



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 (3): الاصدار (3)

# 2022

Volume(3): 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 الثالث: الاصدار الثالث

Volume(3): Issue(3)

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (د/٤٨١٦/٢٠٢١)

## هيئة التحرير

أ.د. سارة محمود العراسي رئيس هيئة التحرير/جامعة الزيتونة الاردنية  
د. علي عوض الجبرة مساعد رئيس هيئة التحرير/ جامعة الزيتونة الاردنية

## اعضاء هيئة التحرير

أ.د. ياسين محمد الجبوري  
جامعة الزيتونة الاردنية

د. منير محمد العفشيات  
جامعة الزيتونة الاردنية

د. هشام حامد الكساسبة  
جامعة الزيتونة الاردنية

د. محمد فهمي الغزوي  
جامعة الزيتونة الاردنية

د. محمد حسين المجالي  
جامعة الزيتونة الاردنية

أ.د. شحاتة غريب محمد شلقامي  
جامعة أسيوط/ مصر

د. احمد محمد عبدالرحيم اللوزي  
جامعة الشرق الاوسط/ الاردن

د. عبدالله بن عبدالرحمن التريكي  
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية/ السعودية

د. ضحى نشأت الطالبياني  
جامعة دجلة/ العراق

د. جهاد محمد الكسواني  
جامعة القدس/ فلسطين

## التدقيق اللغوي والدعم الفني

د. علاء الدين زكي موسى ( اللغة العربية )  
د. سكينه محمد القطاونه

د. خزامي مفلح الرديني ( اللغة الانجليزية )  
محمد عبدالرزاق ابومحفوظ

## سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

تشرين الثاني ٢٠٢٢



## 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 تضمّ صفحة العنوان: عنوان البحث واسم الباحث /أسماء الباحثين من أربعة مقاطع مع ذكر درجاتهم العلمية، كما تضم اسم المؤسسة التي يعمل بها الباحث/الباحثين، والبريد الإلكتروني الخاص به/بهم، واسم الدولة، بالإضافة إلى ذكر اسم الباحث الرئيس في حال تعدد أسماء الباحثين للبحث الواحد.
- على الباحث (الباحثين) تسليم ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بالإنجليزية، على ألا يتجاوز عدد كلماته عن 200 كلمة. وتتضمن الملخصات عنوان الدراسة، أولاً ثم الملخص، والذي يجب أن يتضمن الأهداف والمنهجية وأهم نتائج الدراسة. يلي الملخص الكلمات المفتاحية للبحث.
- ينبغي ألا تتجاوز عدد كلمات البحث عن (8000) كلمة، شاملة الملخصين، والمصادر والمراجع، والملاحق - إن وجدت -.
- عدم كتابة اسم الباحث أو الإشارة إليه في متن البحث؛ حفاظاً على سرية التحكيم وموضوعيته.
- على الباحث مراعاة الأصول العلمية لكتابة البحث العلمي الرصين، من حيث صحة اللغة ومراعاة علامات الترقيم. ومن حيث هيكلية البحث العلمي القائم على الالتزام بالتعليمات الواردة في بنود (تعليمات التنسيق والتقسيم والتوثيق وكيفية كتابة المصادر والمراجع) الخاصة بالمجلة.
- على الباحث (الباحثين) تسليم المجلة إقراراً خطياً ينصّ 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 إلكترونيّاً 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 تردّ؛ 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 مُضلّلة غير موثوق بها بهدف الإساءة أو ما شابه، أو اكتشاف لاحق لأي سلوك غير أخلاقي في البحث، أو نشر بحث هو في الأصل منشور، ويتكّلف الباحث أجور تحكيمه، ولا يسمح له بالتقدّم 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  | الصفحات |
|---------|--|--|---------|
| ١       | محمد عبد الفتاح حسين شتيه                      | السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني بين سيادة القانون والعرف العشائري<br>"دراسة تحليلية"<br>Civil Peace of Palestinian Society between the Rule of Law and the Tribal Customary Law Analytical Study                               | ٢٦-٤    |
| ٢       | محمد خلف منصور العطوي                          | تأويلات الحدائين في فهم النصوص وتوظيفها بدعوى المقاصد الشرعية<br>Interpretations of the Modernists in Understanding Texts and Employing Them Under the Pretext of Legal Objectives   | ٤٧-٢٧   |
| ٣       | محمد حزم الصمادي<br>ضحى طحيمر المجالي          | سلطة القاضي في تفسير العقد<br>The Authority of the Judge to Interpret the Contract   | ٦٦-٤٨   |
| ٤       | محمد طه ابراهيم الفليح                         | جريمة الاحتيال الإلكتروني في إطار التجارة الإلكترونية ضمن التشريعات الأردنية<br>Electronic Fraud in the Context of E-Commerce under Jordanian Legislation  | ٨٢-٦٧   |
| ٥       | هلا زياد محمد الصغير سربل                      | سلطة الاخالة من طرف مجلس الامن الدولي وأثرها في تطبيق العدالة الجنائية<br>The UN Security Council's Practice of Referring Situations and its Impact on the Application of criminal justice                                       | ١٠٦-٨٣  |
| ٦       | هنادي أسعد تيسير العمادي                       | صور السلوك الجرمي لجريمة البلطجة وفقاً لأحكام التشريع الأردني<br>Images of criminal behavior of Thug crime according to the Provisions of Jordanian legislation  | ١٣٠-١٠٧ |
| ٧       | رندة السيد يوسف البحيري                        | عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) في التشريع الأردني" دراسة مقارنة"<br>Franchise Contract in Jordanian Legislation: A comparative Study   | ١٥٢-١٣١ |
| ٨       | اسيل خالد جمال ابوساره<br>مجد وليد حيدر ابوبكر | العلاقة بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع الأردني<br>The Relationship between Illegal Immigration and Human Trafficking in light of International Conventions and Jordanian Legislation | ١٧٤-١٥٣ |

|         |   |                        |    |
|---------|---|------------------------|----|
| ١٩٤-١٧٥ | عدم طرد اللاجئين في القانون الدولي<br>Non-Refoulement of refugees in International Law  | رغد محمد أحمد المحيسن  | ٩  |
| ٢٠٩-١٩٥ | المسؤولية القانونية لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة<br>Legal Responsibility of Limited Liability Company's Director   | لينا جمعة محمود البنا  | ١٠ |
| ٢٣١-٢١٠ | صور الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية وفقاً للقانون الأردني<br>Forms of Medical Malpractice in the Civil Liability according to the Jordanian Law  | ايمان زهير عباس كريم   | ١١ |
| ٢٥١-٢٣٢ | المسؤولية التقصيرية عن أضرار الروبوتات ذات الذكاء الاصطناعي في القانون المدني الأردني<br>Tort Liability for Damages of Artificial Intelligence Robots in The Jordanian Civil Law  | نصري علي فلاح الدويكات | ١٢ |
| ٢٧٠-٢٥٢ | الحماية الجزائية للشهود والمبلغين بجرائم الفساد في ضوء قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٦ وتعديلاته<br>Criminal Protection for Witnesses and whistleblowers of Corruption Crimes in light of the Jordanian Integrity and Anti-Corruption Law No. (13) of 2016 and its Amendments | مالك عمر خلف الحميمات  | ١٣ |



## السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني بين سيادة القانون والعرف العشائري "دراسة تحليلية"

محمد عبد الفتاح حسين شتيه\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.01](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.01)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٧/٠٢

تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/٠٩/٢٥

\* قسم القانون والعلوم الشرطية، كلية القانون، جامعة الاستقلال، فلسطين.

\* للمراسلة: [moh.shtayah@gmail.com](mailto:moh.shtayah@gmail.com)

### الملخص

تُعد حقوق الإنسان رزمة واحدة غير قابلة للتجزئة، وأساس التمتع بالحقوق المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، وتوافر بيئة آمنة؛ لممارسة هذه الحقوق، وذلك من خلال استتباب السلم الأهلي الذي يتحقق بسيادة القانون. وقد اتبع الباحث في هذا البحث المنهج التاريخي، والمنهج الوصفي التحليلي، وتوصل إلى عدد من النتائج أهمها: أن السلم الأهلي ركيزة أساسية لبناء المجتمعات وتطورها، السلم الأهلي في فلسطين في أسوأ حالاته وفي وضع خطير، وإن عواقب انهيار السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني سيكون له انعكاسات خطيرة على القضية الفلسطينية. وتوصل الباحث إلى عدد من التوصيات لإعادة بناء السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني، أهمها: نبذ ثقافة العنف التي زرعت الحقد والتأثر لدى الأجيال الشابة، ودعوة مجلس القضاء الأعلى إلى تطوير مهارات القضاة، وتطوير خبراتهم القانونية، ودعوة القضاة إلى سرعة البت في القضايا المعروضة عليهم بما يكفل العدالة الناجزة، ودعوة المشرع الفلسطيني إلى تقنين العلاقة بين العرف العشائري وسيادة القانون.

**الكلمات الدالة:** العرف العشائري، السلم الأهلي، سيادة القانون، علاقة العرف العشائري بالسلم الأهلي.

## Civil Peace of Palestinian Society between the Rule of Law and the Tribal Customary Law Analytical Study”

Mohammad Abdelfattah Hussien Shtayah\*

\* Department of Law and Police Sciences, Faculty of Law, Al Istiqlal University, Palastine.

\* Crossponding author: [moh.shtayah@gmail.com](mailto:moh.shtayah@gmail.com)

Received: 02/07/2022

Accepted: 25/09/2022

### Abstract

Human rights are indivisible, and are considered as the basis of enjoyment of civil, political, economic, social, and cultural rights. It also ensures safe environment to exercise these rights through sustaining civil peace under the rule of law. Therefore, the researcher utilised the historical and analytical descriptive approaches. The findings confirm: first, that civil peace is a fundamental pillar of sustainable development of societies. Second, civil peace in Palestine is at its worst and at risk. In addition to this, the consequences of the collapse of civil peace in Palestinian society will have serious repercussions on the Palestinian cause. The researcher then reached a number of recommendations to restore civil peace in Palestinian society, some of which are: First, to renounce the culture of violence that sowed hatred and revenge among younger generations. Next, to invite the Supreme Council of the Judiciary to develop judges' skills and legal expertise. Then, to call on judges to expedite the disposition of cases before them to ensure fairness of the justice system. Finally, to call on the Palestinian legislature to codify the relationship between tribal customary law and the rule of law.

**Keywords:** Tribal customary law, civil peace, rule of law, relationship of the tribal customary law and civil peace..



## المقدمة

يرتبط السلم الأهلي واحترام حقوق الإنسان ارتباطاً وثيقاً بمبدأ حكم القانون، أو مبدأ سيادة القانون، الذي يتمثل في تساوي جميع أفراد المجتمع -بغض النظر عن أي اعتبارات - أمام نص التجريم والعقاب متى تساوت مراكزهم القانونية، ولا يعني وجود القانون بحد ذاته، أن الدولة أصبحت تلقائياً دولة حكم القانون، أو سيادة القانون، إذا لم تقترن النصوص القانونية بالتطبيق العملي.

ولا شك أن مبدأ سيادة القانون وتطبيقه تطبيقاً سليماً هو عماد تحقيق العدالة في المجتمع، وتحقيق الترابط بين أفرادها، وقبول الآخر، بغض النظر عن لونه، أو لغته، أو مذهبه، أو ديانته، والوصول إلى مجتمع مستقر يخلو من النزاعات.

ويعد السلم الأهلي من المطالب الضرورية للفرد والمجتمع، ولا يقل أهمية عن المطالب الأخرى، كالغذاء والكساء؛ حتى يستطيع الإنسان ممارسة حياته اليومية على الوجه الأمثل، وبناء المجتمعات وتقدمها، التي تتحقق بخضوع الأفعال المجرمة لنصوص التجريم، وتطبيق العقوبات المقررة، من خلال الجهاز القضائي في الدولة، حيث لا يمكن إنكار تأثير الجريمة، والإفلات من العقاب على السلم الأهلي في المجتمع.

ونظراً لطول أمد التقاضي أمام المحاكم النظامية، وتعقيد الإجراءات؛ اتجه المواطنون في بعض المناطق الفلسطينية نحو العرف (القضاء) العشائري - الذي يعتمد الأعراف والتقاليد في التجريم والعقاب مما يخالف مبادئ قانونية ودستورية - وبموافقة المشتكى والمشتكى عليه، لإنهاء القضية موضوع النزاع، لكن هذا القضاء لا يلبي ما توقعه المشتكى أو ذوي المجني عليه، نتيجة للترغيب أو التهيب من المشتكى عليه، أو ذويه وأقاربه، وربما يتنازل المشتكى أو ذوي المجني عليه عن حقوقهم؛ لأنهم الطرف الأضعف، دون انصافهم، مما يخلف روح البغضاء والكراهية، وعقدة الثأر والانتقام، متى سنحت الفرصة.

### أهمية الدراسة:

ترجع الأهمية العملية لهذه الدراسة إلى الحالة التي يعيشها المجتمع الفلسطيني من تآكل للسلم الأهلي، واقتتال داخلي بشكل شبه يومي يخلف خسائر في الأرواح والممتلكات، نتيجة حالة الفلتان، والانزواء عن سيادة القانون نحو العرف العشائري، مما يوجب إيجاد الحلول العملية لهذا الوضع الخطير للسلم الأهلي.

كما ترجع الأهمية العملية لهذه الدراسة إلى ندرة الدراسات الكاملة عن الموضوع، وتسعى هذه الدراسة لتكون أول دراسة كاملة حول هذا الموضوع في المكتبة العربية.

## مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس: إلى أي مدى يمكن التوفيق بين مرتكزين رئيسيين في فلسطين: وهما سيادة القانون والعرف العشائري من أجل تطبيق السلم الأهلي في فلسطين؟ ويتفرع عن ذلك عدد من الأسئلة.

## أسئلة الدراسة:

- ما هو مفهوم السلم الأهلي؟
- ما هو واقع السلم الأهلي في فلسطين؟
- ما هو مفهوم سيادة القانون؟
- ما هي مرتكزات سيادة القانون؟
- هل سيادة القانون تحقق السلم الأهلي المطلوب؟
- ما هي الأسباب التي تجعل الفرد يلجأ إلى العرف العشائري؟
- ما أثر العرف العشائري على السلم الأهلي؟

## أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

- تحديد مفهوم السلم الأهلي.
- تقييم حالة السلم الأهلي في فلسطين.
- توضيح مفهوم سيادة القانون
- توضيح مرتكزات سيادة القانون.
- توضيح العلاقة بين سيادة القانون والسلم الأهلي.
- بيان الأسباب التي تجعل الفرد يلجأ إلى الاحتكام للعرف العشائري.
- بيان أثر العرف العشائري على حالة السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني.

## منهج الدراسة:

يتبع الباحث المنهج التاريخي؛ لتوضيح الجذور التاريخية للظواهر محل الدراسة، ووضع القارئ في مرحلة تطورها ووصولها إلى صورتها الحالية، كما يذهب الباحث إلى المنهج الوصفي التحليلي، القائم على تجميع المعلومات حول موضوع الدراسة من الكتب، والدوريات، والتقارير، ومواقع الإنترنت، ومن ثم استخدام أسلوب التحليل لهذه المعلومات، وإبداء الرأي كلما اقتضى الأمر .

## المبحث الأول

### السلم الأهلي وسيادة القانون في فلسطين

يعد القانون في المجتمعات الناظم لسلوك الإنسان وتصرفاته تجاه الآخرين، وممتلكاتهم، وأعراضهم داخل المجتمع الذي يعيش فيه، فعندما سن المشرع القوانين رأى أن هناك مصالح عليا جديرة بالحماية، كالحق في الحياة، والسلامة الجسدية، والعرض، والشرف، والاعتبار، والملكية، وغيرها من الحقوق اللصيقة بالإنسان، وتطبيق هذه القوانين على الجميع دون تمييز، يسهم في توفير الحياة الكريمة للإنسان والمجتمع، وصون الحقوق الفردية والجمعية.

فالجميع سواء أمام نصوص القانون، وأمام القضاء، وجهات إنفاذ القانون، مما يشكل ضمانة أكيدة لاستتباب السلم الأهلي، والاستقرار المجتمعي.

وعليه يقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية السلم الأهلي.

المطلب الثاني: ماهية سيادة القانون.

#### المطلب الأول: ماهية السلم الأهلي

أدركت الدول والشعوب أن السلم الأهلي ركيزة أساسية في كسب ثقة الأفراد، وبناء المؤسسات القادرة على النهوض بالمجتمع، وأثبتت الوقائع الدولية المعاصرة أن أي دولة تتأثر بنيتها الداخلية بصراعات، أو نزاعات أهلية تصبح عاجزة عن تحقيق الأهداف الإنمائية المستدامة، وتحسين أحوال مجتمعها على مختلف الأصعدة، أو تجاوز سلبيات واقعها؛ نظرا لما تسببه تلك النزاعات من إضرار بالمصالح الاقتصادية، والأمنية للدولة، وما تسببه للمجتمع من ضغوط، وتمزيق للنسيج، والتماسك الاجتماعي<sup>(١)</sup>.

وعليه يتناول الباحث هذا المطلب في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم السلم الأهلي.

الفرع الثاني: واقع السلم الأهلي في فلسطين.

الفرع الثالث: أثر الاحتلال الإسرائيلي على سيادة القانون في المجتمع الفلسطيني.

(١) تقرير البنك الدولي (الصراع والأمن والتنمية) واشنطن، ٢٠٠١، ص ٩٦.

## الفرع الأول: مفهوم السلم الأهلي

يعد السلم الأهلي ركيزة أساسية في بناء المجتمع وتطوره والنهوض به، ويسهم في تعزيز نمو واستقرار المجتمع القوي المتماسك، حيث يعمل على حماية المجتمع من كل أشكال التفكك، والتشردم، والاقنتال الداخلي، الذي قد يقود إلى حرب أهلية<sup>(١)</sup>.

ويعرف السلم من الناحية اللغوية: السلم بالكسر والسكون : ضد الحرب، وهو من الألفاظ التي أوائلها مكسورة وأوائل أصدادها مفتوحة، كالخصب والجذب، والعلم والجهل، وأشبه ذلك السلم، بمعنى الصلح<sup>(٢)</sup>.

أما الأهلي لغة : أهل الرجل : من يجمعه وإياهم مسكن واحد، ثم سمي به من يجمعه وإياهم نسب، أو دين، أو صنعة، أو نحو ذلك<sup>(٣)</sup>.

ومن ناحية اصطلاحية يعرف السلم الأهلي عند جانب من الفقه بأنه: رفض كل أشكال القتال والقتل، أو الدعوة إليه، أو التحريض عليه، أو تبريره، بمنطق الدعاية، أو العقيدة الدينية، أو القومية، أو الحزبية، التي تؤدي إلى إنتاج حرب أهلية في المجتمع ، تقود إلى تسيخ بنيته<sup>(٤)</sup>.

ويرى باحث آخر أن السلم الأهلي يعني: المصالحة الوطنية التي تتركز في ترويج ثقافة الحوار، وتعزيز عملية القبول بالرأي الآخر، وإشاعة مبدأ الشفافية في التعامل، ونبذ العنف، ولغة السلاح، والكراهية، والتحريض، واستخدام آليات معينة؛ لتقوية المشتركات الوطنية، والإنسانية؛ لتحقيق الأطر التنظيمية الكفيلة بنشر ثقافة السلام، وروح التسامح، والتعاون، والانتقال السلمي في الدولة<sup>(٥)</sup>.

وهناك من يرى أنه يعني: التعايش مع جميع الأشخاص المشتركين في الوطن الواحد، وحماية النسيج المجتمعي من كل الآفات المادية، والمعنوية، التي تؤثر سلبا على السلم الأهلي، ويرفض كل أشكال التقاتل، أو مجرد الدعوة إليه، والوصول إلى عالم يخلو من النزاعات، وإن نشأت تحل بطريقة سلمية<sup>(٦)</sup>.

(١) طالب، حكم، السلم الأهلي مرتكز أساسي يجب الحفاظ عليه، تاريخ النشر: ١٣ يونيو ٢٠٢٠، وكالة قدس نت، فلسطين، من خلال:

<https://qudsnet.com/post/489190/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%87%D9%84%D9%8A-%D9%85%D8%B1%D8%AA%D9%83%D8%B2-%D8%A3%D8%B3%D8%A7%D8%B3%D9%8A-%D9%8A%D8%AC%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%81%D8%A7%D8%B8-%D8%B9%D9%84%D9%8A%D9%87>

(٢) الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية)، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٥٠٧.

(٣) المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٤) جواد، خالد سلمان، حماية المدنيين في زمن النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٢٠.

(٥) أ. د. بغدادي، عبد السلام، السلام الوطني المدني (دراسة في المفاهيم والمقدمات)، بحث مقدم إلى الندوة العلمية "سبل تعزيز التعايش والثقافة الوطنية في العراق"، كلية العلوم السياسية جامعة بغداد ووزارة الثقافة، يومي ٢٦ و ٢٧ ديسمبر ٢٠١٢، ص ١٦، ١٧.

(٦) د. عبد الله، عماد محمد عماد، دور العلماء في تعزيز السلم الأهلي بين إجراءات الدولة وحقوق الناس، ط١، منتدى العلم والعلماء، الرياض، ٢٠١٨، ص ٨٣.

وعرفه جانب آخر أنه التعايش والاستقرار التام بين شعوب وأعراق مناطق مختلفة، نتيجة التفاهم، وحسن الجوار، واحترام الرأي الآخر، وتقبل تعايش الأقليات مع بعضها، وحل المشاكل بالاتفاق دون عنف<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن السلم الأهلي يعني العيش داخل المجتمع الواحد في بيئة آمنة بعيدة عن الخلافات والنزاعات والكراهية، وإن نشأ خلاف بين أفراد هذا المجتمع يتم حله بالحوار، والطرق السلمية البعيدة عن العنف.

### الفرع الثاني: واقع السلم الأهلي في فلسطين

يشهد المجتمع الفلسطيني في المرحلة الحالية حالة من العنف والفوضى، وتآكلا في السلم الأهلي، تهدد البناء المجتمعي برمته، ولا يكاد يمر يوم دون اندلاع أعمال عنف داخلية، تصل أحيانا إلى قتل، وقتل مضاد، وإيذاء جسدي بليغ، وربما عاهة مستدامة، وحريق عمدي، وإطلاق نار، وسطو مسلح، وسرقة بالإكراه، حيث أعلن الناطق باسم الشرطة الفلسطينية، أن نسبة الجريمة في فلسطين، ارتفعت بنسبة ٤٠% منذ بداية عام ٢٠٢١ حتى حزيران، فيما ارتفعت جريمة القتل، بنسبة ٦٩% موازنة بنفس الفترة من العام ٢٠٢٠، وأشار إلى ارتفاع نسبة المشاجرات والعنف الأسري بواقع ١١,٥%، حيث سُجل ٢٧٦٠ مشاجرة وحادثة عنف أسري واعتداءات، منذ مطلع العام، في حين سجل ٢٤٧٦ مشاجرة واعتداء في نفس الفترة من العام ٢٠٢٠<sup>(٢)</sup>.

ويرى الباحث من خلال هذه الإحصائية، أن المجتمع الفلسطيني يعيش حالة من الفلتان الأمني، وظاهرة أخذ الحق باليد<sup>(٣)</sup>، التي تمثل النقيض لمبدأ سيادة القانون، مما يقوض مفهوم السلم الأهلي، ويجعل المجتمع الفلسطيني يعيش حالة العنف، والعنف المضاد، التي ربما ستجره إلى حرب أهلية.

فلا شك أن تقصير الأجهزة الأمنية في مواجهة ظاهرة انتشار السلاح محلي الصنع، والسلاح غير المرخص، خلافا للقانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٨ بشأن الأسلحة النارية والذخائر، إضافة إلى تعاملها بمكيالين في مصادرة هذه الأسلحة، مما جعل السلاح ينتشر في أيدي فئة من الناس، واستقوائهم به، واستخدامه لأتفه الأسباب<sup>(٤)</sup>، مما انعكس بشكل خطير على حالة السلم الأهلي.

كما تسبب عدم التزام جهات إنفاذ القانون بإنفاذه على أساس مبدأ المساواة، الشعور بالظلم والاحتقان لدى المواطنين في الشارع الفلسطيني، والتوجه نحو التعبير عن القهر والشعور بالظلم؛ بإنكار القانون والتوجه نحو العنف تجاه الأفراد، ومؤسسات الدولة.

(١) الغروي، محمد، السلام في القرآن والحديث، ط١، دار الأضواء للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٥، ص١٨.

(٢) ارتفاع نسبة الجريمة منذ مطلع العام، تاريخ النشر: ١٤ يوليو ٢٠٢١، وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفاء)، فلسطين، من خلال:

<https://www.wafa.ps/Pages/Details/27794>

(٣) الجدير بالذكر أن قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ المطبق في فلسطين يجرم في المواد (٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥) استيفاء الحق باليد، ويعتبره جريمة جنحية.

(٤) حملة فوضى السلاح، تاريخ النشر: ٣١ مارس ٢٠٢١، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، فلسطين، من خلال:

<https://www.ichr.ps/awareness-campaigns/3451.html>

كما أن التحولات في المجتمع الفلسطيني بالانتقال من الهوية الوطنية الجامعة، إلى الهويات الفرعية، والعصبيات الفئوية (العائلة والعشيرة والقبيلة والطائفة والمذهب والجهة)، وفي غلبة العادات والتقاليد والعرف العشائري على سيادة القانون، وغلبة رجل الدين المحافظ والمتعصب على المثقف المتنور، وغياب التداول السلمي للسلطة<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أن هذا الواقع الداخلي للمجتمع الفلسطيني يحقق بصورة غير مباشرة ما يسعى إليه الاحتلال الإسرائيلي في تمزيق النسيج الاجتماعي الفلسطيني، والوحدة الفلسطينية، وصرف نظر الشعب الفلسطيني عن عدوه الحقيقي إلى الانشغال في الاقتتال الداخلي والنعرات الطائفية.

### الفرع الثالث: أثر الاحتلال الإسرائيلي على سيادة القانون في المجتمع الفلسطيني

تمثل ممارسات الاحتلال الإسرائيلي، ومستوطنيه اليومية ضد أبناء الشعب الفلسطيني، وانتهاك حقوقهم المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية<sup>(٢)</sup>، وخاصة فئة الشباب الذين أصبح لديهم ردة فعل عنيفة على هذا القهر والظلم، انعكاساً على سلوكياتهم تجاه مجتمعهم، فأصبح العنف سمة تسيطر على حياتهم اليومية، فأى نزاع -وإن كان بسيطاً- فإن الأطراف تتجه نحو اقتضاء حقها باليد، في أغلب الأحيان.

كما يتبنى الاحتلال الإسرائيلي سياسة إثارة النعرات الطائفية، والعنصرية، والقبلية، داخل المجتمع الفلسطيني، ودعم وتشجيع الفلتان الأمني، بجعل الأسلحة النارية في متناول الجميع<sup>(٣)</sup>، من خلال عملاء الاحتلال؛ بهدف غض طرف الشعب الفلسطيني عن العدو الحقيقي، وممارساته وسياسته التوسعية الاستيطانية، مما جعل أي خلاف ينشأ بين الجيران على لهُو الأطفال على سبيل المثال ساحة حرب، تستعمل فيها الأسلحة الأوتوماتيكية، التي تؤدي إلى سقوط عدد من القتلى في العديد من الأحيان، وما يتبع ذلك من تقويض للبناء المجتمعي، والسلم الأهلي. ومن جهة أخرى يعمل الاحتلال الإسرائيلي على إظهار الأجهزة الأمنية الفلسطينية بالعاجزة عن القيام بواجب إنفاذ القانون، مما يجعل المواطن يفقد الثقة في جهاز القضاء أيضاً، فما قيمة الأحكام القضائية دون تنفيذ، فيتجه المواطن نحو أخذ حقه بيده، وهذا ما نشهده في بعض المحافظات الفلسطينية (كمحافظة الخليل) على سبيل المثال لا الحصر التي تتكرر فيها هذه المشاهد بشكل شبه يومي، مما يقوض السلم الأهلي ويجعله في تراجع مستمر. كما يحجم الاحتلال الإسرائيلي من ولاية المحاكم الفلسطينية، لصالح محاكم الاحتلال في كثير من القضايا<sup>(٤)</sup>، مما يجعل القضاء النظامي عاجزاً عن الفصل في القضايا، وبحث المواطنين عن البديل.

(١) عبد الحليم، مهني، السلم الأهلي في خطر، تاريخ النشر: ٢١ يوليو ٢٠١٥، صحيفة الأيام الفلسطينية، فلسطين، من خلال:

[https://www.al-ayyam.ps/ar\\_page.php?id=f9328c2y261302466Yf9328c2](https://www.al-ayyam.ps/ar_page.php?id=f9328c2y261302466Yf9328c2)

(٢) التقرير الرسمي الأول لدولة فلسطين، المقدم إلى لجنة حقوق الإنسان، ١٨ مايو ٢٠٢١، وثيقة رقم: CCPR/C/PSE/١، الفقرة ١٤، ١٥، ١٦، ص ٦.

(٣) حملة فوضى السلاح، تاريخ النشر: ٣١ مارس ٢٠٢١، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، فلسطين، من خلال:

<https://www.ichr.ps/awareness-campaigns/3451.html>

(٤) الخالدي، أحمد، معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية (دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية ١٩٩٤-١٩٩٨، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد ١٦ (٢) ٢٠٠٢، ص ٣٨١.

وعلى الجانب الآخر يستولي الاحتلال الإسرائيلي على مقدرات الشعب الفلسطيني وثرواته الطبيعية، ما يؤدي إلى تدهور الأوضاع الاقتصادية في المجتمع الفلسطيني<sup>(١)</sup>، مما يسبب في تشابك العلاقات الاقتصادية وتراكم الديون على المواطنين في تعاملاتهم الاقتصادية والتجارية، والعجز عن سدادها، مما يدفع الطرف الدائن إلى اقتضاء حقوقه المالية بيده، وما يرافق ذلك من تهديد، وخطف، وضرب، وربما قد تصل حد القتل، من خلال الاستعانة بخارجين عن القانون مقابل أجر، الأمر الذي أدى إلى تدهور السلم الأهلي في الأراضي الفلسطينية.

كل ما سبق يدل ويؤكد على أن السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني في خطر وتآكل مستمر، وينذر بحرب أهلية.

### المطلب الثاني: ماهية سيادة القانون

جاء في الفقرة الثالثة من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ما يمنح سيادة القانون مكانة مركزية، مشيراً إلى "أن من الضروري أن يتولى القانون حماية حقوق الإنسان؛ كي لا يضطر المرء آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد والظلم"، وكي يعم السلم الأهلي داخل أي مجتمع من المجتمعات، وعليه يجب الأخذ بعين الاعتبار مسألة الحقوق والواجبات، على أنها مسألة كلية شمولية، وليست جزئية، وعلى المؤسسات المدنية في الدولة، وجهات إنفاذ القانون ، والجهاز القضائي، أن تتبنى نظرية التساوي المطلق بين كافة الأفراد داخل المجتمع.

وعليه يقسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم سيادة القانون.

الفرع الثاني: مرتكزات سيادة القانون.

#### الفرع الأول: مفهوم سيادة القانون

تتجلى سيادة القانون في إخضاع مؤسسات الدولة، والعاملين فيها للمساءلة القانونية، وتلزمها بحماية حقوق الإنسان، والعمل بإنصاف، وشفافية، وتمكين المواطن من المشاركة، والانخراط في المجتمع على نحو بناء، فتشيع بذلك ثقافة احترام القانون، فيدرك المواطنون أهميته، ويشاركون في سننها من خلال ممثليهم داخل البرلمان، ويحترمونها لما فيه مصلحة المجتمع ككل<sup>(٢)</sup> .

ونظراً لأهمية سيادة القانون في استقرار المجتمعات، وافقت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على أن تعزيز سيادة القانون يشكل إحدى أهداف التنمية المستدامة وهو: التشجيع على إقامة مجتمعات مسالمة لا يهشم فيها

(١) أبو ليدة، محمد، السلم الأهلي أساس بناء المجتمع وتطوره، تاريخ النشر: ٣١ أغسطس ٢٠١٦، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة(أمان)،

فلسطين، من خلال: <https://www.aman-palestine.org/media-center/6338.html>

(٢) تعزيز سيادة القانون عن طريق التعليم، (دليل لوائح السياسات) اليونسكو، ٢٠١٧، ص٢.

أحد، من أجل تحقيق التنمية المستدامة، وإتاحة إمكانية وصول الجميع إلى العدالة، وبناء مؤسسات فعالة، وخاضعة للمساءلة، وشاملة للجميع في كافة المستويات<sup>(١)</sup>.

وذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ سيادة القانون يرادف " مبدأ المشروعية" ويعني: ضرورة احترام القواعد القانونية، القائمة على أن تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة متفقة وأحكام القانون بمدلوله العام، سواء أكانت هذه السلطات تشريعية، أم قضائية، أم تنفيذية، فحضورها للقانون لا يعني القانون بمعناه الضيق، أي الصادر من السلطة التشريعية وحدها، بل يقصد به: القانون في معناه الواسع الذي يشمل كل القواعد القانونية القائمة، بدءاً من الدستور، ونزولاً حتى اللائحة، أو القرار الذي يصدر في إطارها<sup>(٢)</sup>.

وبعبارة أخرى، إن جوهر سيادة القانون يضم عدداً من متطلبات حقوق الإنسان، وهو يعكس فكرة المساواة بطريقة أساسية، وليس فقط أنه لا أحد فوق القانون، ولكن جميع البشر سواسية بموجب القانون، وأنه مخول لهم قاطبة التمتع بالحماية، والمنفعة العامة بشكل متكافئ<sup>(٣)</sup>.

وأشار الأمين العام للأمم المتحدة إلى أن سيادة القانون هي مبدأ للحكم، يكون فيه جميع الأشخاص، والمؤسسات، والكيانات العامة، والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام قوانين صادرة علناً، وتطبق على الجميع بالتساوي، ويحتكم في إطارها إلى قضاء مستقل، وتتفق مع القواعد والمعايير الدولية لحقوق الإنسان<sup>(٤)</sup>.

#### الفرع الثاني: مرتكزات سيادة القانون

من خلال تعريف الأمين العام للأمم المتحدة لمبدأ سيادة القانون، يمكن استنتاج العناصر الأساسية لهذا المبدأ:  
أولاً- المسؤولية أمام القانون:

تعني مساءلة من يخرق القانون أياً كانت صفته، وأن يتحمل عاقبة فعله ويتلقى العقوبة المقررة، فإذا ارتكب أي شخص سلوكاً مجرمًا، ترتب عليه انتهاك لحقوق الغير، وجب عليه أن يخضع للمساءلة القانونية أمام القضاء النظامي للدولة، بغض النظر عن وظيفته أو صفته<sup>(٥)</sup>.

ثانياً - المساواة أمام القانون:

(١) الأمم المتحدة ، الهدف السادس عشر : السلام والعدل والمؤسسات القوية، من

خلال: <https://www.un.org/ar/chronicle/article/20297>

(٢) د. براك، أحمد، سيادة القانون، بدون تاريخ النشر: موقع د. أحمد براك، من خلال

<http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/1048>

(3) Arbour Louise, what The Rule Of Law Means, International Peace Institute, date of publication,10

May2012. <https://www.ipinst.org/2012/05/arbour-what-the-rule-of-law-means>

(٤) سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، تقرير الأمين العام، الأمم المتحدة، ٢٠٠٤، وثيقة رقم:S/2004/٦١٦، فقرة (٦)، ص ٥.

(٥) نحو ثقافة سيادة القانون، دليل عملي، معهد الولايات المتحدة للسلام، ٢٠١٥، ص ١١.



يعد من أهم عناصر سيادة القانون بسبب الاستقرار المجتمعي الذي يوفره، فإذا تعرض الناس إلى التهميش، وأوعزهم سبل الوصول إلى العدالة والخدمات الأساسية، وعانوا مظاهر عدم المساواة، والظلم، وتقاوست الدولة، ومؤسساتها القانونية عن حماية حقوقهم، وضمان المساواة بين جميع الأفراد أمام القانون، كل ذلك يمكن أن يسبب حالة من عدم الاستقرار، والنزاعات في الدولة<sup>(١)</sup>.

ثالثاً - استقلال القضاء:

ويعني عدم جواز تدخل السلطة التشريعية والتنفيذية بالفصل في الخصومات التي تنشأ بين الأفراد، وتُعتبر الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية مفروضة على السلطين التشريعية والتنفيذية، وعليهما مراعاة أحكام السلطة القضائية والعمل على تنفيذها، كما لا يجوز لأي شخصية رسمية أو اعتبارية التدخل لدى القضاة، وبالمقابل لا يصح للسلطة القضائية القيام بغير الوظيفة المنوطة بها، وهي تطبيق القانون على المنازعات المطروحة أمامها<sup>(٢)</sup>.

لذا فإن السلطة القضائية كهيئة والقضاة كأفراد يجب أن يكونوا مستقلين، لا سلطان عليهم غير القانون وضمانهم، ودون تمكين القضاء تصبح سيادة القانون عرضة للتجاذب والجدل، ويتراجع تطبيق الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحريات، ويفتح الباب لتقويض السلم الأهلي<sup>(٣)</sup>.

ويعتبر الاحتكام إلى القانون ، أحد أهم مؤشرات استقرار السلم الأهلي التقاعلي، وتحدد سيادة القانون بالنقاط الآتية:

- الأفراد متساوون أمام القانون بغض النظر عن اختلاف العرق واللون والجنس والدين، والنفوذ الاقتصادي والسياسي أو القرب من السلطة الحاكمة.
- مؤسسات العدالة (المحاكم والشرطة والأمن) تطبق القانون على الأفراد بحيادية، بصرف النظر عن مواقعهم ، أو نفوذهم السياسي والاقتصادي.
- يكون اللجوء إلى مؤسسات العدالة ميسورا ومكفولا للجميع، ولا يتحمل فيه الشخص أعباء مالية تفوق قدرته المالية، أو مستواه الثقافي.
- يحاكم الشخص أمام القضاء العادل، ولا يعامل معاملة استثنائية، بسبب انتمائه السياسي، أو موقعه الوظيفي، أو نفوذه الاقتصادي، أو انتمائه الديني والقومي.
- تطبق مؤسسات العدالة القانون في إطار زمني معقول، يسمح لها بتداول الأمر بجدية ومسؤولية، ولا تؤدي إطالة أمد التقاضي إلى ضياع الحقوق.

(١) المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) د. التكروري، عثمان، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٣)، لسنة ٢٠٠١، ط٢، دار الفكر، القدس، ٢٠١٣ ص ٣٩٠.٣٦. وتجدر الإشارة أن نتائج دراسة لعينة من ١٣٠٠ أسرة فلسطينية مقيمة في الضفة الغربية خلصت إلى أن ٣٣,٩% من الجمهور الفلسطيني يرون أن القضاء الفلسطيني يتمتع بالحيادية والنزاهة والعدالة، بينما يعارض ذلك ٢٨,١% منهم، فيما كانت نسبة المحايدين ٣٨%، انظر المرصد القانوني الخامس، التقرير الوطني لمسح آراء المجتمع الفلسطيني في أداء منظومة العدالة الفلسطينية، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، رام الله، ديسمبر ٢٠١٨، ص ٤٠.

