف ما استقرت عليه المادة ٢٦ كحرمان فئة من المواطنين من الترشح أو الانتخاب لسبب حزبي على سبيل المثال كأن يكون أغلبية البرلمان من الفئة (أ) ومن يريد الترشح من الفئة المغايرة لأغلبية البرلمان، فتكون بذلك قد أساءت استخدام السلطة وانحرفت عن المصلحة العامة عند إصدارها قانون أساسي يخص هذه المسألة، وأما فيما يتعلق بقاعدة تخصيص الأهداف فقد يصدر تشريع أساسي مخالف للأهداف المخصصة له حتى لو تعلق بمصلحة عامة وسنضرب مثلاً من القضاء الإداري على مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف " لا يجوز أن يكون الهدف الوحيد لنزع الملكية الخاصة مجرد تحقيق وفر للدولة أو ربح للبلدية فقط" (٣)، و تبعاً لذلك لا يجوز للمشرع العادي أن يقوم بإصدار تشريع بغير الأهداف المخصصة له حتى لو انصب وتعلق بمصلحة عامة.

## الخاتمة

اقتضى البحث في الرقابة على دستورية القوانين الأساسية تبيان ماهية القوانين الأساسية والتعريف به ومن ثم بيان القيمة القانونية لها، وانتقلنا فيما بعد لنبين التعريف بالرقابة على دستورية القوانين الأساسية، و أوجه المخالفة الدستورية عند إصدارها.

(١) ومن أمثلة ذلك القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية " دستورية" التي اتصلت بها المحكمة الدستورية العليا المصرية من خلال الدفع أمام محكمة القضاء الإداري بعدم دستورية المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لعام ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية كونها تحرم بصورة مطلقة الأشخاص الذين تمت محاكمتهم أمام محكمة الثورة فيما عرف بـ ( قضية مراكز القوى عام ١٩٧١ " من الانتماء للأحزاب السياسية ومباشرة حقوقهم السياسية، وهو الدفع التي قدرت محكمة القضاء الإداري جديته لمخالفته للمواد (٥ و ٦٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ وانحراف المشرع في تقدير ذلك الحرمان بعد رفض جهة الإدارة قبول أوراقهم للترشيح لانتخابات مجلس الشعب... إلخ"، أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الثالث، من يناير ١٩٨٤ حتى ديسمبر ١٩٨٦ م - ص ٣٥٣، كما أن المادة الخامسة من دستور ١٩٧١ تنص على "يقوم النظام السياسي في جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب وذلك في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور، الجريدة الرسمية في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٧١ - العدد ٣٦ مكرر ( أ )، ص ١، وتنص المادة (٦٢) من نفس الدستور على "المواطن حق الانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون، ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني، وينظم القانون حق الترشح لمجلسي الشعب والشورى، وفقاً لأي نظام انتخابي يحدده، ويجوز أن يأخذ القانون بنظام يجمع بين النظام الفردي ونظام القوائم الحزبية بأي نسبة بينهما يحددها، كما يجوز أن يتضمن حداً أدنى لمشاركة المرأة في المجلسين، الجريدة الرسمية في ١٢ سبتمبر سنة ١٩٧١ - العدد ٣٦ مكرر ( أ )، ص ٤.

(٢) أبو مطر، محمد الوسيط في نظم الرقابة الدستورية القضاء الدستوري في فلسطين ومصر، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٣) غانم، هاني عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

## النتائج

- تختلف القيمة القانونية للقوانين والأنظمة الأساسية من دستور مرن إلى دستور جامد، فتمتع بمرتبة التشريع العادي في الدول ذات الدساتير المرنة نظراً لتشابه إجراءات تعديلها مع التشريعات العادية، وتتمتع بقيمة أعلى من التشريع العادي في الدول ذات الدساتير الجامدة لأنه أحاطها بإجراءات خاصة لتعلقها بمسائل ذات طبيعة دستورية.
- إن الرقابة المعمول بها في فلسطين رقابة اقتصرت على الرقابة الدستورية القضائية، التي تم استنباطها من خلال المادة (١٠٣) والتي تقضي بتشكيل جهة قضائية متمثلة بالمحكمة الدستورية العليا من أجل النظر في دستورية القوانين، بالإضافة إلى قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ بموجب نص المادة ٢٤.
- المطاعن الشكلية تكون سابقة على المطاعن الموضوعية حتى لو لم تثار المطاعن الشكلية أمام المحكمة واقتصرت على المطاعن الموضوعية، على عكس المطاعن الموضوعية التي لا يجوز إثارتها فيما إذا كان الطعن مقتصرًا على الإجراءات الشكلية.
- لا يجوز الطعن بالشكل والإجراءات استناداً إلى الدستور الجديد وإنما يكون بالاستناد للدستور الذي صدر في ظل القانون أو التشريع، على عكس إمكانية الطعن بهذا التشريع موضوعياً استناداً إلى الدستور الجديد وذلك استناداً لسمو الدستور، وهذا ما تؤكد أحكام القضاء الدستوري.
- ترداد رقابة القضاء الدستوري على المشرع عند تقييده دستورياً بمجموعة من الضوابط التي لا يجوز له الخروج عنها، وتقل هذه الرقابة عندما تكون السلطة الممنوحة للمشرع سلطة تقديرية.

## التوصيات

- إحاطة القوانين والأنظمة الأساسية بالتشريع الدستوري الفلسطيني بمزيد من الضمانات والإجراءات لتعلقها بمسائل ذات طبيعة دستورية التي من شأنها أن تؤثر على الواقع السياسي في الدولة، وذلك وفق المادة (١٩٥) من الدستور المصري المعدل عام ١٩٨٠، والمادة (١٢١) من دستور ٢٠١٤.
- الأخذ بالرقابة المختلطة بديلاً للرقابة القضائية التي من شأنها أن تكون رقابة من جهة قضائية وسابقة على عملية إصدار القوانين، فهنا في هذه الحالة تكون قد استفادت من الخبرة والكفاءة الموجودة في الهيئة القضائية وتكون قد عالجت القصور الشكلي أو الموضوعي بطريقة وقائية سابقة على صدور التشريع وهو ما أخذت به عدة تشريعات كالتشريع السوري.
- تعديل نص المادة (٢/٥) من قانون المحكمة الدستورية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ حتى تكون متوافقة مع نص المادة (٩٩) من القانون الأساسي الفلسطيني لعام ٢٠٠٣ وتعديلاته فلا يجوز لقانون يتولى الرقابة على دستورية القوانين أن يخالف الدستور نفسه.

## المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب:

- الأغا، "أحمد سعيد"، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الطبعة الثالثة، جامعة فلسطين، غزة، ٢٠١٦.
- الشاعر، أنور، محاضرات في القضاء الإداري، دون طبعة، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
- مفيد، أحمد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دراسة في الدولة والدستور وأنظمة الحكم الديمقراطي وآليات المشاركة السياسية، الطبعة الثانية، ٢٠١٥.
- زين الدين، محمد، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط١، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، دون سنة نشر.
- شبير، محمد، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، الطبعة الأولى، مكتبة الطالب - جامعة الأزهر، غزة، ٢٠٢١.
- رمضان، شعبان، الوسيط في القانون الدستوري، دون طبعة، دار النهضة العربية، ١٣ شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، مصر، ٢٠١٩، ص ٢٩٨.
- نصار، جابر، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- غانم، هاني، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم (٣) لسنة ٢٠١٦، الطبعة الثانية، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، غزة، ٢٠١٩.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني، القانون الدستوري - الدستور اللبناني، دون طبعة، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧.
- عبد الوهاب، محمد، القانون الدستوري " المبادئ الدستورية - دراسة النظام الدستوري المصري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الأزقطة، مصر، ٢٠٠٧.
- جمال الدين، سامي، القضاء الإداري "الرقابة على أعمال الإدارة" دراسة مقارنة، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- حسبو، عمرو أحمد، القوانين الأساسية المكملة للدستور، دون طبعة ومكان نشر، ٢٠٠٠.
- أبو مطر، محمد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية" الجزء الأول"، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، ٢٠١٨.
- أبو مطر، محمد، نظم الرقابة الدستورية " القضاء الدستوري في فلسطين ومصر دراسة تحليلية مقارنة"، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، الإمارات، ٢٠١٨.
- فكري، فتحي، القانون الدستوري "المبادئ الدستورية العامة"، شركة تاس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.
- النحال، محمد، محاضرات في القانون الدستوري والنظم السياسية، دون طبعة، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

- مزهر وليد، الأخرس عمر، الوجيز في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، غزة، ٢٠٢٠، ص ١٠٥.
- بوديار، حسني، الوجيز في القانون الدستوري، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون مكان نشر ودون طبعة، ٢٠٠٣.
- عبد السلام، عبد العظيم، الرقابة على دستورية القوانين، دون تاريخ نشر ودون طبعة، مطبعة حمادة، قويسنا.
- جعفر، محمد أنس، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة تطبيقية"، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩.
- السناري، محمد، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دون طبعة، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.
- الجمل، يحيى، رسلان، أنور، القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦.
- الجمل، يحيى، القضاء الدستوري، دون طبعة، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٦.
- الجمل، يحيى، القضاء الدستوري، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- شيحا، إبراهيم، القانون الدستوري، دون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.
- الحلو، ماجد، القانون الدستوري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- عبد المجيد، منير، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

#### ثانياً: رسائل الماجستير:

- هشام الزبيدي، هشام، رسالة ماجستير بعنوان مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق "دراسة مقارنة"، جامعة النهدين، العراق، ٢٠١٢.
- ربيع، رجب، رسالة ماجستير بعنوان الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية في النظام الفلسطيني "دراسة تحليلية مقارنة" في ضوء النظم القانونية والشريعة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٩.

#### ثالثاً: الأبحاث:

- أبو مطر، محمد، بحث بعنوان نطاق التشريعات الخاضعة لرقابة الدستورية وفقاً للقانون واجتهادات القضاء الدستوري في فلسطين "دراسة تحليلية"، جامعة الأزهر، غزة.
- أبو مطر، محمد، النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني ونطاق دستوريته، جامعة الأزهر، غزة.

## اتفاق التحكيم بين الرقابة القضائية السابقة له والرقابة القضائية اللاحقة وفقا لأحكام قانون

التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨

### Arbitration Agreement, between Previous Judicial Oversight and Subsequent Judicial Oversight in Accordance with the Provisions of the Amended Jordanian Arbitration Law No. 16 Of 2018

هنادي أسعد تيسير العمادي\*

#### المخلص

تبرز أهمية هذه الدراسة في بيان الدور الرقابي القضائي السابق لاتفاق التحكيم واللاحق له، ابتداءً من التثبت من وجود شرط التحكيم وصحته، وحتى الرقابة على دعوى بطلان حكم التحكيم. وتكمن خطورة الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم من خلال الموازنة بين اعتبارين: الأول يتمثل في احترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم، والثاني يمثل المصلحة الوطنية والنظام العام اللذين يستبعدان الاعتراف بقرار تحكيمي مشوب بعييب، أو مخالف للنظام والآداب العامة. ومن هنا ظهرت إشكالية هذه الدراسة فكان لا بد لنا من الوقوف عليها لتسليط الضوء على مفهوم الدور الرقابي القضائي على العملية التحكيمية. وتوصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها أن محكمتي التمييز والاستئناف اعتبرتا ومن خلال العديد من أحكامهما المتواترة أن رقابتهما على حكم التحكيم هي رقابة شكلية إجرائية، وخلصت الدراسة إلى عدة توصيات من أهمها إنشاء مركز تحكيم مؤسسي له نظامه وقواعده وإجراءاته بحيث تخضع الأحكام قبل صدورها عن المحكمين لنظام مراجعة مؤسسي لتقويمها بما يرفع من مستوى الأحكام الصادرة.

**الكلمات الدالة:** اتفاق التحكيم، الرقابة القضائية السابقة، الرقابة القضائية اللاحقة، دعوى بطلان حكم التحكيم.

#### Abstract

This study highlights the importance of this study in clarifying the judicial oversight role prior to and subsequent to the arbitration agreement, starting from verifying the existence and validity of the arbitration clause and even monitoring the claim of invalidity of the arbitral award. The danger of judicial oversight over the arbitration agreement lies in balancing two considerations: the first is to respect the will of the parties to the dispute that preferred to resort to arbitration, and the second represents the national interest and public order, which exclude recognition of a defective arbitral award, or contrary to public order and morals. Hence the problem of this study arose, and it was necessary for us to tackle it to shed light on the concept of the judicial oversight role on the arbitral process. This study reached a set of results, the most important of which is that the Courts of Cassation and Appeal considered, through many of their frequent rulings, that their oversight of the arbitral award is a formal, procedural oversight. The Study concluded a number of recommendations, the most important of which is establishing an institutional review center with its own rules and procedures whereby judgments undergo- before their issuance- an institutional review to evaluate them in such a way that raises the level of judgments issued.

**Keywords:** Arbitration Award, Pre-Judicial Oversight, Post-Judicial Oversight, Claim for Nullity of the Arbitral Award

## المقدمة

يعدّ القضاء صاحب الولاية العامة في الدولة من أجل الفصل في المنازعات التي تحصل بين الأشخاص على مختلف فئاتهم ويستمد القضاء هذه الولاية من الدستور والقانون. والمشرع الأردني كسائر التشريعات العربية والدولية الأخرى سمح لطرفي التحكيم بالاتفاق على أن تقضّ منازعاتهم بواسطة أشخاص يسمّون (محكمون) ويتم اختيارهم كأصل عام من قبل الخصوم أنفسهم ليفصلوا في النزاع بقرار ملزما لهما له الطابع القضائي.

والدولة مقابل هذا الاعتراف لا تتنازل عن أداء وظيفة تحقيق العدالة التي هي مظهر من مظاهر السيادة، وبالتالي لا بدّ لها من تحقيق الضمانات الأساسية التي تكفل للتحكيم القيام بدوره دون انحراف ويكون ذلك بإخضاع إجراءات وأحكام المحكمين لرقابة القضاء، وبالتالي فإن الدور الذي يؤديه قضاء الدولة تجاه التحكيم لا يقتصر على دور الرقابة والإشراف على إجراءات التحكيم بل يشمل دور المساعدة والمؤازرة، فهناك أمور لا تستطيع هيئة التحكيم أن تقوم بها على انفراد لافتقارها إلى سلطة الجبر والإلزام وبالتالي لا غنى لهيئة التحكيم عن الاستعانة بشأنها بقضاء الدولة. وضمن هذا السياق فليس للقاضي أن ينظر نزاعا خاضعا لاتفاق تحكيمي وإذا ما دفع أمامه بمثل هذا الأمر فيجب عليه أن يقوم بردّ الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة (١٢/أ) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى".

وباستعراض نصوص قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ نجد أن المشرع قد حدد وبشكل واضح وصريح متى تتدخل المحاكم الأردنية خلال مرحلة ما قبل صدور حكم التحكيم حماية لمبدأ استقلال هيئة التحكيم. إلا أن السلطة الرقابية للقضاء تزداد اتساعا عقب صدور حكم التحكيم إذ إنه بمجرد صدور حكم التحكيم تنتهي خصومة التحكيم وتستنفذ هيئة التحكيم ولايتها، ويتمتع الحكم الذي تصدره بحجية الأمر المقضي به بالنسبة لوقائع النزاع وبالنسبة للأطراف ولهيئة التحكيم وبالتالي لا يكون للسلطة الرقابية التي تمارسها المحاكم على أحكام المحكمين خلال هذه المرحلة أي مساس بمبدأ استقلال هيئة التحكيم.

## إشكالية الدراسة:

تتلخص مشكلة الدراسة في بيان صور الرقابة القضائية السابقة لحكم التحكيم، والرقابة في أثناء تنفيذ حكم التحكيم، إلى أن يتم صدور حكم التحكيم فإما أن يتم تنفيذه أو يتم الطعن به بدعوى بطلان حكم التحكيم، ولبيان ماهية وصور هذه الرقابة فلا بدّ من إجمال إشكالية الدراسة بالتساؤلات التالية:

- ١- هل هناك رقابة قضائية سابقة ولاحقة قبل صدور حكم التحكيم وبعده وما هي صورها؟
- ٢- هل هناك رقابة قضائية في أثناء تنفيذ العملية التحكيمية وما هي صورها؟
- ٣- هل فرّق قانون التحكيم الأردني بين التحكيم التجاري والتحكيم المدني أو بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي كسائر التشريعات المختلفة؟
- ٤- لماذا تتعرض أحكام التحكيم إلى البطلان؟ وما هي الحالات والأسباب التي تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم؟



٥- ماذا لو تمّ حكم التحكيم خارج المملكة أو كان مقره خارج المملكة وطبق عليه قانون التحكيم الأردني باختيار الأطراف له فهل يكون خاضعاً لدعوى بطلان حكم التحكيم في الأردن، أو يعامل كحكم تحكيم أجنبي يتطلب الإكساء سناً لأحكام قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية؟

#### أهمية الدراسة:

التحكيم قضاء خاص يلجأ إليه الأطراف للتحري من القضاء العادي وما به من إجراءات وتعقيدات أحياناً، وإذا كان التحكيم قضاء خاصاً فإن ذلك لا يعني أن كل ما يصدره المحكم من أحكام صحيحة فقد يشوب ذلك الحكم ما يجعله محلاً للطعن، وتتطلب العدالة وجود نوع من الرقابة على ذلك الحكم في حدود معينة. ومن هذا المنطلق تبرز أهمية موضوع بطلان حكم التحكيم في التعرف على الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى بطلان هذا الحكم، فطبيعة هذه الأحكام المستمدة من اتفاق الأطراف على تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع ومنح المحكم سلطة إصدار أحكام تختلف في طبيعتها عن الأحكام الصادرة من القضاء، هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فإننا نجد أن المحاكم قد ازدحمت بالدعاوى التي ترفع بشأن بطلان حكم التحكيم نتيجة لازدياد اتباع هذا الطريق وتفضيله على طريق القضاء لما يتميز به من مميزات خاصة.

#### أهداف الدراسة:

- ١- بيان ماهية الرقابة القضائية السابقة واللاحقة على اتفاق التحكيم.
- ٢- بيان ماهية الرقابة القضائية في أثناء العملية التحكيمية.
- ٣- بيان الفرق بين مفهوم حيده المحكم واستقلالته عن حيده واستقلال القاضي.
- ٤- بيان ماهية الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق الطعن به بدعوى البطلان وبيان المحكمة المختصة بنظرها والحالات التي تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم التي أشارت إليها المادة ٤٩ من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨.
- ٥- بيان ماهية الرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم من خلال تنفيذه، وبيان ماهية القواعد الخاصة التي نص عليها قانون التحكيم الأردني نص في المادة (٦) منه.

#### منهجية الدراسة:

فيما يتعلق بالمنهج المتبع في سبيل التعامل مع موضوع البحث فيتجلى في منهج البحث العلمي (المنهج الوصفي التحليلي) المتمثل باستقراء الأحكام القانونية، ومن ثم تحليل ما جاء فيها في سبيل وضع تقييم منطقي للمسائل محل البحث.

## المبحث الأول

### الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم

إن القضاء بصفته حاميا للعدالة لا بد أن يراقب مدى توافق العملية التحكيمية مع الاعتبارات الأساسية للعدالة وعدم خرقها لقواعد النظام العام أو تجاوزها للمشروعية. وسنتناول الحديث في هذا المبحث عن دور الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم المحكمين في **المطلب الأول** وفي **المطلب الثاني** سنتناول الحديث عن صور الرقابة القضائية التي تتعلق بهيئة التحكيم.

#### المطلب الأول

#### الرقابة القضائية السابقة على صدور حكم المحكمين

من المعلوم أنه لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها قانون التحكيم إلا في الأحوال المبينة فيه، وذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على إجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسبا لحسن سير عملية التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة (٨) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ " لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبينة فيه وذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على إجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسبا لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد أو خبير أو الأمر بإحضار مستند أو صورة عنه أو الاطلاع عليه أو غير ذلك".

وهناك العديد من الإجراءات التي تقوم بها المحكمة المختصة في سبيل السير بنزاع التحكيم ومساعدة المحكمين لاتخاذ قرارهم بخصوص الدعوى المقامة لديهم ومن هذه الإجراءات (وتعدّ في بعض الأحيان صورا للرقابة القضائية المتعلقة بإجراءات التحكيم):

#### أولاً: الرقابة القضائية على التثبت من وجود اتفاق تحكيم

يقع على عاتق المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برّد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى وذلك وفقا لأحكام المادة (١٢/أ) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ وهذا الدفع يرفع يد المحكمة عن الدعوى كونها غير مختصة بنظر النزاع، فالأصل أن القضاء هنا لا يراقب صحة اتفاق التحكيم بل يكتفي بالتحقق من وجوده فقط. ولا يمنع رفع الدعوى الموضوعية أمام القضاء بهذا الشكل دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

وقد استقرت الاجتهادات القضائية على هذا الأمر حيث تواترت أحكام محكمة التمييز الموقرة لذلك<sup>(١)</sup> التي تستند إلى التثبت فقط من وجود شرط التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام أو بطلانه بطلاناً ظاهراً، فالمحكمة لا

(١) قرارات محكمة التمييز ذوات الأرقام ٢٠١٢/٥٩١، ٢٠٠٩/٨٢٣، ٢٠٠٨/١٨٢، ٢٠٠٨/١١٤.

"وبالرجوع إلى المادة (٢٢) من الاتفاقية المذكورة نجد أنها تقضي تحت عنوان تسوية النزاعات بأنه إذا حدث نزاع بين الحكومة والأكاديمية بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق أو أي اتفاق ملحق بهذا الاتفاق أو تعديله إذا لم يتم تسويته بين الطرفين بالمفاوضة أو أي طريق من طرق التسوية يتفق عليها

تبحث بعمق لتثبت من صحة أو بطلان الاتفاق وإنما من وجوده فقط. ويترتب على وجود اتفاق التحكيم وفقاً لما استقر عليه الفقه واجتهاد القضاء حرمان الأطراف من اللجوء للقضاء بناء على تنازلهم المسبق عن هذا الحق<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن إثارة أي دفع بعدم صحة أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم يتم نظره من قبل هيئة التحكيم أو من المحكمة لاحقاً عند نظرها دعوى البطلان وليس مسبقاً من القضاء عدا التحقق من وجود الشرط. وفي هذا السياق يطرح التساؤل الآتي: ماذا لو تم الاتفاق على التحكيم في أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة هل تستمر المحكمة في نظر النزاع أو تحيل هذا النزاع إلى التحكيم؟

أجاب قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ على ذلك في المادة (١٠/ج) منه التي نصت: "إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

#### ثانياً: المساعدة القضائية في تنفيذ طلبات التحكيم

قد تضطر هيئة التحكيم إلى اتخاذ إجراءات قضائية معينة متعلقة بالنزاع المقام لديها ومن ذلك دعوة شاهد أو خبير أو تقديم مستندات معينة موجودة لدى شخص ثالث وفي مثل هذه الحالة لا تستطيع هيئة التحكيم تنفيذ هذه الطلبات بالإجبار مما يضطرها إلى اللجوء للقضاء لطلب المساعدة لما لها من قوة في طلب التنفيذ وصلاحيه في إيقاع الجزاءات في حالة عدم التنفيذ وقد نصت المادة (٨) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ على مثل هذه الحالة واعتبرت تدخل المحكمة من قبيل المساعدة.

وعلى هذا قضت محكمة التمييز الأردنية " وحيث إن هيئة التحكيم توصلت بقرارها إلى أن قطعة الأرض رقم (٣٤٦٦) عائدة لشركة دحدل الصناعية وأنها سجلت بأسماء الشركاء لأسباب خاصة وقررت بيع هذه القطعة وتوزيع ثمنها عن طريق دائرة التنفيذ. وأن اتفاقية التحكيم اشتملت في البند السابع بأن لهيئة التحكيم الاستعانة بخبير أو أكثر في أي مجال آخر ترى ضرورة له وخاصة في مجال الأراضي والعقارات وتقدير قيمتها وطريقة القسمة حسب النسب المذكورة أعلاه فيكون قرار هيئة التحكيم الذي اكتسب الدرجة القطعية لا يجوز الطعن به حسب أحكام المادة (٥١) من قانون التحكيم وأصبح قضية مقضية بالمعنى المقصود في المادة (٤١) من قانون البيئات وتكون دعوى إزالة الشيوخ غير مقبولة. وحيث توصلت محكمة الاستئناف لخلاف ما توصلنا إليه فيكون قرارها مستوجباً للنقض لمخالفته للقانون والأصول مما يتعين نقضه"<sup>(٢)</sup>.

بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أعضاء تعين أحدهم دولة المقر والثاني تعينه الأكاديمية والثالث يختاره العضوان الآخران وإذا لم يتفق العضوان على اختيار العضو الثالث فإن تعيينه يتم بواسطة رئيس محكمة بداية عمان. وحيث إن المادة (١٢/أ) من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ تقضي بأن على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى. وحيث إن النزاع المرفوع في هذه الدعوى يوجد بشأنه اتفاق تحكيم وأن المدعى عليهم تقدموا بطلب لرد الدعوى قبل الدخول في أساسها فإن ما انتهى إليه القرار المطعون فيه يتفق وحكم القانون مما يتعين رد أسباب الطعن. لهذا نقرر رد الطعن التمييزي وتأييد القرار المطعون فيه وإعادة الأوراق إلى مصدرها".

(١) حداد، حمزة (٢٠٠٧)، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، ط ١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

(٢) الحكم رقم ٢٠١٣/١٨١٩ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١٠/٩.

**ثالثاً: اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية**

تعدّ مسألة من يملك الاختصاص باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية ذات الطبيعة المستعجلة في المنازعات المتفق عليها على التحكيم من المسائل المهمة في التحكيم، فإذا كان من المتفق عليه أن اتفاق التحكيم يمنع القضاء العادي من نظر النزاع المتفق على طرحه على هيئة التحكيم فإن المختلف فيه هو نطاق هذا الأثر، فهل يقتصر أثر اتفاق التحكيم على سلب موضوع النزاع من سلطة القضاء العادي أو يمتدّ ليشمل سلطة القضاء المستعجل؟ وأياً كانت الإجابة، فهل تملك هيئة التحكيم أيضاً أثناء عملية التحكيم اتخاذ قرار مستعجل أو أن الأمر خارج عن اختصاصها؟ وهل يجوز الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في المسائل المستعجلة أو أن هذه المسائل من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها؟

من خلال استقراء أحكام قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ نلاحظ أن المادتين (١٣) و (٢٣) منه أجابتا على هذه التساؤلات بحيث بيّنت أن اتفاق التحكيم لا يمنع أي طرف من الأطراف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء بإجراءات التحكيم أو في أثناء سيرها اتخاذ أي إجراء وقائي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها. ومن خلال الرجوع إلى نص المادة (١٣) من القانون السالف ذكره فإننا نجد بأنه قد أعطى لقاضي الأمور المستعجلة صلاحية اتخاذ أي إجراء وقائي أو تحفظي أثناء نظر الخصومة التحكيمية، وبالتالي فإن الدور الذي يؤديه قضاء الدولة تجاه التحكيم لا يقتصر على دور الرقابة والإشراف على إجراءات التحكيم بل يشمل دور المساعدة والمؤازرة، فهناك أمور لا تستطيع هيئة التحكيم أن تقوم بها على انفراد لافتقارها إلى سلطة الجبر والإلزام وبالتالي لا غنى لهيئة التحكيم عن الاستعانة بشأنها بقضاء الدولة.

**والتساؤل الذي يمكن أن يثار أيضاً في هذا الموقع: إذا ما تم اتخاذ إجراءات وقتية مستعجلة من قبل قاضي الأمور المستعجلة، فما هي المدة الواجب على الخصم إقامة دعواه التحكيمية فيها؟**

لا مجال هنا لتطبيق أحكام المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية بهذا الخصوص لصعوبة تشكيل هيئة التحكيم خلال المدة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية بإقامة الدعوى خلال (٨) أيام بخلاف المحكمة العادية المشكلة مسبقاً، إضافة لذلك فإن قانون التحكيم لم يرد به نص خاص على إقامة الدعوى التحكيمية بعد اتخاذ الإجراء المستعجل ولا مجال للتوسع والقياس على قانون أصول المحاكمات المدنية على اعتبار أن للأطراف حق اختيار قانون الإجراءات.

**رابعاً: الرقابة القضائية على تمديد مدد التحكيم**

يقع على عاتق هيئة التحكيم إنهاء التحكيم وإصدار الحكم المنهني للخصومة كلها خلال الموعد المتفق عليه بين أطراف التحكيم ابتداءً، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق يجب أن يصدر الحكم خلال (١٢) شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، فإذا لم ينته التحكيم بإصدار حكم في هذه الفترة لأي سبب كان يجوز لهيئة التحكيم تمديد هذه المدة إلى مدة لا تزيد على (٦) أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧/أ) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ التي جاء فيها:

١. على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

٢. وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمراً لتحديد موعد إضافي أو أكثر أو بإنهاء إجراءات التحكيم، فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الإجراءات يكون لأي من الطرفين رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

وباستقراء المادة الآنفة ذكرها وتحليل مفرداتها الواردة في نص الفقرة (أ) نلاحظ أن المشرع استخدم مفردتين الأولى (على) والثانية (وجب) الأمر الذي يستدل منه أننا أمام نص أمر، بمعنى أنه تضمن قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على خلافها. كما يفهم أيضاً من سياق النص أن المشرع منح هيئة التحكيم صلاحية تمديد الميعاد إذا استشعرت أن هذا الميعاد ليس كافياً لإصدار الحكم المنهي للخصومة كلها سواء كان هذا الميعاد محدداً باتفاق الطرفين أو بنص القانون في حالة عدم وجود اتفاق بينهما على هذا الميعاد وفق ما جاء في عجز الفقرة (أ) من هذا النص، وهي مدة لا تتجاوز ستة أشهر إلا إذا اتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك وهذا يعني أن الحكم الذي يصدر بعد انتهاء الميعاد يعتبر حكماً باطلاً، وفي حال قررت هيئة التحكيم تمديد المدة فيجب أن يصدر قرارها بالتمديد قبل انقضاء الميعاد وإلا سقطت سلطة المحكمين. ولكن ماذا لو انقضى الميعاد المحدد اتفاقياً أو قانونياً أو بقرار هيئة التحكيم دون أن يصدر الحكم المنهي للخصومة كلها؟

أجابت على ذلك الفقرة (ب) من المادة (٣٧) سائلة الإشارة بقولها (جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمراً لتمديد موعد إضافي أو أكثر أو بإنهاء إجراءات التحكيم...) يلاحظ من نص هذه الفقرة أن المختص بنظر هذا الطلب هو رئيس محكمة الاستئناف حصراً فإذا وجد أن هناك ظرفاً تستدعي منح مهلة إضافية لطبيعة النزاع مثلاً له أن يأمر بتحديد ميعاد إضافي، أما إذا لم يجد مبرراً فله أن يرفض الطلب ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الأمر هنا لا يتعلق بتمديد ميعاد التحكيم وإنما بمنح ميعاد جديد ولهذا فإن منح مثل هذا الميعاد لا يطلب إلا بعد انقضاء ميعاد التحكيم.

كما يحق لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة الاستئناف إنهاء إجراءات التحكيم لعدم صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها في الميعاد المحدد، وإذا لم يتقدم أي من الطرفين بطلب لمنح ميعاد إضافي وجب عندئذ إصدار الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم. ويلاحظ أيضاً أنه لا يجوز قبول طلب إنهاء إجراءات التحكيم إلا بعد انقضاء الميعاد الأصلي أو الإضافي دون صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها. ويستفاد مما تقدم أن رئيس محكمة الاستئناف ينحصر اختصاصه في منح موعد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم وليس أمامه خيار آخر. وعلى ضوء ذلك فإنه إذا انقضى ميعاد التحكيم سواء كان ذلك بالاتفاق أو بنص القانون أو بقرار الهيئة (وسواء أكان الميعاد الأصلي أم الميعاد بعد تمديده قبل صدور الحكم المنهي للخصومة) سقط اتفاق التحكيم ولا يكون لهيئة التحكيم ولاية الاستمرار في التحكيم، وإذا صدر الحكم بعد انقضاء الميعاد فإنه يكون باطلاً لصدوره ممن ليس له

ولاية إصداره وتتوافر عندئذ الحالة التي تجيز فيها المادة (٤٩/أ) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ رفع دعوى البطلان لسقوطه بانتهاء مدته<sup>(١)</sup>.

وهذا ما نصت عليه محكمة التمييز "وعن السبب الثالث ومفاده تخطئة هيئة التحكيم لمخالفتها نص المادة (٣٧/ب) من قانون التحكيم من حيث عدم التزام هيئة التحكيم بالمدة القانونية للتحكيم. وفي ذلك نجد أن هذا السبب في غير محله ذلك أن هيئة التحكيم تجاوزت المدة المقررة لإصدار الحكم المنهي للنزاع لغايات المصالحة بناء على طلب الطرفين وكانت تتخذ قراراً بتمديد هذه المدة مما يستتبع معه رد هذا السبب"<sup>(٢)</sup>.

### خامساً: تدخل المحكمة في المسائل الأولية بناء على طلب من هيئة التحكيم

قد تقع خلال الإجراءات أمام المحكمين أمور تخرج عن سلطتهم فيتعين اللجوء إلى المحكمة في شأنها وعندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى الفصل فيها، حيث نصت المادة (٤٣) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ على "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم أو تم الطعن بالتزوير في ورقة قدمت لها واتخذت إجراءات جزائية بشأن تزويرها أو بشأن أي فعل جزائي آخر، يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجزائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا وقفت الإجراءات حتى يصدر حكم قطعي في موضع النزاع ويترتب على ذلك وقف سريان الموعد المحدد لإصدار حكم التحكيم." فمثلاً قد يطعن بالتزوير في ورقة قدمت لهيئة التحكيم يتوقف الحكم على الفصل بها.

## المطلب الثاني

### صور الرقابة القضائية التي تتعلق بهيئة التحكيم

#### أولاً: الرقابة على تعيين المحكم

نصت المادتان (١٤) و (١٦) من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ على كيفية تشكيل هيئة التحكيم بإحدى الطريقتين:

#### الطريقة الأولى: قيام الخصوم باختيار هيئة التحكيم

وهو ما يسمى (بالتعيين المباشر للأطراف) أي أن لطرفي التحكيم حرية اختيار المحكمين مهما كان عددهم فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكماً ويتفق المحكمان المعيّنان على تعيين المحكم الثالث. أو عن طريق (التعيين غير المباشر) وذلك بالرجوع إلى مركز تحكيم. الطريقة الثانية: تدخل القضاء بتشكيل هيئة التحكيم من خلال طلب يقدم للمحكمة المختصة التي تصدر قرارها بتشكيل هيئة التحكيم.

فإذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكمين، يتم تعيينهم من قبل رئيس المحكمة في الحالات الواردة في المادة (١٦) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ وتتمثل هذه الحالات بـ :

(١) انظر الحكم رقم ٢٠٢٠/١٦٩٧ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٦/٢٨.

(٢) انظر الحكم رقم ٢٠٢٠/٣٥٥٢ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/١١/٢.



- **الحالة الأولى** إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من **محكم واحد**، ففي هذه الحالة تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أحد الطرفين. **وبهذا قضت محكمة التمييز** " إذا اتفق الطرفان على إحالة موضوع الدعوى للتحكيم إلى محكم واحد منفرد واتفقا على اسمه وعملا بأحكام المادة (١٦) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ اعتبار هذا المحكم محكماً منفرداً في هذه الدعوى وذلك للسير بإجراءات التحكيم، على أن يراعي أحكام قانون التحكيم وشروط العقد موضوع النزاع وأحكام المادتين (٣٧،٣٨) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ وعلى أن يقوم المقدر بتقدير أتعابه في هذا الجانب وتبليغ المحكم حسب الأصول".<sup>(١)</sup>
- **الحالة الثانية** إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من **ثلاثة محكمين** ولم يعين أحد الطرفين محكّمه خلال (١٥) يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر تتولى المحكمة المختصة في هذه الحالة تعيينه بناء على طلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للذي اختاره المحكّمان المعيّنان أو الذي عينته المحكمة.
- **الحالة الثالثة** إذا لم يتفق المحكّمان المعيّنان على اختيار المحكم الثالث خلال (١٥) يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أي من الطرفين وتكون رئاسة هيئة التحكيم للذي اختاره المحكّمان المعيّنان أو الذي عينته المحكمة. وقد أوجبت المادة (١٦) من ذات القانون على أن تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان، كما بيّنت أيضاً المادة (١٦) من ذات القانون أنه على المحكمة إصدار قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة، وبيّنت أن مثل هذا القرار لا يكون قابلاً للطعن فيه بأي من طرق الطعن.

#### ثانياً: الرقابة على طلب ردّ المحكم

ابتداءً سنعرض النصوص التشريعية التي تحكم طلب ردّ المحكم من ناحية الأسباب والإجراءات والجهة المختصة بالبتّ. لقد نظمت نصوص القانون الأردني الرقابة على طلب ردّ المحكم، وقد قصرت المادة (١٧) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ جواز ردّ المحكم لقيام ظروف جدية تثير شكوكاً حول حيده واستقلاله.

**وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية** " خالف الحكم الطعين المادة (٤٩/ب/٦ و٧) على الصفحة (٤٢) برده على دفع المستدعية وخرج عن حيادته واستقلالته ونصب نفسه مدافعاً عن المستدعي ضده ذلك أن جميع الردود لم تأت على لسان المستدعي ضده ولا هي مدعومة ببينات أصولية، وأن تخريج القضية بهذه الصورة بدءاً من الصورية التي استولدتها هيئة التحكيم من الغيب مروراً بأن المستدعية وكيلاً ونائباً عن المستدعي ضده مروراً بالحكم على ميزانية تقديرية وصولاً إلى أن المستدعية نائباً عن المستدعي ضده لنصل إلى الفقرة الحكمية التي بنيت على افتراضات غير قانونية الأمر الذي يجعل الحكم الطعين مستوجباً للإبطال"<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر الحكم رقم ٢٠٢٠/٥٢٩٠ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٢/١٥.

(٢) الحكم رقم ٢٠٢٠/٢٠٩٣ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٧/٨.



كما حظرت هذه المادة على الطرف الذي عين محكماً أو اشترك في تعيينه ردّ المحكّم إلا لسبب تبين له بعد هذا التعيين، وهذا ما أشار إليه عجز الفقرة (ب) من المادة (١٧) من القانون السالف الذكر.

في حين نظمت المادة (١٨) من ذات القانون إجراءات الردّ عندما بيّنت المحكمة المختصة بنظر طلب الردّ وهي محكمة الاستئناف، ولكنها حرصاً على عدم إعاقة العملية التحكيمية أو استغلال هذه الرخصة أو إساءة استعمالها للمماطلة ولإعاقة الفصل في النزاع نصت على عدم وقف إجراءات التحكيم أثناء نظر الطلب.

ولا بدّ من الإشارة إلى أن القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ المعدّل لقانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ تضمن تعديلاً سواء بخصوص الإجراءات أو أسباب طلب الرد حيث عدلت المادة (١٥) بإضافة كلمة "جدية" بعد الشكوك، كما عدّلت نص المادة (١٦) حيث أصبحت توجب تقديم طلب الرد كتابة للهيئة ابتداءً وفي حال عدم تنحي المحكّم فيتعيّن عليه أن يقدم جوابه على طلب الرد وبيناته، وتحيل الهيئة طلب الرد إلى محكمة الاستئناف التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم وهذا النص المعدل يعني عدم اختصاص المحكم، وبذلك فإنه سدّ ثغرة حيث إن النص السابق قبل التعديل كان يختصم فيه المحكّم أمام محكمة الاستئناف مما يعني تولّد خصومة قضائية للمحكم مع أحد الأطراف ما يضيف ظللاً من الشك على حيده المحكّم في حال عدم رده واستمراره نظر النزاع بعد اختصاصه سابقاً من أحد الأطراف.

#### • أسباب الردّ وفقاً لقانون التحكيم الأردني

أما عن أسباب الردّ فتكون وفقاً للظروف التي تثير سلوكاً حول الحياد والاستقلال، وهذا أمر مرّن يختلف من حالة إلى أخرى بحكم الحياد والاستقلال وله معانٍ كثيرة للتحليل إلا أنه لا يمكن التوصل لاستقلالية وحياد المحكّم من خلال مظاهر وظروف خارجية مثل ارتباطه بعلاقة عداوة مع الخصوم. وفي هذا السياق لا بدّ من طرح تساؤل مهم حول ماهية الفرق بين حيده المحكّم واستقلالية القاضي، فهل هناك فرق فيما بينهم؟

إن مفهوم حيده المحكّم واستقلاليته تختلف عن حيده واستقلال القاضي لأن مبدأ الحياد في القضاء ينبغي أن يسود كل نواحي الخصومة القضائية، وإن الإخلال بهذا المبدأ قد يؤدي إلى إفراغ مبدأ الحيده من مضمونه وهذا ما يعرف باستقلال القاضي، والمقصود بذلك هو استقلال القاضي عن الخصوم وعن الغير أصحاب المصلحة في النزاع والاستقلال بشكل عام يدفع مظنة التأثير على القاضي وهو أمر يدعم ويوفر الحيده المطلوبة.

في حين يختلف الأمر في مجال التحكيم ولو قليلاً ذلك أن أمر استقلال المحكّم عن أطراف التحكيم غير ضروري وليس لازماً دائماً. كما قد يكون للاستقلال في التحكيم مفهوم مختلف عنه في القضاء، وبالتالي لا يمكن اعتبار المحكّم من الناحية الفنية والواقعية قاضياً حتى بالنسبة إلى النزاع التحكيمي المعروض عليه ومن ثم لا ينطبق على المحكم قواعد قضاء الدولة. ولأن المحكّم غير (القاضي) ولأن التحكيم غير (القضاء) فقد غاير المشرع الأردني بين القضاة والمحكمين فيما أورده بأسباب عدم صلاحية القضاة وردهم وتحتيهم الواردة في المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية في حين أورد المشرع بالمادة (١٧) من قانون التحكيم بالنسبة لردّ المحكمين حيث سلك طريق الإجمال والعمومية، الذي يفهم من هذه النصوص أن ما يفقد المحكّم صلاحية نظر الدعوى التحكيمية يختلف بالضرورة عن أسباب عدم الصلاحية الواردة في شأن القضاة.

وأما ما ذهب إليه الفقه والقضاء بهذا الشأن بأن المقصود بالاستقلال وفقاً لما ذهب إلى تعريفه الفقه " ألا يكون للمحكم أية صلة أو ارتباط بموضوع النزاع أو بأحد المحتكمين أو بممثلهم قد تدفعه للتحيز". كما ألزم القانون

الشخص الذي تم اختياره محكماً أن يوضح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها المساس بحيدته أو إثارة الشكوك حولها. وأنه يتوجب التمييز بين حياد المحكم واستقلاله.

بالرغم من محاولة بعضهم التمييز بين الحيادة والاستقلال بالقول إن عدم الحيادة يمثل موقفاً شخصياً لتعلقه بالعاطفة التي ترجع إلى علاقة المحكم بأحد الخصوم كالمودة والكراهية، في حين يمثل عدم الاستقلال موقفاً موضوعياً يرجع إلى الضغط الذي قد يبشره الخصم على المحكم.<sup>(١)</sup> إلا أن المعمول عليه في رد المحكم هو أمر واحد يتمثل في ترجيح عدم استطاعة الحكم بغير ميل وسواء بعد ذلك رجح هذا الميل إلى عدم حياده أو عدم استقلاله.<sup>(٢)</sup>

#### • الإجراءات المتبعة في حال تقديم طلب الرد

نصت المادة (١٨) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ على هذه الإجراءات وهي:

- ١- تقديم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم.
- ٢- ضرورة بيان أسباب الرد خلال (١٥) يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد.
- ٣- إشعار المحكم بالطلب.
- ٤- في حالة عدم تنحي المحكم المطلوب رده فعليه أن يقدم جوابه على طلب الرد والبيانات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وعلى هيئة التحكيم في هذه الحالة بناء على طلب طالب الرد إحالة الطلب مع جواب المحكم المطلوب رده إن وجد إلى المحكمة المختصة للبت فيه.
- ٥- ينظر طلب الرد من المحكمة المختصة تدقيقاً ما لم تقرر خلاف ذلك وعليها أن تفصل فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وروده لقلماها، ويكون قرارها غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.

#### • الأثر الذي يترتب على تقديم طلب الرد

يستفاد من الفقرة (د) من المادة (١٨) من قانون التحكيم المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ أن المشرع أراد أن لا يؤثر تقديم طلب رد المحكم على إجراءات التحكيم ويكون سبباً معيقاً لها، وأن على المحكم في هذه الحالة الاستمرار في إجراءات التحكيم إلى نهايتها وأن يصدر القرار الذي يراه مناسباً في موضوع التحكيم. ويتوقف الأثر على احتمالين:

- في حالة رفض طلب رد المحكم تعتبر جميع الإجراءات التي تمت من قبل المحكم صحيحة.
- وفي حالة قبول طلب رد المحكم تعتبر إجراءات التحكيم التي شارك فيها بما فيها حكم التحكيم النهائي كأن لم تكن ولهيئة التحكيم بتشكيلها الجديد اعتماد أي من الإجراءات السابقة، على أن يبقى تعيين رئيس هيئة التحكيم الذي شارك في اختياره المحكم المحكوم برده صحيحاً.

إلا أنه عند تقديم دعوى بطلان حكم التحكيم فإن المحكمة المختصة في هذه الدعوى لا تستطيع الفصل فيها إلا بعد الفصل في طلب رد المحكم واكتساب الحكم الصادر فيه الدرجة القطعية، ذلك لأن من الحالات التي يجوز

(١) المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة (٢٠٠٦)، دار الكتب القانونية، ص ١٨٤.

(٢) انظر الحكم رقم ٢٠١٨/٧٠٥٢ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية - الصادر بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٨.

فيها قبول دعوى بطلان حكم التحكيم حالات تتعلق بشخص المحكم أو هيئة التحكيم وطريقة تعيين أي منهما مما يجعل الفصل في دعوى البطلان قبل الفصل في طلب ردّ المحكم واكتساب الحكم الصادر فيه الدرجة القطعية سابقاً لأوانه، الأمر الذي يوجب على محكمة التمييز أن تؤخر الفصل في هذه الدعوى إلى حين الفصل في طلب ردّ المحكم واكتساب هذا الحكم الدرجة القطعية.

### ثالثاً: الرقابة على عزل المحكم

العزل إما أن يكون عزلاً اتفاقياً أو عزلاً قضائياً وهذا ما أشارت إليه المادة (١٩) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ التي نصت "إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله، يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن". ويستفاد من هذه المادة أن للمحكمة السلطة في إنهاء مهمة المحكم وفقاً لشروط وإجراءات معينة وأنه لا يجوز الطعن في هذا القرار. كما أنه إذا انتهت مهمة المحكم بإصدار حكم برده أو عزله أو تحييه أو وفاته أو عجزه أو لأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.

وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز "وعن أسباب بطلان قرار التحكيم أولاً: أن قرار التحكيم مستوجب الإبطال لمخالفته لأحكام المادة (19) من قانون التحكيم رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠١ حيث تجد محكمتكم أن هيئة التحكيم كانت قد شكلت بتاريخ ٢٠١٥/٦/٧ وكانت مكونة من كل من عطوفة محمد الغزو الذي كان آنذاك محامياً مزاولاً بالإضافة للمحامي الأستاذ محمد الحموري والمستشار الدكتور تحسين القطاونة. إلا أنه وبصدور الإرادة الملكية السامية بتاريخ ٢٣ / ٥ / ٢٠١٧ والذي عيّن بموجبها المحامي محمد عوده صالح الغزو رئيساً لمحكمة التمييز/ رئيساً للمجلس القضائي وبالتالي فقد تعذر على رئيس هيئة التحكيم أداء مهمته و/ أو انقطع عن أدائها بحكم أنه أصبح رئيساً للمجلس القضائي حيث كان على المحكمة المختصة إعطاء القرار بإنهاء مهمة رئيس هيئة التحكيم بناء على طلب أي من الطرفين عملاً لنص المادة (١٩) من قانون التحكيم ومن ثم وجب عليها تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته عملاً لنص المادة (٢٠) من قانون التحكيم أي أن المحكمة المختصة هي من تقوم بهذا التعيين". وباستقراء قرار هيئة التحكيم نجد أن القرار الصادر عن هيئة المحكمين لم يوضح الطريقة التي تم اختيار العضو البديل المحامي الأستاذ نعيم المدني، وفيما إذا تم تعيينه بواسطة المحكمة المختصة وفيما إذا صدر قرار من المحكمة المختصة بإنهاء مهمة رئيس الهيئة السابق ويكون قرار هيئة التحكيم باطلاً من هذه الناحية" (١).

(١) الحكم رقم ٢٠١٨/١٤١٧ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٤/١٦.

## المبحث الثاني

### الرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم

لم يشأ المشرع الأردني ترك أحكام المحكمين - وهي صادرة عن قضاء خاص - دون رقابة من القضاء العادي للدولة، لذلك سنتناول الحديث في هذا المبحث عن الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم من خلال مطلبين: سأحدث في المطلب الأول عن الرقابة القضائية عن طريق تنفيذ حكم التحكيم وفي المطلب الثاني سأحدث عن الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق الطعن به بدعوى البطلان.

### المطلب الأول

#### الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق تنفيذه

##### تحديد المقصود بتنفيذ حكم التحكيم

لا يعدّ الأمر بتنفيذ حكم التحكيم دليلاً على صلاحية الحكم للتنفيذ الفوري، وإنما وضع الصبغة التنفيذية عليه هي وحدها دليل على هذه الصلاحية، ومن خلال إصدار القضاء المختص (محكمة التمييز) الأمر بتنفيذ حكم التحكيم فإن القاضي يتثبت من وجود شرط التحكيم، إذ لا يقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق القاضي من عدالة الحكم، فهو لا ينظر في سلامة أو صحة الخصومة، كما لا يقصد بإجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم منحه صفة الورقة الرسمية، لأن هذه الصفة يتميز بها حال صدوره. وعليه، فإن المقصود بالأمر بالتنفيذ هو أن يصبح سنداً تنفيذياً وفقاً لأحكام المادة (٦) من قانون التنفيذ الأردني.

##### إجراءات تنفيذ حكم التحكيم

نظم المشرع الأردني هذه الإجراءات بموجب المادتين (٥٤،٥٣) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ ومن خلال الاطلاع على مضمون نصوص هذه المواد نبين هذه الإجراءات على النحو التالي:

##### الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم

ابتداءً فإن محكمة التمييز هي المحكمة المختصة بطلب تنفيذ حكم التحكيم وهي التي تأمر بتنفيذ الحكم إذا قضت بردّ دعوى البطلان وتأييد حكم التحكيم وفقاً للمادة (٥١) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨، أو عندما يتم تقديم طلب التنفيذ مستوفياً لشروطه الواردة في المادة (٥٣) من ذات القانون.

##### كيفية نظر طلب تنفيذ حكم التحكيم

تختص محكمة التمييز بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الطلب المقدم إليها من ذوي الشأن تدقيقاً، أي دون مرافعة ودعوة ذوي الشأن في خصومة التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة (٥٤) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨، ويتم تدقيق الطلب من خلال التحقق من توافر البيانات المرفقة في طلب التنفيذ التي على أساسها يتم إصدار الأمر بالتنفيذ.

## مرفقات طلب تنفيذ حكم التحكيم

حددت المادة (٥٣ ب) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ مرفقات طلب تنفيذ حكم التحكيم

وهي:

أ- انقضاء موعد رفع دعوى بطلان الحكم.

ب- إرفاق صورة عن اتفاق التحكيم وأصل الحكم أو صورة موقعة عنه.

ج- ترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية مصادق عليها من جهة معتمدة إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها. ومعنى ذلك جواز الأمر بتنفيذه إذا قدم بعد فوات ميعاد الطعن دون رفع دعوى بطلان حكم التحكيم. أما إذا كان طلب التنفيذ مستوفياً لمتطلباته ولا توجد به مخالفة للنظام العام وتم التثبت من تبليغه فإن المحكمة تأمر بتنفيذه ولا يطلب في هذه الحالة جلب ملف التحكيم ولا يقدم طلب تنفيذ الحكم بشكل لائحة دعوى وإنما بطلب استدعاء.<sup>(١)</sup> وبالتالي فإن طلب التنفيذ وفقاً للقانون الأردني المقدم بانقضاء مدة الطعن بالبطلان ينظر تدقيقاً من محكمة التمييز ويتوجب عليها الأمر بالتنفيذ بموجب المادة (٥٤) ما لم يكن الحكم مخالفاً للنظام العام في المملكة أو لم يتم تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً. وبهذا النص فإن محكمة التمييز تبسط رقابتها وتتصدى من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام وتتصدى لعدم تبليغ الحكم تبليغاً صحيحاً. أما قرارها برفض الأمر بالتنفيذ فكان خاضعاً للطعن أمام محكمة التمييز خلال (٣٠) يوماً كما لا يترتب على صدور القرار برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم ما لم يكن الاتفاق باطلاً بذاته.

إلا أن تبليغ أحكام التحكيم لا يتم بذات القواعد الخاصة لتبليغ أحكام المحاكم النظامية، لأن قانون التحكيم الأردني نص في المادة (٦) منه على قواعد خاصة في التبليغ يجب اتباعها، وهي مراعاة الاتفاق بين طرفي النزاع، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق، يتم تسليم التبليغ إلى من يراد تبليغه شخصياً، أو في مقر عمله أو في محل إقامته أو إلى عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في اتفاق التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه " إذا اعتبرت محكمة الاستئناف تبليغ حكم التحكيم بالإلصاق ودون اتباع أصول التبليغات الواردة في الفقرتين (أ، ب) من المادة (٦) من قانون التحكيم المذكور باطلاً ولا يرتب أي أثر، وحيث أنها لم تبحث في ما ورد في الفقرة (ج) من المادة ذاتها، وفيما إذا كان التبليغ قد تم أمام المحكمة المختصة أم لا، فيكون قرارها قاصراً في التسبب والتعليل بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها مما يتعيّن نقضه".<sup>(٢)</sup>

(١) الطراونة، مصلح، (٢٠١٠)، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة. ط ١، عمان: دار وائل

للنشر. ص ٢٨٢-٢٨٧

(١) انظر الحكم رقم ٢٠٠٣/٧٥٦ - محكمة التمييز بصفتها الحفوقية.

## المطلب الثاني

### الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق الطعن به بدعوى البطلان.

منح قانون التحكيم الأردني الجديد المعدل ذي الرقم (١٦) لسنة ٢٠١٨ الحكم التحكيمي حصانة كاملة ضد كل الطعون العادية وغير العادية وأكسبه حجية الأمر المقضي به. وقد تميّز الحكم التحكيمي بحصانته وحجّيته على حكم القضاء الرسمي الذي وضعه المشرع في مرمى الطعون العادية وغير العادية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية. إلا أن المشرع الأردني استثناء على الأصل أجاز لكل من طرفي النزاع أن يطلب من المحكمة المختصة (محكمة التمييز) سندا لأحكام المادة (٥٠/أ) من قانون التحكيم بطلان حكم التحكيم إذا شابه عيب تمثل في إحدى الحالات المنصوص عليها في قانون التحكيم الأردني والمحددة على سبيل الحصر في المادة (٤٩) منه. وسنتناول في هذا المطلب البحث في المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان وأسبابها:

### أولاً: المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان

حدد المشرع الأردني المحكمة المختصة في قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم كمحكمة مختصة للنظر في دعوى البطلان وحكمها قابل للتمييز وفي القانون المعدل رقم ١٦ لعام ٢٠١٨ تم تعديل النص بحيث أصبح اختصاص نظر دعوى البطلان أو طلب التنفيذ لمحكمة التمييز وذلك في مسعى لعدم إخضاع حكم التحكيم للرقابة مرتين، مما يستنزف الجهد والوقت<sup>(١)</sup> وحدد ميعادها ب (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتبليغ الحكم. ولقد تضمنت المواد (٤٨، ٤٩، ٥٠ و ٥١) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ أسباب وإجراءات بطلان حكم التحكيم والمحكمة المختصة وقد نصت المادة (٤٨) منه على ما يلي: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المواد (٤٩) و (٥٠) و (٥١) من هذا القانون". ومفاد هذا النص عدم خضوع حكم التحكيم للطعن، وقصر رقابة القضاء فقط على دعوى البطلان كما سلف ذكره.

وفي هذا المقام ينبغي علينا طرح التساؤل الآتي: هل فرّق قانون التحكيم الأردني بين التحكيم التجاري والتحكيم المدني أو بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي كسائر التشريعات المختلفة؟

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون التحكيم الأردني لم يميّز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، ولا بين التحكيم التجاري والمدني، وبالتالي فقد وحد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان وذلك خلافاً للقانون المصري واللبناني والتونسي والجزائري، وبذلك فإن الاختصاص بنظر دعوى البطلان معقود لذات المحكمة في حين أنه في القانون المصري وفقاً للمواد يختلف فيما إذا كان دولياً تجارياً أو كان داخلياً.

ماذا لو كان التحكيم أجنبياً فهل ينطبق عليه قانون التحكيم الأردني؟ وهل تختص محكمة التمييز الأردنية بنظر دعوى البطلان؟

(١) انظر نصوص المواد ٥٠، والمادة ٥١ والمادة ٥٤ من قانون التحكيم رقم ٣١ لعام ٢٠٠١ ونصوص المواد ٥٥ من قانون التحكيم رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ المعدل لقانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

في حال كون التحكيم أجنبياً أي أنه صدر خارج المملكة فلا ينطبق عليه قانون التحكيم الأردني وذلك بدلالة المادة رقم (٣) من قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، الأمر الذي يجعل محكمة التمييز غير مختصة بنظره كونه حكماً أجنبياً يخضع لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

إلا أن نص المادة (٣) المعدل بمقتضى القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨ قد يثير اللبس بهذا الخصوص حيث نصت المادة ٣/أ على ما يلي: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يكون مقره في المملكة، وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على إخضاعه لهذا القانون، سواءً تعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية أو غير عقدية".

**وهذا يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: إذا تم حكم تحكيم خارج المملكة أو كان مقره خارج المملكة وطبق عليه قانون التحكيم الأردني باختيار الأطراف له فهل يكون خاضعاً لدعوى بطلان حكم التحكيم في الأردن، أو يعامل كحكم تحكيم أجنبي يتطلب الإكساء سناً لأحكام قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية؟**

هذا الفرض متصور سواء كان ذلك في حال الطعن في حكم التحكيم في بلد المقر أو في بلد صدور الحكم وفقاً لقانون تحكيمها. حيث إنه من الوارد حدوث تنازع في الاختصاص القضائي فيما يتعلق بدعوى بطلان الحكم، فلو جرى تحكيم في جمهورية مصر العربية وأخضع لأحكام قانون التحكيم الأردني فإن أحكام قانون التحكيم المصري تسري عليه بما فيها اختصاص محاكمها بنظر دعوى البطلان، وبذات الوقت فإن محكمة التمييز الأردنية مختصة لسريان أحكام قانون التحكيم الأردني على هذا التحكيم ومن ضمنها أحكام دعوى البطلان.

### ثانياً: أسباب دعوى البطلان

أما عن أسباب دعوى البطلان حسب قانون التحكيم الأردني فقد وردت على سبيل الحصر وحددت بثمانية أسباب وفقاً لمنطوق المادة (٤٩) منه، إلا أنه لا بدّ من الإشارة إلى أن هنالك أسباباً أخرى لإبطال حكم التحكيم غير المنصوص عليها في المادة (٤٩) وردت في القانون ومنها عدم تسبب حكم التحكيم، أو عدم توقيع الحكم، أو عدم توقيع الأقلية دون إيراد أسباب عدم توقيعها، أو خلو الحكم من البيانات الأساسية مثل مكان وتاريخ صدوره وأسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم، وقد اعتبر بعض الفقه وبعض القضاء إلى أن هذه الأسباب مشمولة في المادة (٧/٤٩) وقال بعض الفقه أن هذه المادة تتسع لأسباب أخرى غير المذكورة نصاً في القانون. هذا وقد اعتبرت محكمة التمييز والاستئناف الأردنيان ومن خلال العديد من أحكامهما المتواترة أن رقابتهما على حكم التحكيم شكلية إجرائية.<sup>(١)</sup>

**وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية " وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً كما هو الحال في الأحكام القضائية فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعييب قضاء الحكم فيه، كما أنه ليس للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه، ذلك أن الرقابة المنصوص عليها في**

(١) انظر قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٠٦/٢٠١ تاريخ ٢٠٠٦/٨/٢١ وقرار محكمة الاستئناف رقم ٢٠١٠/٤٢٢ تاريخ ٢٠١١/٧/١٤ وقرارها رقم ٢٠١٠/٢٦٧ تاريخ ٢٠١١/٣/٢٩ وقرارها رقم ٢٠٠٨/٢٩٣ تاريخ ٢٠١٠/١٠/٦.



المادة (49) من قانون التحكيم الأردني لها صبغة شكلية ما دام أن هيئة التحكيم لم تخرق قواعد النظام العام مما يستوجب ردّ هذا السبب".<sup>(١)</sup>

**الحالة الأولى: عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه لانتهاه مدته.**

تضمنت المادة (٤٩/أ) من قانون التحكيم المعدل حالات البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم، بحيث يخضع اتفاق التحكيم لأحكام القواعد العامة من حيث توافر والنقاء وإرادة الطرفين إيجاباً وقبولاً لاختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع القائم بينهما أو المحتمل قيامه مستقبلاً بدلاً من اللجوء إلى القضاء. فالاتفاق سواء أكان شرطاً أم مشاركة يجب أن يكون قائماً بين طرفيه بشكل صحيح. ولم يتضمن قانون التحكيم الأردني تعريفاً لاتفاق التحكيم كما في القانون المصري على الرغم من أهميته التي تتبع من أهمية المعرف. وقد تضمنت المادة (٤٩/أ) من قانون التحكيم الأردني المعدل السبب الأول من أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم متمثلاً في عدم وجود اتفاق تحكيم أصلاً، أو وجود اتفاق لكنه غير صحيح، حيث نصت على أنه: أ- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الحالات التالية: " إذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحاً ومكتوباً أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاه مدته".

أما المقصود بسقوط اتفاق التحكيم بانتهاه مدته أن ينص على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة من واقعة معينة أو من قيام المنازعة أو من الاتفاق بحيث إذا لم تبدأ قبل انقضائها سقط اتفاق التحكيم واسترد كل من الطرفين حقه في الالتجاء إلى قضاء الدولة، ويدخل في هذه الحالة أيضاً تجاوز إجراءات التحكيم للمدة التي اتفق الطرفان على وجوب صدور الحكم خلالها أو التي يحددها النظام الإجرائي الذي اتفق الطرفان على تطبيقه لأن هذه المدة تعتبر أحد عناصر الاتفاق وإذا سقط اتفاق التحكيم على ما تقدم ومع ذلك بدأت خصومة التحكيم فللمحتكم ضده التمسك بسقوط الاتفاق لانتهاه مدته ويكون من اختصاص الهيئة الفصل في هذا الدفع.

وهذا يعني أن على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال المدة المحددة باتفاق الأطراف ويشمل ذلك المدة الإضافية المقررة، وهذا تأكيد آخر على وجوب احترام إرادة أطراف النزاع بإلزام هيئة التحكيم بإصدار حكمها المنهي للنزاع خلال الفترة الزمنية المتفق عليها. أما إذا لم يتم الاتفاق على مثل هذه المدة، فإن القانون قد حدد مدة (١٢) شهراً لهيئة التحكيم لإصدار حكمها، وذلك اعتباراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. ولهذا قررت المادة (٣٧) من قانون التحكيم الأردني المعدل أن على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال المدة المتفق عليها، وإذا لم يحدد الأطراف هذه المدة، توجب على هيئة التحكيم إصدار حكم التحكيم خلال (١٢) شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وعليه، فإذا لم يصدر الحكم خلال المدة المحددة وتبع ذلك صدور قرار عن المحكمة المختصة بانتهاه إجراءات التحكيم أصبح من حق أي من طرفي النزاع العودة إلى القضاء الرسمي ورفع دعوى أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع للحصول على حكم قضائي فيه.

**وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية** " وبالتناوب ومع التمسك بما ورد أعلاه أخطأت هيئة التحكيم وجاء قرارها مخالفاً لأحكام المادة (٤٩/أ/١/٧) من قانون التحكيم وذلك بتجاوز هيئة التحكيم أحكام المادة (37) من القانون ذاته قبل التعديل باعتبار القانون الذي يسري على هذا الطعن بدلالة أحكام المادة (55) من القانون ذاته المعدل

(١) انظر الحكم رقم ٥٥٨١ لسنة ٢٠٢٠ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢١-٠٣-١٠، وانظر أيضاً الحكم رقم ٦٤٠٨ لسنة ٢٠٢٠ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢١-٠١-٢٥.

لسنة ٢٠١٨ بتجاوزها نظر إجراءات التحكيم من تاريخ تشكيل هيئة التحكيم المدة المقررة بموجب المادة (37) من قانون التحكيم قبل التعديل وعليه ولما كانت هيئة التحكيم قد باشرت بإجراءات التحكيم بتاريخ 5/7/2015 ولما كان القرار محل طلب البطلان قد صدر بتاريخ 21/11/2016 أي بعد انقضاء ما يزيد على اثني عشر شهراً من تاريخ تشكيلها دون أن يكون هناك أي قرار بالتمديد صادر عن الهيئة مصدرة القرار محل الطعن مما يجعل من القرار محل الطعن حرياً بالبطلان. "(1)"

**ولكن السؤال الذي يمكن طرحه يتمثل فيما إذا كانت صلاحية هيئة التحكيم في تمديد مدة التحكيم الاتفاقية أو القانونية مرهونة بموافقة الأطراف على ذلك التمديد؟**

**والإجابة عن هذا السؤال تتمثل في القول:** إن هذه الصلاحية منحها المشرع لهيئة التحكيم دون ربطها بموافقة أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (٣٧) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ بصراحة القول **"وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على ألا تزيد على ستة أشهر"**؛ أي أن المشرع قد ترك قرار التمديد سلطة جوازية لهيئة التحكيم مع إعطاء الأطراف أيضاً حق التمديد ولمدة تزيد على ستة شهور. لقد أعطى المشرع الأردني الأطراف حق الأولوية في تمديد فترة التحكيم وإن لهيئة التحكيم أن تمارس صلاحيتها في التمديد إذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك بين الأطراف.

**الحالة الثانية:** إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

نصت المادة (٢/٤٩) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي من الحالات التالية: ٢- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته" وبالتالي فإن عدم تمتع أحد طرفي اتفاق التحكيم بالأهلية القانونية اللازمة لصحة هذا الاتفاق يجعله سبباً من أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

أما عن نوع الأهلية التي يجب أن يتمتع بها أطراف اتفاق التحكيم - أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين - فنحيله على ما سبق منعا للإطالة والتكرار. لكن ماذا عن الأهلية اللازمة للشخص المعنوي؟

تستمد الشخصية المعنوية وجودها من سند إنشائها وصحة تصرفاتها محكومة ومقيّدة به، إلا أن السؤال المثار هنا ما هو مصير مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه وعدم بطلان الشرط عند بطلان العقد؟ ماذا لو كانت الشركة فاقدة للأهلية عند إبرام العقد ذي العلاقة، فهل تكون فاقدة لأهلية إبرام اتفاق تحكيم حتى لو لم يرد نص في سند إنشائها يمنعها من إبرام اتفاق تحكيم؟ إذ من غير المتصور في الأعم تضمين سند إنشاء الشركة أو نظامها أو عقد تأسيسها نصاً يمنع الشركة من الاتفاق على التحكيم، ولذا يكون من الواجب هنا بحث بطلان اتفاق التحكيم ذاته لانعدام أهلية إبرامه وليس بطلانه تبعاً لبطلان العقد الذي تضمنه، ذلك أن الأصل أن

(1) انظر الحكم رقم ٥٢٩٠ / ٢٠٢٠ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ١٥/٠٢/٢٠٢١.

لكل شخصية معنوية أن تبرم العقود ما لم يتم إعمال قاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع، وهي القاعدة التي قصد المشرعون استثناءها في قوانين التحكيم ومنها قانون التحكيم الأردني بنص المادة (٢٢) التي أكدت على استقلال شرط التحكيم كما أقرّ الفقه والقضاء أيضا استبعادها لصالح استقلالية شرط التحكيم.

وفي الواقع فإن القضاء الأردني سار مساراً مؤيداً لذلك حيث صدرت عدة قرارات بأن شرط التحكيم مستقل عن العقد فإذا بطل العقد يبقى شرط التحكيم صحيحاً، وفي قضية تحكيم<sup>(١)</sup> تعاقدت شركة على أعمال محظور عليها القيام بها خارج الدولة وتضمن العقد شرط تحكيم، وعند الطعن ببطان حكم التحكيم على أساس بطلان العقد وشرط التحكيم الوارد فيه لعدم الأهلية درأت محكمة التمييز دعوى البطلان رغم إثارة هذا الدفع ابتداء أمام الهيئة. وفي ذات المنحى سارت اجتهادات القضاء عربياً ودولياً.<sup>(٢)</sup>

الحالة الثالثة إذا لم تُراعِ هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه.

وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية "وبالتناوب، فإن حكم التحكيم المتخذ بالأكثرية المطلوب إبطاله جاء متناقضاً بخصوص تقرير الخبرة الأصلي واللاحق حيث إن هيئة التحكيم وبالرغم من أنها قد ذكرت في حيثيات حكمها تخطئة الخبير فيما توصل إليه في تقرير الخبرة الأصلي واللاحق من نتائج حول عدم مسؤولية المستدعي ضده الأول (المقاول) عن جميع أسباب التأخير التي أدت إلى تأخر إنجاز المشروع إلا أنها استندت في فقرتها الحكمية إلى النتائج التي توصل إليها الخبير وتقديراته الخاطئة في الحكم للمستدعي ضده الأول (المقاول) بطلباته المزعومة في الادعاء المتقابل ولم تحكم للمستدعية (المدعية بالتقابل) في دعوها المتقابلة بكامل مطالبتها بغرامات التأخير البالغة حسب العقد مبلغ وقدره (٤٩٣٤٩٦,٦٦٠) ديناراً وحيث إن في ذلك مخالفة للشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم فإن ذلك يوجب بطلانه وفقاً لأحكام المادة (٧/أ/٤٩) من قانون التحكيم حيث ذكرت هيئة التحكيم في مقدمة الصفحة (١٢٠) من الحكم (وتوصل الخبير إلى أنه وبحسب رأيه الفني فإن جميع أسباب التأخير الحاصلة هي ليست من مسؤولية الائتلاف وخارج عن سيطرته وبالتالي يستحق التمديد عن كامل فترة التأخير البالغة (٥٩٥) يوماً".<sup>(٣)</sup>

#### الحالة الرابعة: استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع

لقد اشترط القانون أن تعمل هيئة التحكيم على تطبيق القانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه في موضوع النزاع، وهذا يحتم - بطبيعة الحال - الفصل في النزاع وفقاً للقواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون المختار. وبمعنى آخر، فإن سبب رفع دعوى البطلان مرتبط باستبعاد هيئة التحكيم تطبيق أحكام هذا القانون على وجه التحديد.<sup>(٤)</sup>

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٩/٥١١٠ الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٩/١١ منشورات قسطاس.

(٢) مجلة التحكيم (٢٠٠٩). عدد ١، ص ١٢٠ محكمة استئناف بيروت قرار رقم ٢٠٠٨/١٩٢ وص ١٤٦ قرار محكمة استئناف الشمال رقم ٢٠٠٨/٣٥٨ وص ٤٠٤ قرار محكمة استئناف رقم ٢٠٠٨/١٩٩ مسقط، وص ٦٢٠ قرار محكمة استئناف باريس رقم ٦/٢٧٥٠.

(٣) الحكم رقم ٢٠٢٠/٦٢٨٣، محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢١/١/٢٥

(٤) محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ص ٢٤١، ٢٤٠؛ الحداد، الموجز في النظرية العامة من التحكيم التجاري الدولي، ص ٤٢٩.

ومثال ذلك إذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري أو اتفقوا على تطبيق الشريعة الإسلامية فليس للمحكمين استبعاد القانون المصري أو الشريعة الإسلامية تحت أي ادعاء وإلا كان الحكم باطلاً.

**والسؤال الذي يطرح نفسه هو** ماذا لو لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، واختارت هيئة التحكيم القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع لتطبيقه إلا أنها لم تقم بتطبيقه فعلياً، فهل يعتبر رجوعها عن تطبيق هذا القانون الذي اختارته سبباً من أسباب رفع دعوى البطلان؟

**للإجابة عن هذا السؤال**، لا بدّ من التأكيد على أن سبب البطلان لا يتحقق إلا إذا عمدت هيئة التحكيم إلى استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف - وليس هيئة التحكيم - على تطبيقه في موضوع النزاع. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٤٩ / أ / ٤) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ التي جاء فيها " ٤ - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفقت الأطراف على تطبيقه في موضوع النزاع." وهذا يعني بمفهوم المخالفة أنه في حال عدم الاتفاق على قانون معيّن لتطبيقه واختارت هيئة التحكيم القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع لتعمل على تطبيقه فلا يعتبر اختيار هذا القانون قد تم نتيجة إرادة الطرفين لا بصورة مباشرة ولا غير مباشرة، وإن استبعد تطبيقه من قبل هيئة التحكيم رغم قرارها باختياره لذلك لا يعتبر سبباً من أسباب رفع دعوى البطلان للأسباب التي تم ذكرها أعلاه، إضافة إلى أن عدم اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، يعني ضمناً تفويض هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي تجده أكثر ملاءمة واتصالاً بموضوع النزاع.

**وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية** " إلا أن الهيئة أصرت على استبعاد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع بصورة مخالفة للمادة (٤٩ / أ / ٤) من قانون التحكيم ولم تأخذ الهيئة في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين رغم أن المادة رقم (٢٢٤) من القانون المدني الأردني نصت على أن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وعليه يكون قرار هيئة التحكيم مستوجب الإبطال من هذه الناحية أيضاً".<sup>(١)</sup>

إلا أنني أود أن أشير بهذا الصدد إلى ندرة الحالات التي استبعدت فيها هيئة التحكيم صراحة تطبيق القانون المتفق عليه وهي حالات مشهورة ومعروفة حصلت في القرن الماضي ومن أهمها:

- قضية Petroleum Development ضد شيخ أبو ظبي عام ١٩٥١ الذي قررت الهيئة فيه عدم تطبيق قانون أبو ظبي.
- قضية Internatonal Marine Oil ضد حاكم قطر الذي قررت فيه الهيئة استبعاد قانون قطر.
- قضية آرامكو ضد السعودية الذي قررت فيه الهيئة عدم تطبيق الشريعة الإسلامية.

وكلها صادرة عن محكمين بريطانيين رفضوا تطبيق القوانين المحلية أو أحكام الشريعة الإسلامية من منطلق استعلائي اعتبر أن هذه القوانين والشريعة لا تحتوي على مبادئ قانونية مكرسة يمكن تطبيقها في هذه المنطقة الجد

(١) الحكم رقم ٥١١١ لسنة ٢٠٢٠ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠-١٢-١٧

بدائية على العقود التجارية أو لا تتضمن قواعد تفصيلية.<sup>(١)</sup> ليتم تطبيقها على النزاع. وبالرغم من عودة المحاكم البريطانية لاستبعاد الشريعة الاسلامية في عام ٢٠٠٤ Beximo Pharmaceuticals V. Shamil Bank of Bahrain والاكنتاء بتطبيق القانون البريطاني الا أن الأسباب الواردة لتحديد الشريعة الاسلامية كانت أيضا من رؤيا استعلائية.<sup>(٢)</sup>

ولا بد من الإشارة إلى حكم محكمة العدل العليا في لندن في القضية رقم HCOSC00497 بين محمد موسوي والدولية R.E. ومحمد الشهرستاني الذي صدر فيه حكم تحكيم مستنداً إلى القانون الإسلامي والذي تضمن أن النظام الأنجلوسكسوني يسمح بتطبيق أي قانون آخر يريده الأطراف بما فيها الشريعة الإسلامية. وعليه فإنه ليس من المتصور إلا فيما ندر أن تصرح الهيئة أنها سوف تطبق أو طبقت قانوناً غير المتفق عليه بين الأطراف.

### الحالة الخامسة إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق الأطراف أو تجاوز حدود هذا الاتفاق

تتعقد هيئة التحكيم لفض النزاع الذي اتفق أطرافه على إحالته عليها دون أن تملك صلاحية تجاوز حدود هذا الاتفاق تحت طائلة البطلان. فهئية التحكيم لا تملك سلطات المحكمة العامة في تطبيق مبدأ أن (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) بل إن القانون يلزم هيئة التحكيم بوقف الإجراءات إذا عرضت عليها مسألة فرعية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع، لحين عرضه على المحكمة الرسمية وإصدار قرارها فيه "٣" وهذا ما نصت عليه المادة (٤٩/٦) من قانون التحكيم المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ التي جاء فيها " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي من الحالات التالية: ٦- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق". ولذلك يجب على المحكم أن يتقيد عند فصله في النزاع وإصداره الحكم فيه بحدود المهمة المكلف القيام بها من قبل الأطراف.

وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية " ومن الرجوع إلى الوكالة التي أقيمت بموجبها الدعوى نجد أنها جاءت خالية من المطالبة ببديل تكلفة أجور النقل وغرامات التأخير واقتصرت على المطالبة بفروقات الأسعار بخلاف ما انتهى إليه القرار محل البطلان، مما يفقدها أساسها مخالفة بذلك أحكام عقد الوكالة التي يشترط بها أن يكون الموكل به معلوماً وأن تكون الوكالة بالخصومة محددة بموضوعها وأشخاصها وصلاحية الوكيل المخول القيام بها لكي ترتب آثارها القانونية وهو ما ينحدر بها إلى البطلان، الأمر الذي يستوجب معه إعلان بطلان حكم التحكيم لتجاوزه مطالبة المستدعي ضدها عملاً بأحكام المادة (٤٩/٦) من قانون التحكيم."

(١) فضل الله، إبراهيم (٢٠٠٩) "التحكيم في مواجهة نزاع الثقافات"، مجلة التحكيم، عدد ٩، مرجع سابق. ص ١٥ ويمكن الرجوع للمجلة لقراءة تفصيلية في هذه الحالات والنصوص الخاصة بالأحكام الصادرة فيها المتعلقة باستبعاد القانون.

(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الذي جاء فيه "أن التحكيم طريق استثنائي مقصور على ما انصرفت إليه إرادة المحكمتين". نقض ١٦/٢/١٩٧١، طعن ٣٦-٢٧٥، المجموعة ٢٢، صفحة ١٧٩، كما قضت في حكم آخر بأن "ولاية المحكم لا تمتد للمسائل الفرعية لعدم انطباق أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع". نقض ٢/١/١٩٥٢، المحاماة، ٣٣ عدد ٨، ص ١٢٩٩، انظر أيضاً: الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، ص ٨.

الحالة السادسة إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

يستند هذا السبب بشكل رئيسي على مبدأ هام في التقاضي هو مبدأ احترام حقوق الدفاع لأطراف النزاع مما يترتب على هيئة التحكيم احترام هذا المبدأ والتقيّد به تحت طائلة البطلان لحكم التحكيم. فقد نصت المادة (٤٩ أ/٣) من قانون التحكيم الأردني، وهذا يعني أنه إذا لم يتمكن أحد الأطراف من تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً قانونياً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته، ومع ذلك صدر حكم التحكيم، فإن هذا الحكم يكون عرضة للطعن برفع دعوى البطلان لعدم احترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة الكاملة بين أطراف النزاع أمام هيئة التحكيم. وقد أكدت هذا المبدأ المادة (٢٥) من قانون التحكيم الأردني التي نصت على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه.

وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية " وبرجوع محكمكم إلى مذكرة التبليغ الخاصة بموعد أول جلسة من جلسات التحكيم تجد أنها لم تتم وفق ما جاء بهذه المادة بل جاءت مخالفة تماماً لها حيث جاء التبليغ بالإلصاق، مع شرح أن الشركة مغلقة الأمر الذي يجعل من كافة إجراءات التحكيم إجراءات باطلة لكون أن الجهة المستدعية قد حرمت من المثل بالدعوى التحكيمية حسب الأصول، كما حرمت من تقديم دفعوها واعتراضاتها وبياناتها ومرافعاتها النهائية التي تعتبر جزءاً هاماً في هذه الدعوى. وبالتالي تكوين هيئة التحكيم مما يجعل من الحكم الطعين حرياً بالبطلان سنداً لأحكام المادة (٣٤/٤٩) من قانون التحكيم مما يجعل من كافة إجراءات التحكيم قد شابها البطلان وحرية بالبطلان"<sup>(١)</sup>.

كما قضت محكمة التمييز الأردنية " أجازت المادة (٣٤/٤٩) من قانون التحكيم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته ، وحيث إن المستدعي لم يتبلغ أي من إخطار تعيين المحكم من قبل المدعي عليه ولا إخطار طلب تعيين المحكم المقدم لدى محكمة الاستئناف ولا إخطار بدء إجراءات التحكيم من قبل المحكم بصورة قانونية لكونها تمت جميعها على عنوان العمل ذاته الذي لم يثبت أنه يعود للمدعي بصورة قانونية مما أدى إلى حرمان المدعي من تقديم دفاعه وتغدو دعواه والحالة هذه موافقة لحكم المادة (٣٤/٤٩) من قانون التحكيم ويتعين إعلان بطلان هذا الحكم ، ذلك أن ما جاء في مذكرة تبليغ المدعي للإخطار العدلي الموجه من المدعي عليه للمدعي بخصوص تعيين المحكم من شرح المحضر على لسان حارس العمارة بأن المدعي يتردد إلى المكتب باستمرار لا يعني بأن هذا العنوان هو مقر عمله على ضوء ما بيناه آنفاً. وحيث يترتب على بطلان الحكم التحكيمي بأكمله زواله مما يتعين معه والحالة هذه إلغاء قرار محكمة التمييز السابق رقم (٢٠٢٠/ط/٦) الأمر بتنفيذ حكم التحكيم تبعاً لذلك"<sup>(٢)</sup>.

(١) الحكم رقم ٢٠٢٠/٥٢٩٠ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٢/١٥.

(٢) الحكم رقم ٢٠٢٠/٣٢٣٨ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٨/٢٧.



الحالة السابعة إذا كان حكم التحكيم يخالف النظام العام في المملكة أو إذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها.

إن معظم القرارات الصادرة عن القضاء الأردني بهذا الخصوص تركزت على مخالفة النظام العام لعدم دفع رسوم الطوابع وقد تباينت القرارات بهذا الخصوص، حيث أبطلت بعض الأحكام كلياً وبعضها في الجزء المتعلق برسوم الطوابع وبعضها لم يبطل في قرارين آخرين حصلوا على إذن تمييز وأثير فيهما الدفع بعدم دفع رسوم الطوابع، وبذلك لم يستقر موقف القضاء الأردني على نهج واحد ثابت بخصوص جزاء عدم دفع رسوم الطوابع لمدة طويلة حيث استمرت المراوحة في تقرير الجزاء، كما صدرت قرارات أخرى بإبطال أحكام التحكيم لعدم دفع رسوم الطوابع ثم قررت محكمة التمييز بهيئتها العامة أن على محكمة الاستئناف تكليف مبرز العقد بدفع الرسوم وإلا فإبطال الحكم، وفعلاً طبقت ذلك في قرار قضت فيه أنه كان على محكمة الاستئناف تكليف مبرز العقد بدفع رسوم الطوابع قبل البت في دعوى البطلان. ويتفق الباحث مع هذا النهج المحمود.

**وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية** " ودون البحث بأسباب التمييز نجد أن المميز لم يدفع الرسم القانوني عند تقديم دعوى بطلان حكم التحكيم أمام محكمة الاستئناف حيث ينقص الرسم بمقدار (١٦٣٨) ديناراً، وحيث فصلت محكمة الاستئناف الدعوى دون تكليف مدعي البطلان بدفع الرسم كاملاً وإن ذلك من مقتضيات النظام العام فنقرر نقض الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى إلى مصدرها لإجراء المقتضى القانوني مع التنويه إلى أن مدعي البطلان هو عصام الشعبان وليس الشركة العربية للإنشاءات. لهذا وتأسيساً على ما تقدم نقرر نقض الحكم المطعون فيه وإعادة الأوراق إلى مصدرها لإجراء المقتضى القانوني."<sup>(١)</sup>

**وبهذا الخصوص قضت أيضا محكمة التمييز الأردنية** " (يستفاد من المادة العاشرة من قانون رسوم الطوابع رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠١ أنه لا تقبل في معرض البيئة في الدعاوى المرفوعة لدى أي محكمة أو محكم أي معاملة خاضعة للرسم تتعلق بأموال واقعة في المملكة أو بأي شأن آخر فيها بصورة كلية أو جزئية، إلا إذا تم دفع الرسم المستحق عليها. وحيث إن القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم تعتبر من القوانين الوطنية الأمرة لتعلقها بالنظام العام، فإنه يتوجب على المحكمين احترامها ويكون للمحكمة المختصة التي تنتظر دعوى البطلان أن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة طبقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (٤٩) من قانون التحكيم)."<sup>(٢)</sup>

**كما قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص أيضا** " وحيث إن الاجتهاد القضائي مستقر على أن مقتضيات المادة (١٠) من قانون رسوم طوابع الواردات المشار إليها والمتعلقة بحجية المستندات المقدمة أمام المحاكم والتحكيم لا يترتب على عدم دفع الرسوم بطلان المستند الخاضع لها، وإنما يستبعد من عداد البيئات في الدعوى عندما يتم تكليف الخصم مبرز السند بدفع رسوم طوابع الواردات المستحقة عليه خلال مهلة تحددها لهذه الغاية ولم يتم بدفعها، ولما كان ذلك فإنه كان من الواجب على محكمة الاستئناف وقبل أن تفصل في طلبي البطلان أن تتحقق فيما إذا كانت رسوم طوابع الواردات المستحقة على عقد المقاول قد استوفيت أم لا وفي حال إغفال استيفائها أمام هيئة التحكيم أن تكلف مبرز العقد بدفعها مع الغرامة خلال المهلة التي تحددها ومن ثم ترتب الأثر القانوني

(١) الحكم رقم ٢٠٢٠/٥٣٠٣ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٣١.

(٢) انظر قرار محكمة التمييز رقم (٢٠٠٦/٢٠١) الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢١.



لهذا العقد من حيث بطلان قرار التحكيم أو تجزئته أو الأمر بتنفيذه إعمالاً لنص المادة (١٠) من قانون رسوم طوابع الواردات رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠١ والمادة (٤٩/ب) من قانون التحكيم وعليه فإن ما جاء بهذا السبب يرد على القرار الطعين ويوجب نقضه".<sup>(١)</sup>

## الخاتمة

### النتائج

- تتمثل الرقابة القضائية السابقة لحكم التحكيم بتحقيق المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم من وجود اتفاق التحكيم، وفي حال وجوده ترفع المحكمة يدها عن الدعوى كونها غير مختصة بنظر النزاع وتحكم بردّ الدعوى. أما إذا تمّ الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ويعدّ هذا القرار بمنزلة اتفاق تحكيم مكتوب.
- منحت المادة ١٣ من قانون التحكيم المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ لقاضي الأمور المستعجلة صلاحية اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي أثناء نظر الخصومة التحكيمية وبالتالي فإن الدور الذي يؤديه قضاء الدولة تجاه التحكيم لا يقتصر على دور الرقابة والإشراف على إجراءات التحكيم بل يشمل دور المساعدة والمؤازرة، فهناك أمور لا تستطيع هيئة التحكيم أن تقوم بها على انفراد لافتقارها إلى سلطة الجبر والإلزام وبالتالي لا غنى لهيئة التحكيم عن الاستعانة بشأنها بقضاء الدولة.
- إذا انقضى ميعاد التحكيم سواء بالاتفاق أو بنص القانون أو بقرار الهيئة (وسواء كان الميعاد الأصلي أو الميعاد المقرر بعد تمديده) قبل صدور الحكم المنهي للخصومة سقط اتفاق التحكيم ولا يكون لهيئة التحكيم ولاية الاستمرار في التحكيم، وإذا صدر الحكم بعد انقضاء الميعاد فإنه يكون باطلاً لصدوره ممن ليس له ولاية إصداره وتتوافر عندئذ الحالة التي تجيز فيها المادة (٤٩/أ) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ رفع دعوى البطلان.
- سدّ قانون التحكيم الأردني رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ المعدل لقانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ في المادة (١٦) منه ثغرة قانونية بأن أضاف تعديلاً بخصوص الإجراءات أو أسباب طلب الرد حيث أصبحت توجب تقديم طلب الرد كتابة للهيئة ابتداءً، وفي حال عدم تحي المحكم فيتعيّن عليه أن يقدم جوابه على طلب الردّ وبياناته، وتحيل الهيئة طلب الردّ إلى محكمة الاستئناف التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم وهذا النص المعدل يعني **عدم اختصاص المحكم**، حيث إن النص السابق **قبل التعديل** كان يختصم فيه المحكم أمام محكمة الاستئناف مما يعني تولّد خصومة قضائية للمحكم مع أحد الأطراف مما يضيف ظلالاً من الشك على حيده المحكم في حال عدم ردّه واستمراره نظر النزاع بعد اختصاصه سابقاً من أحد الأطراف.
- إن مفهوم حيده المحكم واستقلالته تختلف عن حيده واستقلال القاضي لأن مبدأ الحياد في القضاء ينبغي أن يسود كل نواحي الخصومة القضائية وبالتالي استقلال القاضي عن الخصوم وعن الغير أصحاب المصلحة في النزاع. في حين يختلف الأمر في مجال التحكيم فقد عرفه الفقه " ألا يكون للمحكم أية صلة

(١) الحكم رقم ٨ لسنة ٢٠١٥ - محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٩/١٥.

أو ارتباطاً بموضوع النزاع أو بأحد المحتكمين أو بممثلهم قد تدفعه للتحيّز. وقد غاير المشرع الأردني بين القضاة والمحكمين فيما أورده بأسباب عدم صلاحية القضاة وردهم وتحتيتهم الواردة في المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية في حين أورد المشرع بالمادة (١٧) من قانون التحكيم بالنسبة لردّ المحكمين. وبالرغم من محاولة بعضهم التمييز بين الحيادة والاستقلال بالقول إن عدم الحيادة يمثل موقفاً شخصياً لتعلقه بالعاطفة التي ترجع إلى علاقة المحكم بأحد الخصوم كالمودة والكرهية في حين يمثل عدم الاستقلال موقفاً موضوعياً يرجع إلى الضغط الذي قد يبشره الخصم على المحكم. إلا أن المعمول عليه في ردّ المحكم هو أمر واحد يتمثل في ترجيح عدم استطاعة الحكم بغير ميل وسواء بعد ذلك أو رجوع هذا الميل إلى عدم حياده أو عدم استقلاله.

- تتمثل الرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم من خلال تنفيذه، ولقد نظم المشرع الأردني إجراءات التنفيذ بموجب المادتين (٥٤،٥٣) من قانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨، وجعل محكمة التمييز المحكمة المختصة بطلب تنفيذ حكم التحكيم وهي التي تأمر بتنفيذ الحكم إذا قضت بردّ دعوى البطلان وتأييد حكم التحكيم وفقاً للمادة (٥١) من ذات القانون، وأن تبليغ أحكام التحكيم لا يتم بذات القواعد الخاصة لتبليغ أحكام المحاكم النظامية، لأن قانون التحكيم الأردني نص في المادة (٦) منه على قواعد خاصة في التبليغ يجب اتباعها.
- أن المادة ٤٩ من قانون التحكيم الأردني المعدل حددت الحالات التي تقبل فيها لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم فمن البطلان ما يتعلق باتفاق التحكيم ومن البطلان ما يتعلق بعدم احترام إرادة الأطراف ومن البطلان ما يتعلق بتجاوز حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف ومن البطلان ما يتعلق بالنظام العام.
- اعتبرت محكمة التمييز والاستئناف الأردنيان ومن خلال العديد من أحكامهما المتواترة أن رقابتهما على حكم التحكيم شكلية إجرائية.

#### التوصيات

- نتمنى على المشرع الأردني إضافة نص خاص بالمادة الواجب على الخصم إقامة دعواه التحكيمية فيما إذا تم اتخاذ إجراءات وقتية مستعجلة من قبل قاضي الأمور المستعجلة وذلك لصعوبة تطبيق أحكام المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية وتشكيل هيئة التحكيم خلال (٨) أيام بخلاف المحكمة العادية المشكلة مسبقاً.
- نتمنى على المشرع الأردني ضرورة التدخل لإضفاء المرونة على نص المادة (٤٩/أ) من قانون التحكيم المعدل بحيث تسمح باتفاق الأطراف على أسباب مغايرة لدعوى البطلان بما يجيز للأطراف التوسع أو التضيق في أسباب البطلان ما عدا ما يخالف النظام العام. وتحديداً في معالجة عدم تطبيق هيئة التحكيم للقانون الموضوعي المحدد على النزاع.
- إنشاء مركز تحكيم مؤسسي له نظامه وقواعده وإجراءاته بحيث يخضع نظام تعيين واختيار المحكمين له، وتخضع الأحكام قبل صدورها عن المحكمين بمقتضى قواعده لنظام مراجعة مؤسسي لتقويمها وإعادةها للتصويب إذا اقتضت الحاجة وبما يرفع من مستوى الأحكام الصادرة ومستوى الثقة فيها مع بقاء هذه الأحكام خاضعة لدعاوى البطلان بموجب القانون وإصدار دليل لمعايير الحياد والإفصاح.

## المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب

- الجبيري، إبراهيم رضوان (٢٠١٨)، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان.
- الحداد، حفيظة السيد (١٩٩٧)، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- الحداد، حفيظة السيد (٢٠٠٠)، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة.
- الدبوبي، خالد عبدالله، قانون التحكيم (٢٠٢٠)، محاضرات تم إعطاؤها في مادة مدى الرقابة القضائية على حكم التحكيم لطلاب المعهد القضائي.
- الزعبي، محمد داود (٢٠١١)، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الطراونة، مصلح (٢٠١٠)، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة. الطبعة ١، عمان: دار وائل للنشر.
- أبو الوفا، أحمد (٢٠٠١)، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة.
- حداد، حمزة (٢٠٠٧)، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، ط ١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي (٢٠١٢)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة السادسة.
- شرايري، أحمد بشير (٢٠١٦)، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه" دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع.
- علي، وليد علي، دعوى بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي (٢٠١٩)، القاهرة، دار الوفا للطباعة والنشر، الطبعة ١.

### ثانياً: الرسائل الجامعية

- المحاميد، مروان محمد سلامة (٢٠١٨)، رقابة القضاء على ميعاد التحكيم، جامعة الشرق الأوسط.
- المصري، عمر محيي الدين (٢٠٢٠)، سلطة القضاء في إبطال حكم التحكيم موضوعياً، جامعة الشرق الأوسط.
- مطر، وئام مصطفى محي الدين، (٢٠١٤)، آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه" دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر.

### ثالثاً: المجالات

- عبيدات، رضوان إبراهيم، حزبون، جورج حزبون (٢٠٠٦)، النظام القانوني لدعوى البطلان لحكم التحكيم وفق أحكام القانون الأردني والمقارن، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٣، العدد ٢.
- العدوان، وضاح (٢٠١١)، بطلان حكم التحكيم في ضوء أحكام القانون الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٤، العدد ٤.

### رابعاً: القوانين

- قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لعام ٢٠٠١.
- قانون التحكيم الأردني رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ المعدل لقانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.

## أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

### "دراسة مقارنة في القانون الأردني"

## The Effect of Public Order in Excluding Foreign Governing Law

### A Comparative Study

محمد صالح ملفي القضاة\*

#### الملخص

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي ليطبق على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، فلا يعني أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق هذا القانون، وإنما ينبغي أن يقوم بفحصه لكي لا يتعارض هذا القانون في مفهومه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وإذا ما وجد إن هذا القانون يتعارض مع هذه الأسس -النظام العام في بلدة- عليه استبعاد هذا القانون ولو كان واجب التطبيق ومشار إليه ضمن قواعد الإسناد في قانونه الوطني، ويجب على القاضي المحافظة على الأسس الجوهرية والمفاهيم الاجتماعية والدينية وذلك من خلال الاستثناء الوارد في المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني التي وجدت استثناء لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإحلال القانون الوطني بدلا منه. ويعدّ الدفع بالنظام العام مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وسيلة فنية لاستبعاده، كما يعدّ وسيلة استثنائية لذلك الاستبعاد فلا يلجأ القاضي إليه ابتداءً، بل يتم اللجوء إليه علاجا أخيرا لا مفر منه أو علاجا احتياطيا في مواجهه القانون الأجنبي.

**الكلمات الدالة:** النظام العام، القانون الدولي الخاص، استبعاد القانون الأجنبي.

#### Abstract

If the national attribution rule states that a foreign law is the governing law in a relation that involves foreign element, this does not mean that the national judge is bound to apply such law. Rather, the judge must determine if the choice of the foreign law and its application is appropriate and does not contradict with the public order of the country. Therefore, when the foreign law is found to be against the public policy and public order, then according to Article (29) of Jordan Civil Law, the judge has to reject its application and apply the national law instead.

Public order is considered as one of the exceptional technical means of excluding the application of the foreign governing law to protect the public order, it gives the national judge the discretionary powers to dismiss its application at any stage during the tribunal, and such decision is subject to the supreme court review at its own discretion or upon the parties to case request.

**Keywords:** Public Order, International Private Law, Foreign Law Rejection

## المقدمة

إن فكرة النظام العام من أهم الأفكار في علم القانون، ففي القانون الداخلي توجد قواعد أمره لا يجوز للأطراف الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قيماً على مبدأ سلطان الإرادة، كما يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة- اقتصادية واجتماعية وسياسية ودينية- للمجتمع في دولة القاضي، إلا أن النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يهدف إلى ذات الأهداف ولكن بطريقة مختلفة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم بالقاعدة القانونية الوطنية، أما في القانون الدولي الخاص فيتحقق من خلال الدفع والاعتراض على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق من خلال قواعد الإسناد الوطنية، وذلك عند وجود تعارض بين هذه الأحكام والأسس الجوهرية في دولة القاضي، فالنظام العام هو المراقب على القواعد القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بينما يمثل النظام العام في القانون الداخلي الحماية للقواعد القانونية ضمن نطاق أعمالها داخلياً في بلد القاضي.

وبناء على ذلك، سنتناول في هذه الدراسة فكرة النظام العام وأثره على العلاقات الدولية الخاصة ضمن فكرة تنازع القوانين.