(٣) شلبي، علاء، استقلال القضاء ودوره في ضمان عدالة المحاكمات، بدون رقم طبعة، مركز الميزان لحقوق الإنسان، غزة، ٢٠٢١، ص ٨.

● تنفذ الأحكام الصادرة عن مؤسسات العدالة بحزم، دون تسويق، أو تأخير.

وبناء عليه، فإن الاحتكام إلى سيادة القانون نسبي وضئيل في دولة فلسطين؛ لأسباب ترجع إلى مرتكزات سيادة القانون من جهة، ومن جهة أخرى؛ لأسباب تتعلق بثقافة، وعادات وتقاليد، وأعراف المجتمع التي تحول دون اللجوء إلى سيادة القانون.

## المبحث الثاني

### العرف العشائري والسلم الأهلي في فلسطين

يتجه جانب كبير في المناطق الفلسطينية نحو العرف العشائري؛ لحل النزاعات التي تنشأ بين الأفراد في مختلف القضايا، وخاصة القضايا الخطيرة مثل: جرائم القتل، وهذا التوجه ينبع من عادات وتقاليد، وأعراف، وظروف تاريخية، وسياسية، واجتماعية، يشهدها المجتمع الفلسطيني.

ولا شك أن هذا التوجه من جانب أفراد المجتمع، هدفه الأول هو الحفاظ على السلم الأهلي، وإعادة اللحمة الاجتماعية، ورد الحقوق إلى أصحابها، ومع النوايا الصادقة في التوجه إلى العرف العشائري، يبقى أثره سلبيا على السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني.

وعليه يقسم الباحث هذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية العرف العشائري.

المطلب الثاني: أسباب اللجوء إلى العرف العشائري وأثره على السلم الأهلي.

### المطلب الأول: ماهية العرف العشائري

يشهد المجتمع الفلسطيني ظاهرة اجتماعية منتشرة في مناطق الضفة الغربية وقطاع غزة، وتتمثل في حل النزاعات بين المواطنين، خارج إطار المحاكم النظامية، من قبل أفراد ينتمون لعائلات وحمايل مختلفة، وذوي خلفيات اجتماعية متفاوتة. ويشار إلى هذه الظاهرة بمصطلحات متعددة، مثل: القضاء العشائري، والقضاء غير النظامي، ولجان الإصلاح، والقضاء بالعرف، والعرف العشائري، والصلح العشائري؛ الإصلاح بين الناس...<sup>(١)</sup>.

ويعرف العرف العشائري: بأنه مجموعة العادات والتقاليد، والأعراف، وآليات العمل بها، التي تمارسها العشائر في إصلاح ذات البين، وهو منقول شفاهة، وغير مكتوب بالاستناد إلى المعلومة في الرأس وليس في الكراس<sup>(٢)</sup>.

(١) القضاء غير النظامي: سيادة القانون وحل النزاعات في فلسطين، سلسلة القانون والمجتمع، تقرير ميداني، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٦، ص ١٩.

(٢) الشيخ / ثابت، محمود سالم، القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع، ط١، أم الكتاب للأبحاث والدراسات الإلكترونية، غزة، فلسطين، بدون سنة نشر، ص ٣٠.

وعليه يتناول الباحث هذا المطلب في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التطور التاريخي للعرف العشائري في فلسطين.

الفرع الثاني: طبيعة العلاقة بين العرف العشائري والقضاء النظامي.

### الفرع الأول: التطور التاريخي للعرف العشائري في فلسطين

يعد العرف العشائري أحد الوسائل القديمة التي عرفتها فلسطين، لحل النزاعات بين الأفراد، في مختلف القضايا الجزائية، والمدنية، حيث قامت الحكومة العثمانية عام ١٨٩٠ بتشكيل أول مجلس إدارة لشؤون العشائر في بئر السبع، يضم فريقاً من الموظفين والمشايخ<sup>(١)</sup>.

وقد أحييت الحكومة التركية البنية العشائرية في فلسطين، إذ اعتمدت نتيجة لما لحقها من ضعف في السيطرة على كل أقاليمها على بعض العائلات والعشائر القوية من حيث العدد والثروة؛ مما أسهم في تحقيق سيطرة كاسحة للقضاء العشائري، في تسوية ما ينشأ بين الناس من نزاعات، واتخذت من العادات والتقاليد، والأعراف، قاعدة لإصدار الأحكام، وضمان سرعة التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

وعندما كان يعجز مأمور الحكومة التركية في حل النزاعات التي تنشأ بين البدو سكان البادية، والعرب الرحل، كان يردّها إلى الحاكم البدوي، والشيوخ المشهورين، فيجمع القاضي في مجلسه أرباب المشورة، ويحسم الخلاف، ويعيد الأمن والسكينة إلى نصابهما<sup>(٣)</sup>.

وفي عهد الانتداب البريطاني، عملت بريطانيا على تشكيل مجلس (الدموم) في سنة ١٩١٩-١٩٢٠ في بئر السبع لحل القضايا المستعصية، وفي ١٩٢٢ تشكلت محاكم العشائر<sup>(٤)</sup>.

ونصت المادة ٤٥ من دستور فلسطين المنشور في الأول من سبتمبر ١٩٢٢ على أن " للمندوب السامي أن ينشئ بأمر منه محاكم منفصلة لبئر السبع، ولأي منطقة عشائرية، حسبما يرى مناسباً. ويجوز لهذه المحاكم أن تطبق العادات العشائرية، إذا لم تكن منافية للعدل الطبيعي، أو الأدب"<sup>(٥)</sup>.

(١) الشيخ /محمود سالم ثابت، المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) د. جرادات، إدريس، الصلح العشائري وحل النزاعات، ط١، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٤، ص ١٤.

(٣) المرجع السابق، ص ١٥.

(٤) المرجع السابق، ص ١٨.

(٥) المقتفي: منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، دون تاريخ نشر، من خلال:

<http://muqtafi2.birzeit.edu/muqtafi2/transform/fulltext/L2RiL211cXRhZmkvYWN0L3htbC8xOTIzL29yZGnuY2xfS2luZ18xOTM3LTaxLTlyX2FyLzUwNzBfMTkyMy54bWw>

وكانت مهمة محاكم العشائر زمن الانتداب، النظر في القضايا التي يحولها رئيس المحكمة المركزية، أو حاكم القضاء، وكانت تنظر في قضايا الضرب، والجرح، والتحقير، ونزع اليد، والاعتداء على الحدود، والسراقات، والزنى، والخطف، والقتل، والدية، وما يُحال إليها من قضايا<sup>(١)</sup>.

وفي العهد الأردني، بقيت لجنة الأمن والإصلاح المشكلة منذ زمن الانتداب لحل القضايا، حسب العرف والعادة سارية المفعول، ولكن الحكومة الأردنية، وسعت اللجنة، بأن عينت في كل قرية قضاة لحل المشاكل، وكان كل منهم يختص بقضايا الدم، أو قضايا العرض، أو قضايا الأرض، كل حسب خبرته، ولم يصل المحاكم النظامية سوى القليل من المشاكل<sup>(٢)</sup>.

وفي عهد الاحتلال الإسرائيلي، نتيجة لرفض التعامل مع الاحتلال، وأجهزته التعسفية، كان الناس يحلون مشاكلهم باللجوء إلى رجالات الإصلاح، والقضاة العشائريين، حسب العرف والعادة.

وفي ظل الانتفاضة الشعبية الأولى (١٩٨٧ - ١٩٩٣) صدرت الدعوات إلى استمرار حل المشاكل بالإصلاح الذاتي، وأصدرت القيادة الوطنية الموحدة بياناً، تدعو فيه إلى تشكيل لجان الإصلاح، وحل المشاكل في قرى ومدن الضفة الغربية، وقطاع غزة؛ لحل المشاكل والصراعات، دون اللجوء إلى المحاكم التي تدار من قبل سلطات الاحتلال. وأصدر المجلس الوطني الفلسطيني المنعقد في عمان قراراً، بتشكيل لجنة من المجلس الوطني للإصلاح، على أن تشكل لجان فرعية للإصلاح، في الضفة الغربية وقطاع غزة<sup>(٣)</sup>.

واستطاعت هذه اللجان إدارة الأمور القضائية بين أفراد الشعب بجدارة؛ لتكون بديلاً عن محاكم الاحتلال، الأمر الذي كرس سلطة الشعب، بما يتلاءم مع توجهات الانتفاضة المباركة في مواجهة سلطة الاحتلال، بإيجاد جهاز شعبي ووطني؛ للحفاظ على وحدة وتوازن البنية الاجتماعية بحسب الإمكانيات المتاحة.

ومع دخول السلطة الوطنية الفلسطينية، وتسلمها مهامها بعد اتفاق أوسلو ١٩٩٤، تم تأسيس مكتب لإدارة العشائر، الذي يعدّ من أجهزة السلطة الوطنية، والذي يهتم بعشائر فلسطين في الداخل والخارج، ويتبع مكتب الرئيس مباشرة، وتم تعيين مستشار الرئيس لشؤون العشائر، وعقد مؤتمر القضاء العشائري برعاية الرئيس ياسر عرفات عام ١٩٩٧ وخرج بعدد من التوصيات، أهمها: تأكيد أهمية رجالات الإصلاح، وقضاة العرف، في إحلال النظام والأمن، دون تلقي أي رسوم<sup>(٤)</sup>، وبتاريخ ٢٠٠٥/٣/١٥، تم إلحاق (دائرة شؤون العشائر والإصلاح) بوزارة الداخلية، وتعمل (الإدارة العامة لشؤون العشائر والإصلاح) على تشكيل لجان الإصلاح في كافة محافظات الوطن، وتقوم

(١) القضاء غير النظامي، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢) د. جرادات، إدريس، المرجع السابق، ص ٢١.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٣.

(٤) المرجع السابق، ص ٢٣، ٢٤.

بكل ما من شأنه إحلال السلم الأهلي، والتدخل في جميع القضايا والخلافات العشائرية، سواء كانت شخصية، أو اجتماعية، أو أي خلاف، أو إشكال، وذلك تماشياً مع القانون والأعراف العشائرية<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة العلاقة بين العرف العشائري والقضاء النظامي

بداية لا بد من تحديد طبيعة العرف العشائري لتوضيح العلاقة مع القضاء النظامي، فعلى الرغم من تطور القانون الوضعي وانتشاره وتشعبه، إلا أن القواعد العرفية ما زالت تحكم الحياة الاجتماعية في المجتمع الفلسطيني، ويمثل العرف العشائري الأصل التاريخي للوساطة الجنائية أسلوباً قديماً في تحقيق الضبط الاجتماعي<sup>(٢)</sup>، حيث ينطبق على تدخل رجال العرف العشائري في حل أشهر القضايا التي يشهدها المجتمع الفلسطيني كالقتل وإصدار أحكام فيه، صورة من صور الوساطة المجتمعية، التي تستمد أحكامها من العرف والعادة والقانون، والتي تمثل إحدى الوسائل البديلة في حل المنازعات.

وقد أظهرت دراسة ميدانية لفريق معهد الحقوق في جامعة بيرزيت، عدم وجود أثر للقضاء النظامي على القضاء غير النظامي؛ بسبب بطء إجراءات الأول والتأخر في إنهاء النزاعات، وإصدار الأحكام، موازنة بطبيعة عمل الثاني، في حين وجدت أثراً واضحاً للقضاء غير النظامي في عمل القضاء النظامي، بين مناطق الضفة الغربية وقطاع غزة.

ويعدّ اتصال العرف العشائري بالنزاع وإبرام صلح بين أطراف الخصومة بمنزلة التنازل عن الحق الشخصي أمام القضاء النظامي، فقد درجت المحاكم الفلسطينية على الإفراج عن المتهمين بكفالة في حالات كثيرة، وتخفيف العقوبة إلى النصف، أو إلى الحد الأدنى المنصوص عليه قانوناً، أو أقل من الحد الأدنى<sup>(٣)</sup>، نتيجة لإجراءات الصلح العشائري، ولعل ذلك يعود إلى إسقاط دعوى التعويض المدنية، المصاحبة للدعوى الجزائية، أمام القضاء النظامي، إضافة إلى اعتقاد القضاة بأن تهديد الأمن والنظام العام لم يعد قائماً، بعد توقيع صكوك الصلح<sup>(٤)</sup>.

وبعبارة أخرى فإن العلاقة بين القضاء النظامي والعرف العشائري يمكن تحديدها بأن العرف العشائري يعقل القضاء النظامي عن الاتصال بالدعوى الجزائية، وإن كان هذا الأمر غير مقرر بالنصوص القانونية أو الأحكام القضائية، إلا أن الواقع العملي يؤكد هذه العلاقة، فكثير من القضايا التي ينطبق عليها وصف الجنائية كالقتل العمد،

(١) القضاء العشائري في فلسطين، دون تاريخ نشر، وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية(وفا)، فلسطين، من خلال:

[https://info.wafa.ps/ar\\_page.aspx?id=9238](https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=9238) . جدير بالذكر أنه بتاريخ ٢٠١٢/٨/٥ أصدر الرئيس قراراً بإنشاء وتشكيل الهيئة العليا

لشؤون العشائر للمحافظات الجنوبية، لكن في ٢٠١٩/٧/٢٩ قرر الرئيس إلغاء هذه الهيئة في قطاع غزة.

(٢) د. براك، أحمد ، نظام الوساطة الجنائية وقضاؤنا العشائري، دون تاريخ نشر، موقع د. أحمد البراك، من خلال:

<http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/19>

(٣) وجاء في حكم محكمة النقض الفلسطينية في القضية رقم ٢٠٢١/٥٣ جزء الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٥/٣ " وحيث إن من شأن ثبوت وقوع المصالحة وإسقاط الحق الشخصي التأثير في الحكم من حيث مقدار العقوبة والنزول عن حدّها الأدنى ، وحيث إن ذلك من مسائل الواقع التي تختص بتقديرها محكمة الموضوع".

(٤) القضاء غير النظامي: المرجع السابق، ص ١٠١، ١٠٢.

تم تدخل رجال العرف العشائري بها، وحال هذا الأمر دون تدخل القضاء النظامي، مما يُظهر أن العادات والتقاليد أقوى من القانون في تحقيق الضبط الاجتماعي، لكن هذا الضبط مؤقتاً- معرض للانهايار في أي لحظة.

وهنا يظهر العرف العشائري بديلاً عن القضاء النظامي، حين توقف ملاحقة المتهم عن الجريمة المنسوبة إليه أمام القضاء النظامي لمساءلته عشائرياً، وفي المقابل فإنه يصعب تصور مدى تأثير قرارات القضاء النظامي على عمل رجال العرف العشائري<sup>(١)</sup>، ولربما لا تؤثر قرارات القضاء النظامي على قرارات العرف العشائري.

### المطلب الثاني: أسباب اللجوء إلى العرف العشائري وأثره على السلم الأهلي

يفضل الأفراد في بعض المناطق الفلسطينية، وخاصة في الجنوب من الضفة الغربية، وفي قطاع غزة، وبعض المحافظات الأخرى، بنسبة أقل، اللجوء إلى العرف العشائري بديلاً عن القضاء النظامي وسيادة القانون، معتقدين أن أحلى الخيارين مراً، لكنه أسرع في معالجة القضية، ويضع الحل المناسب مادياً، ومعنوياً.

وعليه، يتناول الباحث هذا المطلب في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أسباب اللجوء إلى العرف العشائري.

الفرع الثاني: أثر العرف العشائري على السلم الأهلي.

الفرع الأول: أسباب اللجوء إلى العرف العشائري

يُعزى اللجوء إلى العرف العشائري إلى عدة أسباب، وهي:

أولاً- طبيعة المجتمع الفلسطيني:

يعد المجتمع الفلسطيني من المجتمعات التي تعلي من قيمة العادات والتقاليد، وتعطيها حيزاً كبيراً في تنظيم شؤون حياته اليومية، خاصة على الصعيد الاجتماعي والقانوني، مما جعل هذا المجتمع يجد ما يتناسب وطبيعته، ويُلبى توجهات أفرادها، الذين يرون إلزامية الأعراف، والعادات والتقاليد في العرف العشائري، لحل ما يواجهه من مشاكل وقضايا<sup>(٢)</sup>. كما أن بعض العادات المتوارثة في المجتمع الفلسطيني، تجعل اللجوء إلى القضاء النظامي في

(١) جاموس، عمار، تقرير حول الإصلاح العشائري من منظور حقوقي وقيمي ودستوري، الفصلية، فصلية حقوق الإنسان، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، العدد ٦٣ خريف ٢٠١٩، ص ١٦.

(٢) د. رحال، عمر، الجلوة العشائرية وأثرها على السلم الأهلي وحقوق الإنسان في فلسطين، بحث ضمن: السلم الأهلي في فلسطين بين إرث الماضي وتشريعات الحاضر، الائتلاف المدني لتعزيز السلم الأهلي وسيادة القانون، رام الله، ٢٠١٩، ص ٨٣.

بعض الأحيان محرماً على أفراد بعض العشائر، أو المناطق المحافظة، حيث يتعرض المتوجهون إلى القضاء النظامي للنهب الاجتماعي<sup>(١)</sup>.

ثانياً- ضعف السلطات العامة:

أدى ضعف السلطات العامة الفلسطينية، وعدم قدرتها على بسط نفوذها على كامل التراب الفلسطيني، إلى توجه المواطنين نحو العرف العشائري في معالجة القضايا. فوفقاً لاتفاقية أوسلو، فإن السلطة الفلسطينية لا تستطيع ممارسة سيادتها على مناطق واسعة من الضفة الغربية، حيث إن هذه المناطق مصنفة (مناطق ج) ، ناهيك عن قطاع غزة الذي يخضع لسيطرة حركة حماس، أما القدس فهي خاضعة لسيطرة إسرائيلية كاملة، مما دفع السلطة نفسها، للاستعانة برجال العرف العشائري، في حل النزاعات وحفظ السلم الأهلي، في تلك المناطق.

ثالثاً - ضعف الثقة في القضاء النظامي:

شكل ضعف ثقة الجمهور في القضاء النظامي الفلسطيني، دافعا قويا للفلسطينيين في اللجوء إلى العرف العشائري، حيث يعاني المواطن من طول أمد إجراءات التقاضي أمام القضاء النظامي، وكثرة التكاليف، وفقد الثقة في الجهاز القضائي؛ لقلة الخبرة لدى بعض القضاة<sup>(٢)</sup>، وقد أظهرت نتائج استطلاع رأي أن ٧٣% في الضفة الغربية، و ٨٨% في قطاع غزة يرون أن الإصلاح العشائري أسرع وأكثر عدلاً<sup>(٣)</sup>.

رابعا - حفظ السلم الأهلي:

يعزي العديد من رجال الإصلاح، والمحامين، والحقوقيين، حفظ السلم الأهلي الغاية الأساسية في اللجوء إلى العرف العشائري، حيث إن لرجال الإصلاح علاقات اجتماعية، وعلاقات بالسلطات العامة، وخاصة أجهزة إنفاذ القانون، تستثمرها في تطويق النزاعات، والحد من آثارها، خاصة في جرائم القتل، التي تقع في المناطق التي لا تمتد إليها سيادة السلطة الفلسطينية<sup>(٤)</sup>.

### الفرع الثاني: أثر العرف العشائري على السلم الأهلي

إن اللجوء إلى العرف العشائري يغل يد القضاء النظامي عن الاتصال بالدعوى، ويمكن التعبير مجازاً عن هذا الأمر بأن العرف العشائري أحد القيود المجتمعية على تحريك النيابة العامة للدعوى الجنائية، وإن كان هذا الأمر غير مقر قانوناً إلا أنه راسخ في الممارسة العملية والحياة اليومية الفلسطينية.

(١) د. بني فضل، علاء و ياسين، لجين، القضاء غير النظامي ودوره في ميزان الانصاف والعدالة وسيادة القانون، فصلية حقوق الإنسان، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، العدد ٦٣ خريف ٢٠١٩، ص ٢٠.

(٢) د. بني فضل، علاء و ياسين، لجين، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٣) التقرير الوطني لمسح آراء المجتمع الفلسطيني في أداء منظومة العدالة الفلسطينية، وبيان المتغير في وضع العدالة في فلسطين، بين عامي ٢٠١٥ و ٢٠١٨، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) كانون الأول ٢٠١٨، ص ١٨.

(٤) حرب، جهاد، أثر رد القضايا المتنازع عليها بين الأطراف المتنازعة من قبل سلطة إنفاذ القانون إلى سلطة العشيبة على سيادة القانون، بحث ضمن: السلم الأهلي في فلسطين بين إرث الماضي وتشريعات الحاضر، الائتلاف المدني لتعزيز السلم الأهلي وسيادة القانون، رام الله، ٢٠١٩، ص ٢٨.

وقد استقر العرف العشائري في المجتمع الفلسطيني، وفي أذهان الناس، منذ مدة ليست بالقصيرة، ووجد اعترافاً رسمياً بفعل الظروف التاريخية، والسياسية، المستمدة من الواقع الذي يعيشه الشعب الفلسطيني، وإلى حد ما أصبح العرف العشائري جزءاً من الواقع القانوني، والاجتماعي، في الحياة الفلسطينية، حتى أصبح الأفراد في البادية، والقرى، والمدن، يرونه السبيل الأمثل لحل القضايا، والنزاعات الخطيرة، كالقتل، والسرقة، والاعتصاب... .

وأحياناً تقوم المؤسسة الأمنية الفلسطينية بالاستعانة برجال العشائر فيما يخص هذه القضايا المجتمعية الخطيرة، وتعتمد عليهم في المناطق التي لا تستطيع الوصول إليها بشكل سريع<sup>(١)</sup>.

إلا أن هذا الدور المهم للعرف العشائري لا يمنع أن يسجل عليه في بعض الأحيان انتهاكات، وتجاوزات، ذات علاقة بضمانات العدالة، أو حقوق المتقاضين<sup>(٢)</sup>، التي تنعكس على السلم الأهلي بشكل خطير، حيث إن ما يقضي به العرف العشائري يكون دافعاً للانتقام مستقبلاً، من أحد الطرفين المتخاصمين تجاه الآخر، كما يفقد القضاء العشائري أي ضمانات، تمنع تجدد النزاعات مستقبلاً.

ويرى الباحث أن السلم الأهلي الذي يحققه العرف العشائري يكون مؤقتاً لعدة أشهر، وربما سنوات قليلة، ثم تتفجر النزاعات من جديد، فيتم في بعض الأحيان التآمر بتدمير الممتلكات، أو الحرق، أو القتل، بعد سنوات من وجود صك الصلح العشائري، وقد شهدنا العديد من القضايا منذ مطلع العام ٢٠٢٢ بالتآمر، بعد سنوات من وجود صك الصلح، كما هو الحال على سبيل المثال في (الخليل وجنين).

ويرجع ذلك إلى عدة أسباب أهمها: أن غالبية رجال العشائر تنقصهم الثقافة القانونية، ويستخدمون طرقاً بدائية وتقليدية، لإدانة الجناة وهذا يتناقض وحق الإنسان في محاكمة عادلة<sup>(٣)</sup>، فهذا الحق يتطلب عدم معاقبة الشخص، إلا بعد اتباع إجراءات قانونية سليمة وعادلة، وتمكين المتهم من ممارسة حقه في الدفاع عن نفسه، إضافة إلى إجراء المحاكمة العلنية، وإطلاع المتهم على جميع التهم الموجهة إليه والأدلة التي تؤيدها، وحقه في مناقشة الشهود والخصوم، ويفترض هذا الحق بشكل أساسي قرينة البراءة، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته بموجب حكم قضائي نهائي صادر عن محكمة مختصة<sup>(٤)</sup>.

لكن، يتبع العرف العشائري إجراءات غير محددة، وغير ثابتة، حيث يمكن التغاضي عن بعضها في سبيل الوصول إلى الصلح، كما أن هذه الإجراءات والآليات مصدرها العرف، والعادات والتقاليد، وبالتالي تنطوي على مخالفة لمبدأ الشرعية الإجرائية (لا إجراء بدون نص قانوني)، إضافة إلى إهدارها مبادئ مهمة في المحاكمات مثل: مبدأ افتراض البراءة، الذي هو أساس القانون الجنائي، حيث يقع عبء الإثبات على عائلة المتهم، فيما يسمى

(١) د. رجال، عمر، دور رجال الإصلاح العشائري في حفظ السلم الأهلي من منظور حقوقي، الفصلية، فصلية حقوق الإنسان، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، العدد ٦٣ خريف ٢٠١٩، ص ٨.

(٢) المرجع السابق، ص ٩.

(٣) المرجع السابق، ص ٩.

(٤) الإصلاح العشائري من منظور حقوقي وقيمي دستوري، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة التقارير الخاصة (١٠٢) ٢٠١٩، ص ٤٦.



(بخطوة التفتيش) إثبات عدم صلة ابنهم في الجريمة المرتكبة وإسنادها إلى شخص غيره، على خلاف إجراءات الإثبات التي يتبعها القضاء النظامي، حيث يقع عبء الإثبات فيها على النيابة العامة<sup>(١)</sup>.

كما يقوض العرف العشائري أبرز المبادئ الدستورية وحقوق الإنسان: مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء الذي لا يخلو منه دستور أي دولة، فمن جهة القواعد التي يتم تطبيقها هي قواعد ارتجالية، مصدرها العرف والعادات والتقاليد، كما أن إلزامية هذه القواعد ليست مرتبطة بسلطة الدولة في تطبيق القانون، أي أن مصدر هذه القواعد ومصدر إلزامها من يطبقها، أو من يفرضها، كونها قانون عرفي، أو عشائري<sup>(٢)</sup>، ومن جهة أخرى يلعب الوضع الاجتماعي لأطراف النزاع، من حيث حجم الحمولة أو العشيرة، وقربها من السلطات العامة، وانتمائها السياسي، دورا بارزا في القرارات التي يصدرها العرف العشائري، التي تختلف باختلاف هذه المعايير جميعها، وتعد عناصر مهمة في التأثير على صيغة ومحتوى القرارات الصادرة من قبل العرف العشائري، وبعبارة أخرى، غالبا ما تصاغ الحلول العشائرية وفقا لميزان القوى بين العائلات المعنية<sup>(٣)</sup>.

ناهيك عن أن رجال العرف العشائري، غالبا يعرفون أطراف النزاع معرفة شخصية، مما يفقدهم صفة الحياد، والموضوعية، والنزاهة في التعامل مع القضية المعروضة عليهم، فيخالفون قاعدة هامة في تحقيق العدالة لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي في القضايا الجنائية، الأمر الذي يفقد القرارات التي يصدرونها صفة العدالة، فلا يرتضي بها الأطراف بقناعة، وإنما بضغوط اجتماعية، هذا كله يقوض المساواة، والشعور بالعدالة، كضمانة لاستتباب السلم الأهلي. فمن المعلوم أن السلم الأهلي يتحقق إذا شعر الفرد داخل المجتمع بالمساواة في الحقوق والواجبات، دون تمييز بسبب الانتماء العرقي، أو الديني، أو السياسي، أو الاجتماعي... .

كما أن جنس أحد الأطراف في النزاعات أمام رجال العرف العشائري، يؤدي إلى إصدار الأحكام دون التحقق من البراءة أو التهمة، حيث يتم اتخاذ قرار ضد المشتبه به وأهله بالترحيل، وقد يكون ظلما، دون إعطائه حق الدفاع عن نفسه، خاصة في قضايا العرض<sup>(٤)</sup>.

وعلى صعيد العقوبات التي يصدرها رجال العرف العشائري، فهي لا تتناسب وجسامة القضايا التي يصدرون القرارات فيها، حيث إن هذه القضايا على درجة عالية من الخطورة، ويفترض أن تصل عقوباتها إلى حد الإعدام، أو الأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، لكن رجال العرف العشائري يفرضون غرامات مالية فقط، تصل إلى مئات الآلاف من الدنانير، تفوق قدرة عائلة المتهم، مما يفرض عليهم التضامن، وبيع ممتلكاتهم؛ لدفع الغرامة، وشراء أمنهم وأمن عائلاتهم، وهذا يتعارض ومبدأ شخصية العقوبة<sup>(٥)</sup>، كما أن هذا المبدأ الأخير، يتم هدمه، ويتجاوز

(١) المرجع السابق، ص ٤٦.

(٢) د. خليل، عاصم، التعددية القانونية كمدخل لفهم الظواهر القانونية في فلسطين: القانون العشائري كحالة دراسية، مجلة الحقوق، الكويت، العدد (٣)، سبتمبر ٢٠١٩، ص ٣.

(٣) المرجع السابق، ص ١٩.

(٤) المرجع السابق، ص ٢١.

(٥) الرئيس، ناصر، مداخلة، هل الصلح العشائري كأداة ووسيلة ودية لحل وتسوية النزاعات، مقدمة إلى: مؤتمر الوساطة الأول في فلسطين (الوساطة نحو نهج وممارسة في المجتمع الفلسطيني)، مؤسسة تعاون لحل الصراع، رام الله، ٢ نوفمبر ٢٠٠٩، ص ٢٣.

إلى العقاب الجماعي الذي يعتبر انتهاكا صارخا لحقوق الإنسان وتهديدا مؤكدا للسلم الأهلي، من خلال فرض عقوبة النفي الجماعي من مكان الإقامة<sup>(١)</sup>، أي ما تعرف (بالجلوة) وهي عقوبة تقع على الجاني وأقاربه حتى الجد الخامس أحيانا دون ذنب لهم؛ بسبب أنهم يحملون اسم نفس العائلة، حيث يجبرون على الرحيل من مكان سكنهم، وهي تمثل عقابا جماعيا، وانتهاكا صارخا للحق في التمتع ببيئة آمنة، وتشكل انتهاكا للحقوق المدنية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، وتشريد للناس، وتمزيق للنسيج الاجتماعي، حيث يتم فقد التعليم، والعمل، والعلاقات الاجتماعية، والممتلكات، لهؤلاء الأشخاص، وتشريدهم، فهناك تناسب طردي بين مفهوم السلم الأهلي وبين مستوى الاستقرار الاقتصادي والسياسي والاجتماعي لأي مجتمع، والأدهى، أن يتم تنفيذها بقوة القانون عبر المحافظين، وتحت إشراف الأجهزة الأمنية<sup>(٢)</sup>، التي ينتظر منها المواطن أن تحميه، وتحافظ على حقوقه المكفولة في الدستور.

ويقوم أهل المجني عليه، أو أصحاب الحق المعتدى عليه بردة فعل، يعبرون عنها بقتل أبرياء، أو ضرب، أو جرح، أو حرق، أو تدمير ممتلكات، وهو ما يسمى في العرف العشائري (فورة الدم)، ويعتبر رجال العرف العشائري كل ما يحصل في هذا المقام (مسحوق)، أي أن من قام به غير مطالب بحق، وإنما هي عبارة عن ردة فعل طبيعية، لا تستوجب الدية، أو التعويض، أو ما شابه ذلك، ويرى جانب من الفقه أن فورة الدم هي حق لأهل المجني عليه، التي تمتد لثلاثة أيام وثلاث اليوم<sup>(٣)</sup>، مما يشكل في كثير من الحالات دافعا للانتقام من المقضي له، له، حتى إن تم القبول بصك الصلح العشائري.

فلا يمكن تصور استتباب السلم الأهلي في ظل العرف العشائري، وما يقضي به، حيث إن قرارات العرف العشائري تجافي العدالة، وإن قبولها يكون إما خوفا من سطوة أهل الجاني، أو جراء ضغوط مختلفة، يمارسها ممثلو العرف العشائري في سبيل ضمان الموافقة على الحل.

## الخاتمة

### أولاً: النتائج

- السلم الأهلي ركيزة أساسية لبناء المجتمعات وتطورها.
- السلم الأهلي حجر الزاوية في المحافظة على الحقوق الوطنية للشعب الفلسطيني.
- السلم الأهلي في فلسطين في أسوأ حالاته، وفي وضع خطير.
- يعاني المجتمع الفلسطيني من تراجع كبير في قيم التسامح، والمحبة.
- عواقب انهيار السلم الأهلي في المجتمع الفلسطيني سيكون له انعكاسات خطيرة على القضية الفلسطينية.
- سيادة القانون ركيزة أساسية في بناء السلم الأهلي.
- سيادة القانون في فلسطين لا ترقى إلى المستوى المطلوب للحفاظ على السلم الأهلي.

(١) د. خليل، عاصم، المرجع السابق، ص ٢٠، ٢١.

(٢) د. رحال، عمر، الجلوة العشائرية وأثرها على حقوق الإنسان والسلم الأهلي في فلسطين، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٣.

- يعاني المجتمع الفلسطيني من سطوة العرف العشائري على سيادة القانون.
- السلم الأهلي في ظل العرف العشائري مؤقت.

### ثانياً: التوصيات

- دعوة المشرع الفلسطيني إلى تقنين العلاقة بين العرف العشائري وسيادة القانون، بحيث يكون العرف العشائري مساعداً في التهدئة بين الأطراف المتنازعة، ويساعد في تنفيذ قرارات النيابة وأحكام المحاكم، وليس بديلاً عنها.
- دعوة المشرع الفلسطيني إلى النص على جعل الأحكام التي يصدرها العرف العشائري مقتصرة على الشق المدني في القضايا التي يفصل بها هذا العرف، دون الشق الجزائي.
- دعوة القضاة إلى سرعة البت في القضايا المعروضة عليهم، بما يكفل العدالة الناجزة؛ لما لها من أثر في بناء السلم الأهلي.
- دعوة مجلس القضاء الأعلى إلى تطوير مهارات القضاة، وخبراتهم القانونية.
- دعوة وزارة التربية والتعليم، ووزارة التعليم العالي وبالتعاون مع الوزارات الأخرى، إلى نشر الوعي في المدارس، والجامعات، بأهمية السلم الأهلي، ودوره في البناء المجتمعي. وأن يكون من ضمن المناهج الدراسية.
- دعوة الإذاعات المحلية، والقنوات التلفازية، إلى إنتاج ونشر برامج تركز على تعزيز ثقافة التسامح والقيم الحميدة، ونشر الوعي بأهمية السلم الأهلي في التطور والازدهار.
- دعوة الأسر إلى تربية أبنائها على قيم التسامح والمحبة، ونبذ ثقافة العنف، التي زرعت الحقد والتأثر لدى الأجيال الشابة.
- الدعوة إلى إقرار ميثاق شرف بمشاركة الكل الفلسطيني ينبذ التأثر وما يتبعه من أعمال عنف.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً- المصادر :

- الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات(معجم في المصطلحات والفروق اللغوية)، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة ، بيروت، بدون سنة نشر .

### ثانياً - الكتب :

- التكروري، عثمان، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٣)، لسنة ٢٠٠١، ط٢، دار الفكر، القدس، ٢٠١٣.
- الغروي، محمد، السلام في القرآن والحديث، ط١، دار الأضواء للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٥.
- ثابت، محمود سالم، القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع، أم الكتاب للأبحاث والدراسات الإلكترونية، بدون سنة نشر، غزة، فلسطين.
- جرادات، إدريس، الصلح العشائري وحل النزاعات، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠١٤.
- حرب، جهاد، أثر رد القضايا المتنازع عليها بين الأطراف المتنازعة من قبل سلطة إنفاذ القانون إلى سلطة العشيرة على سيادة القانون، بحث ضمن: السلم الأهلي في فلسطين بين إرث الماضي وتشريعات الحاضر، الائتلاف المدني لتعزيز السلم الأهلي وسيادة القانون، رام الله، ٢٠١٩.
- رجال، عمر، الجلوة العشائرية وأثرها على السلم الأهلي وحقوق الانسان في فلسطين، بحث ضمن: السلم الأهلي في فلسطين بين إرث الماضي وتشريعات الحاضر، الائتلاف المدني لتعزيز السلم الأهلي وسيادة القانون، رام الله، ٢٠١٩.
- عبد الله، عماد محمد، دور العلماء في تعزيز السلم الأهلي بين إجراءات الدولة وحقوق الناس، ط١، منتدى العلم والعلماء، الرياض، ٢٠١٨.
- نحو ثقافة سيادة القانون، دليل عملي، معهد الولايات المتحدة للسلام، ٢٠١٥.
- تعزيز سيادة القانون عن طريق التعليم، (دليل لواقعي السياسات) اليونسكو، ٢٠١٧.

### ثالثاً - الدوريات :

- الخالدي، أحمد، معوقات استقلال السلطة القضائية الفلسطينية(دراسة مقارنة في ظل التشريعات الفلسطينية ١٩٩٤\_١٩٩٨، مجلة جامعة النجاح للأبحاث(العلوم الإنسانية)، المجلد١٦ (٢) ٢٠٠٢.
- الرئيس، ناصر، مداخلة، هل الصلح العشائري كأداة ووسيلة ودية لحل وتسوية النزاعات، مقدمة إلى: مؤتمر الوساطة الأول في فلسطين(الوساطة نحو نهج وممارسة في المجتمع الفلسطيني)، مؤسسة تعاون لحل الصراع، رام الله، ٢ نوفمبر ٢٠٠٩.
- بني فضل، علاء و ياسين، لجين ، القضاء غير النظامي ودوره في ميزان الانصاف والعدالة وسيادة القانون، فصلية حقوق الإنسان، العدد( ٦٣) خريف ٢٠١٩، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان.

- جاموس، عمار، تقرير حول الإصلاح العشائري من منظور حقوق وقيمي ودستوري، الفصلية، فصلية حقوق الإنسان، العدد (٦٣) خريف ٢٠١٩، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان.
- خليل، عاصم، التعددية القانونية كمدخل لفهم الظواهر القانونية في فلسطين: القانون العشائري كحالة دراسية، مجلة الحقوق، الكويت، العدد(٣)، سبتمبر ٢٠١٩.
- رحال، عمر، دور رجال الإصلاح العشائري في حفظ السلم الأهلي من منظور حقوقي، الفصلية، فصلية حقوق الإنسان، العدد(٦٣) خريف ٢٠١٩.

#### رابعا - رسائل علمية:

- جواد، خالد سلمان، حماية المدنيين في زمن النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

#### خامسا - أبحاث مقدمة لمؤتمرات:

- بغدادي، عبد السلام، السلام الوطني المدني(دراسة في المفاهيم والمقدمات)، بحث مقدم إلى الندوة العلمية "سبل تعزيز التعايش والثقافة الوطنية في العراق"، كلية العلوم السياسية جامعة بغداد ووزارة الثقافة، يومي ٢٦ و ٢٧ ديسمبر ٢٠١٢.

#### سادسا - تقارير:

- تقرير البنك الدولي (الصراع والأمن والتنمية) واشنطن، ٢٠٠١.
- تقرير الأمين العام، سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع، الأمم المتحدة، ٢٠٠٤، وثيقة رقم: S/٢٠٠٤/٦١٦.
- القضاء غير النظامي: سيادة القانون وحل النزاعات في فلسطين، سلسلة القانون والمجتمع، تقرير ميداني، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، ٢٠٠٦.
- المرصد القانون الخامس، التقرير الوطني لمسح آراء المجتمع الفلسطيني في أداء منظومة العدالة الفلسطينية، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، رام الله، ديسمبر ٢٠١٨،
- التقرير الوطني لمسح آراء المجتمع الفلسطيني في أداء منظومة العدالة الفلسطينية، وبين المتغير في وضع العدالة في فلسطين، بين عامي ٢٠١٥ و ٢٠١٨، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء(مساواة) كانون الأول ٢٠١٨.
- الإصلاح العشائري من منظور حقوقي وقيمي دستوري، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة التقارير الخاصة(١٠٢) ٢٠١٩.
- التقرير الرسمي الأول لدولة فلسطين، المقدم إلى لجنة حقوق الإنسان، ١٨ مايو ٢٠٢١، وثيقة رقم: ١/CCPR/C/PSE.

## سابعاً — المواقع الالكترونية:

- أبو لبد، محمد، السلم الأهلي أساس بناء المجتمع وتطوره، تاريخ النشر: ٣١ أغسطس ٢٠١٦، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة(أمان)، فلسطين، من خلال: <https://www.aman-palestine.org/media-center/6338.html>
- براك، أحمد، سيادة القانون، بدون تاريخ النشر: موقع د. أحمد براك، من خلال <http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/1048>
- براك، أحمد، نظام الوساطة الجنائية وقضاؤنا العشائري، دون تاريخ نشر، موقع د. أحمد البراك، من خلال: <http://www.ahmadbarak.ps/Category/StudyDetails/19>
- طالب، حكم، السلم الأهلي مرتكز أساسي يجب الحفاظ عليه، تاريخ النشر: ١٣ يونيو ٢٠٢٠، وكالة قدس نت، فلسطين، من خلال: <https://qudsnet.com/post/489190/%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%87%D9%84%D9%8A-%D9%85%D8%B1%D8%AA%D9%83%D8%B2-%D8%A3%D8%B3%D8%A7%D8%B3%D9%8A-%D9%8A%D8%AC%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%81%D8%A7%D8%B8-%D8%B9%D9%84%D9%8A%D9%87>
- عبد الحليم، مهند، السلم الأهلي في خطر، تاريخ النشر: ٢١ يوليو ٢٠١٥، صحيفة الأيام الفلسطينية، فلسطين، من خلال: [https://www.al-ayyam.ps/ar\\_page.php?id=f9328c2y261302466Yf9328c2](https://www.al-ayyam.ps/ar_page.php?id=f9328c2y261302466Yf9328c2)
- حملة فوضى السلاح، تاريخ النشر: ٣١ مارس ٢٠٢١، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، فلسطين، من خلال: <https://www.ichr.ps/awareness-campaigns/3451.html>
- ارتفاع نسبة الجريمة منذ مطلع العام، تاريخ النشر: ١٤ يوليو ٢٠٢١، وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية(وفا)، فلسطين، من خلال: <https://www.wafa.ps/Pages/Details/27794>
- الأمم المتحدة ، الهدف السادس عشر : السلام والعدل والمؤسسات القوية، من خلال: <https://www.un.org/ar/chronicle/article/20297>
- المقتفي: منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، دون تاريخ نشر، من خلال: <http://muqtafi2.birzeit.edu/muqtafi2/transform/fulltext/L2RiL211cXRhZmkvYWN0L3htbC8xOTIzL29yZGnuY2xfS2luZ18xOTM3LTAxLTlyX2FyLzUwNzBfMTkyMy54bWw>
- القضاء العشائري في فلسطين، دون تاريخ نشر، وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية(وفا)، فلسطين، من خلال: [https://info.wafa.ps/ar\\_page.aspx?id=9238](https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=9238)
- Harbour Louise, what The Rule Of Law Means, International Peace Institute, date of publication,10 May2012. <https://www.ipinst.org/2012/05/arbour-what-the-rule-of-law-means>

## تأويلات الحدائين في فهم النصوص وتوظيفها بدعوى المقاصد الشرعية

محمد خلف منصور العطوي\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.02](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.02)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٦/٠٨

تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/٠٧/٢١

\* كلية الشريعة، وزارة التربية والتعليم والتعليم العالي، قطر.

\* للمراسلة: [Aletewi\\_1988@hotmail.com](mailto:Aletewi_1988@hotmail.com)

### الملخص

نظراً إلى دعاوى التجديد التي ظهرت في العصور المتأخرة، وحركاتها المتواصلة في المطالبة بتجديد الخطاب الديني، فقد برزت طائفة من هذه الأمة تزعم أنها تريد إحياء الدين، وبث الروح فيه، من خلال إعادة قراءة النصوص الشرعية قراءة جديدة. وتهدف هذه الدراسة إلى بيان ونقد موقف إحدى أكبر التيارات الفكرية المعاصرة من مقاصد الشريعة. وقد خلصت الدراسة في بيان ونقد موقف الحدائين من تقديم المقاصد على النصوص والعلل الأصولية إلى أن الفهم المقاصدي الذي تبناه الحدائون لاستمداد الأحكام من خلاله، هو فهم غير سليم إذ أوقعهم في انحرافات كثيرة من خلال تعاملهم مع النصوص الشرعية، كما أنه لا يلتفت إلى المقاصد الشرعية بمعزل عن النصوص، كما أن التوظيف الحدائي الخاطيء للمقاصد هو محاولة للتغلب من الأحكام الشرعية والتمرد على النصوص الجزئية بحجة أن هذه الأحكام خاصة لحقبة زمنية وظروف بيئية معينة.

الكلمات الدالة: الحدائنة، مقاصد الشريعة، النصوص الشرعية.

### Interpretations of the Modernists in Understanding Texts and Employing Them Under the Pretext of Legal Objectives Mohammad Khalaf Mansour AL-Atwi\*

\* College of Sharia, Ministry of Education and Higher Education, Qatar

\* Crossponding author: [Aletewi\\_1988@hotmail.com](mailto:Aletewi_1988@hotmail.com)

Received: 28/06/2022.

Accepted: 21/07/2022.

### Abstract

Returning to the claims of the era that appeared in the carrier antiquity, and their movement, and related to the demand for the renewal of religious discourse, a sect of this nation has emerged, and it is capable of re-reading the texts. This study aims to clarify and critique the position of one of the largest contemporary intellectual currents on the purposes of Sharia. The study concluded in a statement and criticism of the position of the modernists regarding the presentation of the purposes over the texts and fundamentalist ills to: that the intentional understanding that the modernists adopted to derive rulings through it is an incorrect understanding as it led them In many deviations through their dealings with the legal texts, and he does not pay attention to the legitimate purposes in isolation from the texts, and the wrong modernist employment of the purposes is an attempt to evade the legal provisions and rebel against the partial texts on the pretext that these provisions are specific to a certain time period and environmental conditions.

**Keywords:** modernity, objectives of Sharia, Sharia texts.

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فنظراً إلى دعاوى التجديد التي ظهرت في العصور المتأخرة، وحركاتها المتواصلة في المطالبة بتجديد الخطاب الديني، في وقتٍ ضعف فيه المسلمون وتكالب الأعداء عليهم، حتى أصاب الأمة ما أصابها من أمراض فكرية، وثقافية، فبرزت طائفة من هذه الأمة تزعم أنها تريد إحياء الدين، وبث الروح فيه، من خلال إعادة قراءة النصوص الشرعية قراءة جديدة، وأخذوا ينادون أولاً باستقلال مقاصد الشريعة عن علم أصول الفقه، واستثمروا أقوال الإمام ابن عاشور في ذلك، ثم أصبحوا بعد ذلك يطالبون بجعل علم مقاصد الشريعة هو العلم الحاكم على الاجتهاد والاستنباط واستبعاد علم أصول الفقه بوصفه المرجعية العليا في التعامل مع الأدلة الشرعية، وأنه ليس هناك حاجة إلى علم أصول الفقه، فعلم مقاصد الشريعة يغني عنه، لأن المقاصد تُضبط من خلالها المصالح، والشريعة قائمة على تحقيق مصالح العباد في الآجل والعاجل، وأخذوا يطعنون بالإمام الشافعي لوضعه علم أصول الفقه وتركيزه على المنهج النصي الذي يمنع التعددية الفكرية بزعمهم.

**مشكلة الدراسة:**

تحاول هذه الدراسة إجمالاً أن تجيب عن الأسئلة الآتية:

- ١- ما المقصود بالحدائنة؟
- ٢- هل فهمُ الحدائين ونظُرهم لمقاصد الشريعة فهمٌ صحيح ونظُرٌ معتبر، وفق الضوابط المعتبرة للمقاصد الشرعية؟
- ٣- ما هي أهم الآثار التي ترتبت على فهم الحدائين لمقاصد الشريعة؟

**أهمية الدراسة:**

تأتي أهمية هذه الدراسة في التصدي لخطورة الأفكار التي طرحها الفكر الحدائني بدعوته لتجديد الفهم في تناول النصوص، فقد كسب جمهوراً لا يستهان به من المثقفين المسلمين في العالم الإسلامي، يضاف إلى ذلك إثراء المكتبة الإسلامية بدراسة متخصصة في هذا الموضوع تناقش توظيف الحدائين للمقاصد والمصالح بأسلوب علمي.

**أهداف الدراسة:**

لهذه الدراسة أهدافٌ نلخصها في الآتي:

- ١- التعريف بالفكر الحدائني.
- ٢- بيان كيفية تعامل الحدائين مع مقاصد الشريعة كمسلك في فهم النصوص وتأويلها.
- ٣- بيان الآثار التي ترتبت على فهم الحدائين لمقاصد الشريعة.

**الدراسات السابقة:**

- ١- السعيد، محمد بن إبراهيم والعمران، علي بن محمد (٢٠١٨م)، جلاء الحدائنة - إيضاحات لبعض الأصول في الفكر الحدائني وبيان تهافتها- الرياض: دار سلف للنشر والتوزيع.



تناولت الدراسة موقف الحداثيين من الوحي، وتغليب الجانب الحسي على الجانب الغيبي والارتكاز على النزعة المادية، وبيان أهم المناهج الحداثية البحثية لقراءة التراث، كمنهج التاريخية، والألسنية، والتفكيكية.

٢- العمري، محمد خير (٢٠١٤م)، التفكير الديني لدى الحداثيين العرب، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، مجلد ٢٠، عدد ٣.

تناول الباحث أفكار الحداثيين العرب ونظرتهم إلى التراث والنصوص الدينية، وبيّن أهم المبادئ التي يستندون إليها في التعامل مع النصوص من القول بتاريخية النص، والتأويل الباطني للنصوص، ثم بيّن الباحث الآثار العامة لهذا الفكر.

٣- رستم، محمد بن زين العبدین (٢٠١١م)، الفهم الحداثي للنص الديني بين دعاوى الاجتهاد المنضبط والتجديد المنقّلت، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى الدولي: "فهم القرآن والسنة على ضوء علوم العصر ومعارفه" جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة.

عرض الباحث في هذه الدراسة الأسباب التي دعت الحداثيين العرب للأخذ بالمناهج الغربية لفهم القرآن الكريم والسنة النبوية، ثم بيّن الباحث هذه المناهج من حيث المفهوم، وفي النهاية تطرق الباحث لدراسة هذه المناهج دراسة تقييمية.

٤- العبيدلي، حسن يوسف (٢٠٠٩م) قواعد منهج التجديد في أصول الفقه عند المعاصرين - دراسة نظرية تطبيقية " عرض ونقد"، رسالة دكتوراة غير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن.

تناولت هذه الدراسة مفهوم التجديد في أصول الفقه، وبيان قواعد التجديد عند المتقدمين والمعاصرين، ثم بيّن الباحث مناهج التجديد المعاصر في عرض ونقد، الاتجاه التجريبي والاتجاه الحداثي، ثم عرض الباحث قواعد منهج التجديد المعاصر.

#### منهج الدراسة:

في الدراسة اتبع الباحث المنهجين الآتيين:

أولاً: المنهج الوصفي الاستقرائي: وذلك من خلال جمع المعلومات الكافية، ونقل النصوص من مظانها كي أعطي وصفاً دقيقاً، ومعلومات حقيقية كافية.

ثانياً: المنهج التحليلي: وذلك بتحليل أقوال الحداثيين ومحاولة فهم معناها.

## المبحث الأول المدرسة الحدائية المفهوم والمنهج

### المطلب الأول: تعريف الحدائية لغة واصطلاحاً

#### الفرع الأول: الحدائية لغة:

الحدائية هي مصدر الفعل حَدَّتْ، وحدث الشيء يحدث حدثاً وحدائته، وأحدثه هو، فهو محدث وحديث، وكذلك استحدثته، ومن معانيه:

١- كون الشيء بعد أن لم يكن: الحاء والذال والناء أصل واحد، وهو كون الشيء بعد أن لم يكن. يقال حدث أمر بعد أن لم يكن.

٢- نقيض القديم: والحديث نقيض القديم، واستحدثتُ خبراً أي وجدت خبراً جديداً. والحَدْتُ: الأمر الحادث المنكر الذي ليس بمعتاد، وأخذ الأمر بحدائنه وحَدَّته أي بأوله وإبتدائه.<sup>(١)</sup>

والحديث: صفةٌ يوصف بها كل شيءٍ قريب المدة والعهد به،<sup>(٢)</sup> ومنه قول الرسول صلى الله عليه وسلم، لعائشة رضي الله عنها: "لولا حدائة قومك بالكفر لنقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم عليه السلام، فإن قريشاً استقصرت بناءه وجعلت له خلفاً".<sup>(٣)</sup>

#### الفرع الثاني: الحدائية اصطلاحاً:

يقول صاحب معجم اللغة العربية المعاصرة: مصطلح أطلق على عدد من الحركات الفكرية الداعية إلى التجديد والثائرة على القديم في الآداب الغربية وكان لها صداها في الأدب العربي الحديث خاصة بعد الحرب العالمية الثانية،<sup>(٤)</sup> ويرى ناصيف أن الحدائية: "هي حالة خروج من التقاليد وحالة تجديد، وتحدد الحدائية في هذا المعنى بعلاقتها التناقضية مع ما يسمى بالتقليد أو التراث أو الماضي"<sup>(٥)</sup>.

ومن خلال هذا التعريف نجد الحدائية تعني محاربة التقليد والسعي للتجديد بعيداً عن الموروث الماضي والوعي بمتغيرات الحياة ومستجداتها دون أي مراعاة للتأويل والتقاليد، وإطلاق الحريات دون ضوابط من دين أو أخلاق أو أعراف وتقاليد، كما أن فكرة الحدائية الرئيسية هي الثورة على التراث وفعل كل ما هو مرغوب دون النظر إلى الحكم الشرعي من حلال أو حرام. وهي حركة فصل وتجديد في العالم ويظهر ذلك جلياً في وصفهم للحدائية إذ هي انقطاع معرفي، ذلك أن مصادره المعرفية لا تكمن في المصادر المعرفية للتراث في كتب ابن خلدون الأربعة أو في اللغة

(١) القزويني، أحمد بن فارس (٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، د.ط، دار الفكر: دمشق، ١٩٧٩م، ج:٢، ص:٣٦؛ ابن منظور، محمد بن مكرم (٧١١هـ)، لسان العرب، ط:٣، دار صادر: بيروت، ١٤١٤هـ، ج:٢، ص: ١٣١\_١٣٢.

(٢) الزبيدي، محمد بن محمد (١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، ط:١، دار الهداية: مصر، ١٩٨٤م، ج:٥، ص: ٢٠٨.

(٣) البخاري، محمد بن إسماعيل (٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، ط:١، دار طوق النجاة: بيروت، ١٤٢٢هـ، كتاب: الحج، باب: فضل مكة وبنائها، ج:٢، ص ١٤٦، حديث رقم (١٥٨٥).

(٤) عمر، أحمد مختار (١٤٢٤هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط:١، عالم الكتب: القاهرة، ١٤٢٩هـ، ج:١، ص:٤٥٣.

(٥) وطفه، علي، مقاربات في مفهوم الحدائية وما بعد الحدائية، مجلة فكر ونقد، ٢٠٠١م، مجلد:٥، عدد: ٤٣، ص:٤.

المؤسساتية، والفكر الديني وكون الله مركز الوجود وكون السلطة السياسية مركز النشاط الفني وكون الفن محاكاة للعالم الخارجي، الحداثة انقطاع لأن مصادرها المعرفية هي اللغة البكر والفكر العلماني وكون الإنسان مركز الوجود وكون الشعب الخاضع للسلطة مدار النشاط الفني<sup>(١)</sup>.

وهذا يعني أن مصادر المعرفة التراثية الإسلامية قاصرة عن الوعي بمتغيرات الحياة ومستجداتها، من خلال رفض اللغة التي تخضع للقواعد التي اتفق عليها علماء اللغة.  
تعريف الباحث للحداثة:

هي منهج فكري يقوم على القراءة الهدامة للموروث الديني.

### المطلب الثاني: مرتكزات الفكر الحداثي:

يحاول الحداثيون في تعاملهم مع النص الديني أن يستندوا إلى مبادئ يوظفونها لفهم النصوص، وهذه المبادئ هي استمداد من المناهج الغربية التي استخدمها الحداثيون في أوروبا لقراءة النصوص الدينية وللتحرر من سلطة الكنيسة، ونذكر أهم هذه المبادئ بشكل مختصر وهي:

١- التاريخية: وتعني التاريخية حصر النص الديني بزمان معين ووقت معين، بحيث لا يتعدى هذا النص إلى غير زمن نزوله، ويرون النص القرآني كأبي نص تاريخي وأن أحكام القرآن ليست ثابتة وأزلية<sup>(٢)</sup>.

٢- العقلانية: وتتضمن العقلانية باستقلال العقل وتقديمه على النصوص بحيث يصبح العقل هو المفسر لكل شيء، ويحاول الحداثيون من توظيف العقلانية لقراءة النص الديني أن يرفعوا عائق الغيبية عن القرآن الكريم؛ فلا توجد آية تمتنع على اجتهاد العقل<sup>(٣)</sup>.

٣- المصلحة: يتخذ الحداثيون من المصلحة أصلاً مستقلاً للتشريع وليس فرعاً ثابتاً مما يؤكد اعتبارها لبناء الأحكام وإن خالفت نصاً شرعياً، وهذا ما يجعل الحداثيين ينظرون إلى الواقع في الاجتهاد، ولكن ينظرون إلى الواقع بمعزل عن مصادر التشريع الإسلامي من قرآن وسنة وإجماع ويقدر المصالح عن طريق العقل، لأن النصوص الشرعية بنظر الحداثيين ثابتة والحاجات الإنسانية متغيرة، والثابت لا يدرك المتغير.

### المطلب الثالث: اهتمام الحداثيين بمقاصد الشريعة:

حاول الحداثيون توظيف المقاصد لخدمة المبادئ التي يرتكزون إليها في تعاملهم مع نصوص الشريعة من حيث التاريخية والمصلحة والعقل؛ فحاولوا من خلال المقاصد ممارسة هذه الركائز على النصوص الشرعية مما يؤدي إلى إبطالها وعدم استمرارها وفي ذلك يقول الدكتور عبد المجيد الشرفي: " فنظرية المقاصد يحتفظ بها لا محالة من حيث المبدأ ولكن لا بالمعنى الذي ورد عند الشاطبي ولا حتى بالمعنى الذي ورد عند علال الفاسي ومحمد

(١) أبو ديب، كمال، الحداثة، السلطة، النص، مجلة فصول، ١٩٨٤م، مجلد: ٤، عدد: ٣، ص: ٣٧.

(٢) عبد الرحمن، طه، روح الحداثة المدخل إلى تأسيس الحداثة الإسلامية، ط ٣، المركز الثقافي العربي: الدار البيضاء، ٢٠١٣م، ط ٣، ص: ١٨٤؛

العمرى، محمد خير، التفكير الديني لدى الحداثيين العرب، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، ٢٠١٤م، مجلد: ٢٠، عدد: ٣، ص: ٤٢٤.

(٣) طه، روح الحداثة، ص: ١٨١.

الظاهر بن عاشور، بل بما هي إمكانية تجاوز الفهم الحرفي للنصوص والنظر إلى ما وراء هذه النصوص من حكمة ومقاصد<sup>(١)</sup>.

كما يدور اهتمام الحدائين حول علم المقاصد ليكون بديلاً عن علم أصول الفقه، وذلك فيما ادّعه الجابري على الإمام الشاطبي إذ قال: "لقد وعى الشاطبي بعمق أن الاجتهاد بالأسلوب القديم قد استنفد كل إمكانياته وأن انفتاح باب الاجتهاد من جديد أصبح يتطلب تأصيل الأصول، وذلك باعتماد كلييات الشريعة ومقاصدها بدل الاقتصار على تفهم معنى ألفاظ النصوص واستنباط الأحكام منها أو على قياس حادثة على حادثة فيما لا نص فيه"<sup>(٢)</sup>.  
فيرى الحدائون أن المقاصد مقصودة في ذاتها، وأن النصوص وسائل لتحقيقها؛ فلا حرج من تجاوز هذه النصوص وممارسة أي وسائل قابلة لتحقيق هذه المقاصد؛ مما يؤدي إلى إفساد الشريعة ورفض النصوص لأنها غير قادرة على تحقيق المقاصد، واستبدال أصول الفقه بمقاصد الشريعة، ويبين الدكتور محمد كمال إمام أن المقصد من هذا القول هو "نقل السيادة من الله إلى الإنسان وذلك بتأسيس علم للمقاصد يكون بديلاً عن علم أصول الفقه، ويحكم السلوك البشري بعيداً عن صبغة الأحكام الفقهية الخمسة، الذي يثبت بها علم أصول الفقه المفهوم الديني الإسلامي للحلال والحرام"<sup>(٣)</sup>.

فالجهل في استعمال مقاصد الشريعة يؤدي إلى مفسدات من أهمها إلغاء الشريعة وهدم النصوص وتجاوز الجزئيات وتحكيم الهوى، وقد قال الإمام الشاطبي: "أن من لم يتفقه في مقاصد الشريعة فهمها على غير وجهها"<sup>(٤)</sup>.

## المبحث الثاني

### التوظيف الحدائي لمقاصد الشريعة

لا شك أن الشريعة الإسلامية راعت المقاصد في أحكامها من جلب المصالح، ودرء المفسدات والتيسير على العباد، ويظهر ذلك جلياً في مصادر التشريع من كتاب وسنة وإجماع، بل إن المتتبع لاستقراء الفقهاء والأصوليين يجد أنهم يجمعون على أن وضع الشرائع هو لمصلحة العباد في الدارين.

### المطلب الأول: تعريف المقاصد لغةً واصطلاحاً

#### الفرع الأول: المقاصد لغةً

جمع مقصد، وهو مشتق من الفعل قصد يقصد قصداً، فهو قاصد، والقصد يطلق ويراد به عدة معانٍ، منها: استقامة الطريق كقوله تعالى: "وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ" [سورة النحل: ٩]، وإتيان الشيء يقال: قصدت له وقصدت

(١) الشرفي، عبد المجيد، تحديث الفكر الإسلامي، ط١، دار المدار الإسلامي: بنغازي ٢٠٠٩م، ص: ٤١-٤٢.

(٢) الجابري، محمد عابد (٢٠١٠م)، الدين والدولة وتطبيق الشريعة، ط١، مركز دراسات الوحدة العربية: بيروت، ١٩٩٦م، ص: ١٦٣.

(٣) إمام، محمد كمال الدين (٢٠٢٠م)، نظرة في المقاصد الشرعية، مجلة المسلم المعاصر، ٢٠٠٢م، مجلد: ١، العدد: ١٠٣، ص: ٨.

(٤) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (٧٩٠ هـ)، الاعتصام، تحقيق ودراسة: د. محمد الشقير، د. سعد آل حميد، د. هشام الصيني، ط١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع: الرياض، ٢٠٠٨م، ج: ٣، ص: ١٠٢.

إليه، وإليك قصدي، والاعتماد والأتم، العدل. ومواقعها في كلام العرب: الاعتزام والتوجه والنهوض والنهوض نحو الشيء.<sup>(١)</sup>

### الفرع الثاني: المقاصد اصطلاحاً

على الرغم من اهتمام الفقهاء والأصوليين القدامى بمقاصد الشريعة واستعمالهم لها في كتبهم وفتاويهم إلا أنهم لم يحددوا تعريفاً واضحاً مستقلاً للمقاصد، وإنما كانوا يعبرون عنها باستعمالات متعددة في معانٍ مختلفة، مما يدل على أن هذه المقاصد كانت مُستحضرة في أذهانهم، ومُحكمة الوقوع في اجتهادهم، أما المعاصرون فقد عرّفوا المقاصد بتعريفات كثيرة وأفردها في مصنفات مستقلة، ودلّوا عليها بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة وعمل الفقهاء، وجمعوا ما تناثر من كتب الأصوليين في بحثهم عن المقاصد، فقد عرّفها الريسوني: "الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد".<sup>(٢)</sup>

### المطلب الثاني: التأويل الحدائي للنصوص

إن سوء فهم النصوص الشرعية يؤدي إلى إهدارها والتقلت منها في التفاعل مع القضايا التي تدل النصوص عليها، ومن صور هدر النصوص محاولة الفصل بين النصوص والمقاصد من خلال اعتبار المقاصد دون الالتفات إلى النصوص، وتأويل النصوص بعيداً عن معانيها، ونزع القداسة عن النصوص الشرعية.

فحقيقة التأويل عند الحدائين كما عرّفه أبو زيد هو "جهد عقلي ذاتي لإخضاع النص الديني لتصورات القارئ والمفسر ولمفاهيمه وأفكاره".<sup>(٣)</sup>

فالتأويل عندهم يفترق لشروط وضوابط كسائر العلوم، إذ هو في حقيقته عندهم لا يتجاوز الفن أو الجهد العقلي أي: بعيداً عن مسمى العلم! فكل علم لا بد له من أصول وقواعد يضبط من خلالها، أما التأويل في نظر الحدائين فهو جهد عقلي يستطيعه كل قارئ للنصوص من خلال الإطار الثقافي كما صرح بذلك أبو زيد إذ يقول: "فعل القراءة ومن ثم التأويل لا يبدأ في المعنى اللغوي للنص، أي لا يبدأ من المنطوق بل يبدأ قبل ذلك من الإطار الثقافي الذي يمثل أفق القارئ الذي يتوجه لقراءة النص".<sup>(٤)</sup> ويرى الحدائون أن أي محاولة لضبط معاني النصوص، ومقاصدها، والربط بين ألفاظها، ومعانيها هي: محاولة تجميد للشريعة وإساءة لحقيقتها وتشويه لمعانيها ومقاصدها.<sup>(٥)</sup>

فالحدائون يحاولون هدر النصوص من خلال عدم الربط بين النص والمقصد، واللفظ والمعنى، ويكون ذلك من خلال فتح النص على أكثر من معنى ويتم ذلك من خلال زعزعة استقرار المعاني وثباتها، وتحويلها إلى مرحلة

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج: ٣، ص: ٣٥٢، الزبيدي، تاج العروس، ج: ٩، ص: ٣٥.

(٢) الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط٢، الدار العالمية للكتاب الإسلامي: الرياض، ١٩٩٢م، ص: ٧.

(٣) أبو زيد، نصر حامد (٢٠١٠م)، فلسفة التأويل، ط١، دار التنوير: الرياض، ١٩٨٣م، ص: ٥.

(٤) أبو زيد، نصر حامد (٢٠١٠م)، مفهوم النص - دراسة في علوم القرآن، ط٥، المركز الثقافي العربي: بيروت، ٢٠٠٥، ص: ١٨٢.

(٥) العشاوي، محمد سعيد (٢٠١٣م)، جوهر الإسلام، ط٣، مؤسسة الانتشار العربي: بيروت، ٢٠٠٤م، ص: ١١٠؛ أبو زيد، نصر حامد (٢٠١٠م)، الإمام الشافعي وتأسيس الأيديولوجية الوسطية، ط١، المركز الثقافي العربي: الدار البيضاء ٢٠٠٧م، ص: ١٠١.

السيلان<sup>(١)</sup>، وهذا ما دعا إليه بعضهم من تأويل المجال الديني برمته<sup>(٢)</sup>، فلا يجب التمسك بظواهر النصوص بحرفيتها، كما لا يجب إمرار النصوص على ظاهرها، وإن كان هذا الفعل هو فعل العلماء، ومن قبلهم الصحابة - رضي الله عنهم -، فإن هذا الفعل يدل على عدم علم الصحابة ومن بعدهم بالأدوات التي من خلالها يتم فهم آيات القرآن الكريم، وهذه الأدوات مرتبطة بالحضارة التي يكتسبون من خلالها الإطار الثقافي، والعلمي، وهذا ما زعمه شحرور إذ يقول: "إن العرب بما فيهم الصحابة والخلفاء الراشدون من أبي بكر إلى علي بن أبي طالب لم يهتموا بفهم القرآن، لأن القرآن بحاجة إلى تفرغ حضاري معين وبحث علمي وهذه الشروط لم تكن متوفرة في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم -<sup>(٣)</sup>، ويدلل على زعمه هذا بعدة أدلة منها:

١- قوله تعالى: " وَقَالَ الرَّسُولُ يَا رَبِّ إِنَّ قَوْمِي اتَّخَذُوا هَذَا الْقُرْآنَ مَهْجُورًا [الفرقان: ٣٠]، وقوم الرسول هم العرب بما فيهم المؤمنين والكافرين حتى الصحابة - رضي الله عنهم -<sup>(٤)</sup>.

والحقيقة أن هذا الزعم يخلو من الصحة، بل لا يقول به عاقل، ولو رجع شحرور إلى كتب التفسير لوقف على تفسير هذه الآيات، وسبب نزولها فقد تواترت نصوص المفسرين على أن المقصود بهذه الآية الكريمة هم مشركو قريش لأنهم كانوا لا يصغون للقرآن، ولا يسمعونه ويقولون عنه أنه سحر.<sup>(٥)</sup>

٢- ويحاول شحرور أن يبين أن الصحابة - رضي الله عنهم - اهتموا بالسنة أكثر من القرآن؛ لأن في القرآن آيات لم يستطع المسلمون أن يستوعبوها فآمنوا بها، وسلّموا دون أن يعرفوا المقصود بها إذ لم تكن أرضيتهم العلمية تسمح لهم بالتأويل.<sup>(٦)</sup>

والحقيقة لو نظرنا إلى دعوى شحرور هذه لوجدناه يستشهد بأقوال للصحابة - رضي الله عنهم - حول موقفهم من آيات الغيب، أو آيات لا يصعب على العربي فهمها، فإن القرآن الكريم نزل بلغة قريش، ولم يكن يصعب عليهم فهم آياته، ولكن الله عز وجل يبين أن من آيات القرآن محكم ومتشابه، وإن المتشابه لا يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم كما أن من آيات القرآن ما تتكلم عن أمور الغيب وهذه لا يعلم كنهها إلا الله عز وجل، وقد استشهد شحرور لدعواه بقول أبي بكر الصديق - رضي الله عنه -: " أي أرض تقلني وأي سماء تظلني إذا قلت في القرآن الكريم ما لا أعلم"<sup>(٧)</sup>، فشحرور يريد أن يبين هنا أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - لم يهتم بفهم القرآن الكريم، واهتم بأحكام الإسلام، وقاتل عليها، كمنع الزكاة وقتال المرتدين، ولو رجعنا إلى كتب التفسير لرأينا أن قول أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - هو حول ما كان من تأويل القرآن الذي لا يدرك علمه إلا بنص بيان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أو بنص الدلالة عليه.<sup>(٨)</sup> فأبو بكر الصديق - رضي الله عنه - يقصد بقوله هنا

(١) الدعجاني، عبدالله، المعنى في الفلسفة التفكيكية، مجلة التأصيل للدراسات الفكرية المعاصرة، ٢٠١٠م، مجلد: ١، عدد: ١، ص: ١٤٤.

(٢) حرب، علي، نقد النص، ط٤، المركز الثقافي العربي: الدار البيضاء، ٢٠٠٥م، ص: ١٠٨.

(٣) شحرور، محمد (٢٠١٩م)، الكتاب والقرآن، ط١، دار الأهالي: دمشق، ١٩٩٠م، ص: ١٣٠.

(٤) المرجع السابق، ص: ١٣٠.

(٥) الطبري، محمد جبر (١٩٣١هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاكر، ط١، مؤسسة الرسالة: بيروت، ٢٠٠٠م، ج: ١٩، ص: ٢٦٤؛ القرطبي، محمد بن أحمد (٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم إطفيش، ط٢، دار الكتب المصرية: القاهرة، ١٩٦٤م، ج: ١٣، ص: ٢٧.

(٦) شحرور، الكتاب والقرآن، ص: ١٣٠.

(٧) شحرور، الكتاب والقرآن، ص: ١٣٠؛ الطبري، جامع البيان، ج: ١، ص: ٧٨.

(٨) الطبري، جامع البيان، ج: ١، ص: ٧٨.

أنه لا يجوز لأحد تأويل القرآن برأيه، ولا يقف الأمر بهم إلى هنا بل إنهم يؤولون أحكام القرآن القطعية كما فعل العشماوي، إذ بين أن مقصد الشارع عز وجل ليس تطبيق الحدود وإنما أن تكون التقوى هي الأساس في الحكم والتطبيق مستشهداً بقول عائشة - رضي الله عنها - "إنما نزل أول ما نزل منه سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار.."<sup>(١)</sup> وهذا من أساليب الحدائين في التعامل مع النصوص الشرعية فهم يجتزئون النصوص ويهدرون سياقها حتى يتسنى لهم تأويلها كيفما شاءوا، ولو رجعنا إلى هذه الحادثة لوجدناها كما يرويها البخاري بسنده إلى يوسف بن ماهك قال: "إني عند عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، إذ جاءها عراقي، فقال: أي الكفن خير؟ قالت: ويحك، وما يضرك؟" قال: يا أم المؤمنين، أريني مصحفك؟ قالت: لم؟ قال: لعلي أولف القرآن عليه، فإنه يقرأ غير مؤلف، قالت: وما يضرك أيه قرأت قبل؟ "إنما نزل أول ما نزل منه سورة من المفصل، فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا تاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً، لقد نزل بمكة على محمد - صلى الله عليه وسلم - وإني لجارية ألعب: ﴿بَلِ السَّاعَةِ مَوْعِدُهُمْ وَالسَّاعَةُ أَذْهَى وَأَمْرٌ﴾ [القمر: ٤٦]، وما نزلت سورة البقرة والنساء إلا وأنا عنده، قال: فأخرجت له المصحف، فأملت عليه آي السور"<sup>(٢)</sup>، وسياق القصة يدل على غير ما قصد العشماوي بل يدل على كيفية نزول القرآن الكريم في مرحلة معينة وهو العهد المكي، ويدل السياق أن آيات الأحكام نزلت في العهد المدني فاستقرت الأحكام، وهذا القول من عائشة - رضي الله عنها - يدل على التدرج في تطبيق الأحكام وأن تطبيق الحدود مقصود بذاته في قولها "وما نزلت سورة البقرة والنساء إلا وأنا عنده" ومعلوم أن هاتين السورتين تشتملان على ذكر الحدود والقصاص، فهذا اجتزاء للنص لتوظيف الحدائين مرادهم من تأويل النصوص، بل يتعدى الأمر بهم إلى عدم اعتبار حال العلماء السابقين فيها ذهبوا إليه من إجماع أو تفسير وخاصة ما كان من جيل الصحابة - رضي الله عنهم - ومن بعدهم، وهذا ما صرح به الشرفي في قوله: "ما أدركه المعاصرون للرسالة هو في كثير من الأحيان تمثل العلماء الذين عاشوا بداية من القرن الثاني، منذ زمن التعددين وتأويلهم الذي أصبح سنة متبعة وهو في الحقيقة تمثل بما أدركه الجيل المعاصر للنبي، وليس ما أدركه ذلك الجيل في حقيقته ملزم عن سليلهم من المسلمين".<sup>(٣)</sup>

وبين الشرفي ذلك في إنكاره لفرضية الصلاة لأن القرآن الكريم لم ينص على عدد الركعات ولم يلزم بهيئة معينة فيها، وإن هذه الطقوس في الواقع قد وقع فيها التغيير وصارت مقننة بطريقة ملزمة لم تكن على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ويستدل الشرفي على ذلك بحديث أنس - رضي الله عنه - قال: "ما أعرف شيئاً مما كان على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - قيل: الصلاة؟ قال: أليس ضيعتم ما ضيعتم فيها"<sup>(٤)</sup>، ويعني الشرفي أن الصلاة قد تطورت مما كانت عليه في عهد النبي وأن مقصود الشارع فيها غير ما فهمه السلف الصالح<sup>(٥)</sup>، وهذا ما ينبه إليه من أن فهمهم ليس ملزماً لمن يأتي من بعدهم وهذا اجتزاء للنصوص الشرعية من سياقها والداعي لذلك هو هدر أحكام الشريعة من خلال اعتبار هذه الأحكام وسائل لم تشرع لذاتها بل لمقصد فإذا تحقق هذا المقصد لم

(١) العشماوي، جوهر الإسلام، ص: ٣٤-٣٥.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: فضائل القرآن، باب: تأليف القرآن، ج: ٦، ص: ١٨٥، حديث رقم (٤٩٩٣).

(٣) الشرفي، تحديث الفكر الإسلامي، ص: ١٦.

(٤) صحيح البخاري، كتاب: مواقيت الصلاة، باب: تضييع الصلاة عن وقتها، ج: ١، ص: ١١٢، حديث رقم (٥٢٩).

(٥) الشرفي، تحديث الفكر الإسلامي، ص: ٨٧.

تراع هذه الوسائل، بل هذه الوسائل متغيرة من عصر إلى عصر إذا دعت حاجة الناس إلى طريق آخر يحقق هذا المقصد، فلا داعي للالتزام بهذه الوسائل ولا يبقى مبرر لاستمرارها وهذا الحكم شامل لكل العبادات الشرعية، فالشريعة إنما جاءت بها لأنها هي التي تحقق أغراضها في زمن الرسالة وهذا يعني أنها غير مقصودة بالتشريع إلا على جهة الوسيلة فقط.<sup>(١)</sup>

واستدلال الشرفي استدلال مغلوطن لتبرير هوى النفس ولو رجعنا إلى سبب حديث أنس - رضي الله عنه - لأزال الإشكال ولتبين القصد وعُرف المعنى وذلك ما علل به الإمام ابن رجب - رحمه الله - إذ قال: "إنما كان يبكي أنس بن مالك من تضييع الصلاة إضاعة مواقيتها، وقد جاء ذلك مفسراً عنه، كما روي عنه، قال أنس: "ما أعرف فيكم اليوم شيئاً كنت أعده على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ليس قولكم: لا إله إلا الله. قلت: يا أبا حمزة، الصلاة؟ قال: قد صليتم حين تغرب الشمس، أفكانت تلك صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " <sup>(٢)</sup>؟ وهذا استفهام إنكار من أنس، يعني: إن هذه لم تكن صلاة النبي - صلى الله عليه وسلم - " <sup>(٣)</sup>، والسياق يدل على غير ما ذهب إليه الحدائون فإن السياق يدل على ما أدركه أنس - رضي الله عنه - في عصر بني أمية من تضييع الصلاة وتأخير لوقتها بفعل الأمراء، فهذا قصد أنس - رضي الله عنه - من قوله: "أليس قد ضيعتم ما ضيعتم فيها" وهذا القول من أنس - رضي الله عنه - يدل عليه حديث أبي ذر - رضي الله عنه - قال: "قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها؟ أو يمتنون الصلاة عن وقتها؟" قال: قلت: فما تأمرني؟ قال: «صل الصلاة لوقتها، فإن أدركتها معهم، فصل، فإنها لك نافلة» <sup>(٤)</sup>، فسياق الحديث وسبب قول أنس - رضي الله عنه - يدل على خلاف ما ذهب إليه الشرفي من إنكار فرضية الصلاة وأنها قد تطورت عما عليه العمل في العهد النبوي، بل يدل السياق على وجوب إقامة الصلاة وأدائها في وقتها.