فقد نصت المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب العامة في المملكة الأردنية الهاشمية" وقد أخذت تشريعات عدة دول بهذا المبدأ منها عربية وأخرى أجنبية.<sup>(١)</sup> فالدفع بالنظام العام هو في حقيقة الأمر تعطيل للأعمال الطبيعية لقواعد الإسناد الوطنية، بالرغم من هذا الدور السلبي للنظام العام إلا أنه يوجد مبرر لذلك، فعندما يتعين القانون الواجب التطبيق على نزاع مشوب بعنصر أجنبي قد يكون هذا القانون هو قانون القاضي الذي يحكم النزاع أو قانون آخر، وعندها يثور التساؤل التالي هل القاضي ملزم من خلال قانونه الداخلي بتطبيق القانون الذي تقرره قواعد الإسناد حتى لو كان مخالفاً للنظام العام في دولته؟

يتفق غالبية الفقه على عدم إمكانية تطبيق هذا القانون في حال مخالفته للنظام العام في دولة القاضي المقام أمامه النزاع، وإنما يطبق القاضي قانونه الداخلي بدلاً من القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد إذا تبين مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وفي هذه الحالة تصطدم أحكام القانون الأجنبي وتتعارض مع المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي وعندها يقوم القاضي برفض تطبيق القانون الأجنبي حفاظاً على نظامه العام الوطني، وحماية له من هذه الأحكام التي تتعارض ومفاهيمه الدينية والأساسية.

## مشكلة البحث

من أجل تجسيد أهمية البحث لا بد من الإجابة على مجموعة من التساؤلات تمثل مشكلة البحث التي تعدّ

جوهر نظرية النظام العام، كفكرة لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة كلية أو جزئية وهي على النحو التالي:

١. ما هي طبيعة النظام العام والآداب العامة التي قصدها المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني؟

وهل يختلف النظام العام والآداب العامة في العلاقات الدولية الخاصة عنه في العلاقات الوطنية؟

(١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ في المادة (٢٨)، القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ المادة (٣٠)، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥) لسنة ١٩٧٩ المادة (٢٧)، والمادة (٣/١٢) الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني في خصوص القانون الدولي الخاص لعام ١٩٧٤.

٢. ما هو المقصود بالنظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص وهل يختلف أثره عن النظام العام الداخلي؟

٣. ما هو دور القضاء الوطني بالأخذ بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي وهل هو مطبق فعلياً؟

٤. كيف تعاملت القوانين المقارنة مع مفهوم النظام العام وأثره في العلاقات الخاصة الدولية؟

٥. بحث أثر الدفع للنظام العام فيما إذا كان يؤدي إلى استبعاد كلي أم جزئي للقانون الأجنبي وما هي البدائل المطروحة في حال استبعاد القانون الأجنبي؟

### أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في أن أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قواعد الإسناد الوطنية يهدف إلى حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الداخلي، على اعتبار أن النظام العام هو صمام الأمان الذي يمنع تسلل وتطبيق أي قانون أجنبي يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، كما أنها تقف بالمرصاد لكل محاولة للتلاعب في ضوابط الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، وإن الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون عملاً ذا طابع استثنائي إذ يستبعد القانون الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام ويحل محله قانون آخر بصفة استثنائية، وفي ذلك جانب كبير من الأهمية في مجال تنازع القوانين يتجلى في تغيير قواعد الإسناد وما يترتب عليه من تغيير في القانون المختص لحكم النزاع المطروح، كما أن أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يكون مقروناً بالحكمة والاعتدال بحيث لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات التي تستدعي حماية المبادئ العامة والأساسية في مجتمع دولة القاضي.

### أهداف البحث

- معالجة بعض الصعوبات التي قد تواجه القاضي الوطني أثناء تطبيقه ومراقبته للقانون الأجنبي المختص، التي من شأنها التأثير على المقومات الأساسية والجوهرية التي يرتكز عليها كيان مجتمعه.
- كشف النقاب عن أهم حالات الاستبعاد للقانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية ومدى تأثير ذلك على العلاقات الخاصة الدولية.
- إبراز مدى فاعلية المادة (٢٩) من المدني الأردني في الوصول إلى قصد المشرع من فكرة الدفع بالنظام العام.

### منهجية البحث

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي لنصوص القانون المدني الأردني ومقارنته بنصوص القوانين الأخرى، والمقارنة بين القانون المدني الأردني والقوانين الأجنبية كالقانون المصري والعراقي والفرنسي لمعرفة كيفية علاج مشكلة البحث في مختلف النظم القانونية والاستعانة بالأحكام القضائية إن وجدت لمعرفة التطبيق العملي للنقطة موضوع البحث، مع الاستعانة بالشروحات الفقهية للوقوف على الآراء التي تناولت فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وأثره في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.



## الدراسات السابقة

- لم أجد في -حدود بحثي- أي دراسة متخصصة في بيان الأثر للدفع بالنظام العام والشروط التي يجب توافرها لإثارة هذا الدفع، ولكن وجدت بعض الدراسات قد تضمنت هذا الدفع ضمن أحد مطالبها أو أجزائها وهي:
- علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، الدكتور طلال ياسين العيسى، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٥ العدد الأول لسنة ٢٠٠٩.
  - نحو تضييق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، إبراهيم خالد يحيى، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ٢٠١٩.
  - الدفع بالنظام العام وأثره، د.سلطان عبدالله محمود، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد (١٢) العدد (٤٣) لسنة ٢٠١٠.

## هيكلية البحث

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين تمثل هذه الدراسة، جاء المبحث الأول بعنوان (طبيعة وشروط إعمال الدفع بالنظام العام) أما المبحث الثاني فكان بعنوان (الأثار المترتبة على الدفع بالنظام العام). فضلاً عن المقدمة والخاتمة.

## المبحث الأول

### طبيعة وشروط إعمال الدفع بالنظام العام

يؤكد الفقه الحديث على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا ما تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في المجتمع للقاضي الذي ينظر النزاع، وإن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة ويكتنفها الغموض وعليه يصعب تحديدها على وجه دقيق، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر.<sup>(١)</sup>

وعلى اعتبار أن الدفع بالنظام العام وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف له، فقد ثار خلاف بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول طبيعة هذا الدفع وهل يتطلب القاضي شروطاً لإعمال هذا الدفع والأخذ به وإثبات أحقية مقدمه.

وعليه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي.

المطلب الأول: طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

المطلب الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

(١) د.هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ٤٨٩.

## المطلب الأول

### طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة

يعتبر النظام العام مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إذا خالف هذا القانون المقومات والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، وهنا يثور التساؤل التالي: هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلي لقواعد القانون الدولي الخاص أو أنه مجرد استثناء؟<sup>(١)</sup> وتكمن الأهمية في الإجابة على هذا التساؤل في تحديد نطاق النظام العام وتفسيره، فالقول بأنه مبدأ أصلي يفتح الباب للتوسع في تحديد وتفسير هذه الفكرة، وعليه يصبح الأصل عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي، أما مجرد القول بأنه استثناء يرتب نتائج عكسية لما سبق عرضه بحيث يكون التفسير ضيقا للنظام العام ويعدم التوسع في نطاقه ويعدم إثارته.<sup>(٢)</sup> وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، وبرز في ذلك اتجاهان، اتجاه قال بأن فكرة النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي ولقاعدة عامة- الفقه التقليدي- واتجاه آخر قال بأن فكرة النظام العام ما هي إلا استثناء على القاعدة العامة- الفقه المعاصر.<sup>(٣)</sup>

## الفرع الأول

### النظام العام تطبيق مبدأ أصلي

لقد نشأت هذه الفكرة في عهد مدرسة الأحوال الإيطالية، إذ استخدم الفقه التقليدي في تلك الفترة هذه القاعدة مبدأ أصليا وقاعدة عامة، فقد استخدم الفقيه "بييه" النظام العام أساسا لبناء قاعدة الإسناد لتطبيق القانون تطبيقاً إقليمياً كأصل وليس كاستثناء وإن النظام العام يعتبر قاعدة وضابطا للإسناد إلى جانب القوانين الممتدة التي يكون تطبيقها شخصياً.<sup>(٤)</sup>

وعليه فإن قواعد النظام العام قواعد أصلية لا ينظر إليها على أنها قواعد استثنائية تمنع تطبيق القانون الأجنبي، فمثلا قانون الجنسية هو الذي يحكم علاقات الأشخاص، وهناك قواعد في القانون الوطني يجب أن تطبق على جميع العلاقات دون تمييز بين المواطنين والأجانب على حد سواء، ويقصد بذلك أن قانون الجنسية قد يتلاشى في هذا النوع من العلاقات لكي يترك المجال لقانون القاضي استناداً إلى ضرورة احترام سيادة الدول واستقلالها.<sup>(٥)</sup> وقد وجهت مجموعة من الانتقادات لهذا الاتجاه ومن بينها، إن استخدام فكرة النظام العام بديلا للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع من أجل تبرير تطبيق بعض القوانين إقليمياً هو تصور يخلط بين فكرتين مختلفتين تم

(١) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص -الجنسية وتنازع القوانين -دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٢٨.

(٢) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١١٢.

(٣) د.أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١، ص٢٣٠.

(٤) د.أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١، ص٢٣٠.

(٥) د.صلاح الدين جمال الدين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ٢٠٠٧، ص١١٢.

استعمالهما كمترادفين - فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية - مع أن هناك فرقا واضحا بينهما حيث إنه وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية وإقليمية تسري على الجميع سواء أكانوا مواطنين أم أجنبيا، إلا أن هناك حالات لا تكفي فيها القوانين الوطنية أو الإقليمية إن صح التعبير وحدها لاستبعاد القانون الأجنبي، كأن يتضمن القانون الأجنبي نظاما قانونيا مجهولا بالنسبة لقانون القاضي، وعليه يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده.<sup>(١)</sup> ومن جهة أخرى وجه الفقه المعاصر انتقاداً لاذعاً لهذا الاتجاه، لأنه يرى أن ذلك نظرة تعصبية للنظام العام من شأنها إحداث آثار بالغة بالتعاون القائم بين الدول وإطراد العلاقات الخاصة الدولية، بالإضافة إلى إنكار وظيفة قاعدة الإسناد.<sup>(٢)</sup>

## الفرع الثاني

### النظام العام استثناء على المبدأ الأصلي

إن وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني أن يفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقاً للقانون الأكثر ملائمة للتطبيق، إلا أنه يوجد استثناءات ترد على هذا الالتزام، ومن أبرز هذه الاستثناءات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الداخلي الذي يقوم عليه كيان المجتمع، فيتعين على القاضي استبعاد هذا القانون ليتعطل على وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد، بهدف تجنب النتائج غير المقبولة جراء تطبيق هذا القانون الذي تحدد اختصاصه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.<sup>(٣)</sup>

ينظر بوضوح تغير نظرة الفقه لطبيعة النظام العام، وذلك بعد ما تنبه الفقهاء المعاصرون لخطورة الوضع حيث أصبح النظر إلى النظام العام على أنه استثناء وليس أصلاً، ولا يتم اللجوء إليه إلا عند الضرورة التي تتطلبها المحافظة على الأسس الجوهرية والأخلاقية والاقتصادية والدينية للمجتمع، فقاعدة التنازع التي تمنح على سبيل المثال الاختصاص في مسائل الزواج إلى قانون الجنسية، وتبين أن هذا القانون المختص يمنع الزواج على أساس الاختلاف العرقي وتمسك به الزوجان من أجل إبطال هذا الزواج فإنه وهذه الحالة سيتم الدفع بالنظام العام الذي يعد صمام الأمان للمجتمع الذي قد يلحق الضرر بالمجتمع إذا تم إبطال هذا الزواج، وعليه يمكن للقاضي استبعاد هذا القانون ولكن الاستبعاد وهذه الحالة يكون استثنائياً وبمقدار التصادم أو التعارض مع النظام العام في دولة القاضي الذي يرفض العمل بالحكم القائم على أساس التمييز العنصري، وفيما عدا ذلك تبقى قاعدة الإسناد ذاتها والاختصاص في مسائل الزواج يبقى لجنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج.<sup>(٤)</sup>

يتضح مما سبق أن النظام العام هو صمام الأمان وشرط تحفظي يقف ضد القانون الأجنبي المختص إذا ما اصطدم مع مفاهيم الدولة القانونية والأخلاقية والدينية والاقتصادية، ويبرز عند الضرورة وبمقدار التعارض معها، أما إذا انحرف عن هذه الوظيفة أو بالغ القضاء في تقديره والأخذ به فإنه سينحرف عن الهدف الذي وجد من أجله، فالدفع بالنظام العام يجب أن يكون لأسباب جوهرية ومحقة وهو ما يحتاج إلى قضاة على اطلاع ومعرفة بالقانون

(١) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، ١٩٨٦، ص ١٥١.

(٣) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٤) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٥٢.

الدولي الخاص والأهداف التي رسمها المشرع الوطني لغايات التعاون الدولي وقيام العلاقات الدولية الخاصة من أجل تحقيق الانسجام بين مختلف الدول وتبادل الحلول القانونية.<sup>(١)</sup> ولفهم هذه الطبيعة الاستثنائية لفكرة النظام العام بشكل واضح لا بد من تحديد شرط تطبيقها، هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### شروط إعمال الدفع بالنظام العام

سبق أن أشرنا في المطلب الأول إلى أن دور النظام العام استثنائي وليس أصليا ويجب أن يكون نطاق إثارته مقتصرًا على الحالات الضرورية وذلك بعد استفاد كافة الوسائل القانونية المتاحة لاستبعاد القانون الأجنبي، وعليه، يجب توافر مجموعة من الشروط لأجل إعمال هذا الدفع لكي لا يتمسك الأطراف والقضاة بالنظام العام في منازعة يشوبها عنصر أجنبي، ولكن يجب تقديم هذا الدفع مشفوعاً بأسباب حقيقية تستوجب استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وسنقوم بذكر الشروط على النحو التالي مع العلم أنه لا يمكن حصرها كونها متغيرة بتغير مفهوم النظام العام:

#### • وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية:

وجد النظام العام علاجاً لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إذا ما أدى تطبيقه إلى تصادم مع الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية في دولة القاضي، فإذا كان القانون الأجنبي غير مختص فلا داعٍ للتمسك بالنظام العام<sup>(٢)</sup>، وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية بالقرار الصادر عنها بتاريخ ٢٠١٩/٥/١٧ " ... وعن السبب الثالث الذي يقوم على تخطئة محكمة الاستئناف بعدم رد الدعوى لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة سند لنص المادة (٢٩) من القانون المدني، وفي ذلك تجد المحكمة أنه بالرجوع إلى نص الاتفاقية الموقعة لدى محكمة الأسرة والمجلس الحسبي فإننا لا نجد ما يخالف الشريعة أو الآداب العامة وبالتالي فإن الأخذ بما جاء فيها موافق للقانون وحيث توصل الحكم المميز لذلك فقد أصاب صحيح القانون وهذا السبب يتعين رده..."، فلا يتصور التمسك بالدفع بالنظام العام وإثارته إذا ما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق ولا يوجد تزامن بين القانون الوطني مع قانون أجنبي أو إذا كان التنازع داخلياً ضمن القوانين الوطنية في دولة القاضي، لأن الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده ويستثنى من ذلك حالة الدولة الفدرالية التي يشكل فيها كل إقليم أو ولاية وحدة تشريعية مستقلة ويوجد فيها اختلاف لمفهوم الأسس يستند إليها النظام التشريعي في تلك الولاية، مما يبرر إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بمفهومها المعروف بالقانون الدولي الخاص<sup>(٣)</sup> كما أنه لا يتصور إثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا وجد سبب آخر لاستبعاده

(١) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٤.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٩/١٨٥٧ الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٧.

(٣) محمد المبروك اللاف، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ١٩٩٤، منشورات الجامعة المفتوحة، ص ٨١.

كما لو تم اختيار قانون لا تربطه صلة بالعقد أو بأطرافه ولم يتحقق فيه أي شريط يوجب تطبيقه ضمن قواعد الإسناد. (١)

• أن تكون مخالفة النظام العام ذات أثر ملموس:

ويقصد بهذا الشرط ألا يكون التعارض بين أحكام القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي مجرد تعرض نظري بل يجب أن يكون له أثر فعلي على أرض الواقع وأن يؤثر على قيم ومبادئ المجتمع بشكل واضح وملموس<sup>(٢)</sup>، إذ يجب النظر إلى الأثر الفعلي للقانون الأجنبي فإذا كانت نتائج تطبيقه تمس بشكل واضح القيم والمثل العليا يجب استبعاده أما إذا كان تطبيقه لا يشكل ضرراً ملموساً فلا عبرة بهذا الاختلاف ولا يتوجب استبعاده. (٣)

• توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام:

يشترط لإعمال الدفع بالنظام العام توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المختص، فالمشرع عندما أشار في قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد تطبيق هذا القانون على إطلاقه وإنما اشترط عدم اصطدام هذا القانون مع مقتضيات النظام العام في دولته، وقد قدر بعض الفقهاء أنه يمكن حصر هذه المقتضيات مقدماً وتنقسم القوانين إلى قوانين متعلقة بالنظام العام وأخرى غير متعلقة بالنظام العام، إلا أن ذلك لم يكتب له النجاح وفشلت هذه المحاولات وذلك لعدم ثبات هذه المقتضيات واختلافها باختلاف الزمان والمكان، فالزواج قد يكون نظاماً مدنياً في دولة ونظاماً دينياً في دولة أخرى، وقد يكون نظاماً دينياً في دولة ثم يصبح نظاماً مدنياً في مرحلة لاحقة في ذات الدولة. (٤)

ونظراً لكون هذه المقتضيات متغيرة وصعبة التحديد والحصر فقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديدها إلى القاضي المثار أمامه النزاع مع تقييد سلطته بهذا الشأن لكي لا يغلو في تطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الأجنبي، وهذا التقييد يجب أن يحدد بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام<sup>(٥)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير مدى التعارض بين أحكام القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته لدرجة أنه أصبح مشرعاً في هذه الدائرة المرنة كما يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري. (٦)

(١) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٥٢-١٥٣.

(٢) فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٥٨.

(٣) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي) الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان الأردن، ٢٠٠٩، ص ٢٦١-٢٦٢.

(٤) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني - في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ١٩٦٩، ص ٥٣٢.

(٥) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ٢٠٠٩، ص ٧٣٨.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ٢٠٠٩، ص ٤٣٧.

## • وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي:

ذهب جانب من الفقه مدعوم بالقضاء في كل من ألمانيا وسويسرا إلى ضرورة توافر شرط وجود صلة أو رابطة كافية بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي فمن غير المقبول أن يتمسك القاضي بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص في حال انعدام تلك الرابطة أو الصلة<sup>(١)</sup> فكيف له أن يتذرع بهذه الفكرة في دولته لكي يعطل عمل قاعدة الإسناد بشأن مسألة لا تعنيه ولا يمكن لها إن حيل النزاع إلى قانونه الوطني حتى لو تم استبعاد القانون الأجنبي فانعدام المصلحة يؤثر على هذا الدفع، بالإضافة إلى أن هذا الحكم لا يكتسب أي صفة ولا يكون له فعالية في أرض الواقع لا داخلياً ولا خارجياً مما يجعل من الصعب تنفيذه.<sup>(٢)</sup>

وقد عجز أنصار هذا الاتجاه عن إثبات مقصدهم من توافر تلك الرابطة أو الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي، أهى الجنسية أم الموطن أم موقع المال؟ وإزاء تلك الحيرة التي وقعوا بها ذهب بعضهم إلى القول إنه في حال انعدام أي رابطة من تلك الروابط فإن مجرد طرح النزاع على الجهات القضائية في هذه الدولة يكفي لقيام تلك الرابطة.<sup>(٣)</sup>

## • أن تكون المخالفة للنظام العام حالية:

يتعين على القاضي استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان يصطدم مع مقتضيات النظام العام في بلده، إلا أن هناك تساؤلاً مهماً يجب طرحه في هذا الصدد "في أي لحظة يجب أن يتقرر ما إذا كان هذا التصادم موجوداً أو لا؟"

استقر الرأي على أن القاضي يقدر توافر مقتضيات النظام العام من عدمه لحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع<sup>(٤)</sup> وتجدر الإشارة إلى أن حالة النظام العام تعتبر مسألة في غاية الأهمية وقد انتبه القضاء والفقه إليه كثيراً على اعتبار أنها تصنع حداً فاصلاً بين المفهوم السابق لفكرة النظام العام والمفهوم الجديد في ظل التطور والتغير المستمر لهذه الفكرة.

وهذا الشرط يعتبر أثر لآنية النظام العام ونسبته من حيث الزمان، فالعبرة من تحديد ما يعد من النظام العام وما يعد مخالفاً له هو وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء الحق<sup>(٥)</sup> وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في مجموعته من القضايا ومنها قضية "تيتي" سنة ١٩٣٦<sup>(٦)</sup>، وقضية إثبات نسب.

ويترتب على شرط حالة النظام العام عدة آثار لعل من أبرزها، إذا كان المركز القانوني الذي نشأ طبقاً لقانون أجنبي مختص وكان مخالفاً للنظام العام في قانون القاضي عند نشوء النزاع ومن ثم تغير بعد ذلك قانون القاضي

(١) Paul lagarde,richer ches sur l'ordre puplic en droit international prive', the'se pour ie doctorat ,Universite' de (١) paris,facte' de droit, 1959,pp.56-59.

(٢) د.أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٨، ص٣٨٧.

(٣) د.جمال محمود الكردي،تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ٢٠٠٥، ص٢٠٠-٢٠١.

(٤) Lerbous,Ageonniere et loussouar,pre'cis de droit international prive,8em edition,Dallo2,1962,p.372.

(٥) بلمامي عمر، مرجع سابق، ص١٤١.

(٦) تتلخص وقائع هذه القضية في أن فرنسيين تبنيوا طفلاً وهما خارج فرنسا قبل عام ١٩٢٣ وكان القانون الفرنسي يشترط في ذلك الوقت لصحة التبني أن يكون الزوجان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في عام ١٩٢٣ قانون يجيز التبني حتى لمن لم يبلغ سن اليأس من الإنجاب طعنا أمام محكمة باريس في صحته على أساس مخالفته للنظام العام في وقت التبني لأن الزوجين كانا شابيين، إلا أن المحكمة رفضت الطعن على أساس أن مثل هذا التبني لم يعد مخالفاً للنظام العام وقت رفع الدعوى - مشار للحكم في د.علي علي سليمان مرجع سابق، ص١٥٣.

وأصبح ذلك المركز القانوني لا يصطدم ومقتضيات النظام العام عند النظر في النزاع فلا يمكن للقاضي أن يعتد بالمخالفة السابقة ويؤثر الدفع بالنظام العام، كذلك يترتب على هذا الشرط أن الروابط القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد. (1)

## المبحث الثاني

### الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام

إذا ظهر للقاضي أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يصطدم ومقتضيات النظام العام في دولته وتمت إثارة هذا الدفع وتحققت كافة شروطه، فإنه يستبعد هذا القانون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حماية لنظامه القانوني الداخلي وهذا ما جرى العمل على تسميته بالأثر السلبي للنظام العام، ولا شك في أن هذا الاستبعاد سيوجد فراغاً تشريعياً مما يوجب على القاضي البحث عن قانون آخر ليحل محل القانون المستبعد وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام، ومن المتفق عليه وجوب التحقق من شدة وصرامة الدفع بالنظام العام إذا ما تعلق الأمر بحق اكتسب بالخارج وتم التمسك به في دولة القاضي. وعليه، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول (الأثر السلبي للنظام العام).

المطلب الثاني (الأثر الإيجابي للنظام العام).

### المطلب الأول

#### الأثر السلبي للنظام العام

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر سلبي وهو استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي المثار أمامه النزاع، فالهدف الأساسي لإعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني، نظراً للتناظر القائم بينها وبين أساس هذا النظام. ويثور التساؤل: هل يتم استبعاد القانون الأجنبي بجميع أحكامه وبشكل كلي أو يقتصر الاستبعاد على الجزء المتعارض مع النظام العام الوطني في هذا القانون؟

ولإجابة على هذا التساؤل قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحثنا في الأول (الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام) وفي الثاني (الاستبعاد الجزئي للقانون المخالف للنظام العام).

(1) زواتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ٣٠٢-٣٠٣.



## الفرع الأول

### الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بشكل كلي وإلى تطبيق قانون القاضي بدلاً منه<sup>(١)</sup> وقد استند هذا الجاني إلى قاعدة قد قررتها قاعدة الإسناد في بلد القاضي بحجة منع التعارض مع النظام العام وبتطبيق القواعد الأخرى في القانون المستبعد قد يؤدي إلى مسخ وتشويه القانون الأجنبي الذي يجب أن يتم التعامل معه كوحدة واحدة، مما قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون في غير الأحوال التي يجب تطبيقه فيها، فضلاً عن أن هذا التطبيق قد يخالف الغاية المرجوة من وجود قواعد الإسناد في بلد القاضي التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي برمته وكوحدة واحدة وليس اجتزاء أحكامه والأخذ ببعضها دون الآخر. وقد برر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحجج التالية:

- إنه يجب النظر في القانون الأجنبي المختص كوحدة واحدة وكل لا يتجزأ، وعليه فإن استبعاد الجزء المخالف وتطبيق أجزاء أخرى منه يؤدي إلى تشويه القانون ونقطة أوصاله مما يؤدي إلى تطبيقه تطبيقاً مخالفاً لإرادة المشرع الذي وضعه.<sup>(٢)</sup>
- إن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة، وهو ما لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملاً، إذ يكون الأمر على النقيض في حالة الاستبعاد الجزئي.<sup>(٣)</sup> ومؤدى ذلك كله أن إعمال فكرة الاستبعاد الجزئي أمر يتناقض مع إرادة كل من المشرع الوطني واضع قاعدة التنازع وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأجنبي في الدولة المختص قانونها بالانطباق، وأن قاعدة التنازع لا تتحقق إلا من خلال الاستبعاد الكلي وحده.<sup>(٤)</sup>

## الفرع الثاني

### الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

أكد جانب من الفقه إلى أن الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام ليس من شأنها استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بشكل كلي، وإنما ينحصر الاستبعاد على الجزء المخالف لهذه الفكرة في دولة القاضي دون بقية الأجزاء الأخرى من هذا القانون لعدم توافر العلة والمغزى من استبعادها، وتكون بذلك قد احتفظت للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد بأكبر قدر من الفعالية<sup>(٥)</sup> كما يسمح هذا الحل إلى تقادي عيوب قواعد التنازع دون أن يتم تعطيلها بشكل كامل.<sup>(٦)</sup> ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من الحجج لعل من أهمها:

(١) NiBoyet(J.P.)Traite de droit international prive tomes III ,IV etv ,Paris 1994,P.522.  
(٢) د.سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٣، ٢٠١٠، ص ٩٤.  
(٣) عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢١٤.  
(٤) د.عكاشة عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٩٨.  
(٥) إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٧٧.  
(٦) د.محمد وليد المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الرابع لسنة ٢٠٠٣، ص ١٦٦.

- يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية لقانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوماً بالقانون الأجنبي المختص أصلاً. (١)
- لا يرمي الدفع بالنظام العام إلى إصدار حكم يقيم من خلاله القانون الأجنبي في ذاته وإنما يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه، فإن أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه الأحكام فلن يكون هناك مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام. (٢)
- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي يحقق المقصود من قاعدة التنازع والوظيفة التي وجدت لتحقيقها بالتصور الذي وضعه المشرع الوطني، كما يحفظ للقانون الأجنبي مكانته باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي، أما من يقول باستبعاد القانون الأجنبي برمته فهو يهدد الهدف والغاية من قاعدة الإسناد ويعصف بروحها، كما أنه يعتدي على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي. (٣)
- إن استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلياً وتطبيق قانون القاضي بدلاً منه يتعارض وحكمة المشرع كون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بالأصل وهو الأكثر ملائمة لحل النزاع (٤) وإن الأثر السليبي يتمثل في استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي دون بقية الأجزاء الأخرى وعلى القاضي تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض ومفهوم فكرة النظام العام في دولته (٥).

إلا أنه في بعض الحالات يصعب تطبيق القانون الأجنبي المختص أو استبعاد جزئية منه للاختلاف الجوهرى بأساس النظام العام، ولعدم إمكانية فصل هذه الجزئية لارتباطها الوثيق بأحكام القانون الأجنبي مما يقتضي اللجوء إلى استبعاده كلياً. (٦)

## المطلب الثاني

### الأثر الإيجابي للنظام العام

لا يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولته، بل يتوجب عليه التصدي للفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد للفصل في النزاع المعروض عليه فلا يتصور أن تبقى القضية دون قانون يحكمها، وذلك بإحلال قانون بديل عن القانون الأجنبي المستبعد، ويكون إحلال قانون آخر بديلاً عن القانون المستبعد هو الأثر الإيجابي للنظام العام، ويعتبر ذلك نتيجة طبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه دفع من الدفوع الموضوعية، وهو الأمر السائد في غالب التشريعات، إلا أن الأمر مختلف

(١) ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد ٦، ٢٠٠٩، ص ٢٨٧.

(٢) ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٣) د. جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٢٠٤، د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦٠٢.

(٤) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٥) د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢١٣، د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

(٦) د. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

في البلاد الأنجلوسكسونية التي تعتبر الدفع بالنظام العام دفعا إجرائيا يستتبع في حال الحكم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا تتور مسألة البحث عن بديل للقانون المستتبع.<sup>(١)</sup>

ويثور تساؤل مهم في هذا الصدد عن ماهية القانون الذي سيطبق بعد استبعاد القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمام القاضي؟

إن معظم القوانين ومنها القانون المدني الأردني في المادة (٢٩) والقانون المدني المصري في المادة (٢٨٠) والقانون المدني العراقي في المادة (٣٢) لم تنص إلا على الأثر السلبي للنظام العام، وعليه وجد الاختلاف للإجابة على هذا السؤال، وذهب الفقه في ذلك إلى عدة اتجاهات لعل من أبرزها أن الأثر السلبي للنظام العام لا بد أن يتبعه أثر إيجابي لسد الفراغ التشريعي وعدم اعتبار القاضي منكرًا للعدالة عندما لا يحكم في النزاع المعروض عليه بحجة عدم إمكان إعمال القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام.

وفي الواقع يوجد تلازم بين استبعاد القانون الأجنبي - الأثر السلبي - والبحث عن قانون بديل ليحل محل القانون المستبعد - الأثر الإيجابي - فالدفع بالنظام العام وجهان يتمثل أحدهما بالأثر السلبي والثاني بالأثر الإيجابي ، وعليه فإن جانباً من الفقه يرى أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف لا يكون كافياً دون إحلال قانون بديل عنه، ويدللون على ذلك بالحالة التي يجيز فيها القانون الأجنبي نشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي، وعليه يجب استبعاد هذا القانون الأجنبي وهذه الحالة دون الحاجة إلى إحلال قانون آخر بدلاً منه<sup>(٢)</sup>.

وقد انتقد هذا الرأي بشده واعتبر غير جدير بالتأييد لوجود ارتباط وتلازم بين الأثر الإيجابي والسلبي، والمتأمل الجيد للمسألة يجد أن استبعاد القانون الأجنبي يحدث فراغاً قانونياً يجب سده بالبحث عن قانون بديل يحكم النزاع، وقد يحدث الأثر الإيجابي بحلول قانون محل القانون المستبعد بشكل ضمني أو صريح فلا يترك النزاع بدون قانون يحكمه.<sup>(٣)</sup>

ومن كل ما تقدم يظهر التلازم بين استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون بديل عنه، ففي جميع الأحوال يرتب الدفع بالنظام العام أثرين مترابطين أحدهما سلبي والآخر إيجابي، إلا أن المشكلة التي تواجه القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي المختص تتمثل في تحديد القانون البديل الذي يملأ الفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد، ويوجد في هذه المسألة خلاف كبير بين الفقه والقضاء، إذ انقسموا إلى عدة اتجاهات لعل من أبرزها:

#### • البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته - مذهب سافيني:

يتمثل مضمون هذا الحل أنه عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يتوجب البحث عن حل ضمن نطاق القانون المستبعد على اعتبار أن الاختصاص بالأصل يعود له ضمن قواعد الإسناد في بلد القاضي، وذلك من خلال البحث في القانون الأجنبي عن نص بديل ملائم يطبق على المسألة التي كان يحكمها النص المخالف للنظام العام، إلا أن هذا الحل مقيد بشرطين هما: وجود نص بديل يصلح للتطبيق على موضوع النزاع، وأن يكون هذا النص -البديل- غير مخالف للنظام العام الوطني<sup>(٤)</sup>.

(١) د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دون دار نشر، ص ٣٠٥.

(٢) عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٣) د.عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦٠٦.

(٤) د.جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

### • تطبيق القانون الأقرب للعلاقة:

ذهب اتجاه من الفقه إلى أنه يجب تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المستبعد، وذلك بموجب قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي الوطني، ومثال ذلك تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية عندما يكون قانون الجنسية مخالفاً في أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، ويتم تطبيق القانون الذي يرتبط بالنزاع بأكثر الروابط صلة وقد يكون وقد يكون هذا القانون أجنبياً، وقد يكون قانون القاضي، إذ يطبق منه القاعدة الأقرب في مضمونها للقانون المستبعد. (١)

إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد ولعل أبرز هذه الانتقادات، هو أن اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية في حال استبعاد القانون الأجنبي المختص تشير إلى قانون آخر له صفة البديل الملائم هو أمر غير مجدٍ في حال إذا ما رغب الأطراف بإنشاء علاقة غير مشروعة في دولة القاضي، وهنا تطبيق قانون دولة القاضي هو وحده من يحمي نظامه العام بمنع نشوء تلك العلاقة غير المشروعة، وأي قانون آخر بديل يعجز عن هذه الحماية (٢) وتظهر أيضاً في هذا الفرض مشكلة تتمثل في حال إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق أكثر من قانون يصعب أو يستحيل معها المزج أو التوفيق فيما بينها.

### • تطبيق قانون القاضي:

لا شك في أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يعتبر أفضل الحلول كونه يعد أكثر الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، على اعتبار أن القاضي الوطني هو أعرف الناس بقانون دولته فيتجنب بذلك كافة الصعوبات التي قد تعترض طريقه عند تطبيق القانون الأجنبي، وكذلك يحقق إحلال قانون القاضي مكان القانون المستبعد أكبر قدر من الحماية والمحافظة على المبادئ الجوهرية لقانونه الوطني، وإن هذا الحل يتماشى مع طبيعة وفكرة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية بالإضافة إلى أنه صاحب اختصاص احتياطي عام. (٣)

وإن الأخذ بهذا الرأي يستوجب الأخذ بشرطين أساسيين هما: وجود قانون مختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وكذلك توافر نص ملائم لطبيعة المسألة المعروضة في قانون القاضي. (٤)

وخلاصة القول، يترتب على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام أثران مهمان ومباشران ومتلازمان هما الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام فلا يتصور أن يبقى النزاع دون قانون يحكمه، ويتمثل الأثر السلبي في استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وأثر إيجابي يعتبر نتيجة حتمية للأثر السلبي لسد الفراغ التشريعي الذي ينتج عن هذا الاستبعاد بإحلال قانون بديل (قانون القاضي حسب الرأي الراجح)، مع الإشارة إلى أنه في حال ما إذا كانت نصوص قانون القاضي غير ملائمة لطبيعة العلاقة محل البحث أو سكتت هذه النصوص تماماً عن إعطاء حل للمسألة فلا مناص عندئذ في قواعد العدالة والقانون الطبيعي وما استقر عليه من مبادئ القانون الدولي الخاص.

(١) د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦١٢

(٢) عبده جميل غصوب، مرجع سابق ص ٢٢١، و د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦١٤.

(٣) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٤) د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

## الخاتمة

وبعد الانتهاء من هذا البحث فقد تم التوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

### أولاً: النتائج.

- يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة والجماعة التي ترتضيها لنفسها ويتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه النظام القانوني سواء أكانت هذه المصالح دينية أم سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية ويعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانحيار، ويمثل النظام العام صمام الأمان الذي يحمي هذه الأسس في مجتمع القاضي بمنع تسرب وانقلاب القوانين الأجنبية التي تتعارض جذرياً مع هذه المبادئ.
- يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثراً سلبياً وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع أحكام القانون الداخلي أو الوطني للقاضي، وهذا لا يعني بقاء النزاع معلقاً بلا قانون يحكمه أو يتوقف القاضي عن السير في نظر النزاع، ويتوجب على القاضي أن يسد هذا الفراغ التشريعي بأن يبحث عن قانون آخر يصلح لحكم النزاع المعروض عليه وهذا ما يعرف بالأثر الإيجابي .
- يترتب على استبعاد القانون الأجنبي ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد وهو الأثر الإيجابي .
- الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج وهو تطبيق لمفعول النظام العام ولا يعني استبعاد كلي لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب بالخارج وتم طرح النزاع المتعلق به أمام القاضي الوطني.
- يتمتع القاضي بسلطة تحديد مفهوم فكرة النظام العام ولكن يجب أن يتقيد بضوابط لكي لا يتوسع في إعمال هذه الفكرة، ولا يمكن له أن يفرض نظريته الخاصة لإعمال هذه الفكرة، بل يجب أن يلتزم في تقديره لفكرة النظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والتمشيقة مع مصالح أمنه، لذا نرى بأن تقدير القاضي لفكرة النظام العام تعتبر مسألة قانونية وتخضع لرقابة المحاكم العليا.
- القاعدة العامة تقتضي بتطبيق القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد سواء أكان قانون القاضي أم قانون أجنبي ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يرد عليها استثناءات تعرف بموانع تطبيق القانون الأجنبي (الدفع بالنظام العام).
- إن هذه الموانع هي عمل ذو طابع استثنائي يتعطل معها الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد الوطنية، وعليه يجب أن يكون استخدامها مقروناً بالحكمة والاعتدال ولا يتم اللجوء إليها إلا في الأحوال التي تستدعي ذلك وفي الفروض التي تستوعبها المصلحة العليا ولحماية المجتمع من تدخل القوانين الأجنبية.
- لم يشر المشرع الأردني إلى ضرورة أن يكون القانون الأجنبي ذا صلة كافية بالنظام العام أو ما يعرف بالرابطة الكافية بين النزاع ودولة القاضي، بخلاف موقف القانون الفرنسي والألماني.

## ثانياً: التوصيات

- على الرغم من بذل محاولات عدة في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام إلا أن المشرع الأردني التزم الصمت، لذا نقترح على المشرع الأردني إيراد تعريف للنظام العام من خلال بيان أركانه وعناصره.
- كما نقترح على المشرع الأردني إضافة حلّ في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام، كأن يقرر اختصاص القضاء الأردني في حل النزاع.
- ضرورة وجود نص في التشريع الأردني يخضع فيه الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة التمييز في دولة القاضي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني، لأن خبرة محكمة التمييز في فهم وتفسير القانون الأجنبي وفهمها لقصد المشرع الأجنبي أعمق من فهم القاضي المنفرد.
- معالجة الدفع بالنظام العام بنص قانوني على غرار الدفوع الأخرى الواردة في المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وبيان الآلية المتبعة لذلك الدفع والشروط الواجب توافرها بهذا الدفع والمدة الواجب فيها تقديم طلب الدفع بالنظام العام وما هي البيانات المطلوبة لإثارة هذا الدفع وما هي الجهة المختصة بمراقبة القاضي مصدر القرار بهذا الشأن.
- بيان الآلية المتبعة والأسس المستند إليها في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام وهل يجب على القاضي الوطني إعمال قانونه الداخلي للنظر بهذا النزاع.
- نوصي بتعديل المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني لتبني الأثر الإيجابي صراحة بإحلال القانون الأردني محل القانون المستبعد ويكون التعديل على النحو التالي " يطبق القانون الأردني محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب".
- ضرورة بيان طبيعة الدفع بالنظام العام هل هو دفع إجرائي حسب النظام المتبع بالدول الأنجلوسكسونية الذي يستتبع في حال الحكم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، أو هو دفع موضوعي يستوجب على القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي البحث عن بديل للقانون الأجنبي الذي تم استبعاده.

## المصادر والمراجع

### أولاً : المراجع العربية:

- الهواري، أحمد محمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٨.
- دواس، أمين رضا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١.
- بوزينة، آمنة امحمدي بوزينة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، ٢٠٢٠.
- بلقاسم، إعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة الجزائر، ٢٠٠٨.
- السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المختصر في أحكام تنظيم التنازع الدولي بين القوانين، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية مصر الطبعة الأولى، ٢٠١٨.
- الكردي، جمال محمود، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ٢٠٠٥.
- الحداد، حفيفة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دون دار نشر.
- الصفار، ريا سامي سعيد، عقد الانتفاع بالعقار على وجه المشاركة الزمنية في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة مصر، ٢٠٢٠.
- البستاني، سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ٢٠٠٩.
- جمال الدين، صلاح الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- جمال الدين، صلاح الدين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ٢٠٠٧، ص ١١٢.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ٢٠٠٩.
- غصوب، عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٨.
- عبدالله، عز الدين، القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني - في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ١٩٦٩.
- عبدالعال، عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دارالجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- سليمان، علي علي، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ٢٠٠٨.
- المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي) الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان الأردن، ٢٠٠٩.



- اللافي، محمد المبروك، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ١٩٩٤، منشورات الجامعة المفتوحة.
- صادق، هشام علي، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨.

#### ثانياً : الأبحاث والرسائل الجامعية:

- عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، ١٩٨٦.
- عبد الحسن ختام، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد ٦ ، ٢٠٠٩ .
- محمود، سلطان عبدالله، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١ العدد ٤٣ ، ٢٠١٠.
- قريقر، فتحية، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٦-٢٠١٧ .
- المصري، محمد وليد، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الرابع لسنة ٢٠٠٣.

#### ثالثاً :المراجع الأجنبية :

- Paul lagarde,richer ches sur l'ordre puplic en droit international prive',the'se pour ie doctorat ,Universite' de paris,faclte' de droit, 1959
- Lerbous,Ageonniere et loussouar,pre'cis de droit international prive,8em edition,Dallo2,1962,p.372.
- NiBoyot(J.P.)Traite de droit international prive tomes III ,IV etv ,Paris 1994,P.522.

#### رابعاً : القوانين :

- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ في المادة (٢٨) .
- القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ المادة (٣٠).
- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥) لسنة ١٩٧٩ المادة (٢٧).
- الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني في خصوص القانون الدولي الخاص لعام ١٩٧٤ في المادة (٣/١٢).

## جريمة الرشوة الدولية " دراسة تحليلية في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية"

### The Crime of International Bribery: "an Analytical Study in the Context of International Conventions and National Legislation"

أحمد حسن محمد على \*

#### الملخص

لما تؤديه جريمة الرشوة من إخلالٍ بمبدأ المساواة بين المواطنين، وفقدان الثقة في دولة القانون باعتبارها من أهم صور الفساد وأكثرها انتشاراً تأتي هذه الدراسة للتعرف على صورة مستحدثة من صور جريمة الرشوة ألا وهي " الرشوة الدولية "، التي كانت محل اهتمام من قبل بعض الاتفاقيات الدولية والإقليمية المتعلقة بمنع الفساد ومكافحته، بل تم استحداث هذه الجريمة من قبل بعض التشريعات الوطنية.

وهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم جريمة الرشوة الدولية ، وبيان أبرز الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تصدت لها، وبيان موقف المشرع المصري والفرنسي والعماني من استحداث هذه الجريمة ومكافحتها .

**الكلمات الدالة:** جرائم الرشوة المستحدثة ، الموظف العمومي الأجنبي ، موظفو الهيئات الدولية، مكافحة الفساد، النزاهة

#### Abstract

Because the crime of bribery leads to a breach of the principle of equality between citizens and loss of confidence in the rule of law as it is one of the most important and widespread forms of corruption, the present study tries to explore a new form of the bribery crime: "international bribery" which has occupied great interest in the international and regional agreements concerned with combating corruption. And regional issues related to preventing and combating corruption. Indeed, this crime has been introduced by some national legislations. This study aimed to clarify the concept of the international crime of bribery, the most prominent international and regional agreements that dealt with it, as well as the position of the Egyptian, French and Omani legislator on the creation of this crime and combating it.

**Keywords:** Novel Bribery, Foreign Public Official, International Agencies Staff, Anti-Corruption, Honesty

\* قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر. تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٧/٧ وتاريخ قبوله ٢٠٢١/١٠/١٨

## المقدمة

تشهد المجتمعات الإنسانية باختلاف أنظمتها وباختلاف العصور شكلاً من أشكال الفساد على مر العصور، فهو كمفهوم الخير والشر مرتبط بطبيعة الإنسان في كل زمان ومكان ، فمنذ أن وطئت قدم الإنسان على الأرض والفساد ملازم له، فهو ظاهرة ليست مقصورة على مجتمع بعينه أو أيديولوجية سياسية دون أخرى بل ظاهرة موجودة في كافة المجتمعات المتقدمة منها والنامية .<sup>(١)</sup>

وتعد جريمة الرشوة صورة من صور الفساد الإداري إن لم تكن أهمها وأكثرها انتشاراً ، فهي داء يصيب الوظائف العامة ويلوث شرفها وسمعتها، إذ تؤدي إلى الإخلال بثقة المواطنين في الدولة، والإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين أنفسهم، فمن يدفع مقابل الرشوة تنقضي حاجته بينما يحرم من تحقيقها من يتمتع عن ذلك .<sup>(٢)</sup> ومما لا شك فيه أن جريمة الرشوة في الأعمال التجارية الدولية أضحت في الوقت الحاضر مسألة ملحة في أوساط الشركات والحكومات وقادة المجتمعات المحلية على حد سواء ، حيث إن التوسع التنافسي في الأسواق الدولية وهيكّل بعض الصناعات ؛ أدى إلى زيادة الدوافع لدى الشركات لدفع رشاوى للحصول على عقود تجارية مهمة ، بما يكفل لهم استمرار العمل في الأسواق الأجنبية .<sup>(٣)</sup>

وقد كانت جريمة الرشوة الدولية محل اهتمام العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية ، فعلى صعيد الاتفاقيات الدولية تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ ، واتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية لعام ١٩٩٧، التي وضعت من قبل منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي من أجل اتخاذ تدابير فعالة لردع تقديم الرشوة إلى الموظفين العموميين الأجانب ومنعها ومكافحتها، من أبرز الاتفاقيات الدولية لمواجهة هذه الجريمة.

وعلى صعيد الاتفاقيات الإقليمية تعتبر الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام ٢٠٠٣، بمثابة تنويع للجهود العربية والإفريقية للتصدي لهذه الجريمة .

وعلى صعيد التشريعات الوطنية فقد استحدثت المشرع الفرنسي في القانون رقم ٢٠٠٧/١٥٩٨ الصادر في ١٣ نوفمبر ٢٠٠٧ المتعلق بمكافحة الفساد، وأيضاً المشرع المصري هذه الجريمة في قانون العقوبات المصري بموجب القانون رقم ( ٥ ) لسنة ٢٠١٨ ، ولم نجد هذه الجريمة ضمن نصوص قانون الجزاء العُماني الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٧ / ٢٠١٨ .

ومما لا شك فيه أن استحداث هذه الجريمة إنما يعكس التداخل في العلاقات بين المؤسسات الدولية والدول من جانب، وبين الكيانات الاقتصادية الدولية وغيرها من الكيانات الأخرى من جانب آخر، فمن الضروري وجود بيئة تتصف بالاستقرار والشفافية في المعاملات التجارية الدولية في جميع الدول .

(١) منيرة بالخامسة ، رسالة ماجستير بعنوان " الاتفاقيات الدولية وتطبيقاتها في مجال قانون الفساد " ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرياح ، ٢٠١٧ ، الجزائر ، ص ١

(٢) سيف إبراهيم المصاروة، وآخرون، بحث بعنوان " المواجهة الجنائية للرشوة في قانون النزاهة ومكافحة الفساد " ، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق ، جامعة مؤتة ، الأردن ، المجلد ٤٥ ، عدد ٤ ، ٢٠١٨ ، ص ٦٥

(٣) خالد رمضان ، جرائم الرشوة في عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٣

حيث إن جريمة الرشوة الدولية الآن أضحت من أكثر صور الفساد التي تتال من قيم العدالة والتنمية والتطور في المجتمعات المعاصرة، لذلك تم تجريم الرشوة الدولية بمقتضى بعض الاتفاقيات الدولية، الأمر الذي انعكس على التشريعات الوطنية خاصة الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات . وسوف نحاول من خلال هذا البحث إلقاء الضوء على جريمة الرشوة الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد، والتشريعات الوطنية التي استحدثت هذه الجريمة .

### مشكلة الدراسة :

لم يعد ارتكاب جريمة الرشوة قاصراً على الموظفين العموميين الوطنيين، بل أضحت جريمة عابرة للحدود ترتكب من قبل الموظفين العموميين الأجانب وموظفي الهيئات الدولية ، لذلك تم تجريم هذه الجريمة من قبل بعض الاتفاقيات الإقليمية والدولية المتعلقة بمكافحة الفساد ، واستحدثتها بعض التشريعات الوطنية . كما أن الموظفين العموميين الأجانب وموظفي الهيئات الدولية يتمتعون بشكل عام بحصانة تمنع مساءلتهم عما يصدر عنهم من تصرفات تتعلق بوظائفهم مما يدفع هؤلاء إلى ارتكاب جريمة الرشوة .

### أسئلة الدراسة :

- ما المقصود بجريمة الرشوة الدولية ، وماهى أركانها ؟
- ما هى أبرز الاتفاقيات الإقليمية والدولية التي تصدت لمكافحة جريمة الرشوة الدولية ؟
- ما هو موقف المشرع الفرنسي والمصري والعُماني من استحداث هذه الجريمة والتصدي لها ؟
- هل يتمتع الموظفون العموميون الأجانب وموظفو الهيئات الدولية بالحصانة التي تمنع مساءلتهم عندما يرتكبون جريمة الرشوة ؟

### أهداف الدراسة :

- بيان المقصود بجريمة الرشوة الدولية وبيان أركانها.
- تحديد أبرز الاتفاقيات الإقليمية والدولية التي تصدت لمكافحة جريمة الرشوة الدولية .
- بيان موقف المشرع الفرنسي والمصري والعُماني من استحداث جريمة الرشوة الدولية والتصدي لها.
- توضيح الحصانة التي يتمتع بها الموظفون العموميون الأجانب وموظفو الهيئات الدولية ومدى إمكانية إفلاتهم من العقاب من خلالها .

### أهمية الدراسة :

تبرز أهمية الدراسة في كونها تتناول موضوعاً من مواضيع الساعة ألا وهي " جريمة الرشوة الدولية " ، حيث إنها من الجرائم الأكثر خطورة وضرراً على المجتمعات ، كونها تؤدي إلى الإخلال بالثقة التي يوليها الأفراد للسلطة العامة، وهى بدورها تؤدي إلى تفشي الفساد في الجهات الإدارية ؛ لذلك تم تجريم هذه الجريمة بمقتضى بعض الاتفاقيات الدولية، الأمر الذي انعكس على التشريعات الداخلية للدول وخاصة الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات.

**منهج الدراسة :**

في سبيل الوصول إلى النتيجة المرجوة من هذه الدراسة ، وسعيًا منا إلى التطرق لكافة عناصر الموضوع ، رأينا العمل وفقاً للمنهج التحليلي، كونه هو المنهج الأقرب لتحقيق الغرض من هذه الدراسة، وعليه فقد أجرينا تحليلاً للمبادئ والنصوص التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لبعض الدول المتعلقة بجريمة الرشوة الدولية .

**الدراسات السابقة :**

- دراسة حكيم سياب بعنوان " أحكام جريمة الرشوة الدولية " دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع الجزائري واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالفساد، وتكونت هذه الدراسة من ثلاثة مباحث تناول المبحث الأول منها مفهوم جريمة الرشوة الدولية ، وتناول المبحث الثاني البنين القانوني لجريمة الرشوة الدولية، وتناول المبحث الثالث التعاون الجنائي الدولي في مكافحة جريمة الرشوة الدولية .
- دراسة صلاح جبير " تجريم الرشوة في القانون الدولي " وهي دراسة تكونت من مبحثين، تناول المبحث الأول مفهوم الموظف الدولي وجريمة الرشوة، بينما تناول المبحث الثاني تجريم رشوة الموظف الدولي في الاتفاقيات الدولية .

وتختلف دراستنا عن هاتين الدراستين بأننا تناولنا موضوع جريمة الرشوة الدولية من منظور الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ ، واتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية لعام ١٩٩٧ ، والاتفاقيات الإقليمية كالاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام ٢٠٠٣ ، وأيضاً من منظور بعض التشريعات الداخلية التي جرمت هذه الجريمة كالقانون الفرنسي والقانون المصري والقانون العُماني.

**مصطلحات الدراسة :**

**الموظف العمومي الأجنبي:** أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي، سواءً أكان معيناً أم منتخباً، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية .

**موظفو الهيئات الدولية:** مستخدم مدني دولي أو أي شخص تأسس له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف بالنيابة عنها.

**خطة الدراسة :**

تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين وذلك على النحو التالي :

**المبحث الأول :** ماهية جريمة الرشوة الدولية

**المبحث الثاني :** مكافحة جريمة الرشوة الدولية في ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية .

## المبحث الأول

### ماهية جريمة الرشوة الدولية

#### تمهيد

تعمل الرشوة الدولية على تدهور الاقتصاديات وبالتالي تؤدي إلى انتشار آفة الفقر، إذ من خلال آلية العمولة أو الرشوة ونمو التجارة الدولية والأعمال أصبح أسلوب الفساد الاقتصادي خير يأتي بالنفع للعديد من الشركات خصوصا متعددة الجنسيات باستخدامها هذا الأسلوب للفوز بالعقود على حساب منافسيها. وعليه سوف نخصص هذا المبحث لتسليط الضوء على ماهية جريمة الرشوة الدولية وأطرافها وأركانها وذلك من خلال المطالب الآتية :

#### المطلب الأول

##### مفهوم جريمة الرشوة الدولية

من الصفات الحميدة التي يجب أن يتحلى بها الموظف الدولي أن يؤدي عمله الوظيفي بمنتهى النزاهة والأمانة التامة، متجرداً من كل ما من شأنه أن يؤثر على عمله من مؤثرات خارجية ، فإذا حاول هذا الموظف استغلال وظيفته، والحصول من طالب الخدمة على مقابل لأداء هذه الخدمة فإن ذلك يعد مساساً بأهم الصفات التي يجب أن يتحلى بها الموظف الدولي. (١)

ولا يختلف مفهوم جريمة الرشوة الموظف العمومي المحلي عن جريمة رشوة الموظف الدولي، إلا من حيث كون الفاعل هو موظف عمومي أجنبي، أو موظف هيئة دولية .

وتتمثل جريمة رشوة الموظف الأجنبي وموظفي الهيئات الدولية في صورتها السلبية، في طلب الموظف العمومي الأجنبي أو موظف الهيئات الدولية ، أو قبوله مزية غير مستحقة ، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر ، لكي يقوم بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية .

وتتمثل في صورتها الإيجابية في كل من وعد موظف عمومي أجنبي أو موظف في منظمة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحها إياه ، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم ذلك الموظف بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته. (٢)

إن الرشوة الدولية ظاهرة قديمة ومشكلة في غاية الأهمية في وقتنا الحالي ، حيث إنها تؤدي إلى عرقلة السير الحسن للسوق العامة ، وتعطل الشفافية بين الدول المتنافسة للحصول على الصفقات الدولية .

ولابد لنا من الإشارة إلى ما تقوم به الشركات عابرة الجنسية من دفع الرشاوى للموظفين العموميين الأجانب ، للفوز بأسواق أو صفقات في دول العالم الثالث ، ذلك أن هؤلاء - الموظفين العموميين الأجانب - يكونون طرفاً

(١) إسراء حسين عزيز، بحث بعنوان " المركز القانوني للموظف الدولي " ، مجلة جنوب الوادي للدراسات القانونية جامعة جنوب الوادي ، العدد ٢

٢٠١٧ ، ص ٢٥٣ ،

(٢) المادة ( ١٦ ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣

في عقود وصفقات توريد، مما يدفع بالشركات الأجنبية إلى دفع عمولات كبيرة للحصول على المناقصات الخارجية والامتيازات في الدول النامية .

كما يمتد تجريم الرشوة إلى موظفي الهيئات الدولية الذين يعملون في مؤسسات دولية عامة ، حيث إن برامج المنح والمساعدات يساهم موظفو المؤسسات الدولية في إدارتها والإشراف على إنفاق الأموال المخصصة لها خصصت له ، ومن أمثلة هذه المؤسسات الأمم المتحدة والمنظمات التابعة لها، والمنظمات الإنسانية والإغاثية المختلفة .<sup>(١)</sup>

ولقد دعت منظمة الشفافية الدولية إلى تدابير قوية للحد من الرشوى في جانب العرض، بما في ذلك تجريم الرشوى عبر البحار، وذلك في إطار اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لمكافحة الرشوى، بالإضافة إلى الحد من الطلب بما في ذلك الكشف عن أصول الموظفين العموميين، واعتماد لوائح السلوك.

لكن تمرر الصفقات غالباً عن طريق محترفين في مجالات كثيرة . ووسطاء الفساد يعملون حلقة وصل بين العرض والطلب على الرشوى، وخلق جو من الثقة المتبادلة بين طرفي الفساد، ويحاولون إظهار صفقات الفساد في شكل معاملات قانونية .<sup>(٢)</sup>

## المطلب الثاني

### أطراف جريمة الرشوة الدولية

#### الفرع الأول

#### المرتشي في جريمة الرشوة الدولية

#### أولاً : تعريف المرتشي في جريمة الرشوة الدولية

المرتشي هو الشخص المقصود بقبول الرشوة فتدفع إليه ليمتلكها بحيث يكون هو المقصود بعينه، وذلك لوصول الرشوة إليه ، وهو السبب الذي أقدم من خلاله الراشي على دفع المال له ، ويطلق عليه البعض الآخذ؛ لأنه يأخذ المال من الراشي لأجل تقديم مصلحة له وتحصيل بغيته. إذاً فكل من أخذ مالياً أو حصل منفعة على غير وجه حق وإنما على سبيل الرشوة فهو المرتشي .<sup>(٣)</sup>

وتتطلب جريمة الرشوة الدولية صفة خاصة في المرتشي وهي أن يكون موظفاً عمومياً أجنبياً أو موظفاً في مؤسسة دولية عمومية .

(١) حمد بن محمد بن إدريس الحلي ، بحث بعنوان " الرشوة ، التقرير الفقهي " ، مركز ابن إدريس الحلي للتنمية الفقهية والثقافية ، العدد ٥ ، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص.٢٠٠ و ٢١

(٢) حمد بن محمد بن إدريس الحلي ، بحث بعنوان " الرشوة ، التقرير الفقهي " ، مركز ابن إدريس الحلي للتنمية الفقهية والثقافية ، العدد ٥ ، العراق ، ٢٠٠٨ ، ص.٢٠٠ و ٢١

(٣) احسن بوسقيعه ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج ٢ ، جرائم الفساد ، جرائم المال والأعمال ، جرائم التزوير ، ط ٣ ، دار هومه ، الجزائر ، ٢٠٠٦ م ، ص٧٤ ،



وقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ الموظف العمومي الأجنبي بأنه " أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي ، سواء أكان معيناً أم منتخباً ، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي ، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية " .

وعرفت موظف الهيئات الدولية بأنه " مستخدم مدني دولي أو أي شخص تآذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف بالنيابة عنها " .<sup>(١)</sup>

### ثانياً : مدى تمتع الموظف العمومي الأجنبي وموظفي الهيئات الدولية بالحصانة

مما لا شك فيه أن الموظفين الدوليين يتمتعون بامتيازات وحصانات تمكنهم من مباشرة نشاطاتهم بحرية واستقلال بعيداً عن تأثيرات الدول عليهم، وهذه الحصانة تمنعهم من الخضوع للقضاء الداخلي للدول في المسائل الجنائية والمدنية.<sup>(٢)</sup>

ولكن الحصانة بالمعنى المتقدم لا تسوغ للموظف الدولي الإخلال بالقوانين والأنظمة أو ارتكاب الجرائم في الدول التي يعمل فيها، إذ إن مخالفة القوانين تعني الإخلال بواجبات الوظيفة .<sup>(٣)</sup>

وفيما يتعلق بمدى تمتع الموظفين العموميين الأجانب بالحصانة ، تجدر الإشارة إلى أن الموظف العمومي الأجنبي الذي قصدته نص الفقرة الثانية من المادة ( ٢ ) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد هو كل من يشغل وظيفة لصالح دولته ( الأجنبية ) في بلد آخر ، سواء كان عمله تشريعياً أو قضائياً أو إدارياً ، كما لا يشترط العمل في مؤسسة مركزية أو محلية لصالح الدولة الأجنبية في بلد آخر ، وإنما يمكن أن يعمل في منظمة دولية، وهنا خلطت الاتفاقية بين الموظف العمومي الأجنبي والموظف الدولي، إذ إن الأخير يخضع لسلطة وتعليمات المنظمة التي يعمل فيها ، ويمتع بحصانة في الدولة التي يعمل بها ، أما الموظف العمومي الأجنبي فهو يخضع لقانون دولته التي عينته، أو يخضع إلى قانون الدولة التي يعمل بها، إذ يوجد في أغلب الدول تشريع وطني يعاقب كل من يرتكب الجرائم على إقليمها وفق ( مبدأ إقليمية القانون الجنائي ) ؛ ونتيجة لذلك فهو لا يتمتع بالحصانة التي يتمتع بها الموظف الدولي .<sup>(٤)</sup>

وفيما يتعلق بمدى تمتع موظفي المؤسسات الدولية العمومية بالحصانة ، تجدر الإشارة إلى أن الفقرة ( ج ) من المادة الثانية من الاتفاقية ، أشارت إلى أن المؤسسة العمومية الدولية عبارة عن منشأة أو مرفق عام ينشأ من الدول ، وتقدم هذه المؤسسات للأفراد المستفيدين منافع وتسهيلات وخدمات مباشرة مقابل مبالغ مادية معينة ، وتكون هذه المؤسسات مستقلة عن الحكومات الأعضاء ، وتكمن أهمية هذه المؤسسات بأنها تزاوّل من النشاطات ما لا تزاوّل أي منظمة دولية ، من أمثلة تلك المؤسسات المنظمة الأوروبية لتأمين الملاحة الجوية ، ومجلس أوروبا لإسكان اللاجئين . إن العاملين في تلك المؤسسات ليس لهم صفة دولية ولا يتمتعون بأي حصانات ولسيت لهم أي امتيازات

(١) نص الفقرة ( ٢ ) ، ( ٣ ) من المادة ( ٢ ) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الفساد التي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة رقم: ٤/٥٨ بنيويورك، المؤرخ في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٣ .

(٢) جمال طه ، الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٥٧

(٣) محمد على محمد ، رسالة دكتوراه بعنوان " النظام القانوني لاستقلال الموظف الدولي في ظل التنظيم الدولي المعاصر " ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، ٢٠١٨ ، ص ٥٩٦

(٤) صلاح جبير ، بحث بعنوان " تجريم الرشوة في القانون الدولي " ، المؤتمر الوطني العاشر ، مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء العراق ، ٢٠١٣ ، ص ٨٤

كما في حالة الموظفين في المنظمات الدولية، كما أن المؤسسة العامة تخضع لقاعدة عامة للقوانين الوطنية للدول التي تساهم في هذه المؤسسة، أو تخضع لقانون الدولة التي يوجد مقرها فيها وبالتالي لا تتمتع بأي حصانات أو امتيازات تجاه قوانين الدولة .<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### الراشي في جريمة الرشوة الدولية

هو الشخص الذي يقوم بدفع الرشوة من ماله للمرتشي ، رجاء الحصول على غرضه الذي يريجه من وراء ذلك الدفع ، ويطلق عليه المستفيد من الدفع أو المنتفع ، ويمكن أن يكون الدفع أو الإعطاء بدفعة واحدة أو دفعات، وغالباً ما تكون صيغة الدفع على مرحلتين ، الأولى تسمى مقدماً والثانية عند تحقيق الهدف من وراء ذلك الدفع.<sup>(٢)</sup> والراشي في جريمة الرشوة الدولية قد يكون وطنياً أو أجنبياً بالنسبة للدولة التي ترتكب على أراضيها .

## المطلب الثالث

### أركان جريمة الرشوة

جعلت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الرشوة ، لجريمة الرشوة الدولية صورتين هما: الرشوة السلبية والرشوة الإيجابية؛ لذلك سوف نقوم بتوضيح أركان جريمة الرشوة الإيجابية والسلبية وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### أركان جريمة الرشوة الإيجابية

طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ( ١٦ ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، تتحقق جريمة الرشوة الإيجابية التي يرتكبها الشخص الراشي بموجب وعد هذا الأخير كل موظف عمومي أجنبي أو موظف في منظمة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحها إياه، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم ذلك الموظف بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته، وتتمثل أركان هذه الجريمة في الركن المادي والركن المعنوي .

### أولاً الركن المادي

يتكون الركن المادي في جريمة الرشوة الإيجابية من:

(١) صلاح جبير ، بحث بعنوان " تجريم الرشوة في القانون الدولي "، المؤتمر الوطني العاشر ، مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء العراق ، ٢٠١٣ ، ص ٨٥

(٢) حكيم سياب ، بحث بعنوان " أحكام الرشوة الدولية دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع الجزائري واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الفساد "، مجلة الفقه والقانون، العدد الثامن والعشرون، فبراير ٢٠١٥ ، ص ٧٢ .

١- السلوك الإجرامى ٢ - المستفيد من المزية ٣ - الغاية من المزية .

١- السلوك الإجرامى

يتمثل السلوك الإجرامى في جريمة الرشاشي في الوعد أو العرض أو المنح الفعلي لمزية غير مستحقة بشكل مباشر أو غير مباشر لصالح الموظف نفسه أو أي شخص آخر .

ولا يشترط القبول من طرف الموظف العمومي للعرض الصادر من الرشاشي ، فالرشوة ليست عقدا ، وبمجرد وعد أو عرض أو منح الرشاشي للموظف مزية غير مستحقة نظير استنفادته من حق ليس له أو إعفائه من التزام مفروض عليه ، يؤدّي ذلك إلى قيام جريمة الرشوة بشكل كامل وتام في حق الرشاشي . ويجب أن يكون الوعد أو العرض أو المنح جدياً ، بمعنى موجهاً لمن كان قادراً على الوفاء بمتطلبات الرشاشي وهو الموظف المختص في هذه الحالة ، فمثلاً الذي يعد مدير مدرسة بمزية مقابل قيام هذا الأخير بتتصيه فلا يعتبر راشاشياً .

إضافة إلى ذلك يجب أن يكون الرشاشي قادراً على الوفاء بالوعد ، فإن وعد موظف بشيء يعلم الموظف استحالة تحقيقه ، فالوعد يكون غير جدي ولا تقع به الرشوة ، كما يجب أن تكون المزية الموعود بها محدّدة مثلاً كوعد شركة وطنية مبلغاً مالياً معيناً لمسؤول حكومي في دولة أجنبية للفوز بإحدى الصفقات في البلد الأجنبي .<sup>(١)</sup>

٢- المستفيد من المزية

المستفيد هو كل شخص تعود عليه الفائدة المبتغاه من الطالب ، فهو الذي يجني ثمار طلب العطية أو الوعد بها وقد يتجسد المستفيد والطالب في شخص واحد هو الموظف العام الذي يطلب لنفسه عطية أو وعداً بها . وقد ينفصل شخص المستفيد عن شخص الطالب .<sup>(٢)</sup>

وبالرجوع إلى نص المادة ( ١٦ ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، نجد أن المستفيد من المزية هو الموظف العمومي الأجنبي أو موظف المنظمات الدولية الأجنبية ، ومع ذلك يمكن أن يكون المستفيد شخص آخر غير الموظف العمومي الأجنبي أو موظف المنظمات الأجنبية سواء كان طبيعياً أو معنوياً فرداً أو كياناً .

٣- الغرض من المزية

الغرض من هذه الجريمة هو الحصول أو المحافظة على صفقة أو أي امتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية أو غيره .

ثانياً : الركن المعنوي

فيما يتعلق بالركن المعنوي لهذه الجريمة يشترط لقيامه توافر القصد الجنائي العام وهو علم الرشاشي بالعناصر المادية للجريمة من وعد وعرض أو منح لهذه المزية غير المستحقة وأنها تمس بمصلحة يحميها القانون ، وأن هذه الوقائع المرتكبة يتحقق فيها النموذج الإجرامى المعاقب عليه قانوناً ، وأن يعلم الرشاشي بأن الذي يتعامل معه موظف

(١) حماس عمر ، مرجع سابق ، ص ١٠٧

(٢) محمود صالح العادلي ، الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض طبقاً لأحدث التعديلات ، الطبعة الأولى ، النجم للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٣.

أجنبي أو يعمل لدى هيئة دولية وأن تتجه إرادته إلى حمل الموظف الأجنبي أو الموظف في منظمة دولية عمومية على الإخلال بالالتزام القانوني وهو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ، يدخل في مجال الحصول والمحافظة على صفقة أو أي امتياز غير مستحق متعلق بالتجارة الدولية أو غيرها .<sup>(١)</sup>

## الفرع الأول

### أركان جريمة الرشوة السلبية

طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ( ١٦ ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، تتحقق جريمة الرشوة السلبية التي يرتكبها الموظف العمومي الأجنبي أو موظفي الهيئات الدولية ( المرتشي ) ، بموجب طلب هذا الأخير أو قبوله مزية غير مستحقة ، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر ، لكي يقوم بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية ، وتتمثل أركان هذه الجريمة في :

١ - الركن المفترض ٢ - الركن المادي ٣ - الركن المعنوي :

#### ١ - الركن المفترض

ويتمثل الركن المفترض في صفة الفاعل فقد يكون موظفاً عمومياً أجنبياً ويقصد به أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي سواء أكان معيناً أم منتخباً ، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية ، وقد يكون موظف مؤسسة دولية عمومية ، ويقصد به كل مستخدم مدني أو أي شخص تآذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف عنها .<sup>(٢)</sup>

#### ٢ - الركن المادي

ينعقد الركن المادي لجريمة رشوة الموظف العمومي الأجنبي وموظفي الهيئات الدولية بارتكاب نشاط إجرامي محدد ، يتمثل في طلب الموظف الدولي لنفسه أو لغيره ، أو قبوله أو أخذه وعداً أو عطية ، لتحقيق غرض الاتجار بالوظيفة أو استغلالها ، وعليه فإن عناصر الركن المادي في هذه الجريمة تتمثل في ثلاث صور ، الطلب ، والقبول ، والأخذ .

#### ١ - الطلب

الطلب هو تعبير عن إرادة منفردة صادرة عن الموظف تجاه الحصول على مقابل نظير قيامه بعمل معين ، أو امتناعه عن عمل معين ، ولو لم يعقبه قبول الجانب الآخر ، ويستوى في ذلك أن تكون الرشوة للموظف الطالب نفسه أو لغيره ، وكذا أن تكون مجرد عطية أو وعد بها ، ولا يشترط في الطلب شكلاً معيناً فقد يكون عن طرق القول أو الكتابة أو بالإشارة ، ويتحقق هذا الركن بمجرد حصول الطلب دون اشتراط وتحقيق الاستجابة من صاحب

(١) حماس عمر ، مرجع سابق ، ص ١٠٩

(٢) سيف إبراهيم وآخرون ، بحث بعنوان " المواجهة الجنائية للرشوة في قانون النزاهة ومكافحة الفساد دراسة تحليلية " ، دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٤ ، العدد ٤ ، ٢٠١٨ ، الأردن ، ص ٦٨

المصلحة ؛ لأنه تعبير صريح لمتاجرة الموظف بوظيفته وهو أخطر أنواع المتاجرة بالوظيفة ، وقد تحدث الموافقة من صاحب الحاجة فنكون أمام جريمة تامة للطرفين - الراشي والمرتشي - ، وقد لا تحدث الموافقة فنكون هنا أمام جريمة تامة للموظف المرتشي فقط ؛ لأن جريمة الرشوة تتحقق بمجرد الطلب لعدم وجود شروع فيها .<sup>(١)</sup>

## ٢ - القبول

ينصرف القبول إلى المستقبل بأن تتجه إرادة المرتشي إلى تلقي العطية في المستقبل ، وهذا يتطلب أن يكون هناك إيجاب من صاحب الحاجة صادقه قبول من الموظف ، وقد تكون الوسيلة في ذلك قولاً أو كتابة ، وقد لا تعدو مجرد القيام بالعمل المطلوب فيكون القبول حينئذ ضمناً ، ولكن يجب التأكد في هذه الحالة من أن القيام بالعمل يعني قبول العرض .<sup>(٢)</sup>

ويتحقق القبول قانوناً بمجرد تلاقيه مع إيجاب الراشي ، ويختلف عن الأخذ في أن جوهره هو اتجاه إرادة المرتشي إلى قبول وعد الراشي بالعطية سواء تم عرض الوعد على الموظف تلقائياً من الراشي أو استجابة لطلب مسبق من جانب الموظف .

## ٣ - الأخذ

يتحقق الركن المادي بفعل الأخذ وفي هذه الحالة تكون الرشوة ( معجلة ) وهي الصورة الأكثر وضوحاً والغالبة في جريمة الرشوة وبمقتضاها يتقاضى المرتشي ثمناً معجلاً نتيجة متاجرته بوظيفته ، أي أن يقدم المقابل بصورة صريحة أو بصورة مقنعة " عطية " .<sup>(٣)</sup>

ويتخذ الأخذ مظهر التسليم المادي إذا كانت الفائدة ذات طبيعة مادية فتدخل حيازة المرتشي بمجرد تسليمها إليه ، وقد يتم الأخذ عن طريق التسليم الحكمي كأن ترسل العطية عن طريق البريد، أو يقبل الموظف المدين تنازل الدائن لصاحب الحاجة عن كل دينه أو بعض منه ، وقد يكون الأخذ رمزياً إذ لم تتخذ الفائدة الطبيعة المادية كما لو كانت الاستمتاع ببعض ممتلكاته مثلاً .

ويعتبر الأخذ هو الصورة الغالبة للرشوة وبالنظر إلى أنه يعد واقعة مادية فيمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، كما أنه يتم على أساس أن الفائدة هي الثمن الصريح للعمل، فقد يتم أيضاً على شكل هدية ترحيماً ويكون المعنى مفهوماً ضمناً .<sup>(٤)</sup>

(١) أسامة حسين ، بحث بعنوان " جريمة الرشوة دراسة تحليلية " ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، المجلد ٥٩ ، العدد ١ ، ٢٠١٧ ، ص ٩١١

(٢) وجدي شفيق ، جرائم الأموال العامة الرشوة واختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠ ، ص ٢٧

(٣) أحمد مجيد، بحث بعنوان " التنظيم القانوني لجريمة الرشوة " ، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة ، مجلد ١٠ ، عدد ٣٦ ، العراق ، ص ٧٠٠

(٤) وجدي شفيق ، مرجع سابق ، ص ٢٦ ، ٢٧

## الفرع الثاني

### الركن المعنوي

إن جريمة الرشوة التي يرتكبها الموظفون العموميون الأجانب وموظفو الهيئات الدولية من الجرائم العمدية التي يكفي لقيامها توافر القصد العام من علم وإرادة ، الذي يشترط فيه أن يكون معاصراً للنشاط الإجرامي .

#### أولاً : العلم

يجب أن يكون الموظف على علم بكافة العناصر التي يتطلبها القانون لقيام جريمة الرشوة ، ومن ذلك علمه بأن ما طلبه أو قبله أو أخذه كان من أجل قيامه بأداء العمل المطلوب منه أي تحقيق الغاية التي ينشدها صاحب المصلحة<sup>(١)</sup>. فانتفاء العلم بالغرض من المقابل قد ينتفي معه القصد الجنائي بأن يعتقد بأن هذا المقابل هو إيفاء لدين بذمة الراشي للمرتشي، أو أن هذا المقابل ليس له علاقة بالعمل أو الامتناع عنه ، وأن هناك مناسبة لدى الموظف مما دعى صاحب المصلحة بأن يقدم هذه الهدية بسبب تلك المناسبة لا مقابل متاجرة الموظف بوظيفته<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً : الإرادة

أي أن تتصرف إرادة الموظف الدولي إلى الموافقة على القيام بالعمل الذي ينشده صاحب المصلحة في مقابل الفائدة، ويشترط هنا أن تكون هذه الإرادة حرة مختارة وليست تحت ضغط أو إكراه .

وحيث إن جريمة الرشوة من الجرائم العمدية ، أي ضرورة توافر القصد الجنائي واتجاه نية وإرادة الموظف إلى طلب أو أخذ العطية أو المنفعة أو قبول الوعد وأن يكون الموظف عالماً ولديه دراية بأن العطية التي اتجهت إرادته للحصول عليها هي مقابل عمل أو امتناعه عن أداء عمل ما . ويعد القصد الجنائي متوفراً حتى لو كان في نية ذلك الموظف عدم القيام بذلك الفعل أو الإخلال به بل يكفي أن تتجه نية الموظف إلى الاستيلاء على تلك المنفعة والعلم بالغرض من تقديمها.<sup>(٣)</sup>

أما عن قصد الراشي فينتفي هذا القصد عن صاحب المصلحة الذي يعرض العطية أو المنفعة أو الذي وعد ما لم يكن قد قصد من عرضه حمل الموظف على أداء العمل أو الامتناع عنه لذا تنتفي عنه صفة الشريك.<sup>(٤)</sup>

(١) سيف إبراهيم وآخرون ، مرجع سابق ، ص ٦٨

(٢) أحمد مجيد، مرجع سابق ، ص ٧٠١

(٣) أحمد مجيد، مرجع سابق ، نفس الصفحة السابقة

(٤) جمال إبراهيم الحيدري ، الوافي في قانون العقوبات " القسم الخاص " ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٢ ، ص ٨٢

## المبحث الثاني

### مكافحة جريمة الرشوة الدولية في ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية

#### تمهيد:

إيماناً من الدول والمنظمات الدولية بخطورة جريمة الرشوة الدولية التي ترتكب من قبل الموظفين العموميين الأجانب وموظفي الهيئات الدولية ، وآثارها المدمرة على إمكاناتها وعلى المجتمعات والشعوب ، فقد اعتمدت بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ ، واتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية لعام ١٩٩٧ ، وبعض الاتفاقيات الإقليمية كالاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠ ، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ ، تدابير قانونية لمكافحة هذه الجريمة .

كما قامت بعض الدول بتعديل قوانينها لمكافحة هذه الجريمة والحد من أخطارها كالقانون الفرنسي ، والقانون المصري ، وإن كنا لم نجد ذلك في القانون العماني .

وعليه فقد خصص هذا المبحث لتسليط الضوء على التدابير القانونية الدولية والوطنية لمكافحة هذه الجريمة وذلك من خلال المطالب الآتية :

#### المطلب الأول

##### مكافحة جريمة الرشوة الدولية في ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية

مما لا شك فيه أن الاتفاقيات الإقليمية والدولية لمكافحة الفساد تمثل أداة قانونية هامة لمحاربة جريمة الرشوة الدولية ، ولعل أبرز الاتفاقيات الدولية التي تطرقت إلى هذه الجريمة ، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ ، واتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية لعام ١٩٩٧ ، ومن أبرز الاتفاقيات الإقليمية التي تصدت لهذه الجريمة الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠ ، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد لعام ٢٠٠٣ .

#### الفرع الأول

##### مكافحة جريمة الرشوة الدولية في ضوء الاتفاقيات الدولية

##### أولاً : اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣

تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ التي شاركت فيها ١٤٠ دولة بمنزلة تنويع للجهود الدولية لمكافحة الفساد ، حيث قضت بإنشاء تحالف دولي لمكافحة الفساد وإلزام الدول الأعضاء بإصدار تشريعات وطنية لمكافحة الفساد ، وتتكون هذه الاتفاقية من ( ٧١ ) مادة ، ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في ١٤ / ٩ / ٢٠٠٥ .<sup>(١)</sup>

(١) صلاح جبير ، مرجع سابق ، ص ٨٤



وقد أدت اتفاقية الأمم المتحدة جهداً كبيراً في مجال مكافحة الفساد والرشوة الدولية ، إذ إن أغلب جرائم الرشوة الدولية التي يفلت مرتكبوها كانت نتيجة لعدم وجود مفاهيم دولية ثابتة لجريمة الرشوة أو مرتكبها على المستوى الدولي ، وهو ما تغلبت عليه هذه الاتفاقية إذ تبنت وضع تعريفات ومفاهيم ثابتة لكل أدوات الفساد ومكافحته حتى تخلق نوعاً من الالتزام بين الدول الموقعة على الاتفاقية . (١)

وذهبت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لتجريم رشوة الموظف العمومي الأجنبي وموظفي الهيئات الدولية وذلك بمقتضى المادة ( ١٦ ) من الاتفاقية (٢)، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن " تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم القيام عمداً ، بوعد موظف عمومي أجنبي أو موظف مؤسسة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها ، بشكل مباشر أو غير مباشر ، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر ، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية ، من أجل الحصول على منفعة تجارية أو أي مزية غير مستحقة أخرى أو الاحتفاظ بها فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية " . (٣)

وتمثل هذه الفقرة حالة من حالات التجريم الإلزامي التي نصت عليها الاتفاقية ، أي الأفعال التي يجب على الدول الأطراف أن تعتبرها جرائم وتلتزم بتجريمها في تشريعاتها الداخلية . (٤)

ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن " تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم قيام موظف عمومي أجنبي أو موظف في مؤسسة دولية عمومية عمداً ، بشكل مباشر أو غير مباشر ، بالتماس أو قبول مزية غير مستحقة ، سواء لصالح الموظف أو لصالح شخص أو كيان آخر ، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية " . وتعتبر أفعال هذه الفقرة من الأمور الاختيارية التجريم بموجب الاتفاقية وليست من المسائل الإجبارية . (٥)

وأنت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمجموعة من القواعد الإجرائية لضمان توافر نظام إجرائي فعال في مجال مكافحة جرائم الفساد ومنها جريمة رشوة الموظف العمومي الأجنبي وموظفي الهيئات القضائية ويمكن إجمال أهم ركائز هذا النظام فيما يلي :

## ١- الإطار المؤسسي

توجب الاتفاقية على الدول الأطراف ، وفقاً لنص المادة ( ٣٦ ) منها وجود هيئات متخصصة ومستقلة لإنقاذ القانون ، مع مراعاة أن ينص على هذه الاستقلالية في ضوء المبادئ الأساسية للتشريعات الداخلية للدول الأطراف ، وتزويد موظفي هذه الهيئات بما يلزم من التدريب والموارد المالية لأداء مهامهم ، كما أشارت المادة ( ٤٩ )

(١) حماس عمر ، مرجع سابق ، ص ١٠٢

(٢) نبيل مدالله وآخرون ، بحث بعنوان " موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها " ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، العدد ٢ ، ٢٠١٦ ، ص ١١٩

(٣) نص الفقرة الأولى من المادة ( ١٦ ) من الاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ .

(٤) بلال نهاد ، رسالة دكتوراه بعنوان " الفساد الإداري في الوظيفة الحكومية ومكافحته في القانون الاردني " ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص ٢٣٢

(٥) نص الفقرة الثانية من المادة ( ١٦ ) من الاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ .

من الاتفاقية أيضا إلى إنشاء هيئات تحقيق مشتركة ، ويتمثل ذلك في قيام هيئات تحقيق مشتركة بمباشرة التحقيقات أو الملاحظات أو الإجراءات القضائية في دولة واحدة أو أكثر .<sup>(١)</sup>

## ٢ - استرداد الأموال والعائدات المتحصلة عن جرائم الفساد

يعد نظام استرداد عائدات الفساد من أهم القواعد التي أتت بها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأكثرها تفعيلاً وتكريساً ، وهو ما يمثل أهم جوانب مكافحة جرائم الفساد على الإطلاق ، لا سيما على الصعيد عبر الوطني ، كون حرمان مرتكبي جرائم الفساد من العائدات المتأتية من الأفعال المجرمة وفقاً للاتفاقية ، أو مصادرة ممتلكات تعادل قيمة تلك العائدات ، وهو ما يسهم في تحجيم هذه الجرائم والحد منها ، حيث أكدت الاتفاقية على ذلك الأمر في أكثر من موضع ابتداءً من الفقرة ( ٨ ) من ديباجة الاتفاقية ومروراً بالمادة ( ٣ ) والمادة ( ٣١ ) وحتى الفصل الخامس المعنون ( باسترداد الموجودات ) المواد ( ٥١ - ٥٩ ) .<sup>(٢)</sup>

## ٣ - الاعتراف بأحكام الإدانة الصادرة في دولة أجنبية

جاءت المادة ( ٤١ ) من الاتفاقية لتعبر عن مبدأ الاعتراف بالأحكام الصادرة في دولة أجنبية ، الذي يمثل من ناحية أحد أهم أحكام مكافحة جرائم الفساد ، ومن ناحية أخرى يعد تطوراً مهماً على صعيد الملاحقة القضائية عبر الوطنية ، بل تتجلى هذه الأهمية في مجال المساهمة الجنائية عند وقوع جريمة أصلية على إقليم دولة ما بينما تتحقق أفعال المساهمة على إقليم دولة أخرى ، بل على صعيد المبادئ المستقر عليها ومنها أن القاضي لا يمكنه الاعتراف سوى بالأحكام القضائية الصادرة عن محاكم دولته ووفقاً لتشريعها الوطني<sup>(٣)</sup> ، فأجازت لكل دولة طرف أن تأخذ بعين الاعتبار وفقاً لما تراه من شروط الاعتراف بأحكام الإدانة الصادرة من محاكم دولة أخرى ، وذلك في مجال ما قد تباشره من إجراءات جنائية بشأن أحد أفعال الفساد الواردة بالاتفاقية .<sup>(٤)</sup>

## ٤ - تسليم المجرمين والأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم فساد أو المحكوم عليهم فيها

كرست الاتفاقية مبدأ التسليم أو المحاكمة وذلك بالنسبة للأشخاص المتهمين بإحدى جرائم الفساد ، كونهم مثلاً يتمتعون بجنسية دولة ما لا تجيز قوانينها الداخلية تسليم رعاياها ، وأكدت المادة ( ٤٤/٤ ) من الاتفاقية مبدأ عدم جواز رفض تسليم الجناة في إحدى جرائم الفساد استناداً للطابع السياسي للجريمة المنسوبة إليه .<sup>(٥)</sup>

## ٥ - حماية الشهود والخبراء والضحايا في قضايا الفساد وتشجيع الإبلاغ عنها

يمثل الكشف عن جرائم الفساد وتشجيع الإبلاغ عن مرتكبيها أهمية خاصة في الاتفاقية ، بل يعد أهم الغايات الأساسية التي ترمي إليها ، نظراً إلى الطبيعة الغالبة في هذه الجرائم واعتمادها على عنصر السرية والكتمان ،

(١) بلال نهاد ، مرجع سابق ، ص ٢٣٧

(٢) السيد أحمد محمد ، جرائم الفساد وآليات مكافحته في نطاق الوظيفة العامة - في ضوء التشريع الجنائي والاتفاقيات الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦ ، ص ٢٠٦

(٣) مصطفى محمد محمود ، اتفاقية مكافحة الفساد - نفاذ وتطبيق اتفاقية مكافحة الفساد في القانون الداخلي وأثرها في محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال ، ط١ ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٢ . ص ٢٣٢

(٤) سرى صيام ، بحث بعنوان " الجهود الدولية والعربية لمكافحة الفساد " ، مجلة التشريع ، العدد ٣ ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٨

(٥) أحمد محمود نهار ، مكافحة الفساد ، ط١ ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص ٦٢

بالإضافة إلى غياب دور المجني عليه صاحب المصلحة في الإبلاغ عن مثل هذه الجرائم ، بل في ظل عولمة الفساد واستخدام وسائل التقنية الحديثة في جرائم الفساد .

وقد تضمنت الاتفاقية النص على العديد من صور تشجيع الكشف عن الفساد والإبلاغ عنه ، سواء في مرحلة الاستدلال أو التحقيق ويمكن إيجاز هذه الصور في الآتي :

أ - العمل على اعتماد برامج تكفل حماية الشهود والخبراء والضحايا - إذا كانوا شهوداً - لهم ولأقاربهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم عند الاقتضاء من أي انتقام أو تهريب محتمل ، وتشمل هذه الحماية وفقاً للمادة ( ٣٢ ) من الاتفاقية التدابير التي يمكن أن تتخذ لتوفير الحماية الجسدية ، وإمكانية تغيير مكان إقامتهم وعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم ، وكذلك تقرير قواعد خاصة بالأدلة تتيح للشهود والخبراء الإدلاء بشهادتهم على نحو يكفل هذه السلامة ، بل إمكانية أداء الشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات الحديثة .<sup>(١)</sup>

ب - التركيز على ضرورة تحقيق التعاون بين سلطات التحقيق والاستدلال ، ويشمل هذا التعاون حسبما نصت المادة

( ٣٨ ) من الاتفاقية ، المبادرة بإبلاغ السلطات المعنية كلما كانت هناك أسباب وجيهة للاعتقاد بأن أحد الأفعال المجرمة في الاتفاقية قد ارتكبت ، والتعاون في تقديم وتبادل جميع المعلومات الضرورية إلى السلطات المعنية بناءً على طلبها .<sup>(٢)</sup> كما أضافت المادة ( ٣٩ ) من الاتفاقية التدابير الخاصة بضرورة تشجيع التعاون بين السلطات الوطنية المعنية بالتحقيق والملاحقة وكيانات القطاع الخاص ، وخصوصاً المؤسسات المالية ، كلما تعلق الأمر بأفعال مجرمة وفقاً للاتفاقية .<sup>(٣)</sup>

ج - منح المتهمين المتعاونين في الكشف عن الجرائم الفساد حصانة من الملاحقة القضائية ؛ وذلك بغية مجابهة طابع الكتمان والسرية الذي تتمتع به جرائم الفساد وأسلوب مرتكبيها ، وما قد تتطوي عليه من صعوبات تتعلق بأدلة الإثبات المتوافرة ، أو أن يكون للجنة شركاء يتطلب الأمر الكشف عنهم أو مساعدة السلطات المختصة على ذلك ، مما دعا الاتفاقية إلى تقرير موانع العقاب لصالحهم أو إمكانية تخفيف العقوبات المقررة للجرائم المنسوبة إليهم ، لمن يقدم منهم عوناً كبيراً في عمليات التحقيق أو الملاحقة بشأن فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية ، ويجرى على هؤلاء الأشخاص ذات الحماية المقررة للشهود والخبراء والضحايا المنصوص عليها في المادة (٣٢) من الاتفاقية ، بل أوردت الاتفاقية حالة خاصة تتعلق بإمكان تقرير هذه الحصانة أو المعاملة العقابية الخاصة لدى دولة أخرى بموجب اتفاقات خاصة بينهما ، وذلك استناداً للمادة ( ٣٧ ) من الاتفاقية .<sup>(٤)</sup>

(١) بلال نهاد ، مرجع سابق ، ص ٢٤١

(٢) محمد أحمد درويش ، الفساد ومصادره ونتائجه ومكافحته ، ط ١ ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٢١

(٣) بلال نهاد ، مرجع سابق ، ص ٢٤٢

(٤) أمير فرج يوسف ، الحوكمة ومكافحة الفساد الإداري والوظيفي وعلاقته بالجريمة على المستوى المحلي والعربي والدولي في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ٢٤٩

## ثانياً : اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية لعام ١٩٩٧

وضعت هذه الاتفاقية منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي عام ١٩٩٧ ؛ وذلك من أجل اتخاذ تدابير فعالة لردع تقديم الرشوة إلى الموظفين العموميين الأجانب ومكافحتها ، وتتكون هذه الاتفاقية من ( ٧١ ) مادة ، ودخلت حيز التنفيذ في ١٥ / ٢ / ١٩٩٩ ، وتضم الاتفاقية ٣٨ دولة منها ٣٤ دولة عضو دائم ، و ٤ دول غير أعضاء ( بلغاريا ، البرازيل ، جنوب أفريقيا ، الأرجنتين ) .<sup>(١)</sup>

وتقوم هذه الاتفاقية على مجموعة من المبادئ الأساسية تتمثل في الآتي :

### أولاً : المعالجة الدولية للفساد :

إنّ الوظيفة الأساسية لاتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، توسيع التشريع الجنائي الدولي ضد الفساد<sup>(٢)</sup>، فجاء في ديباجة الاتفاقية أنه " بالنظر إلى أن الرشوة هي ظاهرة واسعة الانتشار في المعاملات التجارية الدولية، بما في ذلك التجارة والاستثمار ، الأمر الذي يستوجب اهتماما بالغ الأهمية أخلاقيا وسياسيا، فالرشوة تقوض الإدارة الجيدة للشؤون العامة، والتطور الاقتصادي وتثوّه قيم المنافسة الدولية، وجاء في نص المادة الأولى فقرة ١ من الاتفاقية على أنه " يتخذ كل طرف ما قد يلزم من تدابير لإقرار أن إقدام أي شخص عمدا على عرض مزية مالية أو غير مالية أو الوعد بها أو تقديمها، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو عن طريق وسطاء إلى موظف عمومي أجنبي ..... "

ونصت الفقرة ٢ من نفس المادة على أن " التواطؤ ، بما فيه الحث والمساعدة والتحريض، على ارتكاب فعل من أفعال رشوة الموظف العمومي الأجنبي أو الإذن بارتكابه يشكل جريمة جنائية، وتكون محاولة رشوة الموظف العمومي الأجنبي والتآمر على رشوته جريمة جنائية .

### ثانياً : التوسع من فكرة المزية

حسب الاتفاقية تم التوسع من نطاق المزية ، لتشمل كل مزية مالية أو غير مالية ، فالمزية حسب نص المادة الأولى من الاتفاقية تشمل كل عطية أو وعد بها أو هبة أو هدية أو أي منفعة أخرى يستفيد منها المرشحي . وتأخذ المزية عدة صور فقد تكون ذات طبيعة مادية مثل المال المنقول أو العقار وقد تكون ذات طبيعة معنوية كترقية مثلا ، وقد تكون صريحة أو ضمنية ، وقد تكون مشروعة أو غير مشروعة كمنح المرشحي مواد مخدرة ، وقد تكون محددة أو قابلة للتحديد ، ويجب أن تكون المزية غير مستحقة أي ليس من حق الموظف العمومي الأجنبي تلقيها<sup>(٣)</sup>.

(١) قاجي حنان ، رسالة دكتوراه بعنوان " دور المنظمات الدولية في مكافحة الفساد " ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ١٥

(٢) انظر ديباجة الاتفاقية المنشورة في الموقع : [www.oecd.org/corruption/oeccantibriberyconvention.htm](http://www.oecd.org/corruption/oeccantibriberyconvention.htm)

(٣) قاجي حنان ، مرجع سابق ، ص ١٨

### ثالثاً : التوسيع من صفة الموظف العمومي

إن مفهوم الموظف العمومي الأجنبي وفقاً لاتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب له مدلول أوسع عما هو مستقر في القانون الإداري ، والحكمة من ذلك حماية الثقة العامة التي يوليها الأفراد للخدمة العامة ونزاهتها من جهة ومن جهة أخرى اخضاعهم لأحكام النصوص القانونية المتعلقة بمكافحة الفساد ، فاعتبر في حكم الموظف العمومي الأجنبي في جريمة الرشوة حسب المادة الأولى الفقرة الرابعة من الاتفاقية المذكورة أعلاه ، طوائف معينة من الأشخاص يمكن حصرها في :

- كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو إدارياً أو قضائياً من بلد أجنبي، سواء كان معيناً أو منتخباً .
- وأي شخص يمارس وظيفة عامة لصالح بلد أجنبي، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو مؤسسة عمومية .
- وأي موظف أو وكيل لمنظمة دولية .

### وتضمنت اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين الأجانب العديد من الأحكام أهمها :

- أن الفقرة الأولى من المادة ( الثالثة ) أوجبت على الدول فرض عقوبات على الأشخاص الذين يقدمون رشوة للموظف الأجنبي وتكون هذه العقوبات مماثلة لما هو موجود في التشريع الداخلي لتلك الأطراف ، وتشمل الحرمان من الحرية ، كما بينت الفقرة الثانية من ذات المادة إمكانية معاقبة الأشخاص المعنوية بما في ذلك الجزاءات النقدية عند رشوتها للموظفين الأجانب ، وأشارت الفقرة الثالثة من ذات المادة بأن تعمل الأطراف على اتخاذ تدابير لضبط ومصادرة العائدات والممتلكات من الرشوة ، كما بينت الفقرة الرابعة من ذات المادة بأن تفرض الدول الأطراف المزيد من العقوبات المدنية والإدارية على الشخص الراشي للموظف الأجنبي.<sup>(١)</sup>
- أشارت الفقرة الأولى من المادة ( الرابعة ) إلى اتخاذ الأطراف ما يلزم من تدابير لإقامة ولايتها القضائية على من يرشى الموظف الأجنبي عند ارتكاب الجريمة كلياً أو جزئياً في أراضيها ، كما أشارت الفقرة الثانية من المادة المذكورة إلى ملاحقة الدول الأطراف لمواطنيها في الخارج عند ارتكابهم لهذه الجريمة .<sup>(٢)</sup>
- أوضحت الفقرة الأولى من المادة ( العاشرة ) أن رشوة الموظفين الأجانب تعد من الجرائم الخاضعة للتسليم بموجب قوانين الدول الأطراف ومعاهدات تسليم المجرمين ، وذكرت الفقرة الثانية من المادة نفسها بأنه بالنسبة للدول التي تشترط وجود معاهدة تسليم لكي تسلّم المجرمين ، فإنه يمكن جعل هذه الاتفاقية الأساس القانوني للتسليم فيما يتعلق بجريمة رشوة الموظفين الأجانب ، وبينت الفقرة الثالثة من ذات المادة بأن على كل دولة طرف أن تتخذ التدابير اللازمة من أجل تسليم رعاياها أو مقاضاتهم لديها في حالة ارتكابهم جريمة رشوة تجاه الموظف الأجنبي ، كما بينت الفقرة الرابعة من ذات المادة بأن التسليم يتم وفقاً للشروط المحددة في القانون الداخلي والمعاهدات واجبة التطبيق .<sup>(٣)</sup>

(١) المادة ( ٣ ) من اتفاقية رشوة الموظفين العموميين الأجانب لعام ١٩٩٧

(٢) المادة ( ٤ ) من اتفاقية رشوة الموظفين العموميين الأجانب لعام ١٩٩٧

(٣) المادة ( ١٠ ) من اتفاقية رشوة الموظفين العموميين الأجانب لعام ١٩٩٧

- أن المادة ( التاسعة ) بفقراتها الثلاث أشارت إلى تقديم العون والمساعدة القانونية بين الدول الأطراف لغرض إجراء التحقيقات الجنائية والدعاوى بشأن الجرائم الداخلة في نطاق الاتفاقية وخاصة في حالة ازدواج التجريم ، ولا يجوز رفض تقديم المساعدة القانونية على أساس السرية .<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### الاتفاقيات الإقليمية لمكافحة جريمة الرشوة الدولية

#### أولاً : الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠

تعتبر الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد<sup>(٢)</sup> من الاتفاقيات الحديثة في مجال مكافحة الفساد على مستوى العالم العربي ، ولقد جاءت الاتفاقية متأخرة بعض الشيء مقارنة بالتقدم الهائل الذي شهدته المناطق الأخرى ، حيث نجد أن التجمعات الإقليمية والقارية الأخرى قد حققت تقدماً ملحوظاً في مجال التقنين لمكافحة الفساد من سنين قد خلت.<sup>(٣)</sup> وذهبت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد إلى تجريم الرشوة الدولية التي تقع من الموظفين العموميين الأجانب وموظفي الهيئات الدولية وذلك بمقتضى المادة ( ٤ ) من الاتفاقية التي تنص على " مع مراعاة أن وصف أعمال الفساد المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية يخضع لقانون الدولة الطرف ، تعتمد كل دولة وفقاً لنظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية ، عندما ترتكب قصداً أو عمداً :

- رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية فيما يتعلق بتصرف الأعمال التجارية الدولية داخل الدولة الطرف " .

وعالجت المادة السادسة من الاتفاقية الملاحقة والمحاكمة والجزاءات ، وذلك من خلال إجراءات التحقيق والمحاكمة وتنفيذ العقوبة ، مع مراعاة خطورة الجرائم ذات الصلة بالفساد ، بشرط ألا تؤثر تلك التدابير في نزاهة المحاكمة أو المساس بمعايير المحاكمة العادلة المتعارف عليها دولياً .

وإذا نظرنا إلى المادة السابعة من الاتفاقية نجدها تتناول التجديد والحجز والمصادرة ، وذلك بأن تعتمد كل دولة طرف - إلى أقصى حد ممكن وفقاً لنظامها القانوني - التدابير اللازمة للتمكين من مصادرة العائدات الإجرامية والممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب جرائم ، وأن تعتمد

(١) المادة ( ٩ ) من اتفاقية رشوة الموظفين العموميين الأجانب لعام ١٩٩٧

(٢) حررت هذه الاتفاقية بمدينة القاهرة في جمهورية مصر العربية في ٢١ / ١٢ / ٢٠١٠ ، وأودعت بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، وتحديداً لدى الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب ، ونسخة مطابقة للأصل تسلّم للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب ، على أن تسلّم كذلك نسخة مطابقة للأصل لكل دولة من الدول الأطراف ، وتتكون هذه الاتفاقية من ( ٣٥ ) مادة ، ودخلت حيز النفاذ في ٢٩ / ٦ / ٢٠١٣ .

(٣) محمود أبكر دقق ، بحث بعنوان " الاتفاقيات العربية لمكافحة الفساد لسنة ٢٠١٠ " ، المجلة القانونية والقضائية ، العدد ١ ، ٢٠١٦ ، قطر ،

كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتنظيم وإدارة واستخدام الممتلكات المجمدة أو المحجوزة أو المصادرة التي هي عائدات إجرامية وفقاً لقانونها الداخلي<sup>(١)</sup>.

### ثانياً : اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣

في عام ٢٠٠٣ اعتمدت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد<sup>(٢)</sup> وهي تمثل إحدى الاتفاقيات الإقليمية المنتهية إلى توافق الآراء بشأن ما ينبغي أن تفعله الدول الإفريقية في مجال مكافحة الفساد ومنعه في نطاقها ، وتشمل مكافحة الفساد في القطاعين العام والخاص من خلال تجريم جملة من أفعال الفساد ، كما تشمل أحكاماً للوقاية والتعاون الإقليمي ، والمساعدة الإقليمية المتبادلة فضلاً عن استعادة الأصول وتحديد آلية للمتابعة عن طريق المجلس الاستشاري الذي من مسؤوليته تعزيز العمل على مكافحة وإسداء المشورة للحكومات ، ووضع مدونات سلوك الموظفين العموميين<sup>(٣)</sup>.

وتضمنت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ تجريم الرشوة الدولية التي تقع من الموظفين العموميين الأجانب وموظفي الهيئات الدولية وذلك بمقتضى المادة الرابعة من الاتفاقية ، واعتبرت الاتفاقية جريمة الرشوة الدولية من جرائم الفساد الخاضعة لنطاق التجريم التي يتعين على الدول الأطراف اتخاذ التدابير التشريعية للتصدي لها ومكافحتها<sup>(٤)</sup>.

هذا وقد جاءت الاتفاقية بعدد من الأحكام الفريدة - من بين الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد - على وجه الخصوص الدعوى إلى تعزيز التدابير الوطنية لمراقبة نشاط الشركات الأجنبية في إقليم دولة طرف أن تخضع لاحترام التشريعات الوطنية المعمول بها ، والتعاون مع البلدان الأصلية للشركات متعددة الجنسيات لتجريم ومعاينة لجان الإسناد ، وغير ذلك من أشكال الممارسات الفاسدة في المعاملات التجارية الدولية وتعزيز الإقليمية والدولية من أجل التعاون لمنع الممارسات الفاسدة في المعاملات التجارية الدولية .<sup>(٥)</sup>

وقد تضمنت الاتفاقية مجموعة من الأحكام الإجرائية ، شكلت نظاماً إجرائياً فعالاً ومتكاملاً يحقق ملاحقة المتهمين بالفساد ومقاضاتهم ، ويضمن استرداد العائدات من جرائم الفساد ولعل من أبرز هذه الأحكام الآتي :

- تفعيل نظام استرداد الممتلكات والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد
- تعزيز التعاون القضائي الدولي ومعايير الولاية القضائية
- إقرار نظام تسليم الأشخاص المتهمين
- الخروج على مبدأ السرية المصرفية لدواعي التحقيق في جرائم الفساد
- إعمال الحق في الحصول على المعلومات للمساعدة في مكافحة الفساد

(١) محمود أبكر دقنق ، مرجع سابق ، ص ٥٠٦

(٢) اتفاقية الاتحاد الإفريقي أعتمدت في ١١ يوليو ٢٠٠٣ ، وهذه الاتفاقية ملزمة قانوناً وقد صدقت عليها ٥٣ دولة إفريقية عليها : انظر موقع الاتحاد الإفريقي على شبكة المعلومات الدولية . [www.africa.union.org](http://www.africa.union.org)

(٣) نجار الوزيرة ، رسالة ماجستير بعنوان " التصدي المؤسستي الجزائري لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري دراسة مقارنة " ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري قسنطينة ، ٢٠١٤ ، الجزائر ، ص ١٠٠

(٤) طيب مريم ، رسالة دكتوراه بعنوان " الصور المستحدثة للرشوة في التشريع الجزائري " ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ٨ مايو ١٩٤٥ ، الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ٦٣

(٥) نجار الوزيرة ، مرجع سابق ، ص ١٠٨



- التأكيد على دور المجتمع المدني ووسائل الإعلام في مكافحة الفساد (١)

## المطلب الثاني

### مكافحة جريمة الرشوة الدولية في ضوء التشريعات الوطنية

أضحت جريمة الرشوة الدولية خطراً يهدد الدول كافة ، فلا تكاد تخلو دولة من انتشار هذه الجريمة ، وخاصة عندما تقوم الشركات عابرة الجنسية بدفع رشاوى للفوز بأسواق أو صفقات في دول العالم الثالث ، وهذه الصفقات تهم كبار المسؤولين وكثيراً ما تتورط فيها شركات متعددة الجنسيات تعمل وحدها أو باتفاق مع شركاء محليين وتسمى هذه الممارسة بالفساد الكبير ؛ ونتيجة لذلك اعتمدت معظم الدول على تدابير قانونية ارتأت أنها فاعلة لمواجهة هذه الجريمة والحد من أخطارها .

وعليه فإننا سنقوم بتسليط الضوء على التدابير القانونية الفرنسية والمصرية والعُمانية الخاصة بمكافحة جريمة الرشوة الدولية وذلك على النحو التالي .

## الفرع الأول

### التدابير القانونية الفرنسية لمكافحة جريمة الرشوة الدولية

تحرص فرنسا على الانضمام إلى الاتفاقيات الإقليمية والدولية الخاصة بمكافحة الفساد ، وبمقتضى المادة ( ٥٥ ) من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ ، فإن الاتفاقيات الدولية المصدق عليها تعلق على أي أحكام مخالفة لها في هذا القانون .

ويتسم التنظيم القانوني الفرنسي باشماله على العديد من الأحكام الخاصة بتجريم أشكال الفساد كافة وملاحقة الفاسدين ، التي يسعى من خلالها المشرع الفرنسي إلى مواءمة التشريع الفرنسي مع التدابير الواردة في الاتفاقيات الدولية ، فقد كانت الغاية من القانون رقم ٢٠٠٠/٥٩٥ الصادر في ٣٠ / ٦ / ٢٠٠٠ المتعلق بمكافحة الفساد ، تتمثل في تنفيذ الالتزامات المحددة من قبل الاتحاد الأوروبي ، التي تعهدت بها فرنسا .<sup>(٢)</sup>

وقد أورد هذا القانون تعديلات تشريعية ضرورية على إثر التوقيع على اتفاقية ١٧ ديسمبر ١٩٩٧ المتعلقة بمكافحة فساد الموظفين العموميين الأجانب في الصفقات التجارية الدولية ، واتفاقية ٢٦ مايو ١٩٩٧ المتعلقة بمكافحة الفساد المتورط فيه موظفو الاتحاد الأوروبي ، أو موظفو الدول في الاتحاد الأوروبي .<sup>(٣)</sup>

وعلى ذلك ، فقد أدخل هذا القانون بشكل صريح في القانون الفرنسي تجريم فساد الموظفين العموميين الأجانب ، أو المنتمين للمنظمات العامة الدولية خلال الصفقات التجارية الدولية .

(١) بلال نهاد ، مرجع سابق ، ص ٢١٩

(٢) بلال نهاد ، مرجع سابق ، ص ٢٥١

(٣) D . J . Pierre ، La lutee contre la corruption des fonctionnaires et agents public ، Rec.D،2000، p 307

ويبرز دور المشرع في المواءمة بين التنظيم القانوني الفرنسي والاتفاقيات الدولية سواء اتفاقيات مجلس أوروبا ، أو اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في إصدار القانون رقم ٢٠٠٧/١٥٩٨ الصادر في ١٣ نوفمبر ٢٠٠٧ المتعلق بمكافحة الفساد .<sup>(١)</sup>

فقد جرم القانون رقم ٢٠٠٧/١٥٩٨ أغلب أشكال الفساد واستغلال النفوذ الإيجابي والسلبي ، ومن ناحية أخرى وسع من نطاق الأشخاص الخاضعين لأحكامه ، فشمّل الموظفين ، والقضاة الدوليين ، والموظفين التابعين للمنظمات الدولية ، والموظفين بالاتحاد الأوروبي ، وكذلك الموظف التابع لدولة أخرى عضو في الاتحاد الأوروبي ، وعضو لجنة البرلمان الأوروبي ، ومحكمة عدل الاتحاد الأوروبي ، ومحكمة المحاسبات بالاتحاد الأوروبي ، والموظفين العموميين التابعين للدول الأجنبية .<sup>(٢)</sup>

## الفرع الثاني

### التدابير القانونية المصرية لمكافحة جريمة الرشوة الدولية

تعد من أهم التدابير التي اتخذتها جمهورية مصر العربية لصون ونزاهة الوظيفة الحكومية ، الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بمحاربة الفساد ، بالإضافة إلى الامتثال للتدابير المقررة في هذه الاتفاقيات ، وذلك من خلال العمل على مواءمة تشريعاتها الوطنية مع ما استحدثته هذه الاتفاقيات من أحكام .<sup>(٣)</sup>

وتعتمد مصر على مبدأ التنفيذ المباشر للاتفاقيات الدولية إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور المصري على أن "المعاهدات تكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور " .

ويشمل الإطار القانوني المصري لمنع ومكافحة الفساد أحكاماً من عدد من القوانين لاسيما قانون الخدمة المدنية القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ ، وقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ، وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية وقانون الكسب غير المشروع بالإضافة إلى قانون مكافحة غسل الأموال ، كما أن مصر طرف في عدد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتعاون الدولي ومكافحة ومنع الجريمة .

ويبرز دور المشرع المصري في المواءمة بين التنظيم القانوني المصري واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد<sup>(٤)</sup>، باستحداث جريمة الرشوة في حق الموظف العمومي الأجنبي وموظفي الهيئات الدولية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ( ٥ ) لسنة ٢٠١٨ ، بإضافة مادتين تجرم جريمة الرشوة في حق الموظف العمومي الأجنبي وموظفي الهيئات الدولية .

(1) Ph.Bonfils، Loi n 2007 – 1598 du 31 novembre 2007 relative a La lutee contre la corruption ، Rec 2008 ، p 377

(2) M.Segonds ، a propos de la onzieme reecriture des delits de corruption، Rec.D.2008، p 1068

(٣) بلال نهاد ، مرجع سابق ، ص ٢٦٨

(٤) وقعت جمهورية مصر العربية على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في ٩ كانون الأول/ ديسمبر ٢٠٠٣ وصدق عليها السيد/ رئيس جمهورية مصر العربية بالقرار رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠٠٤ في ١١ أيلول / سبتمبر ٢٠٠٤ ونشرت في الجريدة الرسمية العدد ٦ بتاريخ ٨ شباط / فبراير ٢٠٠٥ ، وأودعت مصر صك تصديقها على الاتفاقية لدى الأمين العام للأمم المتحدة في ٢٥ شباط / فبراير ٢٠٠٥ .

حيث نصت المادة الثانية<sup>(١)</sup> من القانون المذكور بأن "تضاف إلى قانون العقوبات مادة جديدة برقم ( ١٠٦ ) مكرر ب ، وفقرة ثانية للمادة ( ١١١ ) .

ونصت المادة ( ١١١ ) فقرة ثانية على أن " يقصد بالموظف العمومي الأجنبي في تطبيق أحكام هذا الباب كل من يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي ، سواء كان معيناً أو منتخباً ، وأي شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي .

أما موظف المؤسسة الدولية العمومية فيقصد به كل مستخدم مدني دولي أو أي شخص تأذن له مؤسسته من هذا القبيل بأن يتصرف نيابة عنها " .

ويتضح من نص المادة المشار إليها أن المقصود " بالموظف العمومي الأجنبي " هو أي شخص غير متمتع بالجنسية المصرية ، يشغل وظيفة عمومية لصالح مصر ، أو يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً داخل الأراضي المصرية ، وبصرف النظر عما إذا كان معيناً أو منتخباً .

ويقصد بتعبير " موظف المؤسسة الدولية العمومية " كل مستخدم دولي أو أي شخص تأذن له مؤسسة دولية بأن يتصرف بالنيابة عنها . وبالتالي يكون العاملون في المنظمات والهيئات والكيانات الدولية من قبيل الموظفين الدوليين .

وقد أراد المشرع المصري أن يمد التجريم إلى الموظفين العموميين الأجانب ، وكذلك الموظفين الذين يعملون في مؤسسات دولية عامة داخل مصر ، ذلك أن هؤلاء يكونون طرفاً في عقود وصفقات توريد ، وقد يتقاضون رشوة من أداء أعمالهم أو الإخلال بها ، كما أن بعض برامج المنح والمساعدات يساهم موظفو المؤسسات الدولية العامة في إدارتها أو الإشراف على إنفاق الأموال المخصصة لها ، ومن أمثلة هذه المؤسسات الأمم المتحدة والمنظمات التابعة لها ، والمنظمات الإنسانية والإغاثية المختلفة ، فأراد المشرع أن يجعل مثل هؤلاء الموظفين فاعلين أصليين في جريمة الرشوة .<sup>(٢)</sup>

وفيما يتعلق بالعقوبة على جريمة الرشوة الدولية فقد نصت ( ١٠٦ ) مكرر ب على أنه " كل موظف عمومي أجنبي أو موظف مؤسسة دولية عمومية طلب لنفسه أو لغيره ، أو قبل ، أو أخذ وعداً أو عطية ، لأداء عمل من أعماله الدولية أو الامتناع عنها أو للإخلال بواجباتها يعد مرتشياً ، ويعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لاتقل عن ألف جنيه ولا تزيد عن ضعف ما أعطى أو وعد به .

كما يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنية ولا تزيد عن ألف جنيه من عرض رشوة على عمومي أجنبي أو موظف مؤسسة دولية عمومية ولم تقبل منه " .

ويتضح من نص المادة المشار إليه أن المشرع المصري عاقب على الجريمة بالسجن المؤبد وبغرامة لاتقل عن ألف جنيه ولا تزيد عن ضعف ما أعطى أو وعد به ، أما إذا اتخذت الجريمة صورة عرض الرشوة دون قبولها فإن العقوبة

(١) نص المادة ( ٢ ) من القانون رقم ( ٥ ) لسنة ٢٠١٨ ، المنشور بالجريدة الرسمية المصرية ، العدد ٣ مكرر ( ج ) ، بتاريخ ٢٤ يناير سنة ٢٠١٨

(٢) أحمد عبد اللاه ، بحث بعنوان " جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب دراسة مقارنة " ، منشورات مجلة الحقوق - سلسلة المعارف القانونية والقضائية ، الاصدار ٧٤ ، ٢٠٢٠ ، ص ١٢

التي حددها المشرع المصري هي السجن والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد عن ألف جنيه ، ويعاقب الراشي والوسيط بذات العقوبة السابقة ، ويستفيد من موانع العقاب المنصوص عليه في المادة ( ١٠٧ مكرر) من قانون العقوبات المصري المتعلقة بحالة إخبار السلطات أو الاعتراف بالجريمة .

ويلاحظ كذلك أن الغرامة المقررة عن هذه الجريمة طبقاً للمادة (١٠٦ مكرراً ب ) هي غرامة عادية ؛ لأنها محددة بحددين يتعين التزامهما وليست محددة بنسبة الضرر المترتب على الجريمة أو الفائدة التي تحصل عليها الجاني أو كان يأمل في الحصول عليها ، فهي ليست من قبيل الغرامات النسبية ، ومن ثم يتعين وفقاً لنص المادة ( ٤٤ ) من قانون العقوبات المصري أن يحكم بها على كل متهم ارتكب هذه الجريمة .<sup>(١)</sup>

وذلك فضلاً عن المصادرة التي يحكم بها عقوبة تكميلية وجوبية وفقاً للمادة ( ١١٠ عقوبات )<sup>(٢)</sup>، سواء ضبطت العطية وهي ما تزال في حيازة العارض أو بعد تسليمها لمن عرضت عليه أو كانت في حيازة شخص آخر توسط لعرضها، وذلك بالإضافة إلى العزل من الوظيفة والحرمان من الحقوق المنصوص عليها في المادة ( ٢٥ عقوبات ) ويرى بعض الباحثين<sup>(٣)</sup> أن المشرع المصري حاول أن يمد التجريم في حالة ارتكاب الجريمة إلى موظف عام أجنبي، وأنه لم يكن موفقاً في ذلك، وتوجه إلى خطته سهام النقد، فلم يربط المشرع حدوث الجريمة بأن العمل أو الامتناع ينال من مصلحة تهم الدولة المصرية، ونص التجريم على هذا النحو يتصف بالتوسع، فهو نص فضفاض، إذ إن تطبيقه يمكن أن يمتد إلى كافة أعمال الموظف العام الدولي وأياً كان مضمون العمل أو الامتناع الذي كان مقابلاً للرشوة ، فلو أن موظفاً أجنبياً بإحدى السفارات تلقى رشوة لتسهيل سفر شخص أجنبي آخر، فإن النص يطبق، بل إن النص يمكن أن يطبق على الجرائم التي تطبق على الأفعال الواقعة بالخارج، ولا علاقة لها على نحو وثيق بالإقليم المصري ، لذا كان يجب على المشرع المصري أن يقيد من عمومية النص على النحو الذي يبرر إخضاع هذه الأفعال للقانون المصري .

وأخيراً لا بد أن ننوه بأن مصر لديها العديد من الجهات والأجهزة المعنية بمنع ومكافحة الفساد وجرائم الرشوة المحلية أو الدولية منها: هيئة الرقابة الإدارية والنيابة العامة وهيئة النيابة الإدارية وما يتبعهما من نيابات متخصصة والجهاز المركزي للمحاسبات وإدارة الكسب غير المشروع التابعة لوزارة العدل والإدارة العامة لمكافحة جرائم الأموال العامة التابعة لوزارة الداخلية ووحدة مكافحة غسل الأموال والمجلس القومي للمدفوعات. وتؤدي النيابة العامة دوراً رئيسياً في مجال التعاون الدولي. وقد أنشأت مصر كذلك لجنة وطنية تنسيقية لمكافحة الفساد ولجنة وطنية تنسيقية في مجال مكافحة غسل الأموال كما أنشأت لجنة قومية لاسترداد الأموال والأصول والموجودات في الخارج برئاسة النائب العام. كما أن السلطات المصرية تتعاون على الصعيد الدولي من خلال آليات وشبكات مختلفة، بما في ذلك مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا ومجموعة إغمنت لوحدات التحريات المالية والإنتربول.

(١) حكم محكمة النقض المصرية ، الصادر في جلسة ٢ فبراير سنة ١٩٨٩ م ، مجموعة الأحكام ، س ٤٠ ، ص ١٧١ .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية ، الصادر في جلسة ٧ نوفمبر سنة ١٩٩١ م ، مجموعة الأحكام ، س ٤٢ ، رقم ١٥٨ ، ص ١١٤٣ .

(٣) أشرف توفيق شمس الدين ، مرجع سابق ، ٦١ .

### الفرع الثالث

#### التدابير القانونية لسلطنة عُمان لمكافحة جريمة الرشوة الدولية

انضمت سلطنة عُمان إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب المرسوم رقم ٦٤ / ٢٠١٣ المؤرخ ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٣ الذي نُشر في الجريدة الرسمية في العدد ( ١٠٣٥ ) بتاريخ ٢٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٣ وأودعت عُمان صك انضمامها إلى الاتفاقية لدى الأمين العام للأمم المتحدة في ٩ كانون الثاني/يناير ٢٠١٤ .

كما انضمت السلطنة إلى اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية بموجب المرسوم السلطاني رقم ٤١ / ٢٠١٦ المؤرخ في ١٨ من أغسطس لسنة ٢٠١٦ م ، الذي نشر في الجريدة الرسمية في العدد ( ١١٥٩ ) بتاريخ ٢١ أغسطس لسنة ٢٠١٦ م .

كما انضمت السلطنة إلى الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٨ / ٢٠١٤ المؤرخ في ٢١ من مايو لسنة ٢٠١٤ م ، الذي نشر في الجريدة الرسمية في العدد ( ١٠٥٨٠ ) بتاريخ ٢٥ من مايو لسنة ٢٠١٤ م .

ويرتكز النظام القانوني العُماني على القوانين والمراسيم السلطانية التي يصدرها جلالة السلطان والتي تستند إلى النظام الأساسي للدولة . يتم إصدار القوانين بموجب مراسيم سلطانية بعد إقرارها من مجلس عُمان (مجلس الدولة ومجلس الشورى)، أما اللوائح والقرارات فتصدر من وحدات الجهاز الإداري للدولة كل في مجال اختصاصها.

ويتضمن الإطار القانوني الوطني العُماني لمكافحة الفساد أحكاماً من عدد من القوانين لاسيما قانون الجزاء وقانون الإجراءات الجزائية وقانون حماية المال العام وتجنب تضارب المصالح بالإضافة إلى قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب .

وإن كنا لم نرَ نصوصاً تشريعية بتجريم الرشوة الدولية في قانون الجزاء العُماني ، ولكن تصديق سلطنة عُمان على الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ ، واتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية ، التي جرمت الرشوة الدولية تعتبر جزءاً لا يتجزأ من التشريع العُماني ، حيث إن المعاهدات والاتفاقيات تكون لها قوة القانون بعد التصديق عليها من جلالة السلطان وتعتبر جزءاً من قانون البلاد طبقاً للمادتين ٧٦ و ٨٠ من النظام الأساسي لسلطنة عُمان .

ولدى سلطنة عُمان العديد من الجهات والأجهزة المعنية بمكافحة الفساد لعلَّ أبرزها جهاز الرقابة المالية والإدارية للدولة وإدارة الادعاء العام لجرائم الأموال العامة ، ووحدة التحريات المالية في شرطة عُمان السلطانية وإدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية في الإدارة العامة للتحريات والتحقيقات الجنائية في شرطة عُمان السلطانية .

## الخاتمة

أما وقد انتهينا من دراسة جريمة الرشوة الدولية بقي علينا أن نسجل أهم الاستنتاجات والتوصيات وذلك على النحو التالي :

### أولاً : الاستنتاجات

- إن الفساد من أكبر المشكلات والعقبات الرئيسية أمام الإصلاح والتنمية والاستثمار، وذلك بتأثيره السلبي على الاقتصاد الوطني. وقد أضحت جريمة الرشوة الدولية من قضايا الفساد الراهنة على الساحة الوطنية والدولية، باعتبارها تشكل عائقاً أساسياً للتنمية في مختلف مجالاتها .
- أضحت جريمة الرشوة الدولية ظاهرة ممتدة لا تحدها حدود ولا تمنعها فواصل، طالت الدول كافة ولم تسلم منها أي من المجتمعات ولم تفرق في امتدادها وتشعبها بين دول متقدمة وأخرى متخلفة .
- إن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣، واتفاقية رشوة الموظفين العموميين الأجانب لعام ١٩٩٧، تعتبران مدخلاً هاماً لمساعدة دول العالم، وخاصة الدول العربية في مكافحة الفساد بشكل عام وجريمة الرشوة الدولية بشكل خاص لما تتضمنته هذه الاتفاقيات من تدابير وقواعد وإجراءات جنائية متطورة، إضافة إلى آليات متعددة للتعاون الدولي، والمساعدة القانونية المتبادلة .
- إن الموظف الدولي إذا كان يتمتع بالحصانة الدولية أثناء تأدية أعماله المشروعة في المنظمة الدولية، فإن ارتكابه للأعمال غير المشروعة يجعل من رفع الحصانة عنه أمراً لا بد منه في حال ثبوت العمل غير المشروع .
- تعتبر الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد ٢٠١٠، والاتفاقية الإفريقية لمكافحة الفساد ٢٠٠٣، من الاتفاقيات الإقليمية الهامة التي واجهت جريمة الرشوة الدولية، كما تضمنت مجموعة من الأحكام الإجرائية شكلت من خلالها نظاماً إجرائياً فعالاً يحقق ملاحقة المتهمين بقضايا الفساد ومقاضاتهم .
- سعت فرنسا ومصر وسلطنة عُمان للانضمام إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية، التي جرمت جريمة الرشوة الدولية، كما سعى مشروع هذه الدول إلى إصدار تشريعات داخلية لمواجهة هذه الجريمة .

### ثانياً : التوصيات

- ضرورة التعاون الدولي في سبيل مكافحة جريمة الرشوة الدولية، التعاون القضائي الذي يتمثل بتسليم المجرمين ونقل المسجونين والاعتراف بالأحكام الجنائية ونقل الإجراءات الجنائية من دولة إلى أخرى .
- ضرورة تحديد الاتفاقيات الدولية المعنية بمكافحة الفساد للعقوبات على مرتكبي جريمة الرشوة الدولية بدلاً من ترك أمرها للقوانين الوطنية، وذلك من أجل وضع قواعد قانونية عقابية دولية موحدة بين جميع الدول مما يساعد على محاصرة الفساد والتضييق عليه .
- تدعيم جهود المنظمات الدولية في محاربة الفساد بشكل عام والرشوة الدولية بشكل خاص وفي مقدمتها منظمة التعاون الدولي والتنمية، والبنك الدولي .
- أن تبادر المنظمات الدولية برفع الحصانة عن الموظفين الدوليين الذين يرتكبون مخالفات جسيمة تمثل انتهاكاً لدولة المقر، ومنها جريمة الرشوة الدولية .

## المصادر والمراجع

### أولاً : المراجع العربية

#### أ – الكتب القانونية

##### – الكتب العامة

- احسن بوسقيعه ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج ٢ ، جرائم الفساد ، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، ط ٣، دار هومه ، الجزائر ، ٢٠٠٦ م .
- جمال إبراهيم الحيدري ، الوافي في قانون العقوبات " القسم الخاص " ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٢
- محمود صالح العادلي ، الموسوعة الشاملة في شرح قانون العقوبات في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض طبقاً لأحدث التعديلات ، الطبعة الأولى ، النجم للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٠ .

##### – الكتب المتخصصة

- أحمد محمود نهار ، مكافحة الفساد ، ط ١ ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ .
- السيد أحمد محمد ، جرائم الفساد وآليات مكافحته في نطاق الوظيفة العامة – في ضوء التشريع الجنائي والاتفاقيات الدولية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦ .
- أمير فرج يوسف ، الحوكمة ومكافحة الفساد الإداري والوظيفي وعلاقته بالجريمة على المستوى المحلي والعربي والدولي في ظل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .
- جمال طه ، الموظف الدولي دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ .
- خالد رمضان ، جرائم الرشوة في عقود التجارة الدولية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
- عبد العزيز بن ناصر ، الحصانة والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي ، ط ١ ، شركة العبيكان للأبحاث والتطوير ، الرياض ، ٢٠٠٧ .
- محمد أحمد درويش ، الفساد ومصادره ونتائجه ومكافحته ، ط ١ ، عالم الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
- مصطفى محمد محمود ، اتفاقية مكافحة الفساد – نفاذ وتطبيق اتفاقية مكافحة الفساد في القانون الداخلي وأثرها في محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال ، ط ١ ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٢ .
- نصر الدين سليمان ، جريمة اختلاس المنفعة وتقاضي العملات من أعمال الوظيفة – دراسة تحليلية مقارنة في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد " ، ط ١ ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، العراق ، ٢٠١٨
- وجدي شفيق ، جرائم الأموال العامة الرشوة واختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠ .



## ب - الرسائل العلمية

- بلال نهاد ، الفساد الإداري في الوظيفة الحكومية ومكافحته في القانون الأردني، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، ٢٠١٧ .
- حماس عمر، جرائم الفساد المالي وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، ٢٠١٧ .
- طيب مريم، رسالة دكتوراه بعنوان " الصور المستحدثة للرشوة في التشريع الجزائري "، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ٨ مايو ١٩٤٥ ، الجزائر ، ٢٠١٦ .
- قاجي حنان ، دور المنظمات الدولية في مكافحة الفساد ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة ، الجزائر ، ٢٠١٦ .
- منيرة بالخامسة ، الاتفاقيات الدولية وتطبيقاتها في مجال قانون الفساد ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ٢٠١٧، الجزائر .
- محمد علي محمد ، النظام القانوني لاستقلال الموظف الدولي في ظل التنظيم الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، ٢٠١٨ .
- نجار الوزيرة ، رسالة ماجستير بعنوان " التصدي المؤسسي والجزائري لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري دراسة مقارنة " ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري قسنطينة ، الجزائر ٢٠١٤ .
- هشام عثمان ، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية ، السودان ، ٢٠١٠ .

## ج - الأبحاث والدوريات

- ١ - أحمد عبد اللاه ، جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجنبي دراسة مقارنة ، منشورات مجلة الحقوق - سلسلة المعارف القانونية والقضائية ، الإصدار ٧٤ ، ٢٠٢٠ .
- أسامة حسين ، جريمة الرشوة دراسة تحليلية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، المجلد ٥٩ ، العدد ١ ، ٢٠١٧ .
- أحمد مجيد، التنظيم القانوني لجريمة الرشوة ، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، مجلد ١٠ ، عدد ٣٦ ، العراق .
- إسرائ حسين عزيز، المركز القانوني للموظف الدولي ، مجلة جنوب الوادي للدراسات القانونية جامعة جنوب الوادي ، العدد ٢ ، ٢٠١٧ .
- حمد بن محمد بن إدريس الحلي، الرشوة ، التقرير الفقهي، مركز ابن إدريس الحلي للتنمية الفقهية والثقافية ، العدد ٥ ، العراق ، ٢٠٠٨ .
- سيف إبراهيم المصاروة ، وآخرون ، المواجهة الجنائية للرشوة في قانون النزاهة ومكافحة الفساد ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، كلية الحقوق ، جامعة مؤتة ، الأردن ، المجلد ٤٥ ، عدد ٤ ، ٢٠١٨ .
- سرى صيام ، بحث بعنوان " الجهود الدولية والعربية لمكافحة الفساد "، مجلة التشريع ، العدد ٣ ، ٢٠٠٤ .
- محمود أبكر دقدق ، الاتفاقيات العربية لمكافحة الفساد لسنة ٢٠١٠ ، المجلة القانونية والقضائية، العدد ١ ، قطر، ٢٠١٦ .

- محمد حسن السراء وآخرون ، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب " ، المجلد ٣١ ، العدد ٦٤ ، ٢٠١٦ ، الرياض .
- نبيل مدالله وآخرون، موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد ٢ ، ٢٠١٦ .

#### ثانياً : المراجع الأجنبية

- Ph.Bonfils، Loi n 2007 – 1598 du 31 novembre 2007 relative a La lutee contre la corruption ، Rec 2008 .
- D . J . Pierre ، La lutee contre la corruption des fonctionnaires et agents public ، Rec.D.2000 .
- M.Segonds ، a propos de la onzieme reecriture des delits de corruption، Rec. D.2008 .

## وقف حقوق الملكية الفكرية في التشريع الأردني

دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي - صيغة وقفية مُستحدثة

### Intellectual Property Rights in Jordanian Legislation

### A Comparative Study with Islamic Jurisprudence

### a New Endowment Formula

عثمان إبراهيم محمود بني طه \*

#### الملخص

نتيجة للتطور في حقوق الملكية الفكرية في ظل تطور وسائل الاتصالات الحديثة بدأت تظهر فكرة وقف هذه الحقوق وتخصيص منافعتها للبر وأعمال الخير، إلا أن وقف هذه الحقوق يثير العديد من الإشكاليات القانونية، من حيث تأبيد الوقف وأثره على الحق المؤقت لأصحاب الحقوق الفكرية؛ إلا أن الوقف المؤقت للحق المالي في حقوق الملكية الفكرية يتعارض وقانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية الذي اشترط تأبيد الوقف؛ على أنه يمكن وقف حقوق الملكية الفكرية على أساس الوقف المؤقت؛ وذلك بتعديل نص المادة الثانية من قانون الأوقاف التي اشترطت التأبيد، ويمكن وقف هذه الحقوق على أساس الوقف المؤبد؛ وذلك بتعديل التشريعات النازمة لحقوق الملكية الفكرية والنص على استمرار الحق المالي لأصحاب الحقوق الفكرية الموقوفة بعد انتهاء مدة الحماية المحددة لها وعدم صيرورتها إلى الملكية العامة، مع أن المذهب الشافعي والحنبلي اشترطتا التأبيد في الوقف، ولم يشترط المذهب المالكي التأبيد.

**الكلمات الدالة:** حقوق الملكية الفكرية، وقف المواقع الإلكترونية، تأبيد الوقف، تأقيت الوقف، الأموال الرقمية.

#### Abstract

The temporary moratorium on financial intellectual property rights contradicts the Law of Endowments and Islamic Sanctuaries, which stipulates the perpetuation of the endowment; However, these rights may be suspended on a temporary basis; By amending Article 2 of the Endowment Law, which stipulated perpetuation, and these rights can be suspended on the basis of a permanent endowment; By amending the legislation regulating intellectual property rights and stipulating the continuation of the financial right of the owners of suspended intellectual rights after the expiry of the period of protection specified for them and their non-referral to public ownership, although the Shafi'i and Hanbali schools stipulated perpetuation in the endowment, and the Maliki school did not require perpetuation.

**Keywords:** Intellectual property Rights, Stopping Websites, Perpetuating the Endowment, Stopping the Endowment, Digital Money.

\* المجلس القضائي الأردني/ قسم الدراسات القانونية، جامعة العلوم الإسلامية، الاردن. تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٩/٣ و تاريخ قبوله ٢٠٢١/٩/٢٨

## المقدمة

يعدّ الوقف نظامًا إسلاميًا من حيث المنشأ مستمدًا من الوحي، ولم تعرفه الأنظمة القانونية السابقة مثل القانون الروماني أو اللاتيني<sup>(١)</sup> ومع تطور سبل الحياة أصبح للحقوق الفكرية بُعدًا ماليًا وبدأت تظهر إشكالية وقف هذه الحقوق وتخصيص منافعها للبر وأعمال الخير وفقاً للأنظمة القانونية، سيما وإنّ الاتفاقيات الدولية التي نظمت حقوق الملكية الفكرية لم تعرف نظام الوقف لحقوق الملكية الفكرية، وإنما استخدمت مصطلحات تدل على تحويل حقوق الملكية الفكرية، ومن ذلك معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف: نقل ملكية المصنفات بأي طريقة، نقل المصنف (المادتان ١٢، ٦)، اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية انتقال الحقوق، النقل للجمهور، التصريح، نقل المصنف للجمهور، الترخيص (المواد ٩، ١١، ١٤)، وبالتالي فإن فكرة تحويل حقوق الملكية الفكرية في الاتفاقيات الدولية قد تقابل الوقف في الفقه الإسلامي، من حيث فكرة انتقال الحق الفكري مع اختلاف في المفهوم والفلسفة لكل منهما.

### أهداف البحث وأهميته:

يكتسب البحث أهميته من الموضوع الذي يتناوله؛ لما لوقف هذه الحقوق من أهمية اقتصادية تعود بالنفع على المجتمع عن طريق التوسع في مفهوم الوقف ليشمل الحقوق الجديدة في المجال الرقمي والإلكتروني.

### الدراسات السابقة:

كباهم، سامي، استثمار وقف الملكية الفكرية: حق المؤلف، وقد تناول هذا البحث موضوع وقف حق المؤلف من الناحية الاقتصادية والاجتماعية وأثرها على الاستثمار، وهي دراسة في التشريع الجزائري.

### إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في بيان مدى إمكانية وقف حقوق الملكية الفكرية في التشريع الأردني، بالنظر للطبيعة المؤقتة لهذه الحقوق .

### ويتفرع عن ذلك الأسئلة التالية:

- هل تتعارض مسألة الحق المؤقت لأصحاب حقوق الملكية الفكرية مع مسألة تأييد الوقف المنصوص عليها في قانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية؟
- كيف يمكن التوفيق بين خضوع حقوق الملكية الفكرية لأحكام الوقف، وخضوعها لأحكام الأموال العامة من جهة أخرى بعد انقضاء مدد الحماية القانونية؟
- هل يشترط تسجيل وقف حقوق الملكية الفكرية لدى جهة معينة؟

الحراق، محمد، الوقف العلمي أهدافه ومجالاته وسبل تفعيله، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد رقم ٧٧، شهر ٣/٢٠١٩، المملكة (١) المغربية، الرقم الدولي ردمك ٠٦١٥/٢٣٣٦/٢٣٣٦، ص ٨٩.

## منهج البحث:

فيما يتعلق بالمنهج المتبع في هذا البحث؛ فهو المنهج الوصفي والتحليلي القائم على التحليل والتفسير الدقيق للنصوص القانونية الأردنية النازمة للموضوع، ومنهج الشرح على المتن وقوامه الانطلاق من واقع التنظيم القانوني والاجتهاد القضائي (الرقابة القضائية) لموضوع البحث.

## المبحث الأول

### الحقوق القابلة للوقف في قوانين الملكية الفكرية

سنتناول في هذا المبحث مضمون حقوق الملكية الفكرية القابلة للوقف، أنواع الوقف لحقوق الملكية الفكرية

#### المطلب الأول

#### مضمون حقوق الملكية الفكرية القابلة للوقف

تقسم حقوق الملكية الفكرية الى حقوق أدبية وحقوق مالية؛ فهل تصلح هذه الحقوق أن تكون محلاً للوقف؟

#### الفرع الأول

#### مدى اعتبار حقوق الملكية الفكرية المالية محلاً للوقف

### أولاً: أنواع حقوق الملكية الفكرية المالية

#### • الحق المالي للمؤلف

يمثل الحق المالي للمؤلف القيمة المادية لابتكاره وإبداعه، وهو حق استثنائي للمؤلف أو من يخلفه، وهو حق استثنائي مؤقت بمدة معينة ويجوز التصرف فيه، فالحق المالي سلطة للمؤلف على مصنفه تمكنه من استغلال هذا المصنف وجني عوائده ومنافعه مالياً من حيث استنساخ المصنف بجميع الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية، ترجمة المصنف، تأجير النسخة الأصلية، توزيع المصنع، استيراد النسخ ونقل المصنف إلى الجمهور<sup>(١)</sup>.

وقضت محكمة التمييز بأن للمؤلف وحده حق استغلال مصنفه مالياً بأي طريقة يختارها ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي منه أو ممن يخلفه<sup>(٢)</sup>.

سلفيتي، عبد الرحمن عقله، الحماية القانونية لحق المؤلف في فلسطين، رسالة ماجستير، ٢٠٢١، جامعة النجاح الوطنية، ص ١١٤، (١) زيدان، مؤيد، حقوق الملكية الفكرية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠٢٠، ص ١١٤، المادة ٩ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة وتعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢، المنشور على الصفحة ٦٨٤ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٨٢١ بتاريخ ١٦/٤/١٩٩٢.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم ١٩٩٥/٤٧، تاريخ ١٩٩٥/٢/٢٥، منشورات عدالة. (٢)

### • الحق المالي في العلامة التجارية

يقتصر الحق في استعمال العلامة التجارية المسجلة تسجيلًا قانونيًا على مالكيها، وله الحق في منع الغير من استعمال علامات مطابقة أو مشابهة لها لدرجة يحتمل أن تؤدي إلى اللبس دون موافقة مسبقة منه<sup>(١)</sup>.

وقضت محكمة التمييز ليس للغير أن يستخدم العلامة التجارية المسجلة ويكون مسؤولًا تجاه مالكيها إذا ثبت تعديه على هذه العلامة واستعمالها أو تقليدها<sup>(٢)</sup>.

### • الحق المالي في براءات الاختراع

يكتسب مالك البراءة مجموعة من الحقوق المالية تتمثل في: منع الغير من صنع المنتج موضوع الاختراع أو استغلاله أو استخدامه أو عرضه للبيع أو بيعه أو استيراده، إذا كان موضوع البراءة منتجًا، منع الغير من استعمال طريقة الصنع أو استعمال المنتج المصنوع مباشرة بهذه الطريقة أو عرضه للبيع أو بيعه أو استيراده، إذا كان موضوع البراءة طريقة صنع<sup>(٣)</sup>.

### • الحق المالي لمالك الرسم أو النموذج الصناعي

يكتسب مالك الرسم الصناعي أو النموذج الصناعي بعد تسجيله الحق في حمايته، وذلك بمنع الغير من القيام بصنع منتجات تم نسخ الرسم الذي تحمله أو النموذج الذي تحويه أو جزء أساسي منه، أو استيراد هذه المنتجات أو بيعها لغايات تجارية<sup>(٤)</sup>.

وقضت محكمة التمييز "إن قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية، جاء ليكسب مالك الرسم الصناعي أو النموذج الصناعي، بعد تسجيله، الحق في حمايته، وذلك بمنع الغير، إذا لم يحصل على موافقته، من القيام لأغراض تجارية بصنع منتجات تم نسخ الرسم الذي تحمله أو النموذج الذي تحويه أو جزء أساسي منه أو استيراد هذه المنتجات أو بيعها"<sup>(٥)</sup>.

### • الحق المالي للأصناف النباتية الجديدة

يكتسب المستنبت للأصناف النباتية الجديدة، بعد تسجيل الصنف، الحق في حمايته، وذلك بمنع الغير من القيام بأي أعمال تتعلق بمواد التكاثر من الصنف المحمي، لأغراض تجارية، ومن هذه الأعمال الإنتاج أو التوالد،

(١) المادة ٢٥ من قانون العلامات التجارية وتعديلاته رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢، المنشور على الصفحة ٢٤٣ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١١١٠ بتاريخ ١٩٥٢/٦/١.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٢/٣٥٥ (هيئة عامة) تاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٢، منشورات عدالة.

(٣) المادة ٢١ من قانون براءات الاختراع وتعديلاته رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٩، المنشور على الصفحة ٤٢٥٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٣٨٩ بتاريخ ١٩٩٩/١١/١.

(٤) المادة ١٠ من قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٠، المنشور على الصفحة ١٣٠٧ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٢٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢.

(٥) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٨/٦٣٠٣، تاريخ ٩/١٢/٢٠١٨، منشورات قرا، نقابة المحامين النظاميين.

التهيئة لأغراض التكاثر، العرض للبيع وأعمال التسويق، التصدير والاستيراد والتخزين<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: قابلية الحقوق المالية لحقوق الملكية الفكرية للوقف

عرّف الحنفية الوقف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، والمالكية بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه على ملك معطيه، والشافعية بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على تصرف مباح، والحنابلة بأنه تحبب الأصل وتسهيل المنفعة<sup>(٢)</sup>.

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الحنفية لا يجيزون وقف المنافع والحقوق؛ لأنها لا تعتبر أموالاً عندهم؛ لعدم قابليتها للادخار أو الحرز، أما الشافعية والمالكية فقد أجازوا وقف المنافع والحقوق، واعتبروها أموالاً منقومة، وقد ألقوا المنافع والحقوق بالأعيان وتدرج ضمن الأموال المنقولة التي يجوز وقفها، لا بل أجازوا وقف المنافع والحقوق على سبيل التأييد أو التأقيت، وتبعاً لذلك فإنه يجوز وقف حقوق الملكية الفكرية المختلفة المشروعة وصرف العوائد المتحصلة منها في وجوه الوقف<sup>(٣)</sup>.

وبالتالي فإن أصحاب الحقوق الفكرية يملكون حق التصرف بها بعوض أو بدون عوض، مثل الوصية والوقف، ومن ثم فإنه يجوز شرعاً وقف هذه الحقوق، سواء على سبيل التأييد أو التأقيت، باعتبارها صورة جديدة من وقف الحقوق، وتبعاً لذلك أجاز مجمع الفقه الإسلامي الدولي في الحقوق الابتكارية، وقف الحقوق الفكرية مثل العلامة التجارية، الاسم التجاري، العنوان التجاري، وحقوق التأليف؛ لأنه أصبح لهذه الحقوق قيمة مالية منقومة في العرف المعاصر<sup>(٤)</sup>.

ويعرف الوقف بأنه حبس عين المال المملوك على وجه التأييد عن التصرف، وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً. ولم ينص القانون المدني على مسألة تأييد الوقف، في حين أن قانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية نص على الصفة التأبيدية للوقف<sup>(٥)</sup>.

والمال هو كل عين أو حق له قيمة مالية (مادية أو معنوية) في التعامل، وكل شيء يمكن حيازته مادياً أو

(١) المادة ١٥ من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٠، المنشور على الصفحة ٢٦٣٥ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٢.

(٢) عبد المناس، سيوطي، عبدالله إسماعيل، الوقف الإسلامي: دراسة في الأركان وطرق التعامل معه، بحث منشور في المجلة العالمية للدراسات الفقهية والأصولية، المجلد ١، العدد ١/٢٠١٧، ص ٦.

(٣) السرطاوي، محمود، وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع، بحث مقدم لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٩، ص ٢٤ و ٢٥.

(٤) توجد شواهد من الزمن السابق على هذا الوقف، ومن ذلك وقف ابن خلدون لكتابه "العبر وديوان المبتدأ والخبر" لدى خزانة جامع القيروان، ووقف ملأ علي القاري لجميع مصنّفاته وأباح نسخها إذا احتاج الناس إليها: الرفاعي، حسن محمد، وقف العمل الموقت في الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان، دون ذكر أي بيانات أخرى، ص ٦٠ ولغاية ٦٦، علماً بأن رقم قرار مجمع الفقه الإسلامي هو ٢٣، تاريخ ١٠-١٢/١٥/١٩٨٨، دورة مؤتمر المجمع الخامس المنعقدة في الكويت، وقد أشار إلى هذا القرار المرجع نفسه على الصفحة ٦٣ و ٦٤.

(٥) المادة ١٢٣٣ من القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦؛ المنشور على الصفحة ٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ بتاريخ ١/٨/١٩٧٦، والمادة ٢ من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١، المنشور على الصفحة ٢٨٣٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ١٦/٧/٢٠٠١.



معنويًا والانتفاع به انتفاعًا مشروعًا، ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية<sup>(١)</sup>.

وقد وسع الفقه الإسلامي باعتباره المصدر للقانون المدني الأردني دائرة الأموال لتشمل الأشياء المادية وغير المادية، كما أنه لم يشترط التأييد لإضفاء صفة المال على الشيء، لا بل إن ملكية المنافع في الفقه الإسلامي من طبيعتها أصلاً التأقيت. من هنا فإن تأقيت الحقوق المالية المتعلقة بالملكية الفكرية بمدّة معينة وهي مدّة الحماية القانونية، لا يخرج هذه الحقوق من دائرة الأموال<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي فإن الحقوق المالية للملكية الفكرية، تعتبر مالاً بحكم المادة ٥٣ من القانون المدني، ولها قيمة مادية في التعامل، ذلك أن محل الحقوق المعنوية هي الأشياء المعنوية غير المادية، ويكون لصاحبها حق مالي عليها، يستطيع التصرف فيه بالوقف<sup>(٣)</sup>.

وقضت محكمة التمييز بأن المال المتقوم هو كل ما يمكن حيازته أو إحرازه والانتفاع به، وهو يشمل بعض الأمور المعنوية التي لا تقع تحت الحس ولا يتصور فيها الحياة، كحقوق المؤلفين وبراءة الاختراع والعلامات التجارية<sup>(٤)</sup>.

## الفرع الثاني

### مدى اعتبار حقوق الملكية الفكرية الأدبية محلاً للوقف

يتمتع المؤلف والفنان المؤدي بحقوق أدبية مثل الحق في نسبة المصنف أو الأداء إلى المؤلف، الحق في تقرير النشر، الحق في تعديل المصنف، الحق في دفع الاعتداء عن المصنف، الحق في سحب المصنف من التداول، الحق في نسبة الأداء السمعي الحر أو المسجل للفنان المؤدي، الحق في دفع الاعتداء الواردة على حقوق الفنان المؤدي، الحق في منع أي تحريف أو تشويه على الأداء، فإنه لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها، وبالتالي فإنها تخرج عن مفهوم محل الوقف، ولا يجوز لصاحبها وقفها لأنها لصيقة بشخص المؤلف أو الفنان المؤدي، وبالتالي لا يجوز التصرف في أي مكنة من المكنات التي يخولها الحق الأدبي للمؤلف أو الفنان المؤدي، تبرعاً كان التصرف أو معاوضة<sup>(٥)</sup>. إن المنع من التصرف بالحقوق الأدبية يرد على التصرف في هذه الحقوق بذاتها؛ لأنها تنصب على حماية شخصية المؤلف وعلاقته بمصنفه، أما إذا انصب التصرف على العوائد

(١) المادتان ٥٣ و ٥٤ من القانون المدني.

(٢) الغامدي، ناصر بن محمد، حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٤/١ (<https://almoslim.net/node/275713>).

(٣) المادة ٧١ من القانون المدني.

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٥٤/٧٠، تاريخ ١٩٥٤/٦/٢١، منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين.

(٥) المادتان ٨ و ٢٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، بني طه، عثمان ابراهيم، حقوق فناني الأداء وحمايتهم قانوناً، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٦، ص ١٢ و ١٣.

المالية المتصلة لصاحب الحق الأدبي نتيجة التعدي على هذا الحق، فإن هذا الحق الأدبي في هذه الحالة يكتسب بُعداً مادياً ويجوز التصرف في هذه العوائد من خلال وقفها، كما أن البعد المالي للحق الأدبي قد يتحقق من خلال شهرة المصنف أو سمعة المؤلف؛ بحيث يكون لهذه الشهرة أثر مالي على الإيرادات المحصلة<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### أنواع الوقف لحقوق الملكية الفكرية

نظراً لطبيعة حقوق الملكية الفكرية؛ يمكن تصور نوعين من الوقف؛ الوقف المؤقت والمؤبد لحقوق الملكية الفكرية

## الفرع الأول

### إمكانية الوقف المؤقت لحقوق الملكية الفكرية

كان العقار هو الصورة العملية للوقف في الفقه الإسلامي؛ لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه؛ لأنه يلزم أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء، فكان الوقف يقوم على فكرة حبس العين والتصرف بالثمرة، وهذا ما يتفق مع فكرة التأييد للوقف في الفقه الإسلامي، إلا أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في وقف المنقول؛ لأن مصدره التلف ولا تتحقق فيه المنفعة المرجوة من الوقف على سبيل التأييد واستمرارية الوقف، فأجاز الحنفية وقف المنقول تأسيساً على العرف، وأجاز الشافعية والحنابلة وقف المنقول تأسيساً على مقاصد الشارع المتوخاة من الوقف في أعمال الخير، مع تمسكهم بشرط التأييد للوقف، وجاءوا بفكرة استبدال محل الوقف إذا ما تعرض للتلف لضمان فكرة تأييد الوقف، وأجاز المالكية تأقيت الوقف لمدة زمنية محددة مثل السنة، فالمالكية لم يشترطوا في المال محل الوقف أن يكون صالحاً للبقاء على الدوام؛ أي لم يشترطوا التأييد، وبالتالي يجوز عندهم وقف الدراهم والثياب والكتب، إلا إذا كانت طبيعة المنقول لا تقبل التأقيت<sup>(٢)</sup>.

وقد ظهرت الحاجة إلى إعادة النظر في شرط التأييد في الوقف، والبحث عن صيغة أخرى تتلاءم وما هو جديد من حيث طبيعته القانونية، فكان لا بد من التوجه نحو صيغة الوقف المؤقت هدياً بمذهب المالكية الذين أجازوا التأقيت في الوقف، بحيث يجوز وقف المنقول الذي يؤول إلى الانتهاء، طالما أن العين محل الوقف قد تكون بطبيعتها غير قابلة للتأييد، فلا يشترط أن يكون المال الموقوف صالحاً للبقاء الدائم الذي لا يتغير أو ينقضي<sup>(٣)</sup>.

(١) كباهم، سامي، استثمار وقف الملكية الفكرية: حق المؤلف، بحث منشور في مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٢، عدد ٣، ٢٠٢٠، السنة الثانية عشر، ص ٨٣١.

(٢) السرطاوي، محمود، وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع، مرجع سابق، ص ٦ و ١٠.

(٣) هليل، أحمد محمد، مجالات وقفية مقترحة غير تقليدية لتنمية مستدامة، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ٢٠٠٦، ص ٢٨.

ولكن الحقوق المالية للملكية الفكرية مؤقتة بمدة معينة ينقضي بعدها ويتحول إلى الملك العام<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن ما يتناسب وهذه الحقوق هو الوقف المؤقت، وبموجبه يتم ربط الوقف بأجل زمني محدد، وهو المدة القانونية التي يتمتع صاحب الحق الفكري خلالها بالحماية القانونية، بحيث ينتهي الوقف بانتهاء هذا الأجل، ومعلوم أن الحق المالي لصاحب الحق الفكري يدخل ضمن ملكه ويكون مقدور التسليم، ويمكن استيفاء المستحقين فائدته، ويدخل ضمن صيغة الوقف المؤقت الذي يتناسب وطبيعته المؤقتة بحكم القانون، كما أن العبرة بالانتفاع، فما يجوز الانتفاع به يجوز وقفه، وما لا ينتفع به لا يعد مالا، وبالتالي لا يجوز وقفه، بحيث يتم تسبيل الحق المالي الناتج عن حقوق الملكية الفكرية خلال مدة الحماية القانونية<sup>(٢)</sup>.

ولكن فكرة الوقف المؤقت للحق المالي في حقوق الملكية الفكرية تتعارض وما ورد في قانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية، التي نصت على شرط تأييد الوقف، حيث عرفت الوقف بأنه "حبس عين المال المملوك على حكم ملك لله تعالى على وجه التأييد"<sup>(٣)</sup>. من هنا فإنه ينبغي تعديل نص المادة الثانية المذكورة، وذلك بإضافة عبارة "أو التأقيت"، وذلك لاستيعاب فكرة وقف الحقوق المالية في الملكية الفكرية مستحدثا وقفا جديدا.

## الفرع الثاني

### إمكانية الوقف المؤبد لحقوق الملكية الفكرية

يمكن وقف الحق المالي في حقوق الملكية الفكرية عن طريق الوقف المؤبد، ولكن هذا يتعارض وفكرة تأقيت الحق المالي للملكية الفكرية، من أن الحق المالي وبعد انقضاء مدة الحماية القانونية أو عند انقطاع الورثة أو عدم وجود أي خلف لصاحب الحق الفكري قبل انقضاء مدة الحماية، يؤول إلى الملكية العامة، فكيف يمكن أن يكون وقف الحق المالي مؤبداً، وهو بعد انتهاء مدة الحماية سيؤول حكماً إلى الملكية العامة التي تتيح لأي شخص استعمال هذا الحق المالي الذي يفترض أنه تم وقفه؟

يختلف مفهوم الملكية العامة الذي ستؤول إليه حقوق أصحاب الملكية الفكرية بعد انتهاء مدة الحماية عن مفهوم الملكية العامة في القانون الإداري؛ وذلك لعدم توافر وصف المال العام للحق المالي لصاحب الحق الفكري بعد انتهاء مدة الحماية القانونية، وفقاً للقواعد العامة في تعريف المال الواردة في القانون المدني<sup>(٤)</sup> من حيث عدم ملكية الدولة أو الأشخاص العامة الاعتبارية للحق المالي أو المصنف الذي انتهت مدة حمايته القانونية، وإنما يكون هذا الحق ملكية مشتركة للجميع، ومن حيث عدم تخصيص الحق المالي الذي تنتهي مدة حمايته بالمنفعة العامة، وإنما يكون المصنف أو الحق المالي المنتهية مدته متاحاً للجمهور بالمجان تحت حراسة الدولة التي يبقى لها الحق بحماية المصنفات التي انتهت مدتها من التحريف والتشويه، مع الإشارة إلى أن حق الدولة بممارسة

(١) اراجع المواد ٣٠، ٣١، ٣٢ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، المادتين ٢٠ و ٢١ من قانون العلامات التجارية، المادتين ١٧ و ١/٣٠ من قانون براءات الاختراع، المادة ١١ قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية، المادة ١٨ من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة.

(٢) هليل، أحمد محمد، مجالات وقفية مقترحة غير تقليدية لتنمية مستدامة، مرجع سابق، ص ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٥.

(٣) المادة ٢ من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية.

(٤) المادة ١٢٣٦ من القانون المدني الأردني.

بعض الحقوق للمؤلف بعد وفاته في حالات معينة<sup>(١)</sup> لا يعطي للدولة حق الملكية على هذه الحقوق<sup>(٢)</sup>.

وفي الفقه الإسلامي؛ فإن الملكية تقسم إلى ثلاثة أقسام، الملكية الخاصة للأفراد، الملكية العامة لجماعة المسلمين التي لا يجوز للأفراد أو الدولة التصرف برقبته؛ وإنما تنظم الدولة آلية الاستفادة منها، ملكية الدولة أو ما يعرف ببيت مال المسلمين، ويجوز للدولة التصرف بها وتصرف الإمام بمال بيت المسلمين منوط بالمصلحة<sup>(٣)</sup>.

وأخذ المشرع الأردني بمبدأ عدم انتقال ملكية الحق المالي للمصنف الذي انتهت مدة الحماية القانونية له للدولة، وإنما تكون ملكيته مشتركة للجميع دون حاجة للحصول على موافقة من أي جهة كانت<sup>(٤)</sup>.

فكيف يمكن التوفيق بين حق الوقف على هذه المصنفات وبين حق الجمهور باستعمال المصنفات التي انتهت مدتها بالمجان. وتتعاظم هذه الإشكالية إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن للوقف شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة، حتى عن ذمة الدولة نفسها<sup>(٥)</sup>.

وقد قضت محكمة التمييز "إن العقار الوقفي وبتمام وقفه أصبح شخصية حكومية وله ذمة مالية متميزة تسأل عن ديونه التي أنفقت على مصاريفه، وعليه فإن وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، بوصفها متولي الوقف، لا تعتبر مالكة لهذا العقار"<sup>(٦)</sup>.

وبالتالي فإنه ينبغي تعديل تشريعات الملكية الفكرية، وذلك بالنص على استثناء الحقوق المالية للملكية الفكرية من صيرورتها إلى الملكية العامة بعد انقضاء مدة الحماية المنصوص عليها في هذا القانون.

وبهذا التعديل يمكن وقف الحق المالي لأصحاب الحقوق الفكرية عن طريق الوقف المؤبد الذي يستمر إلى ما لا نهاية؛ أي يصبح الحق المالي لأصحاب الحقوق الفكرية مؤبداً لتعلقه بالوقف، ولا ينتقل إلى الملكية العامة، ولا يجوز لأي شخص استعمال هذا الحق ولا يجوز له التذرع بأنه سقط في الملكية العامة طالما أنه تم تسجيله كوقف.

<sup>(١)</sup> المواد ٧/ج، ٢٧، ٣٤/ب من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني.

<sup>(٢)</sup> الناصر، محمد أمين قاسم وحدادين، سهيل هيثم، الملكية العامة في قانون حماية حق المؤلف الأردني، رؤية جديدة لمفهوم قديم، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤١، العدد ٢، ٢٠١٤، ص ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٨٧.  
<sup>(٣)</sup> السعدي، أحمد، الملكية العامة في الإسلام، بحث منشور على الموقع التالي، تاريخ الدخول ٢٤/٩/٢٠٢١:

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147901>

<sup>(٤)</sup> المادة ٣٤ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني.

<sup>(٥)</sup> المادة ٦٠ من القانون المدني الأردني.

<sup>(٦)</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٦٢/١٩٦٠، تاريخ ١/٨/٢٠٠١، منشورات عدالة، وقد قضت محكمة النقض المصرية "إن الأموال التي تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصها لمنفعة عامة هي الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أما الأموال المملوكة للأفراد فلا تكتسب صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة، بل ينبغي أن تنتقل إلى ملكية الدولة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها في القانون ثم تخصص بعد ذلك للمنفعة العامة"، راجع قرار محكمة النقض المصرية (حقوق) رقم ١٩٨٩/٣٧٢٥ (هيئة عادية) تاريخ ٢٦/١/١٩٩٧، منشورات عدالة.

## المبحث الثاني

### إجراءات وقف حقوق الملكية الفكرية وتطبيقاته

سنتناول في هذا المبحث الشروط القانونية لوقف حقوق الملكية الفكرية، تطبيقات وقف حقوق الملكية الفكرية .

#### المطلب الأول

##### الشروط القانونية لوقف حقوق الملكية الفكرية

يشترط مجموعة من الشروط العامة والخاصة لوقف حقوق الملكية الفكرية وعلى النحو التالي:

#### الفرع الأول

##### الشروط العامة لتوثيق وقف حقوق الملكية الفكرية

###### أولاً: التسجيل

اشترط قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة شكلية الكتابة عند التصرف بالحق المالي للمؤلف<sup>(١)</sup>، واشترط قانون العلامات التجارية تسجيل أي تصرف قانوني يرد على العلامة التجارية<sup>(٢)</sup>. واشترط قانون براءات الاختراع تسجيل التصرفات القانونية الواردة على براءات الاختراع<sup>(٣)</sup>. واشترط قانون الرسوم والنماذج الصناعية تسجيل التصرفات القانونية الواردة على الرسم أو النموذج الصناعي في سجل الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية في وزارة الصناعة والتجارة<sup>(٤)</sup>. واشترط قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة تسجيل التصرفات القانونية الواردة عليها في سجل الأصناف النباتية الجديدة في وزارة الزراعة<sup>(٥)</sup>، بما في ذلك نقل الملكية كلياً أو جزئياً بعوض أو بغير عوض والرهن والحجز عليها، والوقف يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع لهذه الشكلية، وبالتالي يشترط لانعقاد وقف الحق المالي للمؤلف أن يكون كتابة، والكتابة هنا ركن لانعقاد<sup>(٦)</sup>.

###### ثانياً: الإيداع

تخضع المصنفات المتعلقة بحق المؤلف للإيداع القانوني في مركز الإيداع في دائرة المكتبة الوطنية، و الإيداع ليس شرطاً للحماية القانونية، وإنما لإثراء المكتبة الوطنية<sup>(٧)</sup>. وقد اشترط قانون براءات الاختراع إيداع طلب تسجيل براءة الاختراع لدى مسجل براءات الاختراع<sup>(٨)</sup>، واشترط قانون الرسوم والنماذج الصناعية إيداع الرسم أو

(١) المادتان ٩ و ١٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٢) المواد ٣ و ٥ و ٢٨ من قانون العلامات التجارية.

(٣) المواد ٧ و ٢١/ب و ٢٧ من قانون براءات الاختراع.

(٤) المادتان ٣ و ١٤ من قانون الرسوم والنماذج الصناعية.

(٥) المادتان ٤٣ و ١٩ من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة.

(٦) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص ٣٨٣ و ٣٨٤.

(٧) المواد ٢، ٣٨، ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٨) المادة ٨ من قانون براءات الاختراع.

النموذج الصناعي لدى مسجل الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية<sup>(١)</sup>، واشترط قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة إيداع المصنف النباتي لدى مسجل الأصناف النباتية<sup>(٢)</sup>.

ويمكن تطوير فكرة الإيداع واستغلالها، لغايات إشهار وقف الحق المالي للمؤلف أو أصحاب الحقوق الفكرية رسمياً، بحيث يكون إيداع المصنف أو الحقوق الفكرية الأخرى المراد وقفها أو وقف عوائدها إلزامياً لغايات توثيق الوقف، وذلك بتعديل نص المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، بحيث تصبح "لا يترتب على عدم إيداع المصنف إخلال بحقوق المؤلف المقررة في هذا القانون، ويستثنى من ذلك حالة وقف هذا المصنف، بحيث يلتزم المؤلف الذي يرغب بوقف مصنفه بإيداعه لدى المركز"، ثم بعد ذلك يتم تسجيل حجة الوقف الصادرة عن المحكمة الشرعية لدى مركز الإيداع في دائرة المكتبة الوطنية بالنسبة للمصنفات أو لدى المسجل المختص لباقي الحقوق الفكرية الأخرى، باعتبارها جهة التسجيل والتوثيق للحقوق المالية، كشكلية لازمة لإتمام عملية وقف الحق المالي للمؤلف.

## الفرع الثاني

### الشروط الخاصة لتوثيق وقف حقوق الملكية الفكرية

#### أولاً: تخصيص وقف حقوق الملكية الفكرية

اشترط قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، على المؤلف أن يحدد صراحة في التصرف القانوني المنشئ للوقف، وبالتفصيل، كل حق يكون محلاً للوقف، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه وهذا ما عرف بتخصيص الوقف،<sup>(٣)</sup> بحيث يلتزم المؤلف الواقف بتحديد كل حق مالي أوقفه من نشر، إيجار، ترخيص، ترجمة، عقد نقل التكنولوجيا، عقد الأداء العلني ومدة الوقف هنا تكون إما مؤقتة بمدة الحماية المقررة، أو مؤبدة حتى بعد انتهاء مدة الحماية القانونية، بحيث تكون عبارات الوقف واضحة<sup>(٤)</sup>. كما يجب على المؤلف الواقف تحديد الغرض من الوقف وحسب نوع المصنف الذي تم وقفه، فقد يكون مصنفًا أدبيًا أو علميًا يوقفه للجامعات والمدارس<sup>(٥)</sup>.

يشترط أن يكون محل الوقف عند وقف حقوق الملكية الفكرية معينًا تعينًا نافيًا للجهالة وإلا كان تصرف الوقف باطلاً لعدم تعيين المحل تعينًا نافيًا للجهالة، وبالتالي لا يجوز لصاحب الحق الفكري وقف جميع إنتاجه الفكري المستقبلي دون تعيين لهذه الحقوق، وسبب البطلان هو عدم تعيين المحل، وعدم جواز التعامل بالتركة المستقبلية لشخص على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه. إن الإنتاج الفكري المستقبلي يتصل بشخص صاحب الحق الفكري

(١) المادتان ٦ و ٧ من قانون الرسوم والنماذج الصناعية.

(٢) المادتان ٧ و ٨ من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة.

(٣) المادتان ٩ و ١٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٤) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، ص ٣٨٤.

(٥) كباهم، سامي، استثمار وقف الملكية الفكرية: حق المؤلف، مرجع سابق، ص ٨٣٢.

وهو من حقوق الشخصية التي لا تقبل التصرف<sup>(١)</sup>، وقد نص قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة صراحة على أن تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري المستقبلي يعتبر باطلاً<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: الإشهاد الرسمي أمام المحكمة الشرعية

يشترط أن يتم الوقف بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية، بحيث يتم تسجيل وقف الحق المالي لصاحب الحق الفكري لدى المحكمة الشرعية وإصدار ما يسمى بـ **حجة الوقف** التي يكون لها حجية الحكم القضائي، ويتوجب على دوائر التسجيل المختصة بتسجيل حقوق الملكية الفكرية مثل المكتبة الوطنية، ومسجل العلامات التجارية، ومسجل براءات الاختراع، أن تلتزم بتسجيل الحجج الوقفية عند تقديمها إليها في أي وقت، وأن تقوم بقاء الوقف على السجل الخاص بحقوق الملكية الفكرية لديها والإشارة للوقف بقيودها<sup>(٣)</sup>.

وقد قضت محكمة التمييز "إن الوقف يتم بإشهاد رسمي لدى المحكمة الشرعية المختصة، وهذا يكفي لانعقاد الوقف المتعلق بالأموال المنقولة"<sup>(٤)</sup>.

**وبالتالي** فإنه توجد شكلية معينة لوقف الحق المالي لأصحاب الحقوق الفكرية، تتمثل بإجراءات الإيداع والتسجيل لدى الجهات المختصة والنشر في الجريدة الرسمية وتخصيص الحقوق الفكرية محل الوقف وإصدار حجة وقف للحقوق الفكرية من المحكمة الشرعية المختصة، ومقتضى ذلك أن وقف حقوق الملكية الفكرية لا ينتج أثره إلا باتباع هذه الشكلية القانونية التي تُشكل في مجموعها إشهاراً لوقف حقوق الملكية الفكرية، بهدف العلانية للوقف حماية للغير، ووسيلة للاحتجاج بالحق العيني المتفرع عن حق الملكية (الوقف) على الغير<sup>(٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### تطبيقات وقف حقوق الملكية الفكرية

يوجد العديد من الصور العملية لوقف حقوق الملكية الفكرية، وغني عن البيان أن نظام البرامج الوقفية الخيرية قد حدد برامج الوقف ومنها: برنامج الإنفاق على المساجد، برنامج الرعاية الصحية، برنامج التعليم، برنامج مساعدة المحتاجين، البرنامج العام<sup>(٦)</sup>.

### الفرع الأول: تطبيقات عملية للوقف في مجال حق المؤلف

#### أولاً: وقف الصوت في تلاوة القرآن الكريم

(١) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص ٣٩٠، وراجع المواد من ١٥٧ ولغاية ١٦٣ من القانون المدني الأردني التي نظمت أحكام المحل في العقد.

(٢) المادة ١٤ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٣) المادة ٢/١٢٣٧ من القانون المدني والمادة ١٦ من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية.

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٩٨٦/٢٤٦ (هيئة عامة) تاريخ ١٠/٣٠/١٩٨٦، منشورات عدالة.

(٥) السعدي، سهام عبدالرزاق، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، القاهرة، ص ١٣٥، ٤٠٥.

(٦) المادة ٣ من نظام البرامج الوقفية الخيرية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٥، المنشور على الصفحة ٥٢٢٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٣٣ بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٥.



يستأثر الفنان المؤدي، وهو أحد أصحاب الحقوق المجاورة لحق المؤلف، بمجموعة من الحقوق المالية التي تتيح له التصرف بها عن طريق الوقف، ومنها حقه في إذاعة أدائه الحي ونقله إلى الجمهور، استتساخ أدائه المدمج في تسجيل صوتي بأي وسيلة بما في ذلك التسجيل الرقمي الإلكتروني<sup>(١)</sup>.

وبالتالي يكتسب صوت القارئ للقرآن الكريم ومدى إقبال الناس على سماع صوته حقاً فكرياً على ذلك، يتيح له حقاً مالياً يستطيع التصرف فيه؛ أي أن صوت القارئ له قيمة مالية في التعامل، يستطيع بموجبه أن يستغله بنفسه أو ينقله للغير؛ لأن محل التعاقد ليس القرآن الكريم بحد ذاته، وإنما صوت المرتل للقرآن الكريم. من هنا يستطيع القارئ للقرآن الكريم أن يستغل صوته في هذه القراءة ويقوم بوقف حقوق الملكية الفكرية التي له على هذا الصوت، لغايات الانتفاع بها بوجوه الوقف المختلفة، فقد يقوم القارئ بوقف حقه في صوت التلاوة لوزارة الأوقاف مثلاً من أجل إذاعة القرآن الكريم في المساجد أو من أجل تعليم الطلبة تلاوة القرآن الكريم وتجويده. وفي هذه الحالة يتمتع على القارئ تعطيل استعمال الوقف المتصرف فيه، ولكن هذا لا يمنع القارئ من القيام بقراءة القرآن الكريم بصوته الذي سبق أن تم وقفه في أي مكان، شريطة أن لا تكون لغايات تجارية<sup>(٢)</sup>.

وقد قضت محكمة التمييز "من الثابت أن شريط الكاسيت وقرص الليزر المسجلين لدى دائرة المكتبات الوطنية تلاوة المصحف الشريف بعنوان مصحف المسجد الأقصى المرتل ترتيل مقرئ المسجد الأقصى فإن هذا الشريط والقرص أصبحا ملكاً لمن سجل باسمه في دائرة المكتبات الوطنية، وأصبح هو صاحب الحق الوحيد الذي له حق التصرف به واستغلاله مالياً ويشترط أن يكون الاتفاق مكتوباً"<sup>(٣)</sup>.

ويشترط في حال وقف الصوت في تلاوة القرآن الكريم، قيام وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية بإجازة ذلك، بعد قيامها بتدقيق ومراجعة طبعات المصحف الشريف المسموعة والمقروءة والمرئية التي تطبع أو تسجل في المملكة أو التي ترد من الخارج قبل طرحها أو وضع أي نسخة منها في التداول أو التصرف بها بأي صورة من الصور<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً: وقف الأموال الرقمية

الأموال الرقمية وهي الموجودات والأشياء التي توجد للشخص في البيئة الرقمية مثل المواقع الإلكترونية، التطبيقات الإلكترونية، أسماء النطاقات، الأسهم في الشركات الإلكترونية، النقود الإلكترونية، السلع الإلكترونية،

(١) المادة ٣٢/أ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني، وللتوسع في الحقوق المالية للفنان المؤدي راجع بني طه، عثمان إبراهيم، حقوق فنان الأداء وحمايتها قانوناً، مرجع سابق، ص ٣١ ولغاية ٣٩.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٢/٣/١٩٨٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٥ رقم ١٢١، ص ٦٤٠، والمتعلق بقضية الشيخ عبد الباسط عبد الصمد، مشار لذلك الحكم وتفاصيله في: البداوي، حسن، حلقة الويبو الوطنية التريبية حول الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين وأعضاء غرف التجارة، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) مع وزارة الصناعة والتجارة، صنعاء، اليمن، ١٠ و ١١ / تموز / ٢٠٠٤، النقاضي في مجال حقوق الملكية الفكرية، قضايا بشأن الملكية الصناعية، ص ٧٦.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٨/٦٢١، ٢٠١٨/٣/١، منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين.

(٤) المادة ١٣ من قانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية الأردني.

قنوات اليوتيوب، وسنعرض لأهم هذه الأموال<sup>(١)</sup>.

#### أ- وقف المواقع الإلكترونية

وهو وقف المواقع الإلكترونية التي تتمتع بحقوق الملكية الفكرية، بهدف إيصال العلم إلى الكافة. ويأتي الوقف الإلكتروني نتيجة التطور في وسائل الاتصال الحديثة والإنترنت، وتتعدد مجالات الوقف على المواقع الإلكترونية مثل المجال التعليمي، مجال الإفتاء، الاستشارات، نشر المخطوطات القديمة، نشر الكتب، المكتبة الإلكترونية الوقفية، إتاحة الترجمة من اللغات الأجنبية، توفير الكتب القديمة، حيث يتم تنظيم برامج الحاسوب هذه وجعلها متاحة على شبكة الإنترنت أو عمل أسطوانات منها وإتاحتها للكافة من حيث الاستعمال والنسخ وتحميلها<sup>(٢)</sup>.

فقد يقوم صاحب الموقع الإلكتروني بوقفه لصالح وزارة الأوقاف أو مؤسسة تنمية أموال الأوقاف، التي تقوم بدورها باستثماره باعتباره أموالاً وقفية وبما يحقق مصلحة الوقف<sup>(٣)</sup>.

وقد قضت محكمة التمييز "تقوم مؤسسة تنمية أموال الأوقاف باستثمار الأموال الوقفية"<sup>(٤)</sup>.

#### ب- وقف برامج الحاسوب الإلكترونية

هي برامج في مجال المعلوماتية تتمتع بحقوق الملكية الفكرية للمؤلف عليها، وتدخل ضمن المصنفات المحمية بموجب قانون حماية حق المؤلف، حيث إن برامج الحاسوب، سواء كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة، تتمتع بالحماية القانونية<sup>(٥)</sup>، في مجالات مختلفة مثل البرامج المحاسبية، البرامج التعليمية، برنامج تويب التشريعات والأحكام القضائية. هنا يقوم المؤلف بوقف برنامج الحاسوب لجهة لكي تنتفع بهذا البرنامج على سبيل التأييد أو التأييد<sup>(٦)</sup>.

فقد يكون المصنف عبارة عن برنامج حاسوب يوقفه المؤلف لغايات دعم التعليم الإلكتروني من بعد للجامعات أو المدارس، خاصة في ظل التوجه نحو التعليم الإلكتروني. من هنا فقد كان التعليم من بعد عن طريق الوسائل الإلكترونية هو السبيل الوحيد لضمان ديمومة التعليم في ضوء تفشي فيروس كورونا، ومن أهم البدائل لضمان استمرار التعليم وعدم انقطاعه.

ووقف برنامج الحاسوب الإلكتروني يكون عن طريق قيام المؤلف بإصدار رخصة تتيح الاستعمال الحر لهذا البرنامج وبموجب هذه الرخصة يسمح المؤلف للجمهور باستعمال برنامج الحاسوب الإلكتروني مجاناً مع إمكانية قيام الجهة المرخص لها بتعديل البرنامج لتحسين أدائه وفقاً لحاجة المستخدم الخاصة به، فتظهر هنا نسخة معدلة من برنامج الحاسوب، ولكن لا يجوز للمستخدم الذي توصل إلى هذه النسخة منع الجمهور من

(١) الشمري، حيدر حسين كاظم، الجنابي، منى فليح الياس، الإيضاء بالحقوق المعنوية من وجهة نظر الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد ١، العدد ٣/٢٠٢١، ص ٢٢.

(٢) الحراق، محمد، الوقف العلمي أهدافه ومجالاته وسبل تفعيله، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٣) المادة ٢٧ من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية.

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٣٥٢٩/٢٠٠٩ (هيئة خماسية) تاريخ ٥/٤/٢٠١٠، منشورات عدالة.

(٥) راجع المادة ٨/٣ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٦) الرفاعي، حسن محمد، وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٧.

استخدامها<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: وقف المصنف الجماعي

المصنف الجماعي هو اشتراك جماعة في تأليف مصنف بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي، والتزام ذلك الشخص بنشره باسمه وتحت إدارته<sup>(٢)</sup>.

وظالما أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الموجه والمنظم للابتكار هو المؤلف بنظر القانون، فإنه يكون له وحده ممارسة حقوق المؤلف فيه باعتباره مؤلف المصنف الجماعي، ومقتضى ذلك أن له الحق في وقف المصنف الجماعي والتصرف فيه أو من يخلفه قانوناً في هذا الحق.

### رابعاً: وقف المصنف المشترك

المصنف المشترك هو اشتراك غير شخص في تأليف مصنف واحد. ولبيان مدى إمكانية وقف المصنف المشترك لا بد من التفريق بين حالتين نص عليهما قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الأردني<sup>(٣)</sup>:

#### الحالة الأولى:

المصنف المشترك دون إمكانية فصل نصيب كل مؤلف. في هذه الحالة يعتبر جميع المؤلفين مالكيين للمصنف بالتساوي بينهم، إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك، ولا يجوز لأي مؤلف هنا ممارسة حقوق المؤلف في المصنف إلا باتفاقهم جميعاً. كما أنه لا يملك كل مؤلف التصرف بنصيبه في المصنف المشترك؛ لأن الفرض هنا عدم إمكانية فصل نصيبه<sup>(٤)</sup>.

وفي هذه الحالة لا يجوز لأي مؤلف بشكل منفرد وقف نصيبه من المصنف المشترك، إلا باتفاق جميع المؤلفين في ذلك المصنف.

#### الحالة الثانية:

المصنف المشترك مع إمكانية فصل نصيب كل مؤلف. في هذه الحالة يحق لكل مؤلف استغلال حق المؤلف في الجزء الذي أسهم في تأليفه، على أن لا يلحق ذلك أي ضرر لاستغلال المصنف نفسه أو يجحف بحقوق سائر الشركاء في المصنف إلا إذا اتفق على غير ذلك<sup>(٥)</sup>.

وفي هذه الحالة يجوز للمؤلف في المصنف المشترك وقف نصيبه الذي ساهم في تأليفه، بشرط أن لا يؤدي وقف المصنف المشترك إلى إلحاق الضرر به أو بالإضرار بحقوق باقي المؤلفين المشتركين في التأليف وموافقة

(١) الناصر، محمد أمين قاسم وحدادين، سهيل هيثم، الملكية العامة في قانون حماية حق المؤلف الأردني، مرجع سابق، ص ١٣٨٠.

(٢) المادة ٣٥/ج من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٣) المادة ٣٥/أ، ب من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٤) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص ٣٣٨، ٣٣٩.

(٥) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص ٣٣٩، ٣٤٠.

باقي الشركاء على الوقف.

وإذا ما ثار خلاف بين الشركاء في المصنف المشترك حول أحقية أحد المؤلفين بوقف نصيبه من المصنف، فإن محكمة البداية المختصة في هذه الحالة هي التي تفصل بهذا النزاع، وتقرر فيما إذا كان يجوز لهذا المؤلف أن يقوم بوقف نصيبه أو لا<sup>(١)</sup>. ونلاحظ أن الحكم الوارد في قانون حق المؤلف يختلف عن الحكم الوارد في القانون المدني الأردني، الذي أجاز وقف المنقول الشائع دون موافقة باقي الشركاء<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### تطبيقات عملية للوقف في مجال الملكية التجارية

#### أولاً: وقف الحق الفكري للمنتجات الدوائية

قد يتوصل أحد العلماء إلى اختراع جديد في مجال الطب والأدوية يتعلق باكتشاف علاج أو مطعوم لمرض معين لا يوجد له دواء من قبل، ويقوم المخترع بدوره، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً توصل إلى هذا الاختراع مثل الشركات والهيئات البحثية المتخصصة في اكتشاف الأدوية، بوقف حق الملكية الفكرية على هذا الدواء أو المطعوم وريعه ضمن برنامج الرعاية الصحية للجهات المختصة مثل وزارة الصحة والمستشفيات والصيديات. فقد يتم وقف براءات اختراع الدواء المكتشف كلقاح لمرض معين، وتقوم هذه الجهة بدورها إما باستغلال براءات الاختراع المتعلقة بهذا الدواء بنفسها أو تأجيرها لجهات متخصصة مثل شركات تصنيع الأدوية<sup>(٣)</sup>.

وقد ألزمت اتفاقية (TRIPS) الدول الأعضاء بحماية جميع الاختراعات إذا ما توافرت شروط منح الحماية عن طريق البراءة، بصرف النظر عن المجال التكنولوجي الذي ينتمي إليه الاختراع، وهذا يشمل حماية المنتجات الكيميائية المتعلقة بالأغذية والمنتجات الكيميائية الصيدلانية عن طريق براءة الاختراع<sup>(٤)</sup>.

#### ثانياً: وقف براءات الاختراع المشتركة

براءات الاختراع المشتركة هي اشتراك غير شخص في الاختراع، ولا بد من التفريق بين حالتين نص عليهما قانون براءات الاختراع<sup>(٥)</sup>:

**الحالة الأولى:** براءات الاختراع المشتركة دون إمكانية فصل نصيب كل مخترع. في هذه الحالة يعتبر جميع

(١) المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

(٢) المادة ٣/١٢٤٢ من القانون المدني الأردني.

(٣) الرفاعي، حسن محمد، وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٤) المادتان ٢٧ و ٢٨ من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، وراجع: البداوي، حسن، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) مع معهد الدراسات الدبلوماسية، القاهرة، من ١٣ إلى ١٦ ديسمبر/كانون الأول ٢٠٠٤، القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية: سماته الرئيسية ومدى توافقه والمعايير الدولية، ص ٤.

(٥) المادة ٥/ب من قانون براءات الاختراع.

المخترعين مالكين للاختراع بالتساوي بينهم، إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك، ولا يجوز لأي مخترع هنا ممارسة حقوق براءات الاختراع إلا باتفاقهم جميعاً.

وفي هذه الحالة لا يجوز لأي مخترع بشكل منفرد وقف نصيبه من براءات الاختراع المشتركة، إلا باتفاق جميع المخترعين في ذلك الاختراع.

**الحالة الثانية:** براءات الاختراع المشتركة مع إمكانية فصل نصيب كل مخترع. في هذه الحالة، جاء قانون براءات الاختراع، بحكم مفاده، أن الحق في البراءة تكون للمخترع الأسبق في إيداع طلبه لدى مسجل براءات الاختراع، ويترتب على ذلك أن المخترع الذي قام بتسجيل اختراعه أولاً هو من يملك حقوق الملكية الفكرية على هذا الاختراع، ويحق له تبعاً لذلك وقف هذا الحق، وبالمقابل لا يملك المخترع الآخر الذي اشترك في الاختراع أي حقوق فكرية على الاختراع طالما أنه لم يسبق إلى تسجيله، وبالتالي فإن هذا المخترع لا يملك التصرف بحقوق الملكية الفكرية على هذا الاختراع بالوقف. ويرى الباحث أن هذا موقف منتقد للمشرع، فلا يجوز حرمان المخترع الآخر الذي اشترك في الاختراع بحجة أن المخترع الآخر سبقه في التسجيل، وإنما لا بد من منحه الحماية القانونية بمقدار نصيبه الذي أسهم في اختراعه، ليتمكن من التصرف بالوقف بحدود هذا النصيب.

### ثالثاً: وقف العلامة التجارية المشهورة

قد تكون هناك علامة تجارية مشهورة اكتسبت شهرة معينة في صنف معين من الأصناف التجارية، وأصبح لها قيمة مالية في التعامل، وقد يقوم صاحب هذه العلامة التجارية بوقف حقوق الملكية الفكرية له على هذه العلامة، وذلك لسد حاجة المتعطلين عن العمل بسبب كورونا مثلاً، مثل عمال المياومة وأصحاب المهن البسيطة القادرون على الكسب في الوضع العادي، ولكنهم مُنعوا من العمل بسبب كورونا، وكذلك من تأخرت رواتبهم واحتاجوا إلى النفقة، أو لتغطية نفقات علاج المحتاجين<sup>(١)</sup>.

ولكن العلامة التجارية المشهورة تستحق الحماية القانونية، حتى لو لم تكن مسجلة أو مستعملة داخل المملكة الأردنية الهاشمية، وعلى ذلك سار الاجتهاد القضائي، حيث قضت محكمة العدل العليا "استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على منح الحماية للعلامة التجارية المشهورة بغض النظر عن تسجيلها واستعمالها في المملكة الأردنية الهاشمية ذلك أن الحماية ليست فقط للعلامة التجارية بل أيضاً لحماية الجمهور من الخداع والتضليل والغش"<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي طالما أنه لا يشترط تسجيل العلامة التجارية المشهورة، فإنها تثار إشكالية آلية تسجيل الوقف عليها.

إن إزالة هذه الإشكالية تتمثل بتعديل نص المادة ٢٥/ب من قانون العلامات التجارية وذلك لتصبح "إذا كانت العلامة التجارية مشهورة وإن لم تكن مسجلة.... ويستثنى من ذلك وقف العلامة التجارية المشهورة، ففي حالة

(١) المادة ٢٥/ب من قانون العلامات التجارية، مهدي، علي محمد علي، جائحة كورونا وأثرها على العبادات، بحث، كلية الدراسات

الإسلامية والعربية، القاهرة، جامعة الأزهر، جمهورية مصر العربية، الصفحات: ٢٦٤٥، ٢٦٤٦، ٢٦٥٨.

(٢) المادة ٢٥/ب من قانون العلامات التجارية، قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٢٠٠٠/٥٣٨ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠١/٣/٣١،

منشورات عدالة.

وقفها فإنه يتوجب تسجيلها لدى مسجل العلامات التجارية".

## الخاتمة

حاولنا الإجابة عن الأسئلة التي تم طرحها في إشكالية البحث، من خلال بيان فكرة وقف حقوق الملكية الفكرية، وبيان مدى إمكانية وقف هذه الحقوق في ظل اشتراط قانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية التأييد للوقف، وفي ظل الحق المالي المؤقت لصاحب الحق الفكري، وانتقال هذه الحقوق بعد انتهاء مدة الحماية القانونية إلى الملكية العامة، وبيان الإشكاليات التي يثيرها موضوع تسجيل وقف هذه الحقوق، وبيان الجانب العملي التطبيقي لوقف حقوق الملكية الفكرية، مع استعراض بعض الأمثلة العملية لبعض المصنفات التي قد تثير إشكاليات قانونية عند وقفها. وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

## أولاً: النتائج

- تصلح الحقوق المالية المترتبة على حقوق الملكية الفكرية أن تكون محلاً للوقف.
- لا يصلح الحق الأدبي لصاحب الحق الفكري بذاته أن يكون محلاً للوقف.
- يمكن وقف الحقوق المالية للملكية الفكرية على أساس **الوقف المؤقت**، وذلك بتعديل نص المادة الثانية من قانون الأوقاف من حيث شرط التأييد، والنص على عبارة "مع مراعاة وقف الحقوق المالية للملكية الفكرية" ليشمل الوقف المؤقت الذي ينطبق على هذه الحقوق.
- يمكن وقف الحقوق المالية للملكية الفكرية على أساس **الوقف المؤبد**، وذلك بتعديل التشريعات ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية، والنص على استمرار الحق المالي لأصحاب الحقوق الفكرية الموقوفة بعد انتهاء مدة الحماية لتعلق ذلك بالوقف.
- لا يتوافر وصف المال العام للحق المالي لصاحب الحق الفكري بعد انتهاء مدة الحماية القانونية، وإنما يكون هذا الحق ملكية مشتركة للجميع ومتاحاً للجمهور بالمجان. وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في المادة ٣٤ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

## ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث بـ

- تعديل المادة الثانية من قانون الأوقاف والمقدسات الإسلامية، بإضافة عبارة "أو التأييد"؛ وذلك لاستيعاب فكرة وقف الحقوق المالية في الملكية الفكرية كـمستحدث وقفي جديد.
- تعديل التشريعات الناظمة لحقوق الملكية الفكرية، بالنص فيها على استثناء المصنفات والحقوق المالية الموقوفة لأصحاب الحقوق الفكرية من صيرورتها إلى الملكية العامة، وذلك على النحو التالي:  
أ- المادة ٣٤ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بعد انقضاء مدة الحماية المنصوص عليها في

هذا القانون لأي مصنف أو عند انقطاع ورثة مؤلفه أو عدم وجود أي خلف له قبل انقضاء مدة الحماية،  
يؤول المصنف إلى الملكية العامة، ويستثنى من ذلك المصنفات والحقوق المالية الموقوفة والمسجلة  
لدى الجهات المختصة كوقف".

ب-المادة ٢/٢١ من قانون العلامات التجارية "إذا لم يطلب مالك العلامة التجارية تجديدها فتعتبر حكماً  
مشطوبة من السجل بانقضاء سنة واحدة على انتهاء مدة تسجيلها ويحق للغير طلب تسجيل هذه العلامة  
التجارية باسمه بعد انقضاء سنة أخرى، ويستثنى من ذلك العلامة التجارية الموقوفة والمسجلة لدى  
الجهات المختصة كوقف".

ج-المادة ١/٣٠/أ من قانون براءات الاختراع "تتقضي البراءة والحقوق المترتبة عليها في حال انقضاء مدة  
حماية البراءة المحددة، ويستثنى من ذلك براءات الاختراع الموقوفة والمسجلة لدى الجهات المختصة  
كوقف".

د-المادة ١١ من قانون الرسوم والنماذج الصناعية "مدة حماية الرسم الصناعي أو النموذج الصناعي خمس  
عشرة سنة تبدأ من تاريخ إيداع طلب تسجيله لدى المسجل، ويستثنى من ذلك الرسم أو النموذج  
الموقوف والمسجل لدى الجهات المختصة كوقف".

ه-المادة ١٨ من قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة "تكون مدة حماية الصنف المحمي عشرين سنة  
تبدأ من تاريخ إيداع طلب تسجيله، أما بالنسبة للأشجار والكروم فتكون مدة حمايتها خمساً وعشرين سنة،  
ويستثنى من ذلك الصنف النباتي الموقوف والمسجل لدى الجهات المختصة كوقف".

• المادة ٢٥/ب من قانون العلامات التجارية "إذا كانت العلامة التجارية مشهورة وإن لم تكن مسجلة ويستثنى  
من ذلك وقف العلامة التجارية المشهورة، ففي حالة وقفها فإنه يتوجب تسجيلها لدى مسجل العلامات  
التجارية".

• المادة ٥/ب/٢ من قانون براءات الاختراع "أما إذا توصل إلى الاختراع أشخاص عدة وكان كل منهم مستقلاً  
عن الآخر، فيكون الحق في البراءة لكل مخترع منهم، ويحق له استغلال الجزء الذي ساهم في ابتكاره، على  
أن لا يلحق ذلك ضرراً بالاختراع أو باقي المخترعين، إلا إذا اتفق على غير ذلك"، وذلك ليتمكن هذا المخترع  
من التصرف بالوقف بحدود هذا النصيب.

• تطوير الإيداع للمصنفات واستغلالها، لغايات إشهار وقف الحق المالي للمؤلف أو أصحاب الحقوق الفكرية،  
وذلك بتعديل المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، لتصبح "لا يترتب على عدم إيداع  
المصنف إخلال بحقوق المؤلف المقررة في هذا القانون، ويستثنى من ذلك حالة وقف هذا المصنف".



## المصادر والمراجع

## أولاً: الكتب

- زيدان، مؤيد، حقوق الملكية الفكرية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠٢٠.
- السعدي، سهام عبدالرزاق، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، القاهرة.
- السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة.

## ثانياً: الرسائل الجامعية

- بني طه، عثمان إبراهيم، حقوق فنان الأداء وحمايتها قانوناً، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٦.
- سلفيتي، عبد الرحمن عقله، الحماية القانونية لحق المؤلف في فلسطين، رسالة ماجستير، ٢٠٢١، جامعة النجاح الوطنية.

## ثالثاً: الأبحاث

- السعدي، أحمد، الملكية العامة في الإسلام، بحث منشور على الموقع التالي، تاريخ الدخول ٢٠٢١/٩/٢٤: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147901>
- الحراق، محمد، الوقف العلمي أهدافه ومجالاته وسبل تفعيله، بحث، مجلة الفقه والقانون، العدد رقم ٧٧، شهر ٣/٢٠١٩.
- الرفاعي، حسن محمد، وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان، دون أي بيانات أخرى.
- السرطاوي، محمود، وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع، بحث مقدم لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٩.
- الشمري، حيدر حسين كاظم، الجنابي، منى فليح الياس، الإيحاء بالحقوق المعنوية من وجهة نظر الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد ١، العدد ٣.
- عبد المناس، سيوطي، عبدالله إسماعيل، الوقف الإسلامي: دراسة في الأركان وطرق التعامل معه، بحث منشور في المجلة العالمية للدراسات الفقهية والأصولية، المجلد ١، العدد ١، ٢٠١٧.
- الغامدي، ناصر بن محمد، حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٤/١ (<https://almoslim.net/node/275713>).
- كباهم، سامي، استثمار وقف الملكية الفكرية: حق المؤلف، بحث منشور في مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٢، عدد ٣، ٢٠٢٠، السنة الثانية عشر.
- مهدي، علي محمد علي، جائحة كورونا وأثرها على العبادات، بحث، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، القاهرة، جامعة الأزهر، جمهورية مصر العربية.
- الناصر، محمد أمين قاسم وحدادين، سهيل هيثم، الملكية العامة في قانون حماية حق المؤلف الأردني، رؤية جديدة لمفهوم قديم، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤١، العدد ٢، ٢٠١٤.
- هليل، أحمد محمد، مجالات وقفية مقترحة غير تقليدية لتنمية مستدامة، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ٢٠٠٦.