ونتيجة ذلك فإن الشرفي لا ينكر فرضية الصلاة فقط، بل الشرائع التكليفية كلها من خلال إلغاء لزوم العبادات الكبرى في الإسلام من صلاة وصيام وزكاة وحج بحجة أن الشريعة إنما جاءت بأحكامها لمصلحة تتناسب ذلك العصر، فإذا تحققت مقاصدها في ترقية الروح وتحقيق العدالة بأشكال أخرى فنحن لسنا ملزمين بتفاصيلها التشريعية.<sup>(٥)</sup>

ونرى أن الخطاب الحدائين يسعى إلى إهدار الأحكام الشرعية من خلال تأويل النصوص بحسب احتياجات الناس واختلاف بيئاتهم وأزمنتهم وثقافتهم، وضرورة التخلص من التزام النصوص الشرعية بمعنى واحد والتعلق

(١) النجار، عبد المجيد، القراءة الجديدة للنص الديني، ط١، مركز الولاية للتنمية الفكرية: دمشق، ٢٠٠٦م، ص: ٦٩.

(٢) ابن حنبل، أحمد بن محمد (٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة: بيروت، ٢٠٠١م، ج: ١٢، ص: ٣٤٥، حديث رقم (١٣٨٦١)، قال الأرنؤوط في تحقيقه للمسند: إسناد صحيح على شرط مسلم.

(٣) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (٧٩٥هـ)، فتح الباري شرح الصحيح، ط١، مكتب تحقيق دار الحرمين: القاهرة ١٩٩٦م، ج: ٤، ص: ٢٢٩.

(٤) النيسابوري، مسلم بن الحجاج (٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط١، دار إحياء التراث العربي: بيروت ١٩٩١م، كتاب:

المساجد ومواضع الصلاة، باب: كراهية تأخير الصلاة عن وقتها المختار، ج: ١، ص: ٤٤٨، حديث رقم (٦٤٨).

(٥) الشرفي، عبد المجيد، الإسلام بين الرسالة والتاريخ، ط١، دار الطليعة: بيروت ٢٠٠١م، ص: ٥٩.



المرضي بحرفية النصوص، ونبذ فكرة قداسة النصوص والسعي للتخلص من سلطة النص الديني، وسن التشريعات الوضعية التي تتلاءم وحاجات المجتمع المعاصر.<sup>(١)</sup>

### المطلب الثالث: التعليل المقاصدي للنصوص عند الحدائين

يرى الحدائون أن الأحكام جاءت لتحقيق مقاصد عليا، وهذه المقاصد هي عبارة عن كليات مطلقة ساهمت في تحقيقها جزئيات معينة، وهذه الجزئيات هي: عبارة عن وسائل لتحقيق هذه الكليات، ومن المعلوم أن الوسائل لا تأخذ صفة الدوام، والاستقرار، فهي متغيرة، وغرضها لا لذاتها، وإنما لتحقيق مقاصد معينة، وهذه الجزئيات بنظر الحدائين هي الأحكام الشرعية الجزئية، والكليات هي المقاصد العليا؛ فالغرض الحدائي من التعليل المقاصدي هو السعي لهدم الجزئيات بالكليات.

ويظهر ذلك من خلال تعليلهم لربط الحكم بالعلة في الفلسفة القرآنية أنه لا يقصد لذاته، وإنما يرمي الشارع من ورائه إلى تحقيق مقاصده، فالتعبد إذن في الشريعة هو: السعي الحثيث لتحقيق مقاصدها العليا،<sup>(٢)</sup> ويقول نصر أبو زيد حول إسقاط عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- لسهم المؤلفة قلوبهم أنه "أدرك حكمة التشريع الذي يعطي للمؤلفة قلوبهم نصيباً من الزكاة، لا من بنية النص ذاته، بل من السياق العام للنص، فأدرك أن حكمة هذا التأليف تقوية الإسلام الذي كان ضعيفاً، ومع قوة الإسلام، وسيطرته على الجزيرة العربية، وامتداده إلى ما وراءها لم يعد ثمة حكمة في إعطاء جزء من الزكاة لمن لا يستحقها"<sup>(٣)</sup>، وهذه النصوص تبين غرض الحدائين من التعليل بالمقاصد وهو: هدم النصوص، فهي لا تُقصد لذاتها أي: أن النص لا يحمل صفة تؤهله للتقديس، بل إن المقدس هو المقاصد الكلية حتى لو أدى ذلك إلى هدر هذه الجزئيات.

ويرى العشماوي أيضاً أنه لا عبرة بالنص من خلال اجتهاد عمر- رضي الله عنه- في قضية طلاق الثلاث إذ يقول: " الاجتهاد بالرأي، ومسايرة الأحكام لمقتضى التطور الاجتماعي"<sup>(٤)</sup>، ثم يبين العشماوي أن هذا هو جوهر الشريعة: مواكبة التطور، واعتبار الواقع، فالواقع متغير، والمصالح متجددة، ولا بد من مراعاة هذا التطور من خلال الأخذ بالمقاصد العليا التي تحقق النفع للإنسان، وعدم الالتفات للنصوص الجزئية، فتحقيق الكليات معتبر حتى لو كان فيه هدر للجزئيات، وهذا ما صرح به الجابري، إذ يقول: " فكثيراً ما نجدهم - أي الصحابة- يتصرفون بحسب ما تمليه المصلحة صارفين النظر عن النص حتى، ولو كان صريحاً قطعياً، إذا كانت الظروف الخاصة تقتضي مثل هذا التأجيل للنص".<sup>(٥)</sup>

(١) الشرفي، عبد المجيد، لبنات، ط١، دار الجنوب للنشر: تونس، ١٩٩٤م، ص: ١٦٢؛ أبو زيد، مفهوم النص، ص: ١٠٤.

(٢) حنفي، حسن (٢٠٢١م)، التراث والتجديد- موقفنا من التراث القديم، ط٤، المؤسسة الجامعية للدراسات: بيروت ١٩٩٢م، ص: ٦٤؛ الملي، محسن، ظاهرة اليسار الإسلامي، ط١، دار النشر الدولي: الرياض ١٤١٣هـ، ص: ٦٤.

(٣) أبو زيد، مفهوم النص، ص: ١٠٤.

(٤) العشماوي، أصول الشريعة، ص: ١٣١-١٣٢.

(٥) الجابري، الدين والدولة، ص: ١٢١.

يحاول الحدائون أن يدلّوا لاعتبار التعليل المقاصدي للنصوص بفعل عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- كما في إيقاف حد السرقة، وعدم قطع يد السارق، وغيرها من الاجتهادات.<sup>(١)</sup>

وهذه الاجتهادات التي يستند عليها الحدائون في دعواهم بتقديم المقاصد على النصوص تبين المنهج المغلوط في الاستدلال، لأن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- لم يعمل بالنص لعدم تحقق شروط الأحكام في تطبيق هذه النصوص، وإلا فالناظر في اجتهاد عمر- رضي الله عنه - يرى شدة اهتمامه بالنص مع ربطه بين المصلحة والنص في تطبيق الأحكام، ويشهد لذلك فقهاء - رضي الله عنه - وكيفية تناوله المستجدات في عصره.

ويرى بعضهم " أن النصوص الجزئية تعجز عن بعض جوانب الحياة، فلا بد من اعتبار الكليات مقابلها إذ إن نصوص الكتاب والسنة لا تشرع لشؤون الحكم، والسياسة، ولا تتعرض للعلاقة بين الدين والدولة بنفس الدقة، والوضوح اللذين تناولت بهما قضايا أخرى كقضايا الميراث والزواج".<sup>(٢)</sup>

فالشريعة في نظر الحدائين مرتبطة بالمقاصد دون النصوص، وهذا الربط لتحقيق غاية الشريعة في كل زمان، ومكان، وهي تحقيق المصلحة للمجتمع، والفرد، فالشريعة أعم من أن تقف عند نص محدد، أو تتشبهت بحكم خاص، أو تلتف حول قاعدة ثابتة<sup>(٣)</sup>. وما هذا الفكر إلا تأكيد على هدر النصوص، وربط الأحكام بالمقاصد، والفصل بين النص، والمقصد، وهذا ما ينادون به من التحرر من سلطة النصوص " لأن النصوص في ذاتها لا تملك أي سلطة"<sup>(٤)</sup>، ويشهد لذلك القرآن الكريم "لأنه اعتمد في أحكامه التشريعية على قرن، أو ربط الحكم بعلته صراحة، أو إشارة... فربط الحكم بعلته في الفلسفة القرآنية لا يقصد لذاته، وإنما يرمي الشارع من ورائه إلى تحقيق مقاصده، فالتعبد إذن في الشريعة هو: السعي الحثيث لتحقيق مقاصدها العليا".<sup>(٥)</sup>

ومن خلال هذا نرى أن الحدائين يتعاملون مع المقاصد بمنتهى السطحية، وذلك لعدم فهمهم لحقيقة المقاصد، فالعلماء عندما تكلموا عن الكليات الأساسية، أو المقاصد الضرورية بيّنوا هذه المقاصد من خلال استقراءهم لنصوص الشريعة، وتتبع لحكمها، وأحكامها.

ومن هذه الفروع استخرجوا الكليات، فهي مستنبطة، ومنبثقة من فروع الشريعة، ومن لم يأخذ بهذه الفروع - الجزئيات - التي شكّلت الكليات لم يأخذ بالشريعة أصلاً، لأن المقاصد الكلية قائمة على الجزئيات كما أن المقاصد لا تتحقق إلا باستقراء النصوص الجزئية.

لأن الكليات ما سمّيت كليات إلا بانسجامها مع الجزئيات، وكونها جامعة لها لا متخرجة لها<sup>(٦)</sup>، وبين الإمام الشاطبي هذه العلاقة بين الجزئي، والكلي فيقول: " وبيان ذلك أن تلقي العلم بالكلي إنما هو من عرض الجزئيات واستقراءها، [وإلا] فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات... فإن الجزئي لم يوضع جزئياً، إلا لكون الكلي فيه على التمام وبه قوامه، فالإعراض عن الجزئي من حيث هو جزئي إعراض عن الكلي نفسه في

(١) حنفي، حسن (٢٠٢١م)، من النص الى الواقع- محاولة لإعادة بناء علم أصول الفقه، ط١، مركز الكتاب للنشر: القاهرة ٢٠٠٥م، ج: ١، ص: ٥٣٦؛ أبو زيد، مفهوم النص، ص: ١٠٤.

(٢) الجابري، الدين والدولة، ص: ٩.

(٣) العشماوي، أصول الشريعة، ص: ٩٥.

(٤) أبو زيد، الإمام الشافعي وتأسيس الأيديولوجية الوسطية، ص: ٢٥.

(٥) الملي، ظاهرة اليسار الإسلامي، ص: ٦٥.

(٦) السعيد، محمد بن إبراهيم، جلاء الحدائنة، ط١، دار سلف للنشر والتوزيع: الرياض ٢٠١٨م، ص: ١٣١.

الحقيقة، وذلك تناقض، ولأن الإعراض عن الجزئي جملة يؤدي إلى الشك في الكلي من جهة أن الإعراض عنه إنما يكون عند مخالفته للكلي أو توهم المخالفة له، وإذا خالف الكلي الجزئي مع أننا إنما نأخذه من الجزئي، دل على أن ذلك الكلي لم يتحقق العلم به لإمكان أن يتضمن ذلك الجزئي جزءا من الكلي لم يأخذه المعتبر جزءا منه، وإذا أمكن هذا، لم يكن بد من الرجوع إلى الجزئي في معرفة الكلي، ودل ذلك على أن الكلي لا يعتبر بإطلاقه دون اعتبار الجزئي، وهذا كله يؤكد لك أن المطلوب المحافظة على قصد الشارع<sup>(١)</sup>.

ويقول الريسوني: "أن المقاصد العامة قامت على الاستقراء، والتركيب... يستقرئ الجزئيات، ويربط بينها، ويركب بعضها مع بعض ليصل إلى الكليات، والاستقراء هو أرقى المناهج العلمية، والمعارف الاستقرائية الكلية هي أرقى المعارف، وأقواها؛ لأنها تجمع بين معرفة الجزئيات، ومعرفة الكليات... فهي تجمع العلم بالجزئيات، والعلم بالكليات، والعلم بالربط، والتنسيق، والتركيب، وهذه كلها هي أرقى صور العمل العلمي، والعقل العلمي"<sup>(٢)</sup>.

### المبحث الثالث

#### آثار التوظيف الحدائي للمقاصد على النصوص والعلل الأصولية

إن من المتقرر عند أهل العلم أن غاية النصوص الشرعية هو تحقيق مقاصد الشارع، وجوهر هذه المقاصد هو المحافظة على مصلحة العباد، ودفع المفسدة عنهم، فلا يتوصل إلى أعمال هذه المصالح إلا من خلال تحقيق هذه النصوص، والإيمان بها من حيث التقديس، والتصديق.

#### المطلب الأول: أثر التوظيف الحدائي للمقاصد في نفي القداسة عن النصوص

وهذا ما يسعى له الحداثيون باعتبار أن النص فقد صفة القداسة منذ لحظته الأولى، فبمجرد نزوله، وقراءة النبي - صلى الله عليه وسلم - له تحوّل من نص إلهي إلى نص بشري<sup>(٣)</sup>. ولو نظرنا إلى قولهم هذا لوجدناهم ينفون صفة القداسة عن النصوص، بوصفه نصّ مقدس شابه تفسير البشر ففقد صفة القداسة بمجرد عرضه على العقل البشري، ونرى هنا تخبط الحداثيين فتارة ينفون القداسة عن النص الديني بمجرد عرضه على العقل البشري، وتارة يجعلون العقل مقدماً على الوحي بوصفه حاكماً على النصوص، فكيف يفقد قداسته إذ إنه محكوم للعقل، فالعقل بوصفهم مستقل مقدس، وهذا ما يؤكد أن الحداثيين يتبعون أهواءهم في تناولهم للقضايا الإسلامية متمثلة بالنص الديني، وما يتضمن من أحكام، ولا يوجد عندهم منهج منضبط يتبعونه في تناولهم لهذه القضايا، والحقيقة أن النص القرآني يأتي على أوجه، ومن هذه الأوجه أن يأتي مجملاً، و وظيفة النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يبيّن هذا الاجمال بالتفصيل؛ فتفسير النبي - صلى الله عليه وسلم - للنص القرآني لا يخرج عن قداسته إذ إنه لا يبدّل مقصود النص، فما جاء النص فيه محرماً يبقى على حكمه، وما كان مباحاً يبقى على حكمه، وهذا التفسير والبيان لا يمكن أن يفقد النص قداسته لأن النبي - صلى الله عليه وسلم -

(١) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (٧٩٠ هـ)، الموافقات، تحقيق: محمد مرابي، ط١، مؤسسة الرسالة: بيروت ٢٠٠٨م، ج: ٢، ص: ٨.

(٢) الريسوني، أحمد، الفكر المقاصدي قواعده وفوائده، ط٢، مطبعة النجاح الجديدة: الدار البيضاء ١٩٩٩م، ص: ١٠٢.

(٣) تيزيني، طيب (٢٠١٩م)، الإسلام والعصر، ط١، دار الفكر: دمشق ١٩٩٨م، ص: ١٢٢؛ أبو زيد، نقد الخطاب الديني، ص: ١٢٥-١٢٦.

هو المفسّر، والمبيّن الأول الذي نزل عليه النص القرآني، وما كان من تفسير، أو بيان إجمال، فهو وحي من الله عز وجل، قال تعالى: (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (٣) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ) [سورة النجم: ٣-٤]، كما أن العلماء تناولوا النصوص الدينية من قرآن، وسنة بالتفسير، والشرح لم يكن تفسيرهم، وشرحهم للنص الديني إلا اظهر ما يتضمن النص من أحكام، فلا يمكن أن يكون تفسيرهم تغيير لأحكام مثبتة، أو تبديل لمعاني مقصودة.<sup>(١)</sup>

ويقول أركون: " إن القرآن كما الأناجيل ليس إلا مجازات عالية تتكلم عن الوضع البشري ...، وإن الوهم الكبير اعتقاد الناس بإمكانية تحويل هذه التعبيرات المجازية إلى قانون شغال، وفعال، ومبادئ محددة تطبق على كل المجالات، وفي كل الظروف"<sup>(٢)</sup>، فأركون ينفي أن يكون النص مقدساً بل نفى الدلالات الحقيقية للنص القرآني المعجز حتى يلغي العمل بالقرآن وأحكامه، إذ اعتبر التقديس وهماً في عقول الملايين من الناس، ويسعى الحدائون إلى نفي التقديس عن النصوص لأن وصف النص بالمقدس ينافي، ويعارض فكرة الحدائنة التي تسعى أولاً إلى تجسيد الحضارة الحديثة التي تعتمد على العلم وهذه الحضارة نجدها حاضرة في فكر، وكتابات أركون عندما أطلق عليها حضارة نزع السحر، ونزع التقديس عن الأشياء، أو حضارة السيطرة العملية على جميع مستويات الواقع.<sup>(٣)</sup> كما أن وصف النص بالتقديس يجعل النص متعالياً عن التاريخ، والحدائنة تلغي وتنكر كل ما هو متعالٍ عن التاريخ،<sup>(٤)</sup> فهي تسعى إلى التخلص من سلطته، واعتبار أنه صالح في الزمان الذي نزل فيه، والمكان الذي نزل فيه، ولا يستمر صلاحه لكل زمان، ومكان، وهذا ما أدى إلى إبطال دور النصوص، وتعريفها عن الأحكام، ومثال ذلك ما قاله الشرفي حول صفة أداء الصلاة، وأن ما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - " صلّوا كما رأيتموني أصلي"<sup>(٥)</sup> لا يعني أن المسلمين مضطرون في كل الأماكن، والأزمنة، والظروف للالتزام بذلك النحو، وإنما ذلك ما قرره السلف، وحجة الشرفي أن هيئة الصلاة لم تذكر في القرآن الكريم.<sup>(٦)</sup>

كما أن البعد الجغرافي له أثر معتبر في ذلك، فهناك أقطار ليلاً يطول عن نهارها، وأقطار نهارها يطول أكثر من ليلها مما يعني استحالة أداء الصلاة على النحو الذي تؤدي عليه أي: خمس صلوات.<sup>(٧)</sup> ومثال آخر: إبطال النصوص التي تحرم الربا من خلال سوء التنزيل على الواقع، وعدم فهم سبب التحريم، وذلك من خلال تصريحهم بأن الاقتراض من البنك بفائدة لا يدخل تحت التحريم ولا ينطبق عليه صورة الربا المحرم، ويعلل الشرفي ذلك ب:

١- أن العمليات البنكية ليست هي ذات العمليات المالية التي كانت سائدة في زمن النبوة، التي اعتبرت عمليات ربوية حرّمها القرآن الكريم.

(١) السريري، مولود، القانون في تفسير النصوص، ط١، دار الكتب العلمية: لبنان ٢٠٠٩م، ص: ٢٢٦.

(٢) أركون، محمد (٢٠١٠م) تاريخية الفكر العربي الإسلامي، ترجمة: هاشم صالح، ط٣، المركز الثقافي العربي: الدار البيضاء ١٩٩٨، ص: ٢٩٩.

(٣) أركون، محمد (٢٠١٠م)، الفكر الأصولي واستمالة التأصيل، ط٢، دار الساقي: بيروت ٢٠٠٢م، ص: ٢٤.

(٤) العمري، مرزوق، إشكالية تاريخية النص الديني في الخطاب الحدائني العربي المعاصر، ط١، بيروت: منشورات ضفاف: بيروت ٢٠١٢م، ص: ٣٢٠.

(٥) البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الآداب، باب: رحمة الناس والبهائم، ج: ٨، ص: ٩، حديث قم (٦٠٠٨).

(٦) الشرفي، الإسلام بين الرسالة والتاريخ، ص: ٦٢.

(٧) المرجع السابق، (ص: ٦٢).

٢- أن الفائدة التي يأخذها البنك لا تؤدي إلى إغناء طرف على حساب طرف آخر كما كان في الجاهلية التي بسببها حرم الربا، بل هي تعود للدولة من خلال تحديد الدولة لنسبة الفائدة، وما يتبع ذلك من دراسات اقتصادية تراعي فيها نسبة التضخم، والضرائب المفروضة.<sup>(١)</sup>

ويرى العلايلي أن إطلاق الفائدة المحرمة على ما يأخذه المستثمر من المال ما هو إلا خداع الألفاظ الذي كثيرا ما يكون مطية للخطأ، فقد أطلقوا على ما يأخذه المستثمر فائدة مال لا سعي فيه، فأوهمتهم كلمة الفائدة أنها ربوية<sup>(٢)</sup>، فالعلايلي يرى أن هذه الفائدة ليست زيادة دون عوض، وإنما مقابل العمل الذي يعمله المصرف، بصفته مضاربا.<sup>(٣)</sup>

ومما لا شك فيه حرمة الربا، وقطعية أدلته، وإن ما ذهب إليه الشرفي أن العمليات المعاصرة للبنوك غير العمليات المحرمة في القرآن الكريم، فإن الربا متحقق فيها، ولا مشاحة في اصطلاحها، ولا عبرة في أنها تثرى اقتصاد الدولة!

أما تفسير العلايلي، واعتبار العلاقة بين البنك والمستثمر قائمة على المضاربة، فهذا تصوّر بعيد، إذ إن البنك يضمن رأس المال، والفائدة للمستثمر، وهذا ما يخالف حقيقة المضاربة، والبنك هنا ضمن الربح فضلا عن رأس المال، فقياسه على المضاربة قياس خاطئ!

### المطلب الثاني: أثر التوظيف الحداثي للمقاصد في هدم أصول الشريعة

من آثار مدرسة الحداثة هدم الأصول الشرعية، ومحاولة التقلت منها، والرجوع إلى أصول جديدة، وظهر هذا من خلال موقفهم من الأدلة الشرعية الأصلية التي درج العلماء على تسميتها بالأصول المتفق عليها. إذا كان الحداثيون لا يرون هذه الأصول المتفق عليها نافعة لكل عصر بأن تكون مسلمة يُستخرج منها النصوص، ويُرجع إليها في استنباط الأحكام، فما الفائدة أو الغرض من دراسة هذه الأصول؟

الجواب: يحاول الحداثيون دراسة هذه الأصول دراسة تخيلية، أي: تخيلية عقول الشعوب المسلمة من آثار التراث، وترسباته، ولا يكون هذا إلا بدراسة هذا التراث دراسة نقدية تبيّن تهافت هذه المصادر، وعدم صلاحيتها للعصر الحاضر<sup>(٤)</sup>، ونعرض بعض نصوص كبار الحداثيين التي تبيّن هذا الغرض، فهذا أركون يصرّح بأن "معارفنا التقليدية غير الدقيقة ينبغي تجاوزها"<sup>(٥)</sup>، ولو تتبنا أركون لعرفنا أنه يقصد بالمعارف التقليدية هي الثقافة الكبرى - كما يدعي - متمثلة بالدين من دائرة العالي، والتقديس، والغيب، ويدعو أركون إلى تجاوزها باتجاه الركائز، والدعامات المادية، والعضوية التي لا يزال العلم الحديث يواصل استكشافها.<sup>(٦)</sup>

(١) الشرفي، الإسلام بين الرسالة والتاريخ، ص ٧١-٧٢.

(٢) العلايلي، عبد الله عثمان (١٩٩٦م)، أين الخطأ: تصحيح مفاهيم ونظرة تجديد، ط١، دار العلم للملايين: بيروت ١٩٨٧م، ص: ٦٧.

(٣) المرجع السابق، ص: ٦٨-٦٩.

(٤) مفتاح، الجيلاني، الحداثيون العرب والقرآن الكريم، ط١، دار النهضة: دمشق ٢٠٠٦م، ص: ٧٠.

(٥) أركون، تاريخية الفكر العربي الإسلامي، ص: ٤٤.

(٦) المرجع السابق، ص: ٢٦.

كما يصرّح الجابري: "والحق أنّ اهتمامي بالتراث لم يكن قبل، وليس هو الآن من أجل التراث ذاته، بل هو من أجل حداثة نتطلع إليها".<sup>(١)</sup>

ويصف علي حرب نصر حامد أبو زيد " بأنه يخرط في المعركة ضد الإسلاميين متحيزاً للعلمانيين، معتبراً أن من أولى مهام المثقف، والباحث الداعي إلى التنوير التوفر على نقد الفكر الديني بإخضاعه إلى الأساليب، والمناهج العلمية في الدرس، والتحليل... لأن ذلك الشرط الأساسي لنجاح مشروع النهضة، والتجديد".<sup>(٢)</sup> بعد هذا العرض السريع للغرض من دراسة الحدائين للتراث، وبيان مقصدهم من هذه الدراسة نعرض الآن تطبيقات الدراسة الحدائية على التراث:

أولاً: القرآن الكريم: ينادي أركون بأسطورية خطاب القرآن الكريم<sup>(٣)</sup>، ولو تتبعنا كلمة أسطورة عند أركون، وماذا يعني بها لوجدناه يعني بها: "تداخل الجانب التاريخي الواقعي بالجانب التقديسي المضمخ إلى حد يكون فيه متعذراً الفصل بينهما، أو التمييز بينهما"<sup>(٤)</sup>، فأركون يحاول هنا إضفاء صفة الأسطورة على القرآن الكريم حتى يثبت أن القرآن الكريم يخضع للنقد التاريخي إذ يصرّح بأن النقد التاريخي "طبّق سابقاً على التوراة، والأنجيل دون أن يولّد انعكاسات سلبية بالنسبة لمفهوم الوحي، ومن المؤسف أن هذا النقد لا يزال مرفوضاً من قبل الرأي في العالم الإسلامي".<sup>(٥)</sup>

ثم يصرّح أركون أن القرآن الذي بين أيدينا ليس ذا أصل إلهي، لأنه جمع في عهد عثمان بن عفان - رضي الله عنه - مما أدى إلى تشكيل نص متكامل فرض نهائياً بصفته المصحف الحقيقي لكل كلام الله<sup>(٦)</sup>، فأركون يشكك في صحة المصحف الذي بين أيدينا ونسبته إلى الله عز وجل لأن طريقة جمعه جاءت متأخرة مما يفرض نقصان شيء، وزيادة شيء عليه، فهو لم يراع عدالة الصحابة - رضي الله عنهم - في نقله، ولا صفة تواتر القرآن الكريم في وصفه، بل حتى لم يصدّق بقوله تعالى: "إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ" [سورة الحجر: ١٩]، فأركون يحاول أن ينفى، ويهدر أصول التشريع جميعها إذ يقول: "القرآن، والحديث، والإجماع، والقياس هذه الحيلة الكبرى التي أتاحت شيوع ذلك الوهم الكبير بأن الشريعة ذات أصل إلهي"<sup>(٧)</sup>، وهذا ما يسعى إليه أركون حتى يستطيع أن يخضع النص التشريعي لمنهج البحث العلمي، ويثبت أن القرآن الكريم هو عبارة عن نتاج تاريخي تضافرت على تأسيسه مجموعة عوامل سياسية، واجتماعية.<sup>(٨)</sup>

ثانياً: السنة النبوية: ينتقد شحورر تعريف السنة النبوية عند العلماء إذ يقول في تعريف السنة النبوية بأنها: "بأنها كل ما صدر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من قول، أو فعل، أو أمر، أو نهي، أو إقرار... هذا التعريف كان سبباً في تحنيط الإسلام".<sup>(٩)</sup>

(١) الجابري، محمد عابد (٢٠١٠م)، المسألة الثقافية في الوطن العربي، ط٣، مركز دراسات الوحدة العربية: بيروت ١٩٩٤م، ص: ٢٥٠.

(٢) حرب، نقد النص، ص: ٢٠١.

(٣) أركون، تاريخية الفكر العربي الإسلامي، ص: ١٠.

(٤) المرجع السابق، ص: ١٠٩، بتعليق هاشم صالح.

(٥) أركون، محمد (٢٠١٠م)، الفكر الإسلامي - نقد واجتهاد-، ط١، دار الساقي: بيروت ١٩٩٠م، ص: ٨٦.

(٦) أركون، تاريخية الفكر العربي الإسلامي، ص: ٢٨٨.

(٧) أركون، تاريخية الفكر العربي الإسلامي، ص: ٢٩٧.

(٨) جيلاني، الحدائون والقرآن الكريم، ص: ٧١.

(٩) شحورر، الكتاب والقرآن، ص: ٥٤٨.

ويحاول شحور من خلال رفض هذا التعريف أن يبين أن السنة ما هي إلا اجتهاد قام به النبي - صلى الله عليه وسلم - لتنزيل أحكام الكتاب ضمن واقع معين<sup>(١)</sup>، والغرض من هذا أن يصل إلى أن الاجتهاد الماضي - السنة النبوية - كان محكوماً بواقع هو بعيد كل البعد عن واقعنا المعاصر، فالسنة النبوية باعتبارها اجتهاد قام به النبي - صلى الله عليه وسلم - في زمان ، ومكان محددين غير ملزمة لمن جاء بعدهم ، "والمغالطة الكبرى هي أننا نريد أن نفهم الإسلام ، فنرجع من القرن العشرين إلى القرن السابع في طريقة تفكيرنا أي نريد أن نفكر كما فكروا هم ، وهذا مستحيل، ثم بعد ذلك ننتقل من القرن السابع إلى القرن العشرين لنقدم إسلام القرن السابع في القرن العشرين".<sup>(٢)</sup>

أما من حيث صحة السنة النبوية فيؤكد الشرفي أن لا سبيل البتة إلى الثقة في صحة الأحاديث النبوية التي وصلتنا نظراً للظروف الحافة بروايتها، ثم تدوينها فلا يصح اعتمادها في المجال التعبدية الصرفة.<sup>(٣)</sup> والأمر لا يقف عند صحة هذه الأحاديث بل يتعدى ذلك إلى نزع صفة العصمة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، وذلك ما صرح به الشرفي لنقده كتاب " أبو رية" - أضواء على السنة المحمدية - فالشرفي يعطي انطبعا موافقا لهواه في هذا المؤلف لكنه ينتقد غرض المؤلف إذ كان غرضه تنزيه النبي - صلى الله عليه وسلم - والشرفي يرى أن الأمر الأجدر بالذكر هو التشكيك في عصمة النبي - صلى الله عليه وسلم - وهذا ما صرح به أحد تلاميذ الشرفي إذ يقول: " إننا نلمس اليوم رفضاً قاطعاً لإضفاء قداسة زائفة على منهج بشري تمت صياغته في فضاء معرفي مخصوص".<sup>(٤)</sup>

وصرح بعضهم<sup>(٥)</sup> في الدعوة إلى ممارسة التحقيق من - الصدق المنطقي - على أخبار السنة النبوية ، وليس مجرد التحقيق من صحة النسبة إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وهذا يتضمن التشكيك في صدق نبوة النبي - صلى الله عليه وسلم - والطعن في عصمته، إذ كيف يكون الإيمان بالنبوة، والتكذيب بنفس الوقت بحقيقة الوحي<sup>(٦)</sup>. كما يذهب بعض الحداثيين إلى أن وضع السنة جاء متأخراً عن العهد النبوي، وكان ذلك في عصر الإمام الشافعي، وسبب وضع السنة، والاحتجاج بها هو الصراع الأيديولوجي لأهل السنة مع الطوائف الأخرى، بل يرون أن الإمام الشافعي هو الذي جعل من السنة حجة باعتبارها وحياً من الله عز وجل، فالسنة ليست وحياً من الله، وليست مصدراً للتشريع<sup>(٧)</sup>.

(١) المرجع السابق، ص: ٥٥٣.

(٢) شحور، الكتاب والقرآن، ص: ٥٦٦.

(٣) الشرفي، الإسلام والحداثة، ص: ٧١-٧٥.

(٤) حمزة، محمد، إسلام المجددين، ط١، دار الطليعة: بيروت ٢٠٠٧م، ص: ١٠٣.

(٥) الجابري، محمد عابد (٢٠١٠م)، بنية العقل العربي: دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة في الثقافة، ط٤، مركز دراسات الوحدة العربية: بيروت ١٩٩٢م، ص: ١١٦-١١٧؛ الشرفي، لبنات، (ص: ١٤٠-١٤١).

(٦) القرني، محمد بن حجر، موقف الفكر الحداثي العربي من أصول الاستدلال-دراسة تحليلية نقدية، الرياض: مجلة البيان ١٤٣٤هـ، ط١، ص: ٣٨٩.

(٧) أبو زيد، الإمام الشافعي وتأسيس الأيديولوجية الوسطية، ص: ١١٩؛ فخري، الحارث، الحداثة وموقفها من السنة، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع : القاهرة ٢٠١٣م، ص: ١٣٣.

ويؤكد بعضهم على أن إنكار حجية السنة يعد موقفاً متجذراً في تراثنا الإسلامي ظهر منذ زمن الأئمة الأربعة، وهو ما ينفي أن تكون حجية السنة إلا بعد قرون من انتصار مدرسة الحديث التي فرضت الاعتماد على السنة بصفتها أصلاً ثابتاً من أصول التشريع الإسلامي.<sup>(١)</sup>

ويقول محمد حمزة: " لم يبدأ تأسيس منزلة السنة إلا مع الإمام الشافعي حيث عمل على حسم الصراع الفكري الديني، وركز الأصول الفقهية في أربعة هي: الكتاب، السنة، الإجماع، القياس، فحوّل له هذا الترتيب تثبيت مشروعية السنة".<sup>(٢)</sup>

### الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده حمد الشاكرين الذاكرين كما يحب ربنا ويرضى، على ما أنعم به وتفضل، وصلاةً وسلاماً دائمين على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين.

### أولاً: النتائج

- إن الحدائنة منهج فكري يقوم على القراءة الهدامة للموروث الديني.
- إن الفهم المقاصدي الذي تبناه الحدائون لاستمداد الأحكام من خلاله، هو فهم غير سليم إذ أوقعهم في انحرافات كثيرة من خلال تعاملهم مع النصوص الشرعية.
- إن التوظيف الحدائني للمقاصد دون الالتفات للنصوص والعلل الأصولية يؤدي إلى عدة آثار سلبية كنفى القداسة عن النصوص الشرعية، وإبطال دورها في استنباط الأحكام، وهدم أصول الشريعة.
- إن الأخذ بمنهج الحدائين يخضع للهوى والتشهي ويؤدي إلى إلغاء الكثير من أركان الإسلام وأحكامه.

### ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث بـ:

- ضرورة أن يكون هناك مساق تخصصي في الجامعات عن الحدائنة، يُدرس كموضوع من موضوعات التيارات الفكرية المعاصرة.
- مبادرة المؤسسات العلمية لعمل مؤتمرات حول هذه الأفكار المعاصرة، والتوجهات الهدامة، وإقامة ندوات لأهل الاختصاص، وأصحاب الأفكار الحدائنية يتم من خلالها مناقشة أفكارهم والرد عليها.

(١) ذويب، حمادي، السنة بين الأصول والتاريخ، ط١، المركز الثقافي العربي: الرباط ٢٠٠٥م، ص: ٧٠.

(٢) حمزة، محمد، الحديث النبوي ومكانته في الفكر الإسلامي الحديث، ط١، المركز الثقافي العربي: الرباط ٢٠٠٥م، ص: ٦.



## قائمة المصادر والمراجع

### اولاً: الكتب

- أركون، محمد (١٩٩٠ م)، الفكر الإسلامي - نقد واجتهاد-، ط١، بيروت: دار الساقي.
- أركون، محمد (٢٠٠٢ م)، الفكر الأصولي واستمالة التأصيل، ط٢، بيروت: دار الساقي.
- أركون، محمد (١٩٩٨م)، تاريخية الفكر العربي الإسلامي، ترجمة: هاشم صالح، ط٣، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي.
- إمام، محمد كمال الدين (٢٠٠٢م)، نظرية في المقاصد الشرعية، مجلة المسلم المعاصر، عدد (١٠٣)
- البخاري، محمد بن إسماعيل ( ٢٥٦هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط١، بيروت: دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.
- تيزيني، طيب (١٩٩٨م)، الإسلام والعصر، ط١، دمشق: دار الفكر.
- الجابري، محمد عابد (١٩٩٦م)، الدين والدولة وتطبيق الشريعة، ط١، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.
- الجابري، محمد عابد (١٩٩٤م)، المسألة الثقافية في الوطن العربي، ط٣، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.
- الجابري، محمد عابد (١٩٩٢م)، بنية العقل العربي: دراسة تحليلية نقدية لنظم المعرفة في الثقافة، ط٤، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.
- الحارث، فخري (٢٠١٣م)، الحداثة وموقفها من السنة، ط١، القاهرة: دار السلام.
- حرب، علي (٢٠٠٥م)، نقد النص، ط٤، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي.
- حمزة، محمد (٢٠٠٧م)، إسلام المجددين، ط١، بيروت: دار الطليعة.
- حمزة، محمد (٢٠٠٥م)، الحديث النبوي ومكانته في الفكر الإسلامي الحديث، الرباط: المركز الثقافي العربي.
- ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل (٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠١م.

- حنفي، حسن (١٩٩٢م)، التراث والتجديد - موقفنا من التراث القديم - ، ط٤، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- حنفي، حسن (٢٠٠٥م)، من النص إلى الواقع - محاولة لإعادة بناء علم أصول الفقه، ط١، القاهرة: مركز الكتاب للنشر.
- الدعجاني، عبد الله (٢٠١٠م)، المعنى في الفلسفة التفكيكية، مجلة التأصيل للدراسات الفكرية المعاصرة، عدد (١).
- أبو ديب، كمال (١٩٨٤م)، الحدائة، السلطة، النص، مجلة فصول، (٣/٤).
- ذويب، حمادي (٢٠٠٥م)، السنة بين الأصول والتاريخ، ط١، الرباط: المركز الثقافي العربي.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (٧٩٥ هـ)، فتح الباري شرح الصحيح، المدينة النورة: مكتبة الغرياء الأثرية، ط١، القاهرة: مكتب تحقيق دار الحرمين، ١٩٩٦م.
- الريسوني، أحمد (١٩٩٩م)، الفكر المقاصدي قواعده وفوائده، ط٢، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة.
- الريسوني، أحمد (١٩٩٢م)، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط٢، الرياض: الدار العالمية للكتاب الإسلامي.
- الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني (١٢٠٥ هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، ط١، مصر: دار الهداية، ١٩٨٤م .
- أبو زيد، نصر حامد (٢٠٠٧م)، الإمام الشافعي وتأسيس الأيديولوجية الوسطية، ط١، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي.
- أبو زيد، نصر حامد (٢٠٠٥م)، مفهوم النص - دراسة في علوم القرآن -، ط١، بيروت: المركز الثقافي العربي..
- أبو زيد، نصر حامد (٢٠٠٧م)، نقد الخطاب الديني، ط٣، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي.
- السريري، مولود (٢٠٠٦م)، القانون في تفسير النصوص، ط١، لبنان: دار الكتب العلمية.
- السعيد، محمد بن إبراهيم (٢٠١٨م)، جلاء الحدائة، ط١، الرياض: دار سلف للنشر والتوزيع.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى (٧٩٠ هـ)، الاعتصام، تحقيق ودراسة: د. محمد الشقير، د. سعد آل حميد، د. هشام الصيني، ط١، الرياض: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى (٧٩٠ هـ)، الموافقات، تحقيق: محمد مرابي، ط١، بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨م.
- شحرور، محمد (١٩٩٠م)، الكتاب والقرآن: قراءة معاصرة، ط١، دمشق: دار الأهالي للطباعة والنشر والتوزيع.
- الشرفي، عبد المجيد (٢٠٠١م)، الإسلام بين الرسالة والتاريخ، ط١، بيروت: دار الطليعة للنشر والتوزيع.
- الشرفي، عبد المجيد (٢٠٠٩م)، تحديث الفكر الإسلامي، بنغازي: دار المدار الإسلامي.
- الشرفي، عبد المجيد (١٩٩٤م)، لبنات، ط١، تونس: دار الجنوب للنشر.