## رابعاً: أوراق العمل

- **البدوي، حسن، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين وأعضاء غرف التجارة،** تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) مع وزارة الصناعة والتجارة، صنعاء، اليمن، ١٠ و ١١/تموز/٢٠٠٤، **التقاضي في مجال حقوق الملكية الفكرية، قضايا بشأن الملكية الصناعية.**
- **البدوي، حسن، حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين،** تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) مع معهد الدراسات الدبلوماسية، القاهرة، من ١٣ إلى ١٦ ديسمبر/كانون الأول ٢٠٠٤، **القانون المصري لحماية حقوق الملكية الفكرية: سماته الرئيسية ومدى توافقه والمعايير الدولية.**

**خامسًا: الأحكام القضائية:** منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين، منشورات مركز عدالة.

#### **سادسًا: القوانين والاتفاقيات الدولية**

- **اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٩٧١، المنشورة في الجريدة الرسمية عدد ٤٣٤٦ بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢، الصفحة ١٥٨٥.**
- **اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية رقم ١ لسنة ١٩٩٤ (تريبيس).**
- **قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١، المنشور على الصفحة ٢٨٣٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦.**
- **قانون براءات الاختراع رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٩، المنشور على الصفحة ٤٢٥٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٣٨٩ بتاريخ ١٩٩٩/١١/١.**
- **قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٠، المنشور على الصفحة ٢٦٣٥ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٢.**
- **قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢، المنشور على الصفحة ٦٨٤ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٣٨٢١ بتاريخ ١٩٩٢/٤/١٦.**
- **قانون الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٠، المنشور على الصفحة ١٣٠٧ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٢٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢.**
- **قانون العلامات التجارية رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢، المنشور على الصفحة ٢٤٣ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١١١٠ بتاريخ ١٩٥٢/٦/١.**
- **القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، المنشور على الصفحة ٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.**
- **معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف، ٢٠/كانون الأول/ لسنة ١٩٩٦، المنشورة في الجريدة الرسمية عدد ٤٦٥٦، تاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٩، الصفحة ٢٠١٣.**
- **نظام البرامج الوقفية الخيرية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٥، المنشور على الصفحة ٥٢٢٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٧٣٣ بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٥.**

## التحول الرقمي للحكومة ودوره في تحقيق أهداف التنمية المستدامة

- مصر نموذجاً -

### The Digital Transformation of the Government and its Role in Achieving the Sustainable Development Goals: Egypt as a Model

عمر عبد الحفيظ أحمد عمر \*

#### المخلص

لقد أصبح التحول الرقمي ضرورة يفرضها تطور وسائل تكنولوجيا المعلومات، لتحسين كفاءة المؤسسات الحكومية، والتحول الرقمي يحل عدة مزايا؛ مثل تقليل الفساد الحكومي، وتوجد خطوات عدة للتحول الرقمي مثل تكوين البنية التحتية الرقمية، وتعد الحكومة الرقمية محور التحول الرقمي، حيث تعتمد على ثلاثة أبعاد وهي؛ الخدمات والإدارة والتجارة الرقمية، ومرت الحكومة الرقمية بأربع مراحل، هي؛ الظهور على الإنترنت، تمكين المعاملات الإلكترونية، التكامل الرأسي والأفقي بين الأنظمة الحكومية، كذلك تعتمد الحكومة الرقمية على مقومات مثل توافر بنية تحتية متكاملة، ويلعب التحول الرقمي دوراً رئيسياً في تحقيق عملية التنمية المستدامة، كما يلاحظ أن القوانين القانونية لعملية التحول الرقمي ينقصه الكثير من التشريعات لإكمال الحماية القانونية لهذه العملية، ولاشك أن مصر من الدول التي قامت بالعديد من الخطوات للتحول الرقمي، وإن كان هذا لا ينفي وجود بعض المعوقات. وأخيراً خلصت الدراسة لعدة نتائج وتوصيات أهمها الإسراع في التغلب على المعوقات التي تحول دون التحول الرقمي، وتوفير مناخ استثماري مشجع في مجال التكنولوجيات الحديثة.

**الكلمات الدالة:** التحول الرقمي، الحكومة الرقمية، التنمية المستدامة.

#### Abstract

Digital transformation become a necessity imposed by the development of information technology to improve the efficiency of government institutions, that's achieves several advantages. as reducing government corruption, there are several steps for digital transformation, as the formation of digital infrastructure. The digital government is the focus of digital transformation, as it relies on three dimensions: Services, management and digital trade. This has gone through four stages; Appearing on Internet, enabling electronic transactions, vertical and horizontal integration between government systems, this also depends on several components, as the availability of an integrated infrastructure, digital transformation plays a major role in achieving the sustainable development process. also noted that the legal reality of the digital transformation process lacks a lot of Legislation to complete the legal protection of this process, there is no doubt that Egypt has taken steps for digital transformation, although this does not negate the existence of some obstacles. Finally, the study concluded with several results and recommendations; The most important of which is to expedite the overcoming of obstacles to digital transformation, and provide an encouraging investment climate in the field of technologies.

**Keywords:** Digital Transformation , Digital Government , Sustainable Development.

## المقدمة

تلعب تقنية المعلومات عموماً والخدمات الإلكترونية والاتصالات خصوصاً دوراً فاعلاً في ترسيخ مفهوم التنمية المستدامة، حيث تعزز من أنشطة البحث والتطوير لتحسين أداء المؤسسات الحكومية والخاصة وتؤدي إلى استحداث أنماط إدارية ومؤسسية جديدة، كالمدن الرقمية وحاضنات التقنية كما تحفز النمو الاقتصادي، وتولد فرص عمل جديدة تسهم في تقليص الفقر ووضع الخطط والبرامج، التي تهدف إلى التحول نحو المجتمع المعلوماتي والعمل على تحقيق أهداف التحول الرقمي.

وتتيح هذه الوسائل التقنية الحديثة تقديم المعلومات وتسهيل الوصول إليها والإجابة على استفسارات المواطنين، ما يساعد على رفع مستوى الخدمات التي تقدمها الدولة وبالتالي تحسين الإنتاجية، ومن ثم المساهمة في تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

وفي ظل هذا الاتجاه نحو مفهوم التحول الرقمي والتحول من العمل البدوي الورقي التقليدي إلى أساليب التعاملات الإلكترونية؛ حيث تعمل الحكومة المصرية حالياً على توفير بنية تحتية تقنية متطورة، انطلقت على أساسها مجموعة من الخدمات الإلكترونية من ميكنة الخدمات المقدمة للمواطنين في العديد من الوزارات والهيئات، بالإضافة إلى إطلاق خدمات الدفع والتحويل الإلكتروني التي لها أهمية كبرى في سرعة تحصيل إيرادات الدولة وتوفير مبالغ كبيرة في طباعة الأوراق النقدية وإطالة العمر الافتراضي لتداولها في السوق، كما يوفر الوقت للحكومة في تسوية المعاملات المالية وتوفير تكاليف التأمين على النقدية من وإلى البنك، كما أن التحول الرقمي سيؤدي إلى دمج عمليات الاقتصاد غير الرسمي إلى الاقتصاد الرسمي ومن خلالها يمكن الدولة من تحصيل كافة الضرائب عن كافة الأنشطة الاقتصادية التي تعمل بهذا القطاع غير المرئي، وبالتالي مقدره الدولة على رفع كفاءة وأداء وتنفيذ الموازنة العامة ورسم خطط وسياسات اقتصادية وتنموية بناء على بيانات حقيقية ودقيقة تعبر عن الواقع الاقتصادي للدولة، بما يؤدي في نهاية الأمر إلى تحقيق أهداف التنمية المستدامة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية.

والتحول الرقمي في مصر يعد جزءاً أساسياً من خطتها القائمة، وتمثل الاستراتيجية الوطنية للتنمية المستدامة ٢٠٣٠ التي وضعتها الدولة المصرية بكافة مؤسساتها، والتي تعد بمنزلة مبادئ توجيهية تهدف إلى تحويل مصر إلى محور مركزي للاتصالات والتكنولوجيا على المستويين الإقليمي والعالمي.

## أولاً: إشكالية البحث:

- تتمحور إشكالية البحث الرئيسية حول:

ما هو البعد والواقع القانوني للتحول الرقمي، وما مدى فعالية التحول الرقمي للحكومة في المساهمة في تحقيق أهداف عملية التنمية المستدامة؟

## ثانياً: أسئلة البحث:

تنتج عن الإشكالية الرئيسية للبحث التساؤلات التالية:

- ما هو التحول الرقمي، وما هي أهم مزاياه؟
- ما هي الحكومة الرقمية، وما هي مراحل تطورها ومعوقات تطبيقها؟
- كيف يتم التحول الرقمي للحكومة؟
- ما هي عملية التنمية المستدامة، وما هي أهدافها؟
- ما هو الواقع القانوني لعملية التحول الرقمي؟
- ما هي المعوقات التي تواجه الحكومة المصرية في التحول الرقمي؟

## ثالثاً: أهمية البحث:

إبراز أهمية التحول الرقمي للحكومة في تحقيق التنمية المستدامة، وكذلك الواقع القانوني للتحول الرقمي.

## رابعاً: أهداف البحث:

- بيان مفهوم التحول الرقمي، وإبراز أهم مزاياه.
- بيان مفهوم الحكومة الرقمية، ومراحل تطورها، ومعوقات تطبيقها.
- إبراز كيفية التحول الرقمي للحكومة.
- بيان مفهوم، وأهداف التنمية المستدامة.
- إبراز الواقع القانوني للتحول الرقمي.
- إبراز تجربة مصر في التحول الرقمي، من خلال بيان الخطوات وكذلك المعوقات التي تواجه الحكومة للتحول الرقمي.

## خامساً: الدراسات السابقة:

- حسن حامد، ما التحول الرقمي؟ اكتشاف الحقيقة وراء هذه الكلمة الطنانة، مجلة عالم التكنولوجيا، نشرة شهرية تصدر عن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء المصري، السنة الأولى، العدد الأول، مارس ٢٠٢٠.
- بردان عباس، ما هو التحول الرقمي وكيف تعرفه الشركات الرقمية ومحركات دفع التحول الرقمي والتكنولوجي، الجزء الأول، نشر بتاريخ ١٣ أغسطس ٢٠١٨.
- البار عدنان مصطفى، تقنيات التحول الرقمي، مقال نشر سنة ٢٠١٨، على شبكة المعلومات الدولية.

**سادساً: منهج البحث:**

اعتمد الباحث على اتباع المنهج الوصفي في إعداد هذا البحث.

**سابعاً: خطة البحث:**

المبحث الأول: ماهية التحول الرقمي للحكومة

المبحث الثاني: كيفية التحول الرقمي للحكومة

المبحث الثالث: مفهوم وأهداف التنمية المستدامة

المبحث الرابع: الواقع القانوني للتحول الرقمي

المبحث الخامس: تجربة مصر في التحول الرقمي (الخطوات والمعوقات)

**المبحث الأول****ماهية التحول الرقمي للحكومة****تمهيد وتقسيم:**

يعد التحول الرقمي هو التغير المرتبط بتطبيق التكنولوجيا الرقمية في جميع الجوانب الاجتماعية<sup>(١)</sup>؛ فالتحول الرقمي ضرورة ملحة يفرضها التطور المتسارع في استخدام وسائل تكنولوجيا المعلومات، ويحقق التحول الرقمي الانتقال من الحكومة الورقية إلى الحكومة الرقمية. وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: التحول الرقمي (المفهوم والمزايا)، ثم نتناول في المطلب الثاني: الحكومة الرقمية (المفهوم ومراحل التطور ومقومات التطبيق).

**المطلب الأول****التحول الرقمي (المفهوم والمزايا)****تمهيد وتقسيم:**

(١) موقع ويكيبيديا- الموسوعة الحرة- متاح على الرابط التالي (آخر زيارة ١٠ يناير/كانون الثاني ٢٠٢١) [https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%AD%D9%88%D9%84\\_%D8%B1%D9%82%D9%85%D9%8A](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%AD%D9%88%D9%84_%D8%B1%D9%82%D9%85%D9%8A)

يُمثل التحول الرقمي واحداً من أهم دوافع ومحفزات النمو في الدوائر الحكومية، مما يفرض على الدول سباقاً حاسماً لتطوير حلول مبتكرة لتحقيق جودة أفضل عند تقديم الخدمات. ولا شك أن التحول الرقمي سيعمل على اتساع نطاق التطوير والتغيير وحدوث تحولات غير مسبوقة في كافة المجالات.

وعلى ذلك سنقوم بتناول مفهوم التحول الرقمي وإبراز أهم مزاياه من خلال هذا المطلب، وذلك على النحو التالي:

### أولاً: مفهوم التحول الرقمي:

إن الانتقال إلى أنظمة تكنولوجيا المعلومات الجديدة، أو تنفيذ الخدمات الرقمية، أو نقل أعباء العمل إلى أبنية الحوسبة السحابية، ليست عملية بسيطة على الإطلاق؛ فغالباً ما تتضمن التحولات الرقمية إعادة التدريب وإعادة التنظيم وإنشاء وظائف جديدة داخل المؤسسات الحكومية.

وغالباً ما يستخدم التحول الرقمي كمصطلح شامل لوصف ترقيات متعددة داخل المؤسسات والهيئات، لكن يمكن أن يكون له تأثير على عدد من الأجزاء المختلفة من العمل، فطريقة عمله قد تتطلب إضافة تقنية تكنولوجيا جديدة، فعلى سبيل المثال. يقول المركز العالمي لتحويل الأعمال الرقمية: إن «التغيير التنظيمي هو أساس تحول الأعمال الرقمية»؛ ذلك لأن تغيير طبيعة المنظمة يعني تغيير طريقة عمل فريق العمل وإجراءات العمل والاستراتيجيات اليومية التي يعتمدون عليها، في حين أن هذه تمثل أصعب المشكلات إلا أنها تحقق إنجازاً أكثر للعمل، مما يتيح لهيئة ما أن تصبح أكثر فاعلية وتنجز أعمالها أسرع مما سبق، مع الاستفادة من توفير المزيد من فرص العمل.<sup>(١)</sup>

ويعرف التحول الرقمي بعدة تعريفات منها؛ أنه "عملية انتقال الشركات إلى نموذج عمل يعتمد على التقنيات الرقمية في ابتكار المنتجات والخدمات، وتوفير قنوات جديدة من العائدات وفرص تزيد من قيمة منتجها".<sup>(٢)</sup>

ويعرف أيضاً على أنه "التحول في الأعمال أو الحكومات، أي إجراء تغييرات جذرية تطال نموذج العمل والإجراءات والعمليات، وقد يطال التحول عملية تغيير المنتج أو طريقة تقديم الخدمة كليا. وقد يكون استراتيجياً بتدخل في وظائف المؤسسة كلها من المبيعات إلى التوريد وتقنية المعلومات وكل سلسلة القيمة"<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: مزايا التحول الرقمي:

للتحول الرقمي مزايا وفوائد عديدة ومتنوعة ليس فقط للعملاء والجمهور ولكن للمؤسسات الحكومية أيضاً، ومن هذه المزايا:

(١) حسن حامد، ما التحول الرقمي؟ اكتشاف الحقيقة وراء هذه الكلمة الطنانة، عالم التكنولوجيا، نشرة شهرية تصدر عن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء المصري، السنة الأولى، العدد الأول، مارس ٢٠٢٠، ص ١٤.

(٢) البار عدنان مصطفى، تقنيات التحول الرقمي، ص ٢، مقال متاح على الرابط التالي (آخر زيارة أيناير/كانون الثاني ٢٠٢١) <http://www.kau.edu.sa/GetFile.aspx?id=287966&fn=Article-of-this-week-DrAdnan-ALBAR-Feb-2018.pdf>

(٣) بردان عباس، ماهو التحول الرقمي وكيف تعرفه الشركات الرقمية ومحركات دفع التحول الرقمي والتكنولوجيا، الجزء الأول، منشور ١٣ أغسطس ٢٠١٨، متاح على الرابط التالي (آخر زيارة أيناير/كانون الثاني ٢٠٢١) [www.egovccepts.com](http://www.egovccepts.com)



- أنه يوفر التكلفة والجهد بشكل كبير ويُحسن الكفاءة التشغيلية وينظمها، ويعمل على تحسين الجودة وتبسيط الإجراءات للحصول على الخدمات المقدمة للمستخدمين.<sup>(١)</sup>
- يخلص الحكومة من الضغوط المستمرة من المواطنين والمستخدمين بشكل عام من أجل تلبية الطلبات المتزايدة على الخدمات الحكومية، وذلك بسبب تزايد عدد السكان، وارتفاع مستوى المعيشة، والرغبة في تحسين نوعية الخدمة، والإسراع في إنجاز المعاملات، والتخلص من الروتين والبيروقراطية.<sup>(٢)</sup>
- مواكبة التقدم التكنولوجي والثورة المعرفية المرتبطة به، مما يستلزم الاستفادة منه في مختلف مجالات الحياة لما يحققه من مزايا لعدد كبير من التطبيقات العلمية.<sup>(٣)</sup>
- خلق فرص لتقديم خدمات مبتكرة وإبداعية بعيداً عن الطرق التقليدية في تقديم الخدمات، ويساعد التحول الرقمي المؤسسات الحكومية على التوسع والانتشار في نطاق أوسع والوصول إلى شريحة أكبر من العملاء والجمهور.<sup>(٤)</sup>
- يؤدي التحول الرقمي إلى تقليل الفساد إن لم يكن القضاء عليه؛ فإذا كنا نتعامل مع آلات صماء، وفي عصر رقمي، وكون كل شيء متاحاً ومعروفاً لدى الجميع، فهذا معناه أنه لم يعد للفساد فرصة ليعثر لنفسه على موطن قدم.<sup>(٥)</sup>

## المطلب الثاني

### الحكومة الرقمية (المفهوم ومراحل التطور ومقومات التطبيق)

إن استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال في الأداء الإداري، أصبح ضرورة حتمية نظراً للمزايا الكبيرة التي يتمتع بها، ولذا تسابقت الدول من أجل استغلالها واستخدامها، للانتقال من الإدارة التقليدية إلى الإدارة الرقمية، ومواكبة التطورات العالمية المتسارعة، لا سيما في تسيير المرافق العامة، وقد مرت الحكومة الرقمية بعدة مراحل من التطور، كذلك لا بد من وجود عدد من المقومات لتطبيق الحكومة الرقمية بشكل سليم يحقق الأهداف المرجوة منها.

وعلى ذلك سوف نتناول مفهوم الحكومة الرقمية، ثم مراحل تطور الحكومة الرقمية، وأخيراً مقومات تطبيق الحكومة الرقمية. وذلك على النحو التالي:

### أولاً: مفهوم الحكومة الرقمية:

(١) البار عدنان مصطفى، تقنيات التحول الرقمي، مرجع سابق، ص ٢.

(٢) العزام أحمد حسين محمد، الحكومة الإلكترونية في الأردن: إمكانية التطبيق، رسالة ماجستير، جامعة إربد، سنة (٢٠٠١).

(٣) العواملة نائل عبد الحافظ، بحث بعنوان "الحكومة الإلكترونية ومستقبل الإدارة العامة"، مجلة دراسات "العلوم الإدارية" الجامعة الأردنية، مجلد ٢٩، عدد ١، سنة ٢٠٠٢.

(٤) البار عدنان مصطفى، تقنيات التحول الرقمي، مرجع سابق، ص ٢.

(٥) علواني محمد، فوائد الحوكمة الإلكترونية.. ثورة تخالف المؤلف، مقال منشور على موقع رواد الأعمال، بتاريخ ٢٨ نوفمبر/تشرين الثاني ٢٠٢٠، متاح على الرابط التالي (آخر زيارة ٣ يناير ٢٠٢١) <https://www.rowadalaamal.com>

لا يوجد تعريف محدد لمفهوم الحكومة الرقمية، وذلك نظراً لحدثة الموضوع؛ فلقد تعددت تعريفات الحكومة الرقمية، ومن هذه التعريفات:

عرفها البنك الدولي بأنها "عملية استخدام المؤسسات لتكنولوجيا المعلومات ( مثل شبكات الإنترنت وشبكة المعلومات العريضة وغيرها ) التي لديها القدرة على تغيير وتحويل العلاقات مع المواطنين من الوصول للمعلومات، مما يوفر مزيداً من الشفافية وإدارة أكثر كفاءة للمؤسسات".<sup>(١)</sup>

وعرفها قسم الاقتصاد العام والإدارة العامة في الأمم المتحدة DPEPA والجمعية الأمريكية للإدارة العامة ASPA بأنها تمثل "التفاعل بين المواطنين والأجهزة الحكومية وقطاع المجتمع المدني، من أجل خلق نهج ديمقراطي ونظام حكومي مفتوح مع شفافية في اتخاذ القرارات".<sup>(٢)</sup>

وعرفها آخرون بأنها "عملية تغيير وتحويل العلاقات من المؤسسات والمواطنين من خلال تكنولوجيا المعلومات بهدف تقديم الأفضل للمواطنين وتمكينهم من الوصول للمعلومات مما يوفر مزيداً من الشفافية وتحجيماً للفساد وتعظيماً للعائد وتخفيضاً للنفقات".<sup>(٣)</sup>

وعرفها بعض آخر على أنها "استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتغيير أسلوب العمل وأداء الخدمات سواء داخل المؤسسات الحكومية ذاتها أو في تعاملاتها مع المواطنين، بما يمكن من تيسير إجراءات تقديم الخدمة بحيث تصبح أكثر كفاءة بالإضافة إلى تقديم كافة الاحتياجات من المعلومات للمواطنين عن الخدمات والقوانين واللوائح والتشريعات عبر شبكة الإنترنت".<sup>(٤)</sup>

والباحث يؤيد التعريف الأخير لما له شمول ووضوح، حيث تضمن التعريف فكرة تغيير أسلوب العمل داخل المؤسسات الحكومية وتطويره والانتقال من النظام الورقي إلى النظام الرقمي، أيضاً تضمن هذا التعريف أن التطوير يشمل نظام العمل وترتيبه الإداري داخل المؤسسات أو من خلال تقديم الخدمة من هذه المؤسسات إلى الجمهور. وعلى ذلك يمكن القول أن الحكومة الرقمية تشتمل على ثلاثة أبعاد :

#### الأول: الخدمات الرقمية:

حيث يتم تقديم خدمات حكومية للمواطنين عن طريق شبكة الإنترنت.

#### الثاني: الإدارة الرقمية:

(١) زكي إيمان عبد المحسن، الحكومة الإلكترونية مدخل إداري متكامل، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات، مصر، ٢٠٠٩، ص١٩.

(٢) مسلماني عمر، مشروع الحكومة الإلكترونية في فلسطين، ص٣، بدون تاريخ نشر، متاح على الرابط التالي (آخر زيارة ١١ يناير/ كانون الثاني ٢٠٢١) <http://ituarabic.org/PreviousEvents/2006/e-Applications/Documents/Doc02-Omer%20Mesalamany.pdf>

(٣) الهوش أبو بكر محمود، الحكومة الإلكترونية الواقع والآفاق، الطبعة الأولى، مجموعة النيل العربية للنشر، القاهرة ٢٠٠٦، ص٢٧.

(٤) لطفي علي، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق العملي، بحث مقدم إلى مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" المنظمة العربية للتنمية الإدارية، دبي ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧، ص٣.

باستخدام برامج وتطبيقات الحاسب ذات التقنية العالية لرفع كفاءة مستوى الأداء، بما يمكن من تبسيط إجراءات سير العمل داخل الهيئات الحكومية بصورة تنعكس على سرعة وكفاءة الخدمة المؤداة.

### الثالث: التجارة الرقمية:

وهي عملية سداد مقابل الخدمات التي يحصل عليها المواطن مثل سداد فواتير التلفزيون، سداد مقابل الحصول على مستخرج شهادة ميلاد، سداد مخالفات المرور، إجراء مزايدات حكومية... .

### ثانياً: مراحل تطور الحكومة الرقمية:

مر تطور الحكومة الرقمية بأربع مراحل كالتالي:

#### المرحلة الأولى: مرحلة الظهور على الإنترنت : "Online Presence"

في هذه المرحلة، يتم إنشاء مواقع إلكترونية وإتاحة الوصول إلى بعض المعلومات وعرض متطلبات التقديم على بعض الخدمات الحكومية .

#### المرحلة الثانية: مرحلة تمكين المعاملات الإلكترونية: "AL Transaction"

وتشمل هذه المرحلة تطوير منصات تفاعلية لتوفير بعض الخدمات الإلكترونية، وهي تمثل أول الخطوات للسماح للمواطنين بالتفاعل مع الحكومة إلكترونياً ولكن عادة ما يتطلب إتتمام الخدمات استخدام منصات مختلفة، وإجراءات غير سلسة قد يكون من الأسهل في بعض الأحيان إتتمامها من خلال كاونترات الخدمة التقليدية.

#### المرحلة الثالثة: مرحلة التكامل الرأسي بين الأنظمة الحكومية: "Vertical Integration"

وتتطوي هذه المرحلة على مستويات محددة من الربط بين الأنظمة الحكومية لتمكين تنفيذ وإتمام بعض المعاملات بشكل آلي من خلال المنصات الإلكترونية. ومن أمثلة هذه المرحلة، تطوير منصات تسمح لإصدار أو تجديد رخص القيادة، وهي خدمة قد لا تتطلب ترابط أنظمة حكومية مختلفة لأنها متخصصة في تقديم خدمات محددة.

#### المرحلة الرابعة: مرحلة التكامل الأفقي بين الأنظمة الحكومية: "Horizon tal Integration"

وهذه المرحلة تعبر عن ترابط وتكامل أنظمة الإدارات الحكومية المختلفة، لتطوير منظومة خدمتية متكاملة مصممة بمبدأ منصة النافذة الموحدة للخدمات الحكومية "One Stop Shop"، التي تمكن المتعاملين من إنهاء إجراءاتهم بسهولة ويسر، ومن خلال المنصات الإلكترونية. ومن أمثلة هذه المرحلة، التقديم على خدمة إضافة مولود جديد على سبيل المثال بعدة خطوات بسيطة قد يبدأها المستفيد أو المستشفى نفسه، وتقوم المنظومة الإلكترونية

والمرتبطة بعدة أنظمة حكومية مختلفة في وزارة الصحة والسجل المدني والداخلية بإصدار شهادة الميلاد، وبطاقة الهوية وجواز السفر وبطاقة التأمين الصحي وإيصالها إلى طالب الخدمة بالبريد والوسائل الإلكترونية.<sup>(١)</sup>

### ثالثاً: مقومات تطبيق الحكومة الرقمية:

يتطلب تطبيق الحكومة الرقمية العديد من المقومات؛ أهمها:

- توافر أجهزة حاسبات وبرامج تطبيقات متطورة تضمن تصميم النظام بصورة تحقق الكفاءة في أداء الخدمة في ظل بنية تحتية متكاملة للاتصالات وأنظمة معلومات متكاملة، ووضع برامج تدريبية للعاملين في الجهاز الحكومي.<sup>(٢)</sup>
- الانتشار الواسع للإنترنت، والتنسيق والربط بين الهيئات والأعمال الحكومية لتجنب الازدواج والتعارض بين الهيئات والإجراءات الحكومية المختلفة، بالإضافة إلى الإشراف والمتابعة للخطط الموضوعية وتقييم نتائج التنفيذ أولاً بأول في ظل إطار من الشفافية.<sup>(٣)</sup>
- تطوير المؤسسات الحكومية: حيث يتطلب نجاح تطبيق استراتيجية الحكومة الرقمية إجراء التغييرات التنظيمية داخل المؤسسات الحكومية، وإن أساليب الإدارة التقليدية لا تتناسب وتطبيقات الحكومة الرقمية التي تتطلب المرونة والسرعة في اتخاذ القرارات، حيث تتطلب تغيير الهياكل بالتحول إلى الهياكل الشبكية، مما يقلل التوجه نحو الاختصاص وتقسيم العمل، في المقابل يزيد التوجه نحو دمج الوظائف، وتقليل المستويات الإدارية وتقليل المستويات الرقابية.<sup>(٤)</sup>
- تمكين المواطنين من التعامل مع الحكومة الرقمية: وذلك بأن يكون المواطن على دراية ومعرفة بطرق التعامل مع الحكومة الرقمية، مما يترتب على المؤسسات التعليمية مسؤولية تطوير مناهج وتقنيات التعليم بما يتفق ومعطيات العصر الرقمي، وتقبلهم لاستخدام الحكومة الرقمية.<sup>(٥)</sup>
- وضع إطار قانوني ينظم تعاملات الحكومة الرقمية مع المواطنين بما يكفل حماية حقوق ومصالح الطرفين، وخاصة في ظل التحديات التي يواجهها تطبيق النظام الرقمي في أداء الخدمات في إطار عملية التحول من النظام التقليدي إلى النظام الرقمي.<sup>(٦)</sup>

(١) الخوري على محمد، الحكومة الرقمية "دائرة الاهتمام"، صادر عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، الطبعة الثانية، مايو ٢٠٢٠، ص ٢١، ٢٠.

(٢) حجازي عبد الفتاح، الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، عام ٢٠٠٤، ص ٥٠.

(٣) الخواجه علا، الفرص والتحديات أمام تطبيق نموذج الحكومة الإلكترونية في مصر - مركز الدراسات المالية والاقتصادية - جامعة القاهرة - مؤتمر مواجهة تحديات الإصلاح الاقتصادي في مصر - يونيو ٢٠٠٥.

(٤) زكي إيمان عبد المحسن، الحكومة الإلكترونية مدخل إداري متكامل، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٥) عبد الوهاب سمير محمد، الاتجاهات المعاصرة للحكم المحلي والبلديات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة، ورقة عمل مقدمة في ملتقى الحكم المحلي والبلديات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة والمنعقد في محافظة الإسكندرية، مصر، عام ٢٠٠٨، ص ٢٧.

(٦) الخواجه علا، الفرص والتحديات أمام تطبيق نموذج الحكومة الإلكترونية في مصر، مرجع سابق.

## المبحث الثاني

### كيفية التحول الرقمي للحكومة

تؤدي عملية التحول الرقمي دوراً مهماً في رسم السياسات الحكومية في مختلف دول العالم وتحديد طريقة تعاطيها مع التحديات الطارئة، مما يشجع الحكومات على زيادة قدراتها في مجال تقنية المعلومات والاتصالات بهدف زيادة وتيرة المنافسة، خاصة مع زيادة الضغوط على الميزانية، وللتحول الرقمي مجموعة من العوامل لا بد من توافرها، وكذلك للتحول الرقمي مجموعة من الخطوات لا بد أن تتبعها الدولة حتى تستطيع الوصول إليه؛ وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول: عوامل التحول الرقمي للحكومة، وفي المطلب الثاني: خطوات التحول الرقمي للحكومة، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول

##### عوامل التحول الرقمي للحكومة

هنالك جملة من العوامل تكاملت بعضها ببعض، كالثورة الرقمية التي تمثلت في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتوجهات العولمة والديمقراطية وغيرها أدت إلى توجيه اهتمام رسمي أو أكاديمي إلى محاولة تطبيق الحكومة الرقمية، ووضع خطط استراتيجية تتواءم وهذا التقدم التكنولوجي. إن هذا التحول امتد ليشمل ليس فقط الدول المتقدمة، بل الدول النامية أيضاً، لأن هذا التحول لا يمكن إنجازه إلا من خلال توافر جملة عوامل منها التمويل وخطط طويلة الأمد وعملية تدريجية وفقاً للمتغيرات الخاصة بكل مجتمع.<sup>(١)</sup>

ويمكن تلخيص أهم عوامل التحول نحو الحكومة الرقمية:

- ١- الاستجابة والتكيف مع متطلبات البيئة المحيطة وتجنب العزلة والتخلف عن مواكبة عصر المعلوماتية وتكنولوجيا الاتصالات والسرعة والتنافس في تقديم الخدمات والسلع، وبالتالي تحقيق الكفاية النوعية والكمية الملائمة.<sup>(٢)</sup>
- ٢- توجهات العولمة بأبعادها المختلفة، السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والإدارية، والقانونية، والبيئية والمساهمة في الانفتاح والترابط والتكامل بين المجتمعات الإنسانية المختلفة، وهذه التوجهات تسعى إلى تحقيق أهدافها وترجمتها إلى واقع عملي ملموس من خلال الثورة التكنولوجية المعلوماتية والربط بين المجتمع الإنساني من خلال شبكة الإنترنت والفضاء الإلكتروني وما إلى ذلك من أدوات رقمية ومن جوانب عديدة، إدارية اقتصادية علمية تقانية وغيرها.<sup>(٣)</sup>

<sup>(١)</sup> Dean, Joshua. (2000), Government Creating Digital Democracy. Government .Executive Magazine p:8

<sup>(٢)</sup> ستيفن كوهين، رونالد براند، إدارة الجودة الكلية في الحكومة "دليل عملي لواقع حقيقي" ترجمة د/عبد الرحمن هيجان، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧.

<sup>(٣)</sup> روزقي نعيمة حسن جبر، بحث بعنوان اقتصاديات الأفكار في بيئة الفضاء الإلكتروني، الإمارات العربية المتحدة، آفاق اقتصادية، مجلد ٢٢، عدد ٨٧، سنة ٢٠٠١.

٣- التسارع في الثورة التكنولوجية والمعرفية التي أسهمت في مختلف مجالات الحياة الإنسانية، ومنها نتائج عمل المنظمات (العامة والخاصة) لتقديم نوعية جيدة من السلع والخدمات مما أدى ذلك إلى زيادة الاستمرار في قطاع التكنولوجيا.<sup>(١)</sup>

٤- التحولات الديمقراطية وما رافقها من متغيرات، كمساهمات حركات التحرر العالمية التي طالبت بمزيد من الانفتاح والحرية والمشاركة واحترام حقوق الإنسان، وقد رافق هذه التغييرات ارتفاع في مستوى الوعي بما في ذلك نشوء رؤية جديدة للقطاع العام بأبعاده كافة، من أهمها ضرورة تحسين مستوى أداء هذا القطاع، وتفعيل الرقابة الشعبية على أعمال الحكومة، وترسيخ مبدأ الثقافة والمساءلة والعدالة وغيرها؛ لذلك مثلت فكرة الحكومة الرقمية فرصة متميزة للارتقاء بأداء وحدات القطاع العام.<sup>(٢)</sup>

### المطلب الثاني

#### خطوات التحول الرقمي للحكومة

لا تتحصر خطوات التحول الرقمي الذي بتنا نعيشه هذه الأيام في رقمنة البيانات فقط، فإلى جانب الرقمنة يتعين تطوير المنصات القديمة نحو بيئة تكنولوجيا معلومات قابلة للتكيف مع الاحتياجات المتغيرة للمؤسسات المختلفة. كما يتطلب التحول الرقمي ابتكارا واسع النطاق، فهو بحاجة أيضا إلى إجراء تغييرات في السياسات والثقافة العامة للأعمال وتبني منهج جديد لتحقيق الفائدة الكاملة من الفرص التي توفرها التقنيات المتقدمة الجديدة، وتتم عملية التحول الرقمي للحكومة بعدة مراحل أوخطوات، وذلك على النحو التالي:

#### ١- تكوين البنية التحتية الرقمية:

إن توفير البنية التحتية اللازمة من تقنية وشبكات اتصال ونقل معلومات، وما يتفرع عنها من مستلزمات يساعد على تسهيل مهمة الوظائف الحكومية المختلفة.<sup>(٣)</sup>

وتسهل البنية التحتية الرقمية، تطوير وتوفير واستخدام وتبادل النظم الرقمية (المنتجات والخدمات). وتشمل هذه شبكات الاتصالات الثابتة واللاسلكية، والاتصالات بالأقمار الصناعية، والبنية التحتية البريدية والبريد الإلكتروني الرقمي ومراكز البيانات ومراكز الاتصالات، ونقاط تبادل لشبكة الإنترنت الرقمية والذكية.... وتبحث هذه الركيزة التأسيسية أيضا في الأجهزة والمنصات الرقمية ذات الأسعار المعقولة.

وتعد البنية التحتية الميسورة التكلفة والسهلة المنال والموثوقة، الأساس لتحقيق تحول رقمي شامل. وتثبت العديد من الدراسات، أن نفاذ النطاق العريض وجودة النطاق العريض هما عاملان مهمان للنمو الاقتصادي. ووفقا لدراسة أجراها البنك الدولي تشير التقديرات إلى أن كل زيادة ١٠%، في انتشار النطاق العريض في البلدان المنخفضة

(١) Dean, Joshua.(2000), Government Creating Digital Democracy. Government .Executive Magazine .p:8

(٢) الزين منصور، نقماري سفيان، الإطار النظري للحكومة الإلكترونية - بين المتطلبات ومبررات التحول-عام ٢٠١٣، ص ٦.

(٣) الطعامة محمد محمود، بحث بعنوان، دور الحكومة الإلكترونية في تحديث منظمات الإدارة العامة في الوطن العربي، مجلة البحوث التجارية، جامعة الزقازيق، مصر، عام ٢٠٠٤، ص ٢٨٣.

والمتوسطة الدخل تؤدي إلى زيادة متكافئة قدرها ١,٣٨٪ من الناتج المحلي الإجمالي<sup>(١)</sup>. وتكشف الدراسات أيضا عن الأثر الاقتصادي لنشر النطاق العريض، مباشرة من خلال الوظائف التي تم إنشاؤها عن طريق نشر البنية التحتية للنطاق العريض. وبشكل غير مباشر نتيجة "امتداد تأثير" العوامل الخارجية، مثل زيادة الإنتاجية والمنتجات والخدمات الجديدة، أي من خلال تسارع الابتكار<sup>(٢)</sup>.

وتعد المنصات الرقمية عنصرا أساسياً في البنية التحتية ويمكنها خدمة الأفراد والشركات والهيئات الحكومية الرقمية في جميع جوانب الحياة، بما في ذلك الرعاية الصحية والتعليم والتجارة والنقل والمزايا العامة. وتعمل المنصات الرقمية على خدمة منتجات أو خدمات أخرى أو تمكينها. وبالنسبة للأشخاص الذين يستخدمون هذه المنصات لتلقي معاشاتهم الشهرية، أو لتسجيل الدخول بشكل آمن إلى بوابة الخدمات الإلكترونية الحكومية، أو دفع فواتير الخدمات الخاصة بهم، أو تقديم شكوى، أو الوصول إلى المعلومات العامة، يمكن لهذه المنصات توفير تجربة سلسلة لتقديم خدمات تزيد من راحة المستخدم. وبالنسبة للحكومات، يمكن للمنصات الرقمية، زيادة كفاءة وفعالية الوظائف والخدمات الأساسية ومكافحة الاحتيال والفساد، وتقليل الازدواجية غير الضرورية للأنظمة، عن طريق زيادة الأمن وإمكانية تتبع المعاملات وتحسين المشاركة والمساءلة المدنية<sup>(٣)</sup>.

## ٢- التحديث والمواصلة واعتماد ثقافة التغيير:

يجب على مخططي الحكومة الرقمية وضع نظم وتصميم سجلات متناسقة تعمل مع بعضها بعضا. فالحكومة الرقمية التي يمكن الاعتماد عليها تتطلب تجديدا شاملا للنظم المتوارثة التي لاتلائم والحدثة؛ إذ إن وضع ملفات مصممة بصورة غير ملائمة للتعامل الإلكتروني على موقع الحكومة الإلكترونية أو إدخال واجهة جديدة للتفاعل مع النظم القديمة لن يبسط الأمور ولن يخفف من عبء العمل<sup>(٤)</sup>.

ولكي تتجح عملية التحول الرقمي وتبرز نتائجها، لا بد من اعتماد ثقافة التغيير. ويبدأ هذا الأمر بتحويل الهيكل التنظيمي من التسلسل الهرمي التقليدي إلى فرق أصغر تكون مخولة باتخاذ القرارات، حيث يمكن ترجمة التعاون بين موظفي التطوير وتكنولوجيا المعلومات والوحدات الاستراتيجية إلى خدمات محسنة. ومن أجل مواكبة التغييرات في التكنولوجيا، من المهم إنشاء قوة عاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات تفهم أحدث الاتجاهات التقنية وتساعد المؤسسات على مواكبة التقدم في هذا المجال<sup>(٥)</sup>.

(١) كيم، ي، و راجا، إس، بناء النطاق العريض، استراتيجيات وسياسات من أجل العالم الرقمي، إدارة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات العالمية، البنك الدولي، يناير ٢٠١٠.

(٢) كانز. آر. أل، تأثير النطاق العريض على الاقتصاد، حتى هذا التاريخ وقضايا السياسات، الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية واللاسلكية، إبريل ٢٠١٢.

(٣) مشروع استراتيجية التحول الرقمي لأفريقيا (٢٠٢٠ - ٢٠٣٠)، الاتحاد الأفريقي، ص ١٠، متاح على الرابط التالي (آخر زيارة: يناير ٢٠٢١) [https://au.int/sites/default/files/documents/38507-doc-ie25718\\_dts-arabic.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/38507-doc-ie25718_dts-arabic.pdf)

(٤) Fang, Z., 2002. E-Government in Digital Era: Concept, Practice, and Development. International Journal of The Computer, The Internet and Management 10(2):1-22.

(٥) «أمازون ويب سيرفيس»: ٤ خطوات لبناء استراتيجية فعالة للتحول الرقمي، مقال منشور بجريدة الاقتصادية السعودية بتاريخ ٣ يوليو/ تموز ٢٠١٨. متاح على الرابط التالي (آخر زيارة بتاريخ: ٣ يونيو/ كانون الثاني ٢٠٢١)، [https://www.aleqt.com/2018/07/03/article\\_1413451.html](https://www.aleqt.com/2018/07/03/article_1413451.html)



### ٣- إدارة المعلومات:

توجد تقنيات حديثة ابتكرت خصيصاً للمساعدة في إدارة المعلومات خاصة والحكومات في حاجة ماسة لتلك التقنيات؛ فوجود إدارة أفضل للمعلومات يمكن أن يعين المسؤولين على التعرف على العراقيل التي تحول دون تحقيق حكومة ذات كفاءة عالية، وعلى الحكومات أن تنتفع من التقنيات التي تسهل عملية فهرسة السجلات والاستدلال على المعلومات واسترجاعها. كما أن من الحكمة أن تشجع الحكومة على الشراكة في البيانات وعلى التعاون بين المؤسسات الحكومية وعلى تنظيم الوثائق الموجودة حتى يمكن التحول للنظام المباشر بسهولة.<sup>(١)</sup>

### ٤- بدء الأعمال في سحابة:

لقد باتت الحكومات والمنظمات في جميع أنحاء العالم تتبنى التحول الرقمي بالاعتماد على الحوسبة السحابية لتقديم الخدمات بشكل أسرع، وتحفيز التنمية الاقتصادية التي تمكن من كسر القيود المتعلقة بالميزانيات والموارد البشرية أمام الجهات التي تتبنى نهج التحول الرقمي. لأنه مع أن بعض المؤسسات تفضل نقل التراخيص والمشاريع الفردية إلى السحابة، يختار بعضها الآخر بدء الأعمال في السحابة مباشرة، حيث يحقق تطوير التطبيقات وتشغيلها بهذه الطريقة الاستفادة الكاملة من نموذج الحوسبة السحابية. وباستخدام عمليات DevOps التي تعزز التعاون عبر الفرق الصغيرة، يمكن تسريع تقديم الخدمات الجديدة بمزيد من الموثوقية والأمان. وتوفر أدوات DevOps عمليات مستدامة من خلال أتمتة البنية التحتية، والتكامل والتسليم المستمرين، والمراقبة، والمعالجة التلقائية.<sup>(٢)</sup>

### ٥- التكامل بين الأنظمة الحكومية:

لا شك بأن مشاريع التحول الرقمي في المؤسسات أدت إلى إنتاج مجموعة كبيرة من النظم وقواعد البيانات والتي تتسم بيهكليات فنية مستقلة. ولكن التحدي الأكبر الذي أصبح يواجه تقدم الحكومات الرقمية هو كيفية إيجاد تكامل وترابط بين "الصوامع المتفرقة" لأنظمة تكنولوجيا المعلومات المنعزلة عن بعضها بعضاً، خاصة أنه لن يمكن تحقيق الأهداف الاستراتيجية للحكومة الرقمية ما لم تتربط هذه الأنظمة وتتكامل أفقياً ورأسياً.

وقد ظهرت ممارسات عديدة لإيجاد حلول سريعة من خلال تطوير واجهات وسيطة (Interfaces) بين النظم الحكومية، ولكن هذه الممارسات أكدت بأن التكامل البيئي ما زال أمراً في غاية التعقيد والصعوبة، وغير قابل للتطبيق الفوري في ظل الهياكل المتفرقة للأنظمة ومقاومة التغيير في كثير من المؤسسات للانفتاح والترابط.

إن ما تحتاجه مشاريع الحكومة الإلكترونية اليوم هو بنية متكاملة تكاملاً فعلياً بحيث يمكن أن توفر تجربة النافذة الموحدة للخدمات.

(١) نحو مجتمع المعرفة، سلسلة دراسات يصدرها معهد البحوث والدراسات بجامعة الملك عبد العزيز، الإصدار التاسع بعنوان "الحكومة الإلكترونية"، سنة ٢٠٠٦، ص ٤٠، ٣٩.

(٢) «أمازون ويب سيرفيسز»: ٤ خطوات لبناء استراتيجية فعالة للتحول الرقمي، المرجع السابق.

فالعلامة الفارقة التي تفصل بين الحكومة التقليدية والحكومة الرقمية تتمثل في تكاملية وترابط الأنظمة إلكترونيا بين المؤسسات الحكومية، بما يمكنها من إدارة تدفق البيانات وتبادلها بشكل إلكتروني، وتسمح لها بتطبيق البروتوكولات والمعايير العالمية التي تضمن أعلى مستويات الخدمة.<sup>(١)</sup>

### المبحث الثالث

#### مفهوم وأهداف التنمية المستدامة

تتطلب عملية التنمية المستدامة تحسين ظروف المعيشة لجميع الأفراد دون زيادة استخدام الموارد الطبيعية إلى ما يتجاوز قدرة كوكب الأرض على التحمل. وتُجرى التنمية المستدامة في ثلاثة مجالات رئيسية هي النمو الاقتصادي، وحفظ الموارد الطبيعية والبيئة، والتنمية الاجتماعية.

ولأغراض الدراسة سنقتصر هنا على مفهوم التنمية المستدامة من خلال المطلب الأول، وأهداف التنمية المستدامة من خلال المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي :

#### المطلب الأول

##### مفهوم التنمية المستدامة

يواجه العالم حالياً خطورة التدهور البيئي الذي يجب التغلب عليه، مع عدم التخلي عن حاجات التنمية الاقتصادية وكذلك المساواة والعدل الاجتماعي.

ولذلك فالتنمية المستدامة تعني "عملية تطوير الأرض والمدن والمجتمعات وكذلك الأعمال التجارية بشرط أن تلبي احتياجات الحاضر بدون المساس بقدرة الأجيال القادمة على تلبية حاجاتها".<sup>(٢)</sup>

وعرفت منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة التنمية المستدامة بأنها: "إدارة وحماية قاعدة الموارد الطبيعية، والتغيير المؤسسي لتحقيق واستمرار وإرضاء الحاجات الإنسانية للأجيال الحالية والمستقبلية، بطريقة ملائمة من الناحية البيئية ومناسبة من الناحية الاقتصادية، ومقبولة من الناحية الاجتماعية".<sup>(٣)</sup>

وعلى ذلك فإن التنمية المستدامة تعنى على الصعيد الاقتصادي؛ أنه على الدول المتقدمة إجراء خفض في استهلاك الطاقة والموارد، أما بالنسبة للدول المتخلفة فتعني توظيف الموارد من أجل رفع مستوى المعيشة والحد من

(١) الخوري على محمد، الحكومة الرقمية "دائرة الاهتمام"، مرجع سابق، ص ٥٢، ٥٣.

(٢) ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، الرابط التالي (آخر زيارة للرابط ٥ يناير/ كانون الثاني ٢٠٢١)

[https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D9%86%D9%85%D9%8A%D8%A9\\_%D9%85%D8%B3%D8%AA%D8%AF%D8%A7%D9%85%D8%A9](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D9%86%D9%85%D9%8A%D8%A9_%D9%85%D8%B3%D8%AA%D8%AF%D8%A7%D9%85%D8%A9)

(٣) عبد الرحمن عبد الرحمن محمد ، التنمية البشرية ومعوقات تحقيق التنمية المستدامة في الوطن العربي، التنمية البشرية وأثرها على التنمية المستدامة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، عام ٢٠٠٧، ص ٧.

الفقر، وعلى الصعيد الاجتماعي والإنساني فإنها تعني السعي من أجل استقرار النمو السكاني، ورفع مستوى الخدمات الصحية والتعليمية خاصة في الأرياف، وعلى الصعيد البيئي؛ فهي تعني حماية الموارد الطبيعية والاستخدام العقلاني والأمثل للأراضي الزراعية وخاصة الموارد المائية. وأيضاً على الصعيد التكنولوجي هي نقل المجتمع إلى عصر الصناعات النظيفة غير الملوثة للبيئة، التي تستخدم تكنولوجيا منظمة للبيئة، والتي تنتج الحد الأدنى من الغازات الملوثة والحابسة للحرارة والضارة لطبقة الأوزون.<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني

### أهداف التنمية المستدامة

في سبتمبر ٢٠١٥، وافقت جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة A/RES/70/1 "تحويل عالمنا: خطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠"، الذي يقضي بأن تعمل جميع البلدان وجميع أصحاب المصلحة في شراكة تعاونية لتنفيذ خطة التنمية المستدامة هذه. وتجسد أهداف التنمية المستدامة (SDG)، البالغ عددها ١٧ هدفاً تتضمن ١٦٩ مقصداً متفقاً عليها، نطاق وطموح هذا البرنامج العالمي الجديد.<sup>(٢)</sup>

وفي اليوم الأول من يناير/ كانون الثاني ٢٠١٦، بدأ رسمياً سريان أهداف التنمية المستدامة الـ ١٧ لخطة التنمية المستدامة لعام ٢٠٣٠، التي اعتمدها قادة العالم في سبتمبر/ أيلول ٢٠١٥ في قمة أممية تاريخية. وستعمل البلدان — وإضعة نصب أعينها هذه الأهداف الجديدة التي تنطبق عالمياً على الجميع — على حشد الجهود للقضاء على الفقر بجميع أشكاله ومكافحة عدم المساواة ومعالجة تغير المناخ، مع ضمان اشتغال الجميع بتلك الجهود.

وقد بنيت أهداف التنمية المستدامة على نجاح أهداف التنمية المستدامة للألفية ، وهي تهدف إلى المضي قدماً لإنهاء كافة أشكال الفقر. والأهداف الجديدة متفردة من ناحية أنها تدعو جميع الدول الفقيرة والغنية ومتوسطة الدخل إلى العمل لتعزيز الرفاهية في ذات الوقت الذي تحمي فيه الكون. كما أنها تقر بأن إنهاء الفقر يجب أن يمضي يدا بيد مع الاستراتيجيات التي تبني النمو الاقتصادي وتعالج سلسلة من الحاجات الاجتماعية بما فيها التعليم، والصحة، والحماية الاجتماعية، وتوفير فرص العمل، في ذات الوقت الذي يتم فيه معالجة التغيرات المناخية والحماية البيئية.

وتتمثل أهداف التنمية المستدامة في:<sup>(٣)</sup>

الهدف ١: القضاء على الفقر.

الهدف ٢: القضاء التام على الجوع.

<sup>(١)</sup> التنمية المستدامة، مفهوم تعريف وأبعاد ومكونات، الشبكة العربية للتميز والاستدامة، الرابط التالي(آخر زيارة للرابط هيناير/ كانون الثاني

<https://sustainability-excellence.com>(٢٠٢١)

<sup>(٢)</sup> الاتحاد الدولي للاتصالات، الملحق ٢ بالقرار ٧١ - تحليل الحالة- بتاريخ ١٨ إبريل ٢٠١٨ - ص ٢، متاحة على الرابط التالي (آخر زيارة للرابط هيناير/ كانون الثاني ٢٠٢١) [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/18/cl/c/S18-CL-C-0064!A2!MSW-A.docx](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/18/cl/c/S18-CL-C-0064!A2!MSW-A.docx)

<sup>(٣)</sup> موقع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي حول العالم، الرابط التالي(آخر زيارة للرابط هيناير/ كانون الثاني ٢٠٢١)

<https://www.arabstates.undp.org/content/rbas/ar/home/sustainable-development-goals.html>

- الهدف ٣: الصحة الجيدة والرفاهية.
- الهدف ٤: التعليم الجيد.
- الهدف ٥: المساواة بين الجنسين.
- الهدف ٦: المياه النظيفة والنظافة الصحية.
- الهدف ٧: طاقة نظيفة وبأسعار معقولة.
- الهدف ٨: العمل اللائق ونمو الاقتصاد.
- الهدف ٩: الصناعة والابتكار والهياكل الأساسية.
- الهدف ١٠: الحد من أوجه عدم المساواة.
- الهدف ١١: مدن ومجتمعات محلية مستدامة.
- الهدف ١٢: الاستهلاك والإنتاج.
- الهدف ١٣: العمل المناخي.
- الهدف ١٤: الحياة تحت المياه.
- الهدف ١٥: الحياة في البر.
- الهدف ١٦: السلام والعدل والمؤسسات القوية.
- الهدف ١٧: عقد الشراكات لتحقيق الأهداف.

ويلاحظ جليا من خلال استعراض أهداف التنمية المستدامة- سألقة الذكر- أهمية التحول الرقمي في تحقيق التنمية المستدامة، حيث أقرت الدول الأعضاء في خطة ٢٠٣٠ بأن "انتشار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والترابط العالمي ينطوي على إمكانات كبيرة للتعبيل بالتقدم البشري وسد الفجوة الرقمية ونشوء مجتمعات تقوم على المعرفة". وتتضمن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إمكانات هائلة لتسريع خطوات التقدم في جميع أهداف التنمية المستدامة وتحسين أحوال معيشة الناس بأساليب أساسية، ومن الأهداف البارزة، الهدف ٩ (الصناعة والابتكار والبنية التحتية)، الذي يحدد بوضوح أنه إذا لم تتوفر البنية التحتية الرقمية فإن العالم لن يتمكن من توفير حلول قابلة للتوسيع لأهداف التنمية المستدامة. وقد دُكرت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على وجه التحديد كوسيلة للتنفيذ في إطار الهدف ١٧ (الشراكة من أجل تحقيق الأهداف)، مع تسليط الضوء على إمكاناتها التحويلية عبر شتى المجالات. وقد سُلط الضوء أيضاً على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات باعتبارها التكنولوجيا التي

تفضي إلى تعزيز تمكين المرأة في إطار الهدف ٥ من أهداف التنمية المستدامة (المساواة بين الجنسين)، كما تم الاعتراف أيضاً بأهمية مهارات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في إطار الهدف ٤ (التعليم الجيد، المقصد).<sup>(١)</sup>

## المبحث الرابع

### الواقع القانوني للتحول الرقمي

يعد القانون أحد الأساسيات التي ترتبط بوجود المجتمع، فهو مجموعة القواعد التي تنظم و توجه سلوك الأفراد في المجتمع الواحد بما يحوي من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكماً ملزماً بقصد إقامة نظام ثابت ومستقر لهذا المجتمع .

ومن هنا يتحدد مفهوم القانون الوضعي في المكان و الزمان على السواء، فهو يختلف باختلاف المجتمعات ، كما أنه قابل للتطوير والتغير والتبديل من زمان إلى آخر في نطاق المجتمع الواحد في الوقت ذاته .

وفي ظل وجود التقدم العلمي و التكنولوجي المذهل والسريع في العصر الحديث، الذي يفتح آفاقاً ضخمة أمام تقدم البشرية و تحقيق مستوى أفضل للحياة البشرية، لكنه يحمل بين طياته مخاطر ضخمة تهدد قيم و حقوق و أمن الأفراد و الجماعة.

نتيجة لذلك فقد بدت الحاجة ماسة لمواجهة تلك المخاطر والتغيرات، و لذا كان أهم دروع مواجهة تلك المخاطر هو القانون الذي يعد أقدس مهامه وضع الصيغ الملائمة للاستفادة من التقدم العلمي، دون المساس بالقيم و الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، فكان من الأهمية وجود الضوابط القانونية التي يعمل في إطارها التطور التكنولوجي ودون هذه الضوابط يصبح التقدم العلمي طامة كبرى على المجتمع و حقوق و أمن المواطنين.<sup>(٢)</sup>

وإذ نشهد الآن بداية موجه جديدة من موجات التحول الرقمي في العالم، فقد أدى التطور المتلاحق للتكنولوجيا والتغير الدوري للمناخ العالمي إلى استحداث وابتكار تقنيات جديدة ساعدت في تيسير حياة الفرد في المجتمع، فأصبح بإمكانك إنهاء العديد من الأعمال التي كانت تتطلب الكثير من الوقت والجهد فعليك فقط تحريك بعضاً من

(١) الاتحاد الدولي للاتصالات، الملحق ٢ بالقرار ٧١ - تحليل الحالة - مرجع سابق، ص٣، متاحة على الرابط التالي (آخر زيارة للرابط صيناير/

كانون الثاني ٢٠٢١) [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/18/cl/c/S18-CL-C-0064!A2!MSW-A.docx](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/18/cl/c/S18-CL-C-0064!A2!MSW-A.docx)

(٢) دينا أحمد علي : التحول الرقمي.. بالقانون، الموقع الإلكتروني لجريدة صدى البلد، متاح على الرابط التالي (آخر زيارة للرابط

١١ يوليو/ تموز ٢٠٢١)

<https://www.elbalad.news/4854610>

أصابعك لتحصل على خدمة أو تنجز عملاً كان يستغرق في السابق ساعات أو أياماً أو بضعة شهور، والآن تتسابق الحكومات في تطوير أنظمتها الإدارية وخدماتها باستخدام التكنولوجيا لتيسير حياة مواطنيها فظهر ما يسمى بالحكومة الذكية أو الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة.

وظهرت التحديات القانونية وأهمية مواجهتها من أجل تطوير المنظومة القانونية في الدولة، بحيث يفرض على المتخصصين مواكبة الجديد في عالم التقنيات الرقمية، وبيان مدى فعالية القواعد القانونية العامة في مواجهة هذه القضايا والتحديات، والحاجة إلى اقتراح مقاربات تشريعية وتقنية، مواكبةً للثورة التكنولوجية والتطور التقني في مجالات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.<sup>(١)</sup>

ومع التطورات الكبرى في مجال التكنولوجيا الرقمية، التي فرضت آفاقاً واسعة من التطبيقات القانونية، على صعيد الحكومة الإلكترونية في نشاط الإدارة العامة؛ فعلى سبيل المثال أصبحت جميع المعاملات المصرفية تؤدى بنكياً من خلال البرمجيات الإلكترونية، بل خرجت تلك المعاملات من المقرات البنكية، إلى إجرائها في فضاء الشبكة العنكبوتية، ثم دخلت بعد ذلك إلى تطبيقات الهواتف الذكية، وأخيراً ظهرت النقود الرقمية، مثلما تكونت ظاهرة الجرائم الإلكترونية، وتألفت لها عصابات متخصصة في ارتكاب جريمة القرصنة في اختراق المواقع الإلكترونية أو هدمها لأغراض إجرامية متنوعة على شتى الأصعدة الأمر الذي أوجب على المشتغلين بهندسة الحواسب الآلية زيادة تحصين تلك المواقع، فكما تتسارع التكنولوجيا بخطواتها نحو المواطن والدولة وجب على القانون ورجاله التسارع نحو حماية حقوق الفرد والدولة من مجرمي التكنولوجيا ومخربي المجتمع الرقمي وجعله آمناً من خلال سن القوانين المجرمة لكل تعدّ على الحقوق والحريات الرقمية.<sup>٢</sup>

ولا شك أن البنية التشريعية والقانونية هي المفتاح الرئيسي لعمليات التحول الرقمي، وقد أطلقت الحكومة المصرية عدة قوانين في هذا الصدد أبرزها قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية بالإضافة للسعي قداماً نحو إطلاق قانون حماية البيانات الشخصية. فالمنظومة التشريعية تمثل الحماية الكاملة للتحول الرقمي.<sup>(٣)</sup>

والباحث يرى هنا أن على المشرع المصري العمل بجد من أجل إصدار حزمة من التشريعات التي توفر تنظيمياً كاملاً ودقيقاً لعملية التحول الرقمي ولمعالجة المشكلات التي تصاحب تطبيقه.

## المبحث الخامس

(١) المنظومة التشريعية الحماية الكاملة للتحول الرقمي في مصر، متاح على الرابط التالي، ( آخر زيارة للرابط ١١ يوليو/ تموز ٢٠٢١ )  
<http://www.itfedcoc.org/c3306/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B8%D9%88%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%83%D8%A7%D9%85%D9%84%D8%A9-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D9%85%D9%89-%D9%81%D9%89-%D9%85%D8%B5%D8%B1>

(٢) دينا أحمد علي : التحول الرقمي... بالقانون، مرجع سابق.

(٣) المنظومة التشريعية الحماية الكاملة للتحول الرقمي في مصر، مرجع سابق.

## تجربة مصر في التحول الرقمي (الخطوات والمعوقات)

تسعى الحكومة المصرية إلى بناء مصر الرقمية والوصول إلى مجتمع مصري يتعامل رقمياً في كافة مناحي الحياة، ولذا تعمل الحكومة المصرية على تعزيز تنمية البنية التحتية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتحسين الخدمات الرقمية في الجهات الحكومية، وذلك لتحسين أداء الوزارات والهيئات الحكومية الأخرى، ورفع جودة الخدمات وكفاءتها من خلال تحسين بيئة العمل، وتوفير الدعم لعملية صناعة القرار وإيجاد حلول للقضايا التي تهم المجتمع، وذلك من أجل تحقيق رؤية مصر ٢٠٣٠ لتحقيق التنمية المستدامة.

وسنحاول من خلال هذا المبحث إلقاء الضوء على تجربة مصر في التحول الرقمي، وذلك من خلال عرض الخطوات التي قامت بها الحكومة المصرية للتحول الرقمي، وذلك في المطلب الأول، ثم نعرض لأهم المعوقات التي تواجه الحكومة المصرية نحو التحول الرقمي في المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### خطوات الحكومة المصرية نحو التحول الرقمي

تعد مصر من أوائل الدول العربية التي سعت إلى التحول الرقمي، حيث بدأ برنامج الحكومة الرقمية المصرية في يوليو ٢٠٠١ ووضع مجموعة من الأهداف شملتها وثائق برنامج الحكومة الرقمية ويتمثل أهمها فيما يلي:<sup>(١)</sup>

- توصيل الخدمات لجمهور المتعاملين مع الحكومة في أماكن وجودهم وبالأسلوب الذي يناسبهم وبسرعة وكفاءة ملائمة .
- إنشاء بيئة اتصال بالمستثمرين من خلال تبسيط الإجراءات وتيسير تقديم الخدمات، وتوفير مراكز خدمة متطورة تقوم بتقديم الخدمات الحكومية اللازمة لرجال الأعمال في مكان واحد وتوفير معلومات دقيقة وحديثة لخدمة المستثمرين .
- توفير قاعدة معلومات دقيقة وحديثة لدعم عملية اتخاذ القرار والمساهمة في تخطيط ومتابعة المبادرات طويلة الأجل.
- تطبيق فلسفات الإدارة الحديثة في القطاع الحكومي وتحديث نظم العمل بالوزارات والهيئات بما يضمن أداء الخدمة بكفاءة وفاعلية وبتكلفة منخفضة.
- ضغط الانفاق الحكومي من خلال تقديم نماذج لتنفيذ المشتريات الحكومية إلكترونياً عبر الشبكات وتخطيط موارد المؤسسة.
- زيادة التنافسية المحلية وتهيئة الجهاز الحكومي للاندماج في النظام العالمي الجديد على المستويين الإقليمي والدولي.

ويرتكز تنفيذ الحكومة الرقمية على خمسة مشروعات رئيسية يتم العمل فيها بشكل متوازٍ ومتكامل وبنشاط كبير لسرعة الانتهاء من تنفيذها في فترة قياسية بعد بدء الخطوات الحقيقية لتحقيق الحلم، التي تمثلت في توقيع اتفاق

(١) لطفي علي، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص ٧.



بين الحكومة المصرية وبين شركة (مايكروسوفت) أكبر شركة برمجيات في العالم لتتولى تنفيذ المشروع بمراحله المختلفة. وقد بدأت الحكومة المصرية بالفعل الاستعداد لإطلاق الحكومة الرقمية من خلال خطوات جادة ومشروعات كبيرة، فعلى سبيل المثال بدأ تأهيل المواطن المصري للتعامل مع الخدمات الجديدة وارتكزت جهود وزارة الاتصالات في هذا السياق على محورين<sup>(١)</sup> :

**المحور الأول:** يتعلق بتوفير أجهزة الكمبيوتر لأكثر عدد من المواطنين وبأسعار مناسبة لهم بالإضافة إلى تسهيل الدخول إلى شبكة الإنترنت، وهو ما تحقق بالفعل مع مشروع عي الإنترنت المجاني والكمبيوتر الاقتصادي الذي أتاح لأي شخص الحصول على جهاز الكمبيوتر بسعر منخفض وبضمان فاتورة التليفون فقط دون أي تعقيدات إدارية، ويتم السداد على أقساط صغيرة.

**المحور الثاني:** كان يتعلق بإعداد الجماهير للتعامل مع هذه المستحدثات التكنولوجية والاستفادة من خدمات الحكومة الإلكترونية وكلها مفاهيم تختلف عما تعود عليه المواطن المصري في التعامل مع الهيئات ومؤسسات الدولة، وفي هذا الإطار حرصت وزارة الاتصالات على توفير التدريب والإعداد لقطاعات عريضة من المواطنين ومراكز الشباب وغيرهم وتكافقت جميع هيئات الدولة لتحقيق هذا الهدف القومي.

وقد اتخذت الدولة المصرية العديد من الخطوات في إطار التحول الرقمي، من أهمها:<sup>(٢)</sup>

- تخصيص ٧,٨ مليار جنيه في موازنة ٢٠٢٠/٢٠١٩ لمشروع تحديث البنية المعلوماتية والمحتوى الرقمي للدولة المصرية.
- إجراء إصلاحات هيكلية تضمنت (إنشاء المجلس القومي للمدفوعات، وإنشاء المجلس الأعلى للأمن السيبراني، وإنشاء المجلس الأعلى للتحول الرقمي)، فضلاً عن إطلاق الاستراتيجية الوطنية للتجارة الإلكترونية في ٢٠١٧، بالتعاون مع منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الانكتاد"، وذلك في إطار تشجيع التجارة الإلكترونية، وكذلك تدشين مشروع البنية المعلوماتية المصرية لربط أكثر من ٧٠ قاعدة بيانات حكومية ببعضها.
- ميكنة آليات التحصيل الضريبي بالتعاون مع وزارة المالية يأتي أيضاً ضمن الخطوات التي قامت بها مصر في إطار التحول إلى الاقتصاد الرقمي، بجانب تحويل بورسعيد إلى أول مدينة رقمية في مصر خلال النصف الثاني من عام ٢٠١٩، وأخيراً بناء عاصمة إدارية جديدة تركز على فلسفة التحول إلى حكومة رقمية.
- تحقيق طفرة في قطاع الشمول المالي والاتصالات، حيث وصل إجمالي عدد مكاتب البريد التي تم ربطها بالشبكة لتأدية الخدمات المالية المميكنة للجمهور في إطار دعم جهود الشمول المالي حتى الآن ٣٩١١ مكتباً بريدياً وكذلك وصل عدد المستفيدين من ميكنة صرف المعاشات من خلال بطاقات الصرف الآلي

(١) محمد محمد مدحت، الحكومة الإلكترونية، المجموعة العربية للتدريب والنشر، سنة ٢٠١٦، ص ٢٢٢.

(٢) تعرف على الخطوات التي تتخذها مصر في إطار التحول إلى المجتمع الرقمي، موقع جريدة الأهرام المصرية، نشر بتاريخ ٩-٩-٢٠١٩. متاح على الرابط التالي (آخر زيارة للرابط ٦ يناير/ كانون الثاني ٢٠٢١) <http://gate.ahram.org.eg/News/2270774.aspx>

إلى ٦,٥ مليون مستفيد حتى الآن، فضلاً عن إتاحة ثماني خدمات إلكترونية منها: سداد مخالفات المرور، واستخراج شهادات براءة الذمة، ويجري إتاحة ٢٠ خدمة أخرى.

• إصدار ٣٠,٤ مليون بطاقة إلكترونية بنهاية سبتمبر ٢٠١٨، فضلاً عن أن عدد نقاط البيع الإلكتروني في مصر بلغ ٧٤,٢ ألف نقطة، ومن المستهدف الوصول إلى مليون نقطة بيع إلكتروني خلال ٣ سنوات، كما أن عدد الحسابات المقترنة بالإنترنت البنكي قد وصل إلى ٢,١ مليون حساب عام ٢٠١٨، في حين بلغ عدد البنوك التي تقدم خدمة الإنترنت البنكي إلى ٣٢ بنكا عام ٢٠١٨.

• زيادة عدد ماكينات الصراف الآلي (ATM) في مصر ليلعب ١١,٩ ألف ماكينة عام ٢٠١٨ وفي مارس ٢٠١٩ وافق مجلس النواب على قانون الدفع غير النقدي ليلزم كافة الجهات بإتاحة قبول وسيلة الدفع الإلكتروني كما وقعت وزارة التخطيط مذكرة تفاهم مع شركة فيزا لنشر ثقافة المدفوعات الرقمية وذلك في مارس ٢٠١٩ وأعلنت وزارة المالية في مايو ٢٠١٩ بدء تطبيق قرارها بعدم قبول أي مدفوعات نقدية أعلى من ٥٠٠ جنيه بنظام الدفع النقدي وأخيراً تسلم البنك المركزي المصري رئاسة مجلس إدارة التحالف الدولي للشمول المالي في سبتمبر ٢٠١٩.

• إطلاق المنظومة الوطنية للدفع "ميزة" في ديسمبر ٢٠١٨، التي تهدف إلى تشجيع المواطنين للإقبال على المعاملات الإلكترونية، بجانب التحول إلى مجتمع أقل اعتماداً على أوراق النقد، حيث بلغ عدد البنوك التي لديها رخصة إصدار "ميزة"، ١٢ بنك، منها ٤ بنوك بدأت الإصدار الفعلي، علماً بأن هناك ٥,٥ مليون بطاقة "ميزة" جاهزة مجاناً للمواطنين.

كل ذلك أدى إلى تحسن تصنيف مصر من بين ٥٥ دولة في مؤشر الشمول المالي لتحتل المرتبة الـ ٣٦ عام ٢٠١٨، مقارنة بالمرتبة الـ ٥١ عام ٢٠١٦، وذلك وفقاً لتقرير جلوبال ميكروسكوب الصادر عن مجلة "إيكونوميست"، وقد أشادت المجلة ذاتها بالجهود المصرية في هذا الصدد قائلة " اتخذت مصر العديد من التدابير وحققت دفعة قوية لتحسين الشمول المالي منذ عام ٢٠١٦".<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني

### المعوقات التي تواجه الحكومة المصرية نحو التحول الرقمي

مع تلك الخطوات الجادة نحو التحول الرقمي من الحكومة المصرية؛ إلا أنه يجب ألا نغض الطرف عن بعض المعوقات التي تحول دون تحقيق الأهداف المرجوة، ومن أهم تلك المعوقات:<sup>(٢)</sup>

• وجود الإجراءات الإدارية الروتينية والتقليدية لدى بعض المؤسسات الحكومية، يعد من العوائق الرئيسية للتحول الرقمي، حيث مازالت هناك بعض المؤسسات لم تغتبر من الإجراءات الإدارية التقليدية في التعامل، وبالتالي فكيف يمكنها الانتقال إلى النظام الرقمي.

(١) أبرز ٢٠ معلومات عن جهود الدولة في التحول الرقمي..تعرف عليها، مقال في جريدة إنوم السابع، متاح على الرابط التالي(آخر زيارة للرابط

٦يناير/ كانون الثاني ٢٠٢١) <https://www.youm7.com>

(٢) السالمي علاء عبد الرزاق محمد، السليطي خالد إبراهيم، الإدارة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة ٢٠٠٨، ص ٣٠٥.

- ولذلك يجب التخلّص من الإجراءات والأساليب الإدارية التقليدية، والاعتماد على أساليب مرنة تستوعب التغيير السريع، وولوج العمل الإداري الإلكتروني أو الرقمي.
- ضعف الموارد المالية المخصصة لمشاريع الإدارة الرقمية، وكذلك ضعف مستوى البنية التحتية بسبب ارتفاع تكاليف التجهيز.
  - التخوف وعدم الاقتناع بالتعاملات الإلكترونية، أي الهاجس الأمني، وهو من أكبر التحديات التي تواجه الإدارة الرقمية، وللتغلب على هذا العائق يتطلب الأمر توفير أدوات حماية تقنية تتيح للمستخدم التعامل مع البيئة الرقمية بقدر من الثقة والأمان، مع ضرورة توفر عنصرين آخرين هما: البعد القانوني، ويتمثل في التشريعات اللازمة لتنظيم الحماية، والبعد التوعوي، وذلك بتوعية الأفراد بالمخاطر التي تتعرض لها البيانات، والتعرّف على أهم وسائل الحماية.
  - الأمية المعلوماتية أو الرقمية، وصعوبة التواصل عبر التقنية الحديثة.
  - الرؤية الضبابية للإدارة الإلكترونية والتحول الرقمي، وكذلك مقاومة التغيير والتجديد، وعدم استيعاب أهدافه.<sup>(١)</sup>
  - إهمال العنصر البشري في المنظومة؛ ففي كثير من الأحيان لا يوجد الحافز المادي والمعنوي للكثير من العاملين في مختلف القطاعات من الدولة نحو التحول الرقمي.

حيث يرى الباحث أن أهم عنصر من عناصر منظومة التحول الرقمي هو العنصر البشري، فلا بد من زيادة الاهتمام به وتحسين بيئة العمل، سواء من خلال إقرار برامج تدريب على عملية التحول الرقمي تشمل على التوعية بأهمية عملية التحول الرقمي وإبراز مزاياها، أو إقرار نظام للأجور يتبنى تحسين مستوى الدخل للعاملين، وإقرار نظام للحوافز والإثابة مما يشجع العاملين على بذل مزيد من الجهد من أجل توسيع وتيرة التحول الرقمي .

حقيقة إن التحول الرقمي في مصر يعد جزءاً أساسياً من خطتها القائمة، وتمثل الاستراتيجية الوطنية للتنمية المستدامة ٢٠٣٠ التي وضعتها وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، بالتعاون مع كافة الجهات والوزارات المشاركة بالمنظومة بمنزلة مبادئ توجيهية تهدف إلى تحويل مصر إلى محور مركزي للاتصالات والتكنولوجيا على المستويين الإقليمي والعالمي، وذلك مع وجود اهتمام كبير بالأمن السيبراني وتأمين البيانات في إطار تنفيذ خطة بناء مصر الرقمية؛ حيث إن هناك جهوداً مبذولة لتطوير البنية المعلوماتية وضمان استدامة تقديم الخدمات التي يحتاجها المواطن على مدار الساعة بكل سهولة ويسر .

## الخاتمة

خلص هذا البحث إلى العديد من النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

## أولاً: النتائج

(١) اللوزي موسى ، التنمية الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٣٥.

- ترجع أهمية التحول الرقمي للعديد من الأسباب؛ أهمها؛ ضرورة الاستجابة والتكيف مع متطلبات البيئة المحيطة وتجنب التخلف عن مواكبة عصر المعلوماتية.
- يتطلب التحول الرقمي إعادة التدريب وإعادة التنظيم وإنشاء وظائف جديدة داخل المؤسسات.
- يحقق التحول الرقمي العديد من المزايا؛ مثل تقليل التكلفة والجهد، ومواكبة التقدم التكنولوجي، ومكافحة الفساد.
- يتطلب إنشاء الحكومة الرقمية العديد من المقومات؛ مثل توافر أجهزة حاسبات وبرامج تطبيقات متطورة، والتنسيق والربط بين الهيئات والأعمال الحكومية.
- خطوات التحول الرقمي للحكومة هي، تكوين البنية التحتية الرقمية، التحديث، إدارة المعلومات، والتكامل.
- اتخذت الحكومة المصرية العديد من الخطوات لتحقيق التحول الرقمي؛ أهمها؛ زيادة مخصصات مشروع البنية التحتية المعلوماتية في ميزانية ٢٠١٩/٢٠٢٠.
- وجود بعض المعوقات التي تواجه الحكومة المصرية في سبيل تحقيق التحول الرقمي؛ أهمها؛ وجود الإجراءات الإدارية الروتينية والتقليدية لدى بعض المؤسسات الحكومية، ضعف الموارد المالية المخصصة لمشاريع الإدارة الرقمية، الأمية الرقمية.

#### ثانياً: التوصيات

انتهت الدراسة إلى عدة توصيات وهي:

- ضرورة الإسراع في التغلب على المعوقات التي تحول دون التحول الرقمي، وإيجاد الحلول اللازمة لها.
- محاولة سد الفجوة الرقمية للوصول إلى ما وصلت إليه دول العالم المتقدم في هذا المجال، حتى نستطيع تحقيق أهداف التنمية المستدامة بحلول عام ٢٠٣٠.
- ضرورة توفير مناخ استثماري مشجع في مجال التكنولوجيات الحديثة المتعلقة بالاتصالات ، مما يسهم في إقامة بنية تحتية معلوماتية جيدة.
- ضرورة الاطلاع على التجارب الناجحة في مختلف دول العالم، بهدف الاستفادة منها والإسراع في التحول الرقمي للحكومة.
- ضرورة زيادة الاهتمام بالعنصر البشري، وتحسين بيئة العمل، من خلال توفير برامج تدريبية على عملية التحول الرقمي، وإقرار نظام للأجور والحوافز يتماشى ومستويات التضخم ويكفل لهم حياة كريمة.

## المصادر والمراجع

## أولاً: المراجع العربية:

- البار عدنان مصطفى، تقنيات التحول الرقمي. مقال نشر سنة ٢٠١٨.
- الاتحاد الأفريقي، مشروع استراتيجية التحول الرقمي لأفريقيا (٢٠٢٠ - ٢٠٣٠)، سنة ٢٠٢٠.
- "الحكومة الإلكترونية"، نحو مجتمع المعرفة، سلسلة دراسات يصدرها معهد البحوث والدراسات بجامعة الملك عبد العزيز، الإصدار التاسع، نشر سنة ٢٠٠٦.
- الخواجه علاء، الفرص والتحديات أمام تطبيق نموذج الحكومة الإلكترونية في مصر - مركز الدراسات المالية والاقتصادية - جامعة القاهرة - مؤتمر مواجهة تحديات الإصلاح الاقتصادي في مصر، يونيو ٢٠٠٥.
- الخوري علي محمد، الحكومة الرقمية "دائرة الاهتمام"، صادر عن المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، الطبعة الثانية، مايو ٢٠٢٠.
- السالمي علاء عبد الرزاق محمد، السليطي خالد إبراهيم، الإدارة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة ٢٠٠٨.
- الشبكة العربية للتميز والاستدامة، التنمية المستدامة - مفهوم تعريف وأبعاد ومكونات -، نشر بتاريخ ٢٩ أكتوبر ٢٠١٩.
- الطعمانة محمد محمود، بحث بعنوان، دور الحكومة الإلكترونية في تحديث منظمات الإدارة العامة في الوطن العربي، مجلة البحوث التجارية، جامعة الزقازيق، مصر، سنة ٢٠٠٤.
- العزام أحمد حسين محمد، الحكومة الإلكترونية في الأردن: إمكانية التطبيق، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، سنة ٢٠٠١.
- العواملة نائل عبد الحافظ، بحث بعنوان "الحكومة الإلكترونية ومستقبل الإدارة العامة"، مجلة دراسات "العلوم الإدارية" الجامعة الأردنية، مجلد ٢٩، عدد ١، سنة ٢٠٠٢.
- الزين منصور، نقماري سفيان، الإطار النظري للحكومة الإلكترونية - بين المتطلبات ومبررات التحول، سنة ٢٠١٣.
- اللوزي موسى، التنمية الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٢.
- الهوش أبو بكر محمود، الحكومة الإلكترونية الواقع والآفاق، الطبعة الأولى، مجموعة النيل العربية للنشر، القاهرة، سنة ٢٠٠٦.
- أمازون ويب سيرفيسز: ٤ خطوات لبناء استراتيجية فعالة للتحول الرقمي، مقال منشور بجريدة الاقتصادية السعودية بتاريخ ٣ يوليو/ تموز ٢٠١٨.

- بردان عباس، ماهو التحول الرقمي وكيف تعرفه الشركات الرقمية ومحركات دفع التحول الرقمي وتكنولوجي ، الجزء الأول، نشر بتاريخ ١٣ أغسطس ٢٠١٨.
- حسن حامد، ما التحول الرقمي؟ اكتشاف الحقيقة وراء هذه الكلمة الطنانة، عالم التكنولوجيا، نشرة شهرية تصدر عن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء المصري، السنة الأولى ، العدد الأول، مارس ٢٠٢٠.
- حجازي عبد الفتاح، الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني، دار الفكر الجامعي للطباعة و للنشر، عام ٢٠٠٤.
- حسين مريم خالص، الحكومة الإلكترونية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، عام ٢٠١٣.
- رزوقي نعيمة حسن جبر، بحث بعنوان اقتصاديات الأفكار في بيئة الفضاء الإلكتروني، الإمارات العربية المتحدة، آفاق اقتصادية، مجلد ٢٢، عدد ٨٧، سنة ٢٠٠١.
- زكي إيمان عبد المحسن، الحكومة الإلكترونية مدخل إداري متكامل، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودارسات، مصر، سنة ٢٠٠٩.
- ستيفن كوهين، رونالد براند، إدارة الجودة الكلية في الحكومة "دليل عملي لواقع حقيقي" ترجمة د. عبد الرحمن هيجان، دار الفجر للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٧.
- عبد الرحمن عبد الرحمن محمد، التنمية البشرية ومعوقات تحقيق التنمية المستدامة في الوطن العربي، التنمية البشرية وأثرها على التنمية المستدامة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، عام ٢٠٠٧.
- عبد الوهاب سمير محمد، الاتجاهات المعاصرة للحكم المحلي والبلديات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة، ورقة عمل مقدمة في ملتقى الحكم المحلي والبلديات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة والمنعقد في محافظة الإسكندرية، مصر، عام ٢٠٠٨.
- علواني محمد، فوائد الحوكمة الإلكترونية، ثورة تخالف المؤلف، سنة ٢٠٢٠.
- كانز. أر. أل، تأثير النطاق العريض على الاقتصاد، التاريخ حتى هذا التاريخ وقضايا السياسات، الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية واللاسلكية، إبريل ٢٠١٢.
- كريم حسن، تعرف على الخطوات التي تتخذها مصر في إطار التحول إلى المجتمع الرقمي، مقال نشر بجريدة الأهرام المصرية، نشر بتاريخ ٩-٩-٢٠١٩.
- كيم، ي، و راجا، إس، بناء النطاق العريض، استراتيجيات وسياسات من أجل العالم النامي، إدارة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات العالمية، البنك الدولي، يناير ٢٠١٠.
- لطفي علي، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق العملي، بحث مقدم إلى مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس "الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية" المنظمة العربية للتنمية الإدارية، دبي ٩-١٢ ديسمبر ٢٠٠٧.

- ماريو ر. كانازا، آخرين، الملحق ٢ بالقرار ٧١ - تحليل الحالة-، الاتحاد الدولي للاتصالات، نشر بتاريخ ١٨ إبريل ٢٠١٨.
- محمد محمد مدحت، الحكومة الإلكترونية، المجموعة العربية للتدريب والنشر، سنة ٢٠١٦.
- مسلماني عمر، بحث بعنوان، مشروع الحكومة الإلكترونية في فلسطين، بدون تاريخ نشر.
- هند مختار، أبرز ٢٠ معلومات عن جهود الدولة في التحول الرقمي. تعرف عليها، مقال في جريدة اليوم السابع، بتاريخ ٩-٩-٢٠٢٠.

### ثانياً: المراجع الأجنبية

- Dean, Joshua.(2000), Government Creating Digital Democracy, Government ,Executive Magazine.
- Fang, Z., 2002. E-Government in Digital Era: Concept, Practice, and Development. International Journal of The Computer, The Internet and Management .

### ثالثاً: المواقع والروابط الإلكترونية

- <http://www.kau.edu.sa>.
- <https://www.rowadalaamal.com>.
- <http://ituarabic.org/PreviousEvents/2006/e-Applications/Documents/Doc02-Omer%20Mesalamany.pdf>.
- [https://au.int/sites/default/files/documents/38507-doc-ie25718\\_dts-arabic.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/38507-doc-ie25718_dts-arabic.pdf)
- <https://sustainability-excellence.com> .
- [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/18/cl/c/S18-CL-C-0064!A2!MSW-A.docx](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/18/cl/c/S18-CL-C-0064!A2!MSW-A.docx) .
- <https://www.arabstates.undp.org/content/rbas/ar/home/sustainable-development-goals.html> .
- <http://gate.ahram.org.eg/News/2270774.aspx> .
- <https://www.youm7.com> .
- <https://ar.wikipedia.org/wiki>
- [www.egovccepts.com](http://www.egovccepts.com).
- [https://www.aleqt.com/2018/07/03/article\\_1413451.html](https://www.aleqt.com/2018/07/03/article_1413451.html)



## ضمانات حقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ في التشريع الأردني Human Rights Guarantees under the State of Emergency in the Jordanian Legislation

لينا جمعة محمود البنا \*

### الملخص

تبرز أهمية البحث في بيان مفهوم حالة الطوارئ في الدستور الأردني، وبيان الإجراءات والتدابير التي اتخذتها الدول ومدى تأثيره على حياة الإنسان، ومن هنا تكمن مشكلة البحث عندما قامت دول العالم ومنها الأردن بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسبب وباء كورونا، فهل كانت هذه الإجراءات التي اتخذتها الدول تتفق والقوانين والمواثيق الدولية، وقد توصلت في هذا البحث إلى مجموعة من النتائج أهمها أنه لا بد أن يكون هناك نوع من التوازن بين ضرورة تطبيق قرارات وأوامر الدفاع التي يصدرها رئيس الوزراء وبين حق الإنسان في أن يكون هذا الحق مناسباً من حيث القوة والصرامة مع خطورة الظروف، ونوصي إلى عدة توصيات أهمها لا بد من النص صراحة في قانون الدفاع على وجوب موافقة السلطة التنفيذية والتشريعية معاً على قرار إعلان حالة الطوارئ وعدم حصرها بالسلطة التنفيذية فحسب لأن لنفاذ قانون الطوارئ أثره الواضح على حقوق وحريات الأفراد وكون السلطة التشريعية هي ممثلة الشعب في وضع القوانين التي تخدم الأفراد والصالح العام .

**الكلمات الدالة:** حالة الطوارئ، الأحكام العرفية، فيروس كورونا، مرض كوفيد ١٩، استجابة حقوق الإنسان لكوفيد ١٩ .

### Abstract

The importance of the research emerges in showing the concept of the state of emergency in the Jordanian constitution, the measures taken by countries and the extent of their impact on human life. Hence the problem of the research arises when the countries worldwide, including Jordan, declared a state of health emergency due to the Corona epidemic. Did these measures taken by countries agree with international laws and charters? This research has arrived at a set of results, the most important of which is that there must be a kind of balance between the necessity of implementing defense decisions and orders issued by the Prime Minister and the human right in such a way that this right is appropriate in terms of strength and rigor with the seriousness of the circumstances. We recommend several recommendations, the most important of which is there must be explicit stipulation in the defense law that the executive and legislative authority together must agree to the decision to declare a state of emergency and not be exclusively limited to the executive authority because the enforcement of the emergency law has a clear impact on the rights and freedoms of individuals and the fact that the legislative authority is the representative of the people in setting laws that serve the individual and the common good.

**Keywords:** State of Emergency, Martial Law, Corona Virus, Covid 19 Disease, Human Rights Response to Covid 19.

## المقدمة

تعتبر الديمقراطية وحقوق الإنسان من أهم القضايا التي تشغل الشعوب على مستوى الأفراد والمؤسسات، وكذلك على المستوى الدولي والتنظيمات الدولية، بما فيها منظمة الأمم المتحدة، وتبع هذا إصدار العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الشأن، ابتداءً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨، والعهدين الدوليين الملحقين به ١٩٦٦، وذلك في سبيل إيجاد نوع من أنواع التوازن بين الحقوق السياسية والمدنية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وجعلها حقوقاً مترابطة لا تقبل التجزئة، كما أضيف إليها حق الشعوب في تقرير مصيرها واستثمار ثرواتها، وأخيراً وليس آخراً الإعلان العالمي للحق في التنمية ١٩٨٦، الذي ربط بين التنمية كحق من حقوق الإنسان وجعلها أحد الأهداف التي تمكن الإنسان من الحصول على حقوقه، فهو غايتها ووسيلتها لكن في بعض الأحيان قد تتعرض الدولة لأخطار جسيمة فتصبح القواعد الدستورية والقانونية العادية عاجزة عن مواجهتها، ويصبح من اللازم مواجهتها بقوانين استثنائية، كما هو الحال بالنسبة لقانون فرض حالة الطوارئ، حيث يتم اللجوء إلى فرض إجراءات وأوامر وقرارات مستعجلة من شأنها أن تكون في الغالب ماسة بحقوق الإنسان الأساسية، وعندما نبحث في مقتضيات القانون الدولي لحقوق الإنسان عن حالة الطوارئ، نجدها واردة في الفقرة ١ من المادة ٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تنص على ما يلي: " في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي". ومن هذه الدول التي اتخذت التدابير في حالة الطوارئ الصحية دون تفشي الوباء وحماية الأشخاص وضمان سلامتهم التي سادت في البلاد، التي عرفت بفايروس كورونا هي المملكة الأردنية الهاشمية حيث صدرت الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء، إعلان العمل بقانون الدفاع رقم ١٣ لسنة ١٩٩٢، في جميع أنحاء المملكة الأردنية الهاشمية، اعتباراً من ١٧ آذار / ٢٠٢٠، وعلى ضوء ذلك صدر قانون الدفاع رقم ١٣ لسنة ١٩٩٢، وفق النص الوارد في الدستور الأردني وتحديداً المادة ١٢٤ منه التي جاء فيها: "إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ فيصدر قانون باسم قانون الدفاع تعطى بموجبها الصلاحيات إلى الشخص الذي يعينه القانون لاتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية بما في ذلك صلاحية وقف قوانين الدولة العادية لتأمين الدفاع عن الوطن ويكون قانون الدفاع نافذ المفعول عندما يعلن عن ذلك بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء".

## مشكلة البحث

إعلان حالة الطوارئ الصحية في العديد من دول العالم ومنها الأردن بسبب انتشار جائحة فيروس كورونا، وما يتبع ذلك من التدابير وإجراءات، يجب أن تتوافق مع معايير حقوق الإنسان وتتناسب مع تقييم درجة الخطر، كما

يجب عدم استغلال الحكومات في مثل هذه الظروف الاستثنائية التي فرضتها أزمة كورونا العالمية لانتهاك حقوق الإنسان وكما تتمثل هذه الحقوق المنصوص عليها بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد بين الدوليين الملحقين بالإعلان وغيرها ، فالعالم يعيش أخيراً حالة من الإرباك والذهول والخوف بسبب جائحة فيروس كورونا (كوفيد ١٩)، وتتخذ الحكومات إجراءات عديدة لمكافحة الفيروس والحد من انتشاره، وتتوعد هذه الإجراءات بين إعلان حالة الطوارئ وحظر التجول الجزئي أو الكلي، مع الإجماع على وجوب التزام الجميع منازلهم أو ما يعرف بـ " الحجر المنزلي " وغيرها من الإجراءات.

#### أهداف البحث

- بيان مفهوم حالة الطوارئ في الدستور الأردني.
- توضيح مفهوم حالة الطوارئ والأحكام العرفية.
- شرح حول الأسباب المبررة لإصدار قرار إعلان الطوارئ.
- دراسة حول مدى تأثير قانون الطوارئ على حقوق الإنسان.
- بيان الضمانات الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ.

#### أهمية البحث

تظهر أهمية البحث في تسليط الضوء على حقوق الإنسان في ظل الظروف الطارئة (الاستثنائية)، وما لحق من أضرار بحقوق الإنسان جراء إصدار الأوامر والإجراءات التي تعتبر لحد ما مجحفة بحقهم، ولكن بالمقابل تعد هذه الإجراءات الصارمة للمحافظة على سلامة البلاد والمواطنين.

#### تساؤلات البحث

- ما هي حماية حقوق الإنسان المكرسة في القوانين والمواثيق الدولية؟
- هل يجوز تعطيل هذه الحقوق أو بعضها بحجة الظروف الاستثنائية وأن المصلحة العليا تسمو فوق جميع الحقوق ويقتضي تحقيقها؟
- هل الإجراءات والتدابير الاحترازية التي أصدرتها الحكومة الأردنية راعت حقوق الإنسان وكانت ضمن المعايير التي نصّت عليها القوانين والمواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان؟
- هل يجب حماية حقوق الإنسان في كل زمان ومكان وفي جميع الحالات عادية أو استثنائية؟
- ما هي حقوق الإنسان التي يجب حمايتها في ظل الظروف الطارئة؟

## منهجية البحث

سيتم في هذا البحث اتباع المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي توضح مفهوم حقوق الإنسان وما هي حقوق الإنسان التي يجب حمايتها، وبيان الضمانات الدولية والوطنية لحقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ.

### خطة البحث:

#### سنعالج موضوع البحث من خلال مبحثين:

**المبحث الأول:** مفهوم حالة الطوارئ وفق الدستور الأردني.

**المبحث الثاني:** تأثير قانون الطوارئ على حقوق الإنسان.

## المبحث الأول

### مفهوم حالة الطوارئ وفق الدستور الأردني

ليست حياة الدولة تتقدماً وازدهاراً دائماً دائمين مبنين على استقرارها في الداخل، وسطوتها في الخارج. وإنما قد تواجهها على امتداد مجريات تطورها ظروف عصبية واستثنائية مصدرها خطر حقيقي طارئ قد يكون خارجياً أو داخلياً يهدد كيانها ووجودها، وهذه الظروف الطارئة تدفع الدولة لمقاومة هذا الخطر بشكل سريع ولو أدى ذلك إلى خرق قواعد المشروعية العادية من أجل الصالح العام للأفراد ، وعلى هذا قسم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سيتم في المطلب الأول توضيح كل ما يخص حالة الطوارئ من حيث مفهومها وفق الدستور الأردني وخصائصها ومميزاتها والأسباب المبررة لإصدار حالة طوارئ، أما في المطلب الثاني فسنبين ما هي الأحكام العرفية وشروطها وآثارها.

### المطلب الأول

#### حالة الطوارئ

ذهب المشرع الأردني إلى تعريف حالة الطوارئ " وهي عبارة عن: في حالة وجود خطر يهدد أمن الدولة يطبق قانون الدفاع والأنظمة الصادرة بموجبه". واستناداً إلى نص المادة (١٢٤) من الدستور الأردني " إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ فيصدر قانون باسم قانون الدفاع تعطى بموجبه الصلاحية إلى الشخص الذي يعينه القانون لاتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية بما في ذلك صلاحية وقف قوانين الدولة العادية لتأمين الدفاع عن الوطن ويكون قانون الدفاع نافذ المفعول عندما يعلن عن ذلك بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء ويفهم من هذا النص أن حالة الطوارئ تتحقق إذا ما نشأت في تلك الدولة ظروف وعوامل تجعل السلطة التنفيذية فيها عاجزة وغير قادرة على إعادة فرض الأمن والاستقرار وبالتالي فإنها أي (السلطة التنفيذية)

وتبعاً لذلك تخرج عن حكم القانون الأساسي والقوانين العادية الأخرى كما هو محدد في المادة (١٠) من قانون الدفاع<sup>(١)</sup>، وتلجأ إلى فرض إجراءات وأوامر وقرارات خطيرة تكون في الغالب ماسة بحقوق الإنسان الأساسية والغاية من لجوء السلطة أو الحكومة إلى إعلان قانون الطوارئ والأحكام العرفية يتمثل في أن القوانين المعمول بها في ظل الظروف الطبيعية أصبحت عاجزة عن جعل السلطة والحكومة قادرة على مواجهة ما استجد من ظروف استثنائية في ظل تلك القوانين ومن بين هذه الظروف الاستثنائية المستجدة نشوب حالة حرب مع دولة أخرى أو حالة حرب أهلية في داخل الدولة نفسها لأسباب عرقية أو دينية أو طائفية أو من أجل الانفصال أو اضطراب الأمن والاستقرار أو حصول فتنة أو انتشار كارثة بيئية أو مرضية وغيرها من الظروف، ومن خلال نص المادة يمكننا معرفة ما هي خصائص ومميزات حالة الطوارئ والأسباب المبررة لإصدارها.

#### أولاً: ما هي خصائص ومميزات حالة الطوارئ

- حالة الطوارئ ما هي إلا نظام قانوني يخضع إلى مبدأ سيادة القانون كوضع استثنائي ولا يعمل إلا بصفة مؤقتة وضرورية ولا يلجأ إليها إلا في ظل ظروف غير عادية.
- عبارة عن نظام مقرر مقتض قوانين مؤقتة لا تخرج عن أحكام الدستور وتنتهي بمجرد انتهاء الظروف القائمة.
- توسيع من صلاحيات السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية والسلطة القضائية.
- يكون فيها نوع من التقييد لبعض حقوق وحرريات الإنسان ومع ذلك هناك حقوقاً لا يمكن المساس بها.

#### ثانياً: الأسباب المبررة لإصدار قرار إعلان الطوارئ

إن المبرر النظري لقانون الطوارئ هو تطبيق نظام استثنائي لمواجهة مشكلة أمنية أو اقتصادية أو اجتماعية أو حرب أو كارثة أو انتشار وباء لأن الحكومة لا تستطيع مواجهة هذه الحالات في إطار القوانين المعمول بها. وهذه الأسباب لا بد أن تكون محددة واضحة ولا بد أن تتطوي على مواجهة خطر حقيقي لا وهمي وأن تعجز النصوص العادية عن مواجهته لكي يقوم المبرر لهجر القواعد القانونية العادية واللجوء إلى قواعد استثنائية تخالف القانون<sup>(٢)</sup>. فضلاً عن تحقق استحالة عمل الإدارة بالقواعد العادية لمواجهة الحالة المحددة بالخطر أي يجب أن يتوفر في الحالة التي تؤدي إلى إعلان الطوارئ الشروط أو العناصر الظرف الاستثنائي السابقة الذكر وفي هذا الصدد يقول الدكتور زكي عبد الحميد محفوظ "إن مبررات فرض نظام الطوارئ في القانون المقارن تمثل في عنصرين أساسيين:

(١) المادة (١٠) من قانون الدفاع الأردني لعام ١٩٩٢ تنص على أن "يوقف العمل بأي نص أو تشريع يخالف أي حكم من أحكام هذا القانون والأوامر الصادرة بمقتضاه".

(٢) المادة (٢) من قانون الدفاع الأردني لعام ١٩٩٢ "إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ تهدد الأمن القومي أو السلامة العامة في جميع أنحاء المملكة أو في المنطقة منها بسبب ١- وقوع حرب ٢- أو قيام حالة تهدد بوقوعها ٣- أو حدوث اضطرابات ٤- أو فتنة داخلية ٥- أو كوارث عامة ٦- أو انتشار آفة ٧- أو وباء.

أولاً: أن يحقق بالدولة خطر نتيجة حرب أو الغزو أو الاضطرابات أو تهديد الأمن أو النظام العام أو ما يخشى منه على توافر الأقوات وضرورات الحياة. ثانياً: أن يبلغ هذا الخطر درجة الجسامة التي تجعل من السلطة العامة بما لها من اختصاصات عادية عاجزة عن مواجهة هذا الخطر أو توقيه<sup>(١)</sup>. وسنبين المبررات التي اعتمد عليها الأردن حيث قامت الحكومة الأردنية استناداً لنص المادة ١٢٤ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢، بإعلان حالة الطوارئ في إطار سلسلة إجراءات للحد من انتشار "فيروس كورونا" (كوفيد١٩)، في ١٧ مارس / آذار ٢٠٢٠، حيث أصدر العاهل الأردني الملك عبدالله الثاني مرسوماً ملكياً بتفعيل " قانون الدفاع لعام ١٩٩٢ " الذي يمنح رئيس الوزراء سلطات واسعة لتقييد الحقوق الأساسية. لكن رئيس الوزراء الأسبق عمر الرزاز تعهد بتطبيقه " في أضيح الحقوق " وذكر أنه لن يمس الحقوق السياسية أو حرية التعبير أو الملكيات الخاصة<sup>(٢)</sup>. وعلى ضوء ذلك سنبين بشكل موجز ما يتعلق بهذه الأسباب المبررة لإعلان حالة الطوارئ وهي (حالة وقوع حرب أو تهديد بوقوعها - حالة وقوع أعمال عنف واضطرابات - حالة حدوث كوارث عامة أو انتشار الوباء).

#### أ- حالة وقوع حرب او تهديد بوقوعها

إن الحرب هي أول سبب لخلق حالة الطوارئ، وهي النموذج الرئيسي للظروف الاستثنائية التي تبرر تطبيق قوانين الطوارئ وقد اتضح هذا أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية. ولا يوجد تعريف متفق عليه للحرب فمنهم من عرف الحرب بكونها ( صراع باستخدام السلاح بين الدول ، يرغب أحد أطرافه على الأقل بالحرب مجازفة بذلك بقصد مصلحة وطنية ) ويعرفها آخرون بأنها ( نضال بين القوات المسلحة لكل من الفريقين المشاركين يرمي به كل منهما إلى حماية حقوقه ومصالحه في مواجهة الطرف الآخر )<sup>(٣)</sup>. ويلاحظ أن الدول التي أخذت بهذا السبب كمبرر لإعلان حالة الطوارئ استخدمت ألفاظاً وعبارات مرنة وغير محددة تحديداً دقيقاً فمثلاً لم توضح ما المقصود من حالة الحرب ولم تبين بأنه يشترط تعرض البلاد والأمن والنظام العام فيه إلى الخطر فعلاً .

وبالنسبة للحالة التي تهدد بوقوع الحرب فهذه الحالة غير محددة إذ يكفي مجرد قيام هذه الحالة لإعلان حالة الطوارئ والدولة وفقاً لهذا السبب تستطيع أن تتذرع بأن الظروف والأحوال المحيطة بها تنذر بوقوع حرب تشكل خطراً حقيقياً على سلامة الوطن والنظام العام فيه. لتباشر بهذا الإعلان وتصادر حقوق الإنسان. كما أن هذا السبب ليس فيه من الجدية ما يبرر تطبيق قانون الطوارئ لأن حالة التهديد بوقوع الحرب لا يشترط فيها أن يكون خطر الحرب وشيكاً لورود عامل المفاجأة فيها فتسرع السلطة المختصة بتطبيق هذا القانون لمواجهة الحالة الطارئة. إذ إنها ربما لا تقع فعلاً، ولذا فإن السبب هذا يعوزه الدقة. فهو من المرونة بحيث

(١) د. عامر الجومرد، ٢٠٠٣، المعاهدات في ظل الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (١٩)، ص ١٣٢.

(٢) عبد الرحمن ، أظنين خالد ، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ ، ص ٦٣ - ٦٤.

(٣) الفقرة (ج) من المادة (٣) من قانون الدفاع الأردني لعام ١٩٩٢ تنص على أنه " لرئيس الوزراء تفويض جميع صلاحياته أو بعضها لمن يراه أهلاً لقيام بذلك في جميع أنحاء المملكة أو في منطقة محددة منها بالشروط والقيود التي يعينها".

يجعل الأمر متروكاً لتقرير السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ. ونلاحظ من خلال ما سبق أن (الحرب) هي حالة من عدة حالات تعلن فيها حالة الطوارئ ونلاحظ أن دساتير الدول قد استخدمت مصطلح ( الحرب أو التهديد بوقوعها) لإعلان حالة الطوارئ وهذا المصطلح ضيق لا يسع كل الحالات التي تكون سبباً رئيساً لإعلان حالة الطوارئ بسبب استخدام القوة المسلحة وكان من الأفضل استخدام مصطلح أو تعبير ( عند استخدام القوة المسلحة أو التهديد بها ) ؛ لأن هذا التعبير يشمل الحرب وإجراءات أخرى لا تصل إلى درجة الحرب فمثلاً يوجد الدفاع الشرعي<sup>(١)</sup> والدفاع الرادع<sup>(٢)</sup> إذ إنه عندما تصل الإجراءات التي اتخذتها الدولة إلى درجة من التصعيد تقوم الدولة بإعلان حالة الطوارئ . وعليه كان من الأفضل على دساتير الدول أن تستعمل التعبير العام بدلاً من استخدامها مصطلح الحرب.

### ب- حالة حدوث اضطرابات أو أعمال عنف

إن تحديد هذه الاضطرابات ونوعيتها أمر صعب التحديد فهي تعني العصيان أو التمرد أو التظاهرات المسلحة أو المخربة وغير ذلك، وإذا اتخذت شكلاً جماعياً واتسمت بمظهر العنف وتفاقم خطرهما بحيث لم تعد السلطة التنفيذية قادرة على مواجهتها بوسائلها العادية. ويدخل تحت هذا النوع أعمال التخريب وقد عرّف بعض الباحثين هذه الأعمال بأنها: (عمل يقصد به تغيير النظام الدستوري ، مباشرة أو مداورة ، بوسائل غير دستورية ) وغالباً ما تتم هذه الأعمال عن طريق أعمال الشغب .وتتدرج السلطات بحق سن تشريعات ضد أعمال العنف والتخريب على أساس حدوث طارئ غير عادي فمثلاً تستطيع السلطة التنفيذية في إنجلترا بموجب أنظمة الدفاع التي تصدر بموجب قانون حالة الطوارئ (الدفاع ) لسنة ١٩٣٩ أن تتخذ الإجراءات اللازمة لوقاية المجتمع من الإرهاب .ومصطلح الإرهاب مصطلح أخذ يستعمل في الآونة الاخيرة بشكل واسع وهو يشمل أعمال العنف والاضطرابات وأعمال التخريب وغير ذلك وأصبح هذا المصطلح من الأمور التي تهدد الأمن والاستقرار في دول كثيرة من العالم.

### ج - حالة حدوث كوارث عامة أو انتشار وباء

لاحظنا في سياق الكلام عن مبررات إعلان حالة الطوارئ في قوانين بعض الدول أن دولاً كثيرة عدت حدوث كوارث عامة أو انتشار وباء سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى إعلان حالة الطوارئ بالنسبة إلى الكوارث العامة: لم يحدد المشرع في تلك القوانين ما المقصود بالكوارث وإنما احتوت نصوص قوانينها على عبارات عامة تحتمل أكثر من معنى وقابلة للتأويل ويرد عليها الكثير من التشبيهات وأوجه القياس المختلفة. والكوارث قد تكون كوارث طبيعية، كالزلازل والبراكين والفيضانات أو كوارث ناتجة عن التقدم العلمي كتسرب

(١) الدفاع الشرعي: هي الإجراءات التي تلجأ إليها الدول منفردة أو مجتمعة لصد العدوان الواقع عليها من دولة أخرى أو استخلاص حقوقها القانونية عند فشل الوسائل السلمية الأخرى.

(٢) الدفاع الرادع: هو عمل مخالف للقانون تستخدمه الدولة لردع دولة أخرى كي تتوقف عن عملها غير القانوني وهذا الأخير يبرر عمل الدفاع الرادع



الإشعاعات والمفاعلات النووية وغيرها مما يحصل داخل الدولة ويمكن القياس عليها. والكوارث التي يمكن أن يعتد بها لإعلان العمل بقوانين الطوارئ قد تشمل أقاليم الدولة كلها، وقد تشمل جزءاً محدداً منها<sup>(١)</sup>، ويشترط فيها أن تشكل بطبيعتها خطراً حقيقياً حالاً يمس الأمن الوطني أو النظام العام في الوطن وأن تتصف بالعمومية بحيث تصيب عدداً كبيراً غير محدد من الأفراد وليس فرداً أو أفراداً معدودين. أما بالنسبة لانتشار وباء فيمكن تفسير بأنه (المرض الذي يشكل خطراً حقيقياً يهدد انتشاره على نطاق واسع السلامة للسكان في الوطن أو جزء منه). كأن يكون من الأمراض التي لو انتشرت دون مواجهتها بإجراءات الطوارئ السريعة وغير العادية، لأهكت المواطنين بين عشية وضحاها كمرض الطاعون والكوليرا أو الإيدز وغيرها. أما إذا كان من الأمراض العادية، كالرشح أو الأنفلونزا مثلاً فإنها لا تثير تطبيق قانون الطوارئ مهما اتسع انتشارها بين قطاع المواطنين. والمهم أن يكون ذلك الوباء خطراً جسيماً ويهدد الأمن والسلامة العامة للدولة.

سنسلط الضوء في هذه الجزئية على وباء فيروس كورونا (كوفيد ١٩) الذي انتشر في جميع أنحاء العالم والذي جعل الدول تتخذ إجراءات وتدابير استثنائية للحفاظ على الأمن والسلامة العامة لمواطنيها ، حيث أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية تيدروس أدهانوم غيبريسوس يوم الأربعاء الموافق (١١ مارس/ آذار / ٢٠٢٠) أن المنظمة التابعة للأمم المتحدة باتت تعتبر فيروس كورونا المستجد المسبب لمرض "كوفيد-١٩" الذي يتفشى في مختلف أرجاء المعمورة "وباء عالمياً". ومن هذا المنطلق قامت جميع دول العالم باتخاذ إجراءات صارمة لمنع تفشي الوباء على أراضيها ، تراوحت بين إغلاق المدارس والجامعات والأماكن العامة ، وصولاً إلى حظر التجول في بعض الدول ، وعلى هذا سنوضح الإجراءات التي اتخذتها بعض الدول العربية : أعلنت السلطات الدينية في مصر إغلاق جميع المساجد والكنائس لمكافحة انتشار الفيروس. وحذرت كل من وزارة الأوقاف والكنيسة القبطية الأرثوذكسية في بيانين منفصلين من "الخطورة الشديدة للتجمعات" في انتشار الوباء .وقررت وزارة الأوقاف في بيان نشرته على صفحتها على فيس بوك "إيقاف إقامة صلاة الجمع والجماعات وغلق جميع المساجد وملحقاتها والاكتفاء برفع الأذان في المساجد" من جانبها، أعلنت اللجنة الدائمة للمجمع المقدس أن الكنيسة القبطية أمرت "من منطلق مسؤوليتها الوطنية بـ"غلق جميع الكنائس وإيقاف الخدمات الطقوسية والمقدسات" للفترة نفسها ، وفي رام الله خلت الشوارع من السكان بعد فرض حظر التجول. فيما لم يخل المسجد الأقصى من بعض المصلين الذين لم يكتروا للوباء.

أما بالنسبة للحكومة الأردنية من جانبها فرضت حظر التجول اعتباراً من صباح السبت وحتى إشعار آخر في إطار إجراءات اتخذتها لمواجهة جائحة فيروس كورونا ،وقال وزير الدولة لشؤون الإعلام أمجد العضايلة خلال مؤتمر صحفي "نظراً لما تمر به منطقتنا والعالم أجمع من ظرف صحي طارئ وللمنع انتشار الأوبئة يحظر تنقل الأشخاص وتجوّلهم في جميع مناطق المملكة ابتداء من الساعة السابعة صباحاً من

(١) د. الغويري، أحمد، ٢٠٠٠، إعلان العمل بقانون الدفاع الأردني (قانون الطوارئ) رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣، منشور في مجلة الحقوق، السنة الرابعة والعشرون، عدد ٤ ديسمبر، ص ١١ من البحث، الكويت.

يوم السبت الموافق ٢١ مارس/آذار ٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر" ، وأشار إلى إغلاق جميع المحلات التجارية في الأردن، في حين سيتم الإعلان الثلاثاء المقبل عن أوقات محددة لقضاء المواطنين احتياجاتهم وضمن آلية محددة ، كما قامت الحكومة الأردنية بإغلاق الحدود البرية والجوية للبلاد ، كما حجزت ٣٤ فندقاً لتحويلها إلى مراكز للحجر الصحي ، وحظرت التجمعات التي تضم عشرة أشخاص أو أكثر ، وأغلقت المكاتب العامة والخاصة ، باستثناء قطاع الصحة والخدمات العامة وطالبت منظمة الصحة العالمية دول الشرق الأوسط باتخاذ إجراءات صارمة، خوفاً من تفشي الوباء فيها<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الأحكام العرفية

لقد كان نظام الأحكام العرفية هو النظام السائد لدى مختلف النظم وهو أقدم وجوداً من نظام الطوارئ وكان يطبق في حالات الحرب لتمييز الحالة الاستثنائية في البلاد وكان ينظر إلى الأحكام التي تصدر في ظل هذه الظروف كونها قاسية وتحتوي على إجراءات مخالفة للأحكام العادية فأطلق على هذه الحالة برمتها الأحكام العرفية، وفي الحقيقة كان هناك حالة طارئة أي يوجد حالة تطبق فيها الأحكام العرفية. والمصطلح الحديث هو تحسين لصورة ما تتخذه الحكومة من إجراءات تعسفية وفي الواقع فإنها تصدر أحكاماً عرفية. وعلى هذا سنبين مفهوم الأحكام العرفية، وشروط إعلانها، وأثر إعلانها على حقوق الأفراد.

### أولاً: مفهوم الأحكام العرفية

منح المشرع الأردني للسلطة التنفيذية اتخاذ تدابير وإجراءات استثنائية في ظلها فقد جاء بنص المادة (١٢٥) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته إعلان حالة الأحكام العرفية، إذ جاء بنص المادة سالفه الذكر ما يلي:

١. في حالة حدوث طوارئ خطيرة يعتبر معها أن التدابير والإجراءات بمقتضى المادة السابقة من هذا الدستور غير كافية للدفاع عن المملكة فيجوز للملك بناء على قرار مجلس الوزراء أن يعلن بإرادة ملكية الأحكام العرفية في جميع أنحاء المملكة أو في أي جزء منها. ٢. عند إعلان الأحكام العرفية للملك أن يصدر بمقتضى إرادة ملكية أي تعليمات قد تقضي الضرورة بها لأغراض الدفاع عن المملكة بقطع النظر عن أحكام أي قانون معمول به ويظل جميع الأشخاص القائمين بتنفيذ تلك التعليمات عرضة للمسؤولية القانونية التي تترتب على أعمالهم إزاء أحكام القوانين إلى أن يعفو من تلك المسؤولية بقانون خاص يوضع لهذه الغاية."

وبتحليل نص المادة سالفه الذكر، أجد أن المشرع الأردني قد بين مدى خطورة وجسامة حالة الطوارئ التي تستدعي إعلان العمل بالأحكام العرفية، بحيث تعتبر الإجراءات والتدابير المنصوص عليها في المادة (١٢٤) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته غير كافية للدفاع عن المملكة، وعليه فإن حالة الطوارئ التي تستدعي

(١) الأمم المتحدة، فيروس كورونا: منظمة الصحة العالمية تعلن حالة طوارئ صحية عالمية، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/١٨.

إعلان العمل بالأحكام العرفية تكون على قدر جسيم من الخطورة وتهدد أمن وسلامة الوطن، ولا يكفي إعلان العمل بقانون الدفاع لحماية ودرء هذه المخاطر عن الوطن<sup>(١)</sup>. وعليه وتأسيساً لما تم ذكره أعلاه، يتبين للباحثة أنه يتعين لمشروعية إعلان الأحكام العرفية، أن يظهر عجز التدابير والإجراءات المنصوص عليها بقانون الدفاع لمواجهة هذه الظروف الخطيرة والطارئة، ولا يجوز دستورياً إعلان الأحكام العرفية دون التأكد فعلاً أن الإجراءات والتدابير المنصوص عليها بقانون الدفاع لا تستطيع وحدها حماية أمن وسلامة الوطن، كما أن الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته<sup>(٢)</sup> قد أعطى للسلطة التنفيذية سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى خطورة حالة الطوارئ التي تحيط بالدولة، وفيما إذا كانت تستوجب إعلان العمل بالأحكام العرفية أو لا<sup>(٣)</sup>، وذلك دون أن يكون للسلطة التشريعية أي دور في هذا الصدد، إذ إن الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته لم يعط للبرلمان أي صلاحية في ميدان إعلان الأحكام العرفية أو إنهائها أو حتى تمديدها، الأمر الذي سيؤدي بالنتيجة إلى فتح الباب على مصراعيه للسلطة التنفيذية للتغول على حقوق الأفراد.

### ثانياً: الشروط التي يجب توافرها لإعلان العمل بالأحكام العرفية ووقفها

بتحليل نص المادة (١٢٥) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته، أجد بعض الشروط الشكلية

والموضوعية لحالة الطوارئ التي تقتضي إعلان العمل بالأحكام العرفية، وهي على النحو التالي:

- يجب أن يقتزن إعلان العمل بالأحكام العرفية بموافقة جلالة الملك عليها بناء على قرار صادر عن مجلس الوزراء.
- أن تكون حالة الطوارئ التي تستدعي إعلان العمل بالأحكام العرفية على قدر كبير وجسيم من الخطورة.
- أن تكون الإجراءات والتدابير المتبعة سندا لقانون الدفاع غير كافية للدفاع عن المملكة.
- يوقف العمل بالأحكام العرفية بموجب إرادة ملكية بناء على قرار مجلس الوزراء بهذا الشأن.

### ثالثاً: أثر إعلان العمل بالأحكام العرفية على حقوق الأفراد.

إن إعلان العمل بالأحكام العرفية ذو أثر مباشر على حقوق الأفراد، كما هو الحال في ظلّ تفعيل قانون الدفاع، إلا أنه نظراً للطبيعة الدستورية لحالة إعلان الأحكام العرفية والصلاحيات المطلقة الممنوحة للسلطة التنفيذية في ظلّها التي تتنافى ومبدأ الشرعية القانونية، فإن حالة إعلان الأحكام العرفية تنفرد بأثار عديدة عن حالة تفعيل قانون الدفاع وفقاً لما يلي: إن إعلان العمل بالأحكام العرفية قد يمس بكافة حقوق وحرّيات الأفراد دون وجود أي ضابط

(١) د الحناينة، أسامة أحمد، ٢٠١٠، صلاحيات الملك الاستثنائية في الدستور الأردني، مجلة الكويت، العدد ٤ المجلد ٣٤، ص ٣٣٢، الكويت.

(٢) جاء في قرار مجلس الوزراء بتاريخ ١٩٥٧/١٤/٢٥ " بالنظر إلى الطوارئ الخطيرة التي تجتازها البلاد في الظروف الحاضرة مما يعبر معها أن التدابير والإجراءات القائمة في الوقت الحاضر بموجب قانون الدفاع وفقاً للمادة ١٢٤ من الدستور غير كافية للدفاع عن الوطن، واستناداً إلى نص المادة ١٢٥ من الدستور يقرر مجلس الوزراء بالالتماس من جلالة الملك معظم وفقاً لصلاحياته الدستورية بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ المشار إليها، أن تعلن الأحكام العرفية في جميع أنحاء المملكة اعتباراً من تاريخ ٢٥ نيسان ١٩٥٧ ."

(٣) قانون الدستور الأردني وتعديلاته لسنة ١٩٥٢ والمعدل لسنة ٢٠١٦ م.

قانوني محدد، خلافا لما هو الحال في ظلّ تفعيل قانون الدفاع الذي تناول صلاحيات السلطة التنفيذية بتقييد حقوق وحرّيات محددة على سبيل الحصر تقتضيها ضرورة الدفاع الوطني، ففي حال إعلان الأحكام العرفية يباح للسلطة التنفيذية اتخاذ أي إجراءات من شأنها الدفاع عن أركان الدولة ومقوماتها، ويكون في ذلك الشأن سلطة تقديرية واسعة لأصحاب الاختصاص بناء على تعليمات تصدر من جلاله الملك وذلك وفقا لنص المادة (٢/١٢٥) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته التي جاء فيها:

٢- عند إعلان الأحكام العرفية للملك أن يصدر بمقتضى إرادة ملكية أي تعليمات قد تقضى الضرورة بها لأغراض الدفاع عن المملكة بقطع النظر عن أحكام أي قانون معمول به ويظلّ جميع الأشخاص القائمين بتنفيذ تلك التعليمات عرضة للمسؤولية القانونية التي تترتب على أعمالهم إزاء أحكام القوانين إلى أن يعفو من تلك المسؤولية بقانون خاص يوضع لهذه الغاية." أن إعلان العمل بالأحكام العرفية مناصه إيجاد حالة من السلطوية والسيطرة الاجتماعية الكاملة، من خلال اتخاذ السلطة التنفيذية إجراءات صارمة ضد أفراد المجتمع تتحكم من خلالها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للشعب، وصولاً إلى حالة قد تجعل من الدولة بوليسية الطابع لاسيّما أن حالة إعلان الأحكام العرفية غير منضبطة بزمان أو مكان. إن إعلان العمل بالأحكام العرفية قد يصل إلى حد مخالفة أسمى حقوق الأفراد وحرّياتهم دون رقيب أو حسيب، كونه يعطي الحق للسلطة التنفيذية بمجانبة كافة القوانين والأنظمة المعمول بها ومخالفتها، بما في ذلك القوانين التي ترعى حقوق الأفراد، حيث إن نص المادة (٢/١٢٥) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته قد نصّت صراحة على جواز أن تخالف التعليمات التي تصدر في ظلّ حالة إعلان الأحكام العرفية القوانين والأنظمة المعمول بها التي قد تدرج من ضمنها النصوص الناظمة لحقوق الأفراد وحرّياتهم. إن الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظلّ حالة إعلان الأحكام العرفية وضبط مدى مشروعيتها أعمالها، قد تكاد تكون معدومة، وعلاوة على ذلك تجد الباحثة أن نص المادة سالفه الذكر قد أتاح للأشخاص القائمين على إنفاذ التعليمات الصادرة من قبل جلاله الملك التملص من مسؤولياتهم القانونية إزاء مخالفة القوانين السارية المفعول بموجب قانون خاص يصدر بهذا الشأن، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن النص إذ أباح بمطلعه لجلالة الملك إصدار أي تعليمات -بغض النظر عن مخالفتها القوانين السارية المفعول- فإنه من باب أولى أن يعتبر إنفاذ أشخاص السلطة التنفيذية للتعليمات المخالفة بأصلها للقوانين من قبيل الأعمال المشروعة التي لا تخضع للرقابة<sup>(١)</sup>، على نحو تسمو به التعليمات العرفية على أي قوانين خلافا لقواعد التدرج التشريعي، مما يعطي الحق لأشخاص السلطة التنفيذية التدرع بالتعليمات في حالة انتهاكهم لحقوق الأفراد وحرّياتهم مما شأنه توسيع نطاق سطوة السلطة التنفيذية على حقوق الأفراد وحرّياتهم في ظلّ إعلان الأحكام العرفية.

(١) د . العضالفة ، أمين ، ٢٠٠٣ ، سلطات الملك الدستورية ودورها في الحفاظ على الدستور ، مجلة مؤتم للبحوث ، العدد ٧ ، المجلد ١٨ ، ص ٣٠٤ عمان .

## المبحث الثاني

### تأثير قانون الطوارئ على حقوق الإنسان

لقانون الطوارئ أثر كبير على مدى احترام حقوق الأفراد التي كانت مصنونة شيئاً ما في ظل الظروف الاعتيادية، حيث كانت القوانين تحميها ويتجلى هذا الأثر لما ينقص من ضمانات الأفراد في تشريعات الطوارئ والأحكام العرفية فعلى صعيد الحريات الفكرية والأدبية والصحفية فإنها تتأثر كثيراً، فليس من الغريب أن نجد السلطة تبدأ بمراقبة الصحف والمجلات ودور النشر والصحافة وتمارس عليها رقابة شديدة تصل إلى درجة إغلاق أماكن طبعتها ومصادرة المطبوع منها ومنع بعضها من الصدور بحجج أنها تثير الإشاعات وتحرض على أعمال العنف أو تحرض ضد السلطة، وأما ما يخص أثر قوانين الطوارئ على حرية انتقال الأفراد فهذا أثره واضح فيما إذا قامت السلطة بغلق بعض المناطق من البلاد ومحاصرتها وعزلها عن غيرها، كذلك تقوم بإخلاء بعض المناطق وتعيق المواصلات وتضع قيوداً صارمة على حرية انتقال الأفراد وتحديد أوقات معينة لفتح وإغلاق المحال العامة وتحديد أوقات لحظر التجوال في الأماكن العامة وفي الشوارع والمدن وفيما يخص القضاء فيكون لإعلان قانون الطوارئ أثر كبير على مبدأ استقلالية القضاء والفصل بين السلطات ففي ظل قانون الطوارئ تعطى بعض صلاحيات القضاء في الاعتقال والحجز إلى أفراد السلطة الإدارية، فنرى مثلاً قائد الشرطة في ظل قانون الطوارئ يملك صلاحيات قاضي التحقيق من توقيف للمشتبه بهم وإحالتهم على المحاكم الاستثنائية والعسكرية التي تشكل في هذه المرحلة، وسنتطرق إلى تأثير قانون الطوارئ على الحقوق المدنية والسياسية وغيرها في المطلب الأول كما سيتم التركيز في هذا المطلب على أزمة كورونا، وسنوضح بالمطلب الثاني الضمانات الوطنية والدولية لحماية حقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ.

### المطلب الأول

#### تأثير قانون الطوارئ على الحقوق المدنية والسياسية وغيرها

وفقاً للقانون الدولي لحقوق الإنسان وعلى الخصوص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦، لا سيما الفقرة الثالثة من المادة الرابعة منه، يجب على الدول التي تعلن حالة الطوارئ عدم تعليق الحقوق غير القابلة وهي: الحق في الحياة وتحريم ممارسة التعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو الإخضاع للتجارب الطبية أو العلمية دون موافقة وحظر الرق والاتجار بالرقيق والعبودية وحظر اعتقال أي شخص لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية ومبدأ المساواة في مجال القانون الجنائي. وعلى هذا سوف أقوم بتوضيح مدى تأثير قانون الطوارئ على الحقوق المدنية والسياسية وغيرها من الحقوق في ظل الأزمة التي نعيش بها حالياً وهي تفشي فيروس كورونا (كوفيد ١٩) حيث إنه في ١٦ مارس ٢٠٢٠، دعت مجموعة من خبراء الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان، الدول على عدم المبالغة في الإجراءات الأمنية المتخذة لمواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد، ونهت عن استعمال الصلاحيات الاستثنائية في حالة الطوارئ المعلنة بسبب تفشي الفيروس لقمع المعارضة، أو التمييز، أو القمع بحجة حماية الصحة، أو عرقلة عمل المدافعين عن حقوق الإنسان. وعليه سوف نتطرق لبعض القيود المفروضة على أهم حقوق الإنسان التي تسببت فيها طوارئ فيروس كورونا.

## ١) الحق في التعليم

حق التعليم من أهم هذه الحقوق ويعني أن لكل شخص حقاً في التعليم، وذلك بتلقي قدر من التعليم بتهيئة فرصة له على قدم المساواة مع غيره دون تمييز بسبب الثروة والجاه<sup>(١)</sup>. وهذا الحق مصان في الكثير من دساتير الدول وكذلك في الإعلانات والمواثيق الدولية التي أكدت حق التعليم المجاني والإلزامي للأفراد خاصة في المرحلة الابتدائية والأساسية، خاصة أنه تم إقرار الحق في التعليم بمقتضى صكوك حقوق الإنسان حيث كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٩، بمقتضى المادة ٢٦<sup>(٢)</sup>، كما أقره العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بمقتضى المادة ١٣<sup>(٣)</sup>، ولكفالة ممارسة هذا الحق رتبته على عاتق الدول إلزامية ومجانية التعليم. وفي ظل قانون الطوارئ يتراجع الفكر وتخنق الحريات والابداع وتغيب الثقافية النقدية، وتسوء حالة البحث العلمي والتربية والتعليم ويغيب الرأي والتعبير وتصادر الصحف والمطبوعات ولكل ذلك أثره السلبي على الحقوق الثقافية المكفولة للفرد دولياً وداخلياً. وفي ظل تفشي كورونا اتخذت العديد من الدول مجموعة من التدابير لمنع انتشار الفيروس والوقاية منه، تم بمقتضاه تعليق الدراسة لإغلاق المدارس دون إكمال السنة الدراسية، وكانت قد قامت بعد الدول بتحويل التعليم من وجاهي إلى التعلم من بعد ومن هذه الدول المملكة الأردنية الهاشمية حيث قام رئيس الوزراء الأسبق عمر الرزاز بإصدار أوامر الدفاع ومن بين هذه الأوامر تحويل التعليم من وجاهي إلى تعلم من بعد بسبب انتشار الفيروس في البلاد.

## ٢) حرية الرأي والتعبير

تعني أن يكون لكل إنسان رأي خاص، يجهر بهذا الرأي ويعلنه على الآخرين، ولل فرد أن يعبر عن آرائه وينشرها سواء بالقول أو الكتابة أو التصوير أو بأي وسيلة أخرى. وهي تشمل الصحافة والسينما والمسرح، كما أن حرية الرأي والتعبير بكافة وسائلها مصانة بموجب القوانين والمواثيق، ولكن بالرغم من ذلك يجوز أثناء حالة إعلان الطوارئ أن يفرض على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومي استناداً لما سبق جاء في نص المادة ١٥ فقره ٥ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ التي تنص على أنه "يجوز في حالة إعلان الأحكام العرفية أو الطوارئ أن يفرض القانون على الصحف والنشرات والمؤلفات ووسائل الإعلام والاتصال رقابة محددة في الأمور التي تتصل بالسلامة العامة وأغراض الدفاع الوطني"، ويجوز قانون الطوارئ للسلطة التنفيذية في بعض الدول فرض الرقابة على الصحف والمطبوعات ومصادرتها وحبس الصحفيين وإصدار أحكام نهائية بحقهم ومحاكمة

(١) المادة (١٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

(٢) نصت المادة (٢٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٩ على " لكل شخص حق في التعليم، ويجب أن يوفر التعليم مجاناً، على الأقل في مرحلته الابتدائية والأساسية، ويكون التعليم الابتدائي إلزامياً، ويكون التعليم الفني والمهني متاحاً للعموم، ويكون التعليم العالي متاحاً للجميع.

(٣) المادة (١٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.



الصحفيين أمام المحاكم الاستثنائية بسبب ما ينشرونه من آراء . في الكثير من الدول، لم تحترم الحكومات الحق في حرية التعبير، واتخذت إجراءات ضد الصحفيين والعاملين في الرعاية الصحية، ما أدى إلى تقليل فاعلية التواصل عند بداية تفشي المرض، وأبطل الثقة في عمل الحكومة ، فالحكومة الصينية أخفت في البداية عن الجمهور معلومات رئيسة عن فيروس كورونا، وأخفت الإبلاغ عن وجود الإصابات وحدتها ، وتجاهلت إمكانية انتقاله بين البشر، كما قامت السلطات باحتجاز الذين ينشرون تقارير عن الوباء عبر وسائل التواصل الاجتماعي والإنترنت، وفرضت رقابة على النقاشات الخاصة بالوباء على الإنترنت على أساس أنها ترويج للإشاعات، إذ تتبوعوا الطبيب لي وينليانغ في مستشفى في ووهان بتهمة "ترويج لإشاعات"، عقب تحذيره من الفيروس الجديد عبر الإنترنت، وتوفي هذا الطبيب بسبب فيروس كورونا.

### ٣) الحق في السكن

لقد اعتبرت مقرررة الأمم المتحدة الخاصة المعنية بالحق في السكن اللائق "ليلاني فرحة"، أن المسكن يمثل خط الدفاع الأول ضد فيروس كورونا المستجد <sup>(١)</sup> بالرغم من أن المسكن قليل ما يشكل مسألة حياة أو موت. وحثت الدول على اعتماد تدابير طارئة للوقاية من التشرد، وضمان الوصول إلى مسكن لائق، طالما أن الدول تطلب من الكل البقاء في المنزل بغية منع تفشي فيروس كورونا المستجد. وتبعاً لذلك، من الإلزامي أن تعتمد الحكومات إجراءات عاجلة لمساعدة الذين ليس لديهم مسكن لائق، وإتاحة مساكن لحالة الطوارئ، بما في ذلك استعمال الوحدات السكنية الفارغة والمهجورة، والإيجارات القصيرة المدة، مع تقديم الخدمات للمتضررين من الفيروس الذين بحاجة للعزل، وعدم معاقبة أحد لكونه من المشردين أو يعيش في مساكن غير لائقة لدى تنفيذ تدابير احتواء الفيروس.

### ٤) الحق في التنقل

حرية الحركة أو حرية التنقل أو حرية السفر هي أحد حقوق الإنسان التي يحترمها الدستور في الكثير من الدول، والتي تنص على أن مواطني الدولة لهم حرية السفر والإقامة والعمل في أي مكان يرغب من تلك الدولة دون تعدي على حريات وحقوق الآخرين وأن يغادر تلك الدولة وأن يعود إليها في أي وقت، فنصت القوانين والأعراف الدولية عليها، وهذا ما ورد في المادة ١٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان <sup>(٢)</sup>. كما جاء أيضاً في المادة ١٢ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية " لكل فرد حرية التنقل واختيار مكان سكناه في أي مكان في نطاق الدولة التي يتواجد فيها بشكل شرعي"، كما " يحق لأي فرد أن يغادر أي دولة بحرية بما في ذلك دولته هو" بالحقوق المدنية والسياسية، حرية التنقل شرط لا غنى عنه للتطوير الحر للإنسان. وهي تتفاعل مع عدة حقوق أخرى. وبالقيود المسموح بفرضها على الحقوق المكرسة بمقتضى المادة ١٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

<sup>(١)</sup> مجلس حقوق الإنسان، خبيرة الأمم المتحدة: " المسكن هو خط الدفاع الأول ضد تفشي فيروس كورونا.

<sup>(٢)</sup> نصت المادة (١٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يأتي: ١- لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة، ٢- يحق لكل فرد أن يغادر أي بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه.



والسياسية، يتوجب ألا تبطل حرية التنقل، مع إلزامية تقديم تقارير من الدول التي تقيد الحق في التنقل، تحتوي معلومات عن القواعد القانونية والممارسات الإدارية والقضائية المحلية المتعلقة بالحقوق المكرسة بمقتضى المادة ١٢<sup>(١)</sup>، حيث اشترطت "الجهة المعنية بالحقوق المدنية السياسية"، لتقييد حرية التنقل في الظروف الاستثنائية المتخذة لحماية الصحة العامة، أن تكون هذه القيود قانونية، وضرورية، ومتناسبة، وأن تكون متلائمة وكل الحقوق الأخرى المقر بها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. حيث اتخذت الصين حجراً صحياً شاملاً لا يحترم حقوق الإنسان وعرقلة الحركة والتنقل مما أدى إلى صعوبة الوصول إلى الرعاية الطبية ومستلزمات الحياة الأخرى، وتسبب في وفاة المصابين بالفشل الكلوي وأمراض السرطان، وانتشار المرضى....، وفي المقابل هناك دول مثل إيطاليا فرضت عرقلة الحركة إلا أنها وفرت فيها حماية أكبر للحقوق الفردية، لأنها فرضت تدابير التقييد بشكل تدريجي.

## ٥) الحق في الصحة

يعد الحق في الصحة من الحقوق الأساسية للإنسان، لذلك تسعى جميع الدول العالم إلى بذل أقصى جهودها من أجل توفير أعلى مستوى من الصحة لمواطنيها، وقد تطلب تفعيل هذا الحق ضرورة اتباع سياسيات صحية، ووضع الاتفاقيات الدولية بحقوق الإنسان التي تتضمن الحق في الصحة، موضع التنفيذ في الدول الأطراف، من خلال تشريعات وطنية ملائمة للتشريعات الدولية. وقد عني القانون الدولي لحقوق الإنسان بالحق في الصحة واهتم بها اهتماماً واضحاً وصريحاً، إذ تضمنت الشريعة الدولية الإشارة لهذا الحق في المادة (٢٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أن " لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته"، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية " كما تضمنت المادة (١٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ الإشارة لهذا الحق من خلال نصها على " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه". وبناء على ذلك صرحت المفوضية السامية لحقوق الإنسان في إطار المبادئ التوجيهية خاصة بكوفيد - ١٩<sup>(٢)</sup>، بأن احترام كامل حقوق الإنسان، بما في ذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والحقوق المدنية والسياسية، في للتدابير المتخذة بهدف وقف انتشار الوباء وهو رئيسي لنجاح خطط الصحة العامة المتخذة للاستجابة للوباء والتعافي منه.

## ضمان الحق في الصحة

كما تحدثنا سابقاً لقد تم تكريس الحق في الصحة بموجب العديد من الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، حيث أقر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الحق في الصحة، ورتب على عاتق

(١) اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة السابعة والستون (١٩٩٩)، التعليق العام رقم (٢٧)، المادة ١٢ (حرية التنقل)، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا.

(٢) المفوضية السامية لحقوق الإنسان، باثيلت: يجب أن تحتل حقوق الإنسان الأولوية عند التصدي لفيروس كورونا.

الدول الالتزام باتخاذ التدابير اللازمة والفعالة للوقاية من الأمراض الوبائية وعلاجها ومكافحتها. حيث يتطلب الحق في الصحة أن تكون المرافق والخدمات الصحية متاحة بشكل كاف والجميع دون تمييز، وأسعارها في متناول الجميع، بمعنى أنها تحترم أخلاقيات مهنة الطب عالية الجودة، ففي كوفيد-١٩ يجب على الدول توفير وإتاحة خدمات تشخيص ورعاية مرضى كوفيد-١٩، وبأسعار معقولة، وذات جودة عالية، مع وجوب تحديد للفئات السكانية الأكثر عرضة والوصول إليها بشكل محدد الأهداف. كما قامت منظمة الصحة العالمية بوضع سبع محددات لغرض محاربة وباء كورونا ومنع انتشاره وهي: ١- تدابير تختص بالسفر والتبادل التجاري. ٢- دعم البلدان التي لديها نظم صحية ضعيفة ٣- التسريع بتطوير اللقاحات والتشخيص ٤- التصدي لانتشار الإشاعات والأنباء المغلوطة ٥- تحديد الخطط والموارد اللازمة لتحديد وعزل الأشخاص المصابين ومنع انتشار المرض ٦- تبادل البيانات والتجارب بين الدول ومنظمة الصحة العالمية ٧- فضلاً عن ضرورة قيام الدول بالعمل بروح التضامن لمواجهة الوباء والقضاء عليه.

فضلاً عن تلك الإجراءات فقد عملت بعض الدول على إعلان حالة الطوارئ ومنها ما عمدت إلى فرض حالة عدم التجول وتقييد حركة التنقل للأشخاص، الأمر الذي من شأنه التقليل من انتشار المرض وعدم تزايد، والعمل على احتوائه للوصول إلى القضاء عليه، فهو وباء عالمي، ينتقل بشكل سريع ومؤثر وقد يؤدي بحياة الأشخاص. إن إعلان حالة طوارئ صحية عامة تثير قلقاً دولياً، فهي حالة استثنائية تنتهي بزوال الأسباب التي أدت إلى إعلانها ومن ثم فهي إجراءات احترازية من جانب منظمة الصحة العالمية وما استتبعها من إجراءات تتصل بها وكذلك تعاون الدول في إعلان مثل لها داخل حدودها أو تعزيز من الإجراءات الوقائية كحظر التجول وحظر التنقل ومنع السفر وقطع الاتصال بين مدن ومحافظات الدولة الواحدة وتوقف التعليم وتعطيل الدوام الرسمي، وغيرها من الإجراءات إنما هي تهدف إلى غاية واحدة حماية وتعزيز حق الإنسان في صحته<sup>(١)</sup>.

حسبما جاء في المبادئ التوجيهية الخاصة بكوفيد ١٩ للمفوضية السامية لحقوق الإنسان، لا يتعين أن تعالج الاستراتيجيات الصحية أبعاد الوباء الطبية فحسب، بل يتعين أن تنظر كذلك لحقوق الإنسان وعواقب التدابير المتخذة في سياق الاستجابة للوباء على كل من الجنسين. كما حثت "مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان"، على وجوب إتاحة العلاج للجميع من دون أي تمييز، بما في ذلك الأكثر ضعفاً وتهميشاً، ما يعني القضاء على كل الحواجز المترسخة أساساً التي تعيق الحصول على العلاج، وعدم حرمان أي شخص من العلاج المناسب وفي الوقت الملائم، لعدم تمكنه من تحمل تكلفته، أو نتيجة تحيز قائم على السن، أو الإعاقة، أو النوع الاجتماعي أو الميول الجنسية تعيقه من الوصول للعلاج. كما أعلنت مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان "ميشيل

(١) نصت المادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة ١٩٧٦، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ (د-٢١) المؤرخ في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦، تاريخ بدء النفاذ: ٣ يناير ١٩٧٦، وفقاً للمادة ٢٧، على "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. حقوق التي لا يجوز تقييدها وهي الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الحقوق في زمن الكوفيد ١٩، ص ١٦-١٧.

باشيلىت" أن مكافحة تفشي الفيروس بطريقة فعالة يعني أن نضمن حصول الجميع على العلاج وعدم حرمانهم من الرعاية الصحية لمجرد أنهم لا يستطيعون دفع ثمنها. ومن هذا المنطلق يجب حماية الأشخاص المحرومين من حريتهم وهم الأشخاص (المحتجزون في السجون والموجودون في مؤسسات الرعاية) المعرضون بشكل كبير لخطر الإصابة بالفيروس في حالة تفشيه ، لذا يجب على الدول اتخاذ كافة التدابير اللازمة التي تكفل لهؤلاء الأشخاص الرعاية الصحية اللازمة والوقائية، فضلاً عن تمكينهم من الوصول إلى المعلومات عن هذا الوباء كما يتعين اتخاذ خطوات لتقليص إمكانية انتشار الفيروس في السجون ، بما يشمل الحد من الاكتظاظ عن طريق إطلاق سراح السجناء غير الخطرين ، وكفالة حصول السجناء على جميع خدمات الوقاية والتشخيص والعلاج الضروري ، بما فيه القدرة على العزل الذاتي.

## ٦) الحق في العمل

ويقصد به حق كل إنسان في الحصول على عمل يقات منه وله الحرية في اختياره، ويتفرع عن هذا الحق في أن يتقاضى أجوراً عادلة مناسبة وحقه في الحماية من البطالة في حالة الإصابة والعجز والمرض وحقه في أن يتقاضى أجوراً تتناسب والعمل الذي يقوم به دون تمييز بما يكفل له ولأسرته حياة كريمة. ولا يستطيع الأفراد التمتع بهذا الحق إلا من خلال تدخل الدولة بإيجاد فرص العمل والرقابة المستمرة على ظروف العمل وأوضاع العمال ووضع التشريعات اللازمة ومتابعة تنفيذها وهذا كله ضروري ومهم لعمارة الدولة وتنمية الإنتاج وتلبية حاجات المجتمع<sup>(١)</sup>. ولقد تناولت الوثائق والإعلانات الدولية والإقليمية المهتمة بحقوق الإنسان هذا الحق وعملت على كفالاته وحمايته لكونه من أكثر الحقوق الإنسانية التصاقاً بالحق في الحياة ذلك أن حق الإنسان في الحياة بكرامة لا يكتمل بالنسبة للغالبية العظمى من البشر ما لم تتوافر لهم القدرة والإمكانية على الحصول على الرزق وبصورة لا تعرضهم للإهانة. وفي ظل قانون الطوارئ يتعرض حق العمل لانتهاكات وخروقات كثيرة خاصة أن قوانين الطوارئ في دول كثيرة تعطي للسلطات حق إلزام الأفراد على العمل دون مقابل أي (أعمال السخرة) فضلاً عن ذلك لهذا القانون أثره على الاستثمارات في الدولة حيث يؤدي إلى تراجع الاستثمارات الجديدة نظراً للقيود التي تضعها على هذه الاستثمارات. ويؤدي ذلك إلى تقليل فرص العمل مما ينتج عنه من تفاقم في مشكلة البطالة مع الضعف العام في مستوى الأجور الفعلية بشكل يجعل معظم العاملين بأجر تحت خط الفقر، وبناء على ما سبق أثرت جائحة كورونا على حق العمل تأثيراً كبيراً، وذلك بسبب الإجراءات التي فرضتها بعض الدول، ومن هذه الإجراءات الإغلاق الكلي أو الجزئي لأماكن العمل بسبب وباء كورونا انعكس سلباً على أكثر من ٨١% من القوى العاملة العالمية والبالغ عددها ٣,٣ مليار شخص، فخرس الملايين أعمالهم وتوقفت دورة الإنتاج في أغلب دول العالم. ومع استمرار غالبية دول العالم في فرض إجراءات وقيود مشددة على حركة التنقل والعمل ضمن سياسات منع انتشار جائحة فيروس كورونا التي تجتاح العالم وتسببت بعشرات آلاف الضحايا ومئات آلاف الإصابات،

(١) نجيب، سحر محمد، ٢٠٠٣، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة الموصل، ص ٣٩.

يواجه العمال في كثير من الدول انتهاكات متعددة الأوجه تمس بحقوقهم الأساسية، وقامت منظمة العمل الدولية بنشر تقرير حذرت فيه من التداعيات "الدمرة" التي ستخلفها جائحة كورونا على الوظائف والإنتاج حول العالم، مؤكدة أن سوق العمل يواجه "أسوأ أزمة عالمية منذ الحرب العالمية الثانية"، وتوقعت المنظمة أن تؤدي أزمة وباء فيروس كورونا المستجد إلى إلغاء ٦,٧ بالمئة من إجمالي ساعات العمل في العالم في النصف الثاني من عام ٢٠٢٠، أي ما يعادل ١٩٥ مليون وظيفة بدوام كامل، من بينها ٥ ملايين في الدول العربية".

## المطلب الثاني

### الضمانات الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ

مع أن حالة الطوارئ تفرض التحلل من القوانين العادية من خلال إلغائها والإعمال بالقوانين الاستثنائية التي هدفها حماية الدولة من مخاطر هذه الحالة، إلا أنه قد تكون هذه القوانين الاستثنائية سببا في انتهاك حقوق الإنسان، الأمر الذي يجعلنا لا نعرف من الأولى بالحماية، هل الدولة أو الفرد؟ ونقول هنا إن الدولة لها الحق في التحلل من القوانين العادية والعمل بالاستثنائية ما دامت هذه الأخيرة هدفها حمايتها، لكن رغم ذلك لا يجب استعمال هذه القوانين الاستثنائية بشكل تعسفي بحيث تقوم بانتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان باسم حالة الطوارئ، فإذا عدنا إلى المواثيق الدولية باعتبارها أسمى من الدساتير الوطنية نلاحظ أنها وضعت قيودا على بعض الحقوق التي لا يجب المساس بها بذريعة وجود حالة الطوارئ، فهذه المواثيق وضعت ضوابط لحالة الطوارئ، ساعية إلى حماية الإنسان من أي أذى يلحق به.

### أولاً: الضمانات الوطنية لحماية حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ

إن ممارسة الحقوق تتأثر سلباً أو إيجاباً بقوة الضمانات التي توفر لها، فكل ما يحرم الدستور إتيانه من أعمال وتصرفات تشكل مساساً أو اعتداء على حقوق الأفراد يعد ضمانات قوية لها، فالضمانات الداخلية أي التي تنص عليها دساتير وقوانين الدول تعتبر ضمانات مهمة لتحقيق وإعمال حقوق الإنسان وفي مقدمة هذه الضمانات الضمانات الدستورية التي ينص عليها الدستور باعتباره القانون الأعلى في الدولة والتي تخضع لها القوانين الأخرى وتتبعها درجة، والشرعية الدستورية ترتكز على كل من الديمقراطية، وسيادة القانون واحترام الحقوق، إلا أن أحداً لا يجادل في أن الظروف الاستثنائية تسمح بوضع قيود على الحقوق. فالضمانات التي توفرها الشرعية الدستورية في الظروف العادية لا تطبق بذاتها في الظروف الاستثنائية لأن أهمية المحافظة على النظام العام المعرض للخطر تبدو أكثر دقة في الظروف الطارئة عنها في الظروف العادية، مما يجعل التوازن بين مراعاة النظام العام كالمصلحة العامة أمراً واجباً في إطار التوازن بينه وبين الحقوق. وفي نطاق الظروف الطارئة لا يمكن أن يتم التوازن على حساب المصلحة العامة. لأنه بدون حماية النظام العام سوف تتعرض الحقوق للخطر.

أهم الضمانات الداخلية التي احتوتها قوانين الدولة وداستيرها والتي لو طبقت على أرض الواقع لكان لذلك دوره الفعال في حماية حقوق الأفراد من الانتهاك قدر الإمكان عند العمل بقانون الطوارئ وسنتناول هذه الضمانات وهي:

**١) ضمانات احترام مبدأ الفصل بين السلطات** حيث إن لهذا المبدأ دوراً مهماً في احترام القوانين وفي تطبيقه بصورة صحيحة إذ إن جمع السلطات الثلاثة في يد هيئة واحدة يؤدي إلى عدم استقرار القوانين وتجريدها من العمومية والحيدة. ويعد مبدأ الفصل بين السلطات هو أفضل ضمان لحماية حقوق الإنسان يكمن في تطبيقه مبدأ الفصل بين السلطات الذي يساعد على توزيع الوظائف بين عدة أطراف بشكل يضمن حقوق الأطراف ويمنع التجاوز عليها وذلك لأنه لا يوجد من الناحية الواقعية ما يمنع محتكر السلطة من ممارستها على حساب حريات الأفراد وحقوقهم طالما كان هو الوحيد الأمر النهائي<sup>(١)</sup>. ولكن يلاحظ كيف أن هذا المبدأ ينتهك وذلك بهيمنة الهيئة التنفيذية على الهيئة التشريعية والقضائية وذلك عن طريق ممارستها صلاحيات تنظيمية واسعة متعلقة بحقوق الإنسان من خلال تجاوزه لاختصاصاتها الممنوحة إليها من الهيئة التشريعية سواء في حالة التفويض التشريعي أو في حالة الظروف الاستثنائية وحالة الطوارئ أو في حالة غيبة البرلمان. والذي يهمنها هو حالة الطوارئ إذ لوحظ أنه في ظل قوانين الطوارئ كيف أن هذا المبدأ يخرق وذلك بتجاوز السلطة التنفيذية على اختصاص السلطات الأخرى في الدولة من خلال الصلاحيات الكثيرة الممنوحة لها بموجب قوانين الطوارئ وسنبين هذه التجاوزات من خلال ما يلي<sup>(٢)</sup>:

#### - تجاوز قوانين الطوارئ لصلاحيات السلطة التشريعية ومظاهر هذا التجاوز تتجلى بما يلي

- تنيط أغلب قوانين الطوارئ حق إعلان حالة الطوارئ في البلاد أو في جزء منه بالسلطة التنفيذية ومن المسلم به أن هذا الإعلان أمر خطير جداً في حياة البلاد العامة. فهو يؤدي إلى فرض قيود استثنائية على سلوك المواطنين وتصرفاتهم، ويؤول إلى تعطيل الضمانات الأساسية للإنسان التي صانها الدساتير وأقرتها مبادئ القوانين الأساسية في المجتمعات الإنسانية. لذلك فإن إعلان حالة الطوارئ كلياً أو جزئياً هو في الأصل عمل من أعمال السلطة التشريعية، ولا يجوز أن يوكل إلى السلطة التنفيذية إلا بصورة مؤقتة وتحت شروط دقيقة ومحددة وكافية وتحت رقابة السلطة التشريعية من أجل ضمان عدم استخدام السلطة التنفيذية (حالة الطوارئ) وسيلة تلجأ إليها كلما أرادت، تحقيق أهدافها.
- بعد أن يضع قسم من قوانين الطوارئ القيود والتدابير الاستثنائية على حقوق الإنسان، أثناء حالة الطوارئ. تضيف نصاً يجيز للسلطة التنفيذية توسيع هذه القيود عند الاقتضاء، أو تضيقها حسب الأحوال.
- تخول أغلب قوانين الطوارئ الحاكم العرفي أو نائبه صلاحية تحديد العقوبات التي تفرض على مخالفة الأوامر الصادرة من أحدهما. وهذا الحكم مخالف للمبدأ الدستوري المعمول به في أغلب دول العالم مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني". فالمرشح هو الذي يحدد نوع العقوبة ومقدارها، وهذا التحديد هو

(١) د سرور، أحمد فتحي، ٢٠٠٣، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ص ١٣، بيروت.

(٢) نجيب، سحر محمد، مصدر سابق، ص ٥٦.

عمل من أعماله، ولا يجوز أن يفرض به أي سلطة مهما كانت الظروف، ومثال ذلك عندما قام رئيس الوزراء في الأردن، بفرض عقوبة على من يخالف قانون الدفاع تتمثل بالسجن حتى ثلاث سنوات أو بغرامة ٣ آلاف دينار أردني.

- تجاوز قوانين الطوارئ لصلاحيات السلطة القضائية ومظاهرة هذا التجاوز تتجلى بما يلي:  
١- التوقيف الاحتياطي ( الحبس الاحتياطي \_ التوقيف المؤقت ) تدبير قضائي محض ، أحاطته قوانين الأصل والإجراءات الجنائية بقيود شديدة لحماية الفرد من التعدي على حقوقه وحرياته الأساسية.

وقد جاءت قوانين الطوارئ ووضعت هذا الإجراء الخطير في يد السلطة الإدارية واستثنته من الأحوال والإجراءات المنصوص عليها في قوانين أصول المحاكمات الجنائية، وقيدته بالقيود المنصوص عليها في قانون الطوارئ، وهي قيود لا تتضمن حتى الحد الأدنى من الضمانات التي أيدتها الدساتير والمواثيق والمعاهدات الدولية.

٢- بالإضافة إلى التوقيف الاحتياطي هنا قيود أخرى تفرضها قوانين الطوارئ على الأشخاص والأشياء، في الاجتماع والتنقل والإقامة والمرور وفي تفتيش الأشخاص والأماكن، وفي مراقبة الرسائل والصحف والنشرات والمطبوعات ووسائل التعبير في مختلف أنواعها وفي إغلاق المحال العامة والاستيلاء على المنقول أو العقار وسحب تراخيص الأسلحة وغيرها من القيود، وهذه القيود هي من اختصاص السلطة القضائية، ولكن جاءت قوانين الطوارئ فسحبها من يد هذه السلطة، ووضعتها في يد السلطة التنفيذية.

وعلى ضوء ذلك يتوجب على السلطة التنفيذية أن تتخذ أثناء قيام حالة الطوارئ التدابير الضرورية، لمواجهة الظروف الطارئة التي دعت إلى إعلان حالة الطوارئ، وأن لا تتجاوز في ردود الأفعال على حساب حقوق الأفراد فعليها أن تحقق مبدأ التوازن بين تلك الحالات الاستثنائية واحترام حقوق الإنسان.

## (٢) ضمانات الرقابة القضائية

إن نزاهة واستقلال القضاء هو حق من حقوق الإنسان أكثر من كونه امتيازاً للسلطة القضائية فمراعاة حقوق الإنسان في أي بلد يتطلب وجود نظام قانوني إنساني وإطار فعال لإقرار العدل يضمن للمواطنين حقوقهم الأساسية، وذلك عن طريق استقلال القضاة. فالقضاة يجب أن يكونوا أحراراً مستقلين لا سلطان عليهم غير سلطان القانون<sup>(١)</sup>. ولكون الرقابة القضائية من الضمانات الأساسية لحماية حقوق الإنسان ، لا بد من الحديث عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أهم ضمانات لحقوق الإنسان لكونها : ١ - تحمي الشعب من نوابه وتعني أن سلطة الشعب فوق الجميع والدستور هو الميثاق الذي يحكم الشعب، والمشرعون هم نواب الشعب ، ويعملون بتفويض مؤقت بموجب الدستور فإذا خالفوا الدستور فإن السلطة القضائية تقوم بدورها الحيوي في التأكد من دستورية القانون وإلغائه أو الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور وهكذا تحمي السلطة القضائية الشعب من نوابه . ٢- الرقابة

(١) أحمد، نشأت، ٢٠٠١، مجلة ترازوو، العدد (١٠)، ص ١٣٧.



القضائية على دستورية القوانين تؤكد على مبدأ الفصل بين السلطات وبالتالي الحيولة دون تركيز السلطة بيد هيئة واحدة مما يحقق ضمانات فعلية لحقوق الإنسان . حيث تلزم السلطات بعدم الخروج أو التجاوز على الاختصاصات المحددة لها بالدستور. ٣- الرقابة الدستورية على القوانين تؤكد مبدأين مهمين هما مبدأ سمو الدستور ومبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يؤدي بدوره إلى حماية حقوق الإنسان. واستناداً لهذين المبدأين لا يجوز للقانون أن يخالف الدستور كما لا يجوز للأنظمة والمراسيم أن تخالف القانون والدستور. لذلك فإن الأخذ بهذا النوع من الرقابة يؤدي إلى اتفاق جميع تشريعات والقرارات والأنظمة مع أحكام القوانين والدستور. ٤ - إن الرقابة على دستورية القوانين تحمي حقوق الأفراد من التجاوزات التي ترتبها السلطة التنفيذية والإدارية بما تصدره من أنظمة ولوائح وتعليمات هي بصدد تنظيم الحقوق حيث إن السلطة التنفيذية تعد أكثر سلطة احتكاً بالأفراد وبالتالي من الوارد خروجها عن دائرة الحقوق. هذه كانت أهم الضمانات التي يوفرها مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين لحماية حقوق وحريات الأفراد. ولكن هذه الضمانات تتعرض للانتهاك والتجاوزات في ظل حالة الطارئة وذلك: لأن نظام الطوارئ يخلق حالة من تفتيت النظام القانوني في الدولة والإكثار من فروعها إذ تنبثق شعب قانونية متعددة متمثلة في القوانين الجزائية الخاصة، الأمر الذي يؤدي إلى القضاء على وحدة قانون العقوبات والخروج على أحكامه وفروعه وهذا يؤدي إلى خلق حالة من الازدواج القضائي. هناك القضاء العادي والقضاء الاستثنائي كالمحاكم العسكرية ومحاكمة أمن الدولة ومحاكم الطوارئ وغيرها من المحاكم الخاصة. ويؤدي كذلك حرمان المتهم من حق الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الطوارئ وحرمان المعتقل من اللجوء للقضاء الطبيعي عن التظلم من قرار الاعتقال وغيرها من الآثار السلبية التي يتركها هذا النظام الاستثنائي الطارئ.

ومن أجل توفير أفضل الضمانات لحقوق الإنسان في حالة الطوارئ لا بد من مراعاة ما يلي<sup>(١)</sup>:

- يجب أن تتولى الرقابة على دستورية القوانين محكمة مختصة مشكلة من قضاة مستقلين تكون هذه المحكمة مختصة بالفصل في دستورية الأحكام وتقضي بعدم دستورية النصوص القانونية والقرارات المخالفة للدستور.
- أن تكون السلطة القضائية مستقلة عن السلطين التشريعية والتنفيذية مع استقلال وحياد أعضاء السلطة القضائية على جميع المستويات.
- على السلطة القضائية أن تفرض رقابتها الكاملة على قانون الطوارئ الذي تصدره السلطة التشريعية وأن تتأكد من مدى موافقة مواده لأحكام الدستور ومدى الحماية التي يوفرها في ظل الحالة الطارئة للأفراد.

### ثانياً: الضمانات الدولية لحماية حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ

لقد أضحى الاهتمام بحقوق الإنسان لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية يمثل سمة أساسية من السمات المميزة للمجتمع الدولي إذ لم تعد مسألة حقوق الإنسان هذه تدرج في نطاق الاختصاص الداخلي للدول فحسب وإنما أصبح المجتمع الدولي طرفاً أصلياً فيها لا سيما في الأحوال التي يحدث فيها خروج متعمد وصارخ على هذه

(١) الليمون، عوض، ٢٠١٥، تطور النظام الدستوري الأردني، دار وائل للنشر، عمان.



الحقوق سواء ضد مجموعة كبيرة من الأفراد أو ضد أقلية معينة داخل الدولة<sup>(١)</sup>. وبسبب عدم كفاية الضمانات الداخلية لحماية حقوق الإنسان فقد أدرك المجتمع الدولي أنه لا أمل في ضمان حقوق الإنسان ما لم يهتم المجتمع الدولي أيضاً بضمن حماية هذه الحقوق والحريات عن طريق الوسائل والأساليب التي يمكن اللجوء إليها من أجل ضمان الاحترام الواجب لحقوق الإنسان ووضع النصوص الخاصة بها موضوع التنفيذ. وتتبع أهمية هذه الضمانات الدولية من كون عدم وجودها يجعل الحقوق المقررة مجرد تعهدات.

وعليه سنبحث في هذه النقطة - التي تعد من أهم الضمانات الدولية لحماية حقوق الإنسان والتي تعرف بالمعاهدات الدولية لحقوق الإنسان - مسألة تضمن القانون الدولي قانون حقوق الإنسان الذي هو في الأساس ينطبق على الدول وليس على الأفراد، وعليه فإن هذه القواعد عموماً بالإمكان أن تصبح الالتزامات القانونية ملزمة للدولة وحقوق مطبقة لمواطني الدولة فحسب من خلال تضمينهم بطريقة معينة في القوانين الوطنية للدولة ومن الناحية العملية فإن أهم مصدر لقانون حقوق الإنسان الدولي، هو الاتفاقيات الدولية التي تخلق التزامات دولية مباشرة وواضحة للأعضاء إلا أن الاتفاقيات هذه تكون ملزمة فقط عندما تدخل حيز التنفيذ وتتنحصر إلزاميتها في الدول المنظمة لتلك الاتفاقية ولكن نظراً لقبول الواسع في ممارسة الدول للقواعد الخاصة بحقوق الإنسان ونظراً لأهمية اتفاقيات حقوق الإنسان فقد أصبحت بمنزلة عرف دولي ملزم لكافة الدول سواء وقعت أو لم توقع على اتفاقيات حقوق الإنسان. وتعتبر الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحرياته الحد الأدنى لتلك الحقوق التي يتعين كفالته لكل إنسان وتلزم الدول باحترام وتنفيذ أحكام هذه الاتفاقيات ولا تملك الدول مخالفة تلك الأحكام وإلا تعرضت للمسألة. والسؤال حول مدى إلزامية قواعد القانون الدولي ومن ضمنها (قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان عند تطبيقها في نطاق إقليم الدول بواسطة أشخاص القانون الدولي المخاطبين بأحكامها (الدول - المنظمات الدولية - الأفراد)<sup>(٢)</sup>.

وطبيعة القانون الدولي تفرض على الدول التزام الرقابة الذاتية على تنفيذها لالتزاماتها الدولية خاصة في مجال حقوق الإنسان وذلك عن طريق التوفيق بين قوانينها الداخلية وتلك الالتزامات، ويترتب على ذلك عدم جواز اللجوء إلى وسائل الرقابة السياسية والقضائية إلا بعد استئذان سائر الوسائل الوطنية التي يمكن عن طريقها حماية حقوق الإنسان المقررة في القانون الدولي فإذا ما ثبت عدم فاعلية الوسائل الوطنية في تأمين حماية حقوق الإنسان ينشأ حق الدول والأفراد في اللجوء إلى الوسائل الدولية.

والذي يهمنا هي اتفاقيات حقوق الإنسان التي تحوي على بنود خاصة تتعلق بحالة الطوارئ التي سبق أن بينها عند الكلام عن تأثير قانون الطوارئ على حقوق الإنسان.

وبالنسبة لأهم الضمانات الدولية التي جاءت بها هذه الاتفاقيات الدولية فإن التشريعات الدولية المتعلقة بهذا الموضوع (حالة الطوارئ) قد أوردت نصاً يؤكد على ضرورة وأهمية تحديد الحالة الطارئة في المكان والزمان

(١) عبد العال، محمد شوقي، ١٩٩٢، تقرير عن ندوة "حقوق الإنسان في الرسالة العربية"، مجلة المستقبل العربي، العدد ١٩٠، ص ١٦٥.

(٢) د. عيسى، أحمد مصباح، ٢٠٠١، حقوق الإنسان في العالم المعاصر، دار الرواد، طرابلس، ص ٢٢٠.

وتقيدها بشروط حازمة، وللحد التعسف الذي قد تمارسه السلطات العرفية أو التنفيذية أو الإدارية إزاء هذه الحالة، ووضعها تحت طائلة البطلان وفقدان المشروعية والخضوع للمساءلة القانونية والمحاسبة القضائية إذا ما خرجت عن هذه الشروط لأن حالة الطوارئ حالة استثنائية تشكل خطر جدي على حريات المواطنين وكرامتهم.

ويمكن إجمال أهم الضمانات التي جاءت بها بما يلي:

- مبدأ الإعلان بإجراء رسمي وفق ما ينص عليه القانون الداخلي للدولة.
- مبدأ الإشهار الفوري عند الطرف المعني والمكلف في المعاهدة.
- مبدأ وجود خطر استثنائي.
- مبدأ النسبية وعدم تجاوز الإجراءات.
- مبدأ عدم التمييز.
- مبدأ عدم المساس ببعض الحقوق الأساسية أو مبدأ التقيد.

إذ إن كل المواثيق والعهود الدولية لحقوق الإنسان تجمع على عدم المساس بالحقوق التالية: (حق الحياة - حق سلامة النفس والجسم - منع العبودية - منع الإجراءات الجزائية ذات المفعول الرجعي). ويضيف العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والميثاق الأمريكي عدم المس بحق الاعتراف بالشخصية القانونية وحرية الوجدان والدين. ويتناول العهد منع السجن لتعهدات مدنية ويضيف الميثاق الأمريكي حقوق الأسرة والطفل وحق الجنسية والمشاركة في الحياة العامة. وتضيف المادة (٣) المشتركة لاتفاقيات جنيف ضمانات المحاكمة العادلة في الحقوق غير القابلة للتقييد وهناك نوع آخر من الضمانات تنبثق من هذه الاتفاقيات الدولية تتمثل بأجهزة الرقابة الدولية على تنفيذ الاتفاقية: فالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أنشأ لجنة من (١٨) عضوة لمراقبة وفاء الدولة بتعهداتها وفقا للعهد ويلزم الدول الأعضاء بتقديم تقارير حول التدابير التي اتخذتها لضمان الوفاء بهذه التعهدات وتستطيع الدول أن تشكو غيرها من الدول في إطار اللجنة لكونها انتهكت تعهداتها وفقا للعهد. ويمنح البروتوكول الاختياري الأول اللجنة التي أنشأها العهد صلاحيات تلقي اتصالات وشكاوى من أفراد خاضعين لأي دولة عضو حول انتهاكات لحقهم من جانب حكومة هذه الدول<sup>(١)</sup>. أما بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وفقا للمادة (١٩) من الاتفاقية تم إنشاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وتتألف اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان من عضو من كل دولة من الدول الأطراف وتستطيع كل دولة عضو أن تبلغ اللجنة بواسطة السكرتير العام للمجلس الأوروبي عن أي مخالفة لأحكام هذه الاتفاقية تصدر من دولة أخرى عضو فيها. كما لأي شخص طبيعي أو أي منظمة غير حكومية أو أي جماعة من الأفراد تزعم أن إحدى الدول المتعاقدة اعتدت على حقوقها المقررة في الاتفاقية أن تقدم شكوى عن هذا الاعتداء إلى السكرتير العام للمجلس الأوروبي وذلك إذا كانت هذه الدولة قد اعلنت اعترافها باختصاص اللجنة ولا يجوز اللجوء إلى اللجنة إلا إذا استنفذت جميع طرق

(١) شطناوي، فيصل، ٢٠٠١، حقوق الإنسان والقانون الدولي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٣٩

الطعن الداخلية وفقا لمبادئ القانون الدولي وفي خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ صدور القرار الداخلي النهائي. وقد أعفت اللجنة الأوروبية المشتكي من تطبيق قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية في حال طول الإجراءات أمام المحاكم الداخلية. كما يشمل اختصاص اللجنة مراقبة احترام التشريعات الوطنية في الدول الأطراف لأحكام الاتفاقية ومراقبة احترام المحاكم الوطنية في الدول الأطراف المتعاقدة لأحكام الاتفاقية نفسها. أما بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فهي تتألف من عدد من القضاة مساو لعدد الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي ولا يجوز أن يكون من بينهم أكثر من قاض واحد من جنسية واحدة. وتختص المحكمة بالنظر في القضايا المحال إليها من قبل اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أو من الدول الأطراف في الاتفاقية وأيضا تنظر في كافة القضايا التي تتعلق بتفسير وتطبيق الاتفاقية التي تحال إليها وأيضا تختص المحكمة في تعويض الطرف المتضرر، تتعهد الدول الأطراف باحترام حكم المحكمة في القضية التي تكون فيها طرفا ويعتبر حكم المحكمة نهائية فإذا لم توافق الدولة المعنية بتنفيذ الحكم الصادر فإن من حق لجنة الوزراء تجميد عضوية الدولة في المجلس الأوروبي أو فصلها من عضويتها.

أما فيما يتعلق بالاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان فقد أنشئت اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان وكذلك المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان حيث تختص اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان بصلاحيات كثيرة أهمها النظر في الانتهاكات التي تقع على حقوق الإنسان الواردة في ميثاق منظمة الدول الأمريكية التي يمكن أن تحدث من جانب دولة عضو فيها، وأيضا النظر في الشكاوى المعروضة عليها من دولة عضو في الاتفاقية ضد دولة أخرى ليست عضوا أما بالنسبة لشكاوى الأفراد فقبولها اختياري بالنسبة للجنة وللجنة أن تتحقق من أن الإجراءات وطرق الرجوع الداخلية في الدولة العضو التي ليست طرفا في الاتفاقية قد طبقت واستنفذت.

أما فيما يتعلق بالمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان حيث تعتبر جهازا قضائيا ذاتيا يهدف إلى تطبيق وتفسير الاتفاقية فتختص بالفصل في القضايا المتعلقة بالانتهاكات التي تقرها الدول الأعضاء للحقوق التي تكفلها الاتفاقية. فضلا عن تلك فإنها تمتلك صلاحيات تقويم الآراء الاستشارية المتعلقة بتفسير الاتفاقية وبعض معاهدات حقوق الإنسان الأخرى.

أما فيما يتعلق بالميثاق العربي لحقوق الإنسان فلا يحوي على جهاز فعال للرقابة على تنفيذ أحكام الاتفاقية حيث أنشئ ما يعرف ب (لجنة خبراء حقوق الإنسان وعمل هذه اللجنة هو تسلم تقارير من الدول الأطراف تتعلق بحقوق الإنسان وبدورها تدرس اللجنة هذه التقارير وتعيدها مشفوعة بأراء الدول وملاحظاتها إلى اللجنة الدائمة لحقوق الإنسان في الجامعة العربية للنظر فيها بالإضافة إلى أجهزة الرقابة الدولية على تنفيذ الاتفاقيات الدولية هناك الرقابة الدولية على قرار إعلان حالة الطوارئ حيث انتهج المجتمع الدولي منهجا وسطا، فلم يقف في مواجهة فكرة الظروف الاستثنائية بوجه عام، وكذلك لم يقبلها بوجه عام، وإنما صيغت المعاهدات الدولية التي تضمن للأفراد " حد الكفاف من الحرية، الذي لا يمكن المساس به تحت أي ظرف كما وضعت الضوابط على حرية الحكومات في الالتجاء إلى فكرة الظروف الاستثنائية التي سبق أن بينها) وسار المجتمع الدولي بخطوات متدرجة فبدأ بتقييد الدول (بمعاهدات جامعة) وكان ثمرة ذلك أن قرر مجمع القانون الدولي المنعقد في باريس عام (١٩٨٤) أن كل

حالة طوارئ تعلن من جانب دولة طرف، ترتبط باتفاقية من اتفاقيات حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي - تكون خاضعة للرقابة الدولية بواسطة الأجهزة التي أنشأتها الاتفاقية وعلى النحو المنصوص عليه فيها<sup>(١)</sup>. وهذا الإجراء المهم يعتبر بحق ضماناً مهمة لحماية حقوق الإنسان من تعسف حكومات دولهم ومن سوء استخدامهم لصلاحياتهم في ظل الحالة الطارئة. من خلال ما سبق يمكن القول إن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تمثل أفضل أسلوب استطاع الإنسان أن يحققه من أجل رعاية حقوقه وضمان حرياته وتجلى ذلك في الأمور التالية:

- إيجاد أجهزة دولية ذات صلاحيات محددة لحماية حقوق الإنسان وحياته.
- الاعتراف للأفراد والجماعات بحق الشكوى ضد الدول عند إهدار حقوقهم وحياتهم.
- العمل بمبدأ الرقابة الدولية والضمان الجماعي لهذه الحقوق والحريات<sup>(٢)</sup>.

إن، إن تقييد قوانين الدول الخاصة بتنظيم حالة الطوارئ بالمعايير الدولية السابقة الذكر ومراعاتها يشكل ضماناً مهمة لحماية حقوق الإنسان في ظل حالة الطوارئ يؤدي إلى انتهاك أقل لهذه الحقوق المصونة دولياً ودستورياً<sup>(٣)</sup>. وكذلك فإن وجود أجهزة رقابة قضائية دولية تحاسب الدولة التي تخرق الأحكام المتعلقة بحقوق الإنسان في حالة الطوارئ وتكون لقراراتها قوة إلزامية يشكل بحق ضماناً لحماية حقوق الإنسان حيث إن ذلك يدفع الدولة إلى التفكير قبل الإقدام على أي عمل يشكل خرقاً لهذه الحقوق والحريات.

## الخاتمة

إن حالة الطوارئ ظاهرة استثنائية تعصف بالدولة دون سابق إنذار تهدد أمن واستقرار الدول وتعطل سير عمل المؤسسات وتؤدي هذه الظاهرة إلى ظهور نظام استثنائي هو نظام الطوارئ، وهذا النظام نظام دستوري يخول السلطة المختصة بموجب قانون صلاحيات كثيرة استثنائية مواجهة الحالة الطارئة لإعادة الأمن والاستقرار داخل الدولة.

## أولاً: النتائج

- توصلت الباحثة إلى أن قانون الطوارئ هو قانون استثنائي يتمثل بقانون الدفاع الذي أصدرته الحكومة الأردنية عندما تعرضت لظروف تعتبر غير اعتيادية من حيث تعرضها لانتشار وباء كورونا.

(١) الشواربي، عبد الحميد، وشريف جاد الله، ٢٠٠٠، شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية، منشأة المعارف، ص ٢٩٠.

(٢) شطناوي، فيصل، مرجع سابق، ص ١٤٩

(٣) قادر، يعقوب عزيز، ٢٠٠٣، ضمانات حماية حقوق الإنسان في إقليم كردستان العراق، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة صلاح الدين.

- كما توصلت الباحثة إلى أن قانون الدفاع يكون نافذ المفعول عندما يعلن بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء.
- كما أن قانون الطوارئ (قانون الدفاع) يعطل العديد من القوانين الاعتيادية مما يؤثر على حقوق الإنسان الأساسية التي تكفلها تلك القوانين.
- وفقاً للمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والأعراف الدولية هناك حقوق لا يمكن تعطيلها أثناء سريان قانون الطوارئ وعلى رأس هذه الحقوق الحق في الحياة.
- وتوصلنا إلى أنه لا بد من أن يكون هناك نوع من التوازن بين ضرورة تطبيق قرارات وأوامر رئيس الوزراء وبين حق الإنسان في أن يكون هذا الحق مناسباً من حيث القوة والصرامة مع خطورة الظروف وتأثيرها بحيث لا يمكن أن تكون إجراءات الطوارئ أكثر صرامة من خطورة الكارثة بحيث تهدد حياة الإنسان بسبب ذلك.
- كما توصلنا إلى أن السلطة التنفيذية تتدخل في مهام السلطات الأخرى بشكل واضح وخصوصاً عمل السلطة القضائية حيث تظهر حالات الاعتقال الكيفي لمجرد الاشتباه وبدواعي أن هذا الشخص يمثل خطراً على المصلحة العامة.
- كما توصلنا إلى أنه في حالة إعلان حالة الطوارئ تنتقل صلاحيات رجال القضاء إلى رئيس الوزراء ومعاونه.
- الاستجابة لكوفيد - ١٩ تهدد التمتع الكامل بمجموعة واسعة من حقوق الإنسان، تشمل حق السكن، الحق في المساواة وعدم التمييز.
- هناك علاقة وطيدة بين حقوق الإنسان وتحقيق استجابة فعالية لفيروس كورونا، فانتهاك حقوق الإنسان يقف حاجزاً للاستجابة الفعالة لحالة الطوارئ الصحية العامة " لفيروس كورونا.
- الطابع العالمي لجائحة كورونا، يتطلب أقصى ما يمكن من التعاون من جانب كل الدول، ومشاركتها في استجابة دولية فعالة وملائمة.

### ثانياً: التوصيات

- توصي الباحثة بأن يتم صياغة أسباب إعلان حالة الطوارئ في قوالب لغوية محددة المعنى، بحيث لا تحتمل التفسير الذي يترك للسلطة التنفيذية ابتداع أسباب جديدة منها.
- وتوصي الباحثة أن لا بد من النص صراحة في قانون الدفاع على وجوب موافقة السلطة التنفيذية والتشريعية معاً على قرار إعلان حالة الطوارئ وعدم حصرها بالسلطة التنفيذية فحسب لما لنفاذ قانون الطوارئ من أثر واضح على حقوق وحريات الأفراد وكون السلطة التشريعية هي ممثلة الشعب في وضع القوانين التي تخدم الأفراد والصالح العام.
- مراعاة قوانين الطوارئ في مختلف الدول للاتفاقيات ومعاهدات حقوق الإنسان العالمية والإقليمية التي تحتوي على مواد تنظم حالة الطوارئ والقيود بشروطها لأن في ذلك ضماناً مهماً لحماية حقوق الإنسان قدر الإمكان عند فرض حالة الطوارئ.

- توصي الباحثة بنشر حملات توعوية حول لقاح كورونا ومدى تأثيره إيجابياً على حياة الإنسان وماهية أعراضه.
- كما ينبغي على الحكومة الأردنية أن تصدر أمر دفاع يلزم فيه المواطن بأخذ اللقاح للحفاظ على أمن واستقرار البلاد.
- يجب أن تقوم الحكومة الأردنية بتوفير أماكن مخصصة لمصابين كورونا وذلك لمنع تفشي الوباء ويكون على نفقتها الخاصة.
- لا بد من الاحترام التام لحقوق الإنسان في جميع التدابير والإجراءات الرامية للتصدي ومكافحة كوفيد ١٩.
- لا بد أن تكون تدابير التصدي لكوفيد ١٩ منسقةً تنسيقاً كاملاً مع حقوق الإنسان ويتجنب انتهاكها.
- يجب أن تركز الاستجابة الفاعلة لفيروس كورونا على إزالة كل العوائق التي تواجه حقوق الإنسان خاصة الحق في الرعاية الصحية والحماية من الفيروس، والحق في السكن.
- ضرورة الاحترام التام لحقوق الإنسان أصلاً عاماً وتقييد بعض حقوق الإنسان للضرورة الملحة التي تقتضيها حماية الصحة العامة من وباء كورونا كاستثناء عن الأصل.
- إعمال الحق في التعليم عن بعد من خلال منصات الإنترنت، من خلال توفير الإنترنت للجميع وكذلك عدم إهمال الرقابة على الطلاب للتأكد على تلقيهم الدروس ومواصلتهم المشاركة في ذلك، مع وضع التدابير اللازمة لمنع تفشي المرض لدى العودة للدراسة.
- إعمال الحق في الصحة والرعاية الصحية، من خلال ضمان حصول الجميع على الرعاية الصحية.

## المصادر والمراجع

## أولاً: الكتب

- الحناينة، أسامة أحمد، ٢٠١٠، صلاحيات الملك الاستثنائية في الدستور الأردني، مجلة الكويت، العدد ٤ المجلد ٣٤، الكويت.
- العضائية، أمين، ٢٠٠٣، سلطات الملك الدستورية ودورها في الحفاظ على الدستور، مجلة مؤتة للبحوث، العدد ٧، المجلد ١٨، عمان.
- الليمون، عوض، ٢٠١٥، تطور النظام الدستوري الأردني، دار وائل للنشر، عمان.
- الفتلاوي، سهيل حسين، ٢٠١٦، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الشواربي، عبد الحميد، وشريف جاد الله، ٢٠٠٠، شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- شطناوي، ٢٠٠١، حقوق الإنسان والقانون الدولي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.
- سرور، أحمد فتحي، ٢٠٠٣، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، بيروت.
- عيسى، محمد مصباح، ٢٠٠١، حقوق الإنسان في العالم المعاصر، دار الرواد، طرابلس.
- عبد الرحمن، أظنين خالد، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ.

## ثانياً: الرسائل الجامعية

- النقشبدي، أحمد العزي، ١٩٨٩، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقها في الوطن العربي، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل.
- قادر، يعقوب عزيز، ٢٠٠٣، ضمانات حماية حقوق الإنسان في إقليم كردستان العراق، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة صلاح الدين.
- نجيب، سحر محمد، ٢٠٠٣، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة الموصل.

## ثالثاً: المجلات العلمية

- الجومرد، عامر، ٢٠٠٣، المعاهدات في ظل الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، مجلة الرافدين للحقوق (جامعة الموصل)، العدد ١٩
- الغوييري، أحمد، ٢٠٠٠، إعلان العمل بقانون الدفاع الأردني (قانون الطوارئ) رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣، منشور في مجلة الحقوق، السنة الرابعة والعشرون، عدد ٤ ديسمبر، الكويت.
- أحمد، نشأت، ٢٠٠١، مجلة ترازوو، العدد (١٠).



- عبد العال، محمد شوقي، ١٩٩٢، تقرير عن ندوة "حقوق الإنسان في الرسالة العربي"، مجلة المستقبل العربي، العدد ١٩٠.

#### رابعاً: القوانين والاتفاقيات الدولية

- قانون الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ والمعدل لسنة ٢٠١٦.
- قانون الدفاع الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٩٢ والمعدل لسنة ٢٠٢١.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦.
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٦٦.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٩.
- الأمم المتحدة وهيئاتها:
- الأمم المتحدة، فيروس كورونا: منظمة الصحة العالمية تعلن حالة الطوارئ صحية عالمية.
- اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، الدورة الثانية والسبعون (٢٠٠١)، التعليق العام رقم ٢٩ المادة الرابعة (عدم التقييد بأحكام العهد أثناء حالات الطوارئ) مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا.
- مجلس حقوق الإنسان، خبيرة من الأمم المتحدة: "المسكن هو خط الدفاع الأول ضد تفشي فيروس كورونا المستجد".
- مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، باشيليات: يجب أن تحتل حقوق الإنسان الأولوية عند التصدي لفيروس كورونا.

#### خامساً: المواقع الإلكترونية

- <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID25727&LangIDA> .
- تاريخ الاطلاع ٢٢ / ١٢ / ٢٠٢٠ ، <http://hrlibrary.umn.edu.\arabic\hrc-gc27.htm>
- \تم الاطلاع عليه في ١٢ / ٢٠٢٠ / ٢٦ <https://www.ohchr.org/AR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25668&A>

## عقوبة القتل تعزيراً

### في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الإماراتي

## The Death Penalty is Discretionary In Islamic Jurisprudence and the UAE Penal Code

أحمد شحادة بشير<sup>١</sup>، مازن حسين حريري<sup>٢</sup>

### الملخص

تطرق البحث لمفهومي التعزير والحدّ وبيان الفروق بينهما، وتم استقراء آراء الفقهاء في التعزير بالقتل، والاطلاع على أدلتهم، وتحليلها ومناقشتها، لمعرفة هل يمكن أن تصل عقوبة الجريمة التعزيرية في الفقه الإسلامي إلى القتل؟ فضلاً عن استقراء قانون العقوبات الإماراتي، والاطلاع على المواد التي ورد فيها ذكر القتل؛ لمعرفة موقف القانون الإماراتي من التعزير بالقتل، وهل وافق الفقه الإسلامي أو لا؟ وترجح بعد البحث القول بجواز التعزير بالقتل ضمن الحدود التي رسمها الشارع الحكيم، في إطار الضرورة، وبلا توسع؛ مع بيان أن في شمولية حد الحرابة ما يؤكد أن كثيراً من الجرائم التي يجعلها بعض الفقهاء من جرائم التعزير، ويعاقبون عليها بالقتل يمكن عدّها من جرائم الحرابة. وثبت أن القانون الإماراتي يقر عقوبة القتل تعزيراً، وهو بهذا يوافق قول الفقهاء المجيزين، وينصّ عليها في العديد من المواد التي تناولت عقوبات الجرائم المتنوعة، سواء أكانت ماسّة بالأمن الخارجي أم الداخلي للدولة.

**الكلمات الدالة:** القتل، الحد، التعزير، العقوبة، قانون العقوبات الإماراتي.

### Abstract:

The research dealt with the concepts of ta'zir and al-Hidd and explaining the differences between them, and the opinions of the jurists in the ta'zir with killing were extrapolated, their evidence was examined, analyzed and discussed, to know whether the punishment of disciplinary crime in Islamic jurisprudence can reach killing? In addition to extrapolating the UAE penal code, and looking at the articles in which the killing was mentioned, to know the position of the UAE law regarding the condolence of killing, and whether or not Islamic jurisprudence agreed? After the research, it was suggested that it is permissible to apply the discretionary death penalty within the limits set by the wise street, in the context of necessity, and without expansion; with a statement that in the universality of the limit of confusion, what confirms that many of the crimes that some jurists make of the crimes of condolence, and punish them with death can be counted as a crime of dispensation. It has been proven that Emirati law establishes the death penalty in terms of condolence, and thus it agrees with the statement of the permissible jurists, and it stipulates in many articles that deal with penalties for various crimes, whether they affect the external or internal security of the state.

**Keywords:** Killing, Atta'zir, Penalty, UAE Criminal Law

(١) أستاذ الفقه وأصوله المشارك، جامعة لاهاي. (٢) قسم دراسات العالم الإسلامي، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زايد، الإمارات العربية

المتحدة. تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٧/٨ وتاريخ قبوله ٢٠٢١/٩/٢٧

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد: فنظرًا لما تمتاز به النفس البشرية من حرمة؛ فقد جعلت الشريعة الإسلامية الحفاظ عليها من أهم مقاصدها، إذ أمرت بحفظها، وشرعت العقوبات على انتهاكها.

فالنفس الإنسانية مصونة، وحفظها من الضرورات الخمس التي جاءت الشرائع لحفظها ورعايتها، وقد وردت النصوص الشرعية بالأمر بالمحافظة عليها؛ قال تعالى: "مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"<sup>(١)</sup>، وقال أيضاً: "وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"<sup>(٢)</sup>. وقال سبحانه: "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"<sup>(٣)</sup>.

وقال عليه الصلاة والسلام: "لا يحلُّ دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"<sup>(٤)</sup>.

ومع هذا فإن ثمة نفوساً باعت ضمائرهما، واستمرت الجريمة، وتفننت في أساليبها، وتحالفت على القانون، حتى أصبح لا ينفع معها عقاب عادي؛ بل لا بد من عقاب رادع مانع، كما وجد من توسع في استخدام عقوبات قاسية كعقوبة القتل على جرائم قد لا تستوجب ذلك، والتهمة حاضرة: الفساد والإفساد.

فنحن إذًا أمام خطبين عظيمين، ولكل منهما تأثيره في زعزعة الأمن وتهديد السلم المجتمعي؛ فإما أن يفتح المجال على مصراعيه لإحداث عقوبات تعزيرية قاسية تصل إلى حد القتل فتصيب المجرم والبريء، وإما أن نبقي على حياة من استمر الجريمة، وتفنن في أساليبها، وأن نقصّر عقوبة الإعدام على ما ورد في عقوبات الحدود والقصاص فقط.

## أهمية البحث:

١- يكتسب البحث أهميته من أهمية حقّ الإنسان في الحياة، بصفته من أجلّ حقوق الإنسان التي لاقت العناية الإلهية والفقهية والتشريعية.

٢- لمّا كان التشريع الإسلامي يعتمد عقوبة القتل جزاءً على انتهاك حدٍّ من حدود الله، أو الاعتداء على نفسٍ بشرية دون وجه حق، لحماية المجتمع من انتشار وباء الاعتداء على النفس البشرية بشكل عام، ولتهدأ نفوس ذوي الضحية بشكل خاص، كان هذا البحث للتصدي لبحث الخلافات الفقهية في عقوبة القتل تعزيراً، وبيان موقف قانون العقوبات الإماراتي من ذلك.

(١) جزء من الآية (٣٢) من سورة المائدة.

(٢) جزء من الآية (٩٢) من سورة النساء.

(٣) جزء من الآية (١٥١) من سورة الأنعام.

(٤) الحديث متفق عليه؛ وسيأتي تخريجه بإذن الله عز وجل.

## أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى إيجاد مرجعية لدارسي الفقه الإسلامي وللقضاة والمقننين، في معرفة أصل عقوبة القتل تعزيراً وأساسها وجوهرها، بوصفها عقوبة رادعة ومانعة لمن تسول له نفسه الاعتداء على أمن المجتمع وسلامته، ولإزالة ما اكتنف هذا الموضوع من لبس وغموض وإبهام، ومعرفة موقف قانون العقوبات الإماراتي منه.

## إشكالية البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ١- ما المراد بعقوبة القتل تعزيراً؟
- ٢- هل يمكن أن تصل عقوبة الجريمة التعزيرية في الفقه الإسلامي إلى القتل؟
- ٣- ما موقف قانون العقوبات الإماراتي من عقوبة التعزير بالقتل؟

## الدراسات السابقة:

لا شك أن عقوبة القتل قد تناولتها العديد من الدراسات المتخصصة، وكذلك الحال في الجرائم الحديثة والتعزيرية، ومن هذه الدراسات:

- ١- التعزير في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز عامر، دار الفكر العربي.
  - ٢- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكتاب العربي.
  - ٣- التشريع الجنائي الإسلامي دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام القانون الجنائي الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة، محمد شلال حبيب العاني، مؤسسة مروة للطباعة.
  - ٤- العقوبة في الفقه الإسلامي "دراسة فقهية متحررة"، أحمد فتحي بهنسي، دار الرائد العربي، بيروت.
  - ٥- فقه العقوبة الحديثة في التشريع الجنائي الإسلامي، محمد عطية الفيتوري، جامعة قار يونس، بنغازي، ودار الكتب الوطنية.
  - ٦- معايير التعزير، للدكتور طونجاي باش أوغلي، مركز البحوث الإسلامية (إسام) استنبول ٢٠١٠م.
- وهي بلا شك دراسات قيمة ومفيدة في بابها، وتعد من أدبيات هذا البحث؛ إلا أن الإشكالية التي تتصدى دراساتنا لتجليتها والإجابة على مفرداتها لم تحظَ بحظ وافر في تلك الدراسات، مع أنها تقدّم بعض الطروحات التي تمسّ مشكلة الدراسة في بعض جوانبها، غير أنها لم تعالج جميع جوانب الموضوع، فضلاً عن أنها لم تتناول الموضوع من وجهة نظر قانون العقوبات الإماراتي.

## منهج البحث:

اعتمدنا في تناول هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية التي تصدى لها، على المناهج الآتية:  
**أولاً:** المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء وتتبع آراء الفقهاء وأدلتهم في هذا الموضوع في مظانها، وكذا مواد قانون العقوبات الإماراتي.

**ثانياً:** المنهج الوصفي: وذلك في إطار عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ونقلها من مظانها، ومواد قانون العقوبات الإماراتي، وتوثيقها، ونسبتها إلى أصحابها.

**ثالثاً: المنهج التحليلي:** وذلك بتفسير الأدلة الشرعية وآراء الفقهاء وقانون العقوبات الإماراتي، ومناقشتها والرد عليها.

**رابعاً: المنهج المقارن:** وذلك بمقارنة أقوال الفقهاء وأدلتهم بعضها ببعض، للخلوص إلى القول الراجح. ومقارنة ذلك بقانون العقوبات الإماراتي.

### خطة البحث:

جاء هذا البحث في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة؛ على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم عقوبة القتل تعزيراً.

المبحث الثاني: آراء الفقهاء وأدلتهم في التعزير بالقتل.

المبحث الثالث: التعزير بالقتل في قانون العقوبات الإماراتي.

الخاتمة؛ وفيها أهم النتائج.

## المبحث الأول

### مفهوم عقوبة القتل تعزيراً

لعل مفهوم عقوبة القتل تعزيراً فيه من الوضوح ما يعني عن التفصيل والتوضيح، لكن لما تعلق بمفهوم التعزير بمفهوم الحد، وورد أدلة وعبارات داخل البحث قد توهم التداخل بينهما لدى البعض، استلزم هذا أن نتناول مفهوم التعزير، ومفهوم الحد، وأهم الفوارق بينهما، وفيما يأتي بيان ذلك.

### المطلب الأول

#### تعريف التعزير لغةً واصطلاحاً

#### أولاً: التعزير لغةً:

التعزير من ألفاظ الأضداد، ويطلق على معانٍ عديدة، وهو في الأصل التأديب، ويأتي بمعنى المنع والرد، كما يأتي بمعنى التوبيخ، ويطلق أيضاً على النصر والتوقير والتعظيم<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: التعزير اصطلاحاً:

تتوّعت عبارات الفقهاء في بيان معنى التعزير؛ ومن خلال البحث والاستقراء، نلاحظ أن هناك اتجاهين عند الفقهاء في تحديد معنى التعزير.

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (٤/ ٥٦١-٥٦٢)، الرازي، مختار الصحاح (١/ ١٨٠)، ابن سلام، الغريب (٤/ ٢٢)، الفيومي، المصباح المنير (١٥٥)، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٢٢٨)، ابن قتيبة، غريب الحديث (٤/ ٢٢)، النووي، تحرير ألفاظ التنبيه (٣٢٨)، القنوي، أنيس الفقهاء (١٧٤).

الأول: أنه "تأديب دون الحد"؛ وبه قال السادة الحنفية<sup>(١)</sup>.

الثاني: أنه "العقوبة على جريمة لا حد فيها ولا كفارة"؛ وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>.

وثمره الخلاف للتفريق بين هذين الاتجاهين؛ أنه: على تعريف الحنفية لا يجوز أن تصل عقوبة التعزير إلى ما وصلت إليه العقوبة في الحدود؛ فهم قد نصّوا على أن التعزير عقوبة دون الحد، ولم يتطرق الجمهور لكون عقوبة التعزير أدنى من الحد، أو أعلى منه.

والذي يمكن ترجيحه أن اتجاه جمهور الفقهاء أدق؛ ذلك لأن الحنفية أنفسهم أجازوا في جرائم التعزير أن تصل العقوبة إلى القتل؛ ومن المتفق عليه أن هناك عددًا من جرائم الحدود عقوبتها دون القتل.

فإن أرادوا أنها دونها في الجرم؛ فغير مُسَلَّم، وينتقض ببعض الجرائم؛ فجريمة اللواط أخطر من جريمة الاتهام بالزنا -القذف-، وإن أرادوا أنها دونها في العقوبة؛ فغير مسلم أيضًا؛ لأن عقوبة اللواط أعظم من عقوبة القاذف.

## المطلب الثاني

### تعريف الحد لغة واصطلاحًا

أولاً: **الحد لغة**: قال ابن فارس: "الحاء والدا ل أصلان؛ الأول: المنع، والثاني: طرف الشيء". فالحَدُّ: الحاجز بين الشيئين، وفلانٌ محدودٌ؛ إذا كان ممنوعًا... ويقال للبوابة: حَدَدًا، لمنعه الناس من الدخول<sup>(٥)</sup>، وللحاجز بين الشيئين: حَدٌّ؛ لأنه يمنع من اختلاط أحدهما بالآخر<sup>(٦)</sup>.

ثانياً: **الحد اصطلاحاً**: قال الجرجاني: "الحدودُ جمعُ حدٍّ، وهو في اللغة: المنع، وفي الشرع: عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى"<sup>(٧)</sup>، وقال النووي: "الحد: أصله المنع، فسمي حد الزنا وغيره بذلك؛ لأنه يمنع من معاودته،

<sup>(١)</sup> كذا عرفه ابن الهمام في شرح فتح القدير (٣٤٥/٥)، وابن نجيم في البحر الرائق (٤٤/٥)، والسغدني في الفتاوى (٦٤٦/٢)، وبقرئ منه السمرقندي في تحفة الفقهاء (١٤٨/٣).

<sup>(٢)</sup> قال ابن فرحون: "والتعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات" تبصرة الحكام (٢٨٩/٢).

<sup>(٣)</sup> قال الشيرازي: "معصية لا حد فيها ولا كفارة" المذهب (٢٨٨/٢)، وكذا في التنبيه (٢٤٨)، وينظر: الغزالي، الوسيط (٥١٣/٦)، الدمياطي، إعانة الطالبين (١٦٦/٤)، النووي، المنهاج -شرح الغمراوي السراج الوهاج - (٥٣٥)، النووي، روضة الطالبين (١٧٤/١٠)، زكريا الأنصاري، فتح الوهاب (٢٨٩/٢)، المليباري الهندي، فتح المعين (١٦٦/٤).

<sup>(٤)</sup> وجمهور الحنابلة عرف التعزير بما عرفه به الشافعية؛ فقال عبد السلام بن تيمية: "وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة" المحرر في الفقه (١٦٣/٢)، وبهذا عرفه ابن قدامة المقدسي في الكافي (٢٤٢/٤)، وكذا المرادوي في الإنصاف (٢٣٩/١٠)، وموسى بن أحمد المقدسي صاحب زاد المستقن (٢٣١/١)، والبهوتي في كشاف القناع (١٢١/٦)، وفي الروض المربع (٣٢٠/٣)، وابن ضويان في منار السبيل (٣٣٨/٢)، إلا أن أبا إسحاق ابن مفلح الحنبلي قال في المبدع: "العقوبة المشروعة على جنابة لا حد فيها" (١٠٨/٩)، وجمع أبو عبد الله ابن مفلح المقدسي بين تعريف الحنابلة بقوله: "كل معصية لا حد فيها -والأشهر- ولا كفارة" الفروع (١٠٧/٦).

<sup>(٥)</sup> معجم مقاييس اللغة (٣/٢).

<sup>(٦)</sup> ينظر: الجوهرى، الصحاح (٤٥٩/١)، الزبيدي، تاج العروس (٣١/٢)، الفيومي، المصباح المنير (٣٣٥/١).

<sup>(٧)</sup> الجرجاني، التعريفات (١١٣)، وبقرئ جدًا منه عرفه القنوي في أنيس الفقهاء (١٧٣).

ولأنه مقدر محدود"<sup>(١)</sup>.

وعرفه ابن الهمام بقوله: "هو العقوبة المقدرة حقاً لله"<sup>(٢)</sup>، فأخرج التعزير من التعريف؛ لأنه ليس مقدرًا، وأخرج القصاص؛ لأنه حق للعبد؛ قال ابن الهمام: "وهذا الاصطلاح هو المشهور"، وأورد تعريفاً آخر فقال: "الحد هو العقوبة المقدرة شرعاً"<sup>(٣)</sup>، فأدخل جرائم القصاص في التعريف؛ لكنه قال: إنه قسمان: ما يصح فيه العفو وما لا يقبله.

إلا أنه مما ينبغي ذكره أن هذا التعريف للحد اصطلاحياً حادث، وأن الحد في النصوص الشرعية الأولى (الكتاب والسنة)، كان يطلق على المعصية أيًا كانت؛ كبيرة كانت أم صغيرة؛ فعن عمران بن حصين رضي الله عنهما، أن امرأة من جُهينة أتت نبي الله صلى الله عليه وسلم، وهي حبلى من الزنا؛ فقالت: يا نبي الله: أصبْتُ حدًا، فأقمه عليّ، فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها؛ فقال: "أحسن إليها، فإذا وضعت فأنتني بها"؛ ففعل، فأمر بها نبي الله صلى الله عليه وسلم، فشكَّت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها؛ فقال له عمر: تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت؟ فقال: "لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى؟"<sup>(٤)</sup>.