- الطبري، محمد بن جرير (٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، ط١، تحقيق: أحمد شاکر، بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠م.
- عبد الرحمن، طه (٢٠١٣م)، روح الحداثة المدخل إلى تأسيس الحداثة الإسلامية، ط٣، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي.
- العشماوي، محمد سعيد (٢٠٠٤م)، أصول الشريعة، ط٥، بيروت: مؤسسة الانتشار العربي.
- العشماوي، محمد سعيد (٢٠٠٤م)، جوهر الإسلام، ط٣، بيروت: مؤسسة الانتشار العربي.
- العلياني، عبد الله بن عثمان (١٩٨٧م)، أين الخطأ: تصحيح مفاهيم ونظرة تجديد، (ط١)، بيروت: دار العلم للملايين.
- عمر، أحمد مختار (١٤٢٩هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط١، عالم الكتب.
- العمري، محمد خير (٢٠١٤م)، التفكير الديني لدى الحداثيين العرب، مجلة المنارة، جامعة آل البيت (٣/٢٠).
- العمري، مرزوق (٢٠١٢م)، إشكالية تاريخية النص الديني في الخطاب الحداثي العربي المعاصر، (ط١)، بيروت: منشورات ضفاف.
- فخري، الحارث (٢٠١٣م)، الحداثة وموقفها من السنة، ط١، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.
- القرطبي، محمد بن أحمد (٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم إطفيش، ط٢، القاهرة: دار الكتب المصرية، ١٩٦٤م.
- القرني، محمد بن حجر (١٤٣٤هـ)، موقف الفكر الحداثي العربي من أصول الاستدلال-دراسة تحليلية نقدية، ط١، الرياض: مجلة البيان.
- القرويني، أحمد بن فارس (٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، (الطبعة: بدون) دمشق: دار الفكر، ١٩٧٩م.
- القشيري، مسلم بن الحجاج (٢٦١هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط١، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- مفتاح، الجيلاني (٢٠٠٦م)، الحداثيون العرب والقرآن الكريم، ط١، دمشق: دار النهضة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم (٧١١هـ)، لسان العرب، ط٣، بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ.
- الملي، محسن (١٤١٣هـ)، ظاهرة اليسار الإسلامي، ط١، الرياض: دار النشر الدولي.
- النجار، عبد المجيد (٢٠٠٦م)، القراءة الجديدة للنص الديني، ط١، دمشق: مركز الولاية للتنمية الفكرية.
- وطفة، علي (٢٠٠١م)، مقاربات في مفهوم الحداثة وما بعد الحداثة، مجلة فكر ونقد، (٤٣/٥).

## سلطة القاضي في تفسير العقد

محمد حزم الصمادي<sup>١</sup>، ضحى طحيمر المجالي<sup>٢</sup>

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.03](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.03)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/١٠/٠١

تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١١/٠١

١ المؤسسة العامة للضمان الإجتماعي، الاردن.

٢ شركة الهدف للمحاماة والإستشارات القانونية، الاردن

\* للمراسلة: [Mohamad.smdi@gmail.com](mailto:Mohamad.smdi@gmail.com) / [Majalidoha@yahoo.com](mailto:Majalidoha@yahoo.com)

### الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى سلطة القاضي بالتفسير خاصة مع العناصر التي أوردها المشرع في نص المادة (٢/٢٣٩) من القانون المدني الأردني، حيث إن القاضي قد يجد في العقد بعد عرضه عليه لتحديد مضمونه أنه بحاجة إلى تفسير لعباراته، لا سيما أن التفسير يؤدي إلى تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق كل متعاقد، ويهدف إلى التوصل إلى الحل المناسب والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية، وتوصلنا في خاتمة هذا البحث إلى عدة نتائج أهمها أنه يتعين على القاضي أن يأخذ بالمعنى الظاهر عند تفسير عبارة العقد الواضحة دون أن ينحرف إلى المعنى الباطن. وتدعو الدراسة إلى ضرورة إعادة صياغة نص المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني لتكون أكثر وضوحاً وشمولاً.

**الكلمات الدالة:** تفسير العقد، سلطة القاضي بالتفسير، عبارات العقد، مضمون العقد.

## The Authority of the Judge to Interpret the Contract

Mohammad Hazm Al-Smadi<sup>1</sup>, Doha Ituhaimer AL-Majali<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Social Security Corporation, Jordan.

<sup>2</sup> Al-Hadaf Company For Legal Consulting, Jordan.

\* Crossponding author: [Mohamad.smdi@gmail.com](mailto:Mohamad.smdi@gmail.com) / [Majalidoha@yahoo.com](mailto:Majalidoha@yahoo.com)

Received: 01/10/2022.

Accepted: 01/11/2022.

### Abstract

This study aims to demonstrate the authority of the judge for interpretation; in particular with regard to elements set out by the legislator in the text of the article (239/2) of the Jordanian Civil Code. The judge may find, after presenting the contract before him/her to determine its content, that some of the contract's terms need an interpretation; particularly that the interpretation leads to defining each contracting party's obligations, and aims to reach the appropriate and most beneficial solution from a social perspective. In the conclusion of this study, researchers have reached several results, the most important of which, is that the judge must consider the plain meaning when interpreting the contract's explicit term without deviating to the subtext. The study calls for restructuring of article 239 of the Jordanian Civil Code to be more explicit and comprehensive.

**Keywords:** contract interpretation, judge's power to interpret, contract terms, content of the contract.

## المقدمة

يعتبر العقد نظاماً فريداً خدم البشرية وأسهم في صناعة تقدم حياة البشر، ولولا العقد لما كانت المقايضة أولى التعاملات التجارية منذ فجر التاريخ، حيث تقدمت حياة الإنسان بتقدم العقود حتى وصلت إلى ما هي عليه في هذه الأيام من التطور. لقد كان العقد ضرورياً لحياة الإنسان وتقدمه، حيث تطور نظام العقد بين أفراد البشرية على مر العصور نتيجة إرادات الأطراف المتعاقدة، الذين يلتزمون بآثاره بإرادتهم ورضا منهم، وقد أدى هذا الأمر إلى نشوء نظام العقد الذي تضمن قوة تضيي على أطرافه الرضوخ والقبول والاحتكام إلى ما تضمنه العقد من آثار والتزامات على أطرافه، ولما كانت آثار العقد هي الهدف الذي من أجله كان العقد ونشأ بين المتعاقدين، فإن إرادة الأطراف اتجهت لجعل آثار العقد التزامات عليهم يجبرهم قانون العقد على تنفيذها، حيث إن أهم مشكلة يمكن أن تظهر عند تنفيذ العقود هي الاختلاف بين أطراف العقد على تحديد آثار العقد والتزاماته على كلا الطرفين أو أحدهما.

ولأن القضاء وجد لحل النزاعات بين الخصوم، وإليه يلجأ الأطراف ويعرضون عليه أمر النزاع لإصدار الحكم الحق وحل النزاع، والقاضي عند حل النزاع بين أطرافه يقوم بتحديد المطلوب منه ببيان آثار العقد المتنازع عليه. وكون هذه الآثار كانت من صناعة وتحديد الأطراف المتعاقدين الذين جعلوها هي قانون العقد، إذ إن من مهمة القاضي تفسير القانون وتأويله، فإن من مهمته أيضاً تفسير نصوص العقد ومصطلحاته بما أن نصوص العقد هي قانون المتعاقدين، فوسيلة القاضي لمعرفة آثار العقد هي تفسير العقد وتحديد المعنى الذي تضمنته نصوصه التي هي عبارات لغوية، والتفسير على العموم معناه: هو الاستدلال على ما يتضمنه النص من معنى، أو بمعنى أدق (هو فن الكشف عن الأفكار التي عبر عنها القول أو الكتابة)<sup>(١)</sup>.

ولا بدّ للقاضي كي يتوصل إلى التفسير أن يكون العقد صحيحاً ابتداءً، إذ يتوجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من العيوب أي لا يشوب إرادتهم أي عيب من عيوب الإرادة التي من شأنها أن تجعل العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال. فالعقد الصحيح يترتب عليه رابطة قانونية، ملزمة للدائن والمدين معاً، وهي التي يعبر عنها المشرع بالعقد شريعة المتعاقدين. فالبحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في انعقاد العقد وصحته، إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً، حتى يكون قابلاً للتنفيذ، كما أن تفسير العقد من آثار هذا الأخير، إذ يمكن من خلاله استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والوقوف على معنى الإرادة الظاهرة والباطنة.<sup>(٢)</sup>

(١) عبد التواب، معوض، دور القاضي في تعديل العقد في الفقه الإسلامي، ط١، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٢٩.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١٩٨٨، ص ٦٧٩.

## مشكلة البحث:

إن للقاضي دوراً كبيراً في تفسير العقد وتحديد مضمونه وقد حدد القانون المدني الأردني هذا الدور من خلال نص المادة(٢٣٩)، ولكن إشكالية هذه الدراسة تتمثل في أن التعبير الصادر عن الأطراف له دور في إعطاء الوصف القانوني للعقد، فإذا كانت العبارة غير دالة على وصفها الصحيح، لا يمكن للقاضي أن يصفها على مفهومه الخاص، خاصة أن القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي، فضرورة تفسير العقد من طرف القاضي عملية بالغة الأهمية في الحالات التي تكون فيها شروط العقد تحتاج إلى تفسير.

## أسئلة الدراسة:

تساؤلات الدراسة تتمحور حول مايلي:

- هل يأخذ القاضي بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين أم الإرادة الباطنة لهما عند التفسير؟
- هل يمكن أن يكون التفسير موضوعياً أم شخصياً حسب القاضي؟
- ما هي صلاحية القاضي في تفسير العقد؟

## أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان دور القاضي في تفسير العقد وبيان الطرق التي يجب عليه اتباعها عند التفسير، وكيف يستهدي القاضي عند نظر النزاع إلى طرق التفسير المختلفة حتى يتمكن له الوصول إلى إرادة المتعاقدين؟ كما هدفت هذه الدراسة إلى بيان موقف القضاء الأردني من سلطة القاضي بالتفسير خصوصاً عند رقابة محكمة التمييز الأردنية على قرارات الأحكام، من حيث التسبب للأحكام أو رقابتها من حيث تحريف عبارات العقد عند التفسير.

## منهجية البحث:

سأتبع منهج البحث الوصفي التحليلي، كذلك سأقوم بالاطلاع على الأدبيات المتعلقة بموضوع الدراسة وجمع المعلومات حول سلطة القاضي بتفسير العقد، وما يتعلق من الأدبيات التي تبحث في هذا الموضوع، سواء أكان ذلك مؤلفات فقهية أم أبحاثاً أم دراسات، والقرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز، وقد أضطر أحياناً إلى اللجوء إلى موقف الفقه الإسلامي من ذلك في بعض مسائل التفسير، والاستناد إلى مجلة الأحكام العدلية أيضاً، كما سيتم الاعتماد على القرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية بخصوص هذا الموضوع.

**أهمية البحث:**

- دراسة سلطة القاضي بتفسير العقد ضرورية وحيوية، وذلك لأن تفسير العقود القاضي للعقود ينبني عليه الكثير من المخاطر، خاصة إذا قام القاضي بتفسير النصوص الغامضة بغير الإرادة الصحيحة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين.
- تعريف المعنيين والمسؤولين على الدور الذي يؤديه القاضي بتفسير العقد، فمن خلاله يتم الوقوف على المحظورات التي يحظر على القاضي الوصول إليها عند تفسيره للعقد، وما هو الجائز له الأخذ به عند تفسير العقد.
- تنبيه المشرع الأردني إلى أهمية تعديل نص المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني، على النحو الذي يؤدي إلى تحقيق العدالة بشكل أفضل.
- يمكن الباحثين من الاستفادة من هذه الدراسة من حيث المعلومات التي تحويها عن سلطة القاضي بتفسير العقد.

**الصعوبات التي تواجه البحث:**

هناك العديد من الصعوبات واجهت هذا البحث، مثل:

- تشعب الموضوع: فسلطة القاضي في تفسير العقد متشعبة من حيث سلطته بالتفسير في العقود الواضحة أو العقود غير الواضحة في مدلولاتها، أو العقود التي اتفق الأطراف على الأمور الجوهرية واتفقوا على اعتبار العقد منعقدا عليها، ولم يتفقوا على الأمور التفصيلية بعدها، أو سلطته في تعديل مضمون العقد، وعليه فإن التعامل في نطاق هذه السلطة يعتبر متشعبا وذو أمور بحاجة إلى البحث المطول.
- انعدام التشريعات الخاصة بسلطة القاضي في تفسير العقد وتناولها في نصوص محدودة دون الإسهاب فيها، مما أدى إلى الاختلافات الفقهية والقضائية في هذه السلطة.
- تعارض الأحكام القضائية بخصوص مدى هذه السلطة، وتعارض تفسيرها.

## المبحث الأول

### ضوابط تفسير العقد من قبل القاضي

للإرادة دور في وضوح العبارة وغموضها، فالتعبير عن الإرادة متى ما كان واضحاً لا لبس فيه سهل للقاضي مهمة البحث عن التعبير الحقيقي للأطراف، وإذا كانت العبارة غامضة تجعل القاضي يلجأ إلى وسائل أخرى لاستنباط الإرادة الحقيقية، وقد يحدث تناقض بين العبارات الواضحة والتعبير عنها فرغم وضوح العبارة إلا أن المتعاقدين أثناء استعمال التعبير الواضح قد يخلقون تناقضاً من شأنه أن يؤدي إلى غموض التصرف وهذا الغموض يؤدي إلى إثارة النزاعات في المقصود منه فهل يؤخذ بالتعبير الواضح أم يؤخذ بإرادة المتعاقدين المشتركة مع تعارضها مع ما تضمنه العقد من تعبير.

الأصل أن يبرم العقد بين أطراف العلاقة العقدية، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل في إبرامه طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ كرس المشرع الأردني هذه المبادئ في نصوص القانون المدني الأردني فقد جاء في نص المادة ٢١٣ (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزمه في التعاقد) وأيضاً في نص المادة 214 من ذات القانون (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ومن هذه النصوص يتبين بأن المشرع الأردني قد تأثر بالفقه الإسلامي باعتماده على النية الحقيقية على اعتبار أنها المنشئ للعقد والمحدد لآثاره.<sup>(١)</sup>

إلا أنه قد تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخل لتفسيره، وهذه الحالة سماها المشرع الأردني بتفسير العقد إذ عالج المشرع في القانون المدني الأردني تفسير العقود، وقد قررت محكمة التمييز الأردنية في قراراتها العديدة هذه المبادئ عندما قضت في أحد أحكامها ( يستفاد من أحكام المواد 213، 214، 202، 239 ) من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين وأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبصورة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين )<sup>(٢)</sup>.

وقضت أيضاً في أحد أحكامها ( لمحكمة الموضوع تكليف العقد المبرم بين الطرفين على ضوء الوقائع المشتركة للمتعاقدين، وحيث فسرت محكمة الموضوع أن العقد موضوع الدعوى هو عقد مقاوله وليس عقد عمل لانتهاء عنصر التبعية فتكون الدعوى خاضعة لنظام رسوم المحاكم).<sup>(٣)</sup>

إن الأولوية تعطى للإرادة الحقيقية للطرفين (النية المشتركة) فهي الهدف الذي يجب على القاضي الوصول إليه، وفي حالة وضوح عبارات العقد فإن القاضي يستخلص إرادة الطرفين من المعنى الظاهر لعبارات العقد<sup>(٤)</sup> إذ جاء في نص المادة 1/239 من القانون المدني الأردني (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين).

(١) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٤٤.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٦/٣١٨١ تاريخ ٢٠١٦/١٠/١٨ منشورات قسطاس القانونية.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٥/٤٣٧٣ تاريخ ٢٠١٦/٣/١ منشورات قسطاس القانونية.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، القاهرة، مطبعة دار الكتب العربية، ١٩٣٤، ص ٩٥٠.



أما في حال عدم وضوح عبارات العقد فقد نصت المادة 2/239 من القانون المدني الأردني (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات) فهنا يفسر القاضي ابتداءً بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وفقا للضابط المنصوص عليها في نص المادة .

لقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية ( إن التكييف القانوني لوقائع الدعوى لا يخضع لرقابة الخصوم ولا يقيد المحكمة في إعطائها التكييف القانوني الصحيح. وإن محكمة الموضوع هي صاحبة الصلاحية في تفسير العقود والشروط بما تراه أو في القصور في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملاساتها ولها بهذه السلطة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك إلى طبيعة التعامل )<sup>(١)</sup>.

إذن هل يمكن تفسير العبارة الواضحة؟ وما هي العبارة الغامضة؟ وكيف يمكن تفسيرها؟ وما هو رأي الفقه والقضاء بخصوص تفسير هذه العبارات؟ .

ومن هذا المنطلق سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال مطلبين نتناول في (المطلب الأول) سلطة القاضي في حالة وضوح العبارة، ونتناول في (المطلب الثاني) سلطته في حالة غموضها .

### المطلب الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح العبارة

سوف نبحث في هذا المطلب في مفهوم وضوح عبارة العقد (الفرع الأول)، والفرضيات التي تنور في العبارات الواضحة ومدى مطابقتها للإرادة الحقيقية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: ماهية وضوح عبارة العقد

جاء في نص المادة 1/239 من القانون المدني الأردني (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين).

لقد تعددت التعاريف فيما يخص وضوح العبارة فهناك من عرفها على أساس وضوح الإرادة وهناك من عرفها على أساس التطابق الكلي بين الإرادة والتعبير، فإذا كانت العبارة واضحة وجب أن تدل على التعبير الصادق المنبعث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ولا يجوز الانحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير أو التأويل، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة.<sup>(٢)</sup>

(١) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٦/٣٦٠٢ تاريخ ٢٠١٧/٣/٧ منشورات قسطاس.

(٢) سلطان، أنور، المبادئ القانونية العامة- النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة، الاسكندرية، ط٢٠٥٥، ص٣٢٧.

وعرفها جانب من الفقه بأنها " تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة، ويحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظاً واضحة ولكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية".<sup>(١)</sup>

ولا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدة، بل وضوح منطوق العقد بصورة عامة، استناداً لمجموع ما جاء في عباراته لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء، متكاملة الأحكام.<sup>(٢)</sup>

إذ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية (لا يجوز لمحكمة الاستئناف عند تفسيرها العقد الانحراف عن عباراته والخروج عن المعنى الظاهر والواضح وإن عليها أن تأخذ بما تفهده عبارات العقد وبنوده كوحدة واحدة، فإذا تضمن عقد الإيجار عبارات واضحة تقطع في أن الإجارة انعقدت لمدة سنة واحدة وأن الأجرة تدفع مباشرة في بداية كل شهر وأنه في حال استحقاق قسط ولم يدفع في موعده تصبح جميع الأقساط اللاحقة مستحقة، فإن توصلت محكمة الاستئناف إلى أن الإجارة انعقدت لمدة شهر وأن الأجرة تدفع في بداية كل شهر مما لا يمكن معه أعمال الشرط السادس المتعلق بالاستحقاق الكامل للأقساط إذا استحق قسط ولم يدفع بتاريخه مخالف للقانون لأن محكمة الاستئناف لم تلتزم قواعد التفسير المنصوص عليه في المادة 239 من القانون المدني مما يشوب قرارها بفساد في الاستدلال والتسبيب).<sup>(٣)</sup>

وهنا يلاحظ أن وضوح عبارات العقد لا ينصرف إلى وضوح كل جملة على حدة، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة واحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه.<sup>(٤)</sup>

وقد تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا تحتاج عندئذ إلى تفسير، بل يجب على القاضي أن يأخذ بما ورد في عبارة العقد دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الباطن بحجة التفسير، وإلا شكل ذلك تحريفاً لما قصده المتعاقدان ويكون سبباً لنقض الحكم، بينما لو أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد فإنه لا يخضع للرقابة .

إذ أيدت محكمة التمييز الأردنية هذا المبدأ في العديد من قراراتها ومنها (١- استقر الاجتهاد القضائي على أنه يعتبر العقد شريعة المتعاقدين يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطات المخولة لها، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقد والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود العاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها وفقاً للقرار التمييزي رقم (٥٤٤/٢٠١٠) (٨٩٨/٢٠٠٩)

(١) فوده، عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٢٢، ص ٢٥١.

(٢) ناصيف، إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، الجزء الثاني، بدون دار نشر، ١٩٩٨، ص ١١٨-١١٩.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٩/٦٤٧ تاريخ ١٠/٢٠/١٩٩٩ منشورات قسطاس.

(٤) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٩٦.

٢- لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تفسير العقود وتأويلها عن طريق البحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين مستعينة بظروف الدعوى ووقائعها شريطة عدم الانحراف عن عبارات هذا العقد في حال جاءت واضحة ولا لبس فيها وذلك وفقاً لنص المادة (١/٢٣٩) من القانون المدني<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: فرضيات وضوح عبارات العقد

لقد ثارت في وضوح عبارات العقد فرضيتين: الأولى تكون فيه عبارات العقد واضحة الدلالة ومتطابقة مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، والثانية تكون فيه عبارات العقد تحتمل أكثر من تفسير.

#### • الفرضية الأولى: اعتبار عبارات العقد واضحة ومتطابقة مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين:

هذا ما قصدت إليه المادة 1/239 من القانون المدني الأردني، إذ يجب على القاضي أن يأخذ بما تقول به عبارات العقد، فإذا انحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفاً لما قصده المتعاقدان.<sup>(٢)</sup>

وإذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية ( لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه يحقق مقصود المتعاقدين، ومنها استظهار النية المشتركة فيها مراعية في ذلك عدم الخروج عن المعنى الظاهر بعبارات العقد).<sup>(٣)</sup>

من هنا يتبين أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا تحتاج عندئذ إلى تفسير، بل يجب على القاضي أن يأخذ بما ورد في عبارة العقد دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الباطن بحجة التفسير، وإذ انه لا مجال لاجتهاد القاضي في هذه الحالة، فتكون الإرادة الملزمة للطرفين منتجة لآثارها في مواجهة القاضي الذي تغل يده عن سلطة التعديل في العقد حتى لو كان ذلك بداعي تحقيق العدالة ومنع الظلم<sup>(٤)</sup>، وإلا شكل ذلك تحريفاً لما قصده المتعاقدان ويكون سبباً لنقض الحكم، بينما لو أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد فإنه لا يخضع للرقابة، وبذلك يكون تفسير القاضي العبارات الواضحة بمعناه الضيق دون تجاوز المعنى الظاهر لها .

#### • الفرضية الثانية: احتمال تفسير عبارات العقد أكثر من معنى

لقد جاء في نص المادة 2/239 من القانون المدني الأردني (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات) مما سبق يتضح أن المشرع وضع أمام القاضي عدة ضوابط لا بد للقاضي أن يعتمد عليها لبيان إرادة المتعاقدين المشتركة، وفقاً لطبيعة التعامل والأمانة والثقة بين المتعاقدين والعرف الجاري في المعاملات. إن هذه الضوابط في حقيقتها ليست

(١) تمييز حقوق رقم ٣٣٥١/لسنة ٢٠١٣ تاريخ ٢٩/٤/٢٠١٤ منشورات قسطاس.

(٢) انظر هذا المعنى: الصده، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط١، ١٩٨٩، ص٣٧٩.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٩٣٨/٢٠٢٠، تاريخ ١٧/٣/٢٠٢٠ منشورات قسطاس.

(٤) هادي، سهير حسن، القواعد القانونية في تفسير العقد، جامعة بابل، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، العراق، ٢٠١٤، ص١٣١.

هي وحدها من يعتمد عليه القاضي في تفسير العقد فيجد الباحث أن المشرع الأردني قد أورد عدة قواعد يستطيع القاضي الاسترشاد بها على ما قصده المتعاقدان، منها على سبيل المثال ما جاء في نصوص المواد ٢١٣ إلى ٢٣٨ من القانون المدني الأردني.

إذ قررت محكمة التمييز الأردنية ذلك بموجب القرار (يعود تفسير العقود ووصفها الوصف القانوني الصحيح للمحكمة وليس إلى إرادة الأشخاص شريطة أن يكون هذا الوصف يتفق مع إرادة المتعاقدين الحقيقية بمقتضى نص المادة 2/239 من القانون المدني وإن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني بمقتضى المادة ٢١٣ من القانون المدني، وإعمال الكلام أولى من إهماله بمقتضى المادة ٢٦٦ من ذات القانون).<sup>(١)</sup>

إذا انتهى القاضي من تفسير عبارات العقد واستخلص ما قصده المتعاقدان، فيكون قد وصل إلى مبتغاه، وإذا كان يشعر أن عبارات العقد ما زال يكتنفها الغموض فذلك معناه أن هناك شكاً في التعرف على إرادة المتعاقدين، عندئذ يفسر هذا الشك لمصلحة المدين سندا لنص المادة (1/240) من القانون المدني الأردني.<sup>(٢)</sup>

إن لفظ المدين كما يقول البعض<sup>(٣)</sup> ليس على المعنى الفني المألوف له، أي الشخص الذي يتحمل عبء الالتزام، ولكن يؤخذ بمعنى الشخص الذي من شأنه إعمال الشرط الذي يسبب له ضرراً حتى لو كان دائماً في الالتزام.

مما سبق يتبين أنه إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذي اختاره الطرفان، فلا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى بفرض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام إرادة المتعاقدين طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فيهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها، فتفسير العقد هو تحديد لما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقد.<sup>(٤)</sup>

والأصل في التفسير أنه لا يجب تحديد المعنى بما يريده أحد أطراف العقد وإنما يجب تحديد معنى العقد على ضوء الإرادة المشتركة للمتعاقدين معاً، واستخلاص هذه الإرادة إنما يتم عن طريق تفسير عبارات العقد فضلاً عن الظروف والملابسات التي صاحبت انعقاده، وعبرة العقد التي تعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد تكون عبارة واضحة في الدلالة على هذه الإرادة المشتركة، وقد تكون عبارة غامضة تحتاج إلى تفسير، وقد يثير الشك في تبين هذه الإرادة إذا أجري هذا التفسير وكانت العبارة تحتمل أكثر من معنى.<sup>(٥)</sup>

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٢٠٠٦/١٤٠٠ تاريخ ٢٠٠٦/١١/٣٠، منشورات قسطاس.

(٢) المقاطي، محسن بن ناصر، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠١٠، ص ٣٦-٣٧.

(٣) عبد الباقي، عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، ١٩٨٤، ص ٥٢٧.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص ٣٢٧.

(٥) سعد، نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢٥٦.

## المطلب الثاني: سلطة القاضي في التفسير في حالة غموض العبارة

إذا كانت العبارة غير دالة على مفهومها الصحيح فهنا نعبر عنها بغموض العبارة، فيمكن للقاضي البحث بدقة في هذه الحالة عن الغموض المحيط بالعلاقة العقدية. (١)

فما هو مفهوم العبارة الغامضة؟ وماهي القواعد التي يعتمد عليها القاضي في تفسير غموض العبارات؟ وهو ما سوف نجيب عليه في فرعين الفرع الأول المقصود بغموض العبارة، والفرع الثاني قواعد تفسير العبارات الغامضة.

### الفرع الأول: المقصود بالعبارة الغامضة

قد تكون العبارة التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة بأن يشوبها غموض، فلا يكون معناها بين لأول وهلة أو تكون مبهمة مما يجعل من هذه العبارات تحتمل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات. (٢) وتكون عبارات العقد غامضة متى ما استعمل المتعاقدان عبارات مبهمة بذاتها كأن تكون مهجورة أو مستعارة من لغات أجنبية غير لغة العقد الأصلي. (٣)

والمشرع الأردني لم يعمل على تعريف العبارات الغامضة، فحاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارة، مثل العبارات المبهمة وهي العبارة التي لا تفيد شيئاً فيصعب الاطلاع على إرادة الأطراف.

إذ نص المشرع الأردني في نص المادة ٢/٢٣٩ من القانون المدني الأردني على (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

يتبين من خلال تحليل النص السابق أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يشوبها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى التفسير من طرف القضاء الذي عليه الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الأخذ بالإرادة الفردية لكل من طرفي العقد، فتفسير العقد يقضي باستخراج الإرادة المشتركة.

إن سلطة القاضي بالتفسير على ضوء تحليل نص المادة 2/239 من القانون المدني تخضع لضوابط أهمها أن يكون النص غامضاً وأن لا يكون التفسير وسيلة لإحلال إرادة القاضي مكان إرادة أطراف العلاقة العقدية، إذ يعتمد القاضي في الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين على مجموعة من القواعد القانونية التي نص عليها المشرع في ذات المادة لغايات البحث عن هذه النية التي أرادها المتعاقدون.

إن تحديد ما إذا كان العقد واضحاً أم غامضاً العبارة من المسائل التي أثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً فقد يعتبر جانب من الفقهاء عبارات العقد واضحة، إلا أن جانباً آخر قد يعتبر هذه العبارات غامضة تستوجب التفسير والوصول إلى إرادة المتعاقدين فالغموض هو عدم صلاحية العبارات لنقل الإرادة الباطنة إلى العالم الخارجي رغم

(١) سعد، نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

(٢) فوده، عبد الحكم، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٣) فوده، عبد الحكم، مرجع سابق، ص ٦٤.

وضوحها الذاتي أو عدم كفاءة التعبير مما يولد اللبس والغموض في الوصول إلى معرفة القصد الحقيقي من العقد وبالتالي انقطاع الصلة ما بين التعبير والنية. (١)

أول إجراء يتخذه القاضي هو الابتعاد عن المعنى الحرفي للألفاظ، والتعلق بالمعنى الحقيقي المنطق مع النية المشتركة للطرفين.

على القاضي أن يقف على ما قصده المتعاقدون، لا أن يقف على معنى النص الحرفي، والقانون الأردني الذي يقضي عملاً بمبادئ الفقه الإسلامي بأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وتبين من خلال ذلك أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يشوبها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى التفسير من طرف القضاء الذي عليه الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الأخذ بالإرادة الفردية لكل من طرفي العقد، فتفسير العقد يقضي باستخراج الإرادة المشتركة سنداً لأحكام المادة ٢/٢٣٩ من القانون المدني الأردني.

### الفرع الثاني: قواعد تفسير العبارات الغامضة

يقوم القاضي بالاستعانة بقواعد تساعد في عمله غايتها إزالة الغموض في العقد والوصول إلى نية المتعاقدين، إذ إن أسباب غموض التعبير عديدة منها ما يرجع إلى المتعاقدين، ويتمثل في إساءة استخدامهما للألفاظ المعبرة عن إرادتهما الحقيقية، وقد تكون العبارة لها أكثر من معنى متميز ومتعارض، بحيث لا يعرف ما هو المعنى المقصود منها، أو يكون ذلك باستخدام تعبير قانوني في غير معناه الصحيح. (٢)

وتتكون هذه القواعد التي يعتمد عليها القاضي في إزالة الغموض على عدة صور منها ما يكون بتعارض الشروط الواضحة وعبارات العقد، ومنها ما يكون بتناثر العبارات واختلافها مع مقصد المتعاقدين، ومنها ما يكون بغموض عبارات العقد ذاتها (٣) وسوف يتم تناولها بالبحث كل على حدة.

#### أ - تعارض عبارات العقد وشروطه:

التعارض يعني وجود تضارب بين المعنى الحرفي للألفاظ وبين نية المتعاقدين كأن يوجد أكثر من شرط في العقد ويحدث بينها تعارض، أو تبدو شروط الاتفاق واضحة ومحددة بالنظر إليها بصورة منفردة ولكن عند تقريب بعضها ببعض أو مع المفهوم العام للعقد أو الغرض الاقتصادي تكون متضاربة وغير منسجمة (٤)، بحيث لا يمكن إزالة هذا التعارض إلا بالتفسير.

ومثال ذلك أن يرد شرط في وثيقة عقد التأمين يقرر أن مسؤولية شركة التأمين تتحدد إذا كان من يقود السيارة هو المؤمن له وحده ويأتي بعدها شرط في العقد يذكر فيه أن السيارة المؤمنة يمكن أن يقودها أي قريب أو صديق للمؤمن له، فهل مسؤولية شركة التأمين تتحدد وفقاً للشرط الأول أم الثاني؟ إن تقريب هذين الشرطين عند تنفيذهما يظهر التعارض والإيهام، رغم أن كل منهما واضح عند النظر إليه بمعزل عن الآخر، وعندئذ يتعين إزالة

(١) فوده، عبد الحكم، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٢) فوده عبد الحكم، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٣) هادي، سهير حسن، القواعد القانونية في تفسير العقد، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

(٤) العوجي، مصطفى، القانون المدني، ج ١، ط ١، مؤسسة بحسون، لبنان، ١٩٩٥، ص ٦٥٠.

هذا الشك القائم بالتفسير لاستظهار النية الحقيقية للمتعاقدين التي تتفق مع طبيعة العقد<sup>(١)</sup> ويتم عندها الأخذ بالنص اللاحق، لكونه هو المعبر النهائي عن إرادة الأطراف المتعاقدة.

إذ جاء في قرارات محكمة التمييز الأردنية على هذه الحالة (إن القاعدة في تفسير العقود عند تعارض البيانات والشروط في عبارات العقد، توجب الأخذ بالعبارات اللاحقة والمتأخرة فيه، لأنها التعبير النهائي والأخير عن إرادة الطرفين المتعاقدين، ومن شأنها أن تفسخ ما قبلها أو تعدله).<sup>(٢)</sup>

أما إذا كان التعارض بين شرطين أحدهما مطبوع والآخر مكتوب بخط اليد، ففي هذه الحالة يهمل الشرط المطبوع إن كان واضحاً وصريحاً ويعمل بالشرط المخطوط لكونه محل نقاش بين الطرفين وتكون إرادتهم فيه ملحوظة.<sup>(٣)</sup>

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية عندما قررت (إذا كان البند الثامن من عقد الإيجار عبارة عن بند مطبوع ومعد سلفاً أما ما ورد في خانة توابع المأجور من العقد فهو مكتوب بخط اليد فإن ذلك يعني أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى إعمال هذا الشرط المكتوب واعتباره معدلاً للشرط المطبوع، وحيث توصلت محكمة الاستئناف إلى هذه النتيجة وفسرت العقد على أساس أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى اعتبار السطح جزءاً من المأجور وأنه ليس للمالك أن يعارض المستأجر في استيفاء كامل المنفعة من المأجور الذي يشمل البناء والسطح والحديقة وبالتالي فإن ما قام به يشكل معارضة لها في منفعة المأجور ويعتبر ما توصلت إليه محكمة الاستئناف يتفق وقواعد التفسير في العقود).<sup>(٤)</sup>

#### ب - تنافر المعنى الحرفي للألفاظ مع النية المشتركة للمتعاقدين:

إن عبارات العقد في هذه الحالة تكون واضحة في ذاتها تدل على المعنى المراد منها، إلا أنها لا تدل على ما يقصده المتعاقدان حقيقة وينشأ ذلك عن اختيار المتعاقدين لعبارات وألفاظ مغايرة الفكرة التي يريد الطرفان التعبير عنها، أو قد يكون المتعاقدان على دراية كافية بالمصطلحات والألفاظ القانونية، مما ينتج عن ذلك تناقض ما بين اللفظ والمعنى الحقيقي، فتكون هنا مهمة القاضي الكشف عن المقاصد والمعاني التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين المشتركة.<sup>(٥)</sup> فمثلاً إذا نص في عقد الإيجار على أنه مؤبد، وحملت هذه العبارة على معناها الظاهر كان عقد الإيجار باطلاً لضرورة توقيت المدة، ولكن من الجائز تصحيح العقد على اعتبار أن المتعاقدين أرادوا به بيعاً بثمن هو إيراد مؤبد، فعلى القاضي أن يتبين نية المتعاقدين، فإذا وجد أن عبارتهما تتحمل هذا المعنى الأخير بيع بإيراد مؤبد فالعقد يكون بهذا المعنى لا بمعنى الإيجار.<sup>(٦)</sup>

(١) فوده، عبد الحكم، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 868 لسنة 2002 تاريخ 2002/5/19 منشورات قسطاس، وكذلك القرار رقم 2003/4420 تاريخ 2004/3/18.

(٣) بدوي، حلمي بهجت، أصول الالتزامات نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة 1943 - ص ١٣٣.

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1698 لسنة 2000 تاريخ - 2000/10/15 منشورات قسطاس.

(٥) سعد، نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

(٦) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٩٤٠.

وفي أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية قررت (١) - جرى الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود في العقود مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن يبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه؟ وكيف أفادت تلك الصيغة هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه المقصود بالعقد؟ بحيث يتضح من هذا البيان أنها أخذت في تفسيرها باعتبار معقولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها.

يعتبر العقد الذي ينظم العلاقة بين أطرافها عقداً مختلطاً فهو بشق منه عقد إيجار بأجرة سنوية مقدارها ستة آلاف دينار وفق ما هو مستفاد من البند الثالث من الاتفاقية المؤرخة في 1986/11/29 المتضمن أن مقدار الضمان لكل واحد من الفريقين هو خمسة آلاف دينار في السنة وما ورد في البند السادس من الاتفاقية الثانية المؤرخة في 1988/4/2 الذي حدد فيه أن مبلغ ٢٠٠٠ دينار قيمة ضمان محمود يلداني التي باعها إلى المدعي تصبح ملغاة على أن يستمر بدفعها إلى المدعي عليه جمال وبذلك يتبقى من قيمة الضمان مبلغ ٣٠٠٠ دينار الذي يمثل الأجرة السنوية للمدعي عليه جمال وبشقه الآخر هو عقد ضمان للمصنع على ضوء ما أوضحناه، وذهب الفقهاء إلى أنه في العقود المختلطة إذا تنافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي تتكون فيها فيجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي. وحيث إن محكمة الاستئناف قد طبقت قانون المالكين والمستأجرين على العلاقة التي تحكم طرفي الدعوى ودون أن تبين في حكمها الأسباب المعقولة التي يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها فيكون الحكم المميز قاصر في التعليل والتسبيب ويستحق النقض).<sup>(١)</sup>

وما يمكن استخلاصه من قرار الحكم السابق هو أنه يمكن للقاضي الوقوف على تفسير العبارات الغامضة وذلك بالرجوع إلى الغرض الذي نشأ من أجله العقد، أو الرجوع إلى موضوع العقد . وفي حالة وجود أكثر من معنى لتفسير العقد ، يجب الوقوف على المعنى الذي ينتج أثراً قانونياً متفقاً مع مقصود العقد.