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه؛ قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فجاءه رجل؛ فقال: يا رسول الله: إني أصبْتُ حدًا فأقمه عليّ؛ قال: ولم يسأله عنه؛ قال: وحضرت الصلاة، فصلى مع النبي صلى الله عليه وسلم، فلما قضى النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة، قام إليه الرجل؛ فقال: يا رسول الله: إني أصبْتُ حدًا، فأقم في كتاب الله، قال: "أليس قد صليت معنا؟ قال: نعم، قال: "فإن الله قد غفر لك ذنبك، أو قال: حدك"<sup>(٥)</sup>.

فالحديث في هذا النص يراد به معصية من الصغائر، مما تكون عقوبته مفوضة لرأي الإمام، وإن لم يكن كذلك -أي لو كان حدًا من الحدود-، فلا بد من إقامته، كما فعل صلى الله عليه وسلم مع ماعز والغامدية وغيرهما. وعلى هذا يفسر كلامه عليه الصلاة والسلام؛ فيما رواه جابر بن عبد الله عن أبي بردة رضي الله عنهم؛ قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله"<sup>(٦)</sup>.

قال ابن القيم: "فإن الحد في لسان الشارع أعظم منه في اصطلاح الفقهاء؛ فإنهم يريدون بالحدود عقوبات الجنايات المقدرة بالشرع خاصة، والحد في لسان الشارع أعظم من ذلك؛ فإنه يراد به هذه العقوبة تارة، ويراد به نفس الجناية تارة؛ كقوله تعالى: "يُؤْتِيكَ خُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا"<sup>(٧)</sup>، ويراد به تارة جنس العقوبة وإن لم تكن مقدرة، فقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يضرب فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله"؛ يريد به الجناية التي هي حق لله؛

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (٣٢٣).

(٢) شرح فتح القدير (٢١٢/٥).

(٣) المرجع نفسه، المكان ذاته.

(٤) أخرجه مسلم وغيره، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (رقم ١٦٩٦).

(٥) الحديث متفق عليه وهذا لفظ البخاري؛ صحيح البخاري، كتاب الحدود وما يحذر من الحدود، باب إذا أقر بالحد ولم يبين هل للإمام أن يستتر عليه (رقم ٦٨٢٣)، صحيح مسلم، كتاب التوبة، باب قوله تعالى: إن الحسنات يذهبن السيئات (رقم ٢٧٦٤).

(٦) أخرجه البخاري واللفظ له، كتاب الحدود، (حديث رقم ٦٨٤٨)، ومسلم، كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير (رقم ١٧٠٨).

(٧) جزء من الآية (١٨٧) من سورة البقرة.



فإن قيل: فأين تكون العشرة فما دونها إذا كان المراد بالحد الجنائية؟ قيل: في ضرب الرجل امرأته وعبده وولده وأجيريه، للتأديب ونحوه، فإنه لا يجوز أن يزيد على عشرة أسواط<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الفرق بين التعزير والحد

ذكر العلماء فروقاً عديدة بين جرائم (وعقوبات) الحدود والتعزير، ولعل أكثر هذه الفروق المذكورة في فروق القرافي<sup>(٢)</sup>، وسنقتصر هنا على أهم ما ذكره لكن على سبيل الاختصار؛ ولن نناقش ما ذكره، أو نتثبت من نقله لآراء المذاهب؛ خشية الإطالة والخروج عن صلب الموضوع:

- الحدود مقدرة من قبل الشارع، أما التعزيرات فمفوضة إلى رأي الإمام، ومع اتفاق العلماء على أن أقل التعزير غير مقدر، إلا أنهم اختلفوا في تحديد أكثره، فأجاز المالكية الزيادة بحسب الجنائية والجاني، ومنع الحنفية من الزيادة على أقل الحدود، وللشافعي قولان.
- الحدود واجبة التنفيذ والإقامة على الأئمة والقضاة، واختلفوا في التعزير؛ فقال مالك وأبو حنيفة: إن كان حقاً لله تعالى وجب إقامته، وقال الشافعي: الإمام مخير بين الإقامة والترك.
- ومنها أن التعزير قد يسقط، وإن قلنا بوجوبه؛ وذلك لاعتبارات في الجاني؛ كأن يكون صبيّاً قد جنى جنائية حقيرة، والعقوبة الصالحة لها لا تؤثر فيه ردعاً، والعظيمة التي تؤثر فيه لا تصلح لهذه الجنائية، فيسقط تأديبه.
- التعزير يسقط بالتوبة، أما الحدود فلا؛ إلا الحرابة ففيها تفصيل.
- التخيير يدخل في التعزير، ولا يدخل في الحدود؛ إلا الحرابة.
- التعزير يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه والجنائية، بخلاف الحدود.
- ويختلف التعزير باختلاف الزمان والمكان والعرف، بخلاف الحدود.
- التعزير قد يكون حقاً لله تعالى، وقد يكون حقاً للعبد، أما الحدود فمن حق الله تعالى؛ إلا القذف؛ فعلى خلاف فيه.

وإنما ذكرنا هذا الكلام هنا لنرى مدى توافر هذه الشروط التي ذكرها العلماء لكل من الحدود والتعزير، على الجرائم التي يعاقب عليها تعزيراً بالقتل، وسيأتي التفصيل فيها لاحقاً بإذنه تعالى؛ لأن كثيراً من الجرائم التي جاءت العقوبة فيها بالقتل بالنص، اختلف الفقهاء في تكييفها؛ أحدٌ هي أم تعزيرٌ؟

وبناءً على ما سبق فيمكننا القول: إن المقصود بعقوبة القتل تعزيراً، هو معاقبة الجاني بالقتل على سبيل التعزير، وليس على سبيل القصاص ولا الحد.

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢/ ٢٣).

(٢) القرافي، الفروق (٤/ ١٧٧).

## المبحث الثاني آراء الفقهاء وأدلتهم في التعزير بالقتل

سننتاول في هذا المبحث بإذنه تعالى آراء الفقهاء في التعزير بالقتل؛ في مطلبين؛ مطلب للمجيزين وأدلتهم ومناقشتها، ومطلب للمانعين وأدلتهم ومناقشتها، ثم مطلب للترجيح؛ وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### القائلون بالجواز

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، وبعض أصحاب الإمام أحمد<sup>(٣)</sup>؛ منهم ابن عقيل<sup>(٤)</sup>، وابن تيمية<sup>(٥)</sup>، وتلميذه ابن القيم<sup>(٦)</sup>؛ إلى أنه يجوز أن تصل عقوبة التعزير إلى القتل، ووافقهم من الفقهاء المعاصرين عبد القادر عودة<sup>(٧)</sup>، وعبد العزيز عامر<sup>(٨)</sup>.

#### أدلة المجيزين:

الواقع أن الباحث في كتب المذاهب الفقهية يلحظ أن الفقهاء في الغالب لا يوردون أدلة تخص هذا الموضوع، ومعظم من ينقلون هذه المسألة يذكرون كلاماً عاماً دون إيراد أدلة، فقد أفرد العلامة خاتمة محققي المذهب الحنفي ابن عابدين مطلباً في حاشيته المشهورة؛ بعنوان: "مطلب يكون التعزير بالقتل"<sup>(٩)</sup>، ونقل محمد أنور شاه الكشميري في تارك الصلاة عن أبي حنيفة قوله: "إنه ليس بكافر، ولا يقتل، ولكنه يحبس ثلاثاً، فإن عاد إلى الصلاة فيها وإلا يضرب ضرباً يتفجر منه الدم، نعم، لو قتله الإمام تعزيراً وسع له، كما وسع له قتل المبتدع...، وقد قال لي بعض الفضلاء: إن في تذكرة المخدوم هاشم السندهي إشارة إلى جواز قتل تارك الصلاة عندنا تعزيراً"<sup>(١٠)</sup>.

(١) حاشية ابن عابدين (٦٢/٤).

(٢) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٢٩٧/٢)؛ بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي (١٩٥)، محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية (٥٥٩).

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية (١٢٠).

(٤) إذ جَوَّزَ قَتْلَ الجاسوس المسلم؛ المرداوي، الإنصاف (٢٢٥/١٠).

(٥) مجموع الفتاوى (٢٨/١٨٠-١٠٩، ٣٤٦).

(٦) الطرق الحكمية ص ١٢٠.

(٧) التشريع الجنائي في الإسلام، (٦٨٨/١ وما بعدها).

(٨) التعزير في الشريعة الإسلامية، ص ٢٦٩.

(٩) حاشية ابن عابدين (٦٢/٤).

(١٠) فيض الباري شرح صحيح البخاري (١ / ١٥٥).

وهذا إمام الحرمين الجويني ينقل عن الإمام مالك أنه: "يسوغ للوالي أن يقتل في التعزير"<sup>(١)</sup>، وقس على ذلك، وقد يزيد بعضهم كلمة: "للمصلحة"<sup>(٢)</sup>. دون إيراد أدلة.

وإن أورد ابن تيمية بعض الأدلة على قتل المفسد في الأرض؛ إذ قال: "ومن لم يندفع فساده في الأرض إلا بالقتل قتل، مثل المفروق لجماعة المسلمين، والداعي إلى البدع في الدين؛ قال تعالى: "مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"<sup>(٣)</sup>، وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا بويع لخليفتين؛ فاقتلوا الآخر منهما"<sup>(٤)</sup>، وقال: "من جاءكم وأمركم على رجل واحد، يريد أن يفرق جماعتكم؛ فاضربوا عنقه بالسيف، كائناً من كان"<sup>(٥)</sup>. "وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل رجل تعمّد عليه الكذب"، وسأله ابن الديلمي عمّن لم ينته عن شرب الخمر؟ فقال: "من لم ينته عنها فاقتلوه."<sup>(٦)</sup>، فلهذا ذهب مالك، وطائفة من أصحاب أحمد، إلى جواز قتل الجاسوس. وذهب مالك ومن وافقه من أصحاب الشافعي إلى قتل الداعية إلى البدع"<sup>(٧)</sup>. فهنا نلاحظ أن ابن تيمية وإن ذكر بعض الأدلة إلا أنه لم يستوعب جميع الأدلة.

وبناءً على هذا فيمكن استنباط بعض الأدلة التي تؤيد هذا القول -جواز القتل تعزيراً- من السنة النبوية والقياس والمعقول (المصلحة)، وذلك من خلال تتبع واستقراء أقوال الفقهاء عند بحثهم بعض المسائل الفقهية كما سيأتي، مع الإشارة إلى أن طبيعة البحث لا تستلزم التعرض لتفاصيل الخلافات الفقهية فيها، وإن كنا سنذكر بعضها إجمالاً:

### أولاً: الاستدلال بالسنة:

يمكن الاستدلال لهؤلاء بأحاديث نبوية عديدة، ورد فيها ذكر القتل عقوبة<sup>(٨)</sup>؛ منها:

(١) إمام الحرمين، الغياثي (ص ١٠١).

(٢) كالإمام ابن القيم، الطرق الحكمية ص ١٢٠، ويقول عبد القادر عودة: "ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمون القتل سياسة، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ويأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية" هكذا دون أدلة. التشريع الجنائي الإسلامي (١/ ٦٨٨).

(٣) جزء من الآية (٣٢) من سورة المائدة.

(٤) أخرجه: مسلم، كتاب الإمارة، باب إذا بويع لخليفتين، رقم ١٨٥٣.

(٥) أخرجه: مسلم، كتاب الإمارة، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع، رقم ١٨٥٢.

(٦) وهذا ما أخرجه أحمد في المسند عن ديلم الحميري رضي الله عنه؛ قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت يا رسول الله: إنا بأرض نعالج بها عملاً شديداً وإنما نتخذ شراباً من القمح نتقوى به على أعمالنا وعلى برد بلادنا. فقال: هل يسكر؟ قلت نعم. قال: فاجتنبوه. قلت إن الناس غير تاركه. قال: فإن لم يتركوه فاقتلوههم."

(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٨/ ١٠٨-١٠٩)؛ الحسبة في الإسلام، ص ٤٦-٤٧.

(٨) ينظر بعض هذه الأدلة في: مجموع الفتاوى (٢٨/ ٣٤٦-٣٤٨)؛ ابن تيمية، الحسبة في الإسلام (ص ٤٦-٤٧)، بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي (١٨٩)، الفيتوري، فقه العقوبة الحديثة (٢/ ٦٠٢).

### الأول: ورود القتل في عقوبة اللواط، وعقوبة من يأتي البهيمية:

ورد ذكر القتل في جريمة من يفعلُ فِعْلَ قوم سيدنا لوط عليه السلام، وجريمة إتيان البهيمية، في أحاديث عديدة؛ منها: فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به، ومن وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه، واقتلوا البهيمية"<sup>(١)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف جريمة اللواط؛ ففي فتاوى السعدي: "وحده كحد الزنا؛ في قول النخعي وأبي يوسف ومحمد وأبي عبد الله، وفي قول أبي حنيفة: ليس فيه حدٌ، وفيه التعزير"<sup>(٢)</sup>، بينما اعتبر المالكية ذلك حدًا؛ جاء في تبصرة الحكام: "وأما من عمل عمل قوم لوط، فحدده الرجم"<sup>(٣)</sup>.

وعند الشافعية اللواط فيه أربعة أقوال؛ أصحها: أنه كالزنا؛ قال الغزالي: "للواط؛ وفيه أربعة أقوال: أحدها: أنه يقتل الفاعل والمفعول به بالسيف؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "من رأيتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"، والثاني: أنه يرجم بكل حال؛ تغليظاً، والثالث: وهو مخرَّج أن الواجب التعزير، والرابع: أنه كالزنا؛ فيوجب الرجم على المحصن، والجلد على غيره"<sup>(٤)</sup>، قال الشريبي: "للواط في ذلك كالزنا، وكذا إتيان البهيمية، على المذهب المنصوص في الأم"<sup>(٥)</sup>.

قال ابن قدامة: "ومن تلوط قُتل؛ بكَرًا كان أو ثبياً في إحدى الروايتين، والأخرى: حكمه حكم الزاني"<sup>(٦)</sup>.

وبناء على هذه النقول؛ فإن من اعتبر من الفقهاء أن جريمة اللواط كجريمة الزنا، فالجريمة عنده حدية، ومن جعل فيها القتل ولم يعدّها كالزنا، فالجريمة عنده تعزيرية، وصل العقاب فيها إلى القتل.

أما جريمة إتيان البهيمية فقد عدّها الحنفية من جرائم التعازير؛ قال السرخسي: "وليس على واطئ البهيمية حد عندنا؛ ولكنه يعزر، ومن الناس من أوجب عليه الحد"<sup>(٧)</sup>.

(١) أخرجه: أحمد في مسنده، (٦٤٣/١ رقم ٢٧٣٢)؛ وأبو داود بلفظ: "من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمية" كتاب الحدود، باب فيمن أتى بهيمة، (رقم ٤٤٦٤)؛ والترمذي كتاب أبواب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي (رقم ١٤٥٦)؛ وابن ماجه كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط (رقم ٢٥٦١). قلت: وقد أورد الإمام ابن كثير شواهد عديدة ومتابعات عن غير واحد من الصحابة والتابعين، كما أورد روايات أخر تأمر بحرقه أو تأمر بمعاملته معاملة الزاني، إرشاد الفقيه إلى أدلة التنبيه (٣٥٦/٢)، وينظر: الزيلعي، نصب الزاوية (٣٣٩/٣)، ابن الأمير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام (٢٢/٤)، ابن الملتن، خلاصة البدر المنير (٣٠١/٢)، وتلخيص الحبير ٥٥/٤. كما أورد الشوكاني معظم الأحاديث والآثار التي تدل على الموضوع وناقشها مناقشة مستفيضة في: نيل الأوطار (٢٦١/٧).

(٢) السعدي، الننف في الفتاوى (١/ ٢٦٩)

(٣) لابن فرحون (٢/ ٢٥٧).

(٤) الغزالي، الوسيط في المذهب (٦/ ٤٤٠).

(٥) الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٦٣٨).

(٦) ابن قدامة، المغني (١٢/ ٣٤٨).

(٧) السرخسي، المبسوط (٩/ ١٧٨).

وكذلك قال المالكية في المشهور عندهم، جاء في تبصرة الحكام: "مسألة: ولا حد في وطء البهيمة على المشهور، وحكى ابن شعبان أن فيه الحد، وإذا فرعنا على المشهور فإنه يعزر ويعاقب، والبهيمة كغيرها من البهائم، في جواز الذبح والأكل باتفاق؛ إن كانت مما يؤكل"<sup>(١)</sup>.

وقال الشافعي: "إن صح الحديث قلت به"<sup>(٢)</sup>؛ أي: يقتل الفاعل.

واستدل ابن القيم لمن قال يقتل من يأتي البهيمة بالحديث السابق عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من أتى بهيمة، فاقتلوه واقتلوا البهيمة"<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على أن جماهير الفقهاء يرون أنه لا حد على من أتى بهيمة، لكنه يعزر<sup>(٤)</sup>، فإنه يمكن الاستدلال بالحديث على جواز القتل تعزيراً.

### الثاني: قتل من زنى بذات محرم:

ورد ذكر القتل في حق من زنى بذات محرم، فقد أخرج ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من وقع على ذات محرم فاقتلوه، ومن وقع على بهيمة فاقتلوه، واقتلوا البهيمة"<sup>(٥)</sup>.

وجاء في تبصرة الحكام: "مسألة: ومن زنى بذات محرم، فعليه الحد مع الأدب الشديد؛ لما انتهك من الحرمة؛ هذا مذهب ابن عبد الحكم، وأباه ابن القاسم وأشهب؛ وقالوا: "لا يزداد على الحد"<sup>(٦)</sup>.

وفي الفروع: "وزان بذات محرم كلواط"<sup>(٧)</sup>، وقد سبق النقل عن الحنابلة أن اللاتط يقتل في الرواية المقدمة عندهم.

(١) لابن فرحون (٢/ ٢٥٤).

(٢) ابن حجر، تلخيص الحبير (٤/ ٥٥).

(٣) ينظر: ابن القيم، الداء والدواء (ص ٢٥٧)؛ وزاد المعاد (٣/ ٢٠٩).

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٤/ ٣٣). وفيها: "وعند الشافعية قول: إنه بحد حد الزنا، وهو رواية عن أحمد، وعند الشافعية قول آخر: بأنه يقتل مطلقاً محصناً كان أو غير محصن".

(٥) ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من أتى ذات محرم ومن أتى بهيمة (٢/ ٨٥٦ رقم ٢٥٦٤). والبيهقي في الكبرى (٨/ ٢٣٤). قال ابن الملقن: روى الحاكم القطعة الأولى من الحديث وصحتها، والجمهور قالوا بضعف الحديث لضعف إبراهيم بن أبي حنيفة؛ قال عنه ابن حجر في التقريب: "ضعيف" تقريب التهذيب (١/ ٨٧)، ينظر: ابن الملقن، البدر المنير (٨/ ٦١٠).

(٦) لابن فرحون (٢/ ٢٥٤).

(٧) لابن مفلح (٦/ ٧٧).

**الثالث: قتل شارب الخمر بعد المرة الرابعة:**

وجاء القتل أيضاً في ذكر عقوبة شارب الخمر بعد المرة الرابعة، فعن معاوية رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في شارب الخمر: "إذا شربوا الخمر فاجلدوهم، ثم إذا شربوا فاجلدوهم، ثم إذا شربوا فاجلدوهم، ثم إذا شربوا فاجلدوهم" (١).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى قتل شارب الخمر بعد المرة الرابعة؛ قال ابن حزم: "وأباح الله تعالى دم المحارب، وأباح رسول الله صلى الله عليه وسلم دم من حُد في الخمر، ثم شربها في الرابعة" (٢).

وقد نوقش القول بالقتل بأنه منسوخ بالسنة والإجماع؛ قال الماوردي: "فإن تكرر منه الشرب بعد، كرر عليه الحد ولم يقتل؛ وروى الشافعي، عن سفيان، عن الزهري، عن قبيصة بن ذؤيب يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم؛ قال: "إن شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه؛ قالوا: فأتي برجل قد شرب الخمر فجلده، ثم أتى به الثانية فجلده، ثم أتى به الثالثة فجلده، ثم أتى به الرابعة فجلده، ووضع القتل فكانت رخصة" (٣).

قال الترمذي بعد أن ذكر أحاديث القتل: "وإنما كان هذا في أول الأمر ثم نسخ بعد"، وقال أيضاً: "رفع القتل، وكانت رخصة، والعمل على هذا الحديث عند عامة أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافاً في ذلك في القديم والحديث" (٤).

وجاء في نيل الأوطار: "وقال الخطابي: قد يرد الأمر بالوعيد ولا يراد به الفعل، وإنما يقصد به الردع والتحذير. وقد يحتمل أن يكون القتل في الخامسة واجباً ثم نسخ بحصول الإجماع من الأمة على أنه لا يقتل انتهى. وحكى المنذري عن بعض أهل العلم أنه قال: أجمع المسلمون على وجوب الحد في الخمر، وأجمعوا على أنه لا يقتل إذا تكرر منه إلا طائفة شاذة قالت: يقتل بعد حده أربع مرات؛ للحديث، وهو عند الكافة منسوخ" (٥).

وذكر ابن تيمية وابن القيم أن قتل شارب الخمر بعد المرة الرابعة تعزير يفعله الإمام عند الحاجة؛ وحجتهم أنه لم يثبت النسخ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، كما أنه لم يجعل ذلك حداً، ولو كان ذلك حداً لأمر به في المرة الأولى؛ لذلك ترجح أنها عقوبة تعزيرية (٦).

(١) أخرجه أحمد واللفظ له، مسند الشاميين، (١٩/٦ رقم ١٦٨٥٩)، وأخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر (رقم ٤٤٨٢)، (٤٤٨٤)، والترمذي كتاب الحدود، باب من شرب الخمر فاجلدوه، ومن عاد في الرابعة فاقتلوه (رقم ١٤٤٤)، وابن ماجه، كتاب الحدود، باب من شرب الخمر مرارا (رقم ٢٥٧٢، ٢٥٧٣)، قال ابن حجر: "أخرجه أحمد والأربعة، وذكر الترمذي ما يدل على أنه منسوخ، وأخرج ذلك أبو داود صريحا عن الزهري" سبل السلام (٥٦/٤).

(٢) ابن حزم، المحلى بالآثار (١١ / ٣٣٧).

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير (١٣ / ٨٢٦).

(٤) سنن الترمذي (٤٨/٤).

(٥) للشوكاني (١٧٦/٧).

(٦) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٣٦/٢٨)؛ الطرق الحكمية، ص ٩٥.

و قد رجح الفيتوري في كتابه فقه العقوبة الحدية القول السابق بعد أن ناقش الأدلة كلها؛ ثم قال: "فإن رأى الإمام تحاقر الناس العقوبة، واستهانتهم بها، وانصياهم إلى شهواتهم من خلال هذه الجريمة؛ جاز له أن يقرر قتل الشارب في الرابعة، إذا رأى أنهم لا ينجرون إلا بذلك، ويجعله تشريعاً عاماً"<sup>(١)</sup>.

### الرابع: قتل السارق بعد المرة الرابعة:

كذلك يمكن الاستدلال بالأحاديث التي فيها قتل السارق بعد المرة الرابعة، وإن اختلف الفقهاء في تكييف القتل كما سيأتي؛ ومن هذه الأحاديث:

ما أخرجه أبو داود والنسائي عن جابر رضي الله عنهما أنه قال: جيء بسارق إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فقال: "اقتلوه"؛ فقالوا يا رسول الله: إنما سرق! قال: "اقطعوه" فقطع، ثم جيء به الثانية؛ فقال: "اقتلوه"؛ فقالوا يا رسول الله: إنما سرق! قال: "اقطعوه" فقطع، فأتي به الثالثة؛ فقال: "اقتلوه"؛ قالوا يا رسول الله: إنما سرق! فقال: "اقطعوه"، ثم أتى به الرابعة؛ فقال: "اقتلوه"؛ قالوا يا رسول الله: إنما سرق! قال: "اقطعوه"، فأتي به الخامسة؛ قال: "اقتلوه"، قال جابر: فانطلقنا به إلى مريد النعم، وحملناه فاستلقى على ظهره، ثم كشر بيديه ورجليه فانصدعت الإبل، ثم حملوا عليه الثانية ففعل مثل ذلك، ثم حملوا عليه الثالثة فرمينا بالحجارة فقتلناه، ثم ألقيناه في بئر، ثم رمينا عليه بالحجارة"<sup>(٢)</sup>.

وعن عبد الله بن زيد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من سرق متاعاً فاقطعوا يده، فإن سرق فاقطعوا رجله، فإن سرق فاقطعوا يده، فإن سرق فاقطعوا رجله، فإن سرق فاضربوا عنقه"<sup>(٣)</sup>.

قال المنذري معلقاً على الحديث الأول: "في بعض إسناده مقال ... وهذا الحديث -إن كان له أصل- فهو يؤيد قول بعض الفقهاء: يباح دمه تعزيراً إن كان من المفسدين"<sup>(٤)</sup>. كما نص بعضهم على أن المراد من قتله في الخامسة تعزيراً للمصلحة، لعلمه أنه من المفسدين في الأرض، فلا ينقطع شره إلا بقتله"<sup>(٥)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف ذلك أهو حدٌّ أم تعزير؟ على قولين:

(١) (٦١٣/٢)، وينظر مناقشاته (٦٠٩/٢-٦١٣).

(٢) أخرجه: أبو داود، كتاب الحدود، باب في السارق يسرق مرارا (رقم ٤٤١٠) بأخصر من هذا، والنسائي -واللفظ له- كتاب قطع السارق، باب قطع اليدين والرجلين من السارق، (رقم ٧٤٢٩)، وقال النسائي عقبه: وهذا حديث منكر، ومصعب ابن ثابت ليس بالقوي في الحديث. قال السيوطي عند تعليقه على هذا الحديث: "والحديث يدل بظاهره على أن السارق في المرة الخامسة يقتل، وقد جاء القتل في المرة الخامسة مرفوعاً عن جابر في أبي داود والنسائي في رواية، والفقهاء على خلافه؛ فقيل: لعله وجد منه ارتداد أوجب قتله، وهذا الاحتمال أوفق بما في حديث جابر أنهم جروه وألقوه في البئر؛ إذ المؤمن وإن ارتكب كبيرة فإنه يقبر ويصلى عليه، لا سيما بعد إقامة الحد وتطهيره، وأما الإهانة بهذا الوجه فلا تليق بحال المسلم، وقيل: بل حديث القتل في المرة الخامسة منسوخ بحديث: "لا يحل دم امرئ مسلم... الحديث، وأبو بكر ما علم بنسخه فعلم به" شرح السيوطي على سنن النسائي (٩٠/٨).

(٣) أخرجه: أبو نعيم في الحلية (٦/٢)، وقال: تفرد به حرام، وهو من الضعف بالمحل العظيم، قال ابن حجر عن حرام بن عثمان: متروك الحديث. تهذيب التهذيب (١٧٣/١٠)؛ وينظر: نصب الراية (٣٧٢/٣).

(٤) مختصر سنن أبي داود (٢٣٦/٦).

(٥) ينظر: ابن العربي المالكي، القبس في شرح موطأ مالك (ص ١٠٢٩)، الخطابي، معالم السنن (٢٣٧/٦) ..



القول الأول: لا يقتل السارق حدًا في المرة الخامسة بل يعزر ويحبس، وإليه ذهب المالكية<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>، وغيرهم<sup>(٤)</sup>؛ وعلى الرغم من قولهم هذا إلا أن عامتهم قالوا: للحاكم أن يعزره بما يرى أنه مانع لاعتدائه، قاطع لشره، ولو رأى ذلك في قتله، فله قتله<sup>(٥)</sup>.

القول الثاني: يقتل السارق حدًا في الخامسة، وهو مذهب الشافعي في القديم<sup>(٦)</sup>، ونسبه بعضهم إلى مالك<sup>(٧)</sup>، وهو مروى عن عثمان، وعمرو بن العاص، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء<sup>(٨)</sup>.

ولعل ضعف الحديثين السابقين لا ينهض للاحتجاج بهما؛ إلا إذا اعتبرنا ما قاله المنذري أنفاً: إن كان له أصل - فهو يؤيد قول بعض الفقهاء: يباح دمه تعزيراً إن كان من المفسدين.

### الخامس: قتل من أراد أن يفرق جماعة المسلمين:

يقول ابن تيمية<sup>(٩)</sup>: "وقد يستدل على أن المفسد متى لم ينقطع شره إلا بقتله فإنه يقتل: بما رواه مسلم في صحيحه عن عرفة الأشجعي رضي الله عنه؛ قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد، يريد أن يشق عصاكم، أو يفرق جماعتكم، فاقتلوه"، وفي رواية: "ستكون هنات وهنات. فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جميع؛ فاضربوه بالسيف كائناً من كان"<sup>(١٠)</sup>.

والذي نراه أن هذا الحديث إلى العقوبات الحدية أقرب منه إلى العقوبات التعزيرية؛ فهو يتكلم عن الخروج على جماعة المسلمين وشق عصاهم؛ وهذا إن كان بتأويل سائغ فهي جريمة البغي، وإن لم يكن بتأويل، فهي الحراية، وكلاهما حد كما هو معروف.

### السادس: أمره صلى الله عليه وسلم بقتل من تزوج امرأة أبيه:

أخرج الحاكم في مستدركه عن البراء بن عازب رضي الله عنهما؛ قال: لقيت خالي أبا بردة ومعه راية فقلت: أين تريد؟ فقال: "أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده؛ أضرب عنقه، وأخذ ماله"<sup>(١١)</sup>.

(١) ينظر: التاج والإكليل (٣٠٦/٦)؛ الفواكه الدواني (٢٣٢/٢)؛ حاشية الدسوقي (٣٣٣/٤).

(٢) الشيرازي، المهذب (٤٤٤/٥)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (٨٢٦/١٣)، الشربيني، مغني المحتاج (١٧٨/٤).

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤٤٦/١٢)، ابن مفلح، المبدع (١٤١/٩)، المرادوي، الإنصاف (٢٨٦/١٠)؛ البهوتي، كشف القناع (١٤٨/٦).

(٤) منهم: علي والحسن والشعبي والنخعي وقتادة والزهرى وحمام والثوري. ينظر: مصنف عبد الرزاق (١٨٦/١٠ - ١٨٧)؛ مصنف ابن أبي شيبة (٤٠٢/١٤).

(٥) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (٣٥٣/٢)؛ الخطابي، معالم السنن (٢٣٧/٦)؛ المرادوي، الفروع (١٤٨/١٠).

(٦) ينظر: إمام الحرمين، نهاية المطلب (٢٦١/١٧)؛ الغزالي، الوسيط (١١٦/٨)؛ النووي، روضة الطالبين (١٤٩/١٠)؛ حاشية الجبرمي (٢٠٩/٤).

(٧) ينظر: ابن عبد البر، الاستنكار (٢٦٠/٢٠)؛ الدردير، الشرح الصغير (١٦٢/٤). وذكر ابن حجر أن مالكاً رجع عن هذا القول، واستقر رأيه على تعزير السارق في الخامسة دون قتله، ولو بلغ التعزير إلى القتل. ينظر: فتح الباري (١٠٠/١٢).

(٨) ينظر: مصنف عبد الرزاق (١٨٤/١٠)؛ مصنف ابن أبي شيبة (٤٠٢/١٤)؛ التهذيب (٣٨٤/٧)؛ المغني (٤٤٦/١٢)؛ الحاوي الكبير (١٣/٦٩٤).

(٩) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٤٦/٢٨).

(١٠) أخرجه مسلم كتاب الإمارة، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع (١٨٥٢)؛ وينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم شرح صحيح مسلم (١٣٦/٦).

(١١) الحاكم، المستدرک على الصحيحين، (٧٣٢/٢)، رقم ٦٦٥٤، ورواه غير الحاكم باختلافات يسيرة.

وإن صح هذا الحديث فهو خارج محل النزاع؛ لأن الزواج من زوجة الأب باطل ومحرم بإجماع الأمة؛ قال تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا<sup>(١)</sup>.  
وعليه فإنكار هذا الحكم يعتبر ردة عن الإسلام، فنحن أمام جريمة حدية ولسنا أمام جريمة تعزيرية؛  
فالحديث خارج محل النزاع.

### مناقشة الاستدلال بالسنة:

ويناقش الاستدلال بالسنة عمومًا بأن غاية ما في هذه الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عاقب بالقتل، ومن المجمع عليه أنه يحق لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعاقب بالقتل أو بغيره، فالسنة قاضية على الكتاب كما هو مقرر ومعروف.

فضلاً عن ذلك؛ فإننا نتكلم عن عقوبة غير مقدره من الشارع "كتاباً أو سنة"، ومفوض أمرها إلى الإمام، فهل ما ذكره هؤلاء من عقوبة القتل لناكح البهيمة أو اللاتط وغيرهم، يخير الإمام في إقامة العقوبة أو عدم إقامتها عندهم؟ ثم أو ليس القتل هنا عقوبة مقدره من الشارع؟

فالنص القرآني بين عقوبة الزنا بأنه مائة جلدة، ثم بيّنت السنة أن هذا الحكم مخصوص بالزاني البكر، لم يخالف في هذا إلا من لا يعتد بوفاقه ولا بخلافه، حيث بينت السنة المطهرة أن عقوبة الثيب هي الرجم، وكذا حكم اللاتط وأتي البهيمة فقد بينته السنة المطهرة، وإذا سميت هذه العقوبة تعزيراً أو حداً، فهذا لا يؤثر؛ أما وقد ثبتت بالسنة المشرفة فلا نناقش في اسمها.

فإن قيل: إنما جعلناها من باب التعزير؛ لأن أمرها مفوض إلى الإمام. فالجواب: إن المتتبع والمتفحص للفرق بين الحد والتعزير، يجد أن جريمتي اللواط وإتيان البهيمة، إلى الحدود أقرب منهما إلى التعازير<sup>(٢)</sup>، وهل تختلف جريمة اللواط أو إتيان البهيمة بين عصر وعصر؟ أو يراعى فيها حال الجاني؟ وهل يقال فيها ذوو العثرات؟<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: القياس:

ويستدل لجواز القتل تعزيراً بالقياس، وذلك بقياس المفسد في الأرض على الصائل إذا لم يندفع إلا بالقتل فيجب قتله، بجامع أن كلا منهما مفسد، ولا يندفع فسادهما إلا بالقتل<sup>(٤)</sup>؛ جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون ما نصه: "وحكم على عبد الله بن أحمد بن حاتم الطليطلي بالزندقة، لما شهد عليه بالألفاظ القبيحة، منها أنه كان

(١) الآية (٢٢) من سورة النساء.

(٢) للفرق بين الحدود والتعازير، ينظر ص (٦) من هذا البحث.

(٣) قال الماوردي: "فأما صفته [أي التعزير]: فتختلف باختلاف الذنب واختلاف فاعله، فيوافق الحدود في اختلافه باختلاف الذنوب، ويخالف الحدود في الفاعل، فيختلف التعزير باختلاف الفاعل، فيكون تعزير ذي الهيئة أخف من تعزير ذي السفاهة. ويستوي في الحدود ذو الهيئة وذو السفاهة، لأن الحدود نصوص، فاستوى الكافة فيها؛ والتعزير اجتهاد في الاستصلاح، فاختلف الناس فيه باختلاف أحوالهم. روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "تجافوا لذوي الهيئات عن عثراتهم" "الحاوي الكبير (١٣/ ٤٢٤).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٤٧/٢٨)، محمد شلال العاني، التشريع الجنائي الإسلامي (٣١٨).

يقول عن النبي صلى الله عليه وسلم: قال اليتيم.. وأن عمر وعليًا كانا أحمقين، وقال: لا يجب الغسل من الجنابة، وأنكر القدر، وأشياء غير ذلك فحكم عليه بالزندقة، وصلب وطعن مصلوبًا بقرطبة<sup>(١)</sup>.

ويناقش بأن من قاس المفسد في الأرض على الصائل فقد أبعد النجعة، ذلك أن الصائل إن أمكن دفعه بالصياح والزرجر حرم الضرب، وإن أمكن دفعه بالضرب حرم القتل<sup>(٢)</sup>، وعليه فإن هذا المفسد في الأرض إن أمكن دفع أذاه بالسجن، أو بالنفي خارج بلاد المسلمين، فكيف يجوز قتله؟ وعلى هذا فإن قياسه على الصائل يكون دليلاً للمانعين، والله تعالى أعلم.

### ثالثاً: الاستدلال بالمصلحة:

يقول ابن القيم ردًا على سؤال سأل فيه نفسه، وهو: "هل يجوز أن يبلغ بالتعزير القتل؟" يقول رحمه الله: "فيه قولان؛ أحدهما: يجوز؛ كقتل الجاسوس المسلم، إذا اقتضت المصلحة قتله"<sup>(٣)</sup>، فابن القيم استدل على جواز قتل الجاسوس المسلم بالمصلحة.

ثم قال ابن القيم تفريراً على هذا القول: "وعلى هذا يحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه"، فأمر بقتله إذا أكثر منه، ولو كان ذلك حدًا لأمر به في المرة الأولى"<sup>(٤)</sup>.

وكذلك يقول ابن عابدين: "رأيت في الصارم المسلول للحافظ ابن تيمية أن من أصول الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمتقل، والجماع في غير القبل إذا تكرر فلإمام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر، إذا رأى المصلحة في ذلك، ويحملون ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم، على أنه رأى المصلحة في ذلك، ويسمونه: القتل سياسة"<sup>(٥)</sup>.

إلا أنه لم يذكر دليلاً واحدًا -خلا المصلحة- على ذلك، وغاية ما ذكره بعض الفتاوى على مذهبه وغير مذهبه من حالات يجوز فيها القتل؛ كالفنوى بقتل من سب النبي صلى الله عليه وسلم إن ذمياً وإن مسلماً، أو قتل السارق عند التكرار.

ويجاب على هذا الاستدلال بالقول: متى كانت المصلحة الظنية صالحة لتخصيص النص القطعي؟ فمصلحة حفظ دم المسلم ثابتة بنصوص قطعياً الدلالة قطعياً الثبوت، وقد تكون المصلحة في إزهاقها؛ كقتل الثيب الزاني أو المرتد، ولكن قتل هؤلاء مستثنى من العموم بنصوص قطعياً أيضاً.

(١) (١٩٣/٢).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٦٣/٤)، نهاية المحتاج (٢٧/٨).

(٣) ابن القيم، الطرق الحكيمة (١٢٠).

(٤) المرجع السابق، المكان ذاته.

(٥) حاشية ابن عابدين (٦٣/٤).

ثم إن بيان المصلحة إن لم يكن من الشارع -وبمعنى آخر إن لم تتحقق فيها شروط الاعتبار<sup>(١)</sup> - فلا يقبل به؛ لأن كل إنسان يدعي المصلحة على أي تصرف يريد، وقد وجدنا في هذا الزمان من يدعي بأن المصلحة في توزيع الخمر وترويجها دعماً للاقتصاد وتشجيعاً للسياحة، وسمعنا من يطلب الفطر في رمضان لزيادة الإنتاج، ومن يشفق على اللصوص ويدعي بأن المصلحة في عدم قطع يد السارق.

إن المصلحة التي يؤخذ بها هي التي جاء بها الشارع الحكيم؛ إما بأدلة إجمالية، وإما بأدلة تفصيلية، أما ادعاء المصلحة مجردة عن الدليل فلا يقبل.

ثم إن كان من يقول بأن المصلحة في قتل المفسد في الأرض -ممن لم يرد نص من الشارع بقتلهم-، فالرد عليه بالقول: بل إن المصلحة في عدم قتلهم، وبخاصة قبل الإمساك بهم، أرايت -على سبيل المثال- لو أننا حاصرنا هذا المفسد في الأرض، واقتربنا من القبض عليه، فإنه إن علم أنه مقتول على كل حال، لربما يقتل بعض الأبرياء؛ لأنه مقتول على كل حال، ولا فرق عنده أن يُقتل قصاصاً أو تعزيراً، فهو على الحالين مقتول.

بينما لو علم أنه ربما يسجن أو ينفى، فإنه ربما يستسلم ولا يقدم على قتل بريء.

## المطلب الثاني

### القائلون بالمنع

ذهب الإمام الشافعي<sup>(٢)</sup>، وأحمد<sup>(٣)</sup>، والظاهرية<sup>(٤)</sup> إلى عدم جواز التعزير بالقتل، ووافقهم من العلماء المعاصرين الدكتور محمد شلال العاني<sup>(٥)</sup>، وتوقف الإمام أحمد في الجاسوس المسلم<sup>(٦)</sup>.

**أدلة المانعين:** استدلت المانعون بالكتاب والسنة والقياس:

**أولاً: الاستدلال بالكتاب:**

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: "لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"<sup>(٧)</sup>.

وجه الاستدلال: أن النفس محرمة بنص الكتاب العزيز، فلا يجوز إزهاقها إلا بدليل<sup>(٨)</sup>.

(١) من أهم شروط العمل بالمصلحة: أن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة، وأن تكون حقيقية ومعقولة في ذاتها، وأن تكون عامة. ينظر: حافظ ثناء الله الزاهدي، تيسير الأصول، ص ٣٠٧-٣٠٨.

(٢) القفال، حلية العلماء (١٠٢/٨)، إمام الحرمين، الغياثي (١٠٠).

(٣) قال المرادوي: "ونص أحمد رحمه الله في المبتدع الداعية: يحبس حتى يكف عنها" الإنصاف (٢٢٤/١٠).

(٤) ابن حزم، المحلى (٣٧٨/١٢)، وقد أطلال ابن حزم النفس في الرد على خصومه في هذه المسألة، فلترجع.

(٥) عودة، التشريع الجنائي الاسلامي (٣٢٠).

(٦) المرادوي، الإنصاف (٢٢٥/١٠).

(٧) جزء من الآية (٦٨) من سورة الفرقان.

(٨) ينظر: ابن حزم، المحلى (٣٩٥/١٢).

يقول الفخر الرازي ردًا على سؤال: إن من يحل قتله لا يدخل في النفس المحرمة فكيف يصح هذا الاستثناء؟ يقول: "المقتضي لحرمة القتل قائم أبدًا، وجواز القتل إنما ثبت بالمعارض، فقوله: "حَرَمَ اللَّهُ"، إشارة إلى المقتضي، وقوله: "إِلَّا بِالْحَقِّ"، إشارة إلى المعارض"<sup>(١)</sup>.

### ثانيا: الاستدلال بالسنة؛ وذلك بأحاديث عديدة:

الأول: ما أخرجه الشيخان عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث؛ الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"<sup>(٢)</sup>.

ووجه الاستدلال من الحديث ظاهر؛ فدم المسلم مصان، وحفظه من الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة بل الشرائع لحفظها، وبين الحديث الشريف أنه لا يجوز إزهاق هذه النفس إلا أن يستوجب صاحبها ذلك، وذلك إذا اقترف إحدى هذه الجرائم الثلاث التي نص عليها المصطفى صلى الله عليه وسلم.

قال النووي عند شرحه هذا الحديث: "والتارك لدينه المفارق للجماعة، فهو عام في كل مرتد عن الإسلام، بأي ردة كانت؛ فيجب قتله إن لم يرجع إلى الإسلام؛ قال العلماء: ويتناول أيضًا كل خارج عن الجماعة؛ بدعة أو بغي أو غيرهما، وكذا الخوارج والله أعلم، واعلم أن هذا عام يخص منه الصائل ونحوه، فيباح قتله في الدفع، وقد يجاب على هذا بأنه داخل في المفارق للجماعة، أو يكون المراد: لا يحل تعمد قتله قصدًا إلا في هذه الثلاثة، والله أعلم"<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ من قول النووي أنه يدخل قتل الداعي إلى البدعة تحت مفهوم: "المفارق للجماعة"، وعليه فإن قتله ليس من باب التعزير.

وقد يجاب على الاستدلال بحديث ابن مسعود رضي الله عنه: بأن هذا العموم غير مراد، بدليل استثناء الصائل منه.

لكن يرد على هذا الاعتراض: بأن الصائل استثنى من هذا النص بنص مماثل، وليس في هذا خلافا؛ إنما الخلاف في إثبات عقوبة القتل في أمر لم يشرعه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأثبتت هذا دونه خبط القتاد.

والثاني: الحديث الذي يذكر قصة الصحابي حاطب بن أبي بلتعة، عندما أرسل كتابًا إلى قريش يخبرها فيه بخروج رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم، وكيف تم استرجاع الكتاب، وعفو النبي صلى الله عليه وسلم عنه؛ لما علم صدقه، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لسيدنا عمر رضي الله عنه عندما أراد أن يضرب

(١) تفسير الفخر الرازي (١١٢/٢٤).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: "أن النفس بالنفس..." (رقم ٦٨٧٨)، ومسلم، كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم (رقم ١٦٧٦). كما أخرجه الترمذي عن سيدنا عثمان رضي الله عنه بلفظ آخر، وقال: وفي الباب عن ابن مسعود وعائشة وابن عباس، ينظر: سنن الترمذي - شرح ابن العربي - (٣/٩).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١٦٤/١١).

عنفه: "إنه قد شهد بدرًا، وما يدريك لعل الله أن يكون قد اطلع على أهل بدرٍ؛ فقال: اعملوا ما شئتم، فقد غفرت لكم"<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال: أنه لو جاز قتل الجاسوس المسلم، لقتل الرسول صلى الله عليه وسلم حاطبًا رضي الله عنه، فلما لم يفعل صلى الله عليه وسلم، دلَّ هذا على حرمة قتله<sup>(٢)</sup>.

ويجاب على الاستدلال بقصة حاطب رضي الله عنه، بأنه استدلال غير سديد، وذلك لأن هذه الواقعة لا تعد دليلًا على حرمة قتل الجاسوس، ولا على جوازه، وذلك لظروف خاصة بالجاني، والدليل على ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يعاقب حاطبًا رضي الله عنه حتى ولو بتوبيخ، فهل يستدل هؤلاء على أن التجسس ليس بجريمة أصلاً؟ ولو كانت جريمة؛ لسجن -إذ حُرِّمَ القتل- الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم حاطبًا، أو عنفه بالقول على أقل تقدير، ولا قائل بهذا.

على أن هذا الحديث قد استدل به من أجاز قتل الجاسوس المسلم؛ ووجهوا الاستدلال بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم عللَّ عدم قتله حاطبًا رضي الله عنه بأنه من أهل بدر، ولو كان من غيرهم لسمح لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقتله.

كما أجيب بأن الخصوصية هنا لحاطب رضي الله عنه لا لأهل بدر، بدليل أن عمر قد حدَّ قدامه ابن مظعون في الخمر<sup>(٣)</sup>؛ بل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جلد مسطحًا رضي الله عنه في حادثة الإفك، وهو بدريٌّ كما هو مشهور<sup>(٤)</sup>.

قال الشريبي الخطيب: "أهل بدر إذا عمل أحد منهم ذنبًا يقتضي حدًا أو غيره، أقيم عليه بالإجماع"<sup>(٥)</sup>.

الثالث: قوله عليه الصلاة والسلام: "من بلغ حدًا في غير حد فهو من المعتدين"<sup>(٦)</sup>؛ قال المناوي: "أي: من توجه عليه تعزير فعلى الحاكم أن لا يبلغ به الحد، بل ينقص عن أقل الحدود المعزير بها؛ فممتى جاوز ذلك فهو من المعتدين الآثمين"<sup>(٧)</sup>، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز القتل إلا في الحدود التي حددها الشارع، وهذا دليل على عدم جواز التعزير بالقتل.

(١) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب الجاسوس (رقم ٣٠٠٧)، وفي مواضع عديدة من صحيحه، ومسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل أهل بدر رضي الله عنهم (رقم ٢٤٩٤).

(٢) عامر، التعزير (٣١١) وينظر: العبيدي، التعزير (٦٤١).

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار (١٤٤/٨).

(٤) ينظر: الشريبي، مغني المحتاج (١٩٣/٤).

(٥) مغني المحتاج (١٩٣/٤).

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن الثعمان بن بشير؛ ثم قال: المَحْفُوظُ مُرْسَلٌ (8 / 327).

(٧) المناوي، التيسير بشرح الجامع الصغير، (٤٠٨/٢).

**ثالثاً: القياس:**

ومن الأدلة على حرمة التعزير بالقتل، قياسه على حرمة التعزير بأخذ المال، وهذا القياس إنما يتجه على من يحرم التعزير بأخذ المال، فهو ممنوع منه عند الحنفية إلا في قول ضعيف عن أبي يوسف<sup>(١)</sup>، كما أنه ممنوع عند الشافعي في الجديد<sup>(٢)</sup>.

بل إن الحنفية عللوا عدم جواز التعزير بأخذ المال بقولهم: "ولا يفتى بهذا؛ لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس"<sup>(٣)</sup>، أفحمني أموال الناس من تسلط الظلمة عليها، ولا نحمي رقابهم؟

**المطلب الثالث****الترجيح**

مما سبق من أدلة وردود ومناقشات، يمكن ترجيح القول بجواز العقوبة بالقتل تعزيراً ضمن الحدود التي رسمها الشارع الحكيم، وفي الحالات التي لا يمكن دفع شر الجاني وكفّ أذاه عن المجتمع إلا بالقتل، أي أنّ المجرم قد وصل إلى مرحلة من الخطورة لا تزول إلا بالقتل، ولم ينفعه إصلاح وتوجيه، كما لم تنفع معه أي عقوبة تعزيرية أخرى غير القتل. فيمكن اعتبار هذه العقوبة من باب الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

وعليه فلا ينبغي التوسع في هذا الجواز؛ لأن الأدلة التي تم ذكرها في أقوال المجيزين إنما هي أحكام ثبتت لوقائع خاصة، فلا يجوز تعديتها إلى غيرها إلا بدليل.

وإن النظرة الشمولية لحد الحرابة، والتأمل الدقيق في النص الوارد فيه، يجعلنا على ثقة أن كثيراً من الجرائم التي يعدها بعض الفقهاء من جرائم التعزير، ويعاقبون عليها بالقتل يمكن إدراجها ضمن جرائم الحرابة، وذلك في قوله تعالى: "إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا..."<sup>(٤)</sup>، فهذا النص أعم من أن يكون مقصوداً به قطاع الطرق فحسب!

فالجاسوس المسلم ساعٍ في الأرض بالفساد، ومروج المخدرات ساعٍ في الأرض بالفساد، والمروج للرنذيلة والفاحشة ساعٍ في الأرض بالفساد.

قال الطبري: "القول في تأويل قوله عز ذكره: "إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا"؛ قال أبو جعفر: وهذا بيان من الله عز ذكره عن حكم الفساد في الأرض، الذي ذكره في قوله: "من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفسٍ أو فسادٍ في الأرض" أعلم عباده: ما الذي يستحق المفسد

(١) حاشية ابن عابدين (٦١/٤).

(٢) يقول الرملي: "ولا يجوز -أي التعزير- على الجديد بأخذ المال" نهاية المحتاج (٢٢/٨).

(٣) ابن عابدين (٦١/٤)، نقلاً عن الشرنبلالية.

(٤) جزء من الآية (٣٣) من سورة المائدة.



في الأرض من العقوبة والنكال، فقال تبارك وتعالى: لا جزاء له في الدنيا إلا القتل، والصلب، وقطع اليد والرّجل من خلاف، أو النفي من الأرض، خزيًا لهم. وأما في الآخرة إن لم يتب في الدنيا، فعذاب عظيم<sup>(١)</sup>.

ومع أن الآية نزلت في قطاع الطريق كما هو معلوم؛ لكن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما قال جمهور العلماء<sup>(٢)</sup>.

فضلاً عن إقرارنا بأنه ليس كل فسادٍ أو إفسادٍ في الأرض يوجب القتل؛ قال الفخر الرازي: "اعلم أنه تعالى لما ذكر في الآية الأولى تغليظ الإثم في قتل النفس بغير قتل نفس ولا فساد في الأرض، أتبعه ببيان أن الفساد في الأرض الذي يوجب القتل ما هو، فإن بعض ما يكون فساداً في الأرض لا يوجب القتل؛ فقال: إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله"<sup>(٣)</sup>.

ونختم كلامنا بالعبارة الذهبية لإمام الحرمين الجويني؛ إذ قال: "إنا لا نحدث لتربية الممالك في معرض الاستصواب مسالك، لا يرى لها في شرعة المصطفى صلى الله عليه وسلم مدارك"<sup>(٤)</sup>.

### المبحث الثالث

#### التعزير بالقتل في قانون العقوبات الإماراتي

لا يجد الباحث صعوبة كبيرة في إثبات وجود التعزير بالقتل في قانون العقوبات الإماراتي؛ إذ نصت المادة (٦٦) منه على ما يأتي:

"العقوبات الأصلية؛ هي:

أ- عقوبات الحدود والقصاص والدية.

ب- عقوبات تعزيرية؛ وهي:

١-الإعدام. ٢-السجن المؤبد. ٣-السجن المؤقت. ٤-الحبس. ٥-الحجز.

٦-الغرامة".

وبعد استقراء المواد التي تناولت الجرائم المعاقب عليها بالإعدام في هذا القانون، نستطيع القول: إن قانون العقوبات الاتحادي يتوافق مع رأي القائلين -من فقهاء الشريعة الإسلامية- بجواز القتل تعزيراً، فإنّ جرائم التعازير في هذا القانون تشمل كل الجرائم باستثناء جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات، ولا تقتصر على جرائم أمن الدولة فقط؛ بل إن القانون توسع في القول بالقتل تعزيراً؛ إذ يمكن أن يكون القتل تعزيراً في جرائم القتل ذاتها، في حالات عديدة فعلى سبيل المثال:

(١) تفسير الطبري (١٠ / ٢٤٣).

(٢) الغزالي، المستصفي (٢ / ١٣١).

(٣) الفخر الرازي، التفسير الكبير المسمى "مفاتيح الغيب" (١١ / ٣٤٥).

(٤) إمام الحرمين، الغياثي (١١٦).

ما قضت به المادة (٣٣١): " .. يعاقب من ارتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل بالعقوبات المبينة بها، وذلك في الحالات التي يمتنع فيها توقيع عقوبة القصاص". وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٣٢٣): "وتكون العقوبة الإعدام؛ إذا وقع القتل مع ..."، وكذلك المادة (٣٠٨) الخاصة بجريمة الحريق التي نصت على: "إذا نجم عن الحريق وفاة إنسان، عوقب مضرم النار بالإعدام..."، وكذلك المادة (٣٥٤) بشأن الجرائم الواقعة على العرض: "يعاقب بالإعدام كل من استخدم الإكراه في واقعة أنثى، أو اللواط في ذكر...".

وفي المطلبين الآتين تلخيص لمجمل ما ورد في هذه المواد:

### المطلب الأول

#### الجرائم الماسة بالأمن الخارجي للدولة<sup>(١)</sup>

سواء أكان ذلك عن طريق الخيانة العظمى، أم ارتكاب الأفعال -عن عمد- التي من شأنها المساس بأمن الدولة وسيادتها، أو استقلالها، أو سلامة أراضيها، أو كان يؤدي إلى ذلك، وسواء أكان عن طريق حمل السلاح، أم عبر تحريض منتسبي القوات المسلحة، أو الشرطة، أو الأجهزة الأمنية، للإخلال بأمن الدولة.

وقد برز الاهتمام والتركيز على الجهات العسكرية والأمنية، فرتب القانون عقوبة الإعدام على كل فعل أو تصرف يصدر من منتسبي هذه الجهات، أو من غيرهم عند استغلالهم، من شأنه الإخلال بأمن الدولة، أو زعزعتها، أو التجسس أو التخابر ومساعدة العدو، أو إفشاء أسرار الدولة المهمة لدولة أجنبية، أو جماعة معادية، أو إذاعة سر من أسرار الدفاع عن الدولة.

كذلك ظهرت عقوبة الإعدام بقوة في زمن الحرب أكثر منه في زمن السلم، ورتب القانون عقوبة الإعدام على كل عمل فيه إتلاف -جزئي أو كلي- لسلاح أو منشأة أو مرفق عام، أو نحو ذلك، مما أعد للدفاع عن الدولة. وكذلك الإخلال عمداً في زمن الحرب بالواجبات التي تخدم حاجات القوات المسلحة لرعاية المدنيين.

ومثل ذلك إذاعة الأخبار أو البيانات أو الإشاعات الكاذبة، لعمل دعاية مثيرة تلحق الأذى والضرر بالاستعدادات الحربية للدفاع عن الدولة، أو بالعمليات الحربية للقوات المسلحة، أو إثارة الفرع بين الناس، أو إضعاف الروح المعنوية في الدولة في زمن الحرب عمداً.

(١) ينظر: قانون العقوبات الإماراتي، الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني: "الجرائم وعقوباتها؛ الجرائم الماسة بأمن الدولة ومصالحها؛ المواد من ١٤٩-١٦٧.

## المطلب الثاني

### الجرائم الماسة بالأمن الداخلي للدولة<sup>(١)</sup>

وشملت هذه الجرائم: محاولة قلب نظام الحكم بالقوة، أو الاعتداء على سلامة رئيس الدولة، أو حرته، أو تعمد تعريض حياته أو حرته للخطر، ومثل ذلك الاعتداء على سلامة أو حرية رئيس دولة أجنبية، سواء في ذلك المحاولة أو الشروع.

كذلك كل ما من شأنه قلب نظام الحكم في الدولة، أو الاستيلاء عليه، أو إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين، أو منع إحدى مؤسسات الدولة، أو إحدى السلطات العامة من ممارسة أعمالها، أو الاعتداء على الحرية الشخصية للمواطنين، أو غيرها من الحريات والحقوق العامة التي كفلها الدستور أو القانون، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي، أو الإخلال بأمن الدولة أو مصالحها؛ سواء في ذلك التنظيمات أو الجماعات أو العصابات، وسواء التأسيس أو القيادة أو المشاركة أو التعاون معها مع العلم.

كذلك الأمر بتعطيل تنفيذ أوامر الحكومة، ممن له حق الأمر من أفراد القوات المسلحة، أو وزارة الداخلية، أو الأجهزة الأمنية.

وعاقب القانون بالإعدام كل من شكل عصابة، أو تولى زعامتها، أو تولى قيادة فيها، هاجمت طائفة من السكان، أو قاومت بالسلاح رجال السلطة العامة لمنع تنفيذ القوانين. وكذلك كل من تقلد رئاسة عصابة حاملة للسلاح، أو تولى فيها قيادة ما، أو أدار حركتها، أو نظمها، وكان ذلك بقصد اغتصاب أو نهب الأراضي أو الأموال المملوكة للدولة، أو لجماعة من الناس، أو مقاومة القوة العسكرية المكلفة بمطاردة مرتكبي هذه الجرائم. وكذلك الشروع بالقوة في احتلال أحد المباني العامة، أو المخصصة لدوائر حكومية، وعند استعمال المتفجرات في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها آنفاً.

وجعل القانون للمحكمة أن تحكم بعقوبة الإعدام في أي جنائية منصوص عليها في هذا الفصل، إذا وقعت في زمن الحرب بقصد إعانة العدو، أو الإضرار بالعمليات الحربية للقوات المسلحة، وكان من شأنها تحقيق الغرض المنشود.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث يمكننا الخلوص إلى النتائج الآتية:

١- المقصود بالعقوبة التعزيرية العقوبة المفوضة للإمام، وهي ما عدا عقوبات جرائم القصاص والحدود، والمقصود بعقوبة القتل تعزيراً: العقوبة المفوضة للإمام بقتل الجاني فيما عدا عقوبات جرائم القصاص والحدود.

(١) ينظر: قانون العقوبات الإماراتي، الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني: "الجرائم وعقوباتها؛ الجرائم الماسة بالأمن الداخلي للدولة؛ المواد من ١٧٤-١٩٩.

٢- ترجح مما سبق من أدلة كلا الفريقين وردودهم ومناقشاتهم، القول بجواز التعزير بالقتل، ضمن الحدود التي رسمها الشارع الحكيم، وفي إطار الضرورة، وبلا توسع. وأن في شمولية حد الحرابة ما يؤكد أن كثيراً من الجرائم التي يعدها بعض الفقهاء من جرائم التعزير ويعاقبون عليها بالقتل، يمكن عدّها من جرائم الحرابة.

٣- يقر القانون الإماراتي عقوبة القتل تعزيراً -وهو بهذا يوافق قول المجيزين- وينص عليها في العديد من المواد التي تناولت عقوبات الجرائم المتنوعة، سواء أكانت ماسة بالأمن الخارجي أم الداخلي للدولة.

#### التوصيات:

- نوصي المقننين ألا يتوسعوا ويتساهلوا بتشريع عقوبة الإعدام في الجرائم التعزيرية.
- نوصي الباحثين بإجراء دراسة تبيين الضوابط والمعايير التي تميز بدقة بين جرائم الحد وجرائم التعزير.

## المصادر والمراجع

- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد، (١٣٩٩-١٩٧٩)، "النهاية في غريب الحديث والأثر"، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت.
- أحمد بن حنبل، (١٤١١-١٩٩١)، "مسند الإمام أحمد" ويليهِ القول المسدد في الذب عن مسند الإمام أحمد لابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، ط١، دار الفكر.
- الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، (١٤٢٠-١٩٩٩)، "نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، ط١، دار ابن حزم، بيروت.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، (١٤١٤-١٩٩٤)، "فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب"، ط١، دار الفكر.
- الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، (١٣٢٢هـ)، "فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت"، دار صادر، مصور عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، (١٤٠٨-١٩٨٧) "الفتاوى الكبرى"، ط١، دار الكتب العلمية.
- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد، (١٤٠٦ - ١٩٨٦)، "تقريب التهذيب"، المحقق: محمد عوامة، ط١، دار الرشيد - سوريا.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، "المطلى بالآثار"، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أبو حسان، محمد، (١٤٠٨-١٩٨٨)، "أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-"، ط١، مكتبة المنار، الزرقاء-الأردن.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام" مكتبة الكليات الأزهرية، ط١.
- ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم، (١٣٩٧)، "غريب الحديث"، المحقق: عبد الله الجبوري، ط١، مطبعة العاني-بغداد.
- ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، "روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه"، دار المطبوعات العربية-بيروت.
- ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، (١٤١٤ - ١٩٩٤)، "الكافي في فقه الإمام أحمد"، ط١، دار الكتب العلمية.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، "الطرق الحكمية في السياسة الشرعية"، تحقيق: بهيج غزاوي، دار إحياء العلوم، بيروت.
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي، (١٤١٦-١٩٩٦)، "إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه"، تحقيق: بهجة يوسف حمد أبو الطيب، ط١، مؤسسة الرسالة-بيروت.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، "سنن أبي داود" دار الجيل، بيروت.
- أبو عبيد، القاسم بن سلام (١٤١٥)، "الغريب المصنف"، المحقق: صفوان عدنان داوودي، ط١، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
- الباجي، سليمان بن خلف، (١٤٠٩-١٩٨٩)، "إحكام الفصول في أحكام الأصول"، تحقيق: عبد الله محمد الجبوري، ط١، مؤسسة الرسالة.

- البخاري، محمد بن إسماعيل، (١٤١٠-١٩٨٩)، "صحيح البخاري"، مع فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢هـ) ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- البكري، أبو بكر ابن السيد محمد شطا، "حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار الفكر.
- بهنسي، أحمد فتحي (١٩٧٠)، "العقوبة في الفقه الإسلامي" دراسة فقهية متحررة؛ دار الرائد العربي، بيروت.
- بهنسي، أحمد فتحي (١٤٠٨-١٩٨٨)، "التعزير في الإسلام"، ط١، مؤسسة الخليج العربي.
- بهنسي، أحمد فتحي، "مدخل الفقه الجنائي الإسلامي"، دار الشروق، بيروت- القاهرة.
- البهوتي، منصور بن يونس، (١٤٠٢-١٩٨٢)، "كشاف القناع عن متن الإقناع"، دار الفكر، بيروت.
- البهوتي، منصور بن يونس، (١٤١٥-١٩٩٤)، "الروض المربع شرح زاد المستقنع"، تحقيق: عماد عامر، ط١، دار الحديث- القاهرة.
- البوطي، محمد سعيد رمضان، (١٤١٠-١٩٩٠)، "ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية"، ط٥ مؤسسة الرسالة- الدار المتحدة.
- الترمذي، عيسى بن سورة، "سنن الترمذي" بشرح ابن العربي المالكي - عارضة الأحوذى-، دار الفكر، بيروت.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، (١٤٢٣-١٩٩٢) "التعريفات" تحقيق: إبراهيم الإبياري، ط٢، دار الكتاب العربي.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، (١٤١٧-١٩٩٧)، "غياث الأمم في التياث الظلم" المشهور بالغيثي، تحقيق: خليل المنصور، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الحاكم، محمد بن عبد الله بن محمد، (١٤١١)، "المستدرک على الصحيحين"، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط١، دار الكتب العلمية - بيروت.
- الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى، "زاد المستقنع في اختصار المقنع"، المحقق: عبد الرحمن علي محمد، دار الوطن- الرياض.
- الحراني، عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية، (١٤٠٤هـ)، "المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، مكتبة المعارف، الرياض.
- الحسيني، محمد أمين المعروف بأمر باده شاه، "تيسير التحرير" وهو شرح على كتاب "التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية"، لابن الهمام الإسكندري، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الحموي، ياقوت بن عبد الله، "معجم البلدان"، دار صادر- بيروت.
- الخطيب، محمد الشربيني، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج"، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الخن، مصطفى سعيد، (١٤٠٩-١٩٨٩)، "أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء"، ط٥، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، (١٤١٥ - ١٩٩٥)، "مختار الصحاح"، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت.
- الرازي، محمد بن عمر، فخر الدين، (١٩٩٣-١٤١٤) "التفسير الكبير ومفاتيح الغيب"، قدم له خليل محيي الدين الميس، دار الفكر، بيروت.

- الرملي، محمد ابن أبي العباس، "نهاية المحتاج إلى شرح ألقاظ المنهاج"؛ ومعه حاشية أبي الضياء علي بن علي الشيراملسي، وحاشية أحمد بن عبد الرزاق محمد بن أحمد، دار الفكر.
- الزاهدي، حافظ ثناء الله، (١٤١٤-١٩٩٣)، "تيسير الأصول"، ط٢، دار ابن حزم، بيروت.
- الزحيلي، وهبة، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار المستقبل للطباعة (١٤٠٦-١٤٠٧/١٩٨٦-١٩٨٧).
- الزيلعي، عبد الله بن يوسف، "تصب الراية لأحاديث الهداية"، ط٢، مكتبة الرياض الحديثة.
- السبكي، علي بن عبد الكافي، وولده تاج الدين عبد الوهاب، "الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول"، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السُّعدي، علي بن الحسين بن محمد، (١٤٠٤-١٩٨٤) "النتف في الفتاوى"، تحقيق: صلاح الدين الناهي، ط٢، دار الفرقان ومؤسسة الرسالة - عمان/ بيروت.
- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، علاء الدين، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، "تحفة الفقهاء"، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢.
- السمعاني منصور بن محمد بن عبد الجبار (١٤١٨-١٩٩٧)، "قواطع الأدلة في الأصول"، تحقيق: محمد حسن محمد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، "إسعاف المبطل برجال الموطأ"، تحقيق: موفق فوزي جبر، دار الهجرة - بيروت.
- الشاشي الففال، أبو بكر محمد بن أحمد، (١٩٨٨م)، "حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء" حققه: ياسين درادكة، ط١ مكتبة الرسالة الحديثة.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، "نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار"، تحقيق: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، بيروت.
- الشوكاني، محمد بن علي، (١٤٢١-٢٠٠٠)، "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول"، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ط١، دار ابن كثير، دمشق - بيروت.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، "المهذب في فقه الإمام الشافعي"، دار الكتب العلمية.
- الشيرازي، أبو إسحاق، (١٤٠٣-١٩٨٣)، "التنبيه في الفقه الشافعي"، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، ط١، عالم الكتب.
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، (١٤١١-١٩٩٣)، "سبل السلام شرح بلوغ المرام"، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط١، دار الفكر، بيروت.
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، (١٤٠٩-١٩٨٩)، "منار السبيل في شرح الدليل"، تحقيق: زهير الشاويش، ط٧، المكتب الإسلامي.
- الطبري، محمد بن جرير، (١٤٢٠-٢٠٠٠) "جامع البيان في تأويل القرآن"، ابن يزيد بن كثير ابن غالب الأملي، المحقق: أحمد محمد شاكر، ط١، مؤسسة الرسالة.
- ابن عابدين، محمد أمين، "حاشية ابن عابدين"، دار الفكر، بيروت، والمكتبة التجارية، مكة المكرمة.
- عامر، عبد العزيز، "التعزير في الشريعة الإسلامية"، دار الفكر العربي، د.ت.
- العاني، محمد شلال حبيب، (١٤١٦-١٩٩٦)، "التشريع الجنائي الإسلامي دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام القانون الجنائي الوضعي ونظرياته الفقهية المعاصرة"، ط٢، مؤسسة مروة للطباعة.



- العبيدي، طاهر صالح، "التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون اليمني مقارنا بالقانون الجنائي المصري"، رسالة دكتوراه نوقشت بتاريخ ١٠/٧/٩٣ بكلية الحقوق في جامعة عين شمس.
- العجلى، أحمد بن عبد الله بن صالح، (١٤٠٥ - ١٩٨٥)، "معرفة الثقات ..."، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم، ط١ مكتبة الدار - المدينة المنورة.
- عودة، عبد القادر، (١٤٠٦ - ١٩٨٦)، "التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، ط٨، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الغزالي، محمد بن محمد، (١٤١٧/١٩٩٧)، "المستصفى في علم الأصول"، المحقق: محمد بن سليمان الأشقر، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، ط١ ١٤١٧هـ.
- الغمراوي، محمد الزهري، (١٩٨٧)، السراج الوهاج شرح على متن المنهاج للنووي، دار الجيل، بيروت.
- الفيتوري، محمد عطية، (١٩٩٨)، "فقه العقوبة الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي"، ط١، منشورات جامعة قار يونس، دار الكتب الوطنية - بنغازي.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (١٩٨٧)، "المصباح المنير؛ المصري، مكتبة لبنان.
- قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م، وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٥م، وبالقانون رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٦م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، "الفروق"، عالم الكتب، بيروت.
- القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك، "إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري"، ط٧، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.
- القونوي، قاسم، (١٤٠٦ - ١٩٨٧)، "أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء"، تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط١ مؤسسة الكتب الثقافية بيروت، ودار الوفاء للنشر والتوزيع - جدة.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، (١٣٩٥ - ١٩٧٥) "سنن ابن ماجه"، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
- المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد، (١٤١٨ - ١٩٩٧)، "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- مسلم، مسلم بن الحجاج، "صحيح مسلم" بشرح النووي، مؤسسة مناهل العرفان - بيروت، توزيع: مكتبة الغزالي - دمشق.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، (١٤١٨ - ١٩٩٧)، "المبدع في شرح المقنع"، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المقدسي، محمد بن مفلح، (١٤١٨)، "الفروع وتصحيح الفروع"، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، "البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير"، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، ط١، دار الهجرة - الرياض.
- ابن الملقن، عمر بن علي، (١٤٠٦ - ١٩٨٦)، "خلاصة البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لأبي القاسم الرافعي"، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط١ مكتبة الرشد - الرياض.

- المليباري، أحمد بن عبد العزيز، "فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين"، ط١، دار ابن حزم، د.ت.
- المناوي، محمد عبد الرؤوف، (١٤٠٨-١٩٨٨)، "التيسير بشرح الجامع الصغير"، ط٣، مكتبة الإمام الشافعي - الرياض.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، "لسان العرب"، دار صادر.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، "البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د. ت.
- النسائي، أحمد بن شعيب، "سنن النسائي" بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف، "شرح صحيح مسلم"، مؤسسة مناهل العرفان - بيروت، توزيع: مكتبة الغزالي - دمشق.
- النووي، يحيى بن شرف، "المنهاج"، بشرح محمد الزهري الغمراوي "السراج الوهاج"، دار الجيل - بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف، (١٤٠٨-١٩٨٨)، "تحرير ألفاظ التنبيه" أو "لغة الفقه"، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق.
- النووي، يحيى بن شرف، (١٤١٢-١٩٩١)، "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، إشراف زهير شاويش، ط٣.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، "شرح فتح القدير، على الهداية"، دار الفكر، بيروت.
- ياسين، محمد نعيم، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ط١، (١٤٠٤-١٩٨٣)، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان.
- اليحصبي، عياض بن موسى أبو الفضل، (١٤١٩ - ١٩٩٨)، "إكمال المعلم بفوائد مسلم"، تحقيق: يحيى إسماعيل، ط٨، دار الوفاء، مصر.

## كفاية قواعد اكتساب الجنسية الأردنية للحد من انعدام الجنسية "دراسة مقارنة"

### Adequacy of Jordanian Laws of Nationality Acquisition in Reducing Statelessness :A Comparative Study

جورج حزبون<sup>١</sup>، آلاء عيد الكعابنة<sup>٢</sup>

#### الملخص

تناولت الدراسة موضوع الأشخاص عديمي الجنسية في ضوء الاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية التي تسلط الضوء على قضية تمثل خرقاً للقانون الدولي وحقوق الإنسان التي تطل آثارها حوالي (١٥) مليون شخص حول العالم. لقد أدرك المجتمع الدولي حجم القضية وتبنى معاهدين هما: اتفاقية عام (١٩٤٥) المتعلقة بالأشخاص عديمي الجنسية واتفاقية عام (١٩٦١) المتعلقة بخفض حالات انعدام الجنسية، لمعرفة الأسباب الحقيقية لهذه القضية ووضعها في الأردن. تم اتباع المنهج المقارن وذلك بمقارنة النصوص التشريعية في الأردن بالاتفاقات الدولية ذات الصلة إضافة إلى التشريعات (١٧) دولة أخرى. خلصت الدراسة إلى وجود قصور تشريعي فيما يتعلق بالأحكام النازمة للجنسية في كثير من تلك الدول إضافة إلى وجود ثغرات قانونية في الاتفاقيات ذات الصلة. أوصت الدراسة المشرعين بضرورة معالجة هذا القصور ، كما أنها اقترحت عدداً من التوصيات التي يمكن أن تسهم في إيجاد حلول بناءة لهذه القضية .

**الكلمات الدالة:** الجنسية المكتسبة، الزواج المختلط، الجنسية الأصلية، انعدام الجنسية.

#### Abstract

The study tackled the issue of stateless persons in light of international agreements and national legislations that violate international law and human rights which affect (15) million persons worldwide. The international community has realized the magnitude of this issue and adopted two treaties: (1954) treaty on stateless persons and (1961) treaty on reduction of statelessness. To identify real causes behind this issue and its status in Jordan, the comparative approach was adopted to compare legislative provisions in Jordan to those of relevant international agreements, besides legislations of other (17) countries. The study concluded that there were legislative shortcomings pertaining to the rules that govern nationality issues in several countries, besides legal gaps in relevant legal agreements. The study recommended that legislators should address this shortcoming. In addition, it proposed a number of recommendations which might provide constructive solutions for the issue.

**Keywords:** Acquired Nationality, Intermarriage, Original Nationality, Statelessness.

(١) عضو في مجلس الأعيان الأردني/ استاذ القانون الدولي الخاص الجامعة الأردنية سابقاً، (٢) قسم القانون المدني، جامعة القاهرة، مصر. تاريخ

استلام البحث ٢٥ /٨/ ٢٠٢١ وتاريخ قبوله ٢٤ /١٠/ ٢٠٢١.

## المقدمة

يؤكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (١٥) منه على أن " لكل شخص الحق في أن تكون له جنسية " ولا يجوز أن يحرم إنسان من جنسيته بصورة تعسفية، ولا من الحق في تغييرها، وقد ضمن هذا الحق ضمن الحقوق الأساسية، كالحق في الحياة، والحق في المساواة أمام القانون والحق بالحريّة، وقد تأكد هذا الحق في العديد من المواثيق الدولية الأخرى، كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.<sup>(١)</sup>

ومع اعتراف عدة مواثيق دولية لحقوق الإنسان بالحق في الجنسية فإن ملايين البشر في جميع أنحاء العالم ليس لديهم جنسية، ويؤكد مسح أجرته المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أنه لا يخلو إقليم واحد في العالم من المشكلات التي تتعلق بانعدام الجنسية، ويشكل ذلك مشكلة كبيرة تشمل نحو (15) مليون شخص في كل دول العالم وأوضحت المفوضية أنه في كل (10) دقائق يولد طفل عديم جنسية.<sup>(٢)</sup>

وتوجد مسببات لانعدام الجنسية منها ما يتعلق بتنازع القوانين بين الدول، والحرمان من الجنسية بالسحب أو بالإسقاط، والقوانين المتعلقة بالزواج المختلط، والتبني والتخلي عن الجنسية بهدف اكتساب جنسية جديدة، والأسباب المتعلقة بتوارث الدول، والتميز العنصري، والافتقار إلى التسجيل المدني والصراعات والنزاعات وظروف عدم الاستقرار.<sup>(٣)</sup>

ويجب انعدام الجنسية الأشخاص عن النظر، ويجعلهم عرضة لمزيد من انتهاكات حقوق الإنسان لما يترتب من آثار سلبية تتمثل في عرقلة الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وقد تصل الأمور إلى النزوح القسري، إذ إن حياة الفرد دون جنسية تتسبب في جملة من التعقيدات منذ الميلاد إذ لا يستطيع أن يسجل في السجلات الرسمية، ولا الالتحاق بالمدرسة أو العمل كبقية الأفراد حتى في حال وافتهم المنية فقد يتعرضون لامتهان الكرامة، والدفن في مقابر مجهولة دون إجراء أي تكريم لائق ومراسم رسمية.

وقد أدرك المجتمع الدولي حجم هذه المشكلة وقد تبني معاهدتين بهذا الشأن هما اتفاقية (1954) بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية واتفاقية (1961) بشأن خفض حالات انعدام الجنسية، ومع أن الجهود المبذولة قد نجحت نسبياً في حل هذه المعضلة، إلا أنها ما تزال قائمة ولم يتم التوصل إلى الحل الشامل بعد.

(١) المادة ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨

(٢) انظر أنطونيو غوتيريس ولويس اربو، مقال بعنوان عديمو الجنسية في العالم تشرين الثاني / نوفمبر ٢٠٠٧ الصادر عن مركز أبناء الأمم المتحدة ، متاح على الموقع الدولي للمفوضية على شبكة الإنترنت : [www.ynhcr.org](http://www.ynhcr.org)

(٣) sinperingham , Ezekiel : the international protection of stateless in individuals , call for change , uni . of Auckland , dune 2003 page : 3

Walker , Dorothy : violation or conduit for violation of human right , human rights quarterly , vol20 , November 4.1998 page : 106

## مشكلة الدراسة

تتلخص مشكلة الدراسة في أن موضوع انعدام الجنسية يعد موضوعاً حساساً لأنه يسلط الضوء على موضوع إنساني بالدرجة الأولى، ويشمل نحو (15) مليون شخص في العالم مع أن العدد الواقعي أكبر من ذلك وهذا الوضع مخالف للأصل العام، فالأصل هو تمتع كل شخص بغض النظر عن جنسه أو لونه أو أي أسباب تمييزية أخرى بالجنسية، إلا إن هؤلاء الأفراد يجدون أنفسهم أجانب في مواجهة كافة الدول مما يترتب على ذلك عدة مشكلات في جميع جوانب الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فامتلاك الجنسية أمر لا بد منه للتمتع بكافة الحقوق.

كما تكمن مشكلة الدراسة في عدم كفاية النصوص القانونية التي تضمنها قوانين الجنسية العربية للدول محل المقارنة في منح الجنسية وفقدانها، للحد من ظاهرة انعدام الجنسية بما يتواءم ومتطلبات المجتمع الدولي. ومن هنا تكمن مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤلات التالية:

- ما المقصود بالجنسية؟ وما مدى حرية الدولة في تنظيمها؟
- ما الطبيعة القانونية للجنسية وما هي الأسس التي تبنى عليها؟
- من عديمو الجنسية؟ وهل يوجد أنواع من الأشخاص عديمي الجنسية؟
- كيف يصبح الأشخاص عديمو الجنسية وما الأسباب التي تؤدي إلى ذلك؟
- لماذا يعتبر انعدام الجنسية مشكلة وماذا يترتب على ذلك من آثار؟
- هل يوجد آليات دولية وإقليمية للحماية والحد من انعدام الجنسية سواء كانت ذات الإطار العام أو الخاص؟ وإن وجدت فهل هي كفيلة لحل هذه المشكلة؟
- ما مدى كفاية النصوص القانونية الخاصة بالجنسية الأردنية، وقوانين الدول محل المقارنة لتلافي ظاهرة انعدام الجنسية؟

## أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- تزويد المختصين في مجال حقوق الإنسان، وخصوصاً فيما يتعلق باللجوء وانعدام الجنسية صورة واضحة عن مختلف الآليات الدولية والوطنية لمعالجة هذه المعضلة.
- بيان مدى توافق قانون الجنسية الأردني رقم (6) لسنة (1954)، وقوانين الدول محل المقارنة مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالحق في الجنسية.
- تحليل الأسباب ومعرفة الثغرات القانونية التي تؤدي لانعدام الجنسية.
- اقتراح التعديلات اللازمة على قانون الجنسية الأردني وقوانين الدول محل المقارنة لتتوافق مع المعايير الدولية إذا وجدت الدراسة لذلك سبيلاً.

- تقديم التوصيات اللازمة بشأن مكافحة هذه المشكلة ورفعها للجهات ذات الاختصاص لتبني إجراءات تشريعية للحد من ظاهرة انعدام الجنسية.

### أهمية الدراسة

تتجلى أهمية الدراسة في أنها تناقش قضية عالمية تشكل خرقاً لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ذلك أن الجنسية تعد المفتاح لبقية الحقوق الأخرى، وعديمو الجنسية عادة ما يتم استبعادهم من العملية السياسية لعدم امتلاكهم حق التصويت، وكذلك تواجههم مشاكل تتعلق بالإقامة والطرده والاحتجاز التعسفي لفترات طويلة كما يؤدي انعدام الجنسية إلى العديد من الصعوبات في مجالات الحياة الأخرى، وبالتالي تتجلى أهمية الدراسة من أهمية الجنسية نفسها في حياة الفرد، هذا من جانب الأفراد، أما من جانب الدولة فالجنسية هي الرابطة بين الفرد والدولة وبالتالي فإن وجود عدد من الأفراد مهمشين قد يؤدي إلى إضرار بأمن الدولة، وارتكاب الجرائم وخصوصاً إذا كانت نسبة الأعداد لهؤلاء الأشخاص مرتفعة.

وهذه الدراسة تقترح حلولاً لمحاربة هذه الظاهرة السلبية بما يخدم مصلحة كل من الدولة والفرد في آن معا.  
منهجية الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المناهج الآتية:

- **المنهج الوصفي:** حيث تم اعتماد هذا المنهج عرض نصوص الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بهدف بيان المقصود بانعدام الجنسية.
- **المنهج التحليلي:** اعتمد هذا المنهج تحليل نصوص الاتفاقيات الدولية والإقليمية والنصوص القانونية الوطنية وذلك للوقوف على الإطار القانوني الذي يحكم وضع الأشخاص عديمي الجنسية.
- **المنهج المقارن:** حيث أجريت المقارنة بين نصوص التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية ذات الشأن وكذلك أيضاً تمت المقارنة بين نصوص التشريعات الوطنية ذاتها.

## المبحث الأول

### مدى كفاية القواعد الخاصة بالجنسية الأصلية للحماية والحد من ظاهرة انعدام الجنسية

الجنسية الأصلية هي الجنسية التي تثبت للشخص منذ ولادته، ولهذا السبب يطلق عليها بعض فقهاء القانون جنسية الميلاد ويتم اكتسابها بقوة القانون بمقتضى توافر حقين أساسيين: هما حق الدم وحق الإقليم، ويختلف نطاق تطبيق كل من هذين الأساسيين بحسب تشريعات الدول المختلفة<sup>(١)</sup>، وطبقاً لمصالحها العليا في تحديد ركن الشعب فيها.

(١) ويقصد بحق الدم "حق الفرد" ذكرًا كان أو أنثى في كسب جنسية الدولة التي ينتمي إليها والداه أو كلاهما بمجرد ميلاده أياً كان مكان أو محل الميلاد: انظر: رياض، فؤاد عبد المنعم (١٩٧٥). الموجز في الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، الجزء الأول، معهد البحوث والدراسات العربية

وعليه سوف نقوم بتوضيح مدى كفاية القواعد الخاصة بالجنسية الأصلية للحماية والحد من ظاهرة انعدام الجنسية وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### مدى كفاية الاعتراف برابطة الدم من جهة الأب أو الأم وسيلة أصلية لتوقي ظاهرة انعدام الجنسية

من خلال استقراء نصوص تشريعات الجنسية الأردنية وفي ظل الفقرة (3) من المادة الثالثة من قانون الجنسية الأردني يتبين أن المشرع الأردني أخذ بحق الدم المنحدر عن طريق الأب بصفة أصلية وفي حق الدم المنحدر من الأم بصفة استثنائية ولكل حالة شروط وأحكام خاصة بها وهذا ما سنتولى توضيحه على النحو الآتي:

١- الحالة الأولى: اكتساب الجنسية الأردنية الأصلية بحق الدم المنحدر عن طريق الأب بصفة أصلية.

نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الجنسية الأردنية رقم 6 لسنة 1954 المعدل بالقانون رقم 22 لسنة 1987 على ما يلي: "يعتبر أردني الجنسية من ولد لأب متمتع بالجنسية الأردنية"<sup>١</sup>

يتبين من خلال النص السابق أن المشرع الأردني يعتد بجنسية الأب أساسا لاكتساب المولود الجنسية الأردنية بغض النظر عن جنس المولود ذكرا أو أنثى وسواء تمت الولادة داخل المملكة الأردنية الهاشمية أو خارجها فهذا لا يحول دون تمتع المولود بالجنسية الأردنية، إلا أنه يتبين من خلال النص السابق أن هناك شروطا لا بد من توافرها وهي:

#### أ- تمتع الأب بالجنسية الأردنية وقت ولادة المولود لا بعده.

لكي يكتسب المولود جنسية الأب الأردني لا بد أن يكون الأب متمتعا بالجنسية الأردنية وقت ميلاد المولود لا بعده، وبمعنى آخر إن أي تغيير سابق أو لاحق على جنسية هذا الأب لا يؤثر في اكتساب المولود للجنسية الأردنية ما دام الأب يتمتع بها وقت الميلاد، وكذلك لا يمنع من تفعيل هذا النص إذا كان الأب أجنبيا في وقت الحمل ثم اكتسب الجنسية الأردنية لأن الواضح من منطوق نص المادة سالفة الذكر أن العبرة لاكتساب الجنسية في وقت ولادة المولود، بمعنى أن المادة نصت على حق التمتع بالجنسية مع ضبط الوقت<sup>٢</sup>.

وتجدر الإشارة هنا بأن حق المولود في اكتساب جنسية أبيه يثبت سواء أكان الأب مكتسبا للجنسية بصفة أصلية أم بالتجنس أم بأي طريقة أخرى ، وكذلك لا تؤثر وفاة الأب قبل ولادة المولود إذا كان متمتعا بالجنسية

(ص ٣٥)، وانظر: فهمي، محمد كمال (١٩٩٥). أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، مصر ، (ص ٧٤) للمزيد حول هذا الموضوع: السيد، عبد المنعم حافظ السيد (٢٠١٢). أحكام تنظيم الجنسية، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية (ص ١٣٣). اللافي، محمد (١٩٨٩). الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي "دراسة مقارنة"، طرابلس: مجمع الفاتح للجامعات، ليبيا ، (ص ٩٨).

(١) الهداوي، حسن (٢٠٠١). الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع. القوانين والأنظمة والاتفاقيات الدولية ، (ص ١١٥)

(٢) المادة (٣) من قانون الجنسية الأردني رقم (٦) لسنة ١٩٥٤



الأردنية عند وفاته وهذا يبدو جليا من خلال منطوق نص المادة السابقة، وكذلك لا يؤثر في اكتساب الجنسية في هذه الحالة جنسية الأم سواء أكانت عديمة الجنسية أم أجنبية وحتى لو فصمت عرى الزوجية بين الزوجين، والمشرع الأردني لم يقيد اكتساب المولود لجنسية الأب بجيل معين وحتى لو تعاقب ميلاد هذه الأجيال خارج الأردن فذلك لا يحول دون اكتساب الجنسية وبمعنى آخر إن المشرع أطلق الحكم ولم يقيده.<sup>(١)</sup>

#### ب- أن يثبت النسب إلى أبيه الأردني<sup>(٢)</sup>

المقصود هنا بالنسب الذي يعول عليه لاكتساب الجنسية هو حق الدم المنحدر من الأب ولا يؤثر في ذلك سواء أكانت الزوجية قائمة أم منحلة بطلاق أم وفاة أم فسخ، وإنما لا بد أن يكون الزواج صحيحاً سواء حقيقة أو حكماً (حالة العدة بعد الطلاق أو الوفاة) عند ابتداء الحمل.

ومما لا شك فيه أنه في حالة ثبوت النسب لأبيه وقت الميلاد فتثبت بالتالي للمولود الجنسية الأردنية وهذا لا يثير أي إشكالية، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد ماذا لو أنه تعذر إثبات النسب وقت الميلاد ولم يتحقق إثبات النسب إلا بعد فترة من الزمن فهل يمتد اكتساب الجنسية إلى وقت الميلاد أو إلى اللحظة التي تم فيها إثبات النسب؟

إن ثبوت النسب للأب يعد كاشفاً للجنسية لا منشئاً لها واستناداً إلى ذلك فإن ثبوت النسب لأبيه يمتد إلى تاريخ الميلاد وليس إلى تاريخ ثبوت النسب.

يتبين لدينا من خلال نص المادة السابقة أن المشرع اعتد بحق الدم من جهة الأب بشكل مطلق ولم يقيده. في الواقع تقر أغلب القوانين وخصوصاً العربية بحق الدم الأبوي في قوانينها الخاصة بالجنسية وبالتالي يمكن للأب أن ينقل الجنسية إلى أبنائه سواء تمت الولادة في داخل الدولة أم خارجها ودون الحاجة إلى عمل إجراءات معينة وهذا هو الحال في كل من الجزائر والبحرين ومصر والعراق والكويت وموريتانيا<sup>(٣)</sup> وقطر والسعودية وسوريا والإمارات العربية المتحدة واليمن وتونس والمغرب وعمان ولبنان<sup>(٤)</sup>، وتجدر الإشارة هنا أن ليبيا الوحيدة من بين

(١) المطيري، نور محمد (٢٠١٦). *ميررات منح الجنسية وسحبها في التشريع الأردني*، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، (ص 30).

(٢) عبد العال، عكاشة محمد (١٩٨٦). *دروس في الجنسية اللبنانية*، بيروت: الدار الجامعية، (ص 62).

(٣) فقرة (٣) من المادة (٣) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة (١٩٥٤ م)، والمادة (٦) من قانون الجنسية الجزائري لسنة (٢٠٠٧ م)، والفقرة (أ)، (ب) من المادة (٤) من القانون البحريني رقم ٢١ لسنة (٢٠١٤ م)، والفقرة أ من (٢) من القانون المصري رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥) والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ م، فقرة أ من المادة (٣) من قانون الجنسية العراقي لسنة ٢٠٠٦ م، والمادة ٢٢ من قانون الجنسية الكويتي لسنة ١٩٥٩ والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠، والمادة (١) من القانون اللبناني لسنة ١٩٢٥ والمعدل في عام ١٩٦٠ م، فقرة (أ) من م (٨) من قانون الجنسية الموريتانية لسنة ١٩٦١ م "وتجد الإشارة إلى أنه لم يتضمن أي تعديل لحد الآن".

(٤) المادة (٦) من قانون الجنسية المغربي لعام ٢٠٠٧ م المادة (١) من قانون الجنسية العماني لعام ١٩٦٢ والمعدل لعام ٢٠٠٧ م فقرة (أ) م (٤) من القانون القطري رقم (٢) لعام ١٩٦١ والمعدل لعام ٢٠٠٥، المادة (٧) من نظام الجنسية السعودية رقم (٤) وتاريخ ١٣٧٤/١١/٢٥ هـ، والفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون الجنسية السورية رقم (٢٧٦) لعام ١٩٦٩، المادة (٦) من قانون الجنسية التونسية لعام ١٩٦٣ م، فقرة (ب) من المادة (٢) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١٧) بشأن الجنسية وجوازات السفر، فقرة (أ) من م (٣) من قانون الجنسية اليمنية رقم ٦ لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٠ م

هذه الدول التي تتطلب في حال كان الأب مواطناً وتمت الولادة في الخارج إلى وجوب التسجيل أو التقدم بطلب بمعنى أن اكتساب الجنسية لا يكون بشكل تلقائي.<sup>(١)</sup>

**الحالة الثانية: اكتساب الجنسية الأردنية الأصلية على أساس حق الدم المنحدر من الأم بصفة استثنائية وحق الإقليم معاً.**

اعتمد المشرع في هذه الحالة على حق الدم المنحدر من الأم مشروطاً أن تعزز هذه الرابطة بحق الإقليم فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة 1954 على أنه "يعتبر أردني الجنسية من ولد في المملكة الأردنية الهاشمية من أم تحمل الجنسية الأردنية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له أو لم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً"<sup>(٢)</sup>

يتبين من خلال منطوق المادة السابقة أن المشرع اشترط عدة شروط لتطبيق هذا النص وهذا ما ستقوم ببيانه على النحو الآتي:

#### **الشرط الأول: الولادة من أم أردنية**

كي يتمتع المولود بالجنسية الأردنية في هذه الحالة لا بد أن تكون الأم أردنية سواء أكانت اكتسبت الجنسية بصفة أصلية أم لاحقة إذ إن العبرة في وقت الميلاد بمعنى أنه لا يتعارض مع هذا الشرط إذا كانت الأم أجنبية وقت الحمل ومن ثم أصبحت أردنية وقت ولادة المولود أو قامت بتغييرها بعد ذلك، وبمفهوم المخالفة فإذا كانت الأم أردنية أثناء الحمل ومن ثم فقدت الجنسية عند ولادة المولود فإنها لا تستطيع أن تمنح المولود هذه الجنسية.<sup>(٣)</sup>

#### **الشرط الثاني: الولادة في المملكة الأردنية الهاشمية**

إن تحقق الشرط بأن تكون الأم أردنية وقت الولادة لا يكفي لحصول الابن على الجنسية الأردنية بل لا بد من أن تكون واقعة الولادة قد حصلت داخل إقليم المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك في الإقليم البري أو البحري أو الجوي.<sup>(٤)</sup>

#### **الشرط الثالث: أن يكون الأب مجهولاً أو لا جنسية له أو لم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً.<sup>(٥)</sup>**

يتطلب القانون بالإضافة إلى الشرطين السابقين أن يكون الأب مجهولاً أو لا جنسية له أو لم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً فإذا توافر هذا الشرط يثبت للمولود الجنسية الأردنية حسب منطوق هذه المادة، والسؤال الذي يطرح هل

(١) فقرة (أ) من م (٣) من قانون الجنسية الليبية رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٠م.

(٢) الفقرة 4 من المادة الثالثة من قانون الجنسية الأردنية لعام 1954

(٣) صانوري، أحمد محمود والبوريني، عمر (٢٠١٢). انعدام الجنسية في القانون الأردني والمقارن، مجلة علوم الشريعة والقانون، (٢)، ٣٩، ٥٤٩-٤٧١، (ص ٥١)

(٤) الراوي، جابر إبراهيم (٢٠٠٢)، شرح أحكام قانون الجنسية الأردني، دائر وائل للنشر، عمان الأردن، (ص 100)، وهذا ما نصت عليه المادة (٣) من اتفاقية ١٩٥٤ بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية.

(٥) صانوري، أحمد محمود والبوريني، عمر، انعدام الجنسية في القانون الأردني والمقارن، مصدر سابق، (ص ٥٥٦).

هناك فرق بين كل من هذه الحالات؟ ثم ما الحكم لو اكتسب الأب جنسية فيما بعد إذا كان عديم الجنسية، أو تم معرفة جنسية الأب أو تم إثبات نسب الأب إلى أبيه، فهل يؤثر ذلك على جنسية المولود لأم أردنية؟ للإجابة على السؤال السابق لا بد أن نبين أولاً ما المقصود بكل حالة من الحالات السابقة، والحكم المترتب عليها، وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: في حال ما إذا كان الأب عديم الجنسية

غني عن البيان المقصود بانعدام الجنسية، فإذا كان الأب عديم الجنسية بمعنى أن الأب كان معروفاً ولكن لا يتمتع بأي جنسية، والعبارة في عدم تمتع الأب بجنسية هو وقت الولادة، فإذا كان الأب يتمتع بجنسية دولة ما، فإن المولود من أم أردنية لا يستفيد من هذا النص<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: مجهولية جنسية الأب.

والمقصود هنا بالمجهولية أي بمعنى عدم معرفة جنسية الأب الذي قد يكون له جنسية دولة ما، وهذا ما يميز هذه الحالة عن الحالة السابقة.<sup>(٢)</sup>

### ثالثاً: عدم ثبوت نسب المولود قانوناً إلى أبيه.

يكون المولود في هذا الفرض غير معروف الأب ويتحقق هذا الفرض غالباً في حالة ما إذا كان المولود جاء لسبب علاقة بين امرأة غير متزوجة ورجل معروف، إلا أنه أنكر نسب الطفل إليه أو أن الرجل غير معروف أصلاً، والفرض الأخير هو أن المولود جاء نتيجة علاقة زواج شرعي وصحيح حسب الأصول، إلا أن الرجل ينفي نسب المولود إليه ولا يعترف به<sup>(٣)</sup>.

إن تحققت الشروط التي بينها سابقاً تثبت الجنسية الأردنية للمولود بقوة القانون، ومن يوم ولادته هذا فيما يتعلق بالشق الأول من التساؤل السابق.

والآن ننتقل إلى الشق الثاني من التساؤل، وهو بعد ثبوت الجنسية الأردنية للمولود: ما مدى تأثير جنسية المولود في حال تحقق إحدى الفروض الآتية؟<sup>(٤)</sup>

**الحالة الأولى: عدم تمتع الأب بجنسية دولة ما عند ولادة المولود ومن ثم اكتسب جنسية دولة معينة فهل تتأثر جنسية المولود تبعاً لذلك؟**

(١) إبراهيم، أحمد إبراهيم (٢٠٠٣). القانون الدولي الخاص، القاهرة: دار النهضة العربية، (ص ٧٤) وانظر: المؤيد، محمد وعبد الله، محمد (٢٠٠٠).

أحكام تنظيم علاقات الجنسية في القانون اليمني والمقارن، صنعاء: أوان للخدمات الإعلامية، (ص ٨٧).

(٢) عبد الله، عز الدين (١٩٨٦). القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، القاهرة: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، (ص ٣٧٨) وانظر: فهمي، محمد كمال (١٩٨٣). أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، ص ٢٤.

(٣) الهداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مصدر سابق، (ص ١٠١ وما بعدها).

(٤) وانظر الهداوي، حسن، أحكام تنظيم الجنسية في القانون الأردني، مصدر سابق، (ص ١٠٢ وما بعدها).

إن الإجابة على هذا التساؤل هي بكل تأكيد بالنفي، لأن اكتساب الأب لجنسية دولة معينة اكتساباً لاحقاً على ولادة المولود لا يمتد إلى الماضي، وتبعاً لذلك فإن جنسية المولود لا تتأثر، وذلك لعدم انتقاء الشروط المطلوبة في نص المادة السابقة الذكر.

### الحالة الثانية: في حالة مجهولية جنسية الأب ومن ثم تم الكشف عن هذه الجنسية

سوف تتأثر جنسية المولود في هذا الفرض فإذا تبين أن الأب أردني فيجب تصحيح جنسية المولود حسب القواعد الخاصة بالنسب، وتطبق بشأنه الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الجنسية الأردنية، أما إذا تبين أن الأب كان يتمتع بجنسية دولة غير الأردن فيترتب على ذلك زوال الجنسية عن المولود من تاريخ ولادته على أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بحقوق الغير حسني النية الذي تعاملوا معه على أساس أنه أردني<sup>(١)</sup>.

### الحالة الثالثة: حالة عدم ثبوت نسب المولود إلى أبيه ومن ثم ثبت نسب الولد إلى أبيه

تطبق في هذه الحالة نفس القواعد الخاصة بالحالة الثانية فيما إذا كان الأب أردني أم أجنبي. يتبين أن الفرق بين الحالتين يكمن في حال ما إذا كان الأب عديم جنسية فالجنسية الأردنية في هذا الفرض تكون ثابتة للمولود، فلو اكتسب الأب جنسية فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً، أما في الحالتين السابقتين فإن جنسية المولود مؤقتة، وذلك لأنه في حال تحقق إحدى الفرضيات السابقة فإن أحد الشروط التي يتطلبها النص سوف تنتفي.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا هنا أن القانون الأردني وإن كان قد عالج جنسية المولود من أم أردنية في الحالات السابقة إلا أنه لم يول أي اعتبار لجنسية الأم الأردنية، إذا كانت ولادة المولود قد حصلت في الخارج ولو على سبيل الصدفة فما بال المشرع الأردني يضع النص، ومن ثم يقيد حق المرأة إلى أضيق الحدود فما الرد في حال ما إذا كانت الولادة قد حصلت على سبيل الصدفة أو الضرورة القصوى وكان الأب عديم الجنسية فما مصير هذا المولود؟

كما يتبين لنا من خلال استقراء نصوص القوانين الأردنية المتعلقة بالجنسية الأردنية أن القانون الأردني لم يساو بين المرأة والرجل في حق منح الجنسية للأبناء فلم يمنح المرأة هذا الحق إلا في ظروف استثنائية، وكذلك قيد هذا الحق في الحدود المكانية، وذلك بعكس الرجل الذي منحه هذا الحق بغض النظر عن جنسية الأم ومكان الولادة<sup>٢</sup>. وعند مطالعة النصوص القانونية الخاصة بالجنسية للدول محل المقارنة، يتبين أن أغلب قوانين الدول المقارنة لا تنص على المساواة بين الرجل والمرأة إلا في ظروف استثنائية، وهذه الظروف في أغلب الأحيان هي

(١)خلاف، فاطمة الزهرة (٢٠١٨). الحماية الدولية للأشخاص عديمي الجنسية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعته الدكتور الظاهر مولاي، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، (ص ٥٦ وما بعدها)

(٢) المحكمة الدائمة للتحكيم، اللجنة المعنية بالدعاوي الخاصة بأرتيريا وأثيوبيا، قرار جزئي دعاوي مدينة دعاوي المرفوعة من أرتيريا رقم ١٥،١٦، ٢٣، ومن ٢٧ إلى ٣٢، بين دولة أرتيريا وجمهورية أثيوبيا الديمقراطية الاتحادية، ١٧ كانون الأول / ديسمبر، ٢٠٠٤  
commission o.hudson, manely : special report on nationality including statelessness, year book, international law , vol 11 , 1952 , page : 18

كالتى تضمنها القانون الأردني، ومن الدول التي لا تنص على المساواة بين الجنسين في حق الدم هي البحرين والكويت ولبنان وعمان وقطر ( التي يلاحظ على نصوص قانون الجنسية الخاصة بها أنها لا تعترف بحق الدم من جهة الأم بأي شكل من الأشكال، وحتى في حالة الظروف الاستثنائية) وسوريا والإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية.<sup>(١)</sup>

أما في موريتانيا، فإن الطفل المولود لأم موريتانية في داخل البلد يتمتع بالجنسية الموريتانية، أما المولود في الخارج فلا بد من استكمال إجراءات معينة.<sup>(٢)</sup>

في المقابل هناك عدد من الدول تنهت إلى أهمية المساواة بين المرأة والرجل في حق منح الجنسية للأبناء، ومن بين هذه الدول مصر والمغرب والجزائر والعراق واليمن وتونس وليبيا وفرنسا.<sup>(٣)</sup>

إلا أن هناك بعض التساؤلات التي لا بد من التطرق إليها فيما يتعلق بهذه القوانين وهي على النحو التالي:

١- فيما يتعلق بقانون الجنسية اليمنية بعد التعديل فقد نص القانون في المادة الثالثة من القانون رقم (٢٥)

لسنة 2010 م على أنه يتمتع بالجنسية اليمنية كل من:<sup>(٤)</sup>

١- "أ-ولد لأب أو أم يتمتع أي منهما بالجنسية اليمنية داخل أو خارج الجمهورية.

ب-يكون لمن ولد لأم يمنية وأب أجنبي قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلم الوزير برغبته في التمتع بالجنسية اليمنية خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ سريان هذا القانون، ويعتبر يمنياً بصدور قرار من الوزير، أو بانقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان، دون صدور قرار مسبب بالرفض".

يتبين من خلال النص المتقدم بأن المشرع اليمني قد ساوى في نصوص القانون رقم (25) لسنة 2010 م المتعلقة بالجنسية اليمنية بين قدرة الأب والأم على نقل الجنسية للأبناء، ودون الحاجة إلى أي إجراء إضافي وسواء تمت الولادة داخل اليمن أو خارجها وذلك من تاريخ 21 نوفمبر 2010م وهو تاريخ بدء العمل بهذا القانون باعتباره اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية إلا أنه رهن قدرة المرأة اليمنية على نقل الجنسية إلى أبنائها قبل 21 نوفمبر 2010م، مما يجعل هذا القانون على الرغم من النقلة النوعية التي جاء بها يبدو بأنه قصد من وراء

<sup>(١)</sup> فقرة (٢) (أ، ب) من م (٤) من قانون الجنسية البحريني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٤م، والمادة (٢) من قانون الجنسية الكويتي رقم ١٩٥٩م والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠م، م (٢) من قانون الجنسية اللبنانية لسنة ١٩٢٥ والمعدل لعام ١٩٦٠، فقرة (٢) من م (١) من قانون الجنسية العماني رقم ١٩٦٢ والمعدل لعام ٢٠٠٧م، وفقرة (أ، ب) من م (٤) من قانون الجنسية القطرية رقم ٢ لعام ١٩٦١ والمعدل لعام ٢٠٠٥م، فقرة (ب) من م (٣) من قانون الجنسية السورية لعام ١٩٦٩م، فقرة (ج، د) من المادة (٢) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٧) بشأن الجنسية وجوازات السفر، م (٧) من نظام الجنسية السعودية رقم (٤) تاريخ ١١/٢٥/١٣٧٤هـ، والمادة (٤) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤م.

<sup>(٢)</sup> فقرة (٣) من م (٨) من قانون الجنسية الموريتانية لسنة ١٩٦١م.

<sup>(٣)</sup> فقرة (أ) من م (٣) من قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤م، م (٦) من قانون الجنسية المغربي لعام ٢٠٠٧م، م (٦) من قانون الجنسية الجزائرية لسنة ٢٠٠٧م، فقرة أ من م (٣) من قانون الجنسية العراقية لعام ٢٠٠٦م، م (٦) من قانون الجنسية التونسية لعام ١٩٦٣م، المادة (١١)، والمادة (٣) من قانون الجنسية اليمنية رقم ٢٥ لعام ٢٠١٠م.

Prive , 7edition , dolloz , paris : 2001.p.676 , lousouarnet , Bourel , paul profit international,

<sup>(٤)</sup> المادة 3 من قانون الجنسية اليمنية رقم 25 لسنة 2010

ذلك نقادي الوقوع في حالات انعدام الجنسية، إلا أنه يتبين بأن المشرع اليمني بهذا التحديد قد يسبب في إيجاد أشخاص عديمي الجنسية، وذلك لأن الأشخاص المولودين لأم يمنية قبل 21 نوفمبر 2010 م لا بد من تقديم الطلب للوزير خلال ثلاث سنوات، ولكي يستطيع الحصول على الجنسية اليمنية لا بد من موافقة الوزير أو مضي سنة كاملة من تاريخ التقديم دون صدور قرار بالرفض، وهذا بدوره يمنح جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة فمقدرة المولود لأم يمنية للحصول على الجنسية ليس مؤكداً، وبالتالي لو أن المشرع اليمني يلغي هذا القيد الزمني، ويساوي في قدرة المرأة اليمنية على نقل الجنسية لأبنائها بغض النظر عن وقت الولادة سواء أكانت سابقة لصدور القانون أم لاحقة له.<sup>(١)</sup>

### فيما يتعلق بقانون الجنسية العراقية.

نصت المادة الثالثة من قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 على ما يلي:<sup>(٢)</sup>

يعتبر عراقياً:

"أ- من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية "

وبالرجوع إلى المادة الرابعة من نفس القانون نجد أنها تنص على أنه "للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط أن يكون مقيماً في العراق، وقت تقديمه طلب للحصول على الجنسية العراقية".<sup>(٣)</sup>

إن المتمعن في نص المادتين السابقتين يتوصل إلى نتيجة مفادها أن المشرع العراقي قد وقع في تعارض بين النصوص القانونية، فما بال المشرع العراقي ينص على المساواة بين الرجل والمرأة في المقدرة على نقل الجنسية إلى الأبناء سواء كانت واقعة الولادة قد حصلت داخل الإقليم أو خارجه، ومن ثم يتضمن أحكاماً خاصة بحالة الاعتداد بحق الدم من جهة الأم في ظروف استثنائية؟ وما المبرر على الإبقاء على مثل هذا النص الذي لا يحقق

(١) تجدر الإشارة إلى أن المشرع اليمني استجاب إلى الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذ الشأن ومنها اتفاقية ١٩٦١ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية. للمزيد انظر.

Statelessness : on over view of the legal issues , is available on the website [www.legal-dboavd.ie/iab/publishing.nsf/contact/the-researcher-october2009/article](http://www.legal-dboavd.ie/iab/publishing.nsf/contact/the-researcher-october2009/article) للمزيد الاطلاع على :-

Meetig report : regional expert meeting on the human rights of stateless persons in the middleeast and north Africa , op

(٢) المادة 3 من قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون العراقي لا يزال متحفظاً على المادة 9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص على المساواة بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بحقوق الجنسية.

(٣) المادة 4 من قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006

أي فائدة للمولود؟ بل على العكس قد يسبب مضرة بحق هذا المولود فلا يوجد أي مبرر قانوني ولا منطقي للإبقاء على مثل هذا النص<sup>(١)</sup>.

ومن جهتنا فإننا نرى أن وجود مثل هذا النص لا يفسر إلا بأمرين: الأول إما أن يكون خطأ مادياً وقع فيه المشرع العراقي، والثاني عدم الرغبة الواقعية والفعلية لمنح المرأة حقاً متساوياً مع الرجل في منح الجنسية للأبناء، والاحتفاظ بهذه الحالة فقط لذلك يفضل على المشرع العراقي أن يتدخل لإزالة هذا اللبس والشكوك حول هذا النص. وتجدر الإشارة هنا إلى أن نفس هذه الملاحظة الواردة على قانون الجنسية العراقية ترد على قانون الجنسية الليبية، إذ تنص المادة 11 على المساواة بين الرجل والمرأة في نقل الجنسية إلى الأبناء وفي نفس الوقت تحتفظ بأحكام تسمح بشكل استثنائي للمرأة منح جنسيتها إلى طفلها. <sup>(٢)</sup>

### تقييم أحكام الجنسية المستندة إلى حق الدم

لدى الرجوع إلى نصوص الاتفاقيات الدولية ذات الصلة<sup>(٣)</sup>، يتبين أن الاتفاقية تعتمد رابطة الإقليم أساساً لمنح الجنسية، ورابطة الدم بصفة ثانوية ولدى مراجعة نصوص هذه الاتفاقية يتبين أنها تعتد بحق الدم المنحدر من الأم، وتوسع من ذلك الحق في كل مرة سيصبح فيها المولود عديم الجنسية.<sup>(٤)</sup>

والملاحظ على النصوص السابقة أنها تعتمد كما سبق أن بينا رابطة الأرض رباطاً رئيسياً، ورابطة الدم رباطاً ثانوياً، وهذا على خلاف تشريعات الدول محل المقارنة، هذا من جانب، ومن جانب آخر إن الاتفاقية عند اعتمادها على حق الدم اعتماداً ثانوياً، لم تميز بين الأب والأم وهذا على خلاف التشريع الأردني ومن سار على نهجه من الدول التي سبق أن تطرقنا للبحث عن موقفها فهي لم تعتد بحق الدم من جهة الأم إلا في حالات ضيقة وظروف استثنائية، وذلك على خلاف حق الدم المنحدر من الأب، وتجدر الإشارة إلى أن الاعتماد على حق الدم المنحدر من الأم في ظروف استثنائية لا يقي المولود من خطر انعدام الجنسية.<sup>٥</sup>

يتضح مما تقدم أن قانون الجنسية الأردني وقوانين الدول محل المقارنة لا تتفق مع المعايير الدولية ذات الصلة.<sup>(٦)</sup>

(١) حسين، صادق زغير، ومطرش، إياد، ظاهرة انعدام الجنسية في القانون العراقي النافذ (دراسة تحليلية استنباطية مقارنة بالاتفاقيات الدولية)، ص ٣٤٢.

(٢) المادة 11 والفقرة ج من المادة 3 من قانون الجنسية الليبية رقم 24 لسنة 2010.

(٣) الفقرة (٤ و٣) من المادة ١ من اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١.

(٤) المادة ٤ من اتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١.

٥ انظر قراري محكمة العدل العليا: رقم 1985/20، المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1985، ص 1494، ورقم 1984/9 المنشور في العدد الرابع من ذات المجلة لسنة 1984م، ص 655

(٦) عباس، محمد عباس، المركز القانوني لعديمي الجنسية في النظم القانونية المختلفة، (ص ١٠٣)؛ الحد من حالات انعدام الجنسية وخفضها وفقاً لاتفاقية ١٩٦١، المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، سويسرا، سبتمبر، (٢٠١٠م)، متاح على الموقع الرسمي للمفوضية [www.unnhcv.com](http://www.unnhcv.com) تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٣٠ الساعة ٢ مساءً.



## المطلب الثاني

### مدى كفاية الاعتراف بحق الإقليم وسيلة لتوقي انعدام الجنسية

قد تمنح الجنسية استناداً إلى حق الإقليم<sup>(١)</sup> وحده على الرغم من تبني الدولة معيار حق الدم بصفة أساسية، وذلك لاعتبارات إنسانية يكون الهدف منها هو حماية المولود من التعرض لخطر انعدام الجنسية، وذلك في حالة اللقيط والمولود من أبوين مجهولين.

نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الجنسية الأردنية على " يعتبر أردني الجنسية من ولد في المملكة الأردنية الهاشمية من والدين مجهولين ويعتبر اللقيط في المملكة مولوداً فيها ما لم يثبت العكس"<sup>(٢)</sup>. يتضح من خلال منطوق المادة السابقة بأن المشرع اشترط لتمتع المولود بالجنسية توافر شروط وهي:

#### ١- أن يكون المولود مجهول الوالدين

يقصد بجهالة الوالدين هنا هو أن يكون الأب والأم معاً مجهولين، فلو أن أحدهم كان معلوماً فالنص لا ينطبق هنا لأنه اشترط الجهالة بالنسبة لكليهما معاً، فالجنسية هنا هي جنسية مؤقتة بمعنى إذا تمت معرفة أحد الآباء وتبين بأنه غير أردني ففي هذه الحالة تزول الجنسية عن المولود بأثر رجعي<sup>(٣)</sup>. وتجدر الإشارة هنا إلى أن جهالة الأم هي مسألة واقعية، أما جهالة الأب فهي مسألة قانونية، والفرق هنا أنه في الحالة الأخيرة حتى لو كان الأب معروفاً من حيث الواقع، فإن ما يعول عليه هو ثبوت نسب المولود إلى أبيه<sup>(٤)</sup>.

#### ٢- أن تكون ولادة المولود في المملكة الأردنية الهاشمية

اشترطت المادة السابقة لتمتع المولود بالجنسية الأردنية أن تتم الولادة في الأردن، سواء في الإقليم البري أو الجوي، أو البحري، والولادة هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وكذلك فإن المشرع افترض أن الولادة قد حصلت في الأردن إلى أن يثبت العكس، فإذا تبين أن الأب هو أجنبي فهنا تزول الجنسية عن اللقيط بأثر رجعي مع عدم المساس بحقوق حسني النية، أما إذا تبين أن الأب أردني فيبقى متمتعاً بالجنسية الأردنية، أما إذا كانت الأم أردنية فهنا كأصل عام، القانون الأردني لا يعتد بحق الدم المنحدر من الأم إلا في الحالات الثلاث التي تطرقنا إليها سابقاً.

(١) رابطة الأرض: هي الرابطة التي يتم بموجبها منح جنسية للمولود في إقليمها، جمعية رواد فرونيزر، رحلة عمر بين الظل والذل، دراسة قانونية حول ظاهرة عديمي الجنسية في لبنان، (ص ٢٩)، وانظر: خرشي، معمر عمر، وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، (ص ١٩٧).

(٢) المادة ٥ من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤

(٣) الراوي، جابر إبراهيم، شرح أحكام قانون الجنسية الأردني، مصدر سابق، (ص ١٠٢)، سامية، راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (ص ١٣٥).

(٤) الهداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، مصدر سابق، (ص ١١٠). جمعية رواد فرونيزر، بين الظل والذل، مصدر سابق، (ص ٥٧).

وبالعودة إلى تشريعات الدول محل المقارنة يتبين أن كلا من الجزائر واليمن والبحرين ومصر والإمارات العربية المتحدة وتونس والعراق والكويت ولبنان وليبيا وموريتانيا والمغرب وعمان وقطر وسوريا والسعودية نصت على منح اللقيط الجنسية وفق الشروط التي تعرضنا لها سابقا فيما يتعلق بالتشريع الأردني.<sup>(١)</sup>

من خلال ما تقدم يتبين بأن التشريع الأردني، وتشريعات الدول محل المقارنة جاءت منسجمة والمعايير الدولية التي تنص على حماية اللقطاء من خطر انعدام الجنسية، مثل المادة الثانية من اتفاقية 1961 بشأن خفض حالات انعدام الجنسية فقد نصت على "ما لم يثبت العكس، يعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في إقليم دولة متعاقدة مولودا في هذا الإقليم من أبوين يحملان جنسية هذه الدولة"<sup>(٢)</sup>، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقية حقوق الطفل، والعديد من الضمانات الدولية الأخرى لذلك فهذا اتجاه محمود على تبنيه في نصوص الدول محل المقارنة.

ومن جهتنا فإننا نرى أن ما يؤخذ على المشرع الأردني والدول التي لم تنص على المساواة بين الرجل والمرأة في القدرة على نقل الجنسية إلى الأبناء، هو أن هذه الدول جعلت مركز اللقيط أفضل من المولود من أم تتمتع بالجنسية في حالة عدم مقدرة الأب على نقل الجنسية إلى المولود.

وكذلك موقف المشرع اليمني الذي جعل اللقيط أفضل من مركز المولود لأم يمنية قبل 21 نوفمبر 2010م. وهناك ملاحظة أخرى، وهي أن هذه الدول ومن بينها التشريع الأردني لم تحم الطفل المولود داخل إقليمها إذا كان معرضا لأن يكون عديم جنسية باستثناء لبنان وسوريا التي تنص على مثل هذا البند في قوانينها.<sup>(٣)</sup> وكذلك لم تتضمن قوانين هذه الدول بندا خاصا في حالة ولادة الطفل داخل إقليمها وكان والداه عديمي الجنسية باستثناء سوريا وتونس (بشروط إضافية).<sup>(٤)</sup>

(١) فقرة (٣) من المادة (٥) من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته لسنة ٢٠٢٠ م، فقرة (١) من المادة (٧) من قانون الجنسية الجزائرية لسنة ٢٠٠٧م، فقرة (ب) من المادة (٥) من قانون الجنسية البحريني رقم (٢١) لسنة ٢٠١٤م، فقرة (٢) من المادة (٣) من قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥م المعدل بالقانون رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٤م، فقرة (ب) من المادة (٣) من قانون الجنسية العراقي لسنة ٢٠٠٦م، والمادة (٣) من قانون الجنسية الكويتي رقم ١٩٥٩م والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠، والفقرة (٣) من م (١) من قانون الجنسية اللبناني لسنة ١٩٢٥ والمعدل لعام ١٩٦٠م، فقرة (ج) من المادة (٣) من قانون الجنسية الليبية رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٠م، المادة (١) من قانون الجنسية الموريتانية لسنة ١٩٦١، والمادة (٧) من قانون الجنسية المغربي لعام ٢٠٠٧م، فقرة (٣) من المادة (١) من قانون الجنسية العماني لعام ١٩٦٢ والمعدل لعام ٢٠٠٧م، والفقرة (٤) من المادة (٢) من قانون الجنسية القطري رقم (٢) لعام ١٩٦١ والمعدل لعام (٢٠٠٥م)، والمادة (٧) من نظام الجنسية السعودية رقم (٤) وتاريخ ١١/٢٥/١٣٧٤هـ، والفقرة (ج) من المادة (٣) من قانون الجنسية السورية رقم ٢٧٦ لعام ١٩٦٩م، والمادة (٩،١٠) من قانون الجنسية التونسية لعام ١٩٦٣م، والفقرة (هـ) من المادة (٣) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١٧) بشأن الجنسية وجوازات السفر والفقرة (د) من المادة (٣) من قانون الجنسية اليمنية لعام ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٠

(٢) المادة (٢) من اتفاقية ١٩٦١ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية.

(٣) فقرة (2) من المادة 1 من المرسوم رقم 15 المتعلق بالجنسية اللبنانية 1925 والفقرة (د) من المادة 3 من قانون الجنسية السورية رقم 276 للعام 1969

(٤) الفقرة (ج) من المادة 3 من قانون الجنسية السورية رقم 276 للعام 1969 والمادة 8 من قانون الجنسية التونسية (المرسوم رقم 63-6) لعام 1963

## المبحث الثاني

### مدى كفاية القواعد الخاصة بالجنسية المكتسبة للحماية من ظاهرة انعدام الجنسية

تناولنا سابقا مدى كفاية اكتساب الجنسية الأصلية سواء عن طريق رابطة الدم، أو رابطة الأرض للحماية من خطر انعدام الجنسية، وفي هذا البند سوف نقوم ببيان مدى كفاية التشريعات الخاصة بالجنسية المكتسبة<sup>(١)</sup> لتوقي ظاهرة انعدام الجنسية وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

#### مدى كفاية القواعد الخاصة باكتساب الجنسية عن طريق التجنس لتوقي ظاهرة انعدام الجنسية

تضع الدول شروطاً معينة لكي يتسنى للأشخاص الحصول على الجنسية عن طريق التجنس، بعضها يتعلق بمدى الإقامة، والآخر بالانتماء والكفاءة المالية، وسلامة الجسد وغيرها ولكنها تختلف من دولة إلى أخرى وهذا ما سوف نقوم ببيانه على النحو الآتي:

هنالك شروط مشتركة بين الدول محل المقارنة، وأول شرط هو اللغة تشترط بعض الدول أن يكون لدى الشخص المتقدم معرفة متقدمة باللغة كالمشرع الأردني والمصري والكويتي<sup>(٢)</sup>، بينما لا تشدد دول أخرى فمجرد العلم بالنسبة لها يكفي لتحقيق الشرط ومثال ذلك سوريا وموريتانيا<sup>(٣)</sup>.

أما فيما يتعلق بشرط الإقامة (مدة الإقامة) الذي يعد أهم رابط عند الدول، فتختلف الدول في تحديد الحد الأدنى في مدد الإقامة، فنجد الأردن قد حددت مدة الإقامة بأربع سنوات<sup>(٤)</sup> في حين حددت كل من تونس والمملكة العربية السعودية وسوريا والمغرب أن يكون الحد الأدنى خمس سنوات<sup>(٥)</sup>، وحددت دولاً أخرى مدة الإقامة بعشرين عاماً ومن بين هذه الدول الإمارات والكويت وسلطنة عمان، أما الجزائر فقد حددتها بسبع سنوات<sup>(٦)</sup>، وأما اليمن ومصر والعراق وليبيا وموريتانيا فقد حددت هذه المدة بعشر سنوات، وأما قطر والبحرين فقد حددتا المدة بما لا يقل عن خمس وعشرين سنة.

(١) الجنسية المكتسبة هي التي يكسبها الفرد بعد الميلاد ولو كان الميلاد عاملاً في كسبها، عرفت الجنسية بهذا التعريف من قبل محكمة القضاء الإداري المصري بموجب حكمها الصادر في ٧/شباط ١٩٥٦ نقلاً عن سحر، جاسم معن، مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان ص ٤٠. (٢) فقرة (٤) من المادة (١٢) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤، والفقرة ٣ من المادة ٤ من قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، والفقرة (٣) من المادة (٤) من قانون الجنسية الكويتي رقم ١٩٥٩ والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠.

(٣) الفقرة و من المادة (٤) من قانون الجنسية السورية رقم ٢٧٦ لعام ١٩٦٩، والفقرة (٢) من المادة (١٢) من قانون الجنسية الموريتانية لسنة ١٩٦١.

(٤) فقرة (أ) من المادة (١٢) من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤م وتعديلاته لسنة ٢٠٢٠م.

(٥) المادة (٢٠) من قانون الجنسية التونسية لعام ١٩٦٣م، والفقرة (ج) من المادة ٩ من قانون الجنسية المغربي لعام ٢٠٠٧م.

(٦) فقرة (أ) من المادة (٤) من قانون الجنسية الكويتي رقم ١٩٥٩ والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ والمادة (٨) من قانون الاتحاد الإماراتي رقم (١٧) بشأن الجنسية وجوازات السفر، والفقرة (٢) من المادة (٢) من قانون الجنسية العماني لعام ١٩٦٢ والمعدل عام ٢٠٠٧م، والفقرة (أ) من المادة (١٠) من قانون الجنسية الجزائري لعام ٢٠٠٧م.

أما المعايير الأخرى التي عادة تشترطها الدول فهي حسن السيرة والسلوك وأن يكون للشخص طالب التجنس وسيلة مشروعة للكسب، وكذلك أن يكون سليماً من الناحية البدنية والعقلية.

إن شرط السلامة البدنية والعقلية قد تغالي فيه بعض الدول لدرجة تصل إلى أن يؤدي بها هذا إلى انتهاك المعايير الدولية، فمثلاً تنص المادة 18 من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة:

" أ-الحق في الحصول على الجنسية وتغييرها وعدم حرمانهم من جنسيتهم تعسفاً أو على أساس الإعاقة " وعند الرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 19 من قانون الجنسية الموريتانية يتبين أنه بالرغم من أن القانون يتضمن نصوصاً تمييزية ضد الأشخاص ذوي الإعاقة، فنص بالإضافة إلى ذلك بأنه خلال عام لاحق إذا تبين أن الشخص يعاني من إعاقة جسدية أو عقلية تسحب هذه الجنسية، حتى لو أدى ذلك إلى جعل الشخص عديم الجنسية.<sup>(١)</sup> وكذلك نصت المادة الرابعة من قانون الجنسية السورية على أنه " ج - خالياً من الأمراض السارية والعايات والعلل." <sup>(٢)</sup>، أما في تونس فقد اشترطت المادة 23 (4) على أن لا يكون الشخص المتقدم للحصول على الجنسية في حالة جسدية تجعله عبء أو خطر على المجتمع.<sup>(٣)</sup>

هذا من حيث الشروط العامة، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض الدول تشترط شروطاً خاصة بالإضافة إلى الشروط العامة، مما يجعل حتى فرصة التقدم لدى فئة كبيرة من الأشخاص أمراً صعباً، فعلى سبيل المثال تشترط الكويت أن يكون الشخص المتقدم على كفاية تحتاج إليها البلاد، والشرط الأخر من ذلك أن الكويت تشترط بأن يكون مسلماً<sup>(٤)</sup>، وكذلك سوريا التي تشترط أن يكون الشخص طالب التجنس يمتلك خبرة أو مؤهلات تعود بالنفع على البلاد<sup>(٥)</sup>، أما اليمن فقد اشترط القانون أن يكون مقدم طلب الحصول على الجنسية إما عربياً أو مسلماً<sup>(٦)</sup>، وهذا يتعارض وبشكل صارخ مع حقوق الإنسان، والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.<sup>(٧)</sup>

وأما قوانين الجنسية القطرية فهي تنص على عدم جواز أن يزيد عدد الأشخاص المتجنسين بالجنسية القطرية على خمسين شخصاً في العام الواحد<sup>(٨)</sup>، وأخيراً تشترط ليبيا إلا يتجاوز عمر المتقدم خمسين سنة، وتقرر أن لها

(١) المادة 14 والمادة 19 من قانون الجنسية الموريتانية 1961

(٢) الفقرة (ج) من المادة 4 من قانون الجنسية السورية 1969

(٣) الفقرة (4) من المادة 23 من قانون الجنسية التونسية لعام 1963

(٤) الفقرة (4،5) من قانون الجنسية الكويتية 1959 والمعدل بالمرسوم رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠م

(٥) الفقرة (هـ) من قانون الجنسية السورية رقم 276 لعام 1969

(٦) المادة (5) من قانون الجنسية اليمنية رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٠م

(٧) فرهاد، رشاد (٢٠٠٩). سلب الجنسية الوطنية لدوافع سياسية، كرد سوريا أنموذجاً، ط١، السليمانية: مركز اشتي للدراسات والبحوث، (ص ٢٣) ، المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ ، المادة الأولى من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٩

(٨) المادة 17 من قانون الجنسية القطرية رقم 2 لعام 1961 والمعدل لعام ٢٠٠٥م

الحق في جواز إضافة أي شروط تقتضيها المصلحة العامة، وهذا بدوره يؤدي إلى منح الجهة المختصة سلطة تقديرية واسعة، مما قد يجعلها تتعسف في استخدام هذا الحق.<sup>(١)</sup>

ويلاحظ أخيراً أن اتفاقية 1954 بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية تنص في المادة 32 على أنه "يتوجب على الدول أن تسهل بقدر الإمكان استيعاب الأشخاص عديمي الجنسية، ومنحهم جنسيتها وتبذل كل ما في وسعها لتعجيل إجراءات التجنس، وتخفيض الأعباء المالية (الرسوم) وكذلك مدد الإقامة المطلوبة التي نصت اتفاقية 1961 بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية، بأن لا تزيد عن سبع سنوات بينما تتطلب بعض الدول أكثر من ذلك بكثير."<sup>(٢)</sup>

وبالرجوع إلى قانون الجنسية الأردنية، وقوانين الدول محل المقارنة في هذه الدراسة، نجد بأنه لا توجد دولة تنص على هذه التسهيلات في الشروط المتعلقة بالتجنس إلا أن هناك نصا في المادة السادسة من قانون الجنسية اليمنية ينص على تخفيض المدة من 10 سنوات إلى 5 سنوات في حال كان هنالك ضرورة ملحة للحصول على الجنسية، ولم ينص صراحة على معالجة مشكلة انعدام الجنسية، وجاء هذا النص موسعا مما قد يسمح في ظل هذه الظروف تطبيقه على الأشخاص عديمي الجنسية لأن حاجتهم بكل تأكيد هي حاجة ملحة للحصول على الجنسية.<sup>(٣)</sup> من خلال ما تقدم نستنتج أن جميع تشريعات الدول محل المقارنة لم تكن منسجمة وقواعد القانون الدولي فيما يتعلق ببذل المساعدة وتقديم التسهيلات للأشخاص عديمي الجنسية لتسهيل التجنس، كما تبين مما تقدم أن المعايير التي تتبناها الدول فيها نوع من المغالاة والتعقيد في إجراءات التجنس.<sup>٤</sup>

## المطلب الثاني

### مدى كفاية القواعد الخاصة لاكتساب الجنسية عن طرق الزواج للحماية من ظاهرة انعدام الجنسية

في هذا البند سوف نقوم ببيان مدى كفاية القوانين المتعلقة بالجنسية التي تحكم مسألة الزواج المختلط في التشريع الأردني<sup>(٥)</sup> والدول محل المقارنة للحماية من ظاهرة انعدام الجنسية، ومن ثم بيان موقف التشريعات في المساواة بين الجنسين في القواعد المتعلقة بالجنسية والزواج.

(١) الفقرة (7و6) من المادة 9 من قانون الجنسية الليبية رقم 24 لعام 2010

(٢) المادة 32 من اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية لعام 1954

(٣) المادة 6 من قانون الجنسية اليمنية رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٠م.

٤ عبد الهادي، حيدر أدهم، النصوص المنضمة للتجريد من الجنسية دراسة مقارنة في ضوء قانون الجنسية العراقية، رقم ٢٦ لسنة (٢٠٠٦م)، (ص٣٢-٣٣)، التقرير السنوي لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان والحرمان التعسفي من الجنسية، الدورة الخامسة والعشرون، ١٩/١٢/٢٠١٣م، ص ٥

(٥) ويقصد به الزواج الذي ينعقد بين أفراد من جنسيات مختلفة، السيد، عبد المنعم حافظ السيد، أحكام تنظيم الجنسية، (ص٧٧) وانظر: العدوان، باسل سعود، فقدان الجنسية الأردنية، (ص٢٤)، شوقي، بدر الدين عبد المنعم، أحكام الجنسية والمواطن "دراسة مقارنة"، (ص ٦٣).

نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الجنسية الأردنية على " للمرأة الأردنية التي تزوجت من غير أردني وحصلت على جنسية زوجها الاحتفاظ بجنسيتها الأردنية، إلا إذا تخلت عنها وفقاً لأحكام هذا القانون ويحق لها العودة إلى جنسيتها الأردنية بطلب تقدمه لهذا الغرض إذا انقضت الزوجية لأي سبب من الأسباب" (١)

كذلك نصت الفقرة الثالثة من نفس القانون "للمرأة الأردنية التي تجنس زوجها أو يتجنس بجنسية دولة أخرى بسبب ظروف خاصة أن تبقى محتفظة بجنسيتها الأردنية".

يتبين من خلال النصوص القانونية السابقة أن المشرع الأردني أخذ بمبدأ استقلال الجنسية في العائلة، ولم يرتب على زواج الوطنية من أجنبي الفقد التلقائي للجنسية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا هو النهج الذي سارت عليه قوانين الجنسية في الدول محل المقارنة إذ لا يوجد أي قانون من هذه القوانين يرتب على زواج الوطنية الفقد التلقائي للجنسية، مما يتبين لدينا أن هذا النهج يتفق والمعايير الدولية الحديثة، وكذلك بالمقابل يتفق وضرورة احترام إرادة الفرد وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع الأردني إذ سمح لها بحق التخلي عن جنسيتها للحصول على جنسية زوجها، وبالمقابل لم ينص على الفقد التلقائي. ومن جهتنا فإننا نرى أن هذا النهج الذي سار عليه المشرع الأردني والقوانين المقارنة في اتخاذ الوساطة يسمح لها بالتخلي عن جنسيتها لاكتساب جنسية زوجها، احتراماً لإرادتها، وبالمقابل لا يرتب على ذلك الفقد التلقائي للجنسية مما يجعل مثل هذا النص حماية لها خصوصاً إذا كان الزوج عديم الجنسية (٢).

الشق الثاني الذي يجب التطرق إليه فيما يتعلق بمسألة الزواج المختلط وهو عدم المساواة بين الجنسين في القواعد المتصلة بالجنسية في مثل حالة هذا الزواج: (٣)

بمطالعة النصوص القانونية المتعلقة بالجنسية الأردنية يتبين أن المشرع الأردني قد سهل عملية الحصول على الجنسية في حال زواج الأردني من امرأة أجنبية، أما عندما يتزوج رجل أجنبي من امرأة مواطنة فلا يستطيع الحصول عن الجنسية عن طريق الزواج حتى لو كان عديم الجنسية بل إذا أراد الحصول على الجنسية الأردنية يتوجب عليه استيفاء الشروط العادية المنصوص عليها في القانون.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يتم تسهيل الحصول على الجنسية للزوجين في سلطنة عمان ، ولكن في حال زواج امرأة أجنبية من رجل عماني فإن التسهيلات الممنوحة لها أفضل من التسهيلات الممنوحة للرجل الأجنبي الذي يتزوج من امرأة عمانية. (٤)

(١) الفقرة 2 من المادة 8 من قانون الجنسية الأردني لعام 1954

(٢) بما في ذلك الفقرة (١) من المادة الخامسة من اتفاقية ١٩٦١ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية حيث نصت على ضرورة أن يكون فقدان الجنسية بسبب الزواج مشروطاً بحيازة جنسية أخرى وانظر: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، المفوضية السامية لحقوق الإنسان بالتعاون مع رابطة المحامين الدولية نيويورك، ٢٠٠٣، ص ٤٤٧.

(٣) المادة (٨) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤.

(٤) فقرة (٢) من المادة (٢) والمادة (٤) من قانون الجنسية العماني لعام ١٩٦٢ والمعدل لعام ٢٠٠٧م.

أما باقي الدول مثل لبنان ومصر واليمن وليبيا والكويت وقطر والمملكة العربية السعودية فهي لا تمنح المرأة حقا متساويا مع الرجل في قدرتها على نقل الجنسية إلى زوجها الأجنبي، وهذا النهج الذي سار عليه المشرع الأردني كما تم بيانه<sup>(١)</sup>.

ولدى مطالعة قوانين الجنسية للدول محل المقارنة يتبين أن العراق والجزائر هما من تنص قوانينهما على نصوص غير تمييزية بين الجنسين لتسهيل اكتساب الجنسية أو تبسيط الوسائل للحصول على الجنسية، فقد نصت المادة التاسعة من قانون الجنسية الجزائرية "يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توافرت الشروط التالية".

يتضح من خلال ما تقدم أن الدول محل المقارنة اتبعت نهجاً مختلفاً في حق المرأة في منح زوجها الأجنبي الجنسية فمنها من لم يكثرث لجنسية المرأة نهائياً، ولم يقر لها الحق في القدرة على نقل جنسيتها إلى زوجها الأجنبي ومثال ذلك الأردن ومصر والكويت، ومنها من وضع تسهيلات يستفيد منها الرجل الأجنبي المتزوج من مواطنة إلا أنه يجعل التسهيلات للمرأة الأجنبية المتزوجة من رجل مواطن أفضل، ومثال ذلك سلطنة عمان، وأخيراً من تضمن نصوصاً غير تمييزية مثل العراق والجزائر، ومن جهتنا فإننا نرى أن عدم قدرة المرأة على منح زوجها الأجنبي الجنسية هذا لا يتفق مع القواعد والمعايير الدولية التي تنص على المساواة، أضف إلى ذلك أن مثل هذا النهج قد يؤدي إلى ازدياد خطر انعدام الجنسية خصوصاً إذا كان الأب عديم الجنسية، والملاحظ على الدول التي تطرقنا إليها سابقاً أنها لا تقر بحق المرأة الوطنية بنقل الجنسية إلى زوجها الأجنبي حتى في ظل الظروف الاستثنائية التي من بينها أن يكون الزوج عديم الجنسية.

## الخاتمة

تم تسليط الضوء في هذه الدراسة على مدى كفاية قواعد الجنسية في القانون الأردني والتشريعات المقارنة للحد من ظاهرة انعدام الجنسية، وخلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات نجلها على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

في ختام هذه الدراسة تم التوصل إلى النتائج التالية:

- الدولة هي الشخص الوحيد من أشخاص القانون الدولي التي يحق لها منح الجنسية، وتدخل فيما يعرف بالاختصاص التشريعي المانع.
- على الرغم من أن الجنسية هي حق من حقوق الإنسان إلا أنه يوجد العديد من الأشخاص حول العالم عديمي الجنسية وهناك نوعان منهم : عديمو الجنسية بحكم القانون ، وعديمو الجنسية بحكم الواقع.

<sup>(١)</sup> المادة (٥) من قانون الجنسية اللبنانية لسنة ١٩٢٥ والمعدل في العام ١٩٦٠، المادة (٦) من قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤م، المادة (١١) من قانون الجنسية اليمنية رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٠م، المادة (٥) من قانون الجنسية الليبية رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٠م، المادة (٧) من قانون الجنسية الكويتي رقم ١٩٥٩ والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠، والمادة (٨) من قانون الجنسية القطري رقم (٢) لعام ١٩٦٢، المادة (١٥،١٦) من نظام الجنسية السعودية رقم (٤) تاريخ ١١/٢٥/١٣٧٤هـ.



- تتنوع أسباب انعدام الجنسية ومنها أسباب سابقة للميلاد وأخرى لاحقه له.
- أخذ المشرع الأردني والقوانين محل المقارنة بحق الدم المنحدر من الأب بصفة أصلية، سواء تمت الولادة داخل المملكة أو خارجها، باستثناء ليبيا التي نصت على شروط إضافية في حال تمت الولادة بالخارج .
- لا يوجد نص في قوانين الدول محل المقارنة ينص على تسهيلات خاصة للشخص عديم الجنسية باستثناء قانون الجنسية اليمنية .
- أعطى الأردن للجهات المختصة سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالتجنس مما يجعلها تتعسف في استخدام الحق.
- جاء موقف المشرع الأردني وقوانين الدول محل المقارنة منسجماً والمعايير الدولية فيما يتعلق بعدم فقد التلقائي في حال الزواج المختلط.
- إن قوانين الدول محل المقارنة لم تساو بين المرأة والرجل في قدرة الزوجة على نقل جنسيتها للزوج في حال الزواج المختلط باستثناء الجزائر وعمان والعراق.
- جاء موقف المشرع الأردني وقوانين الدول محل المقارنة منسجماً والمعايير الدولية فيما يتعلق بحرية الفرد بالتخلي عن الجنسية باستثناء الكويت والإمارات التي عالجت المسألة بشكل مختلف.
- جاء موقف المشرع الأردني مخالفاً للمعايير الدولية فيما يتعلق بفقد الجنسية والحرمان منها وكذلك قوانين الدول محل المقارنة.

#### ثانياً: التوصيات:

- في ضوء النتائج التي تم التوصل إليها توصي الدراسة بما يلي:
- توصي الدراسة المشرع الأردني أن يمنح المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في منح الجنسية لأبنائهن.
  - توصي الدراسة المشرع اليمني تعديل الفقرة (٢) من المادة الثالثة على نحو يجعل فيه قدرة المرأة على نقل جنسيتها لأبنائها مطلقة وليست مقيدة بتاريخ معين.
  - توصي الدراسة المشرع الأردني ومشرعي الدول محل المقارنة المساواة بين المرأة والرجل في القدرة على نقل الجنسية للزوج في حال الزواج المختلط أسوة بالمشرع العراقي والجزائري
  - توصي الدراسة المشرع الأردني وقوانين الدول محل المقارنة بتسهيل عملية التجنس وعدم المغالاة فيها أو اشتراط شروط تمييزية تخالف حقوق الإنسان.
  - توصي الدراسة المشرع الأردني وقوانين الدول محل المقارنة أن تضمن قوانين الجنسية الخاصة بها نصاً خاصاً مفاده " منح الجنسية لكل مولود داخل إقليمها إذا كان والداه عديمي الجنسية" أسوة بقوانين سوريا وتونس.
  - توصي الدراسة الدول محل المقارنة أن تتضمن نصاً خاصاً وصريحاً بعدم جواز تخلي المواطن عن جنسيته إلا في حال اكتساب جنسية جديدة أو الحصول على تأكيدات بشأنها.
  - توصي الدراسة الدول الانضمام إلى اتفاقية (١٩٥٤ و ١٩٦١) بالإضافة إلى عقد معاهدة دولية جديدة يتوافر فيها عنصر الالتزام وتدارك عيوب الاتفاقية السابقة .

## المصادر والمراجع

### أولاً: المراجع العربية

#### الكتب:

- إبراهيم، أحمد إبراهيم (٢٠٠٣). *القانون الدولي الخاص*، القاهرة: دار النهضة العربية.
- حافظ، ممدوح (١٩٧٧). *القانون الدولي الخاص*، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة.
- الراوي، جابر إبراهيم (٢٠٠٢)، شرح أحكام قانون الجنسية الأردني، دائر وائل للنشر، عمان الأردن.
- سامية، راشد (١٩٧١). *الوجيز في القانون الدولي الخاص*، القاهرة: دار النهضة العربية.
- السيد، عبد المنعم حافظ السيد (٢٠١٢). *أحكام تنظيم الجنسية*، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية.
- عبد العال، عكاشة محمد (١٩٨٦). *دروس في الجنسية اللبنانية*، بيروت: الدار الجامعية.
- عبد الله، عز الدين (١٩٨٦). *القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق*، القاهرة: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- فرهاد، رشاد (٢٠٠٩). *سلب الجنسية الوطنية لدوافع سياسية، كرد سوريا أنموذجاً*، ط١، السليمانية: مركز اشتي للدراسات والبحوث.
- فهمي، محمد كمال (١٩٨٣). *أصول القانون الدولي الخاص*، الإسكندرية.
- فهمي، محمد كمال (١٩٩٥). *أصول القانون الدولي الخاص*، الإسكندرية، مصر.
- اللافي، محمد (١٩٨٩). *الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي "دراسة مقارنة"*، طرابلس: مجمع الفاتح للجامعات، ليبيا.
- المؤيد، محمد وعبد الله، محمد (٢٠٠٠). *أحكام تنظيم علاقات الجنسية في القانون اليمني والمقارن*، صنعاء: اوان للخدمات الإعلامية.
- الهداوي، حسن (٢٠٠١). *الجنسية وأحكامها في القانون الأردني*، عمان: دار مجدلاوي للنشر والتوزيع.

### الرسائل الجامعية

- خلاف، فاطمة الزهرة (٢٠١٨). *الحماية الدولية للأشخاص عديمي الجنسية*، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعته الظاهر مولاي، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- سحر، جاسم معن (٢٠١٥). *مشكلة انعدام الجنسية وآثارها في حقوق الإنسان*، القاهرة: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.
- السعدي، عبد الحسن (٢٠٠٧). *القانون الدولي الخاص*، الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية، ملزمة السنة الرابعة، كلية الحقوق والفقهاء والمقارنة.
- شوقي، بدر الدين عبد المنعم (٢٠١٠). *أحكام الجنسية والمواطن "دراسة مقارنة"*، دار النشر غير مذكورة.
- عبد الأمير، رغد (٢٠٠٥). *مشكلة انعدام الجنسية في ضوء القانون الدولي والمقارن*، رسالة ماجستير، (غير منشورة) كلية الحقوق، جامعة بغداد.

• العدوان، باسل سعود (٢٠١٢). *فقدان الجنسية الأردنية*، رسالة ماجستير (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الإسرء، الأردن.

• المطيري، نور محمد (٢٠١٦). *مبررات منح الجنسية وسحبها في التشريع الأردني*، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

### الدوريات والأبحاث

• بسمينة، العجال (٢٠١٣). *التخلي عن الجنسية بين سلطة الدولة وإرادة الفرد*، مجلة *دفاتر السياسة والقانون*، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، العدد الثامن.

• جمعية رواد فرونتيرز (٢٠٠٩). *رحلة عمر بين الظل والظل، دراسة قانونية حول ظاهرة عديمي الجنسية في لبنان*.

• خرشي، معمر عمر (٢٠١٨). *وضعية عديمي الجنسية بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية*، مجلة *الحقوق والحريات*، جامعة سعيدة، الجزائر، العدد الخامس.

• رياض، فؤاد عبد المنعم (١٩٧٥). *الموجز في الجنسية في التشريعات العربية المقارنة*، الجزء الأول، معهد البحوث والدراسات العربية.

• السعدي، عبد الحسن (٢٠٠٧). *القانون الدولي الخاص، الجامعة العالمية للعلوم الإسلامية، ملزمة السنة الرابعة*، كلية الحقوق والفقهاء والمقارنة.

• صانوري، أحمد محمود والبوريني، عمر (٢٠١٢). *انعدام الجنسية في القانون الأردني والمقارن*، مجلة *علوم الشريعة والقانون*، ٣٩ (٢)، ٥٤٩-٤٧١.

• عباس، محمد عباس (٢٠٠٣). *المركز القانوني لعديمي الجنسية في النظم القانونية المختلفة*، لندن: مطابع إم بي جي العالمية.

• عبد الهادي، حيدر أدهم (٢٠١٠). *النصوص المنضمة للتجريد من الجنسية دراسة مقارنة في ضوء قانون الجنسية العراقية*، رقم ٢٦ لسنة (٢٠٠٦م)، مجلة *كلية الحقوق*، جامعة النهدين، متاح على الموقع: <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=59454>، تاريخ الزيارة: ١٢/١٢/٢٠١٨.

• فيصل، ميثاق غازي (٢٠١٦). *سحب الجنسية في القانون الدولي الإنساني*، مجلة *جامعة تكريت للحقوق*، السنة (٨)، ٩ (٢/٣٠)، ٦٧٥-٦٧٣.

### الاتفاقيات الدولية والقوانين

• اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤.

• الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨.

• القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١٧) بشأن الجنسية وجوازات السفر.

• القانون البحريني رقم ٢١ لسنة (٢٠١٤م).

• قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة (١٩٥٤م)، والمادة (٦) منه.

• قانون الجنسية التونسية لعام ١٩٦٣م.

- قانون الجنسية الجزائري لسنة (٢٠٠٧م).
- قانون الجنسية السورية رقم (٢٧٦) لعام ١٩٦٩.
- قانون الجنسية العراقي لسنة ٢٠٠٦م.
- قانون الجنسية العماني لعام ١٩٦٢ والمعدل لعام ٢٠٠٧م.
- قانون الجنسية الكويتي لسنة ١٩٥٩ والمعدل بالمرسوم رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠.
- قانون الجنسية الليبية رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٠م.
- قانون الجنسية المغربي لعام ٢٠٠٧م.
- قانون الجنسية الموريتانية لسنة ١٩٦١م.
- قانون الجنسية اليمنية رقم ٦ لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٠م.
- القانون القطري رقم (٢) لعام ١٩٦١ والمعدل لعام ٢٠٠٥.
- القانون اللبناني لسنة ١٩٢٥ والمعدل في عام ١٩٦٠م.
- القانون المصري رقم (٢٦) لسنة (١٩٧٥) والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤م.
- نظام الجنسية السعودية رقم (٤) وتاريخ ١٣٧٤/١١/٢٥ هـ.

#### المواقع الإلكترونية

- الصادر عن مركز أنباء الأمم المتحدة، متاح على الموقع الدولي للمفوضية على شبكة الإنترنت: [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٧/١، وقت الزيارة ٣ مساءً.
- الحد من حالات انعدام الجنسية وخفضها وفقاً لاتفاقية ١٩٦١، المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، سويسرا، سبتمبر، (٢٠١٠م)، متاح على الموقع الرسمي للمفوضية [www.unnhcv.com](http://www.unnhcv.com) تاريخ الزيارة: ٢٠١٨/١٢/٣٠ الساعة ٢ مساءً.

#### ثانياً: المراجع الأجنبية

- Meeting report : regional expert meeting on the human rights of stateless persons in the middleeast and north Africa, op
- o.hudson, manely (1952). Special report on nationality including statelessness, year book, international law commission, vol 11.
- Prive (2001). 7editiom, dolloz, paris, loussouarnet, Bourel, paul proit international.
- sinperingham, Ezekiel (2003). The international protection of stateless in dividuals, call for change, unit. Of Auckland.
- Walker, Dorothy (1998). violation or conduit for violation of human right, human rights quaraterly, vol20, November 4.

#### website

- Statelessness (2009). on over view of the legal issues, is available on the website [www.legaldboavd.ie/iab/publishing.nsf/contact/the\\_researcher-october\\_2009article](http://www.legaldboavd.ie/iab/publishing.nsf/contact/the_researcher-october_2009article)

## مسؤولية المحامي المهنية

### Lawyer's Professional Responsibility

برجس خليل أحمد الشوابكة\*

#### الملخص

أدى غياب الضوابط القانونية لمسؤولية المحامين عن أعمالهم المهنية، إلى تعرضهم لمحاربات واتهامات كثيرة، ذلك أن مرد كل هذه الاتهامات يعزى إلى مدى ما يطلب من المحامي الالتزام بتنفيذه، الأمر الذي يستدعي وضع قواعد قانونية تكفل ممارسة هذه المهنة بذهنية تقدمية. لذا قامت هذه الدراسة على استكشاف مسؤولية المحامي تجاه موكله من جهة، والإبحار في مسؤولية المحامي عن عمل الغير من جهة أخرى، من خلال استقراء النصوص المنظمة لمسؤولية المحامي المهنية وتحليلها، سواء أكانت هذه النصوص مباشرة (تشريعات نقابة المحامين) أم غير مباشرة (الأحكام العامة في القانون المدني). وختاماً لم تحظ المسؤولية المهنية للمحامي بتنظيم قانوني موحد كافٍ ووافٍ، وتركت مسائل كثيرة بهذا الخصوص للأحكام العامة، فلجأت المحاكم إلى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية، الأمر الذي يستدعي ضرورة وجود تشريع خاص ينظم مسؤولية المحامي المهنية على الصعيد المدني بالإضافة إلى مسؤوليته التأديبية والجزائية، وذلك من منظور الطبيعة الخاصة لمهنة المحاماة ورفعتها.

**الكلمات الدالة:** المسؤولية التأديبية، التزامات المحامي، أخلاقيات المهنة، محظورات المحاماة، أعوان المحامين.

#### Abstract

The absence of legal controls over the responsibility of lawyers for their professional work has led to many accusations; so imperative the development of legal rules to ensure the practice of this profession with a progressive mindset. Therefore, this study was based on navigating the lawyer's responsibility for the work of others on the other hand, by extrapolating and analyzing both direct (Bar Association legislation) and indirect (general provisions in civil law) Legislation regulating lawyer's professional responsibility. Lawyer's professional responsibility did not have an unified legal regulation, many issues in this regard were left to the general provisions, so the courts resorted to applying the rules of civil liability, which calls for the need for special legislation regulating the professional responsibility of the lawyer at the civil level in addition to disciplinary and penal responsibility, from the perspective of The special nature and advancement of the legal profession.

**Keywords:** Disciplinary Responsibility, Lawyer's Obligations, Professional Ethics, Legal Prohibitions, Lawyers' Assistants.

\* مستشار قانوني وباحث في الدراسات القانونية، جامعة ابن زهر المغربية. تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/٨/٦ وتاريخ قبوله ٢٠٢١/١٠/١٣

## المقدمة

إن البحث في مسؤولية المحامي المهنية تقتضي بدايةً تحديد مفهوم المحامي بكافة دلالاته من جهة، وبيان نطاق هذه المسؤولية القائمة على عاتقه من جهة أخرى.

فالمحامي لغةً هو: "لفظة مشتقة من الفعل حمى، يقال: حمى حمياً وحميةً، وحمية الشيء من الناس منفعة عنه وحامي محاماة وحماء عنه: منع ودافع عنه"<sup>(١)</sup>. وقال تعالى: "إن الله يدافع عن الذين آمنوا، إن الله لا يحب كل خوان كفور"<sup>(٢)</sup>.

كما عرفه الفقهاء الفرنسيين على أنه: "المقيد قانوناً في جدول نقابة المحامين، وهو الذي يزجي النصح ويعطي الاستشارة القانونية أو القضائية، ويقوم بالدفاع أمام القضاء شفويّاً أو بالكتابة فيما يمس شرف المواطنين، وهوياتهم ومصالحهم سواء بالمعاونة أو التمثيل إذا اقتضى الحال ذلك".

في حين نصت المادة (٦) من قانون نقابة المحامين النظاميين على أن المحامين هم من أعوان القضاء الذين اتخذوا مهنة لهم تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر ويشمل ذلك التوكل عن الغير للدعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى كافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها عدا المحاكم الشرعية<sup>(٣)</sup>، ولدى المحكمين ودوائر النيابة العامة والحكام الإداريين والضابطة العدلية، ولدى كافة الجهات الإدارية والمؤسسات العامة والخاصة، إضافة إلى تنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك، وكذلك تقديم الاستشارات القانونية.

أما المسؤولية المدنية التي تقوم على المحامي هي: الالتزام بإصلاح الضرر الناتج عن الخطأ المباشر أو غير المباشر، والتعريف الأدق الذي يتصل بموضوعنا بشكل عميق هو: "الالتزام الذي يلزم الشخص بمقتضاه بإصلاح الضرر الواقع بالغير نتيجة فعل أشخاص تابعين له أو أشياء يسأل عنها"<sup>(٤)</sup>.

نصت المادة (٥٤) من قانون نقابة المحامين على أن المحامي: "... يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه هذا القانون وتفرضها عليه أنظمة النقابة وتقاليدها"، كما نصت المادة (٥٥) من هذا القانون بأنه: "على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حال تجاوزه حدود الوكالة أو خطئه الجسيم".

كما تقتضي المادة (٦٠) من ذات القانون بمسؤولية المحامي والمحظورات التي يجب أن يجتنبها، كما نظمت هذه المسؤولية بعض الأحكام التي نص عليها النظام الداخلي لنقابة المحامين<sup>(٥)</sup>.

إن اسقراء تاريخ مهنة المحاماة يشير إلى ما تعرضت إليه هذه المهنة الجليلة من معاناة وتضييق بسبب افتقار الضوابط القانونية لدور هذه المهنة في الحياة العامة لدى مسؤولية المحامين عن أعمالهم المهنية فقد حاربوا

(١) العبيدي، دانية. دور المحامي في الدعوى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٢م، ص٤٠.

(٢) سورة الحج، آية ٣٨

(٣) المحاماة الشرعية لها ضوابط مهنية خاصة بها وضعتها جمعية المحامين الشرعيين التي تم إنشاؤها مؤخراً.

(٤) الشبيب، حبيب. المسؤولية المدنية للمحامي تجاه الموكل، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٨، ص٢

(٥) انظر في المواد: (٤٤، ٤٩، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٩) من النظام الداخلي لنقابة المحامين.

في مصر أيام حكم محمد علي وسموا بالمزورين وألغت ثورة أكتوبر عام ١٩١٧م في روسيا نقابتهم، إن مرد كل هذه الاتهامات يعزى إلى مدى ما يطلب من المحامي الالتزام بتنفيذه وهو حرفية قواعد القانون القائم أم القواعد التي يجب على المحامين السير بمقتضاها والتي تهدف إلى إقرار العدالة، ولذلك يجب وضع القواعد القانونية الكفيلة بممارسة هذه المهنة بذهنية تقدمية بعيدة عن استغلال العملاء<sup>(١)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن مهنة المحاماة من أقدم العلوم تاريخياً، كما أنها في الممارسة فن رفيع المستوى ويتطلب قدرة وممارسة<sup>(٢)</sup>، ودليل ذلك قوله تعالى: (وأخي هارون هو أفصح مني لساناً فأرسله معي ردءاً يصدقني إني أخاف أن يكذبون)<sup>(٣)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضاً، أنه تم استبعاد عدة أمور تأتي أثراً لقيام مسؤولية المحامي، كالتعويض الذي يلتزم به المحامي نتيجة إخلاله بالتزامه أو إلحاقه الضرر في نطاق مهنة المحاماة، ولعل ما يدفع لاستبعاد مثل هذا الموضوع التعديلات الكثيرة التي قد ترد على التعويض والتأمينات المتعلقة به من ناحية، وترتبه كأثر مستقل عن كيفية قيام هذه المسؤولية من ناحية أخرى.

#### أولاً: أهمية الدراسة

يستمد البحث أهميته من خصوصية مهنة المحاماة، وانعكاسات تلك الخصوصية على مسؤولية المحامي تجاه موكله وتجاه الغير، ذلك أن المحاماة مهنة من أشرف المهن وأكثرها حساسية، لما تتمتع به من صفات لا تتوفر في المهن الأخرى، مثل اطلاع المحامي على كل البيانات والأسرار الخاصة بالموكل وتمثله في سبيل الدفاع عنه وتحصيل حقوقه، الأمر الذي يتطلب من المحامي أن يكون ملتزماً بواجبات مهنية وأخلاقية.

في السابق، عند نشوء أصول مهنة المحاماة، كانت شخصية المحامي محل اعتبار بصفته مهنة سامية لا يمارسها إلا أشخاص لهم مكانتهم الاجتماعية، على عكس ما يتم تطبيقه الآن من وضع شروط عامة استتنت المكانة الاجتماعية وشخص المحامي منها، مما أسهم بدخول أشخاص كان لهم مهن تعد في أدنى السلم المجتمعي. فإخلال المحامي بواجباته وازدياد عدد أخطائه وما يترتب على ذلك من نتائج وخيمة، تصل بنهاية المطاف إلى ضياع الحقوق دون مسائلة المحامي مرتكب الخطأ، فالمسؤولية المدنية للمحامي تثير أشكال عدم كفاية النصوص القانونية التي تنظم هذه المسؤولية، ومن هنا تبرز أهمية دراسة المسؤولية المهنية للمحامي؛ وذلك لتوضيح طبيعة المسؤولية المهنية للمحامي وبيان أركانها وطرق إثباتها وسبل دفعها.

في حين أن مسؤولية المحامي المهنية لم تنظم بنصوص خاصة، حيث اكتفت التشريعات الخاصة بنقابة المحامين بالحديث عن مسؤولية المحامي التأديبية، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة في القوانين ذات العلاقة لتأسيس مسؤولية المحامي المهنية.

(١) سوادى، عبد الباقي. مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ص ٦.

(٢) خطاب، طلبه. المسؤولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٦.

(٣) سورة القصص، الآية ٣٤.



من جانب آخر، يفضل أغلب الموكلين اللجوء إلى القضاء أكثر من اللجوء إلى النقابة التي يعتبرونها بيت المحامين، حيث يرى الموكل بأن القضاء أكثر عدالة من مجلس نقابة المحامين الذي قد يحابي أو يميل أكثر إلى مصلحة المحامي. لذا قد يكون خلو نقابة المحامين من تحديد مسؤولية المحامي المدنية حكماً؛ لكونه يسلب سلطة القضاء ويجعلها في ساحة النقابة.

### ثانياً : مشكلة الدراسة

إن دراسة مسؤولية المحامي المدنية، تثير إشكالات بكفاية النصوص القانونية التي تنظمها، وهذا ما سعينا إلى إبرازه في هذا البحث بالنسبة للقواعد القانونية في الأردن، حيث تظهر هذه الدراسة النقص التشريعي الذي ينظم مسؤولية المحامي المهنية في ظل ندرة الأحكام القضائية الأمر الذي يدعو إلى المناداة بضرورة وضع قواعد قانونية خاصة لتنظيم هذه المسؤولية، وهذا لا يمكن دون دراسة دقيقة لمسؤولية المحامي على الصعيد المهني. وعليه يطرح هذا الإشكال عدة تساؤلات، من أهمها:

- ١- ما هي الطبيعة القانونية للعلاقة بين المحامي والموكل ؟
- ٢- ما هي طبيعة التزام المحامي تجاه الموكل ؟
- ٣- ما هي مسؤولية المحامي عن الأخطاء المهنية الصادرة عن أعوانه (المنايين عنه)؟
- ٤- ما هي آثار المسؤولية المدنية للمحامي؟

### ثالثاً: أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة إلى مجموعة من الأهداف، من أهمها:

- ١- تحديد التكييف القانوني للعلاقة بين المحامي وعميله.
- ٢- بيان مدى كفاية القواعد التقليدية لاستيعاب العلاقة بين المحامي وعميله.
- ٣- بيان مدى التزام المحامي بالواجبات القانونية إلى جانب الواجبات العقدية .
- ٤- تحديد نطاق التزام المحامي بالواجبات الأخلاقية والعرفية والمهنية المتعارف عليها.

### رابعاً: منهجية الدراسة

اتباع الباحث في هذه الدراسة المنهجين؛ الاستقرائي والوصفي، وكذلك المنهج التحليلي للنصوص التي نظمت مسؤولية المحامي المهنية، سواء كانت هذه النصوص مباشرة (تشريعات نقابة المحامين) أو غير مباشرة (الأحكام العامة في القانون المدني)، وذلك وفقاً لما تقتضيه الطبيعة البحثية لكل جزئية من جزئيات الدراسة.

## المبحث الأول

### مسؤولية المحامي تجاه موكله

تعتمد واجبات المحامي تجاه موكله وتتعلق غالبيتها بحق الدفاع الذي تحرص المجتمعات الحديثة على احترامه والنص عليه في قوانينها، والتعرف على واجبات المحامي يفسح المجال لمعرفة الطبيعة القانونية للالتزامات المحامي تجاه موكله، إضافة إلى تحديد صور هذه الالتزامات بشقيها المتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل<sup>(١)</sup>.

وتأسيساً على ما تقدم يتناول الباحث مسؤولية المحامي تجاه موكله في مطلبين؛ يتعلق المطلب الأول بالطبيعة القانونية للالتزام المحامي تجاه موكله، في حين يتعلق المطلب الثاني بالحديث عن الالتزامات الملقاة على عاتق المحامي.

## المطلب الأول

### الطبيعة القانونية للالتزام المحامي تجاه موكله

إن تحديد مضمون التزام المحامي تجاه الموكل أمر في غاية الأهمية حيث إن عقد المحامي مع موكله عقد غير مسمى من جهة، كما أنه من العقود الملزمة للجانبين من جهة أخرى. فقد اعتبرت محكمة التمييز العلاقة بين المحامي والموكل علاقة عقدية تحكمها نصوص وأحكام عقد الوكالة بالحدود التي خلت منها تشريعات نقابة المحامين<sup>(٢)</sup>.

وعليه ينشئ عقد الوكالة المبرم بين المحامي (الوكيل) والزيون (الموكل) التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، ذلك أن الموكل يلتزم بأداء الأتعاب والمحامي يلتزم بأداء الخدمة<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما سبق "إن التزام المحامي حسب الأصل العام هو التزام يبذل العناية الواجب اتباعها حسب أصول المهنة، وقد يتفق المحامي مع موكله على تحقيق نتيجة معينة في الدعوى، وهذا ما يسمى بالالتزام بتحقيق نتيجة ما هو استثناء على الأصل العام"<sup>(٤)</sup>.

(١) الشبيب، حبيب. المسؤولية المدنية للمحامي تجاه الموكل، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٨، ص ١١.

(٢) انظر في:

- الحكم رقم ٢٣٧٢/٢٠٠٦، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، صادر بتاريخ ١٦/١/٢٠٠٧.

- الحكم رقم ١٩٩٦/٨٨، محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، صادر بتاريخ ٣٠/١/١٩٩٦.

(٣) (JACOB (n.) et al Tourneaa (PH.): Assurances et responsabilite civile, Paris, 1972, n. 833, P. 362).

(٤) الشبيب، حبيب. مرجع سابق، ص ٣٢.

بناءً على ما سبق نعرض آتياً الالتزامين (التزام المحامي ببذل عناية، والتزامه بتحقيق نتيجة) بشكل منفرد ومستقل على النحو التالي:

### أولاً: التزام المحامي ببذل عناية

إن التزام المحامي كأصل العام هو التزام ببذل عناية، حيث يجب عليه أن يبذل العناية اللازمة فيما يتعلق بالقضايا التي وكل بها، وهي ما تسمى بـ "عناية المهني المعتاد"<sup>(١)</sup>، فالمحامي غير ملزم قانوناً بتحقيق نتيجة كالحصول على حكم لمصلحة موكله؛ أي بأن يحقق النتيجة لصالحه. لذا تتحدد المسؤولية المهنية تجاه الموكل ببذل المحامي الحرص المطلوب والعناية، بغض النظر عن تحقيق النتيجة المرجوة<sup>(٢)</sup>.

كما أن فشل المحامي في مهمته أو خسارته للدعوى ليس من شأنه أن يشكل وحده خطأ من جانبه في تنفيذ التزامه بتمثيل الموكل، والدفاع عنه أمام المحاكم، وبالتالي يترتب مسؤولية تعاقدية، بل إن ذلك يستوجب قيام الموكل بإثبات أن محاميه قد أخل بموجبات الحذر وبذل العناية اللازمة، وبعد اللجوء إلى الإمكانيات المتاحة والممكنة في إطار تنفيذه لالتزامه فخطأ المحامي العقدي في تنفيذه لهذا الالتزام لا يثبت إلا بذلك، وللموكل في هذا الشأن اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات المقررة وفق القواعد العامة في الإثبات<sup>(٣)</sup>.

وما يؤكد لنا ذلك -أن التزام المحامي يتمثل ببذل عناية- نص المادة (٣) من قانون نقابة المحامين النظاميين حيث جاء فيها "لا يجوز للمحامي المكلف بالدفاع ... وعليه أن يبذل أقصى جهده في أداء هذا الواجب"، كما ورد في نص المادة (١٤) من ذات القانون ما يلي: "غير أن المحامي ملزم بالإخلاص الكامل، وفي إبداء الحماس بالقدر اللازم لحقوقه والدفاع عنها"، كما نصت المادة (٧) أيضاً من ذات القانون بأنه: "على المحامي في هذا الصدد متى ما ثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة".

وما يؤكد لنا أيضاً هذه المسؤولية، العقل والمنطق؛ حيث إن حصول الموكل على حكم لصالحه: هي نتيجة ليست بيد المحامي، وإن كان قد بذل العناية المطلوبة للوصول إلى مثل هذه النتيجة، حيث إن القضاء بسلطته وحده هو المعني بتقدير النتيجة ضمن حدود القانون<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: التزام المحامي بتحقيق نتيجة

إذا كان المحامي لا يلتزم في إطار تمثيل الموكل والدفاع عنه بكسب الدعوى أو الحصول على حكم معين فيها، وإنما يلزم فقط ببذل العناية اللازمة واللجوء إلى جميع الوسائل المتاحة والممكنة لتحقيق ذلك فإن التزامه في تمثيل الموكل والقيام بكل الأعمال والإجراءات أن يكون بسبب عنصر الاحتمالية التزاماً بتحقيق عناية حيث إن كسب الدعوى القضائية أو الوصول فيها إلى نتيجة معينة هي عناية غير مؤكدة التحقيق بل احتمالية، لأن ذلك لا يتوقف على مهارة المحامي وخطته وخبرته في الدعوى فحسب، وإنما يتوقف أيضاً على عوامل أخرى تؤثر في

(١) المرزوقي، محمد، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج عن تقصيره، الشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٩.

(٢) رايس، محمد، المسؤولية المدنية للمحامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج ٣٩، عد ٣، الصفحات: ٢٣٧-٣٠٦، ٢٠١٥، ص ٢٤٦.

(٣) الشبيب، حبيب. مرجع سابق، ص ٢٣-٣٤.

(٤) خطاب، طلبة. المسؤولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١١٠.

نتيجة الدعوى حيث إن مسؤولية المحامي تتحقق في حالة تقصيره في أداء واجبه، كغيابه عن جلسة المرافعة، مما يترتب عليه إسقاط الدعوى، أو تقاعسه عن اتخاذ إجراءات تجديد الدعوى من الشطب.

وإذا كان صحيحاً أن المحامي لا يلزم إلا ببذل العناية اللازمة للوصول إلى النتيجة المرجوة من رفع الدعوى، ومن ثم لا تقوم مسؤوليته العقدية إلا بإثبات خطأ من جانبه، يتمثل بعدم بذله للعناية اللازمة وفقاً لمعيار المحامي العادي، فإن التزامه بمواعيد المرافعات وحضوره الجلسة المحددة لنظر الدعوى هو التزام بتحقيق نتيجة.

وما يؤكد لنا ذلك على الصعيد العملي ما جاء في قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١١٤ / ٢٠١١ بأنه " إذا تقاضى المحامي مبالغ نقدية من المشتكين على أساس إقامة دعوى لهم، ورغم قبض هذه المبالغ لم يتم الدعوى التي وعد، وكان يتملص من لقائهم لا بل وعدهم بأنه عمل تسوية في إحدى القضايا على خلاف الحقيقة، فإن ذلك يشكل إخلالاً واضحاً بواجبات مهنته وبما لا يتفق مع سلوك المحامي الذي نصت عليه المادة (٥٤) من قانون نقابة المحامين"<sup>(١)</sup>.

كما هو الحال بالالتزام المحامي بتقديم طعن في الحكم، فهو التزام بتحقيق نتيجة في مضمونه ومداه. فمن حيث المدى على المحامي أن يقدمه في الميعاد، فتقديم المحامي للطعن في الميعاد هو التزام بنتيجة حاصلها - بأقل تقدير - قبول الاستئناف شكلاً، وينطبق ذلك بالنسبة لكل الطعون فيما يخص المدى الذي نتحدث عنه.

أما بالنسبة للمضمون، وفيه ينفرد الطعن بالنقض كالالتزام الذي يقع على عاتق المحامي؛ إذ يتعين عليه أن يقدم الأوراق كاملة، وإلا ترتب على ذلك عدم تحقيق النتيجة المرجوة المتمثلة بقبول الطعن شكلاً<sup>(٢)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، إذا كان هناك اتفاق بين المحامي والموكل على تحقيق نتيجة، يجب أن يحدد في هذه الحالة محل الالتزام الذي يقتضي الرجوع إلى إرادة المتعاقدين فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية وعليه يتعين التزام المحامي بتحقيق نتيجة متى ما اتجهت إرادة أطراف العقد إلى ذلك، حيث إنه إذا التزم المحامي بتبرئة الموكل أو بالحصول على حكم معين التزاماً ببذل عناية، نظراً لاحتمالية هذه النتيجة، فليس هناك ما يمنع المحامي بأن يتعهد للموكل - مع ذلك - بتبرئته من التهمة المنسوبة إليه أو الوصول بالدعوى إلى نتيجة معينة.

وبعد الانتهاء من الحديث عن الطبيعة القانونية للالتزام المحامي أمام موكله؛ نلاحظ اختلاف الآراء والاتجاهات حول هذه الطبيعة، فمنهم من قال أن التزامه يتمخض ببذل عناية، ومنهم من ذهب إلى أن التزامه بتحقيق نتيجة.

ونختتم هذا الموضوع المتمحور حول طبيعة التزام المحامي تجاه موكله، بالتأكيد على الاتجاه الذي ينادي بضرورة مراعاة المحامي بجملة الأمور التي ترد أثناء المرافعة حيث ترجع إلى عمق إحساس المحامي برسالة القاضي كأداة لتحقيق العدل، وعمق إحساسه برسالته كمحامٍ وهو الوسيلة لتحقيق العدل، "فالخلاصة لما تبين الرسائلين يوجب عليه أن يكون حسن اللفظ مع خصمه، وشديد الاحترام للقاضي، وصريحاً مع موكله، لا هدف له

(١) قرار عدل عليا (٢٠١١ / ١١٤). محكمة العدل العليا، مركز عدالة [www.adalah.com](http://www.adalah.com), تاريخ النشر ٢٠١١/٦/٣٠.

(٢) طلبه خطاب، مرجع سابق، ص ١٠٨ - ١٠٩.

إلا الوصول إلى الحقيقة، دون أن ننسى أن التزام المحامي قبل موكله هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### الالتزامات الملقاة على عاتق المحامي

يقتضي قياس مسؤولية المحامي المهنية استعراض الالتزامات الملقاة على عاتق المحامي، فمنها التزامات تتضمن القيام بعمل (أولاً)، ومنها التزامات تتضمن الامتناع عن أداء عمل (ثانياً).

#### أولاً: التزامات المحامي المتضمنة القيام بعمل

ألقي قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني على عاتق المحامي العديد من الالتزامات القانونية، وذلك تحقيقاً لأهداف مهنته وحماية المتعاملين معه، والهدف منها الدفاع عن مصالح موكله بأمانة وإخلاص، ومن أهم هذه الالتزامات: تمثيل الموكل والدفاع عنه أمام المحاكم والجهات المختصة، وتقديم المشورة له، والالتزام بالمحافظة على المستندات المسلمة إليه، وعليه نتناول هذه الالتزامات كل منها على حدى بشكل مستقل كما يلي:

#### أ) تمثيل الموكل والدفاع عنه أمام المحاكم والجهات الإدارية المختلفة

يزداد دور المحامي أهمية في مرحلة المحاكمة، باعتبار أن عمله مكمل لمهمة القاضي في تحقيق الغاية التي ينشدها العمل، لذا يجب أن يكون المحامي على معرفة تامة بماهية الدعوى وعلى اطلاع بعناية تامة وبشكل متجدد عند أي تغيير أو حدوث أمر طارئ، وبذلك يكون المحامي قد سيطر على الدعوى، إضافة إلى ذلك يجب على المحامي أن يتعرض لكافة وقائع الدعوى بصورة منظمة ليبين مرافعته بتناسق شديد ودقة عالية، وما يساعد في إيجاد الدليل الذي يحاول المحامي التوصل إليه خطوة خطوة هو اتباع المحامي منهجاً واضحاً وخطة منظمة.

وعلى المحامي أيضاً -أثناء المرافعة- أن يلزم نفسه بنظام دقيق وأن يستخلص مرافعته بعناية تامة، بحيث يزيل منها كل الإطالات والتفصيلات التي تثقل المرافعة دون فائدة؛ لأن في ذلك اتعاب للقاضي قبل الوصول إلى نتيجة أو إلى أمر جوهري في مرافعته، كما ينبغي على المحامي تجنب "اللف والدوران" والمسائل التي سبق أن تم النقاش فيها أو الاتفاق عليها لأن ذلك لا يتمخض عنه أي فائدة أو إضافة إلى أنه يترك انطباعاً سيئاً بأن المرافعة لا جديد فيها يتطلب الانتباه، فعلى المحامي أن يسرع في إجمال أدلته وأسانيده.

وكذلك على المحامي أن ينفذ كل ما يطلبه القاضي منه في الأمور المتعلقة بالدعوى، كإظهار بعض الأوراق والمستندات والوثائق المطلوبة، أو إظهار موكله معه، كما أن على المحامي أن يتجنب الاستمرار في تأجيل الدعوى كأن يمتنع أو يتأخر عن تنفيذ ما يطلب أو لإرسال التقارير الطبية أو الادعاء بالسفر، أو التذرع بالتعب والأمراض على خلاف الحقيقة وغير ذلك، وهذا كله يترك انطباعاً سلبياً لدى القاضي وتتولد قناعة القاضي بأن المحامي يماطل حسم الدعوى وهذا يتعارض ومصلحة موكله<sup>(٢)</sup>.

(١) العبيدي، دانية. دور المحامي في الدعوى، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٢، ص ١٧٠.

(٢) العبيدي، دانية، مرجع سابق، ص ١٦٨ - ١٧٠.

إن المحامي يمثل موكله في جميع مراحل الدعوى، ويقوم بالدفاع عنه في جميع هذه المراحل سواء كانت صلح أو بداية أو استئناف أو حتى تمييز، حيث يقوم بحضور المرافعات وكل ما يتعلق بإجراءاتها<sup>(١)</sup>.

### ب) التزام المحامي بتقديم المشورة

وهذا الالتزام من ضمن التزامات القيام بعمله التي تقع على مسؤولية المحامي والسير القانوني لذلك في نص المادة (٦) من قانون نقابة المحامين النظاميين في فقرتها الثالثة، حيث ورد فيها "تقديم الاستشارات القانونية في الدعاوي والقضايا على اختلاف أنواعها". وتعرف المشورة القانونية على أنها: "طلب شخص من المحامي بوصفه رجل قانون متخصص في مجال الرأي القانوني رأيه في مسألة مفترضة أو قائمة".

وهذا الالتزام من الالتزامات الرئيسية المسؤول عنها المحامي، بوصفه ذلك الرجل المهني والمختص والمطلع بهذه المهنة، وعليه فالمحامي ليس رجلاً قضائياً يقوم برفع الدعاوى فقط، إنما هو رجل مهني ينصح موكله، ويساعده في تحديد التصرفات القانونية التي تأتي غالباً تبعاً للاستشارات القانونية التي يؤديها المحامي للموكل<sup>(٢)</sup>.

والاستشارة يقدمها المحامي لعمله عند طلبها، ويقوم بتحريرها تأييداً لوجهة النظر أو الاستعانة بها في الأخذ برأي معين أو لمعرفة مدى صحة عقد من العقود، أو لبيان رأي المحامي في تحرير عقد وصياغته صياغة قانونية، ونظراً لتعدد التشريعات وتشعبها وكثرة تعديلاتها، وتنوع القضايا والمشاكل وتعقدتها فقد أصبحت الاستشارات على جانب كبير من الأهمية، وباتت تستنفذ جزءاً كبيراً من نشاط المحامي.

بناءً على ما سبق، إن من يقدم الاستشارة ويكون حاملاً لقب المحامي يعتبر مزاولاً للمهنة لأنها تمثل جزءاً من عمل المحامي. وذهب إلى ذلك قانون المحاماة المصري رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ حيث ورد في المادة ٨٦ منه بأنه: "لا يجوز لغير المحامين أن يمارسوا بصفة منتظمة الإفتاء أو إبداء المشورة القانونية أو القيام بأي عمل أو إجراء قانوني للغير".

كما ينص قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني في المادة (٣٦) من فقرتها الثانية على أنه: "لا يجوز لغير المحامين المسجلين أن يمارس العمل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة السادسة إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك". كما تقضي المادة السادسة في فقرتها الأولى بتقديم الاستشارات القانونية<sup>(٣)</sup>.

يتضح لنا مما تقدم، أن الاستشارة تعتبر عملاً من أعمال المحاماة شأنها شأن المرافعة تماماً<sup>(٤)</sup>.

### ج) التزام المحامي بالمحافظة على المستندات المسلمة إليه

يتوجب على المحامي إعادة الأوراق والنقود إلى موكله بعد انتهاء مهمته في حال طلب موكله ذلك على أساس أن المحامي مؤتمن على المسجلات والأوراق المسلمة إليه، حيث تقوم مسؤولية المحامي في حال إضاعته أو فقدانه لأي مستند أو ورقة من أوراق الملحق الذي تسلمه.

(١) الشبيب، حبيب. مرجع سابق، ص ١٣.

(٢) سوادي، عبد الباقي. مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ٢٠١٠، ص ١٨٠ - ١٨١.

(٣) ويقابله نص المادة (٨٦) من قانون المحاماة المصري.

(٤) سوادي، عبد الباقي. مرجع سابق، ص ١٨٠.

وما يؤكد ذلك نص المادة (٥٠) من قانون نقابة المحامين النظاميين حيث نص على أنه: "على المحامي أن يسلم موكله كل ما تسلمه من النقود والأوراق الأصلية التي في حوزته عندما يطلب الموكل ذلك".

وتبرز أهمية المحافظة على المستندات المسلمة إلى المحامي في هذه الأوراق والمستندات بأن لها تأثير بشكل مباشر على نتيجة الحكم التي يصل إليها القضاء، وعليه فإن فقدان أي مستند أو ورقة أو التأخر في إيصال هذا المستند إلى الموكل يعتبر خطأ من جانب المحامي ويستوجب قيام مسؤوليته فيما إذا نتج عن ذلك ضرر<sup>(١)</sup>.

كذلك تقوم مسؤولية المحامي بفقدته مستندا للموكل أو بإجراء حول ذلك قد ينطوي على غش نحو موكله<sup>(٢)</sup>، ذلك أن المدة التي يستلزم فيها المحامي بالاحتفاظ بالأوراق والمستندات هي (١٠) سنوات وبعد انقضائها فالمحامي غير مسؤول ويسقط هذا الالتزام بمرور هذه المدة، وما يؤكد ذلك نص المادة (٥٠) من قانون نقابة المحامين النظاميين في فقرتها الثالثة التي جاء فيها: "يسقط حق الموكل في استعادة الأوراق والمستندات بعد مرور عشر سنوات على انتهاء القضية".

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن كل محام يسعى إلى تقوية مركز موكله "الخصم في الدعوى" في ساحة القضاء، فالمضروور الذي يطالب بحقوقه يقصد المحامي ويسلمه المستندات والوثائق وكل ما يمكن أن يفيد ضمن نطاق القانون والعدالة بهدف إعادة الحق إليه وبذلك فالموكل يولي محاميه ثقته ليحفظ حقوقه ويدافع عنه، وبناء على ذلك على المحامي المحافظة على هذه المستندات والوثائق وكافة الأوراق والدلائل المسلمة إليه وردها بالنهاية إلى صاحبها<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: الالتزامات المتضمنة الامتناع عن عمل

الالتزامات المتضمنة الامتناع عن عمل هي التزامات تضع على كافة المهنيين، وهناك التزامات أقرتها ممارسة المهنة التي تشغل كاهل كل ممارس مهنة حرة، ومنهم المحامون حيث تقع على المحامين التزامات سلبية، تتمثل في المحافظة على السر المهني، وعدم شراء الحقوق المتنازع عليها<sup>(٤)</sup>.

#### أ) المحافظة على أسرار المهنة

ينبثق هذا الالتزام الواقع على عاتق المحامي من مبادئ وأخلاقيات المحامي، حيث تفرض عليه عدم خيانة ثقة موكله، والمحافظة على أسراره، التي تتعلق بخصوصية المعلومات والتفاصيل التي يجدها المحامي من موكله، بهدف معرفه ملابسات القضية.

لا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى مفهوم السر المهني لغته، وهو: "ما يكتمه الإنسان في نفسه"، كما عرفه الفقه الفرنسي على أنه "كل ما يضر إفشأؤه بسمعة مودعه أو كرامته، بل كل ما يضر إفشأؤه بالسمعة والكرامة عموماً"<sup>(٥)</sup>.

(١) الشبيب، حبيب. مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) عامر، حسين. المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩، ص ٢١٣.

(٣) العبيدي، دانية. مرجع سابق، ص ١٢٢.

(٤) الشبيب، حبيب. مرجع سابق، ص ٢٠.

(٥) العبيدي، دانية، مرجع سابق، ص ١٢٥، ١٢٦.



أما عن المفهوم الاصطلاحي لسر المهنة فهو صفة تخلع على كل ما يتصل بعلم الإنسان بحكم مهنته أو فنه، ويقع عليه الالتزام بعدم إفشائه والحفاظ على سر المهنة.

قال تعالى: "وإن تجهر بالقول فإنه يعلم السر وأخفى"<sup>(١)</sup>. وفي هذه الآية تأكيد على اختلاف السر الذي يمكن أن يكون بين شخصين عن الإخفاء الذي لا يعلمه إلا الله"<sup>(٢)</sup>.

على المحامي أن يؤدي اليمين أمام وزير العدل وبحضور النقيب أو عضوين من مجلس النقابة، مما يضمن التزامه بالمحافظة على سر المهنة. والجدير بالذكر أن التزام المحامي بالمحافظة على السر المهني لا يترتب على العقد المبرم مع موكله وإنما هو التزام أصيل تفرضه أصول وقواعد هذه المهنة للحيلولة دون الإضرار بالمصلحة العامة القائمة على الأمن الاجتماعي"<sup>(٣)</sup>.

وقد استند أصحاب هذا الرأي لأجل تأييد وجهة نظرهم بنصوص قانون العقوبات"<sup>(٤)</sup>، فالمشرع الجزائي لا يتدخل لحماية المصالح الخاصة أو بهدف تنفيذ اتفاقيات الأطراف، وإنما يتدخل في كل مرة يتعلق فيها إفشاء السر المهني بالنظام العام والآداب لما يقضيه ذلك من تعريض المصلحة الاجتماعية للخطر"<sup>(٥)</sup>.

#### ب) عدم شراء الحقوق المتنازع عليها

من أهم واجبات المحامي المنع من إعاره اسم المحامي أو بيع الحقوق المتنازع عليها أو بعضها إذا كان هو من يتولى الدفاع بشأنها"<sup>(٦)</sup>، والحق المتنازع عليه؛ هو الحق الذي رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي، والنزاع الجدي هو النزاع الذي يستشفى منه إمكانية حصول الدعوى.

والسند القانوني لهذا الالتزام الذي يقضي بمنع المحامي من شراء الحقوق المتنازع عليها، ما جاء في المادة (٦٠) من قانون نقابة المحامين النظاميين حيث نصت على أنه: "يحظر على المحامي تحت طائلة المسؤولية أن يشتري القضايا والحقوق المتنازع عليها". ويؤكد ذلك أيضاً نص المادة (٤٩) من النظام الداخلي لنقابة المحامين، والحكمة من هذين النصين تكمن بمنع المحامين من استغلال مهنتهم لتحقيق منافع شخصية على حساب أصحاب الحقوق المتنازع عليها، علماً بأن قيام المحامي بشراء الحقوق المتنازع عليها يتنافى مع صفة عمله المتمثل في تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر ومع واجبه في الدفاع عن موكله بكل أمانة وإخلاص.

يلزم لتطبيق نص المادة (٦٠) من قانون نقابة المحامين لنظاميين والمادة (٣٧) من النظام الداخلي للنقابة توافر شروط معينة وهي:

(١) سورة طه، آية (٧).

(٢) حسين، محمد. مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٣) سلامة، أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٨٩.

(٤) نصت المادة (٣/٣٥٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من: ٣. كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاه دون سبب مشروع".

(٥) الجنابي، فائق سليم، مسؤولية المحامي المدنية الناشئة عن إفشاء السر المهني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الأردن - عمان، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠، ص ٥٠.

(٦) العبيدي، دانية. مرجع سابق، ص ١٢٠.

- ١- تحقق صفة المحامي في الشخص الذي قام بعملية الشراء (المحامين المزاولين والمحامين غير المزاولين، وكذلك المتدربين).
- ٢- أن يكون التصرف الذي قام به المحامي عقد بيع، وعليه فالمحامي ليس ممنوعاً من تلقي الحق المتنازع عليه على سبيل الهبة مثلاً.
- ٣- أن يقع الشراء في القضايا والحقوق المتنازع عليها.
- ٤- عندما يكون المحامي مرتبطاً بعقد مع موكله تكون مسؤوليته مبنية على الأساس التعاقدية.

من خلال ما سبق، لقد بينا في المبحث الأول من هذا الدراسة أن الطبيعة القانونية لالتزام المحامي العقدي، مع بيان أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المحامي في نطاق مهنته. والآن سنتطرق إلى هذه المسؤولية مرة أخرى ولكن بشكل مختلف من ناحية نشوء مسؤولية المحامي، وذلك نتيجة عمل غيره.

## المبحث الثاني

### مسؤولية المحامي عن عمل الغير

كان الأصل في مساءلة الشخص هو فعله الضار، أو أخطأه الشخصية التي من شأنها الإضرار بالغير، حيث إن أحكام المسؤولية عن فعل الغير بوضعها الحالي لم تكن معروفة منذ القدم، إلا أن الوضع الآن تغير تغيراً كبير وبشكل ملحوظ، إثر التطور الذي برز في مجتمعاتنا في كافة المجالات، وعلى وجه الخصوص في الصناعة والاقتصاد، إضافة إلى تنوع الروابط بتنوع الخدمات والقضايا الراهنة.

وعليه اقتضت الحاجة اتساع نطاق الاستعانة بالغير وبروز أهمية النشاط المشترك لما تقتضيه الضرورات العملية، فقد توسع نطاق مسؤولية الشخص عن الأخطاء أو الأضرار حيث أصبحت تشمل غيره ممن يستعين بهم في تنفيذ التزامه.

وتأسيساً على ما تقدم، يتناول الباحث مسؤولية المحامي المهنية عن عمل الغير، سواء كان محامياً أو موظفاً عادياً في مطلبين؛ يتعلق المطلب الأول بالأساس القانوني لمسؤولية المحامي عن عمل الغير، كما يتعلق المطلب الثاني بالحديث عن مسؤولية المحامي عن أفعال أعوانه<sup>(١)</sup>.

### المطلب الأول

#### أساس مسؤولية المحامي عن عمل الغير

تُفترض المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وهذا نطاقها الصحيح، فالمدين بالتزام عقدي، يستعين بغيره في تنفيذ هذا الالتزام، فإذا وقع من هذا الغير إخلال بالالتزام العقدي الناشئ بين المدين الأصلي والدائن، قامت مسؤولية المدين الأصلي تجاه الدائن عن خطأ الغير، وهي مسؤولية عقدية عن فعل الغير.

(١) سوادى، عبد الباقي. مرجع سابق، ص ٢١٠، ٢١١، ٢٠١٥.

فهناك المدين الأصلي بالالتزام العقدي، والدائن به، والغير، وقد استعان المدين الأصلي بهذا الغير عما يلحق الدائن من أضرار نجمت عن خطأ الغير الذي استعان به هذا المدين<sup>(١)</sup>. وإن تحديد أساس المسؤولية عن عمل الغير سواء كانت عقدية أو غير عقدية، مسألة تعددت فيها الآراء واحتدم بها الخلاف.

كما نادى الفقه الحديث باستقلال هذه المسؤولية التي نحن بصدها، عن المسؤولية التقصيرية عن الغير، وأكد على أن نظرية المسؤولية عن عمل الغير في الموضوع العقدي تجد أساسها في التنظيم القانوني الخاص بعدم تنفيذ العقود. وأغلب الفقه في فرنسا يقرر المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن عمل الغير، يذهب إلى أن المدين يسأل مسؤولية عقدية عن مستخدميهم في تنفيذ التزامه وإن اختلف في أساس هذا المبدأ<sup>(٢)</sup>.

وعليه فالمدين في الالتزام التعاقدية هو المسؤول، والمتضرر هو الدائن، والغير هو المستخدم من قبل المدين في تنفيذ التزامه. إلا أنه لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير، على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير<sup>(٣)</sup>.

إن لتحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية أهمية كبرى على الصعيد النظري والصعيد العملي، إذ يتضح من خلاله قصد المشرع في النصوص التشريعية.

ولما كانت الآراء التي قيلت في تحديد أساس المسؤولية العقدية عن عمل الغير متعددة، سنبين النظريات المحددة لأساس هذه المسؤولية وهي:

#### أولاً: النظريات التي تعتبر خطأ المدين الشخصي أساس هذه المسؤولية

- أ- نظرية قرينة الخطأ ضد المدين لسوء الاختيار والرقابة، ومفادها أن المدين يسأل في مواجهة الدائن إذا ارتكب البديل الذي اختاره خطأ.
- ب- نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة، أي أن المدين يتعهد للدائن بتحقيق نتيجة معينة وليس بمجرد بذل عناية أو جهد.
- ج- نظرية النيابة، ومفادها أن أساس مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير يقوم على الاتحاد بين شخصي المدين والغير الذي يكون التنفيذ لمصلحته.
- د- نظرية القوة القاهرة: ومفادها أن يسأل كل مدين عن تنفيذ الالتزام ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه إلا بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

#### ثانياً: النظريات التي لا تعدد بالخطأ الشخصي للمدين كأساس لهذه المسؤولية

- أ- نظرية تحمل التبعة: حيث تقتضي أن أي شخص يلجأ إلى استخدام الأشخاص ليستعين بهم في تنفيذ التزامه، ليكون مسؤولاً عن أفعالهم التي تسبب ضرراً للطرف الذي ينفذ الالتزام لصالحه، بالنظر لما يعود على الشخص

(١) Mazeud (J): contrat jentreprise, Encycl. Dal 10z, 1969, +.3. N. 969 P. 1036.

(٢) سوادي، عبد الباقي. مرجع سابق، ص ٢٢١، ص ٢٢٢.

(٣) حمادي، عبد النور. مرجع سابق، ص ٢٠٩، ٢١٠.

المستخدم من نفع من إسهام غيره في نشاطه، مما تقتضي تحمله تبعه الأفعال الضارة الناتجة عن النشاط المشترك، فيغرم بقدر ما يغتم<sup>(١)</sup>.

ب- نظرية الضمان الضمني: ومفادها أن المدين يضمن ضمناً يسببه مساعدوه وتابعوه من أضرار للطرف الآخر إذا ما سكت العقد عن الاتفاق الذي يحتوي على بند يلقي عبء المسؤولية عن أفعال الغير على المتعاقد نفسه وبالتالي اعتبر هذا الضمان متوافر ومفترض.

ج- نظرية الضمان القانوني: ومفادها أن الأساس الحقيقي لهذه المسؤولية هو القانون نفسه، وذلك لاعتبارات تحقيق العدالة والمصلحة العامة<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: النظريات التي تولد الأساس القانوني في ظل التشريعات التي تقرر مبدأ عاماً لهذه المسؤولية:

إن هذه النظريات لا تخرج في مفاهيمها عن النظريات التي طرحت في ظل القوانين غير المقررة للمبدأ العام، ذلك لأن بعضهما يرجع الأساس إلى البداية، وبعضها يرجعه إلى مبدأ لا يحمل التبعية، وبعضها الآخر ينسب إلى الضمان القانوني، وبعضها يقيمه على الالتزام بنتيجة.

لا بد من الإشارة إلى أنه في حالة قيام المسؤولية العقدية للمحامي عن فعل الغير، يجوز للمحامي "المدين الأصلي" أن يرجع على الغير؛ وهو المحامي الذي استعان به وكلفه بتنفيذ العقد، وذلك استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية<sup>(٣)</sup>.

وبالنسبة لجميع النظريات التي تعالج هذه المسؤولية في هذا الصدد، فهناك من يميل إلى الرأي الذي قضت به نظرية الضمان القانوني، كأساس لمسؤولية المحامي عن أفعال أعوانه وبدلائله من محامين وغير محامين، حيث تبرره الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تسود وتواكب مجتمعاتنا.

وبالرغم من سلامة وجهة النظر هذه، وانسجامها مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية وقيمها الاشتراكية، إلا أن التسليم بهذا الأساس يجعل مسؤولية المحامي عن فعل الغير مسؤولية قانونية ليست عقدية، وبالتالي أتوجه برأيي إلى ما ذهب إليه الدكتور عبد الباقي محمود سوادى.

وبعد دراستنا للأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المحامي العقدية عن عمل الغير - مستعرضين أهم وأبرز النظريات التي تكيف هذا الأساس لتلك المسؤولية - لا بد من الحديث عن البدلاء أو الأعوان الذين يقومون بدورهم بمساعدة المحامي، الذي قد يتحمل هذا الأخير المسؤولية عنهم إثر تصرفاتهم الناتجة عن مخالفة الأسس والقواعد والأنظمة القانونية، أو نتيجة خطأ صدر منه.

(١) سوادى، عبد الباقي. مرجع سابق، ص ٢١٧ - ٢٢٠. تجدر الإشارة إلى إمكانية إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى باستثناء حالات الغش والخطأ الجسيم.