### ج - غموض عبارات العقد ذاتها بحيث تحتل أكثر من معنى

هي عبارة غير واضحة إلى درجة أن متحصنها لا يمكن أن يعرف المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين فإذا حملت العبارة أكثر من معنى واحد، فمن الأفضل الرجوع إلى المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً ثم من بين المعاني التي تجعلها تنتج هذا الأثر تحمل على المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد<sup>(٢)</sup> فمثلاً إذا تضمنت عبارة العقد أكثر من معنى واحد، وكان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثراً قانونياً، حملت العبارة على هذا المعنى، فمن يوصي إلى أولاد فلان وليس لهذا إلا أولاد، حمل المعنى عليهم صوتاً للفظ. وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، فلو ترك الشفيع شفيعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر سقطت شفيعته في كل الدار، لأن الحق في طلب الشفيع لا يتجزأ، أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله، فلو أبرأ الدائن مدينه من نصف الدين برئ المدين من هذا النصف فقط.<sup>(٣)</sup>

(١) الحكم رقم ٩٩٠ لسنة - 1998 محكمة تمييز حقوق برئاسة عبدالله الظاهر تاريخ - 1998-06-25 منشورات قسطاس.

(٢) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٩٤٠.

(٣) ناصيف، إلياس، مرجع سابق، ص ٢٣٠.



ينتج الغموض نتيجة إساءة اختيار أطراف العقد للتعبير الصحيحة، بحيث يسيء الطرفان عند التعبير عن إرادتهما باستخدامهما لألفاظ لا تعبر عن مقصودهما الحقيقي، ونتيجة هذا التعارض يتعين على القاضي محاولة التوفيق بين الشروط، وفي حال تعذر عليه ذلك يرجح القاضي الشرط الذي يكون أكثر تعبيراً عن إرادة الطرفين الحقيقية استناداً إلى القاعدة التي نصت عليها المادة 214 من القانون المدني (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) فمن خلال هذا النص يستطيع القاضي أن يزيل التعارض بترجيح الشرط الذي يدل على مقصود المتعاقدين.<sup>(1)</sup>

## المبحث الثاني

### عناصر تفسير العقد

قد يلجأ القاضي إلى التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك من خلال الوقوف على العناصر التالية: طبيعة التعامل، الأمانة والثقة، العرف، وهو ما أشار إليه المشرع الأردني في نص المادة 2/239 (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات) ويقصد بعناصر التفسير: هذه العوامل أو المعايير الشخصية أو الموضوعية التي يستعين بها القاضي المفسر بهدف الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين.

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: في المطلب الأول التعريف بطبيعة التعامل، وبتناول في المطلب الثاني الأمانة والثقة، وفي المطلب الثالث العرف الجاري.

### المطلب الأول: طبيعة التعامل

يراد بطبيعة التعامل، طبيعة التصرف المتفق عليه، أي طبيعة العقد و موضوعه أو التنظيم القانوني للعقد المبرم بين الطرفين بحيث يخضع العقد للقواعد التي تقتضيها طبيعته، مالم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك. فيفسر العقد، مثلاً، بأنه عارية استعمال وليس عارية استهلاك إذا اشترط المعير أن يرد المستعير الشيء أو مثله، وإذا استدان شخص مبلغاً من المال لمدة سنة، وبعد استحقاقه استدان مبلغاً آخر إضافة للأول، وأشار في السند إلى أن المدين يدفع مجموع الدينين بالاستحقاق وعلى شروط الدين الأول ذاتها، فإنه يجب أن يفهم من هذا الاتفاق أن الدينين تأجلاً لمدة مماثلة لأجل الدين الأول، أي سنة من تاريخ القرض الثاني.<sup>(2)</sup>

فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى، فهناك احتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل، فقد يتضمن عقد شركة التضامن مثلاً شرطاً يقضي بقابلية انتقال حصص الشركاء عن طريق الإرث، وقد يفسر مثل هذا الشرط على أنه حالة استثنائية تسمح بانتقال حصص الشركاء، وقد

(1) هادي، سهير حسن، القواعد القانونية في تفسير العقد، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(2) ناصيف، إلياس، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

يفهم منه أيضاً أنه عند وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة، وبالرجوع إلى طبيعة التعامل يكون المعنى الثاني أكثر انسجاماً مع طبيعة عقد شركة التضامن.<sup>(1)</sup>

كما أن طبيعة التعامل قد تفرض أوضاعاً معينة بالنسبة لبعض العقود، فتسري على الكافة دون تمييز، وتفرض بالتالي إرادة مشتركة يتعين التسليم بقيامها، رغم أنها قد لا تكون قائمة بالفعل في عديد من الحالات، مثال ذلك عقود النقل المتمثلة في شكل تذاكر يحملها المسافرون تتضمن العديد من الشروط، شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إذ يطالها بعض المسافرين بينما يغض النظر عنها بعضهم الآخر، ورغم ذلك فإنها تسري في حق الكافة، إذ تقتضي ظروف التعاقد وطبيعة التعامل افتراض أن الكافة يعلمون بها.<sup>(2)</sup>

إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية: تستقل محكمة الموضوع بتفسير العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بالمقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (المادة 202 من القانون المدني) ووفقاً للقواعد المنصوص عليها في المواد ٢١٣ - ٢٤٠ من القانون المدني، ولها بهذه السلطة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وحيث إن محكمتي الموضوع قد خلصتا إلى أن من حق الجهة المدعى عليها تطوير وتحديث أجهزتها وأنظمتها بما يتلاءم ومتطلبات العصر والسرعة والأمن وبالتالي فلا تستحق المدعية التعويض عما نجم عن ذلك فإنهما قد خلصتا أيضاً إلى أن من حق المدعية التعويض عن منع عمالها من الوجود تحت مظلة الركاب فيكون ما توصلت إليه متفقاً والقانون.<sup>(3)</sup>

### المطلب الثاني: الأمانة والثقة

يستنتج القاضي من خلال بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدین الأمانة والثقة الموجودة بينهما، فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل، ومن حق الموجب له أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، معتبراً أن المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب، وهذا ما يوطد الثقة المشروعة، التي تتطوي على الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد.<sup>(4)</sup>

الأصل أن يتوافر في التعامل الأمانة والثقة فتقتضي الأمانة أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عبارته بما يفرضه التعامل من أمانة، فإذا تبين له أن هناك خطأ في التعبير، فإن الأمانة تقتضي منه ألا يستغل هذا الخطأ، بل يجب عليه أن يأخذ بالمعنى الحقيقي المراد من التعبير طالما أن الطرف الآخر أمكنه أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك، أما الثقة فتقتضي أن من يتلقى تعبيراً عن الإرادة فإن من حقه أن يفهمه على معناه الظاهر طالما أنه يدركه أو كان في إمكانه ذلك.<sup>(5)</sup>

(1) فلافي، علي، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(2) Justice Susan, Kenny, Constitutional role of the judge: statutory interpretation, 2013, Published in

<http://classic.austlii.edu.au/> - Search

(3) فوده، عيد الحكم، مرجع سابق، ص ٢٨١.

منشورات قسطاس. - محكمة تمييز حقوق برئاسة إسماعيل العمري تاريخ ٢/٤/٢٠٠٧ - 2006 لسنة 3406 (الحكم رقم<sup>4</sup>)

(5) ناصيف، إلياس، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

فسلوك المتعاقدين أمر هام في التوصل إلى إرادتهما الحقيقية، فيجب عليهما التحلي بالأمانة والثقة فهذان العنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر، بمفهوم المخالفة يمتنع المتعاقد عن الغش والحيل والهزل في المعاملات، ويلتزم بالتعاون مع المتعاقد الآخر. (١)

### المطلب الثالث: العرف

إذا لم يوجد نص في القانون، يعود القاضي إلى العرف ويعتمد عليه في تحديد نطاق العقد، كما له سلطة تفسير العقد وفقاً لما يقتضيه العرف الجاري في المعاملات، وإن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف، لأن العرف المعمول به يفترض في المتعاقدين أن يكونا على علم به، وأن يكونا قد رضيا به في التعاقد، وإلا لصرحا بمخالفته. وأكثر ما تظهر أهمية العرف في القضايا التجارية، والمعاملات البحرية، حيث يتوجب على القاضي، عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المعمول به، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف، أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الإلزامية، على أن يعتبر العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام. (٢) إن العرف المفسر أو التفسيري، إن صحت هذه التسمية، لا يطبق إلا عندما تستغل نصوص القانون أو يسكت المتعاقدان عن تنظيم ما تعاقدوا عليه أو نظامه في غموض (٣)، ويفرق الفقه بين العرف عندما يكون عاملاً من عوامل التفسير، عن العرف عندما يكون مصدراً من مصادر القانون، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى لم يكن حكمه عرضة للنقض. أما العرف في الحالة الثانية، فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه. (٤)

وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية دور العرف في التفسير في العديد من قراراتها إذ جاء في أحد قراراتها (إن الفقه والقضاء استقرا على أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة التامة في تفسير العقود والشروط الواردة فيها بما تراه أوفى المقصود في العقد وتفسيره حسب مفاده الصحيح مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها.

\* إن العرف الاجتماعي قد جرى على أن يستأجر الشخص سكناً لنفسه ولذويه وإن المستأجر غير ملزم عند إبرام عقد الإيجار مع المالك بتعداد أو تسمية أفراد عائلته أو ذكرهم صراحة في العقد لأن العبرة بذلك الواقع .

\* حيث إن محكمة الموضوع بما لها من صلاحيات في وزن البينة وتقديرها وترجيح بينة على أخرى قد قنعت أن تواجد أبناء المدعى عليها معها في المأجور لا يرقى لحد السماح بإشغال المأجور دون موافقة المالك الخطية أو التحلي عنه للغير وقد جاء استخلاصها لهذه الواقعة سائغاً ومقبولاً ونحن نقرها على صواب ذلك). (٥)

(١) فلافي، علي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) ناصيف، إلياس، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٣) الشواربي، عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٨.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج ١، فقرة ٣٩٥، ص ٤٩٩.

(٥) الحكم رقم ٢٦٥١ لسنة ٢٠٠٠ محكمة تمييز حقوق برئاسة أديب الجلادمة - تاريخ ١/٨/٢٠٠١ منشورات قسطاس.

## الخاتمة

يعتبر التفسير عملية ذهنية يقوم بها القاضي، وتعتمد على المهارات والقدرات والإمكانات التي يتمتع بها، لذا ينبغي أن يكون للقاضي دراية كبيرة بتفسير العقود.

وفي ختام هذه الدراسة يجدر بنا بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها على النحو التالي:

### أولاً: النتائج

- إن وضوح عبارات العقد لا ينصرف إلى وضوح كل جملة على حدة، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة واحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه.
- قد تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا تحتاج عندئذ إلى تفسير، بل يجب على القاضي أن يأخذ بما ورد في عبارة العقد دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الباطن بحجة التفسير، وإلا شكل ذلك تحريفاً لما قصده المتعاقدان ويكون سبباً لنقض الحكم، بينما لو أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد فإنه لا يخضع للرقابة.
- إن الشك يفسر لمصلحة المدين وذلك في حالة غموض عبارات العقد وبعد البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولا تطبق هذه القاعدة إلا بعد عجز القاضي عن التفسير، إن لفظ المدين كما يقول بعض الفقهاء ليس على المعنى الفني المألوف له، أي الشخص الذي يتحمل عبء الالتزام، ولكن يؤخذ بمعنى الشخص الذي من شأنه إعمال الشرط الذي يسبب له ضرراً حتى لو كان دائماً في الالتزام.
- تبين أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يشوبها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى التفسير من طرف القضاء الذي عليه الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الأخذ بالإرادة الفردية لكل من طرفي العقد فتفسير العقد يقضي باستخراج الإرادة المشتركة.
- إن القاعدة في تفسير العقود عند تعارض البيانات والشروط في عبارات العقد، توجب الأخذ بالعبارات اللاحقة والمتأخرة فيه، لأنها التعبير النهائي والأخير عن إرادة الطرفين المتعاقدين، ومن شأنها أن تفسخ ما قبلها أو تعدله.
- إذا كان التعارض بين شرطين أحدهما مطبوع والآخر مكتوب بخط اليد، ففي هذه الحالة يهمل الشرط المطبوع إن كان واضحاً وصريحاً، ويعمل بالشرط المخطوط لكونه محل نقاش بين الطرفين وتكون أراؤهم فيه ملحوظة.
- يمكن للقاضي الوقوف على تفسير العبارات الغامضة وذلك بالرجوع إلى الغرض الذي نشأ من أجله العقد، أو الرجوع إلى موضوع العقد. وفي حالة وجود أكثر من معنى لتفسير العقد، يجب الوقوف على المعنى الذي ينتج أثراً قانونياً متفقاً مع مقصود العقد.
- يمكن للقاضي تفسير العبارة الغامضة والوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك من خلال معايير العرف والأمانة والثقة، كما يمكنه القيام بتفسير العبارات الواضحة إذا كانت لا تدل على مدلولها الحقيقي،

- فلا يجوز للقاضي الانحراف عن العبارة الواضحة بقصد تفسيرها، وبذلك يكون القاضي قد وقع في تحريف العبارة عن معناها الحقيقي، وهي التي تجعل حكمه معرضاً للنقض .
- إن القواعد القانونية التي يستعين بها القاضي في مجال تفسير العقد في القانون المدني الأردني بالرغم من تعددها إلا أن بعضها منها يؤدي إلى معنى واحد من حيث التطبيق العملي ألا وهو وجوب الأخذ بظاهر العبارات ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك.
  - فرّق الفقه بين العرف عندما يكون مصدرًا من مصادر التفسير عن العرف عندما يكون مصدرًا من مصادر القانون، فإذا خالف القاضي العرف في الحالة الأولى كان حكمه غير معرض للنقض، أما إذا خالفه في الحالة الثانية كان حكمه عرضة للنقض.

### ثانياً: التوصيات

- نتمنى على المشرع الأردني مع الاحترام إعادة صياغة نص المادة (٢٣٩) من القانون المدني الأردني بحيث تكون أكثر وضوحاً وشمولاً ونقترح أن تكون هذه المادة على عدة فقرات بحيث يحدد في الفقرة الأولى الحالات التي يجوز فيها تفسير عبارات العقد، ومنها حالات عدم وضوح عبارات العقد، وحالة الاختلاف بين نية الأطراف وعبارات العقد، وحالة الشك.
- نتمنى على المشرع الأردني مع الاحترام أن يعدد ويحصر في الفقرة الثانية مختلف العوامل الشخصية والموضوعية التي يستند عليها القاضي في التفسير، وأن يبين في الفقرة الثالثة طبيعة هذه العوامل وهل هي ملزمة للقاضي أم مجرد عوامل استرشادية.
- على القاضي عند ممارسته لسلطة تفسير العقد أن يعتمد على المعنى الواضح الذي تعطيه العبارة متى كانت واضحة الدلالة على الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الانحراف إلى أي معنى آخر.

## قائمة المصادر والمراجع

### اولاً-الكتب المتخصصة باللغة العربية:

- سعد، نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٤.
- سلطان، أنور، المبادئ القانونية العامة- النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزراطة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٨٨.
- السنهوري، عبد الرزاق، نظرية العقد، القاهرة، مطبعة دار الكتب العربية، ١٩٣٤.
- الشواربي، عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٨.
- الصده، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط١، ١٩٨٩.
- عبد الباقي، عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، ١٩٨٤.
- عبد التواب، معوض، دور القاضي في تعديل العقد في الفقه الإسلامي، ط١، القاهرة، ١٩٩٩.
- العوجي، مصطفى، القانون المدني، ج١، ط١، مؤسسة بحسون، لبنان، ١٩٩٥.
- فوده، عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٢٢.
- ناصيف، إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعل العقد، الجزء الثاني، بدون دار نشر، ١٩٩٨.

### ثانياً- الأبحاث المنشورة:

- هادي، سهير حسن، القواعد القانونية في تفسير العقد، جامعة بابل، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، العراق، ٢٠١٤.
- المقاطي محسن بن ناصر، دور القاضي في تفسير العقد في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠١٠.
- Justice Susan, Kenny, Constitutional role of the judge: statutory interpretation, 2013, Published in web <http://classic.austlii.edu.au/- Search>.

### ثالثاً- القوانين:

- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

### رابعاً- الدوريات:

- منشورات مركز قسطاس.

## جريمة الاحتيال الإلكتروني في إطار التجارة الإلكترونية ضمن التشريعات الأردنية

محمد طه ابراهيم الفليح \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.04](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.04)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٩/٠١

تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١٠/٠٤

\* قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن.

\* للمراسلة: [mohd@gedralaw.com](mailto:mohd@gedralaw.com)

### الملخص

الاحتيال الإلكتروني هو سلوك إجرامي ينفذ كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، ويستخدم في ذلك مكونات الإنترنت مثل البريد الإلكتروني أو غرف الدردشة أو المواقع الإلكترونية، ويهدف إلى الاستيلاء على مال الآخرين بالغش والخداع. وعليه، فإن المشرع الأردني لم يجرم الاحتيال الإلكتروني كما فعل بالنسبة لجريمة الاحتيال العادية في قانون العقوبات في المادة (٤١٧) منه، إلا أنه أكد في المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ على أن ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في التشريعات الأردنية عن طريق استخدام أي وسيلة إلكترونية يوقع عليه ذات العقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع. وبيناً في هذه الدراسة ماهية جريمة الاحتيال الإلكتروني من خلال بيان تعريفها وخصائصها وأوجه الشبه والاختلاف بينها وبين جريمة الاحتيال العادية، ثم انتقلنا إلى بيان أركان هذه الجريمة من خلال بيان ركنها الشرعي والمادي والمعنوي، والجزاءات المقررة لها في القوانين الأردنية.

**الكلمات الدالة:** الاحتيال الإلكتروني: جريمة الاحتيال الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، شبكة الإنترنت.

### Electronic Fraud in the Context of E-Commerce under Jordanian Legislation

Moh'd T. I. Alflaieh \*

\* Department of Public Law, Faculty of Law, Middle East University, Jordan.

\* Crossponding author: [mohd@gedralaw.com](mailto:mohd@gedralaw.com)

Received: 15/09/2022.

Accepted: 04/10/2022.

### Abstract

Electronic fraud is a criminal behavior that is implemented in whole or in part by electronic means, and uses Internet components such as e-mail, chat rooms or websites, and aims to seize the money of others by fraud and deception. Accordingly, the Jordanian legislator did not criminalize electronic fraud as in the ordinary crime of fraud in the Penal Code in Article (417). However, it emphasized in Article (15) of the Electronic Crimes Law No. 27 of 2015 that any person committing any crime stipulated in Jordanian legislation by using any electronic means shall be subject to the same penalty stipulated in that legislation. Therefore, this study explains the crime of electronic fraud by clarifying its definition, characteristics, similarities and differences, and ordinary crime of fraud, then explains its pillars by clarifying its legal, material and moral pillar, and the penalties prescribed for this crime under Jordanian laws.

**Keywords:** electronic fraud: the crime of electronic fraud, electronic commerce, the Internet

## المقدمة

في ظل غزو شبكة الإنترنت لكافة مناحي الحياة والتطورات التكنولوجية المتسارعة، وخاصة في مجال التجارة الإلكترونية، بزغت بوادر الخير لفتح آفاق جديدة لتقدم البشرية ولجني ثمار التواصل والمعرفة، إلا أنه، وللأسف، ظهرت في نفس الوقت نوازع الشر لاستغلال هذا التقدم لتحقيق أغراضٍ شخصية رخيصة على حساب قيم المجتمع، وحقوق الأفراد والجماعة وأمنهم. فما كان من أصحاب النفوس الضعيفة إلا أن تجرؤوا على تحويل شبكة الإنترنت إلى مسرح يرتكبون فيه العديد من الجرائم والمخالفات.

ويعتبر الاحتيال الإلكتروني أحد أشكال الظواهر الإجرامية المستحدثة التي انتشرت مؤخراً وخاصة في ظل التجارة الإلكترونية، وأصبحت تهدد أمن الأفراد والدول، وهذا بسبب التطور المتسارع في وسائل التقنية الحديثة، وتزايد استخدام العديد من الحكومات والأفراد هذه التقنية كعنصر أساسي في إتمام التعاملات الإلكترونية، مما يشكل فرصة سانحة وبيئة خصبة أمام المجرمين للقيام بعمليات الاحتيال.

وإزاء ما تتميز به هذه الظاهرة الإجرامية من سرعة في التنفيذ، وسهولة في الإخفاء، والقدرة على محو آثارها، وتحدد وتعدد صورها وأشكالها التي تطال المجني عليه، ما يفرز لنا باستمرار أشكالاً مختلفة من الاحتيال، مثل انتحال هوية المواقع الإلكترونية، بالاستحصال كذباً على بيانات أو معلومات تتعلق ببطاقات الائتمان من مالكيها موهماً إياه القيام بأمر معين لصالحه كالتحويل المصرفي أو تحقيق أي ميزة و فائدة على غير الحقيقة، والاستيلاء على أموال الآخرين بطرق الغش والخداع، واتصافها بالعالمية، نظراً لعبورها حدود الدول، لأنها تقع في أغلب الأحيان عن بعد عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي أكسبها صفة الظاهرة الإجرامية العابرة للدول.

## أهمية الدراسة:

بالرغم من التطور العلمي والتقني، إلا أن المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية لا يزال يعاني من الغش والتحايل عند تعاقدته إلكترونياً، بالإضافة إلى ضعف نوعية السلع والخدمات وارتفاع أسعارها. ولعل ما دفع الباحث إلى اختيار هذا الموضوع بالذات هو أهميته البالغة في ظل الانتهاكات المتتالية التي تشهدها دول العالم شتى، التي تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على المستهلك الإلكتروني وقدرته على الاستهلاك، وكذلك الأمر في كثرة التجاوزات التي يقوم بها المنتجون والتجار وبالأخص الاحتيال الإلكتروني ومدى تأثيرها على حقوق المستهلكين وهو الذي يستدعي دراسة الحالة التجريبية والعقابية التي أقرها المشرع، وذلك من خلال محاولة الوصول إلى حلول وطرق قانونية توفر الحماية الجزائية وتجرم الاحتيال الإلكتروني في ظل التعاملات الإلكترونية، وتساعد المستهلك وتحميه عند تعاقدته إلكترونياً، فالثقة والأمان من أهم ما يحتاج إليه المستهلك عند تعاقدته إلكترونياً.

## مشكلة الدراسة:

تطرح العديد من الإشكاليات الجديدة بالنسبة للقانون الجزائي، وخاصة بالنسبة لجرائم الاحتيال الإلكتروني، سواء كان الشخص المسؤول عن هذه الجرائم معلوماً أو مجهولاً، وبالتالي تثار مشكلة تنظيم وحماية المواقع الإلكترونية من التعدي على مصالح الشركات والأفراد.



كما تبرز مشكلة البحث أيضاً، عبر هذا السؤال: هل تعتبر النصوص الجزائية لقانوني العقوبات والجرائم الإلكترونية كافية في حد ذاتها لحماية الأموال من جرائم الاحتيال الإلكتروني؟  
ولغرض حل هذه الإشكالية لا بد من البحث في مفهوم الاحتيال الإلكتروني ودوره في التأثير على إرادة الأفراد والاستيلاء على أموالهم بالغش والخداع، وكذلك خصائص جريمة الاحتيال وما تتميز به عن جريمة الاحتيال العادية. وكذلك بيان أركان جرائم الاحتيال الإلكتروني والجزاءات المفروضة عليها.

### منهجية الدراسة:

لتحقيق أهداف البحث المذكورة أعلاه، سنعتمد على المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية وربطها واستخلاص النتائج التي تترتب على ذلك، وخاصة في التشريع الأردني، وذلك وصولاً إلى النتائج والتوصيات التي تتكامل لتحقيق أهداف هذه الدراسة.

## المبحث الأول

### ماهية الاحتيال الإلكتروني

يعتبر الاحتيال الإلكتروني أحد أشكال الظواهر الإجرامية المستحدثة التي انتشرت مؤخراً وخاصة في ظل التجارة الإلكترونية، وأصبحت تهدد أمن الأفراد والدول، وهذا بسبب التطور المتسارع في وسائل التقنية الحديثة، وتزايد استخدام العديد من الحكومات والأفراد هذه التقنية استخداماً أساسياً في إتمام التعاملات الإلكترونية، مما يشكل فرصة سانحة وبيئة خصبة أمام المجرمين للقيام بعمليات الاحتيال.

وإزاء ما تتميز به هذه الظاهرة الإجرامية من سرعة في التنفيذ، وسهولة في الإخفاء، والقدرة على محو آثارها، وتحديد وتعدد صورها وأشكالها التي تطال المجني عليه، ما يفرز لنا باستمرار أشكالاً مختلفة من الاحتيال، مثل انتحال هوية المواقع الإلكترونية، بالاستحصال كذباً على بيانات أو معلومات خاصة ببطاقات الائتمان من خلال إيهام مالكيها القيام بأمر معين لصالحه كالتحويل المصرفي أو تحقيق أي ميزة وفائدة على غير الحقيقة، واتصافها بالعالمية، نظراً لعبورها حدود الدول، لأنها تقع في أغلب الأحيان عن بعد عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي أكسبها صفة الظاهرة الإجرامية العابرة للدول<sup>(١)</sup>.

(١) محمد عساف محمد السلامة، الإطار القانوني لحماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، العدد الثالث، المجلد ٣، ٢٠١٨، ص ٢٢٧.

## المطلب الأول: مفهوم جريمة الاحتيال الإلكتروني

سنحدث في هذا المطلب عن تعريف جريمة الاحتيال الإلكتروني في (فرع أول) ثم نتحدث عن خصائصها في (فرع ثانٍ). وذلك وفق الآتي:

### الفرع الأول: تعريف الاحتيال الإلكتروني

تعددت المصطلحات التي تطلق على الاحتيال الإلكتروني، فأحياناً يعرف بالاحتيال المعلوماتي أو الغش المعلوماتي، وفي أحيان أخرى يعرف بالاحتيال عبر الإنترنت، حيث انعكس ذلك في اختلاف تعريف جريمة الاحتيال الإلكتروني<sup>(١)</sup>.

فالمشرع الأردني لم يتطرق لتعريف الاحتيال الإلكتروني أو التقليدي ولكنه أشار حصراً في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦١ إلى الطرق الأساسية على سبيل المثال وليس الحصر التي على ضوءها تشكل النموذج القانوني لقيام جريمة الاحتيال على أنه "كل من حمل الغير على تسليمه مالاً منقولاً أو غير منقول أو أسناداً تتضمن تعهداً أو إبراء فاستولى عليها احتيالياً: باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له أو إحداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور، أو بالتصرف في مال منقول أو غير منقول وهو يعلم أن ليس له صفة للتصرف به، أو باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة،...".

أما في قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥، فإن المشرع الأردني لم ينص على تعريف واضح للاحتيال الإلكتروني، إلا أنه أشار إلى ذلك بموجب المادة (١٥) منه،<sup>(٢)</sup> التي تنص على أنه: "كل من ارتكب أي جريمة معاقب عليها بموجب أي تشريع نافذ باستخدام الشبكة المعلوماتية أو أي نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو اشترك أو تدخل أو حرض على ارتكابها يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع".

وبالتالي فإن الاحتيال المنصوص عليه في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات يخضع لأحكام المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية، إذا ارتكبت الجريمة باستخدام الشبكة المعلوماتية أو أي نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو اشترك أو تدخل أو حرض على ارتكابها يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع، وهو العنصر المميز لجريمة الاحتيال الإلكترونية عن جريمة الاحتيال العادية المنصوص عليها في قانون العقوبات. حيث يعرف الاحتيال الإلكتروني بأنه: "أي سلوك احتيالي ينتهج منهج الحوسبة بنية الحصول على امتياز مالي. ويلعب دوراً هاماً في عرض السلع أو الخدمات غير الموجودة أصلاً، أو طلب دفع ثمن تلك الخدمات أو السلع عبر الشبكة"<sup>(٣)</sup>.

(١) طارق عبد الرؤوف الجن، جريمة الاحتيال عبر الإنترنت (الأحكام الموضوعية والإجرائية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٣٧.

(٢) المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥.

(٣) طارق عبد الرؤوف الجن، جريمة الاحتيال عبر الإنترنت مرجع سابق، ص ٣٨.

ويعرف أيضا بأنه: "أي شكل من التخطيط الاحتمالي الذي يستخدم محتويات الإنترنت، مثل غرف الدردشة أو البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية لتفاسيم المعاملات الاحتمالية أو لإرسال نتائج الاحتمال إلى المؤسسات المالية"<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ من خلال هذه التعريفات، بأن التعريف الأول لم يفرق بين الاحتمال المعلوماتي والاحتمال في مجال التجارة الإلكترونية، إذ إن مفهوم الاحتمال المعلوماتي، أوسع من مفهوم الاحتمال في مجال التجارة الإلكترونية، حيث يشمل الاحتمال عبر الحاسوب والاحتمال في مجال التجارة الإلكترونية، أما الاحتمال في التجارة الإلكترونية فلا يشمل إلا الاحتمال عبر شبكة الإنترنت، إلا أنها قد حصرت وسائل الاحتمال في عرض السلع والخدمات غير الموجودة أصلاً، أو تقديم معاملات احتمالية<sup>(٢)</sup>.

ومنه يمكن تعريف جريمة الاحتمال الإلكتروني بأنها: "أي سلوك إجرامي ينفذ كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، ويستخدم في ذلك مكونات الإنترنت مثل البريد الإلكتروني أو غرف الدردشة أو المواقع الإلكترونية، ويهدف إلى الاستيلاء على مال الغير بالغش والخداع".

### الفرع الثاني: خصائص الاحتمال الإلكتروني

يتميز الاحتمال الإلكتروني بعدة خصائص تميزها عن غيرها من الجرائم الأخرى، تتمثل في ما يأتي:

#### أولاً: أنها من جرائم الأموال:

يهدف الجاني من وراء مشروعه الإجرامي في جريمة الاحتمال في مجال التجارة الإلكترونية إلى التوصل إلى الاستيلاء، أو تحويل حيازة مال مملوك للغير منقولاً أو غير منقول سواء لنفسه أو إلى غيره، وهذا باستعمال الوسائل الإلكترونية وشبكة الإنترنت<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً: أنها جريمة عابرة للحدود الوطنية:

كان لربط العالم بشبكة الاتصالات من خلال الأقمار الصناعية والإنترنت الأثر الكبير في انتشار حركة الاحتمال في مجال التجارة الإلكترونية، حيث لا حدود جغرافية بين الدول وهذا نظراً لارتباط العالم بشبكة واحدة. لذا نجد أن جرائم الاحتمال التي ترتكب من خلال شبكة الإنترنت، في المعاملات التجارية لا تحدها حدود ولا تعترف بعنصر المكان أو الزمان، ونتج عن ذلك العديد من المشاكل القانونية الإجرائية حول تحديد الدولة صاحبة الاختصاص القضائي بهذه الجريمة، وكذلك القانون الواجب التطبيق<sup>(٤)</sup>.

(١) زينب أحمد عوين، جريمة الاحتمال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ٢٠١٤، ص ١٠.

(٢) زينب أحمد عوين، جريمة الاحتمال الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١١ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع: زينب أحمد عوين، جريمة الاحتمال الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٢ وما بعدها؛ طاهر جليل الحبوش، جرائم الاحتمال الأساليب والوقاية والمكافحة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٦، ص ٢٢.

(٤) نياض موسى البداية، الأمن الوطني في عصر العولمة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١١، ص ٩٢.

**ثالثاً: أنها من الجرائم الخفية سريعة التطور:**

إن جريمة الاحتيال التي تقع عبر الإنترنت هي جريمة مخفية ومستترة في أغلبها، لأن الضحية لا يمكن له أن يلاحظها رغم أنها تقع أثناء وجوده على شبكة الإنترنت، فالجاني الذي يقوم بارتكابها يتمتع بقدرات فنية وتقنية تمكنه من إخفاء معالم هذه الجريمة وصعوبة الاحتفاظ الفني بآثارها إن وجدت<sup>(١)</sup>.

**رابعاً: أنها من الجرائم المتجددة:**

إن جرائم الاحتيال في مجال التجارة الإلكترونية من الأنماط الإجرامية المستحدثة، وهذا نظراً للأشكال المتعددة التي تأخذها في وقتنا الحاضر ما صعب مواكبتها وكشفها وتكمن خطورة هذه جريمة في كونها لا تأخذ شكلاً أو نمطاً أو أسلوباً معيناً، وإنما تكشف تلك الأنماط والأساليب بعد مرور فترة من الزمن على ارتكابها<sup>(٢)</sup>.

**خامساً: أنها من الجرائم التي يصعب إثباتها:**

يصعب على المحقق التقليدي التعامل مع هذه الجريمة، فهي تتسم بالغموض وصعوبة الإثبات، وهذا نظراً لانقضاء وجود الآثار التقليدية للحركة، وغياب الدليل (بصمات، تخريب، شواهد مادية)، وسهولة محو الدليل، أو تدميره بسرعة كبيرة، لذا فإن معظم أشكال هذه الجريمة يتم اكتشافها بالصدفة وبعد وقت طويل من ارتكابها<sup>(٣)</sup>.

**سادساً: أنها من الجرائم الخطيرة :**

تتسم جرائم الاحتيال في مجال التجارة الإلكترونية بخطورتها البالغة، وهذا راجع إلى الخسائر الناجمة عنها، التي تكون كبيرة جداً موازنة بالجرائم التقليدية، كما أنها ترتكب من فئات متعددة تجعل من الصعب التنبؤ بالجاني في هذه الجرائم<sup>(٤)</sup>.

على الرغم من اتخاذ العديد من الاحتياطات لحماية المستهلك من التصرفات الاحتيالية على شبكة الإنترنت، إلا إنه لا يزال هناك تزايد مستمر في أعداد الشكاوى التي تصدر من المستهلكين الذين يتعرضون لأفعال احتيالية على الإنترنت. وتزداد خطورة هذا الأمر بمعرفة مدى التنوع الكبير في أشكال وصور هذا الاحتيال التي تتغير بشكل طردي مع التقدم في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات<sup>(٥)</sup>.

(١) نسرين بزيم، الحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٤٢.

(٢) بدر بن ناصر السيسي، الاحتيال في عقود التأمين وعقوبته، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠١٠، ص ٥٧.

(٣) نسرين بزيم، الحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٤) زينب أحمد عوين، جريمة الاحتيال الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٩، ص ٢٣ وما بعدها.

(٥) موزة أحمد إبراهيم الباني، حماية المستهلك من الغش التجاري في القانون الإماراتي، ٢٠٢٠، ص ٢٥، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط التالي:

[https://www.sharjah.ac.ae/en/academics/Colleges/Law/Documents/students\\_projects/moza\\_ahmed.pdf](https://www.sharjah.ac.ae/en/academics/Colleges/Law/Documents/students_projects/moza_ahmed.pdf)

## المطلب الثاني: تمييز جريمة الاحتيال الإلكتروني عن جريمة الاحتيال العادية

تشابه جريمة الاحتيال الإلكتروني مع جريمة الاحتيال العادية، بأن كليهما يقوم على وسائل الغش والخداع وجوهرهما الكذب المدعم بالمظاهر الخارجية، وكلاهما من جرائم الأموال هدف الجاني فيها الاستيلاء على أموال غيره لتملكه<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك تختلف جريمة الاحتيال الإلكتروني عن جريمة الاحتيال العادية كون أن الأولى تتم من خلال وسيلة إلكترونية، في حين أن الثانية تكون وسيلة الخداع فيها بأي طريقة من شأنها إيهام الغير وخداعه، فجريمة الاحتيال العادية أعم وأوسع من جريمة الاحتيال الإلكتروني. ثم إن محل جريمة الاحتيال العادية هو المال المنقول بينما محل جريمة الاحتيال الإلكتروني يشمل المنافع والخدمات. وتقع جريمة الاحتيال العادية مباشرة بين الجاني والمجني عليه بينما في جريمة الاحتيال الإلكتروني تقع الجريمة بين أشخاص موجودين في مناطق متباعدة وفي دول مختلفة، قاسمهم المشترك استخدامهم لرسائل البريد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت<sup>(٢)</sup>.

على ضوء ما تقدم ومع وجود فوارق بين جريمة الاحتيال التقليدية وفق مفهومها الوارد في قانون العقوبات وبين الجريمة الإلكترونية، إلا أن هذه الفوارق تنحصر في الأسلوب الإجرامي فقط، فبدلاً من أن كانت تتم الجريمة بطريقة تقليدية أصبحت اليوم في ظل التطور التكنولوجي تأخذ أسلوباً آخر، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق نص المادة ٤١٧ من قانون العقوبات الأردني للتصدي لجرائم الاحتيال التي تتم بالوسائل الإلكترونية<sup>(٣)</sup>.

## المبحث الثاني

### أركان جريمة الاحتيال الإلكتروني

سنبين في هذا المبحث الأركان التي تقوم عليها جريمة الاحتيال الإلكتروني، وذلك من خلال بحث ركنها الشرعي في (مطلب أول)، ثم بحث الركن المادي في (مطلب ثانٍ) وبحث الركن المعنوي في (مطلب ثالث)، وأخيراً الجزاءات المقررة لهذه الجريمة في (مطلب رابع).

### المطلب الأول: الركن الشرعي لجريمة الاحتيال الإلكتروني

الركن الشرعي هو ضرورة وجود نص في القانون يحدد الأفعال غير المشروعة التي إذا ارتكبتها الشخص تقوم مسؤوليته، وبالتالي إيقاع العقوبة المناسبة عليه. فالهدف الذي يقصده المشرع من وراء تجريم الاحتيال الإلكتروني هو حماية مال الغير، وذلك من خلال تجريم جميع الممارسات والأساليب الاحتمالية التي تواجه الأفراد للاستيلاء على أموالهم بطرق الغش والخداع<sup>(٤)</sup>.

(١) علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة ٣٦، يونيو ٢٠١٢، ص ٥٧٧.

(٢) علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٧٧.

(٣) حيث تخضع هذه الجرائم لأحكام نص المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥، التي جاء فيها: "كل من ارتكب أي جريمة معاقب عليها بموجب أي تشريع نافذ باستخدام الشبكة المعلوماتية أو أي نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو اشترك أو تدخل أو حرض على ارتكابها يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع".

(٤) رامي زكريا رمزي مرتجى، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، فلسطين، ٢٠١٧، ص ٨٦.

وبالتالي فإن الاحتيال المنصوص عليه في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات يخضع لأحكام المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية، إذا ارتكبت الجريمة باستخدام الشبكة المعلوماتية أو أي نظام معلومات أو موقع إلكتروني أو اشترك أو تدخل أو حرض على ارتكابها يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع، وهو العنصر المميز لجريمة الاحتيال الإلكترونية عن جريمة الاحتيال العادية المنصوص عليها في قانون العقوبات. وبالرغم من أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على جريمة الاحتيال في قانون الجرائم الإلكترونية، إلا أنه أكد في المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ على أن ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في التشريعات الأردنية عن طريق استخدام أي وسيلة إلكترونية يوقع عليه ذات العقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع. حيث تنص المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على أنه "كل من حمل الغير على تسليمه مالا منقولاً أو غير منقول أو إسناداً تتضمن تعهداً أو إبراء فاستولى عليها احتيالياً:  
 أ- باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له أو إحداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو الأيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور.  
 ب- بالتصرف في مال منقول أو غير منقول وهو يعلم أنه ليس له صفة للتصرف به.  
 ج- باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.  
 عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من مائتي دينار إلى خمسمائة دينار .  
 ٢-أ- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين إذا ارتكب الفعل بحجة تأمين وظيفة أو عمل في إدارة عامة.  
 ب- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات إذا كان مرتكب الجريمة ممن يتولون إصدار الأسهم أو السندات أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مشروع أو مؤسسة تجارية أو صناعية.  
 ٣- تقضي المحكمة بضعف العقوبة في حال تعدد المجني عليهم أو اذا استغلت الإعاقة الجسدية أو النفسية أو الذهنية للمجني عليه لارتكاب أي من الجنح المنصوص عليها في هذه المادة.  
 ٤- يطبق العقاب نفسه على الشروع في ارتكاب أي من الجنح المنصوص عليها في هذه المادة".

### المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة الاحتيال الإلكتروني

يقصد بالركن المادي للجريمة هو فعل خارجي له طبيعة مادية محسوسة تدرکه الحواس، ولذلك فلا جريمة بلا ركن مادي، فهو الفعل أو السلوك الذي يقوم به الشخص ويجرمه القانون الجزائي ويرتب على القيام به عقوبة، ويتكون الركن المادي من عناصر ثلاثة وهي: السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة الاجرامية<sup>(١)</sup>.

ويتمثل هذا الركن في سلوك إجرامي يستعمل فيه الجاني وسائل احتيالية أو أساليب كاذبة، من شأنها أن تؤثر على المجني عليه لتسليم ماله طواعية للجاني معتقدا بصدقه<sup>(٢)</sup>.

(١) محمد عوده الجبور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ٥٩.

(٢) عبد القادر عبد الحافظ الشخلي، التشريعات العربية لمواجهة جرائم الاحتيال المعاصرة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٥، ص ٤٥.

والسلوك الإجرامي في جريمة الاحتيال الإلكتروني يتطلب قيام الجاني بفعل إيجابي يتمثل في استخدامه لوسيلة من الوسائل الاحتمالية من أجل الحصول بأي وسيلة كانت على البيانات أو المعلومات أو أرقام بطاقة الائتمان الخاصة بالمجني عليه، بشرط أن تكون لها قيمة قانونية، وتدخل تحت مسمى ما يعرف بالمال المعلوماتي، إضافة إلى تحديد بداية السلوك الإجرامي والشروع فيه<sup>(١)</sup>. وهي العناصر المكونة للركن المادي. وذلك من خلال إصدار تأكيدات كاذبة حول بعض صفات السلعة أو الخدمة محل التعاقد، بأي طريقة، أي بصور التصرف عن الجاني من شأنه إيقاع المتعاقد معه في غلط حول السلعة أو الخدمة المعروضة عليه<sup>(٢)</sup>.

قد تقع جريمة الاحتيال تامة مستكملة جميع أركان السلوك المادي، وذلك من خلال إتمام التعاقد وحتى ولو لم يتسلم المستهلك السلعة أو الخدمة، فبمجرد تلاقي الإيجاب والقبول بين المتعاقدين يكون قد تم التعاقد بينهما، أي أن يكون الوسيلة الاحتمالية التي أوقعت المستهلك بالغلط وأوهمه بصدق المعلومات والبيانات حول السلعة أو الخدمة بأنها صحيحة هو سلوك الجاني (المزود) وبسبب هذا السلوك أقدم المستهلك على إبرام العقد، أما اذا كان السبب الاحتمالي الذي أوقع المستهلك بالغلط كان بسبب عامل أجنبي لم يكن للمزود أي يد فيه، فلا يسأل الجاني (المزود) عن جريمة الاحتيال<sup>(٣)</sup>.

على الرغم من أن المشرع الأردني لم يورد تعريفاً للطرق أو الوسائل الاحتمالية التي يستخدمها الجاني في سبيل إيقاع المستهلك بالغلط وإيهامه وحمله على التعاقد، حيث نص المشرع الأردني في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على أنه بالرغم من أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على جريمة الاحتيال في قانون الجرائم الإلكترونية، إلا أنه أكد في المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ على أن ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في التشريعات الأردنية عن طريق استخدام أي وسيلة إلكترونية يوقع عليه ذات العقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع. حيث تنص المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على أنه " كل من حمل الغير على تسليمه مالا منقولاً أو غير منقول أو إسناداً تتضمن تعهداً أو إبراء فاستولى عليها احتيالياً:

أ- باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له أو إحداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور .

ب- بالتصرف في مال منقول أو غير منقول وهو يعلم أنه ليس له صفة للتصرف به.

ج- باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.

عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من مائتي دينار إلى خمسمائة دينار .

٢-أ- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين إذا ارتكب الفعل بحجة تأمين وظيفة أو عمل في إدارة عامة.

ب- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات إذا كان مرتكب الجريمة ممن يتولون إصدار الأسهم أو السندات أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مشروع أو مؤسسة تجارية أو صناعية.

(١) ماجد بن كرم الزراع ، الركن المادي في الجرائم المعلوماتية في النظام السعودي، دراسة تأصيلية تحليلية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٤، ص ١٤٢.

(٢) رامي زكريا رمزي مرتجي، الحماية الجزائية للمستهلك، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٨١.

٣- تقضي المحكمة بضعف العقوبة في حال تعدد المجني عليهم أو اذا استغلت الإعاقة الجسدية أو النفسية أو الذهنية للمجني عليه لارتكاب أي من الجرح المنصوص عليها في هذه المادة.

٤- يطبق العقاب نفسه على الشروع في ارتكاب أي من الجرح المنصوص عليها في هذه المادة". وعليه فإن الاحتيال عبر الوسائل الإلكترونية يخضع لأحكام المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية."

وعليه، فإن الركن المادي لجريمة الاحتيال الإلكتروني يتمثل في فعل الاحتيال، وهذا الفعل يتخذ صوراً متنوعة ومتجددة مسايرة للتقدم التكنولوجي في هذا المجال، وبالتالي يصعب عدّها أو حصرها، نذكر أهمها:

١- الاحتيال عن طريق انتحال شخصية المواقع التسويقية الشهيرة: وذلك عن طريق إنشاء مواقع إلكترونية وهمية على شبكة الإنترنت على غرار مواقع الشركات والمؤسسات التجارية الأصلية الموجودة على هذه الشبكة، بحيث يظهر بأنه الموقع الأصلي المقدم لتلك الخدمة، مما يؤدي إلى الإضرار بالشركات والمؤسسات صاحبة الموقع الأصلي، ويدمر ثقة المستهلكين في التجارة الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

٢- الاحتيال عبر البريد الإلكتروني: وذلك باستخدام بريد إلكتروني مغشوش لجذب المستهلك أو المستخدم من أجل الاتصال بمواقع إلكترونية لشركات تجارية مشهورة، وعند دخول المستهلك أو المستخدم على الموقع الإلكتروني المزور ويطلب السلعة و تتم الموافقة، فإنه يطلب منه إرسال المعلومات الخاصة به ( أرقام بطاقة الائتمان أو رقم الحساب البنكي الإلكتروني) فيقوم هذا الأخير بإرسالها معتقداً بأنه موقع الشركة التجارية الحقيقية عندما يستلم المستهلك رسالة إلكترونية تتضمن طريقة اتصال بموقع إلكتروني خاص بالشركة التجارية المزيف عن طريق الرابط الإلكتروني الخاص بها، فعندما ينقر المستهلك على هذا الرابط، فإنه يدخل على الموقع المزيف، إلا أنه وبالتفحص الجيد، يمكن أن يظهر أن عنوان الصفحة مختلف عن الموقع الحقيقي لكن الضحية لن يلاحظ هذا الفرق، حيث يقوم بإعطاء معلومات عنه، مثل كلمة السر ورقم بطاقة الائتمان الخاصة به<sup>(٢)</sup>.

يطلق على هذا الشكل من الاحتيال بالتصيد، حيث يلجأ الجاني في هذا السلوك الإجرامي إلى تقمص شخصية شخص آخر، وذلك بإرسال رسالة إلكترونية إلى المستهلك أو المستخدم للتغريب به من أجل الحصول على المعلومات الخاصة به، مثل أرقام الحسابات المصرفية، أو أرقام بطاقة الائتمان وكلمة السر المرتبطة بها<sup>(٣)</sup>.

### ٣- الاحتيال عن طريق ترويج السلع والخدمات باستخدام الخداع الإعلاني:

وذلك عندما يلجأ المنتج أو المزود متعمداً، ولأجل الترويج لمنتجاته أو خدماته إلى الإعلان التجاري الخداع الذي قد ينطوي في بعض الأحيان على مغالطات علمية أو غير صحيحة تكون على حساب المستهلك الذي يخدعه هذا الإعلان. كما بينا ذلك سابقاً في جريمة الخداع الإعلاني الإلكتروني<sup>(٤)</sup>.

وبالنتيجة، فإن جريمة الاحتيال الإلكتروني هي من الجرائم الشكلية لا المادية على عكس الجريمة التقليدية المنصوص عليها في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات، التي تتطلب تحقق النتيجة الجرمية لقيام الركن المادي لها، وتمثل خرقاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

(١) حسن طاهر داوود، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٠، ص ٨٩؛ علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٨٤.

(٢) علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٨٢، ٥٨٣.

(٣) علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

(٤) انظر المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا البحث.



## المطلب الثالث: الركن المعنوي لجريمة الاحتيال الإلكتروني

يقصد بالركن المعنوي العلاقة التي تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني مرتكبها، وهذه العلاقة هي محل الإذئاب في معنى استحقاق العقاب، ومن ثم يوجه إليها لوم القانون وعقابه<sup>(١)</sup>. فالقاعدة العامة أنه لا جريمة بغير ركن معنوي فيه يتم تحديد مسؤولية الفاعل عن الجريمة بحيث لا يسأل الفاعل عن الجريمة ما لم تكن هناك صلة بين مادياتها ونفسيته<sup>(٢)</sup>.

فجريمة الاحتيال الإلكتروني تعتبر من الجرائم العمدية التي تقوم إذا ثبت علم الجاني بأن الوسيلة التي استعمالها من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك، واتجاه إرادته إلى تحقيق النتيجة الجرمية دون إكراه، أي أن يقوم بالفعل الجرمي وهو مدرك وواع بنية إيقاع المستهلك بالغلط أو قصد الإضرار به، وهذا يتطلب سوء النية الواجب إثباتها بطرق الإثبات كافة. أي أن الركن المعنوي لجريمة الاحتيال الإلكتروني قد يتخذ صورة القصد ولكنه قصد عام يضاف إليه في بعض الحالات قصد خاص<sup>(٣)</sup>.

حيث إنه لا يكفي لقيام جريمة الاحتيال الإلكتروني إثبات الجاني للفعل الجرمي، والمتمثل باستعمال الطرق الاحتمالية التي من شأنها أن تؤدي إلى إيهام المستهلك أو إيقاعه في الغلط بشأن السلعة أو الخدمة المقدمة<sup>(٤)</sup>. بل يجب بالإضافة لذلك تحقق القصد الجنائي العام والمتمثل بعنصريه العلم والإرادة<sup>(٥)</sup>، أي يجب أن يكون الجاني عالماً بطبيعة الفعل الذي أقدم عليه، وأن هذا الفعل الذي صدر عنه يشكل جريمة احتيال من شأنه أن يؤدي إلى إيهام المجني عليه وإيقاعه في الغلط، وأنه من شأن هذا الغلط الإضرار بالمستهلك أو أن يدفعه إلى تسليم ماله إليه<sup>(٦)</sup>، ويكون هذا العلم مفترض<sup>(٧)</sup>. وأن تكون إرادة الجاني اتجهت إلى ارتكاب فعل الاحتيال وإلى تحقيق نتيجة هذا الفعل، وكانت الإرادة معتبرة قانوناً، بأن كانت مميزة ومدركة ومختار<sup>(٨)</sup>.

إذ اعتبرت محكمة صلح جزاء عمان الأردنية أن القصد الجنائي مفترض في حق المتهم الذي يقع عليه عبء إثبات عدم علمه بالفعل والنتيجة وإرادته لهما، "إن جريمة خداع المشتري هي من الجرائم العمدية يشترط

(١) حسين فلاح محمد البرايسه، الركن المعنوي للجرائم الإلكترونية وفقاً لقانون العقوبات الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢١، ص ٧٦.

(٢) حسين فلاح محمد البرايسه، الركن المعنوي للجرائم الإلكترونية مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٤٥٣.

(٤) فاطمة عمر علي السامرائي، الحماية الجزائية للمستهلك من جرائم الغش في المعاملات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢٢، ص ١٤٥.

(٥) يعتبر القصد الجرمي صفة لصيقة بذات الفاعل تستخلص من التصرفات الظاهرة ومما يصدر عنه من أقوال ومن ظروف ارتكاب الفعل ذلك أنه في حقيقة الأمر: إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون. قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الجزائية رقم ٢١١٦/٤٢٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢١١٦/٥/٤، منشورات مركز عدالة.

(٦) عبد القادر عبد الحافظ الشخيلي، التشريعات العربية لمواجهة جرائم الاحتيال المعاصرة، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.

(٧) حسين فلاح محمد البرايسه، الركن المعنوي للجرائم الإلكترونية مرجع سابق، ص ٨٢.

(٨) بهاء فهمي الكبيجي، مدى توافق أحكام جرائم أنظمة المعلومات في القانون الأردني مع الأحكام العامة للجريمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٣، ص ٣٤.

لقيامها ثبوت القصد الجنائي وهو علم المتهم بالغش الحاصل في الشيء المتفق على بيعه وأنه تعمد إدخال هذا الغش على المشتري"<sup>(١)</sup>.

ومتى توافر القصد الجنائي بشقيه العام والخاص فلا عبرة ولا تأثير للبائع على جريمة الاحتيال، حيث لا يعتبر الباعث عنصراً من عناصر الجريمة، فمهما كان الدافع أو الباعث وراء ارتكاب جريمة الاحتيال نبيلاً لا ينفى وقوع جريمة الاحتيال<sup>(٢)</sup>.

وعليه، فإنه بتوافر الركن المعنوي في جريمة الاحتيال الإلكتروني المتمثل في قصد الإضرار بالمستهلك والحصول على ماله، تكون قد استوفت هذه الجريمة أركانها، ومن ثم قيام المسؤولية الجزائية في حق الفاعل.

### المطلب الرابع: الجزاءات المقررة لجريمة الاحتيال الإلكتروني

جرم المشرع الأردني الاحتيال الإلكتروني وفرض على مرتكب هذه الجريمة جزاءات. وعليه سنبين الجزاءات المقررة لجريمة الاحتيال الإلكتروني. وفق الآتي:

#### الفرع الأول: الجزاءات الأصلية

بالرغم من أن المشرع الأردني لم ينص صراحة على جريمة الاحتيال في قانون الجرائم الإلكترونية، إلا أنه أكد في المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ على أن ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في التشريعات الأردنية عن طريق استخدام أي وسيلة إلكترونية يوقع عليه ذات العقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع.

حيث تنص المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على أنه "كل من حمل الغير على تسليمه مالا منقولاً أو غير منقول أو إسناداً تتضمن تعهداً أو إبراء فاستولى عليها احتيالياً: أ- باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له أو إحداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور.

ب- بالتصرف في مال منقول أو غير منقول وهو يعلم أنه ليس له صفة للتصرف به.

ج- باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.

عوقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من مائتي دينار إلى خمسمائة دينار....."<sup>(٣)</sup>.

حيث عاقب المشرع الأردني على جريمة الاحتيال الإلكتروني في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات، وبدلالة المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية، بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبالغرامة من مائتي دينار إلى خمسمائة دينار.

(١) حكم محكمة صلح جزاء عمان، رقم ٦٠٨ لسنة ٢٠٢١، متاح على موقع قرارك.

(٢) المادة (٦٧) من قانون العقوبات. كذلك أنظر: عبد القادر عبد الحافظ الشخيلي، التشريعات العربية لمواجهة جرائم الاحتيال المعاصرة، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٣) المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته.

وشدد المشرع العقوبة واعتبرها ظرفاً مشدداً في الحالتين التاليتين والمنصوص عليهما في المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني:

".....٢-أ- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين إذا ارتكب الفعل بحجة تأمين وظيفة أو عمل في إدارة عامة.  
ب- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات إذا كان مرتكب الجريمة ممن يتولون إصدار الأسهم أو السندات أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مشروع أو مؤسسة تجارية أو صناعية.  
٣- تقضي المحكمة بضعف العقوبة في حال تعدد المجني عليهم أو إذا استغلت الإعاقة الجسدية أو النفسية أو الذهنية للمجني عليه لارتكاب أي من الجناح المنصوص عليها في هذه المادة".  
كما عاقب المشرع الأردني على الشروع في جريمة الاحتيال وسأوى في العقاب بينه وبين عقوبة الجريمة التامة وذلك في الفقرة الرابعة من المادة (٤١٧/٤) من قانون العقوبات التي تنص على أنه ".....٤- يطبق العقاب نفسه على الشروع في ارتكاب أي من الجناح المنصوص عليها في هذه المادة".  
ويرى الباحث أن المشرع الأردني كان موفقاً عندما قرر نفس عقوبة الجريمة التامة في حالة الشروع في هذه الجريمة، لأن خطورة الشروع في جريمة الاحتيال لا تقل عن خطورة الجريمة التامة من حيث آثارها على المجتمع.  
ومن استقراء هذه النصوص نجد أن المشرع الأردني قد عاقب المخالف بعقوبة سالبة للحرية وهي الحبس، بالإضافة لعقوبة مالية تتمثل بالغرامة، وللمحكمة أن تحكم بإحداهما أو بكلتا العقوبتين.

#### الفرع الثاني: الجزاءات التكميلية

لم يكتف المشرع بالجزاء الأصلي، ففي حالات كثيرة لا تحقق العقوبة الغاية المتوخاة من إيقاعها، وهو تحقق الردع الخاص للمهني أو المزود، وعند حدوث ذلك ومن منطلق حرص المشرع على المستهلك من المخالفات التي قد يرتكبها المهني مستقبلاً، لجأ المشرع للجزاءات الاحترازية المتمثلة بمنع المخالف المكرر عن مزاولته نشاطه المهني بشكل دائم أو مؤقت<sup>(١)</sup>.

حيث إن المشرع الأردني تناول هذه الجزاءات ضمن قانون العقوبات في أكثر من موطن<sup>(٢)</sup>، التي تفيد تطبيق هذه الجزاءات كعقوبة تكميلية، والتي تتمثل بالتدابير المانعة للحرية والمصادرة العينية والكفالة الاحتياطية، إضافةً إلى الجزاءات المتعلقة بالهيئات المعنوية ووقفها عن العمل أو حلها وإقفال المحل وما يتبع من إلتزامات مدنية جاز للمحكمة الحكم بها، عدا عن ما جاء في قانون الجرائم الإلكترونية ضمن المادة (١٣/ج) التي نصت على أنه "للمحكمة المختصة الحكم بمصادرة الأجهزة والأدوات والوسائل والمواد وتوقيف أو تعطيل عمل أي نظام معلومات أو موقع إلكتروني مستخدم في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها أو يشملها هذا القانون ومصادرة الأموال المتحصلة من تلك الجرائم والحكم بإزالة المخالفة على نفقة الفاعل".

(١) فاطمة عمر علي السامرائي، الحماية الجزائية للمستهلك، مرجع سابق، ص ١٤٩، ١٥٠.

(٢) المواد (٢٨)، (٣٥)، (٣٦) و (٤٢) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته.

## الخاتمة

إن جريمة الاحتيال الإلكتروني أحد أشكال الظواهر الإجرامية المستحدثة التي انتشرت مؤخراً وخاصة في ظل العصر التكنولوجي والرقمي والتجارة الإلكترونية، لما تشكله من تهديد ليس فقط على مستوى المستهلكين، وإنما على مستوى النمو الاقتصادي في البلد، الذي يمثل مصلحة عامة لكافة أفراد المجتمع والذي ينعكس بنتيجته على الإضرار باقتصاد الدولة واجب الحماية .

وبسبب التطور المتسارع في وسائل التقنية الحديثة، والانتشار الكبير وتزايد استخدام العديد من الحكومات والأفراد هذه التقنية كعنصر أساسي في إتمام التعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يشكل فرصة سانحة وبيئة خصبة أمام المجرمين للقيام بعمليات الاحتيال.

فالمشرع الأردني لم يجرم الاحتيال الإلكتروني كما فعل بالنسبة لجريمة الاحتيال العادية في قانون العقوبات في المادة (٤١٧) منه، إلا أنه أكد في المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ على أن ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في التشريعات الأردنية عن طريق استخدام أي وسيلة إلكترونية يوقع عليه ذات العقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نأمل أن تكون جديرة بالاهتمام، أهمها:

### أولاً: النتائج:

- إن المشرع الأردني لم يورد تعريفاً لجريمة الاحتيال الإلكتروني في قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ أو في أي قانون آخر.
- إن المشرع الأردني لم يفرد جريمة الاحتيال الإلكتروني في قانون خاص أو ضمها للقوانين التي تم تشريعها في ذات المجال كما فعل بالنسبة لجريمة الاحتيال العادية في قانون العقوبات في المادة (٤١٧) منه، إلا أنه أكد في المادة (١٥) من قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥ على أن ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في التشريعات الأردنية عن طريق استخدام أي وسيلة إلكترونية يوقع عليه ذات العقوبة المنصوص عليها في ذلك التشريع.

### ثانياً: التوصيات:

- يجب على المشرع الأردني أن يواجه التطور الاقتصادي الهائل وخاصة في عصر الرقمنة والثورة التكنولوجية والذكاء الاصطناعي بنصوص تسبق وقوع الجرائم وتتوقع ما يحدث في ظل هذا التطور، فتقضي على الجريمة قبل وقوعها مما يحقق الحماية الفعالة للمستهلك الإلكتروني.
- يوصي الباحث المشرع الأردني بإيراد تعريف واضح ومحدد لجريمة الاحتيال الإلكتروني في قانون الجرائم الإلكترونية رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥
- يوصي الباحث المشرع الأردني أنه من الأفضل عدم ذكر وسائل الاحتيال، أو صوره عند تعريف هذه الجريمة، رغم ورودها على سبيل المثال وليس الحصر، وهذا راجع إلى الكثرة والتطور الذي تعرفه هذه الوسائل في مجال التجارة الإلكترونية.

## قائمة المصادر والمراجع

### اولاً- الكتب

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- طارق عبد الرؤوف الجن، جريمة الاحتيال عبر الإنترنت (الأحكام الموضوعية والإجرائية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- عبد القادر عبد الحافظ الشخيلي، التشريعات العربية لمواجهة جرائم الاحتيال المعاصرة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٥.
- بدر بن ناصر السيسي، الاحتيال في عقود التأمين وعقوبته، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠١٠.
- محمد عوده الجبور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

### ثانياً- الابحاث المنشورة

- حسن طاهر داوود، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٠.
- طاهر جليل الحبوش، جرائم الاحتيال الأساليب والوقاية والمكافحة، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٦.
- علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة ٣٦، يونيو ٢٠١٢.
- موزة أحمد إبراهيم الباني، حماية المستهلك من الغش التجاري في القانون الإماراتي، ٢٠٢٠، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الرابط التالي:

[https://www.sharjah.ac.ae/en/academics/Colleges/Law/Documents/students\\_projects/moza\\_ahmed.pdf](https://www.sharjah.ac.ae/en/academics/Colleges/Law/Documents/students_projects/moza_ahmed.pdf)

### ثالثاً- الرسائل الجامعية

- بهاء فهمي الكبيجي، مدى توافق أحكام جرائم أنظمة المعلومات في القانون الأردني مع الأحكام العامة للجريمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٣، ص ٣٤.
- حسين فلاح محمد البرايسه، الركن المعنوي للجرائم الإلكترونية وفقاً لقانون العقوبات الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢١.
- نياض موسى البداية، الأمن الوطني في عصر العولمة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١١.
- رامي زكريا رمزي مرتجى، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، فلسطين، ٢٠١٧.
- زينب أحمد عوين، جريمة الاحتيال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، ٢٠١٤.

- فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣.
- فاطمة عمر علي السامرائي، الحماية الجنائية للمستهلك من جرائم الغش في المعاملات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، ٢٠٢٢.
- ماجد بن كرم الزراع، الركن المادي في الجرائم المعلوماتية في النظام السعودي، دراسة تأصيلية تحليلية، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١٤.
- محمد عساف محمد السلامات، الإطار القانوني لحماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، العدد الثالث، المجلد ٣، ٢٠١٨.
- نسرین بزعم، الحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، ٢٠٢٠.

## سلطة الإحالة من طرف مجلس الأمن الدولي وأثرها في تطبيق العدالة الجنائية

هلا زياد محمد الصغير سربيل\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.05](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.05)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٩/٠١ .  
تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١٠/٠٩ .

\* باحثة قانونية- القانون الدولي العام، الاردن.

\* للمراسلة: hala.serbil@yahoo.com

### الملخص

تحظى قضية سلطة مجلس الأمن الدولي في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية وأثرها في تطبيق العدالة الجنائية بأهمية خاصة، حيث جاءت نصوص نظام روما الأساسي لتمنح مجلس الأمن سلطة فعالة في عمل المحكمة الجنائية الدولية؛ من خلال إعطائه سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية وفقاً لما تضمنته المادة (١٣) في الفقرة (ب) من النظام الأساسي للمحكمة؛ نظراً لما ينهض به المجلس من دور في حفظ السلم والأمن الدوليين استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. وعليه كشفت هذه الدراسة وبوضوح على تبني مجلس الأمن سياسة الكيل بمكيالين في تعامله مع الأحداث الدولية، وهو ما أحدث خدشاً في مصداقية المحكمة الجنائية الدولية ونزاهتها.

**الكلمات الدالة:** سلطة الإحالة، مجلس الأمن الدولي، العدالة الجنائية، المحكمة الجنائية الدولية.

## The UN Security Council's Practice of Referring Situations and its Impact on the Application of Criminal Justice

Hala Ziyad Mohammed Al-Saghir Sarbel\*

\* Legal Researcher – Public International Law, Jordan

\* Crossponding author: hala.serbil@yahoo.com

Received: 01/09/2022.

Accepted: 09/10/2022.

### Abstract

The issue of the UN Security Council's practice of referring situations to the International Criminal Court and its impact on the application of criminal justice is of particular importance, as the provisions of the Rome Statute grant the Security Council effective authority in the work of the International Criminal Court; by granting the council the authority to refer to the International Criminal Court in accordance with Article 13, paragraph (b) of the Statute of the Court, in view of the role of the Council in maintaining international peace and security in accordance with Chapter VII of the Charter of the United Nations. Accordingly, this study clearly revealed that the Security Council adopted a policy of double standards in regard to international events, which caused a lack of credibility and integrity of the International Criminal Court.

**Keywords:** Practice of referring situations, UN Security Council, Criminal justice, International Criminal Court.

## المقدمة

إنَّ العلاقةَ بينَ المحكمةِ الجنائيَّةِ الدوليَّةِ ومجلسِ الأمنِ الدوليِّ لم تكن محلَّ اتفاقٍ بين وفودِ الدولِ التي شاركت في مؤتمرِ روما الدبلوماسيِّ بشأنِ إنشاءِ المحكمةِ الجنائيَّةِ الدوليَّةِ، بل كانت محلَّ جدلٍ كبيرٍ فيما بينها، مما دفع ذلك بعض الدول إلى عدم التصديق على نظام روما الأساسيِّ منذ نشأة المحكمة عام ١٩٩٨ وحتى يومنا هذا.

حيث إنه بمجرد سماع كلمة (محكمة) فإن أول ما يتبادر إلى الذهن إحلال العدل وإنصاف المظلومين، أما فيما يخص المحكمة الجنائيَّة الدوليَّة، فيبدو أن الوضع مختلف مع تساؤلات بعض الدول الأعضاء بها بشأن تحقيق المحكمة الجنائيَّة العدالة للضعيف والقوي على حدٍ سواء.

إذ لم تحرك المحكمة ساكنًا عندما تعددت الشكاوى من أطراف عدة ضد إسرائيل على انتهاكاتها واعتداءاتها في فلسطين، التي وصفتها منظمات إنسانية ودولية بأنها ترقى إلى جرائم حرب.

قضايا كثيرة وثقها التاريخ لم تتعامل معها المحكمة الجنائيَّة الدوليَّة كما يجب وفق منتقديها، حيث يرى البعض أن القضاء في المحكمة الجنائيَّة الدوليَّة لا يسير وفق آلية الجاني والمجني عليه؛ وإنما يسير بخطى يغلب عليه الطابع السياسيِّ، وخصوصًا في حدود علاقتها مع مجلس الأمن الدوليِّ، حيث جاءت نصوص نظام روما الأساسيِّ لتعطي مجلس الأمن دورًا مهمًا في عمل المحكمة، ولا سيَّما عندما مُنح مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة وفق ما تضمنته المادة (١٣) في الفقرة (ب). فهذه العلاقة القانونيَّة بين هذين الجهازين، أثارت جدلًا كبيرًا وواسعًا بين فقهاء القانون الدوليِّ، خصوصًا أنَّ نظام روما الأساسيِّ لم ينظم أوجه هذه العلاقة بشكل واضح، مما جعلها من أهم المسائل وأكثرها تعقيدًا؛ لأنها تُثير الكثير من الإشكاليات القانونيَّة الخطيرة، والعديد من التساؤلات حول آثار هذه العلاقة على عمل المحكمة الجنائيَّة الدوليَّة، وإلى أين وصل تأثير الأحكام التي تضمنها نظام روما الأساسيِّ بخصوص سلطة مجلس الأمن في الإحالة لتمكين أو عرقلة المحكمة أثناء تنفيذ مهامها القضائيَّة، وهل المحكمة انتقائيَّة في قراراتها، هذه المحكمة التي وجدت بهدف سد ثغرة كبيرة لمحاسبة الجناة في جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب والفظاعات المرتكبة أثناء الصراعات تجد نفسها أمام تحدٍ يتعلق بمصداقيتها. حيث إن الاتهامات تتكرر بازدواجية المعايير وتحول المحكمة إلى أداة سياسية بلباسٍ قانونيِّ هذا كله في سبيل تحقيق مصالح الدول الخمس وأهمها الولايات المتحدة الأمريكية. واستنادًا إلى ذلك فإننا ارتأينا أن نبحث طبيعة هذه العلاقة بين هذين الجهازين بما تثيره من إشكاليات وتساؤلات.

### مشكلة البحث:

إذا كان لمجلس الأمن الدوليِّ الصلاحية في إحالة قضية إلى المدعي العام قد يبدو فيها حالة من حالات الجرائم المرتكبة ضدَّ الإنسانية، كجرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب ووقوع العدوان، التي تضمنتها مواد الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فكيف سيتم إحالة الدول دائمة العضوية أو حلفائها إلى المحكمة الجنائيَّة الدوليَّة؟



## أسئلة البحث:

- ١- ما المقصود بسلطة الإحالة، وما هي الآثار المترتبة عليها؟
- ٢- ما مدى استقلالية المحكمة في إنفاذ العدالة الجنائية على أرض الواقع؟
- ٣- هل موقف مجلس الأمن الدولي واحد في التعامل مع القضايا الدولية التي تنتظرها المحكمة؟

## أهداف الدراسة:

نسعى من خلال هذا البحث إلى:

- ١- تسليط الضوء على طبيعة العلاقة بين مجلس الأمن الدولي والمحكمة الجنائية الدولية باعتبار كل منهما يهدف إلى تحقيق السلم والأمن الدوليين.
- ٢- التعرف على الدور الذي يقوم به مجلس الأمن الدولي في إحالة الجرائم إلى المحكمة الجنائية الدولية.
- ٣- التطرق إلى بعض أوجه النشاط القضائي للمحكمة الجنائية الدولية في ظل القضايا الراهنة.

## منهجية البحث:

لتقديم دراسة شاملة اعتمدت الباحثة في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، حيث قامت الباحثة بجمع المعلومات من مصادرها المختلفة حول طبيعة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم قامت بتحليل النصوص القانونية حول الموضوع، وإبداء الرأي كلما اقتضى الأمر ذلك.

## المبحث الأول

### سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية

جسد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية علاقة تعاون بين هذه الأخيرة ومنظمة الأمم المتحدة من خلال منح مجلس الأمن الدولي سلطتين مهمتين. لعل أهمهما سلطة إحالة حالة إلى المدعي العام وفقاً لنص المادة (١٣/ب) ويكون تصرفه في ذلك بمقتضى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

حيث أكدت الدول المشاركة في مؤتمر روما الدبلوماسي على ضرورة تضمين اتفاقية روما نصاً يسمح لمجلس الأمن الدولي بإحالة - حالة - إلى المحكمة الجنائية الدولية وفقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

الأمر الذي أدى إلى تباين وجهات النظر، فأقر البعض أن منح مجلس الأمن هذه السلطة يتعدى تلك المقررة له بموجب أحكام ميثاق الأمم المتحدة، والآخر يرى أن ربط المجلس بالمحكمة معناه تسييس القضايا المطروحة، ومن جانب آخر يرى البعض أنه لا ضرورة من تهميش دوره. ونتاج هذه المفاوضات نجحت هذه الدول بالفعل في تمرير الصيغة النهائية للاتفاقية متضمنة هذه السلطة.<sup>(١)</sup>

(١) المخزومي، عمر محمود، (٢٠٠٩)، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

وعليه تمّ إقرار سلطة الإحالة للمحكمة الجنائية الدولية لكل من الدول الأطراف والمدعي العام لدى المحكمة ومجلس الأمن وفقاً لنص المادة ١٣ من النظام الأساسي للمحكمة<sup>(١)</sup>

### المطلب الأول: ماهية سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية

ينتهج مجلس الأمن الدولي أحياناً مسار العدالة الدولية لمعالجة المواقف العالقة، ولذلك منح واضعو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لمجلس الأمن الحق في إحالة بعض الحالات إلى المحكمة، إلا أن منح مجلس الأمن هذه السلطة لم يكن بالأمر اليسير، بل كان محل جدلٍ ونقاش بين الدول المتفاوضة في مؤتمر روما الدبلوماسي<sup>(٢)</sup>. ومن هذا المنطلق لا بدّ من التطرق إلى مفهوم سلطة الإحالة ومن ثم التطرق لشروط الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية:

#### الفرع الأول: مفهوم سلطة الإحالة من طرف مجلس الأمن

بالرجوع إلى الفقه الدولي نجد أن الكثير من الفقهاء حاولوا الوصول إلى تحديد مفهوم الإحالة، هل هي موقف أم ادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية؟

وعليه يذهب الدكتور "محمود شريف بسيوني" إلى أن المقصود من الإحالة من طرف مجلس الأمن الدولي هو النص الفعلي العام الذي يعتدّ بموجبه أن جريمة قد ارتكبت وهي من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>(٣)</sup>.

وقال آخرون في تفسير للمادة (١٣) الفقرة (ب) بأن المقصود بالإحالة هي فقط لفت أنظار المحكمة إلى مسألة محددة دون أن ترتقي إلى الادعاء القانوني، لأنّ هذا الأخير بيد المدعي العام للمحكمة الذي يتمّ إبلاغه بحالة معينة لكي يقوم بفحص هذا البلاغ وتقدير جدية ذلك لاتخاذ الإجراءات اللازمة<sup>(٤)</sup>.

ووجهة النظر المرجحة أنّ الإحالة هي مجرد التماس أو طلب من مجلس الأمن الدولي موجه للمحكمة بالتدخل والتحقيق حول حالة معينة يشك معها بوقوع جريمة داخلية باختصاص المحكمة<sup>(٥)</sup>، وهو ما يتفق معه فقهاء القانون الدولي لتحديد المقصود من الإحالة، وذلك لأنّ الجهة المختصة بالتحري عن الجرائم والادعاء أمام المحكمة تتمثل في المدعي العام وليس مجلس الأمن الدولي، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٥)<sup>(٦)</sup> من النظام

(١) عمر، سدي، (٢٠١٧)، سلطة مجلس الأمن في إحالة الجرائم الدولية إلى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ١٢، الجزائر، ص ١٦٥.

(٢) - لخضاري، علي حسام الدين، (٢٠١٣\_٢٠١٤)، فعالية المحكمة الجنائية الدولية في ظل سلطات مجلس الأمن الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - مسيلة، الجزائر، ص ٩.

(٣) بسيوني، محمود شريف، (٢٠٠٤)، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، دار الشروق، القاهرة، ص ٤٥.

(٤) عتلم، حازم محمد، (٢٠٠٦)، نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية " المحكمة الجنائية الدولية المواءمة الدستورية والتشريعية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ١٦٩.

(٥) حرب، علي جميل، (٢٠١٠)، القضاء الجنائي الدولي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص ٥٠٨.

(٦) انظر المادة (١٥) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، هذا من جانب، ومن جانب آخر إن ما ورد في نص الفقرة (ب) من المادة (١٣) بكلمة (يبدو) لا تعني معنى القطع أو الجزم، بل احتمالية حدوث الأمر، فقرار الإحالة الصادر من طرف مجلس الأمن لا يجرم أشخاصاً بذاتهم ولا يجزم بوقوع الجريمة، إنما هو مجرد شك في وقوع الجريمة، مما يترك للمدعي العام حرية التحري عن تلك الحالة لكي يشرع باتخاذ الإجراءات اللازمة وتقدير جدية توفر الأسباب الكافية للسير بالدعوى من عدمها. (١)

من كل ما تقدم ترى الباحثة بأن المقصود من الإحالة لفت انتباه المحكمة الجنائية الدولية من طرف مجلس الأمن الدولي إلى أن هناك جريمة أو أكثر قد ارتكبت من ضمن الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي، التي من شأنها أن تعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، حتى يبدأ المدعي العام بإجراء التحقيقات الأولية بشأن هذه الوقائع، وإذا ما ثبت صحة هذا الادعاء يتم محاكمة المجرمين وإنزال العقاب بحقهم.

### الفرع الثاني: شروط الإحالة من طرف مجلس الأمن إلى المحكمة

يستمد مجلس الأمن سلطته في إحالة حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب السلطة المخولة له من النظام الأساسي للمحكمة مستخدماً السلطات الممنوحة له بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. وقد وضعت المادة (١٣/ب) من النظام الأساسي للمحكمة العديد من الشروط التي ينبغي توافرها حتى تصبح إحالة المجلس صحيحة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1\_ أن تكون الإحالة بشأن جريمة من الجرائم التي تختص بنظرها المحكمة.

مفاد هذا الشرط، أن تكون الحالة التي يحيلها مجلس الأمن إلى المحكمة الجنائية الدولية تتعلق بارتكاب جريمة من الجرائم الواردة على سبيل الحصر في المادة (٥) من النظام الأساسي للمحكمة وهي: (جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، وجريمة العدوان) ويفهم هذا بوضوح عبر ما أكدته المادة (١٣) من النظام الأساسي بقولها: " للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة (٥) وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي". (٢)

ومن ثم لا يجوز لمجلس الأمن أن يحيل على سبيل المثال حالة تتعلق بجرائم الإرهاب أو الاتجار في البشر أو الهجرة غير الشرعية، ولو كانت على قدر من الخطورة، إذ إن ليس لمجلس الأمن صلاحية في توسيع اختصاص المحكمة، فإذا ما تصرف مجلس الأمن خارج نطاق الإطار الموضوعي فلا تكون المحكمة ملزمة بتصرفه، لأن قراره غير صحيح من الناحية الموضوعية، وقد وصفه البعض بأنه قرار مشوب بعيب عدم الاختصاص النوعي. (٣)

(١) لخضاري، علي حسام الدين، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢) نصت المادة ١٣ من النظام الأساسي على أنه: للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة ٥ وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية :-

أ\_ إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً للمادة ١٤ حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.