(٢) حمادي، عبد النور. مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٣) خطاب، طلبية. مرجع سابق، ص ١٥٧.

## المطلب الثاني

### مسؤولية المحامي عن أعمال أعوانه

يدفعنا البحث في مسؤولية المحامي عن أعمال أعوانه الإبحار في المسؤولية العقدية للمحامي وبيان متى يكون مسؤولاً عن أعمال غيره، سواء كانوا من المحامين الذين يحلهم المحامي محله في تنفيذ التزامه، أو أعواناً يساعدونه في تنفيذ كل التزامه العقدي أو جزء منه.

ويبرر أمر إعانة المحامي تعدد أعماله وتشعبها، كما لو كان لدى المحامي عدة مراجعات في أكثر من مكان أو صادفت جلسات المحامي في محاكمة بذات التوقيت؛ فيستعين المحامي بغيره من المحامين أو غير المحامين لممارسة عمل ما ينوب به عن المحامي، أو لتنفيذ التزام على عاتقه كدفع رسوم مستحقة عند رفع الدعوى أو طباعة وثائق أو مستندات تتعلق بدعوى ما ضمن تعليمات المحامي<sup>(١)</sup>.

وإذا مارس محامي معين على سبيل المثال عمل نيابة عن المحامي، ففي هذه الحالة تكون علاقته بالمحامي صاحب المكتب علاقة المتبوع بتابعه، لأن المحامي الأصل له سلطة الإشراف والمراقبة كما له السلطة القانونية<sup>(٢)</sup>. وعليه سنتعرض فيما يلي بشكل واضح ومستقل لمسؤولية المحامي عن أفعال أعوانه من المحامين (أولاً)، ومسؤولية المحامي عن أفعال أعوانه من غير المحامين (ثانياً)<sup>(٣)</sup>.

#### أولاً: مسؤولية المحامي عن أفعال أعوانه من المحامين

نظراً لكثرة الأعمال لدى المحامي صاحب المكتب، فإنه يستعين بأحد المحامين الناشئين الذي لا يقدر على الاستقلال بممارسة هذه المهنة، كالتزامهم مع المحامي صاحب المكتب عن طريق عقد عمل، حيث تكون علاقته بالمحامي صاحب المكتب علاقة المتبوع بالتابع استناداً إلى السلطة القانونية الممنوحة له بموجب القانون، وما يشير إلى ذلك ما ورد في قانون نقابة المحامين النظاميين في فقرته الثانية أن: "للمحامي عند الضرورة سواء أكان خصماً أصيلاً أم وكيلاً أن ينيب عنه بتفويض موقع منه وفي قضية معينة وعلى مسؤوليته محام آخر في أي عمل موكل إليه بموجب وكالته وضمن الشروط الواردة فيما لم يكن هناك نص في الوكالة يمنع مثل هذه الإنابة".

وإضافة لما سبق وما يحصل عملياً في كثير من الأحيان، استعانة المحامي المشهور لزملائه في المهنة، نتيجة زخم الأعمال لديه وقد يشرف هذا المحامي بنفسه - من باب الحرص والاهتمام - على أعمال من استعان بهم من المحامين، إذ إن عمل المحامي في مكتب محام آخر لا يؤثر على هويته واستغلاله في نطاق المهنة، وإن عمل المحامي في مكتب زميل له أمر غير محظور استناداً إلى المنع بين المحاماة والوظائف الأخرى.

وعليه نصت الفقرة الثانية من المادة (١١) على أنه: "لا يجوز الجمع بين المحاماة والوظائف العامة والخاصة الدائمة والمؤقتة براتب أو مكافأة، عدا من يتولى من المحامين الأساتذة أعمال المحاماة في مؤسسة رسمية أو شبه رسمية أو شركة".

(١) حمادي، عبد النور. مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٢) العبيدي، دانية. مرجع سابق، ص ١٧١.

(٣) سوادى، عبد الباقي. مرجع سابق، ص ٢٣٤ - ٢٤٢.

إلا أن قانون المحاماة العراقي انفرد بنص قانوني يقضي بأن علاقة المحامي بمن يستعين بهم هي علاقة نيابة لا تنطوي على علاقته بتعيينه، فلا يستوي عليها أحكام عقد العمل حيث نص قانون المحاماة العراقي على أنه "لا يخضع عمل المحامي لدى زميله بأي صورة لقانون العمل ولا لقانون الضمان الاجتماعي" وعليه إذا تسبب أي من المحامين الذين يستعين بهم محام آخر في ضرر لعمله، أن هذا المحامي يكون مسؤولاً عن أفعال أعوانه طبقاً للأصل العام في المسؤولية العقدية عن الغير<sup>(١)</sup>.

كما يمكن الاستناد إلى القواعد الخاصة في الإنابة، حيث إنه للمحامي الأصل إذا كان خصماً في دعوى أن ينيب عنه غيره في الحضور عنه أمام المحاكم المختصة لنظر النزاع، ولكن تجدر الإشارة إلى أنه لا مجال لأعمال نظرية النيابة في التعاقد حيث إن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية دون الأعمال المادية.

يتجه الباحث إلى ما ذهب إليه الدكتور سعيد سعد عبد السلام في "أن هذه العلاقة بين المحامي الأصل والمحامي المناب هي علاقة وكالة، وهذه العلاقة تتشابه إلى حد كبير مع علاقة المحامي بالعميل، ومن هنا يمكن القول إن هذه العلاقة يحكمها عقد وكالة. وقد عرفت المادة (٦٦٩) من القانون المدني المصري بأن الوكالة هي "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

لا بد لنا من التعمق في مدى مسؤولية المحامي عن عمل مساعده أو وكيله، وعليه يكون هذا المستعد أو الوكيل متبوعاً مسؤولاً عن أعمال تابعيه، وبالتالي تقع هذه المسؤولية في حالة الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد إما لعدم تنفيذه أو التأخر في تنفيذه أو إساءة التنفيذ أو وقع الخطأ من التابع أثناء وبسبب أعمال وظيفته في حال وجود عنصر التبعية<sup>(٢)</sup>.

حيث إنه لو أصيب الغير بضرر من جراء خطأ ارتكبه المحامي (التابع) ، فالمضروب يفكر تلقائياً في الرجوع إلى المحامي صاحب المكتب استناداً إلى قواعد مسؤولية المتبوع عن فعل التابع.

ونختم هذا الأمر بأن من يعمل لدى المحامي في مكتبه يكون تابعاً، وهو يخضع لإشراف وتوجيه المحامي المذكور، حيث يصير هذا الأخير من خلال الإشراف والتوجيه متبوعاً، وتقوم مسؤوليته عن الضرر الذي أصاب الغير إذا توافرت شروط هذا النوع من المسؤولية، حسب القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الأردني.

بناء على ما تقدم، وفي ظل النقاش البحثي السابق، يثور التساؤل حول مسؤولية المحامين في حال تعددهم بوكالة واحدة، إذا ما تسبب أحد هؤلاء المحامين (الوكلاء) بخطأ مهني، نتج عنه ضرر مس بمصلحة موكلهم؟

في الحقيقة، إن غالبية المحامين الذين يعملون في شركة أو مكتب محاماة على أساس التشاركية أو التبعية ينظمون الوكالات مع موكلهم بصيغة تحتوى على كافة أسماء المحامين العاملين في تلك الشركة أو ذلك المكتب، حيث يفصل بين كل اسم محام واسم المحامي الآخر حرف عطف يفيد التخيير "أو"، وذلك حتى يتسنى لأي محام

(١) سوادى، عبد الباقي. مرجع سابق، ص ٢٣٥ - ٢٣٧.

(٢) عبد السلام، سعيد. المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطاء مساعديه. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، مصر، المجلد (٤) العدد (٧) ١٩٩٥م، ص ٥٧، ص ٤٠.

من هؤلاء المحامين تمثيل الموكل إدارياً أو قضائياً في الإجراء المطلوب، طبعاً حسب أوقات فراغ المحامين ضمن جدول عمل منظم داخل الشركة أو المكتب.

ولما كان الأمر كذلك، فمن المسؤول عن الخطأ الذي يرتكبه أحد المحامين الواردة أسماؤهم بالوكالة، فهل المسؤولية هنا جماعية تقع على عاتق كافة الوكلاء، أو أن المسؤولية فردية تقتصر على المحامي المخطئ أو المحامي المتعامل مع الموكل.

لقد خلى قانون نقابة المحامين والأنظمة الصادرة بمقتضاه من النصوص المحددة للمسؤولية المهنية في هذا الصدد عند تعدد المحامين الوكلاء في ذات العقد المبرم مع الموكل، ولكن بالرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني الأردني، نجد بأن المادة (٢٦٥) فصلت هذا النزاع بحسب المساهمة المهنية بالضرر، فإذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه، وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم.

أما إذا كان الخطأ ناشئاً عن محامٍ واحد من ضمن الوكلاء الوارد اسمهم في عقد الوكالة، فلا جدل في قيام مسؤولية المحامي المخطئ تجاه الموكل، مع الاختلاف في مدى امتداد هذه المسؤولية إلى الغير من هؤلاء المحامين الوكلاء. وأرى في هذا الصدد بضرورة قيام مسؤولية جميع المحامين الوكلاء عن أي خطأ يرتكبه أي منهم على أساس التكافل والتضامن باعتبار أن الموكل عند إبرامه عقد الوكالة قد اطمأن إلى كافة المحامين المشاركين أو العاميين في الشركة أو المكتب أو الواردة أسماؤهم بالوكالة على سبيل الجمع أو التخيير، بل إن منهم من كان دافعاً للموكل في التعاقد مع هذه الشركة أو ذلك المكتب.

### ثانياً: مسؤولية المحامي عن أفعال أعوانه من غير المحامين

للمحامي أن يعتمد في بعض أعماله التي تدخل في نطاق المهنة على الموظفين العاديين، وهم الأشخاص ذوو الخبرة في القيام بالأعمال المادية، مثل إعداد الصحف وكتابتها وتصويرها ودفع الرسوم وتسوية الأمانات واستخراج الشهادات الرسمية وغيرها من الأعمال المادية التي يقومون بها نيابة عن المحامي صاحب المكتب.

وكذلك يمكن للمحامي أن يسعين بموظفي السكرتارية وعادة ما يناط بهم أعمال القيد اليومي للقضايا بمكتب المحامي<sup>(١)</sup> سواء من كان يعمل منهم بأجر ويخضع لتوجيهات وإشراف المحامي في أداء مهامه أو من يعمل منهم تبرعاً لارتباطه بالمحامي بعلاقة قريبي أو صداقة.

إن طبيعة هذه المسؤولية تحددها العلاقة مع المحامي، فإن كانت العلاقة عقدية كان المحامي مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها هؤلاء للعميل، فالمحامي يكون مسؤولاً عن الشخص الذي يستعين به في تنفيذ التزامه العقدي سواء كان تابعاً له أم لم يكن، ومن هنا كانت المسؤولية عن فعل الغير أوسع نطاقاً من المسؤولية التقصيرية في هذه الميول وهي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه، ذلك لأن المحامي لا يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن أفعال غيره إلا إذا توافرت علاقة التبعية بين المحامي وبين من يستعين به من الغير في تنفيذ التزاماته<sup>(٢)</sup>.

(١) العبيدي، دانية. مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٢) عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص ٢٤٢، ٢٤٣.



إن هذه المسؤولية تقوم على أساس المبادئ العامة في المسؤولية العقدية بغير حاجة إلى تأسيسها على نظريات قانونية أو قياسها على النصوص، فيكون المدين مسؤولاً أمام الدائن عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ما لم يثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه (القوة القاهرة).

ولكن مال الدكتور سعيد سعد عبد السلام إلى الرأي الذي يؤكد مسؤولية المحامي - ولو لم ينسب إليه خطأ في ظل وقوع قوة القاهرة حالت دون تنفيذ الالتزام والعمل في ذلك- بأن الاستعانة بهؤلاء المساعدين هي مسألة خاصة بالمحامي الذي يعتبر في هذا الصدد مديناً للغير، وبالتالي يتعدى عليه تحمل النتائج التي تترتب على هذا الإخلال<sup>(١)</sup>.

وأختم في هذا الموضوع بأن الرأي الغالب في الفقه والقضاء والتشريع المعاصر الذي يقتضي على أن مسؤولية المحامي مسؤولية عقدية في الحالات التي يرتبطون فيها بعقود مع عملائهم، حيث إن إدخال الأعوان والمساعدين -كما اتجه الدكتور عبد الباقي سوادي في تنفيذ التزام المحامي العقدي- يجعل المحامي مسؤولاً عن أفعالهم مسؤولية عقدية عن فعل الغير، حيث إنه إذا فقدت سكرتيرة المحامي مثلاً مستنداً مهماً أو وثيقة أو دليلاً من شأنه التأثير في الدعوى وأضاع على الموكل فرصة إثبات حقه أمام القضاء، تقوم مسؤولية المحامي عن فعل السكرتيرة استناداً إلى المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

## الخاتمة

من خلال بحث المسؤولية العقدية للمحامي في تأديته لمهنة المحاماة، توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نوردتها على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

- إن مسؤولية المحامي في إطار مهنته مستمدة من الطبيعة القانونية والأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية التي تفرضها جملة الالتزامات التي تقع على عاتق المحامي بموجب أحكام القانون وعرف مهنة المحاماة والعرف القضائي، وما يفرضه من أعمال الرقابة والإشراف على تابعيه أو العاملين باسمه.
- لم تحظ المسؤولية المهنية للمحامي بتنظيم قانوني موحد كافٍ ووافٍ، وتركت مسائل كثيرة بهذا الخصوص للأحكام العامة، فلجأت المحاكم إلى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية.
- إن الاتفاقيات الملزمة للأطراف -طبقاً للقواعد العامة- والمنشئة للمسؤولية المهنية، من الروابط التي تربط المحامي أو من يعاونه بالموكل، سواء كان بالتخفيف أو التشديد، أو الإعفاء.
- إن الأصل العام في التزامات المحامي هو التزام ببذل عناية، وتحويل المسؤولية إلى التزام بتحقيق نتيجة هو استثناء على الأصل العام، حيث إنه عديم جدوى ولا يحقق الغاية المرجوة، كما أن عبء إثبات الخطأ في المسؤولية التعاقدية يختلف باختلاف نوع الالتزام.

(١) سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص ٤٢، ٤٣.

- قد يستعين المحامي بأعوان من المحامين أو من غير المحامين بإنجاز المهام الملقاة على عاتقه، وإن منهم من يرتبط به بالعلاقة التبعية، ومنهم من يستقل عنه بأفعالهم، حيث يسأل المحامي في الارتباط الأول استناداً إلى المسؤولية التقصيرية.
- إن طبيعة مسؤولية المحامي عن أعمال أعوانه غير التابعين له أمر اختلفت فيه الآراء فهناك من قال بمسؤوليته العقدية عن فعل غيره وهناك من أنكر المسؤولية عن فعل الغير، وبالنتيجة فالمحامي مسؤولٌ عن كل ضرر يحدثه أعوانه وبدلائه بالغير.

#### ثانياً: التوصيات

- لابد من ضرورة وجود تشريع خاص ينظم مسؤولية المحامي المدنية، وذلك من منظور الطبيعة الخاصة بمهنة المحاماة التي تستند إلى التفكير والإبداع.
- بالنسبة للحالات التي يكون أساس العلاقة فيها عقد وكالة، فمن الضرورة وجود نص قانوني يلزم كلا الطرفين المحامي والموكل بأن يتم تنظيم الوكالة لدى دائرة رسمية، سواء كانت عند كاتب العدل أو هيئة مختارة لدى نقابة المحامين.
- ضرورة عقد محاضرات وورش عمل تبث الثقافة القانونية فيما يتعلق بحقوق الموكل والتزاماته وسبل حمايته، ذلك ليتسنى له معرفة ما له من حقوق وما عليه من التزامات، فغالبية مثل هذه العلاقات (الوكالة بين المحامي وموكله) تكون فيها الثقة طاغية على الموكل، بحيث لا تتيح له المجال للتحري عن حقوقه وواجباته.

## المصادر والمراجع

## أولاً: المراجع العربية

- حبيب ركاد الشبيب، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه الموكل، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ٢٠٠٨.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٩.
- حمادي عبد النور باحث دكتوراه، المسؤولية المدنية للمحامي في القانون الجزائري واجتهاد المحكمة العليا الجزائرية، مجلة الفقه والقانون، جامعة أبي بكر تلمسان. العدد يناير ٢٠١٣.
- دانية ماجد عبد الحميد العبيدي، دور المحامي في الدعوى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.
- سعيد سعد عبد السلام، المسؤولية المدنية للمحامي عن أخطاء مساعديه، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، مصر، المجلد (٤)، العدد (٧) ١٩٩٥.
- طلبه وهبه خطاب، المسؤولية المدنية للمحامي، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٨٦.
- عبد الباقي محمود سوادى ومسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- عبد الله الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- الجنابي، فائق سليم، مسؤولية المحامي المدنية الناشئة عن إفشاء السر المهني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الأردن- عمان، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠.
- المرزوقي، محمد، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج عن تقصيره، الشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ٢٠٠٩.
- ريس، محمد، المسؤولية المدنية للمحامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مج ٣٩، عد ٣، الصفحات: ٢٣٧-٣٠٦، ٢٠١٥.
- قرار عدل عليا (١١٤/٢٠١١). محكمة العدل العليا. مركز عدالة [www.adalah.com](http://www.adalah.com) تاريخ النشر ٢٠١١/٦/٣٠.
- قرار رقم (١٩٥٤/٧١٩) محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، منشورات عدالة [www.adalah.com](http://www.adalah.com)
- قرار رقم (٢٠٠٦/٢٣٧٢) محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، صادر بتاريخ ٢٠٠٧/١/١٦.
- قرار رقم (١٩٩٦/٨٨) محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، صادر بتاريخ ١٩٩٦/١/٣٠.

## ثانياً: مراجع أجنبية

- Damien note sous coar Japp. De pares 19-10-1898, Vas – pal 1990, Janvier.
- Jacob (n.) et le Tour/Neau (Ph): Assuran Es at tesponsabilite civile, paris, 1972, N. 8333.
- Lemaire, les regles de la profession d'avocat et usages de bureaux de paris 1975.
- Mazeau D. (J): contrat d'entreprise, ency (1. Dal 102, 1979, t. 3. N. 969.

## ماهية عقد التحويل الإلكتروني للأموال وآثاره بواسطة البنوك التجارية الأردنية The nature of electronic transfer contract of funds and its effects by the Jordanian commercial banks

محمد فهمي سليم غزوي \*

### الملخص

يتمحور موضوع هذا البحث في عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، إذ يهدف إلى تعرف ماهية التحويل المصرفي الإلكتروني، وكذا أشكال أو صور التحويل المصرفي الإلكتروني، والمراحل التي تمر بها هذه العملية . وذلك في ضوء أحكام القانون الأردني بالمقارنة مع بعض التشريعات المقارنة، وكذا أحكام الفقه والقضاء . اتبع الباحث المنهج التحليلي النقدي لتحقيق أهداف الدراسة. وبالنتيجة توصل الباحث إلى العديد من النتائج التي على ضوئها قام الباحث بتقديم عدة توصيات، منها وضع قانون جامع شامل بما يخص عقد التحويل المصرفي وتدعيم نظام الحماية لذلك.

الكلمات الدالة: تحول الأموال الإلكتروني، العقد الإلكتروني، البنك التجاري، القانون التجاري.

### Abstract

The research paper centrally focuses on the electronic bank transfer contract; it aims to identify the nature of electronic bank transfer, as well as the forms of electronic bank transfer, and the stages that this process goes through, in light of the provisions of Jordanian law in comparison with various comparative legislation and the provisions of jurisprudence and the judiciary. The researcher followed the critical analytical method to achieve the objectives of the study. As a result, the researcher reached many results, in the light of which the researcher made several recommendations, including the establishment of an all-inclusive law regarding the bank transfer contract and strengthening the protection system therfor.

**Keywords:** Electronic Money Transfer, Electronic Contract, Commercial Bank, Commercial Law.

## المقدمة

إن التقدم التكنولوجي الذي يشهده العالم في الآونة الأخيرة وما رافق هذا التقدم من تطور في المجال الإلكتروني والتقني، يجعلنا أمام عالم افتراضي وفضاء إلكتروني، فالعالم بمجمله أصبح عبارة عن قرية صغيرة مفتوحة أمام الجميع وقد أُلغيت معها الحدود الجغرافية للدول. وإن كثيراً من الدول أصبحت تقيس مدى تقدّمها ورفقيها من خلال تطورها التكنولوجي. ولعل أهم هذه التطورات، وأكثرها تأثيراً في حياتنا العملية هو اكتشاف الحاسوب، ومن ثم ظهور ما يسمى بالشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، حيث أدى ظهور الحاسوب وانتشاره إلى إحداث ثورة حقيقية في المعلومات التي بدورها تقوم على جمع كم هائل من البيانات غير الملموسة وتحويلها من شكل إلى آخر بعد معاجلتها بواسطة الحاسب الآلي. وإن هذه الثورة التكنولوجية أدت إلى تحويل المجتمع من مجتمع صناعي تقليدي إلى مجتمع معلوماتي تكنولوجي، بحيث تركت بصماتها في مختلف القطاعات ومن ضمنها القطاع المصرفي الذي واکب التطور التقني والتكنولوجي في معاملته المالية ومن ضمنها التحويل الإلكتروني للأموال - موضوع هذا البحث- الذي يعتبر إحدى وسائل الدفع الإلكتروني، فبعد أن كانت البنوك تعتمد في معاملتها المالية على الوسائل التقليدية في تحويل الأموال، وما تتّصف به تلك الوسائل من بطء وتكلفة باهظة مع إمكانية التزوير، أصبح الحاسب الآلي والإنترنت هو أساس العمليات المصرفية الذي بات يتّصف بالسرعة والدقة في إنجاز المعاملات وتوفير الحماية والائتمان اللازمين للبنوك وللعلماء. وإن هذا التطور الهائل بعمليات التحويل الإلكتروني للأموال، وانعكاسه الإيجابي على القطاع المصرفي أدى بالنتيجة إلى استعمال أحدث وسائل التقنية في عمليات تحويل الأموال، الأمر الذي أدى إلى وجود العديد من الأنظمة الإلكترونية التي يتم بواسطتها تنفيذ مثل هذه العمليات. وتأتي أهمية التحويل المالي الإلكتروني من خلال الحد من الاستخدام المادي للنقد، فعوضاً عن التداول النقدي بين الأشخاص وتعرضها لمخاطر السرقة والضياع والتلف، يكفي أن يتم التداول بإصدار أمر تحويل من العميل إلى البنك أو المنشأة المالية مُصدرة التحويل بقيد مبلغ مالي من حساب العميل إلى حساب المستفيد، وبذلك فإن النقود تنتقل بين الأشخاص دونما الحاجة إلى نقلها بشكل مادي. كما تبرز أهمية التحويل المالي الإلكتروني من خلال تخفيف آثار التضخم النقدي التقليدي، كظاهرة تنشأ عن زيادة السيولة النقدية التقليدية في التعامل، فتحويل الأموال إلكترونياً يسهم في تحديد حجم التدفق النقدي المتداول من خلال رقابة البنك المركزي على حسابات الأشخاص المصرفية، بالإضافة إلى رقبته على التحويلات المالية الإلكترونية التي تتم عن طريق البنوك والمنشآت المالية. ونظراً لخلو التشريعات من نصوص تنظّم عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، وحاجة المجتمع والاقتصاد إلى هذا النوع من المعاملات التجارية، دفع هذا الأمر بالفقه والقضاء إلى وضع ضوابط لعمليات تحويل الأموال إلكترونياً وذلك في إطار قانوني يتناسب وطبيعة هذه العمليات وينظم العلاقة فيما بين العميل والبنك من جهة والبنك والمستفيد من جهة أخرى، ويحدّد الطبيعة القانونية لعقد التحويل المالي الإلكتروني وفقاً لقواعد القانون المدني والقانون التجاري بالإضافة إلى وضع صور لعمليات التحويل الإلكتروني للأموال الذي من الممكن أن يكون محلياً بين بنكين أو أكثر موجودان داخل دولة واحدة أو دولياً كأن يكون كل بنك في دولة.

## مشكلة الدراسة:

تكمن إشكالية هذه الدراسة في افتقار التشريعات الأردنية لنصوص خاصة بعقد التحويل الإلكتروني للأموال، وإن تطبق نصوص القانون المدني فيما يتعلق بالقواعد العامة للعقود على عقد التحويل الإلكتروني من شأنه أن يُفقد خصوصية هذا العقد وما يتصف به من تطور وسرعة، فالقانون المدني هو قانون قديم يتصف بالجمود ولا يمكن تطبيق نصوصه على عقد التحويل الإلكتروني للأموال، الذي يعتبر عقد تجاري يعتمد على التطور التكنولوجي والسرعة والدقة في التطبيق. وبالنتيجة ستقودنا هذه الدراسة إلى طرح التساؤلات التالية:

- ما هي الطبيعة القانونية لعقد التحويل الإلكتروني وما هي أشكاله؟
- هل النصوص الحالية في التشريع الأردني سواء قانون التجارة الأردني أو قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠١٥ كافية لتغطية عقد التحويل الإلكتروني للأموال؟
- هل تطبيق نصوص القانون المدني على عقد التحويل الإلكتروني من شأنه أن يغطي كافة الإشكاليات التي من الممكن أن تنشأ عن هذا العقد التجاري؟
- ما هي المسؤولية المترتبة على أطراف عقد التحويل الإلكتروني؟

## أهمية الدراسة وأهدافها:

بالرغم من التقدم التكنولوجي والتطور التقني في العمليات المصرفية وما رافق هذا التطور من استخدام أحدث وسائل التقنية في عمليات تحويل الأموال، كان لا بد من وجود قوانين ناظمة تحدد طبيعة العلاقة القانونية في عمليات التحويل والأساس القانوني لعقد التحويل الإلكتروني للأموال، وقد اختلفت الآراء حول هذه الطبيعة القانونية، فهل يمكن اعتبار عقد التحويل الإلكتروني هو حوالة حق، أو هو إنابة في الوفاء، أو هو وكالة. ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة حيث إن قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ قد جاء خالياً من أي نصوص تنظم عقد التحويل الإلكتروني للأموال وطبيعة العقد والتزامات أطرافه، فالبرغم من أن قانون التجارة الأردني قد نظم بعض الأعمال المصرفية، بحيث أفرد بعض النصوص التي تنظم طبيعة العمل المصرفي، غير أن هذا التنظيم هو تنظيم قديم قدم القانون ولا يتماشى مع التطور التكنولوجي الحالي. وعلى الجانب الآخر نلاحظ أن المشرع الأردني قد حاول مجازة التطور التكنولوجي في القطاع المصرفي من خلال تشريع قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ غير أن هذا القانون وإن كان قد نظم بعض مسائل التحويل الإلكتروني للأموال تاركاً الكرة في ملعب البنك المركزي لإصدار التعليمات الخاصة بتنظيم أعمال التحويل الإلكتروني، إلا أنه كقانون لم يتضمن نصوصاً واضحة للقواعد العامة للعقود المنصوص عليها في القانون المدني من تحديد الطبيعة القانونية لعقد التحويل المالي الإلكتروني، وحقوق والتزامات المتعاقدين، بالإضافة إلى الأساس القانوني للمسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، فهل هي مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية؟ وانطلاقاً من ذلك ارتأيت الخوض في هذه الدراسة وبيان نقاط الضعف والتقصير في التشريعات الناظمة لعمليات تحويل الأموال إلكترونياً ومحاولة الوصول إلى نظام قانوني شامل يغطي كافة الجوانب المتعلقة بالتحويل الإلكتروني للأموال.



**منهجية البحث:**

إن المنهج الذي سيعتمده الباحث في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي النقدي، بحيث يتم عرض النصوص القانونية التي تتعلق بعقد التحويل الإلكتروني للاموال وتحليلها وبيان مدى فاعليتها في حماية أطراف العلاقة العقدية. ومن ثم اعتماد المنهج المقارن، بحيث يتم البحث في بعض أحكام القوانين المقارنة التي عالجت هذا الموضوع مثل القانون المصري والعراقي.

**المبحث الأول****ماهية التحويل الإلكتروني للاموال**

إن التطور التكنولوجي والتقني في عصرنا الحاضر دفع بالعديد من القطاعات إلى مواكبة هذا التطور ومحاولة الاستفادة منه قدر الإمكان، ويعتبر القطاع المصرفي وعمليات التحويل المصرفية أحد أهم القطاعات التي واكبت هذا التطور واستفادت منه على المستوى المحلي والدولي، وبات التطور التكنولوجي في العمليات المصرفية أمراً أساسياً لا يمكن الاستغناء عنه، في ظل وجود التنافسية والسرعة في إنجاز المعاملات، ويعتبر التحويل الإلكتروني أحد أشكال التطور التكنولوجي في القطاع المصرفي، وتأتي أهميته من خلال تقديم أفضل وأسرع خدمة للعملاء، بحيث يستطيع العميل تحويل الاموال والوفاء بديونه دونما الحاجة إلى استخدام النقود، ويكفي أن يصدر أمر بتحويل مبلغ معين من حسابه إلى حساب شخص آخر أو جهة معينة، وهذا الأمر يُرتب آثاره القانونية، على اعتبار أنه عقد قانوني يتم بين الشخص الذي يرغب بتحويل الاموال، والجهة التي تقوم بالتحويل، بالإضافة إلى الشخص أو الجهة التي سوف تتسلم المال. ولوقوف على ماهية التحويل الإلكتروني للاموال، ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث من خلالهما: مفهوم التحويل الإلكتروني للاموال في مطلب أول، وصور التحويل الإلكتروني للاموال في مطلب ثان.

**المطلب الأول****مفهوم التحويل الإلكتروني للاموال**

بالرجوع لنصوص قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ و قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ يلاحظ أن المشرع الأردني لم يورد أي تعريف واضح أو صريح لمفهوم التحويل الإلكتروني للاموال، وإنما جاءت نصوص كلا القانونين عامة تتظّم مسائل التحويل الإلكتروني للاموال، وبالرجوع إلى تعليمات البنك المركزي فيما يتعلّق بتحويل الاموال إلكترونياً نجد أيضاً أن هذه التعليمات قد خلّت من أي تعريف أو مفهوم للتحويل الإلكتروني للاموال، وجاءت لتنظّم مسائل التحويل الإلكتروني، وفي الوقت الذي خلا فيه التشريع الأردني من تعريف واضح ومحدد نجد أن كلا من القانون العراقي والقانون المصري قد عرّف التحويل الإلكتروني للاموال في قوانين التجارة الخاصة به، فنصت المادة ٢٥٨ فقرة أولى من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥ على النقل المصرفي بأنه: "عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالنقل بناء على

أمر كتابي منه وفي الجانب الدائن من حساب آخر<sup>(١)</sup>. وقد أخذ المشرع المصري بهذا التعريف، فقد عرّفت المادة ٣٢٩ فقرة أولى من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، النقل المصرفي بأنه: "عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالنقل بناءً على أمر كتابي منه، وفي الجانب الدائن من حساب آخر"<sup>(٢)</sup>.

وقد اعتبر الفقه أن عملية التحويل هي عملية مرتبطة بفكرة الدين، بحيث تقتصر المسألة على نقل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن، بحيث يقوم البنك أو من يقوم مقامه بتقييد هذه الحركة في الحسابين، ومن هنا جاء تعريف الفقه للتحويل المالي على أنه تفرغ حساب شخص يسمى الأمر بناء على طلبه من مبلغ نقدي معين، وقيد هذا المبلغ في الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الأمر نفسه أو شخص آخر يسمى المستفيد<sup>(٣)</sup>. وهناك تعريف آخر للفقه بأنها عملية تقتصر على نقل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن، والبنك هو الذي يقوم بنقل النقود من حساب إلى آخر ويستوفي عمولة مقابل القيام بذلك<sup>(٤)</sup>. كما عرّف الدكتور محمد حسني عباس التحويل المصرفي بأنه: "عملية مصرفية يتم بمقتضاها نقل مبلغ من حساب مصرفي إلى حساب مصرفي آخر، بواسطة قيد المبلغ مرة في الجانب المدين من حساب الأمر بالتحويل، وقيد المبلغ مرة ثانية في الجانب الدائن من الحساب الآخر، وقد يكون الحساب الأخير مفتوحاً باسم نفس الأمر بالتحويل أو باسم عميل آخر، كما أن الحساب الآخر قد يكون في نفس البنك أو في بنك آخر"<sup>(٥)</sup>.

ويلاحظ على هذه التعاريف أنها اعتمدت على أن يكون هناك حسابان، لكي تتم مسألة التحويل المالي، بينما الواقع العملي يفيد بأنه قد تتم عملية التحويل المالي دونما الحاجة إلى وجود حسابين للأمر والمستفيد، كما هو الحال في الحوالات المصرفية الفورية، بحيث يقوم الأمر بدفع مبلغ الحوالة لصندوق البنك أو محل الصرافة، الذي يقوم بصرف ما يعادل قيمتها للمستفيد وبشكل نقدي ودونما الحاجة إلى وجود حسابين.

وهناك تعريف آخر للتحويل المالي هو أقرب ما يكون إلى الواقع بحيث لا يشترط أن يكون هناك حسابان للأمر والمستفيد، وإنما أن يتم إجراء عملية التحويل المالي بنقل مبلغ معين من الأمر إلى المستفيد، وهذا ما جاء به التشريع الأمريكي وتحديداً التشريع التجاري الموحد الأمريكي، بحيث عرّف التحويل المالي بأنه مجموعة من الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر عن المصدر بهدف الدفع للمستفيد من الأمر، ويشمل ذلك أي أمر صادر عن بنك الأمر أو البنك الوسيط يهدف إلى تنفيذ أمر الأمر بالتحويل، ويتم النقل بقبول بنك المستفيد دفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبين في الأمر<sup>(٦)</sup>. كما نجد أن القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال (Model

(١) قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥

(٢) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

(٣) الشقيرات، طارق محمد عودة الله، مسؤولية البنوك في التحويل الإلكتروني للأموال دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ص ٦. نقلاً عن عوض، علي جمال الدين، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٧١ (٤) الرضي، مؤنس إحسان، الجوانب القانونية لعملية التحويل الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك ص ٤. نقلاً عن مصطفى

كمال طه. الوجيز في القانون التجاري. منشأة المعارف. الإسكندرية ١٩٧٣، ص ٣٨٨

(٥) كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة العربية الأمريكية-

جنين ص ٦. نقلاً عن عباس، محمد حسني، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٣٣

(٦) ذواية، محمد عمر أحمد، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، ص ٩

Article 4A-104 of the UCC (Uniform Commercial Code)

التحويل المصرفي بأنه مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر عن الأمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد، ويشمل التعريف أي أمر دفع صادر عن بنك الأمر أو أي بنك وسيط يهدف إلى تنفيذ أمر الدفع الصادر عن الأمر<sup>(١)</sup>.

مما سبق يمكننا استخلاص تعريف محدد لمفهوم التحويل المالي بحيث يمكن القول إنه عبارة عن اتفاق أو عقد بين الأمر بالتحويل والبنك أو الجهة الوسيطة بنقل المبلغ المالي وذلك بموجب أمر خطي صادر من الأمر يتضمن مطالبة البنك بنقل مبلغ معين من حساب الأمر أو يدفعه الأمر بشكل نقدي إلى صندوق البنك ويطلب بموجبه نقل هذا المبلغ إلى المستفيد مقابل عمولة يتقاضاها البنك أو الجهة الوسيطة بنقل المبلغ. فالتحويل المالي هو عبارة عن عقد ارتباط الإيجاب الصادر عن الأمر بقبول البنك أو جهة التحويل بنقل مبلغ معين، بحيث يرتب التزام لكل منهما بما وجب عليه من الآخر.

ولا يختلف عقد التحويل المالي التقليدي عن عقد التحويل المالي الإلكتروني سوى أن الأخير يتم بوسائل إلكترونية تسهم في إنشاء العقد وتنفيذه، فدخل العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات والتطور التقني الذي شكّل ثورة علمية في هذا المجال، دفع بالبنوك وجهات التحويل المالي إلى مواكبة هذا التطور، لما فيه من سرعة في إنجاز المعاملات وقلة التكلفة، فأصبحت البنوك تعتمد الجانب التكنولوجي في إنجاز معاملاتها وخدماتها البنكية. ويمكن تعريف عقد التحويل المالي الإلكتروني بأنه: " اتفاق أو عقد بين الأمر بالتحويل والبنك أو الجهة الوسيطة بنقل المبلغ المالي، بحيث ينشأ هذا الاتفاق ويتم تنفيذه بإحدى الوسائل الإلكترونية وذلك بموجب أمر خطي صادر من الأمر يتضمن مطالبة البنك بنقل مبلغ معين من حساب الأمر أو يدفعه الأمر بشكل نقدي أو من خلال وسيلة إلكترونية إلى صندوق البنك ويطلب بموجبه نقل هذا المبلغ إلى المستفيد مقابل عمولة يتقاضاها البنك أو الجهة الوسيطة بنقل المبلغ". وهذا ما جاء به قانون تحويل الأموال الإلكترونية الأمريكي حيث عرّف عقد التحويل المالي الإلكتروني بأنه: " أي عملية تحويل للأموال تبدأ أو تنفذ من خلال وسيلة إلكترونية كالهاتف، الحاسوب أو شريط مغناطيسي بهدف أمر أو توجيه أو تفويض منشأة مالية بإجراء قيد دائن أو مدين في الحساب. والاتصال الإلكتروني هو الرسالة المرسلّة إلكترونياً بين العميل والمنشأة المالية بصورة تسمح بعرض ورؤية النص بواسطة وسيلة عرض كشاشة الحاسوب الشخصي<sup>(٢)</sup> ) ومن خلال هذا التعريف التشريعي نلاحظ أنه حتى نكون أمام تحويل مالي إلكتروني لابد أن يتم هذا التحويل باستخدام وسيلة إلكترونية تكون قادرة عن إيصال النص أو عبارة التحويل إلكترونياً من الأمر إلى المنشأة المالية، وبذات الوقت تنفيذ التحويل إلكترونياً من المنشأة المالية للمستفيد.

وإذا كان عقد التحويل المالي التقليدي يرتب أثره القانوني عند ارتباط الإيجاب الصادر عن الأمر بقبول البنك أو المنشأة المالية في مجلس عقد واحد، إلا أن عقد التحويل المالي الإلكتروني يمكن أن يرتب أثره القانوني دون أن يكون طرفا العقد في مجلس عقد واحد ويكفي أن ينعقد العقد باستخدام وسيلة إلكترونية للاتصال، فعلى سبيل المثال، يكفي أن يقوم الأمر بإصدار الأمر من خلال رسالة بريد إلكترونية إلى البنك أو المنشأة المالية، يُطالب

(١) ذوابة، محمد عمر أحمد، مرجع سابق، ص ٩

Article 2-a of the UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers, 1992

Article 4A-104 of the U.C. C. (Uniform Commercial Code)<sup>(٢)</sup>

فيها البنك بقيد مبلغ معين لحساب المستفيد، وفي المقابل يقوم البنك بإيجاب الأمر من خلال تنفيذ التحويل المالي، وقد يقوم البنك بقبول طلب الأمر من خلال الرد عليه برسالة إلكترونية مضمونها أنه تم قبول طلبك بإصدار التحويل أو أنه تم تنفيذ التحويل المالي.

## المطلب الثاني

### صور وأشكال التحويل الإلكتروني للأموال

لقد أشرنا سابقاً إلى أن التحويل الإلكتروني للأموال عبارة عن عقد يتم بموجبه نقل مبلغ مالي وذلك من خلال قيده في الجانب المدين لحساب الأمر وفي الجانب الدائن لحساب المستفيد، وقد تتعدد صور التحويل الإلكتروني للأموال تبعاً لتعدد البنوك التي تتدخل في عملية تنفيذ التحويل، كما قد تتعدد أيضاً تبعاً لسرعة التحويل، أو بحسب المستفيد وفيما يلي نوضح كل صورة على حدة:

#### الصورة الأولى: التحويل الإلكتروني بحسب البنوك المتدخلة في العقد:

قد يتم التحويل الإلكتروني من خلال بنك واحد أو بنكين أو ثلاثة، فعندما تتم عملية التحويل الإلكتروني من خلال بنك واحد، بحيث يكون التحويل بين حسابين في نفس البنك، نكون أمام تحويل إلكتروني بسيط، ففي هذه الحالة يصدر الأمر أمراً بنقل مبلغ معين من حسابه في البنك إلى حساب المستفيد في نفس البنك. وهنا يقوم البنك بقيد مبلغ التحويل من حساب الأمر وإضافته إلى حساب المستفيد، سواء كان الأمر نفسه هو المستفيد أو كان هناك مستفيد آخر، فعملية التحويل بشكلها البسيط تمر في ثلاث مراحل هي مرحلة إصدار الأمر طلب التحويل، ومرحلة قيد مبلغ التحويل من حساب الأمر والمرحلة الأخيرة هي مرحلة إيداع مبلغ التحويل لحساب المستفيد. ويستوي أن يتم التحويل في فرع واحد أو في فرعين لذات البنك، فالفروع لا تعتبر شخصيات قانونية مستقلة عن المركز الرئيسي للبنك، وإنما هي جميعها تشكل ذات البنك. ويعتبر التحويل الإلكتروني البسيط من أسرع الحوالات وأبسطها، فالبنك يقوم بهذه العملية بشكل فردي دونما الحاجة إلى تدخل بنوك أخرى.

وقد يتم التحويل الإلكتروني بتدخل بنكين، وهو ما يسمى بالتحويل الإلكتروني الثنائي وفي هذه الحالة يصدر الأمر أمراً بتحويل مبلغ معين من حسابه لدى البنك إلى حساب المستفيد لدى بنك آخر، سواء كان المستفيد هو الأمر نفسه أو شخصاً آخر، وهنا يقوم بنك الأمر بخصم مبلغ التحويل من حساب الأمر ومخاطبة بنك المستفيد لإيداع التحويل في حسابه، وبعد إتمام عملية التحويل يقوم البنكان بتسوية عملية التحويل فيما بينهما وذلك من خلال غرفة المقاصة أو من خلال القيد الحسابي في السجلات إذا كان لكل بنك حساب لدى البنك الآخر، أو قد تتم التسوية عن طريق بنك ثالث، يحتفظ كلا البنكين بحسابات لديه.

وقد يتم التحويل الإلكتروني بتدخل ثلاثة بنوك، وهو ما يعرف باسم التحويل الإلكتروني المربك، وفي هذه الحالة يقوم الأمر بإصدار أمر لبنكه بتحويل مبلغ معين من حسابه لدى البنك إلى حساب المستفيد لدى بنك آخر. ونتيجة لعدم وجود علاقة مصرفية بين بنك الأمر وبنك المستفيد، فهنا يلجأ بنك الأمر إلى التعامل مع بنك وسيط يرتبط معه بعلاقة مصرفية، كما يرتبط هذا البنك الوسيط بعلاقة مصرفية مع بنك المستفيد. وهنا يقوم بنك الأمر بقيد مبلغ التحويل من حساب الأمر، وإيداعه في حساب البنك الوسيط، وهنا يقوم البنك الوسيط بقيد مبلغ التحويل من حساب صندوقه وإيداع المبلغ في حساب صندوق بنك المستفيد، وبعد ذلك يقوم بنك المستفيد بقيد المبلغ من حساب

صندوقه وإيداعه لدى حساب المستفيد في ذات البنك، وفي كل مرحلة من مراحل التحويل يتم إشعار البنك الذي تم قيد المبلغ لديه بأن عملية التحويل هذه قد تم قيدها من حساب الأمر إلى حساب المستفيد. وقد تتم هذه العملية بين عدة بنوك في دولة واحدة أو بين عدة بنوك في دول متعددة<sup>(١)</sup>.

#### الصورة الثانية: التحويل الإلكتروني بحسب سرعة التحويل

هناك ثلاث طرق للتحويل المالي بحسب سرعة التحويل، فقد كانت التحويلات المالية في الماضي تتم بالطريقة التقليدية لنقل الأموال أو الطريقة العادية، وكانت هذه الطريقة تحتاج إلى وقت طويل لتنفيذها يمتد إلى أيام وأسابيع، وذلك من خلال الرسائل البريدية بإصدار أمر التحويل إلى بنك المستفيد، أو من خلال نظام السويفت وهو نظام متخصص لتنفيذ الحوالات البنكية يعتمد على تسلسل الأرقام في ترتيب الحوالات، وكانت عمولة البنك في هذه الطريقة قليلة.

أما الطريقة الثانية للتحويل فهي الطريقة المستعجلة، وهي نفس الطريقة العادية ولكنها تتضمن صفة الاستعجال ويتم الإشارة إلى ذلك من خلال وضع ملاحظة على قيد التحويل يبين صفة الاستعجال لهذه الحوالة، بحيث يقوم بنك المستفيد بإعطاء الأولوية لهذه الحوالة على الحوالات الأخرى. كما تعتبر هذه الطريقة أكثر تكلفة بالمقارنة مع الطريقة العادية.

وأخيراً الطريقة الثالثة للتحويل المالي هي الطريقة السريعة، بحيث لا يحتاج تنفيذ التحويل إلى وقت طويل، ذلك أن هذه الطريقة من الحوالات تحتاج إلى شركات متخصصة في تنفيذها، تملك شبكة واسعة من الوكلاء في جميع أنحاء العالم وجميعها تدرج تحت شبكة اتصال واحدة تخص هذه الشركة. إذ بمجرد قيد الحوالة من حساب أمر التحويل، يستطيع المستفيد تسلم الحوالة خلال فترة بسيطة لا تتجاوز الدقائق من إصدار أمر التحويل. وتكلفة هذا النوع من الحوالات باهظة بالمقارنة مع الحوالات العادية، والحوالات المستعجلة.

#### الصورة الثالثة: التحويل المالي الإلكتروني بحسب المستفيد:

لقد ذكرنا سابقاً أن التحويل بحسب المستفيد ينقسم إلى صورتين، الصورة الأولى تكون حين يقوم الأمر بالتحويل بإصدار أمر التحويل لنفسه، بحيث يكون هو المستفيد داخل ذات البنك مُصدر التحويل، وذلك لحسابين منفصلين أو لبنك آخر يوجد فيه حساب له، وفي هذا الصورة يُصدر أمر التحويل طلباً للبنك لقيد مبلغ معين من حسابه في البنك مُصدر التحويل إلى حساب آخر له في ذات البنك، أو قد يكون أمر التحويل من حسابه لدى البنك مُصدر التحويل إلى حساب آخر لديه في بنك آخر. ففي هذه الصورة يكون طرفاً عقد التحويل المالي هو أمر التحويل الذي هو ذاته المستفيد والطرف الآخر هو البنك. أما الصورة الثانية للتحويل المالي فهي عندما يُصدر أمر التحويل طلباً للبنك لقيد مبلغ من حسابه إلى حساب شخص آخر هو المستفيد، وإما أن يكون حساب المستفيد في ذات البنك أو يكون في بنك آخر.

(١) الشقيرات، طارق محمد عودة الله، مسؤولية البنوك في التحويل الإلكتروني للأموال دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ص ٩. نقلاً عن بو ذياب، سلمان. النقل المصرفي في عمليات التحويل الداخلي والخارجي، دراسة مقارنة في التشريعين اللبناني والفرنسي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٤٨.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للتحويل الإلكتروني للأموال

إن التصرف الذي يقوم به الأمر من طلب قيد مبلغ مالي من حسابه وتحويله إلى حساب المستفيد، هو تصرف قانوني ناتج عن علاقة عقدية، أساسها عقد التحويل المالي، وللمبحث في هذه العلاقة العقدية فإن مردنا إلى القانون التجاري باعتباره علاقة تجارية، وفي حال عدم وجود نصوص كافية تضيي التكييف القانوني المناسب في القانون التجاري، فلا بد لنا من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، ولذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، ندرس من خلال المطلب الأول الطبيعة القانونية لعقد التحويل الإلكتروني للأموال وفقاً لقواعد القانون التجاري. وفي المطلب الثاني نبحث في الطبيعة القانونية لعقد التحويل الإلكتروني للأموال وفقاً لقواعد القانون المدني.

#### المطلب الأول

##### الطبيعة القانونية لعقد التحويل الإلكتروني للأموال وفقاً لقواعد القانون التجاري الأردني

إن الباحث في قانون التجارة الأردني يرى أن هناك قصورا تشريعيا في تحديد وتكييف الطبيعة القانونية لعملية التحويل المالي التقليدي بشكل عام والإلكتروني بشكل خاص، وهذا الأمر دفع بالعديد من الفقهاء إلى تحديد هذه الطبيعة القانونية وسبر أعماقها، لذلك نرى وجود نظريات حاولت التصدي لطبيعة هذه العلاقة العقدية وإضفاء التكييف القانوني المناسب لها وذلك على النحو التالي:

##### أولاً: اعتبار العقد أقرب ما يكون لعقد النقل:

لقد اعتبر بعضهم أن عقد التحويل المالي هو شبيه بعقد النقل التجاري، فعقد النقل عبارة عن عقد يلتزم بموجبه شخص يطلق عليه أمين النقل، بنقل أشياء أو أشخاص من جهة إلى أخرى بواسطة أداة نقل مقابل أجر، فكل من العقدين يرتب التزاماً بنقل الشيء محل العقد من مكان إلى آخر، بالإضافة إلى أن العقدين هما من عقود المعاوضة. إلا أنه لا يمكن أخذ هذا الأمر على إطلاقه، فبالرغم من أن عقد النقل يقوم بنقل الشيء محل العقد وعادةً ما يكون شيئاً مادياً ملموساً بحيث يتم نقله من مكان إلى آخر وذلك مقابل عوض، إلا أن عقد التحويل المالي لا يقوم على نقل النقود من الأمر إلى المستفيد، وإنما يلجأ البنك إلى دفع ما يعادل قيمة النقود التي قام الأمر بتحويلها إلى المستفيد وذلك من خلال قيد قيمة المبلغ من حساب الأمر كمدين وقيداً في حساب المستفيد كدائن وذلك من خلال عملية المقاصة بين الحسابين<sup>(١)</sup>.

##### ثانياً: اعتبار عقد التحويل المالي عقداً مركباً:

يرى الفقيه الفرنسي هامل أن عقد التحويل المالي هو عبارة عن عملية مركبة من ثلاث مراحل، بحيث يقوم الأمر في المرحلة الأولى بتقديم طلب للبنك لقيد مبلغ التحويل من حسابه لحساب المستفيد، والمرحلة الثانية تتم من خلال قيد البنك لمبلغ التحويل من حساب الأمر لحساب المستفيد، وفي المرحلة الثالثة يتم إيداع المبلغ بحساب

(١) كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جنين- فلسطين، ٢٠١١ ص ٣٠. نقلاً عن يونس، علي حسن، العقود التجارية، دار الفكر العربي، دون ذكر سنة النشر، ص ١٩٤



المستفيد. وقد وجه لهذه النظرية نقد استند في أساسه على الاصطناع، وذلك نظراً لصعوبة تصور تجزئة العملية وخاصة العنصرين الأخيرين رغم اندماجهما معاً، حيث يتم التحويل المصرفي وينشأ حق المستفيد بعمل واحد هو قيد المبلغ في حساب المستفيد، ذلك أن المستفيد لا يقبض شيئاً ولا ينشأ حقه إلا عندما يتم القيد الفعلي في حسابه.<sup>(١)</sup>

### ثالثاً: نظرية قيد الأموال:

وتستمد هذه النظرية أصولها من العرف المصرفي والمفهوم الاقتصادي للنقود القيدية، وتقوم هذه النظرية على مبدأ قيد النقود لتحريكها بين الحسابات تنفيذاً لشروط وقواعد فتح الحسابات، وذلك باعتبارها نقوداً قيدية لا تختلف عن النقود العادية إلا من حيث طبيعتها، وبما أن النقود العادية يتم تداولها بالمناولة والتسليم، فإن النقود القيدية يتم تداولها بالتحويل من خلال قيود الحسابات، فقيد المبلغ المطلوب تحويله في حساب المستفيد يرتب ذات الآثار التي تترتب على تداول النقود يدوياً.

وقد أخذ القضاء العربي بهذه النظرية فجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن أوامر تحويل الأموال التي يوجهها العملاء للبنوك وتنفيذها لا تعتبر عقوداً، وبالتالي لا تخضع لضريبة الدمغة على اتساع الورق، مؤيدة بذلك ما ذهب إليه المحكمة الابتدائية من اعتبار عملية التحويل المصرفي تجري داخل جدران المصرف ويحكمها الفن المصرفي وقواعد الحساب المزدوج ولا تعتبر في الواقع عمليات رضائية بالمعنى المقصود، لأن قيام البنك بتنفيذ أمر التحويل هو التزام عليه ومكلف به، وعمليات تحويل الأموال عمليات شكلية تتولد عن فتح الحساب وتتطلبها الضرورات المصرفية بوصفها وسيلة للوفاء.<sup>(٢)</sup>

إن الباحث في هذه النظريات يلاحظ أنها جميعاً تعاملت مع عملية التحويل المالي على أساس أنها عملية مصرفية ولم يحدد الطبيعة القانونية التي تنشأ بين أطراف هذه العملية، فالتحويل المصرفي هو عبارة عن تصرف قانوني ينشأ في ذمة أطرافه التزامات متقابلة ومصدر هذه الالتزامات هو العقد، وبالتالي فإن التكليف القانوني لعملية التحويل المالي هو العقد، فهناك علاقة عقدية نشأت بين طرفين متعاقدين فقط، وقد عبّر عن إرادتهما من خلال الإيجاب الصادر من الأمر بقبول صادر عن البنك، ذلك أن التعاقد قد نشأ بينهما فقط دون تدخل طرف ثالث، وبالتالي فإن المستفيد لا يعتبر طرفاً في العقد وإنما هو من الغير بالنسبة له.

والملاحظ أن النظريات التي اعتبرت أن عملية التحويل المالي هي عملية مصرفية، لم تراعى أن هذه العملية هي عبارة عن عقد ناشئ عن علاقة تعاقدية بين الأمر والبنك فقط، فيلاحظ أنها جعلت المستفيد أحد أطراف هذه العلاقة عند تكييفها للطبيعة القانونية لهذه العملية، وقد افترضت أن للمستفيد إرادة تدور وجوداً وعدمياً مع إرادة كل من الأمر والبنك، وهذا الأمر بالنتيجة هو مخالف لطبيعة العقد الذي نشأ بين طرفيه وأن هذا العقد لا يرتب أي التزام قانوني على المستفيد تجاه الأمر والبنك. وللخروج من هذا المأزق، ظهرت عدة آراء للفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقد التحويل المالي وفقاً لقواعد القانون المدني، وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

(١) نوابه، محمد عمر أحمد، مرجع سابق ص ٢١ نقلاً عن مراد منير فهمي، القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٠٤،

وللتفصيل في هذه النظرية ونقدها انظر: سلمان بو نيا، النقل المصرفي، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٥، ص ١٦٥ وما بعدها. ثروت بعد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٠٥١. سميحة القلوبى، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٥٧

(٢) الشقيرات، طارق محمد عودة الله، مرجع سابق، ص ٣٠، نقلاً عن القيلوبي سميحة، مرجع سابق ص ٣٢٥.



## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية لعقد التحويل الإلكتروني للأموال وفقاً لقواعد القانون المدني

يلاحظ أن قانون التجارة الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية وتعليمات البنك المركزي قد عجزت عن تحديد الطبيعة القانونية لعملية التحويل المالي التقليدي أو الإلكتروني، كما نلاحظ عجز النظريات الفقهية عن تكييف العلاقة القانونية لعملية التحويل المالي وفقاً لقانون التجارة، وحتى نكون أمام دراسة شاملة ومتكاملة، لا بد لنا من دراسة الطبيعة القانونية لعملية التحويل المالي من خلال نصوص القانون المدني، وفي هذا المجال نرى وجود أربع نظريات حاولت إضفاء التكييف القانوني على عملية التحويل المالي وهي على النحو التالي:

#### أولاً: نظرية حوالة الحق:

لم يأخذ القانون المدني الأردني بحوالة الحق، وإنما تأثر بالفقه الإسلامي آخذاً بحوالة الدين، حيث نصت المادة ٩٩٣ من القانون المدني على: "الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"<sup>(١)</sup>. وبتطبيق أحكام حوالة الدين على عقد التحويل المالي يكون الأمر هو المحيل والمستفيد هو المحال له والبنك هو المحال عليه، وبالتالي يكون البنك هو المدين للمستفيد بدلاً من المدين الأصلي الأمر، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، إن عقد الحوالة يشترط لصحته رضا أطرافه الثلاثة، بينما يكفي لإتمام عقد التحويل المالي رضا كل من الأمر والبنك، دونما الحاجة إلى موافقة المستفيد. بالإضافة إلى ذلك فإن عقد الحوالة يشترط أن يكون المحيل مديناً للمحال له، على اعتبار أن أساس عقد الحوالة هو الدين، بينما نرى أن هذا الشرط ليس بالضرورة أن يكون في عقد التحويل المالي. وبالتالي يمكننا القول: إن عقد الحوالة يختلف اختلافاً بيناً عن عقد التحويل المالي، مما يؤدي بالنتيجة إلى تعذر تطبيق أحكامه على عقد التحويل المالي.

#### ثانياً: نظرية الإنابة:

لم يأخذ القانون المدني الأردني بنظرية الإنابة في الوفاء، التي هي على أساس علاقة المديونية بين المدين المُنيب (الأمر) والدائن المناب لديه (المستفيد)، بحيث يتم نقل الالتزام من ذمة المدين إلى ذمة البنك ويصبح البنك في هذه الحالة هو المدين الجديد، مما يترتب على ذلك انقضاء الدين بمواجهة المدين المنيب (الأمر) ونشوء دين جديد بذمة البنك بمواجهة المستفيد، وهذا يخالف واقع وطبيعة عقد التحويل المالي، الذي قد ينشأ دون وجود علاقة مديونية بين الأمر والمستفيد. هذا وقد تعرّضت هذه النظرية للنقد، لأنها تعمل على نقل الالتزام من ذمة الأمر بالتحويل إلى ذمة البنك، بينما مركز البنك في عقد التحويل المصرفي يختلف عن مركز المناب في الإنابة، فالبنك لا يلتزم تجاه المستفيد بدين عادي بل بالالتزام ناشئ عن وديعة مصرفية تمت لحسابه، وبالتالي يخضع للقواعد التي تحكم الوديعة المصرفية<sup>(٢)</sup>.

(١) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٢) كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جنين - فلسطين، ٢٠١١، ص ٢٥ نقلاً عن عبد المنعم، حمدي، العمليات المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٤٥

**ثالثاً: نظرية الوكالة:**

عقد الوكالة هو عقد يلتزم بموجبه الوكيل بتصرف قانوني باسم موكله ولصالحه، وعند تطبيق أحكام عقد الوكالة على عقد التحويل المالي، فإن الأمر (الموكل) يصدر أمراً إلى البنك (الوكيل) لتنفيذ عملية التحويل، وكأن الأمر يعطي توكيلاً للبنك لتنفيذ عملية التحويل. ويُؤخذ على هذه النظرية أن الوكيل في عقد الوكالة يلتزم بالقيام بتصرف قانوني باسم موكله ولصالحه، وبناء على ذلك يتبين لنا أن عقد الوكالة يتميز بأن محله تصرف قانوني، وأن التصرفات التي يقوم بها الوكيل تكون باسم الموكل ولصالحه، في حين أن البنك في عقد التحويل المصرفي يقوم بعمل مادي وليس قانوني وهو قيد قيمة النقد محل التحويل في الجانب المدين من حساب الأمر بالتحويل وفي الجانب الدائن من حساب المستفيد، والبنك في هذه الحالة يقوم بهذا العمل باسمه بسبب الالتزام الذي يرتبه عليه عقد التحويل المصرفي<sup>(١)</sup> وبذلك يكون البنك قد تجاوز تصرفات الوكيل لو اعتبرنا أن العقد عقد وكالة.

**رابعاً: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير:**

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير عبارة عن عقد يتفق بموجبه شخص مع آخر على أن يؤدي الأخير حقاً معيناً لمصلحة شخص ثالث، فيوجد لدينا ثلاثة أطراف هم المشتراط، المتعهد، المنتفع، وبالتالي فإنه عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين المشتراط والمتعهد يقوم بموجبه المتعهد بأداء حق لمصلحة المنتفع، ولقد نص القانون المدني الأردني على الاشتراط لمصلحة الغير في المادة ٢١٠ التي نصت على: "١. يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد... وفي هذا العقد نلاحظ أن المنتفع ليس طرفاً فيه، غير أنه يكتسب حقاً مباشراً في مواجهة المتعهد، وبذلك نكون أمام تشابه كبير فيما بين عقد الاشتراط لمصلحة الغير وعقد التحويل المالي، فكلا العقدين ينقذ بين طرفين الأمر أو المشتراط وبين البنك أو المتعهد وكليهما يتعاقدان باسميهما على حق أو منفعة لشخص ثالث هو المستفيد أو المنتفع. وبالرغم من التشابه الكبير بين العقدين، إلا أن عقد التحويل المالي استناداً إلى الفقرة الثانية من نص المادة ٢١٠ من القانون المدني سوف يرتب حقاً للمستفيد بمواجهة البنك وذلك قبل قيد مبلغ التحويل في حسابه، كما أن البنك يستطيع الدفع في مواجهة المستفيد بالدفع التي تنشأ عن العقد، وهذا الأمر لا ينسحب على عقد التحويل المالي، كما هو الحال في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وبالتالي فإن الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ تهدم التشابه الذي لاحظناه بين العقدين. ويؤخذ على هذه النظرية أن من آثار عقد الاشتراط لمصلحة الغير أنه لا يجوز للمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ الاشتراط له، وإنما ينفذ الاشتراط لمصلحة المنتفع فقط<sup>(٢)</sup>.

(١) كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جنين- فلسطين، ٢٠١١، ص ٢٧ نقلاً عن ذوابة، محمد عمر أحمد، مرجع سابق ص ٤٣

(٢) كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جنين- فلسطين، ٢٠١١، ص ٢٨. نقلاً عن دواس، أمين رجا رشيد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، رام الله، دون سنة نشر، ص ١٨٨

ويمكننا الوصول إلى الخلاصة التالية: إن عقد التحويل المالي الإلكتروني هو عبارة عن عملية تجارية يتم من خلالها تداول النقود تداولاً قديماً بديلاً للتداول اليدوي للنقود التقليدية، ويتم فيها استخدام الأدوات الإلكترونية لإتمام هذه العملية، وكتكليف قانوني هي عبارة عن عقد خاص مستقل ومتميز عن العقود المذكورة في القانونين المدني والتجاري، له طبيعته وأحكامه الخاصة التي نشأت واستقرت في البيئة المصرفية. وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز بصفتها الحقوقية: " لا يعد ايداع المبلغ لدى شركة الصرافة في الكويت لتحويلها لحساب المميز ضده لدى الشركة الأهلية للصرافة في عمان من قبيل الحوالة المنصوص عليها بالمادة ٩٩٦ من القانون المدني . وإنما عقد تحويل مال من مؤسسة مالية في بلد ما إلى مؤسسة أخرى في بلد آخر تحكمه الأعراف والعادات التجارية بحيث تكون المؤسسة المالية المحول إليها المال ملزمة بأدائه إلى المستفيد عند الطلب أو الوقت المتفق عليه . وحيث إن الشركة الأهلية للصرافة المعلن عن إفلاسها قد تلقت الحوالة فهي ملزمة بأدائها للمميز" (١).

### المبحث الثالث

#### انعقاد عقد التحويل الإلكتروني للأموال والمسؤولية المترتبة على إبرام العقد

كقاعدة عامة في القانون المدني، حتى ينعقد العقد لا بد من توافر أركان الانعقاد، وإن نشوء عقد التحويل الإلكتروني للأموال مستوفياً لشروطه وأركان انعقاده هو الأساس الذي يستند إليه طرفا العقد بتنفيذ التزاماتهم المتقابلة، وعلى العكس تماماً، إن تخلف أحد أركان العقد يؤدي إلى بطلانه. وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في المطلب الأول أركان عقد التحويل الإلكتروني للأموال، ومن ثم ندرس المسؤولية المترتبة على عقد التحويل الإلكتروني للأموال.

#### المطلب الأول

##### أركان عقد التحويل الإلكتروني للأموال

لقد بينا سابقاً أن التشريع التجاري الأردني جاء خالياً من تنظيم عقد التحويل الإلكتروني للأموال، فلم يتم تنظيم أركان هذا العقد أو تحديد شروط انعقاده، وكقاعدة عامة في المسائل التي لا يوجد فيها نص في قانون التجارة الأردني، لا بد من الإحالة إلى القواعد العامة في القانون المدني، وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني، نلاحظ أنه لا بد من توافر ثلاثة أركان لانعقاد العقد وهي التراضي، والمحل، والسبب. وسنبحث في هذا المطلب كل ركن على حدة.

#### التراضي:

تقوم العقود على توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني في المعقود عليه، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٧ من القانون المدني: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"، وبالتالي فلا بد من تطابق الإيجاب الصادر عن أحد العاقدين بالقبول المعلن من العاقد الآخر، فنحن نتكلم عن تلاقي إرادة المتعاقدين على إحداث أثر قانوني

(١) انظر قرار تمييز حقوق رقم ١٣٧٨/١٩٩٢، الصادر بتاريخ ٠٨/٠٣/١٩٩٣، برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين

يقصدانه من العقد، فيتحقق الرضا بتوافق الإرادتين وبمطابقة القبول بالإيجاب وهو ما عرفته المادة ٩١ من القانون المدني: "كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول". فالإيجاب هو التعبير الصادر من أحد العاقدين والمتضمن رغبته بالتعاقد، والقبول هو تلاقي إرادة المتعاقد الآخر بالموافقة على التعاقد. ووجود التراضي وحده لا يكفي لتمام هذا الركن، وإنما لا بد أن يكون التراضي صحيحاً خالياً من عيوب الرضا، صادراً عن ذي أهلية تخول صاحبها إبرام العقود.

وبالحديث عن عقد التحويل الإلكتروني للاموال، فإن الإيجاب عادةً يصدر من الأمر بالتحويل ويتبعه بعد ذلك قبول البنك، فالإيجاب في عقد التحويل الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم ذلك من خلال شبكة دولية للاتصالات وبوسيلة مسموعة أو مرئية، ويجب أن يتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد. ومن هنا يتبين أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي سوى أنه يتم بوسيلة إلكترونية، وإن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لم يحدد اللغة التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب وبالتالي يستطيع الأطراف اختيار اللغة التي يريدونها للتعاقد وذلك وفقاً للقواعد العامة التي لم تضع أي شروط على لغة العقد<sup>(١)</sup>. ويجب أن يكون الإيجاب باتاً ومعبّراً عن إرادة نهائية وغير معلق على شرط، لانه إذا كان كذلك فإنه يعتبر دعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً بالمعنى الصحيح. والغالب في عقد التحويل الإلكتروني أن الإيجاب يصدر عن الأمر بالتحويل لأنه هو الذي يحدد قيمة المبلغ المطلوب تحويله وهو الذي يحدد اسم المستفيد، أما البنك وإن عرض خدمة التحويل المالي وبيّن العمولة التي يتقاضاها، فإن هذا العرض لا يعتبر إيجاباً، لأن الأصل في الإيجاب كما ذكرنا أن يتضمن كافة العناصر الجوهرية لهذا العقد، وبالتالي فإن قيام البنك بهذا العرض أو الإعلان يعد دعوة للتعاقد. وهذا ما أكدته نص المادة ٩٤ من القانون المدني: "أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعد عن الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض"<sup>(٢)</sup>. غير أنه من الممكن أن يصدر الإيجاب عن البنك وذلك في حالة أن يقوم بعرض جميع العناصر الجوهرية في العقد عند إصدار الإيجاب، كأن يقوم بإعلام الأمر بأنه يرغب بتحويل مبلغ من المال من حسابه الدائن إلى حساب آخر له مدين، أو لسداد قسط على الأمر، فيعدّ هذا الإعلام إيجاباً صادراً عن البنك.

في حال صدور الإيجاب المتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد وتوجيهه للطرف الآخر، فإن على الطرف الآخر، القبول أو التوصل من الإيجاب. فالقبول هو عبارة عن التعبير الصادر عن الشخص الموجّه إليه الإيجاب في إبرام العقد بالموافقة أو الرفض. وقد نصت المادة ٩٣ من القانون المدني على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي". ويلاحظ أن المشرع الأردني من خلال هذا النص لم يقيّد أطراف عقد التحويل المالي بطريقة محددة للتعبير عن الإرادة، ومرد هذا الإطلاق هو عدم وجود نصوص خاصة تنظم انعقاد عقد التحويل المالي، مما يرجعنا إلى القواعد العامة لانعقاد العقود الواردة في القانون المدني، وهذا التوجه من المشرع الأردني يختلف عما سار عليه المشرع العراقي (في المادة ١/٢٥٨ من قانون التجارة)

(١) الربضي، مؤنس إحسان، الجوانب القانونية لعملية التحويل الإلكتروني للاموال، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، ٢٠١٢، ص ١٣ نقلاً عن خالد صبري، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية. ٢٠٠٩.

(٢) كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة العربية الأمريكية-

والمشرع المصري (في المادة ١/٣٢٩ من قانون التجارة) حيث اشترطاً أن يكون التحويل المصرفي بناء على أمر كتابي من الأمر، واستناداً لهذين النصين ذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار أن عقد التحويل المصرفي تصرف قانوني شكلي اشترط المشرع فيه شكلية معينة يستلزم مراعاتها، واعتبر أصحاب هذا الرأي أن الكتابة في العقد هي شرط من شروط انعقاد عقد التحويل المصرفي<sup>(١)</sup>.

إن الواقع العملي في عقد التحويل الإلكتروني للأموال، أنه بمجرد إصدار الإيجاب من طرف الأمر بالتحويل، فإن قبول البنك هو قبول مفترض، بمعنى أن الإيجاب الصادر من الأمر لا يحتاج إلى قبول مباشر من البنك، ذلك أن البنك ملزم بتنفيذ عملية التحويل استناداً إلى عقود فتح الحسابات التي من خلالها يقدم البنك خدمة التحويل المالي الإلكتروني لعملائه، وسكوت البنك في هذه الحالة يعتبر قبولاً، سنداً لنص المادة ٩٥ من القانون المدني التي تنص على:

- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، ويعتبر قبولاً.
  - يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه". ولكن هل يمكن تطبيق نص المادة سالفة الذكر فيما لو كان الإيجاب صادراً عن البنك، فهل يعتبر سكوت الأمر قبولاً بإجراء هذا التحويل؟ كأن يقوم البنك بإصدار الإيجاب لعميله بأنه سيتم قيد مبلغ معين من حسابه الدائن، إلى حسابه المدين.
- لقد اتجه العرف المصرفي على أن إجراء مثل هذه القيود المصرفية بين الحسابات، دون الحاجة إلى صدور قبول من العميل، وسندهم القانوني في ذلك التفويض الموقّع من العميل عند فتح الحساب، بحيث يفوض البنك بإجراء أي تحويل داخلي بين حساباته إذا كان دائناً في حساب ومدين في حساب آخر.

#### المحل:

يعتبر المحل هو الركن الثاني من أركان العقد، وقد اشترط القانون المدني الأردني أن يكون لكل عقد محل، فقد نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني على: "يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه" وهذا ما جاء به المشرع العراقي حيث نصت المادة ١٢٦ من القانون المدني العراقي على: "لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالاً عينياً كان أو دينياً أو منفعة، أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل"<sup>(٢)</sup>.

وقد ميّز الفقهاء بين محل الالتزام ومحل العقد، فمحل الالتزام هو ما يلتزم به المدين من نقل حق عيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل ويشترط أن يكون محل الالتزام موجوداً أو ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأخيراً أن يكون مشروعاً. أما محل العقد، فهو العملية القانونية المراد تحقيقها منه، ويشترط فيه شرط واحد هو أن يكون مشروعاً.

إن عملية التحويل الإلكتروني للأموال تعتبر من العمليات المالية التي يكون فيها محل العقد مالاً، ويجب أن يكون المال معيناً بمقداره ونوعه. وقد يكون المال محل العقد غير مشروع، كأن يكون مزوراً، فمحل العقد هنا غير

(١) ذواية، محمد عمر أحمد، مرجع سابق ص ٥، نقلاً عن عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٤

(٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

مشروع فهو مال مزور ولا يصلح لأن يكون محلاً لعقد التحويل المالي، وبالتالي فإن هذا العقد يعتبر باطلاً لانتفاء محله بسبب عدم مشروعيته.

أما محل الالتزام في عقد التحويل المالي الإلكتروني عبارة عن التزام البنك بالقيام بعمل، وهو قيد قيمة الحوالة من حساب الأمر إلى حساب المستفيد، فلا بد أن يكون هذا العمل ممكناً بالنسبة للبنك، وإن عدم إمكانية قيام البنك بهذا العمل يؤدي إلى بطلان العقد الناشئ عن الاستحالة، وهنا لا بد أن تكون الاستحالة مطلقة وليست نسبية. أما بالنسبة لأن يكون محل الالتزام في عقد التحويل المالي الإلكتروني قابلاً للتعين، بمعنى أن يكون المبلغ المراد تحويله محددًا، كما يتعين تحديد اسم المستفيد، ذلك أن تخلف أحد هذه الشروط يؤدي إلى بطلان عقد التحويل المالي الإلكتروني.

### السبب:

لقد اشترط القانون المدني الأردني توافر السبب في العقود، ولا بد أن يكون السبب صحيحاً ومباحاً، وإن غياب السبب يؤدي إلى عدم صحة العقد. وقد ميّز المشرع الأردني بين سبب الالتزام وسبب العقد. فنصت المادة ١٦٥ من القانون المدني الأردني على:

- إن سبب الالتزام هو الغرض المباشر المقصود من العقد.
- يجب أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب". فلا بد لسبب الالتزام أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً ومشروعاً. وفي الحديث عن سبب العقد فقد نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني على:

• لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه.

• ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

فسبب العقد هو الدافع الباعث على التعاقد، ويشترط في ذلك أن يكون السبب مشروعاً. والسبب في عقد التحويل المالي الإلكتروني هو الدافع الباعث لإصدار أمر التحويل، ولا تشترط البنوك ذكر السبب في أمر التحويل، وإنما يُترك السبب لرغبة العميل في إبدائه، والبنك غير ملزم بالتحري عن سبب التحويل، فهي مسألة تخص الأمر والمستفيد، طالما كان السبب صحيحاً ومشروعاً، وبالتالي يترتب على عدم توافر هذا الشرط بطلان عقد التحويل المالي الإلكتروني، كأن يكون سبب التحويل دفعة من ثمن صفقة مخدرات، أو غسل أموال، فتجارة المخدرات وغسل الأموال هو سبب غير مشروع ومخالف للنظام العام والآداب وبالتالي يكون بطلان العقد، هذا وقد صدر حديثاً تعليمات من خلال البنك المركزي لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، أكدت على الجهة مصدرة التحويل أخذ كافة البيانات اللازمة من أمر التحويل لغرض مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وقد نصت المادة ٨ من هذه التعليمات رقم ٢٠١٨/٧٠ الخاصة بشركات الصرافة على: "أ. يتوجب على الشركة عند إصدار الحوالة الحصول على معلومات من طالب إصدار الحوالة تشمل: اسم طالب إصدار الحوالة كاملاً، الجنسية، الغرض من التحويل، واسم المستفيد كاملاً، العلاقة ما بين طالب إصدار الحوالة والمستفيد منها، وعنوان كل منهما، وتصريح من طالب إصدار الحوالة بأنه المصدر الحقيقي لها، الرقم الوطني ورقم جواز السفر لغير الأردنيين، أو رقم أي



وثيقة معتمدة من قبل الجهات المختصة لهذه الغاية، وضرورة التحقق من دقة هذه المعلومات بالإضافة إلى اتخاذ إجراءات العناية الواجبة الواردة في المادة ٤ من هذه التعليمات...<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### المسؤولية المترتبة على إبرام عقد التحويل الإلكتروني

إن اعتبار عقد التحويل الإلكتروني للأموال عقداً بالمعنى القانوني يربط المسؤولية القانونية على أطراف هذا العقد، وحيث إن أطراف العقد هم الأمر والبنك أو المؤسسة المالية، فإن هناك مسؤولية عقدية تترتب على كل منهما، وتنشأ هذه المسؤولية إذا أخل أحد طرفي العقد في التزامه العقدي، أي أن مصدر الإخلال هو العقد نفسه، كما من الممكن أن تكون هناك مسؤولية تقصيرية في حالة ارتكاب أحد طرفي العقد إخلالاً أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر نتيجة فعل غير مشروع، إلا أن الإخلال في هذه الحالة ليس مصدره العقد. وهذا ما سنبحثه بشكل مفصل في هذا المطلب.

### أولاً: مسؤولية الأمر بالتحويل

لا تقوم المسؤولية العقدية إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من المال، حيث إن من شروط المسؤولية العقدية عدم إمكانية التنفيذ العيني للالتزام، وإن عدم دفع الأمر لمبلغ الحوالة لا ينشئ في ذمته مسؤولية عقدية، وذلك بسبب أن التنفيذ العيني هنا ممكناً. غير أن مسؤولية الأمر العقدية تنشأ عند إخلاله بالتزام ناشئ عن العقد، مثل التزامه بتحديد البيانات الجوهرية للعقد، كمبلغ الحوالة واسم المستفيد. وهذا ما جاء بقرار لمحكمة التمييز حيث قضت بما يلي: "إن تسليم البنك لقيمة الحوالة إلى شخص يطابق اسمه اسم المستفيد (المحدد من قبل الأمر في أمر التحويل المصرفي) ولكنه يختلف معه في الجنسية، يتحمل مسؤوليته الأمر الذي قصر في تحديد بيانات المستفيد بدقة ومن ضمنها تحديد جنسيته<sup>(٢)</sup>. كما تنشأ مسؤولية الأمر العقدية عند إخلاله بالمحافظة على وسائل الدخول إلى حسابه البنكي الإلكتروني من خلال الرقم السري أو بطاقة الصراف الآلي وبما يمنع الغير من الاستعمال غير المشروع لها، فمحل هذه الالتزامات ليس دفع مبلغ من المال وإنما هو القيام بعمل، وإن الإخلال أو الإهمال بهذه الالتزامات من جانب الأمر يجعله أمام مسؤولية عقدية في مواجهة البنك عن أي ضرر يصيب الأخير نتيجة هذا الإخلال. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون المعلومات الإلكترونية: "على الرغم مما ورد في المادة ٢٧ من هذا القانون، يعتبر العميل مسؤولاً عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بواسطة تحويل إلكتروني إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسة وإن المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب<sup>(٣)</sup>. وبالرغم من النص القانوني في المادة أعلاه قد حدد مسؤولية العميل في حالة الإهمال كمسؤولية

(١) تعليمات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الخاصة بشركات الصرافة رقم ٢٠١٨/٧٠ وتعديلاتها، الصادرة بالاستناد لأحكام المادتين ٤/١٤ و ١٨/ب من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتعديلاته رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٧ النافذ وأحكام المادة ١٤/أ من قانون أعمال الصرافة رقم ٤٤ لسنة ٢٠١٥.

(٢) انظر قرار تمييز حقوق رقم ٧٢/٢، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٢، ص ٣٦٣ مذكور في، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ١٩٧١-١٩٧٥، ج٣، نقابة المحامين، ص ٢٥٩

(٣) قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ على: "على الرغم مما ورد في المادة ٢٧ من هذا القانون، يعتبر العميل مسؤولاً عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بواسطة تحويل إلكتروني إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسة وإن المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب".



عقدية، إلا أن المشرع الأردني لم يبيّن المقصود بالإهمال وما هو المعيار في اعتبار العميل مهملاً في الاستعمال غير المشروع لحسابه الإلكتروني، وهذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى تباين في الأحكام القضائية وذلك حسب تقدير كل قاضي لمعيار الإهمال، وكان الأولى بالمشرع الأردني أن لا يترك هذا المعيار فضاءً، وأن يحدّد الالتزامات التي يتعين على العميل تنفيذها وإلا عُذّ إخلاله فيها من قبيل الإهمال وبالتالي يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه البنك، فحتى تتحقق المسؤولية العقدية لا بد من توافر أركانها من خطأ ناشئ عن العقد وضرر لحق بأحد طرفي العقد وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر. فيُعدّ الإهمال هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية وهو الخطأ الناشئ عن التزام العميل العقدي بتقديم بيانات العقد الجوهرية والمحافظة على وسائل الدخول إلى حسابه لحظة إبرام عقد التحويل المالي الإلكتروني مع البنك، والتزامه بإبلاغ البنك عن الدخول غير المشروع لحسابه الإلكتروني، أو التزامه بإبلاغ البنك بفقدان بطاقة الصراف الآلي أو كلمة السر. ويعتبر هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن مسؤولية العميل تقوم إذا فقد نتيجة الإهمال نموذج أمر التحويل بعد أن ملأ بياناته ووقعه، كما تقوم مسؤوليته إذا أهمل بالمحافظة على المعلومات المتعلقة بحسابه مثل رقم الحساب أو كلمة السر لبطاقة الصراف الآلي أو التطبيق الإلكتروني مما أدى إلى دخول الغير بشكل غير مشروع.

أما الركن الثاني فهو الضرر، فحتى نكون أمام مسؤولية عقدية لا بد من تحقق الضرر، فلا يكفي الإخلال بالالتزام التعاقدية أو إهمال العميل في المحافظة على وسائل الدخول إلى حسابه حتى تقوم مسؤوليته العقدية، وإنما يجب أن يزامن هذا الإخلال أو الإهمال ضرر يلحق بالطرف الآخر من العقد وهو البنك أو المؤسسة المالية مصدرّة التحويل، وبالتالي وقوع الإخلال من طرف الأمر بالمحافظة على وسائل الدخول إلى حسابه، إلا أنه لم يتمخض عن هذا الإهمال استخدام الغير لحساب الأمر بشكل غير مشروع وبالتالي عدم تحقق الضرر للبنك، فإننا والحالة هذه لا نكون أمام مسؤولية عقدية وذلك لانقضاء ركن الضرر.

إذا وقع الخطأ أو الإهمال ورافق هذا الخطأ ضرر لحق بأحد طرفي العقد، فلا بد من وجود علاقة سببية بين الإهمال والضرر حتى نكون أمام مسؤولية عقدية، وتعتبر العلاقة السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية. فإهمال الأمر بالمحافظة على حسابه وتركه عرضه للغير بحيث يستخدمه بشكل غير مشروع فإننا نكون أمام خطأ ارتكبه الأمر، والتصرف الغير مشروع من الغير باستخدام حساب الأمر وتحويل النقود منه يؤدي إلى ضرر يلحق بالبنك على اعتبار أن البنك مسؤول عن حفظ أموال العملاء، ومن ثم وجود العلاقة السببية بين افتقار حساب الأمر نتيجة إهماله في المحافظة على حسابه والضرر الذي لحق بالبنك يجعلنا أمام مسؤولية عقدية بالمعنى القانوني، فلولا تقصير وإهمال الأمر لما كنا أمام ضرر لحق بالبنك.

إن الأثر المترتب على المسؤولية العقدية في القانون المدني هي التعويض، غير أن أثر المسؤولية العقدية التي تترتب على العميل أو الأمر في عقد التحويل المالي الإلكتروني لا تكون التعويض، وإنما تحمّل العميل مقدار المبلغ الذي افتقر إليه حسابه بسبب القيد غير المشروع التي تم على الحساب بواسطة الغير، وهذا ما جاءت به نص المادة ٢٨ من قانون المعاملات الإلكترونية، حيث بيّنت أن العميل مسؤول عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بواسطة تحويل إلكتروني إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسة وإن المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب.

ويلاحظ أن المسؤولية العقدية في عقد التحويل الإلكتروني تختلف عن المسؤولية العقدية في عقود القانون المدني، ذلك أن البنك وإن كان مسؤولاً عن المحافظة على أموال العميل، إلا أن الضرر الواقع على البنك لا يرقى لأن يكون ضرراً فعلياً يستوجب التعويض عنه، وإنما ينحصر التعويض إن جاز التعبير بتحميل العميل قيمة القيد الغير مشروع الذي تم على حسابه. ولكن السؤال الذي يُثار في هذا المقام، ما هو مصير العمولات التي يستحقها البنك عند إتمام عقد تحويل مالي إلكتروني ناتج عن قيد غير مشروع؟

إذا اعتبرنا أن التعويض هو الأثر المترتب على المسؤولية العقدية، فإن التعويض عادة يمتد ليشمل الكسب الفائت والخسارة اللاحقة للمضروب، وفي مثلنا السابق إذا اعتبرنا أن البنك هو الشخص المتضرر من فعل الأمر، وأن التعويض يقتصر على تحميل الأمر قيمة القيد الغير مشروع الذي تم على حسابه، إلا أن العمولات التي ترتبت على هذا القيد الغير مشروع هي من حق البنك وبالتالي تعتبر هذه العمولات هي من باب الكسب الفائت الذي لحق بالبنك ولا بد للأمر أن يتحملها كجزء لا يتجزأ عن التعويض، فيتحمل الأمر قيمة المبلغ الذي تم قيده من حسابه بطريقة غير مشروعة بالإضافة إلى العمولات التي تتحقق للبنك نتيجة هذا التحويل حتى وإن كان قيد المبلغ ناتجا عن عملية تحويل مالي إلكتروني غير مشروعة.

#### ثانياً: مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية مصدرة التحويل

المسؤولية العقدية تنشأ عادةً عند وقوع خطأ من الأمر أو البنك وهما طرفا العقد ولا بد أن يرافق هذا الخطأ ضرر لحق بأحد طرفي العقد، بالإضافة إلى وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وكما بينا سابقاً مسؤولية الأمر العقدية، سنبين فيما يلي مسؤولية البنك التي من الممكن أن تكون عقدية أو تقصيرية.

إن الالتزام الذي يترتب على البنك في عقد التحويل المالي الإلكتروني هو التزام بقيد قيمة الحوالة من حساب الأمر كمدين وقيد ذات القيمة في حساب المستفيد كدائن، وهذا الالتزام لا يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، وحتى نكون أمام مسؤولية عقدية، لا بد أن يصدر خطأ من البنك يؤدي إلى إلحاق ضرر بالأمر، ولا بد من وجود علاقة سببية بين خطأ البنك والضرر الذي لحق بالأمر.

إن الركن الأول من مسؤولية البنك العقدية هو الخطأ، وقد يكون هذا الخطأ بامتناع البنك عن تنفيذ التزامه بالرغم من قيام الأمر بتوفير جميع البيانات الجوهرية للعقد، وقد يكون الخطأ ناتج عن غلط في تنفيذ الالتزام كأن يقوم البنك بتحويل مبلغ أكبر من المبلغ المذكور في أمر التحويل، كما يمكن أن يكون الخطأ ناتج عن التأخير في تنفيذ الالتزام فإذا أصر البنك على عدم تنفيذ التزامه بالرغم من إمكانية التنفيذ أو كان هناك غلط في التنفيذ أو أنه تأخر في التنفيذ ومن ثم لحق بالأمر ضرر نتيجة الخطأ الذي قام به البنك كركن ثانٍ من أركان المسؤولية العقدية ووجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر كركن ثالث، فهنا تقوم مسؤولية البنك العقدية تجاه الأمر، وإن الأثر المترتب على هذه المسؤولية هو تعويض الأمر عن الضرر الذي لحق به.

لقد بينا أعلاه كيفية تحقق مسؤولية البنك العقدية والأثر المترتب عليها، ولكن كيف تتحقق مسؤولية البنك التقصيرية وما هو الأثر المترتب عليها؟

إن مسؤولية البنك التقصيرية تنشأ من خلال إضراره بالغير، وقد نصت المادة ٢٧ من قانون المعاملات الإلكترونية على بعض الحالات التي تتشكل معها مسؤولية البنك التقصيرية وهذه الحالات لا يمكن الأخذ بها على سبيل الحصر وإنما هي على سبيل المثال، فأى حالة ناتجة عن خطأ من طرف البنك وتحقق ضرراً للأمر تؤدي

إلى مسؤولية البنك التقصيرية، وقد جاء في نص المادة: " لا يعتبر العميل مسؤولاً عن أي قيد غير مشروع على حسابه وبواسطة التحويل الإلكتروني، تم بعد تبليغه المؤسسة المالية عن إمكانية دخول الغير إلى حسابه أو فقدان بطاقته أو احتمال معرفة الغير لرمز التعريف المتعلق به والطلب منها وقف العمل بوسيلة التحويل الإلكترونية". كما تظهر مسؤولية البنك التقصيرية في عقد التحويل المالي الإلكتروني في حال قيام البنك بتنفيذ عملية تحويل مالي مزورة، فبالرغم من وجود عقد تحويل مالي، إلا أن هذا العقد مزور، وبالتالي لا يمكن القول بقيام مسؤولية عقدية بين الأمر والبنك، ذلك أن الأمر في عقد التحويل المالي الإلكتروني المزور لم يصدر أمر بالتحويل ولم تتجه إرادته إلى إجراء هذا التحويل، وإنما تم تنفيذ التحويل من البنك بناءً على عقد تحويل مزور، وبالتالي نكون أمام مسؤولية تقصيرية من البنك، تستوجب تعويض الأمر عن الضرر الذي لحق به إذا ثبت أن هناك خطأ وقع من خلال البنك أثناء تنفيذه لعقد التحويل المالي المزور، ولكن من يتحمل مسؤولية تنفيذ عقد تحويل مالي مزور إذا ثبت أنه لم يصدر أي خطأ عن البنك أو عن الأمر؟

للأسف إن قانون المعاملات الإلكترونية ومن قبله قانون التجارة الأردني لم يعالجا هذه الحالة شأنهم في ذلك شأن التشريعين المصري والعراقي، غير أن الفقه والقضاء استقرا على تحميل البنك مسؤولية تنفيذ عقد التحويل المالي الإلكتروني المزور حتى ولو لم يكن ناتج عن خطأ البنك، والسند القانوني في ذلك ما جاء في المادة ١/٢٧٠ من قانون التجارة الأردني التي تنص على: " يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزوراً أو محرّفاً إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبيّن اسمه في الصك<sup>(١)</sup>. فالبنك يتحمل تبعه مخاطر المهنة وقياساً على الشيك المزور، فإن أمر التحويل المالي الإلكتروني المزور هو أيضاً يعتبر من تبعه مخاطر المهنة التي يتحملها البنك. وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية: "ومن حيث مسؤولية البنك عن صرف شيك مزور فتحكمها المادة 270 من قانون التجارة التي نصت على :

١. يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزور أو محرّف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبيّن اسمه في الصك.

٢. وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئاً إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية. ويستفاد من هذا النص أن البنك كقاعدة عامة يتحمل المسؤولية عن صرف الشيك المزور أو المحرف ما لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب ويتفرع عن ذلك أن العميل الساحب يمكن أن يتحمل المسؤولية بكاملها أو جزءاً منها بحسب مساهمة خطئه بصرف الشيك المزور<sup>(٢)</sup>.

إن الأثر المترتب على مسؤولية البنك سواء العقدية أو التقصيرية تتمثل بالتعويض، والتعويض يتمثل بإعادة قيمة القيد غير المشروع لحساب الأمر، بالإضافة إلى جبر الضرر الفعلي الذي لحق بالأمر نتيجة الخطأ العقدي أو التقصيري من طرف البنك، وجبر الضرر يمتد ليشمل الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بالعمل بالإضافة إلى الكسب الفائت.

لا بد من الإشارة إلى أن البنك عند تنفيذ عقد التحويل المالي الإلكتروني قد يستعين بطرف ثالث من الغير لتسهيل تنفيذ عقد التحويل المالي الإلكتروني، كأن يستعين ببنوك أخرى خارج الدولة لإتمام تنفيذ عقد التحويل. إن

(١) قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦

(٢) انظر قرار تمييز حقوق رقم ٢٠١٩/٧٢٣٩ الصادر بتاريخ ١١/٠٣/٢٠٢٠، المصدر: قرارك، نقابة المحامين الأردنيين

للبنك كامل الحرية والحق بالاستعانة بأي طرف ثالث لتقديم الخدمات البنكية الإلكترونية لعملائه، ولكن في حال نتج عن فعل الغير أو الطرف الثالث الذي استعان به البنك خطأ أدى إلى إلحاق ضرر بالعميل أو الأمر، فمن يتحمل تبعة ومسؤولية هذا الخطأ؟

بالرجوع إلى تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية، والصادرة عن البنك المركزي الأردني، فقد نصت هذه التعليمات في المادة العاشرة منها على: " يكون البنك مسؤولاً مسؤولية مباشرة عن أي تجهيزات أو أنظمة أو تعاقدات أو خدمات يقدمها طرف ثالث له بخصوص تنفيذ عملياته بوسائل إلكترونية<sup>(١)</sup> .

## الخاتمة

تعتبر عملية التحويل الإلكتروني للأموال من العمليات التجارية التي تساعد على تداول النقود بطريقة إلكترونية كوسيلة آمنة من وسائل الدفع والوفاء التي تقوم مقام تداول النقود العادية. فهي عملية تجارية مصرفية أنشأها العرف المصرفي، تقوم على أساس تنظيم العلاقة العقدية بين الأمر والبنك، وتعتبر عملية قيادية يقوم بموجبها الأمر بإصدار أمر إلى البنك لقيد مبلغ معين من حسابه وتحويله إلى حساب المستفيد.

لقد استعرضنا في هذه الدراسة الطبيعة القانونية لعملية التحويل المالي الإلكتروني، كما بينا التكيف القانوني لعقد التحويل المالي الإلكتروني، على اعتبار أنه عقد من العقود البنكية ذات الطابع الخاص والمميز الذي يتكون بين طرفين هما الأمر والبنك، وينتج آثاره بين ثلاثة أطراف هم: الأمر، والبنك، والمستفيد. وبيننا في هذه الدراسة المسؤولية القانونية التي تترتب على أطراف العقد التي تتمثل بتحميل الطرف المخطئ قيمة مبلغ التحويل الذي تم تنفيذه واعتراه خطأ ما، بالإضافة إلى تعويض الطرف المضرور جزاء الضرر الذي أصابه من الطرف الآخر.

لقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن التشريع الأردني يفتقر إلى النصوص الخاصة بعقد التحويل الإلكتروني للأموال، بالرغم من أن قانون المعاملات الإلكترونية قد أفرد فصلاً كاملاً للتحويل الإلكتروني للأموال، إلا أن النصوص الواردة في هذا الفصل اتسمت بالنقصان، مما دفع بالفقه والقضاء إلى محاولة وضع أحكام خاصة تتناسب والطبيعة القانونية لهذا العقد. وبنسبة هذه الدراسة يمكننا طرح مجموعة من النتائج والتوصيات، وذلك على النحو التالي:

### النتائج:

- إن طبيعة عقد التحويل المالي التقليدي هي نفس طبيعة عقد التحويل المالي الإلكتروني، غير أن الأخير يتصف بوجود وسيلة إلكترونية تنظم تنفيذه.
- يتكون عقد التحويل المالي الإلكتروني بين طرفين هما الأمر والبنك، وينتج آثاره بين ثلاثة أطراف هم: الأمر، والبنك، والمستفيد.
- إن الخصوصية التي يتمتع بها عقد التحويل المالي الإلكتروني تشترط وجود حسابين ليتم قيد مبلغ التحويل من حساب الأمر إلى حساب المستفيد، بالإضافة إلى الأركان العامة للانعقاد وهي الرضا، والمحل، والسبب.

(١) تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ والصادرة عن البنك المركزي الأردني

- يعتبر عقد التحويل المالي الإلكتروني عبارة عن عملية تجارية يتم من خلالها تداول النقود تداولاً قديماً كبديل للتداول اليدوي للنقود التقليدية، ويتم فيها استخدام الأدوات الإلكترونية لإتمام هذه العملية.
- إن عقد التحويل الإلكتروني للأموال عبارة عن عقد خاص مستقل ومتميز عن العقود المذكورة في القانونين المدني والتجاري، له طبيعته وأحكامه الخاصة التي نشأت واستقرت في البيئة المصرفية.
- إن مسؤولية الأمر العقدية تنشأ عند إخلاله بالتزام ناشئ عن العقد، مثل التزامه بتحديد البيانات الجوهرية للعقد أو التزامه بالمحافظة على وسائل الدخول إلى حسابه البنكي الإلكتروني بما يمنع الغير من الاستعمال غير المشروع لها.
- إن مسؤولية البنك قد تكون مسؤولية عقدية تنشأ عند إخلاله بالتزام ناشئ عن العقد، وقد تكون مسؤولية تقصيرية عند إضراره بالغير.

#### التوصيات:

- لا بد من إجراء تعديل على قانون المعاملات الإلكترونية بحيث يتم إضافة تعريف واضح لعملية التحويل الإلكتروني للأموال وإعداد نظام خاص فيه بعد تطور ملحوظ على الواقع الإلكتروني الذي نعيشه.
- لا بد من تعديل قانون التجارة الأردني بحيث يتم جمع كافة الأحكام المتعلقة بعقد التحويل المالي الإلكتروني، والاستعانة بالقوانين المقارنة في تنظيم الطبيعة القانونية لهذا العقد، الذي من شأنه أن يؤدي إلى استقرار الأحكام القضائية التي تنتظر في النزاعات الناشئة عن هذا العقد.
- إن أي تعديل يستهدف عقد التحويل الإلكتروني للأموال، يجب أن يؤكد على أن المستفيد في هذا العقد لا يعتبر طرفاً فيه، وإن كان يرتب له أثراً في اكتساب حق، ولا بد من تحديد طبيعة حق المستفيد في مواجهة البنك، وما يترتب على هذه المواجهة من حق للبنك في تقديم الدفع اللازمة في مواجهة المستفيد التي رتبها له العقد ابتداءً في مواجهة الأمر.
- إن النصوص الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ حول مسؤولية كل من الأمر والبنك في عمليات التحويل الإلكتروني للأموال هي نصوص قاصرة، وحبذا لو يتم التوسع في تحديد نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.
- العمل على دمج كافة الأنظمة والتعليمات والنصوص القانونية الخاصة بما يتعلق بالعمليات المصرفية بقانون واحد حتى يتسنى للمتعاملين في هذا الخصوص معرفة الالتزامات والحقوق المترتبة على كل طرف في هذا العقد.
- العمل على نظام الحماية الإلكترونية لهذا النوع من العقود حتى يتم التشجيع أكثر من قبل التجار.

## المصادر والمراجع

- برنامج قرارك، نقابة المحامين الأردنيين.
- تعليمات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الخاصة بشركات الصرافة رقم ٢٠١٨/٧٠ وتعديلاتها.
- تعليمات ممارسة البنوك لأعمالها بوسائل إلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ والصادرة عن البنك المركزي الأردني.
- نوابه، محمد عمر أحمد، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية.
- الربضي، مؤنس إحسان، الجوانب القانونية لعملية التحويل الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك.
- الشقيرات، طارق محمد عودة الله، مسؤولية البنوك في التحويل الإلكتروني للأموال دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.
- قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.
- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥.
- كميل، إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الإلكتروني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة العربية الأمريكية- جنين.

## 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