ب\_ إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.

ج\_ إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً للمادة ١٥.

(٣) لخضاري، علي حسام الدين، مرجع سابق، ص ٢٥.

2\_ أن يتصرف مجلس الأمن وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

يجب على مجلس الأمن الدولي حتى تكون الإحالة الصادرة عنه صحيحة، أن يستند إلى الفصل السابع من الميثاق الذي يشمل المواد من ٣٩ إلى ٥١ المتعلقة بالإجراءات التي تُتخذ في حالات تهديد السلم، أو الإخلال به أو وقوع عمل من أعمال العدوان.

وممّا لا شكّ فيه أنّ تكييف ما إذا كانت الوقائع موضوع الإحالة تهدد السلم والأمن الدوليين من عدمه مسألة تتدرج ضمن صلاحيات مجلس الأمن الدولي، الذي تكون له سلطة تقديرية واسعة بموجب المادة (٣٩) من ميثاق الأمم المتحدة. وسواء كان المتهم يحمل جنسية تلك الدولة أم لا، أو كانت الحالة تتعلق بدولة غير طرف في نظام روما الأساسي قبلت اختصاص المحكمة بشأن الجريمة. إذ إنّ سلطة مجلس الأمن بالإحالة تجد مُنطلقها من واقع ما يمكن أن تُشكله الجريمة من تهديد للسلم والأمن الدوليين بصرف النظر عن مكان وقوعها أو جنسية مرتكبها، هذا ما يجعل الإحالة من قبل مجلس الأمن لا تحكمها القواعد التي تُحكّم الإحالة من قبل دولة طرف أو من قبل المدعي العام.<sup>(١)</sup>

كما يجب أن تكون الإحالة بناءً على قرار موضوعي صادر من مجلس الأمن، فعملاً بما تقتضيه المادة (٣/٢٧) من ميثاق الأمم المتحدة<sup>(٢)</sup> فإن على المجلس أن يُصدر قراراته في المسائل الموضوعية بموافقة تسعة من أعضائه يُكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين مُتفقة، وإلاّ أضحي قرار الإحالة غير مشروع، وبالتالي غير مُنتج لأثره في تحريك الدعوى أمام المحكمة.<sup>(٣)</sup>

3\_ أن تكون الإحالة متضمنة حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.

لكي تُكون الإحالة صحيحة ومنتجة لأثارها يجب أن تُكون مُتعلقة بالجرائم المحددة بموجب المادة (٥) من النظام الأساسي، وأن تُكون قد ارتكبت فعلاً، أما إذا لم ترتكب فعلاً أو أنّ مجلس الأمن يتوقّع ارتكابها مُستقبلاً فإن قرار الإحالة هذا يُعدّ قراراً غير صحيح ولا ينعقد اختصاص المحكمة بشأنها.<sup>(٤)</sup>

فإذا ما حدث نزاع بين دولتين أو أكثر، وتوقّع مجلس الأمن أنّ هذا النزاع سيؤدي في المستقبل إلى ارتكاب جرائم ضدّ الإنسانية أو جرائم حرب وقام برفع حالة إلى المحكمة الجنائية الدولية يُوضح فيها ذلك فإن اختصاص المحكمة في نظر هذه الحالة لا ينعقد ولا يُكون صحيحاً في حالة انعقاده؛ لأنّ مجلس الأمن بنى إحالته لهذه الحالة على جريمة قد تُرتكب في المستقبل، ومن ثمّ قد تعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، وهذا غير جائز، فالجريمة يجب أن تُرتكب فعلاً حتّى يحق لمجلس الأمن ممارسة اختصاصه في الإحالة.<sup>(٥)</sup>

(١) واصل، سامي جاد عبد الرحمن، (٢٠١٥)، سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء التشريعي، المجلد ١٠٦، العدد ٥١٩، القاهرة، ص ٦٢.

(٢) لخضاري، علي حسام الدين، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) عمر، سدي، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٤) عمر، سدي، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٥) الياسري، ياسين طاهر، (٢٠١٥)، الطبيعة القانونية لعلاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ص ١٠٦.

ويلاحظ ممّا تقدم أنّ نظام روما الأساسي منح مجلس الأمن سلطة إحالة حالة إلى المحكمة الجنائية، إلا أنّه عندما منحه هذه السلطة فإنها لم تكن مُطلقة، وإنما قيدها بقيود عدّة، ومن ثمّ لا يستطيع المجلس تجاوز هذه القيود، لأنّه إذا ما تجاوزها أصبحت الإحالة غير صحيحة وعندئذ لا ينعقد اختصاص المحكمة في نظر هذه الحالة.

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة على ممارسة مجلس الأمن لسلطة الإحالة

يُتّوَم عمل المحكمة الجنائية الدولية على عدّة مبادئ أساسية يتعيّن مراعاتها كي تتمتع بالصلاحية اللازمة لنظر الدعوى وفقاً لما نص عليها نظامها الأساسي، وتتمثّل هذه المبادئ بمراعاة قواعد الاختصاص، ومبدأ التكامل بينها وبين القضاء الوطني. وعليه سنتناول في هذا المطلب أثر سلطة الإحالة على قاعدة الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص، بالإضافة إلى أثر سلطة الإحالة على تطبيق مبدأ التكامل على النحو الآتي:

الفرع الأول: أثر سلطة الإحالة على قاعدة الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص  
بالنظر للمادة ١٢ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي حددت الشروط المسبقة لممارسة المحكمة لاختصاصها نجد أنها نصّت في فقرتها الثانية على أنّه: " في حالة الفقرة (أ) و(ج) من المادة (١٣)، يجوز للمحكمة أن تُمارس اختصاصها إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول الثالّية طرفاً في هذا النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة ٣".

وعليه يتضح من خلال المادة ١٢ سالفه الذكر أنها تستثني بطريقة ضمنية الفقرة (ب) من المادة ١٣ في النظام الأساسي للمحكمة، والمتعلّقة بالإحالة من طرف مجلس الأمن الدولي، أي بمعنى أنّ الإحالة من قبل المجلس تختلف عن الإحالة من طرف الدولة الطرف في النظام الأساسي أو من طرف المدعي العام، وذلك من خلال أنّ شرط الموافقة المسبقة من قبل الدول يسقط متى ما أحال مجلس الأمن حالة إلى المحكمة.<sup>(١)</sup>  
وعليه يبدو أنّ واضعي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد قصدوا من خلال اختصاص مجلس الأمن بإحالة أيّ حالة للمحكمة هو تكريس مبدأ عدم إفلات مرتكبي الجرائم الدولية من العقاب بحجّة امتناع دولهم عن التصديق على نظام روما الأساسي.<sup>(٢)</sup>

وتأسيساً على ذلك حتّى تنطبق المادة (١٣/ب) ليس من المطلوب أن تكون دولة الإقليم، أو دولة جنسية المتهم عضواً في النظام الأساسي للمحكمة، أو أنها صرحت باختصاص المحكمة، فالإحالة من طرف مجلس الأمن تسمح بالإعفاء من الشروط المدرجة في المادة ١٢ من النظام الأساسي للمحكمة، الواردة تحت عنوان الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص، فلا يتطلّب الأمر موافقة دولة معينة كدولة الإقليم أو دولة جنسية المتهم، ولهذا تُعدّ هذه المسألة من الآثار الإيجابية لتفعيل نشاط المحكمة عن طريق مقاضاة جميع المتهمين دون تمييز وتطبيق العدالة

(١) لخضاري، علي حسام الدين، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٢) هبهوب، فوزية، (٢٠١٠-٢٠١١)، فعالية المحكمة الجنائية الدولية في ضوء العلاقة القائمة بينها وبين هيئة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، ص ١٢٩.

الدولية بعيداً عن كل الحجج والاعذار، كحجّة امتناع دولهم عن التصديق على نظام المحكمة، وبذلك تم إعفاء إحالات مجلس الأمن من مقتضيات (قاعدة الرضائية) التي تشترط موافقة مُجمل الدول المعنية بتحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية. (١)

وترى الباحثة أنّ امتداد ولاية المحكمة الجنائية الدولية إلى الدول غير الأطراف في المحكمة استناداً إلى الإحالة الصادرة عن مجلس الأمن الدولي من شأنه تمكين المحكمة والمجتمع الدولي من ملاحقة مرتكبي أشد الجرائم الدولية خطورة، الذين قد يستفيدون من عدم توقيع دولهم على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للإفلات من العقاب، مع أن الإحالة من طرف مجلس الأمن تتوقف إلى حد كبير على حُسن نية أعضائه الدائمين، مما ينعكس سلبيًا على تحقيق العدالة الجنائية في بعض الأحيان.

### الفرع الثاني: أثر سلطة الإحالة على تطبيق مبدأ التكامل

استناداً إلى الفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وإلى المادة الأولى منه فإنّ اختصاص المحكمة الجنائية الدولية مُكمل للولايات القضائية الوطنية.

وهذا يعني أنّ الدول الأطراف (وهي دول ذات سيادة) ينعقد لها الاختصاص أولاً بنظر الجرائم الدولية، ولا تحل المحكمة الجنائية الدولية بصفة مُطلقة محل القضاء الوطني الداخلي في هذا الخصوص. بل إنّ الفقرة السادسة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تؤكد على أنّ من واجب كل دولة أن تُمارس ولايتها القضائية على المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية. (٢)

وعلى ذلك لا ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية إذا كان القضاء الوطني صاحب الولاية قد وضع يده على الدعوى بقرار أصدره بهذا الشأن أو كانت الدعوى محل تحقيق فعلي. ولكن هذه القاعدة ليست مُطلقة، إذ نصت المادة ١٧ من النظام على أن المحكمة الجنائية الدولية تختص بنظر الجرائم الدولية إذا تبين أنّ الدولة صاحبة الولاية غير راغبة حقاً في القيام بالتحقيق أو المقاضاة، أو غير قادرة على ذلك. فهنا يبدأ انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. (٣)

وعليه فإن هذا المبدأ المُكرس في النظام الأساسي للمحكمة يعدّ من مُميّزات هذه المحكمة، وهدفه يكمن في إبراز فكرة سيادة الدول صاحبة الاختصاص الأصلي في قمع الجرائم مهما كانت طبيعتها، داخلية أو دولية. (٤) وقد تعرضت المواد ١٧ و ١٨ من النظام الأساسي للمحكمة لكيفية العمل بهذا المبدأ.

وبالنظر إلى المادة ١٧ من النظام يتضح أنّه لتطبيق مبدأ التكامل يجب الاستناد إلى شرطين أساسيين هُما رغبة وقُدرة الدولة صاحبة الاختصاص في مُمارسة ولايتها القضائية، وفي حالة عدم رغبة أو عدم قُدرة (٥) الدولة

(١) هبهبوب، فوزية، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٢) القهوجي، علي عبد القادر، (٢٠٠١)، القانون الدولي الجنائي "أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص ٣٣١.

(٣) الياسري، ياسين طاهر، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٤) عبد القادر، يوبي، (٢٠١١\_٢٠١٢)، علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، ص ١٠١.

(٥) حددت المادة (١٧) حالات عدم الرغبة في فقرتها الثانية حيث نصت على: "لتحديد عدم الرغبة في دعوى معينة، تنظر المحكمة في مدى توافر واحد أو أكثر من الأمور التالية، حسب الحالة، مع مراعاة أصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي:

صاحبة الاختصاص الأصلي، فإن الاختصاص هنا ينعقد للمحكمة الجنائية الدولية، وتقوم هذه الأخيرة بنفسها بتحديد حالة عدم الرغبة أو عدم القدرة، وذلك وفقاً للضوابط التي حدتها المادة ١٧ من النظام<sup>(١)</sup>.  
وجدير بالذكر أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نص في المادة ١/١٨ على تطبيق مبدأ التكامل، أو الاختصاص التكميلي في حالة الإحالة من طرف الدول الأعضاء في النظام الأساسي للمحكمة أو من طرف المدعي العام، ولم يُشر إلى إحالة مجلس الأمن. ولكن رغم هذه الصياغة الواردة في المادة سالفة الذكر إلا أن هناك من الفقه من أيد فكرة استمرارية العمل بمبدأ التكامل حتى في حالة وجود إحالة من مجلس الأمن الدولي<sup>(٢)</sup>.  
حيث إنّه وبالرجوع إلى نصوص النظام الأساسي للمحكمة نجد أنه قد تمّ التأكيد على هذا المبدأ مرتين: مرة في ديباجة النظام الأساسي للمحكمة، وجاء فيه ما يلي: "وإذ تُؤكّد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب النظام الأساسي ستكون مُكمّلة للولايات القضائية الجنائية الوطنية". ومرة ثانية في المادة ١ منه التي نصت على: "...وتكون المحكمة مُكمّلة للولايات القضائية الجنائية الوطنية...".

وبناءً على ما تقدّم ترى الباحثة بأن استمرارية العمل بنظام التكامل حتى في حالة وجود إحالة من طرف مجلس الأمن يُعدّ دليلاً على استقلالية المحكمة. فنظامها القانوني يبقى ساري المفعول كمحكمة مُكمّلة للقضاء الوطني ولا تُسمو عليه رغم تدخّل مجلس الأمن الدولي.

تالياً لما تقدم وعلى الرغم ممّا لهذه السلطة من أهمية وإيجابيات في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، إلا أنّه يوجد منطوق سياسي يحكم التعامل بين هذين الجهازين الأمر الذي ينعكس سلباً على أداء المحكمة واستقلالها ومصداقيتها، نظراً لتعامل مجلس الأمن مع القضايا الدولية بصورة مُخالفة للهدف من وجود المحكمة الجنائية الدولية.

إذ يُؤكّد الواقع الدولي أنّ المصالح السياسيّة، والسعي الدائم للدول الكبرى وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية للتدخل في شؤون الدول النامية هي التي تتحكّم في الإحالات المقّدمة من مجلس الأمن، فقرار الإحالة وإن كان موضوعاً قانونياً إلا أنّه في الواقع العملي قرار سياسي مخض<sup>(٣)</sup>.

فلا يُمكن تجاهل التدخل السياسي، وسيطرة الدول الكبرى على مجلس الأمن الدولي في انتقائية الإحالات، ويجسد هذه السياسة الوضع في كلٍّ من فلسطين والعراق وسوريا فرغم العديد من تقارير لجان الأمم المتحدة للتحقيق،

---

أ\_ جرى الاضطلاع بالإجراءات أو يجري الاضطلاع بها أو جرى اتخاذ القرار الوطني بغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم داخلية في اختصاص المحكمة على النحو المشار إليه في المادة ٥.

ب\_ حدث تأخير لا مبرر له في الإجراءات بما يتعارض في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.

ج\_ لم تباشر الإجراءات أو لا تجري مباشرتها بشكل مستقل أو نزيه أو بوشرت أو تجري مباشرتها على نحو لا يتفق في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة". كما حددت الفقرة الثالثة من نفس المادة حالات عدم القدرة وجاء نصها كالاتي: "لتحديد عدم القدرة في دعوى معينة، تنظر المحكمة فيما إذا كانت الدولة غير قادرة، بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي الوطني أو بسبب عدم توافره على إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو غير قادرة لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها.

(١) القهوجي، علي عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) عبد القادر، يوبي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٣) قلعة جي، علي، (٢٠٠٨)، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن الدولي في إطار نظام روما الأساسي، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد ٦٤، ص ١٥٥.

ومنها تقارير لجنة التحقيق الدولية التي شكّلها مجلس حقوق الإنسان على أثر ما ارتكب في هذه الدول من جرائم دولية، لم يطرح مجلس الأمن أيّ مشروع قرار لإحالة هذه الحالات إلى المحكمة الجنائية الدولية<sup>(١)</sup>. ومن ناحية أخرى فإنّ صدور قرار من مجلس الأمن لإحالة جريمة مرتكبة من قبل مواطني دولة غير طرف في النظام الأساسي تقتضي موافقة الأعضاء الخمس الدائمين، وعدم استخدام حق النقض الفيتو؛ لإجهاض أي محاولة من قبل المجلس لإحالة أي جريمة يتهم بارتكابها رعايا تلك الدول أو رعايا خلفائها<sup>(٢)</sup>. وهذا يعني أنّ الدولة ذات العضوية الدائمة هي بمنأى عن تطبيق هذه الوسيلة لإحالة جرائمها إلى المحكمة الجنائية. وعلى هذا الأساس لن تستطيع المحكمة أن تتعامل مع الجرائم المرتكبة من قبل أشخاص تابعين للولايات المتحدة الأمريكية أو الصين أو تلك المرتكبة على إقليمها دون قبولها، لأنّهما لم تنضما إلى النظام الأساسي للمحكمة هذا من جانب، ومن جانب آخر ستقفان أمام أيّ محاولة من مجلس الأمن عن طريق حق النقض لإحالة أي جريمة قد تتّهمان بارتكابها مُسبقاً<sup>(٣)</sup>.

وترى الباحثة في هذا الصدد أنّ العيب لا يكمن في منح مجلس الأمن سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، بل يكمن في الأحكام المنظمة لعمل المجلس بموجب ميثاق الأمم المتحدة، وهذا ما يجعل إصلاحه ضرورة واجبة، ويجب أن يركّز هذا الإصلاح على ضرورة تعديل نظام العضوية فيه من خلال توزيعها بالتساوي على دول القارّات الخمس، وفي ظل هذا التوزيع نقضي على حق النقض الفيتو الذي أعاق صدور العديد من القرارات التي كان من شأنها صيانة السلام الدولي، كما ترى الباحثة ضرورة تعديل نص المادة (١٣/ب) وذلك على النحو التالي: "... إذا أحالت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى المدعي العام حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت". لما يتميز به هذا الجهاز من تساوي في الأصوات واتخاذ القرارات بالأغلبية، هذا بالإضافة إلى دوره في العمل على تحقيق السلم والأمن الدوليين.

## المبحث الثاني

### أوجه النشاط القضائي للمحكمة الجنائية الدولية

بمجرد دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ في ١ تموز ٢٠٠٢ باشرت هذه الأخيرة المهام الموكلة إليها، وذلك بمتابعة الأفراد المرتكبين لجرائم دولية تدخل في دائرة اختصاصها، وقد نال البعض منهم حتى الآن حصة الأسد في تلك المتابعات.

ومع أنّ مجلس الأمن الدولي يملك صلاحية الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب المادة (١٣/ب) من النظام الأساسي للمحكمة، إلا أنّه يلاحظ له العديد من المواقف السلبية تجاه قضايا، كان قد اتخذ في السابق موقفاً

(١) شتيه، محمد عبد الفتاح، (٢٠٢٠)، طبيعة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية وأثرها على المحكمة في حالة فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد ٥٤، ص ١٠٩.

(٢) سلطان، عبدالله علي عيو، (٢٠٠٨)، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، ص ٢٨٩.

(٣) هبهوب، فوزية، مرجع سابق، ص ٢٨٩.



إيجابيًا تجاه قضايا مشابهة لها وأبرز مثال على ذلك قراره بإحالة قضية دارفور إلى المحكمة الجنائية، ويعد هذا تأكيدًا على مخاوف الكثير من الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، من تسييس هذا الجهاز القضائي.

### المطلب الأول: إحالة مجلس الأمن الوضع في دارفور للمحكمة الجنائية الدولية

تواجه المحكمة الجنائية الدولية تحديًا يعدُّ الأول من نوعه منذ دُخول نظامها الأساسي حيّز النفاذ، وذلك إثر صدور قرار مجلس الأمن الدولي رقم (١٥٩٣) الذي يُحيل بموجبه الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية، مُتصرفًا بذلك بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة<sup>(١)</sup>. ومن هذا المنطلق سيتم التطرق لطبيعة الأزمة في إقليم دارفور وتدويلها، ومن ثم التطرق إلى طريقة تعامل القضاء الجنائي الدولي مع هذه الأزمة.

#### الفرع الأول: طبيعة الأزمة في إقليم دارفور والتدويل

سادت إقليم دارفور السوداني على مدار عقود حالة من التوتر والمناوشات بين القبائل الموجودة هناك؛ فقد بدأت هذه الأزمة فعليًا سنة ٢٠٠٢ وعليه مهدت الصراعات التاريخية المستمرة بين القبائل العربية من جهة والقبائل الإفريقية من جهة أخرى لتكوين مليشيات مسلحة، حيثُ عرف الإقليم طوال تاريخه بالصراعات القبلية على المراعي والأرض ومصادر المياه بسبب الجفاف والتصحر، ولكن كانت هذه الصراعات محدودة وتتمّ تسويتها من خلال الأطر والأعراف المحلية<sup>(٢)</sup>.

وفي خضم هذه الحالة من العنف والتوتر تكونت حركتان مسلحتان في وقت واحد تتبنيان مطالب إقليم دارفور ضد المركز. هما حركة تحرير السودان بقيادة المحامي عبد الواحد محمد نور، وحركة العدل والمساواة برئاسة الدكتور خليل إبراهيم<sup>(٣)</sup>.

وفي أوائل عام ٢٠٠٣ بدأت الحركتان تمردهما على السلطة في الخرطوم متهمين إياها بتهميش الإقليم والعمل على تعريبه، وبدؤوا بشن هجمات متفرقة على دوريات الشرطة وقوافل الجيش وبعض النقاط العسكرية مما أوقع العديد من القتلى في صفوفهم<sup>(٤)</sup>. وفي الخامس والعشرين من نيسان شنت القوات المتمردة هجومًا غير مسار الصراع، حيث دخلت قوة مشتركة من الحركتين إلى قاعدة عسكرية في مدينة فاشر، وبدأت حركتا الصراع ترفعان شعارات مناهضة للحكومة، ومطالبة برفع المظالم السياسية والاقتصادية والتنمية. وهكذا، بدأ الصراع بين الحكومة السودانية والجنجويد من جهة، وبين الحركة الشعبية لتحرير السودان، وجبهة العدل والمساواة من جهة أخرى<sup>(٥)</sup>.

(١) المخزومي، عمر محمود، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

(٢) عبد القادر، أيمن مصطفى، (٢٠١٥)، جرائم الحرب في إفريقيا، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، ص ١٧٦.

(٣) هارون، محمد محبوب، (٢٠١٣)، دارفور حصاد الأزمة بعد عقد من الزمان، الدار العربية للعلوم ناشرون، الدوحة، قطر، ص ٢٤٢.

(٤) المرجع نفسه ص ٢٤٢.

(٥) المخزومي، عمر محمود، مرجع سابق، ص ٣٨١.

واستنادًا إلى كل ذلك، تمّ تشكيل لجنة تقصي الحقائق في أيار ٢٠٠٤، وقد شكّلت هذه اللجنة برئاسة (دفع الله الحاج يوسف) رئيس القضاء السوداني الأسبق، وأوضحت هذه اللجنة في تقريرها أنّ الجرائم المرتكبة في هذا الإقليم لم تشكّل جريمة إبادة جماعية، لعدم توافر شروطها، ألا أنّ هناك انتهاكات لحقوق الإنسان، وجرائم ضد الإنسانية، أهمها: (حرق القرى، القتل، الاغتصاب، التهجير القسري، الاعتقال، التعذيب، وغيرها من الجرائم).

وإزاء تباطؤ وإخفاق الحكومة السودانية ومن بعدها الاتحاد الإفريقي في التوصل إلى حلٍ لأزمة إقليم دارفور يضمن إحلال السلام والاستقرار وملاحقة مرتكبي الجرائم السالفة الذكر، اتجهت الأمم المتحدة إلى إنشاء لجنة دولية للوقوف على حقيقة الوضع في دارفور. (١)

### الفرع الثاني: طريقة تعامل القضاء الجنائي الدولي مع أزمة إقليم دارفور:

لم تتوان المحكمة الجنائية الدولية عن ممارسة دورها التكميلي في ملاحقة مقترفي الجرائم في إقليم دارفور، من خلال توجيه الاتهامات لهم وفتح التحقيقات في كلّ ما يثير شكوكًا بأنّ هناك جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية، وعليه سنتناول طريقة تعامل القضاء الجنائي لأزمة دارفور من خلال النقاط التالية:

أولاً: بدء عمل لجنة التحقيق الدولية لدارفور

أنشأ مجلس الأمن لجنة تحقيق دولية للوقوف على حقيقة الأوضاع في إقليم دارفور، ولتحديد ما إذا كانت قد وقعت أعمال إبادة جماعية في الإقليم من عدمه، إذ جاء تشكيل هذه اللجنة بموجب القرار رقم (١٥٦٤) (٢) الصادر بتاريخ ١٨ أيلول ٢٠٠٤ حيث جاء في الفقرة ١٢ من القرار أنّ مجلس الأمن يطلب إلى الأمين العام للأمم المتحدة (كوفي عنان) أن يقوم على وجه السرعة بتشكيل لجنة تحقيق دولية تضطلع فوراً بالتحقيق في التقارير المتعلقة بانتهاكات القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، ولتحديد ما إذا كانت قد وقعت أعمال إبادة جماعية مع تحديد هوية مرتكبي تلك الانتهاكات لتقديمهم للمحاكمة. (٣)

وقد وافقت الحكومة السودانية على هذه اللجنة، وبالفعل باشرت هذه اللجنة أعمالها في التحقيق بما ارتكب من جرائم في إقليم دارفور، وساعدت اللجنة في مهامها خبراء قانونيون ومحققون دوليون، بالإضافة إلى خبراء في الطب الشرعي إلى جانب خبراء عسكريين، وقد جاء بتقرير اللجنة الذي نشر في ٢٥ يناير ٢٠٠٥، ثبوت تورط الحكومة السودانية وأعضاء الميليشيات "الجنجويد" بارتكاب جرائم تقع تحت طائلة القانون الدولي، ووجدت اللجنة أنّ الهجمات على القرى وقتل المدنيين والاغتصاب والسلب والتشريد القسري، كانت مستمرة حتى وهي تُجري تحقيقاتها. (٤)

(١) واصل، سامي جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٢) قرار رقم (١٥٦٤)، الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٥٠٤٠، المعقودة في ١٨ أيلول ٢٠٠٤، تم الاطلاع عليه يوم الثلاثاء، بتاريخ ٢٠٢٢/٤/٥، الساعة العاشرة مساءً، للمزيد من التفاصيل انظر

[https://undocs.org/ar/S/RES/1564\(2004\)](https://undocs.org/ar/S/RES/1564(2004))

(٣) عبد القادر، أيمن مصطفى، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٤) المخزومي، عمر محمود، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

كما تضمن تقرير اللجنة قائمة تحتوي على ٥١ اسماً تعتقد أنهم مسؤولون عن الانتهاكات الخطيرة بما في ذلك الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم الحرب، وفي النهاية رفعت اللجنة تقريرها إلى الأمين العام للأمم المتحدة، وأوصت بإحالة الوضع في إقليم دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية، وعلى إثر ذلك صدر القرار رقم (١٥٩٣) في عام ٢٠٠٥، الذي أحال بموجبه لأول مرة في تاريخه قضية (دارفور) إلى المحكمة الجنائية الدولية، على الرغم من أن السودان لم يصدق على نظام روما الأساسي بعد التوقيع عليه.<sup>(١)</sup>

إلا أن ما يجب ملاحظته في هذا الصدد أن القرار قد انطوى على تناقض بارز الوضوح ولا يتسق ومقتضيات العدالة الجنائية، ففي حين جاء القرار صريحاً في النص على إحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية بما في ذلك تقديم الأشخاص الذي وردت أسماؤهم في القائمة التي أعدتها اللجنة الدولية للتحقيق في الجرائم المرتكبة في دارفور، عاد مجلس الأمن ودون أي مسوغ قانوني مقبول ليقرر في الفقرة (٦) من القرار ذاته استثناء غير السودانين من الإجراءات المتعلقة بتقديم مرتكبي تلك الفظائع في دارفور سواء من جانب مجلس الأمن أو الاتحاد الإفريقي.<sup>(٢)</sup>

والواقع أن هذا الاستثناء ليس له ما يبرره ليس من الناحية القانونية فحسب وإنما أيضاً من الناحية الأخلاقية والمنطقية فما دُنا نتحدث عن وجوب مساءلة مرتكبي الجرائم في إقليم دارفور فالأصل أن تتسحب هذه القاعدة على كل من توجه لهم أصابع الاتهام دون تمييز بينهم في ذلك لأي اعتبار كان، يستوي أن يكون هؤلاء الأشخاص سودانيين أو غير سودانيين فكان صدور القرار على هذا النحو منحازاً منذ البداية ضد السودانين ومن جهة أخرى فإن صياغة القرار على هذا النحو يتيح الفرصة لإفلات المجرمين من المساءلة، الأمر الذي يعني إطلاق يد الآخرين من غير السودانين ليفعلوا ما يشاؤون.<sup>(٣)</sup>

ثانياً: تعامل المحكمة الجنائية الدولية مع الموقف المحال إليها:

في ١ حزيران ٢٠٠٥ باشر المدعي للمحكمة الجنائية الدولية التحقيق، مركزاً على الأحداث التي وقعت ما بين عامي ٢٠٠٣ و ٢٠٠٤، وبعد الانتهاء من تحقيقاته قدم المدعي العام طلباً للدائرة التمهيدية مؤكداً فيه أن هناك أسباباً معقولة تدعو للاعتقاد بأن أحمد محمد هارون وزير الدولة السابق للشؤون الداخلية، وعلي محمد علي عبد الرحمن (علي كوشيب) قائد الجنود قد ارتكبا جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب، وطالب بإصدار أمر قبض بحقهما.<sup>(٤)</sup>

(١) القرار رقم (١٥٩٣)، الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته ٥١٥٨، المعقودة في ٣١ آذار ٢٠٠٥، انظر

[https://undocs.org/ar/S/RES\(2005\)1593](https://undocs.org/ar/S/RES(2005)1593)

(٢) عبد القادر، أيمن مصطفى، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٣) عبد القادر، أيمن مصطفى، مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٤) لخضاري، علي حسام الدين، مرجع سابق، ص ٤٦.

وبعد نظر الدائرة التمهيدية في الطلب والأدلة المقدّمة معه وكُل المعلومات، أصدرت في ٢٧ نيسان ٢٠٠٧ أمر قبض بحق المتهَمين مُوجّهة إليهما ٥١ تُهمة، ونظرًا إلى عدم القبض على المتهَمين وتسليمهما، لم تُكُن هناك أي تطوّرات جديدة خلال الفترة ٢٠٠٨\_ ٢٠٠٩ في قضية المدعى العام ضدّ أحمد محمد هارون وعلي كوشيب.<sup>(١)</sup>

وفي ١٩ نيسان ٢٠١٠، أودع الادّعاء طلبًا لدى دائرة الإجراءات التمهيدية بالتوصّل إلى قرارٍ بموجب المادة ٨٧ من النّظام الأساسي للمحكمة بأنّ حكومة السودان لم تتعاون مع المحكمة الجنائيّة الدوليّة في تنفيذٍ أمري القبض، وعليه أصدرت دائرة الإجراءات التمهيدية الأولى، قرارًا بإبلاغ أعضاء مجلس الأمن بعدم تعاون السودان، حتى يتخذ المجلس الإجراء الذي يراه مُناسبًا.

أمّا فيما يخصّ الرئيس عمر البشير فقد قدّم المدعي العام بتاريخ ١٤ تموز ٢٠٠٨ طلب ادّعاء بحقه للدائرة التمهيدية بموجب المادة (٥٨) من النّظام الأساسي للمحكمة، يلتمس فيه إصدار أمر بالقبض عليه، وذلك لإرتكابه جرائم إبادة جماعية، وجرائم ضدّ الإنسانية، وجرائم حرب في إقليم دارفور، حيث إنّه قد دبر ونفذ خطة ترمي إلى تدمير ثلاث جماعات إثنيّة هي " الفور والزغاوة والمساليت"، عقب احتجاجها على الأوضاع المعيشيّة السيئة بالإقليم، وتمردها على حكومة الخرطوم.<sup>(٢)</sup>

واستنادًا إلى الطلب المقدم، رأت هذه الدائرة أنّ هناك أساسًا معقولًا للاعتقاد بأنّ عمر البشير يتحمل المسؤولية الجنائيّة كشريك، وأن القبض عليه يبدو ضروريًا، وفي ٤ آذار ٢٠٠٩ أصدرت الدائرة التمهيدية أمر القبض في حقه. كما رأت الدائرة التمهيدية بأنّ القضية المرفوعة ضد عمر البشير تندرج في نطاق اختصاص المحكمة الجنائيّة، وذلك استنادًا إلى المواد التي قدمها المدعي العام دعماً لطلبه.<sup>(٣)</sup>

كما أشارت الدائرة نفسها إلى أن منصب البشير الرسمي كرئيس دولة لا يعفيه من المسؤولية الجنائيّة ولا يمنحه حصانة من المقاضاة أمام المحكمة الجنائيّة الدوليّة.<sup>(٤)</sup>

وربما لا يهمننا في هذا الصدد التأكيد على تورط الرئيس السوداني الأسبق "عمر البشير" أو "أحمد هارون" و "علي كوشيب"، فالمشكلة ليست إثبات أو نفي التهم عنهم من قِبَل المحكمة، وإنما المشكلة أنّ هذه الجرائم والأسوأ منها فظاعة منتشرة في العالم ككل، وبأرقام للقتلى تفوق بكثير ما هو جارٍ على إقليم دارفور، فلماذا إذن الإصرار والإلحاح والتحركات الدوليّة من أجل قضية واحدة وتجاهل غيرها من القضايا في العالم.<sup>(٥)</sup>

فعلى الرغم من أهمية هذا القرار لوضع حدّ لتلك الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني ولقانون حقوق الإنسان المرتكبة في إقليم دارفور، إلا أنّ مجلس الأمن وقع فيما يعرف بالانتقائيّة وازدواجية المعايير فمع

(١) هشام، فريجة محمد، (٢٠١٣)، دور القضاء الدولي الجنائي في مكافحة الجريمة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر \_ بسكرة\_ الجزائر، ص ٣٨٨.

(٢) هشام، فريجة محمد، مرجع سابق، ص ٣٩١.

(٣) واصل، سامي جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٤) لخضاري، علي حسام الدين، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٥) الطيب، وردة، (٢٠١٥)، مقتضيات العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ص ٢٤١.

رفض المجتمع الدولي التام لأي انتهاك لحقوق الإنسان وفي أي مكان، وبصرف النظر عن أي اعتبار إلا أن معالجة مجلس الأمن للوضع في دارفور لم تكن معالجة قانونية تامة، فحتى بافتراض أن ثمة انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان تصل إلى حد اعتبارها تشكل جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية ارتكبت في دارفور فإننا نرى أن مثل هذه الأفعال المجرمة قانوناً ترتكب بصورة يومية و مستمرة في المخيمات الفلسطينية وفي الضفة الغربية وقطاع غزة من جانب قوات جيش الاحتلال الإسرائيلي، ومع ذلك فإن مجلس الأمن يتردد حتى في مجال التفكير في الإدانة اللفظية لهذه الانتهاكات وفي هذا خرق واضح لمبدأ المساواة في تطبيق قواعد القانون الدولي، وانتهاج صريح لسياسة الانتقائية والكيل بمكيالين (1).

### المطلب الثاني: عجز المحكمة الجنائية الدولية عن محاكمة مجرمي الحرب الإسرائيليين

يُعد الصراع العربي الإسرائيلي المتمثل أصلاً في القضية الفلسطينية، من أهم القضايا الدولية التي شغلت الأمم المتحدة، فهو الصراع الوحيد الذي عايشه الأمم المتحدة منذ نشأتها، وتطور واتسع ليشمل في عام 1967 احتلالاً سافراً جديداً من طرف إسرائيل، الذي لم يسو حتى الآن رغم التنازلات الكبيرة التي قدمها الجانب العربي.

ومنذ ذلك التاريخ دأبت دولة الاحتلال الإسرائيلي على ممارسة الإجرام في حق الشعب الفلسطيني الأعزل، جرائم هي أكبر من أن تُحصى وتُعد كمّاً وكيفاً، وعليه كانت مأساة الشعب الفلسطيني بحساب حقوق الإنسان مثلاً ساطعاً على الاستعمار الذي حطّ بثقله على شعوب وقاراتٍ بأكملها، وتمتّ تصفيته بأثمان وتضحيات هائلة، كما أنّها مثال على احتلال لا يريد أن يرحل، فهو يتلون بألف لون ولون ويحظى من حيث الجوهر بدعمٍ غير مسبوق من قبل الدول الأقوى في العالم، حيث إنّ الواقع العملي أثبت منذ نشأة الأمم المتحدة أنّ مجلس الأمن كان ولا يزال يتعامل بإزدواجية ويكيل بمكيالين وخصوصاً مع القضايا التي يكون العرب طرفاً فيها، وأهمها القضية الفلسطينية (2).

ومن هذا المنطلق لا بد من التطرق إلى بعض النماذج لجرائم الحرب الإسرائيلية المرتكبة على الأراضي الفلسطينية، ومن ثم التطرق لصلاحيات المحكمة الجنائية الدولية لممارسة اختصاصها على الجرائم المرتكبة على الأراضي الفلسطينية.

### الفرع الأول: نماذج لجرائم الحرب الإسرائيلية المرتكبة على الأراضي الفلسطينية

تعددت الجرائم الإسرائيلية على الأراضي الفلسطينية، حيث تقننت إسرائيل في كسر كل قواعد القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، فاقترفت بأبشع الجرائم بحق الإنسان الفلسطيني التي تدخل ضمن

(1) عبد القادر، أيمن مصطفى، مرجع سابق، ص 203.

(2) ربيعة، سعادي، مرجع سابق، ص 443.

دائرة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية<sup>(١)</sup>، وعليه سنلقي نظرة على أهمّ الجرائم الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة.

#### أولاً: الاستيطان ومصادرة الأراضي الفلسطينية المحتلة

إنّ التوسّع في مصادرة الأراضي العربية في الضفة الغربية وقطاع غزة المُحتلين، وبناء المُستوطنات عليها، من الأساسيات التي ارتكزت عليها السياسة الإسرائيلية<sup>(٢)</sup>، حيثُ يقومُ المحتلُّ الإسرائيلي ببناء البُور الاستيطانية، وينقل مواطنيه إليه ويسمُحُ لهم بحمل السلاح، ويُؤمن لهم الحماية الكافية في الحالات التي يعتدون فيها على المواطنين الفلسطينيين العزّل، ولقد أثار سلوك إسرائيل لسياسةٍ مُتعمدة في الاستيطان وانتهاكات حقوق الإنسان في الأراضي المحتلة منذ عام ١٩٦٧ زُود فعلٍ واسعة النطاق على الصعيد الدولي، فوفقاً للمادة (٤٩)<sup>(٣)</sup> من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩، والمادة (٨٥/٤/أ)<sup>(٤)</sup> من البروتوكول الإضافي الأول لا يجوز لدولة الاحتلال أن ترحل أو تنقل جزءاً من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها .

وبالتالي فإنّ خلق الأمر الواقع بالقوة لا يُمكن أن يكسب حقاً، وعليه حفلت سجلات الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات والهيئات الدولية بالعديد من القرارات التي انطوت على التعبير عن الإدانة والاستهجان لتلك الانتهاكات، التي أكّدت على إنكار أي صفة قانونية للاستيطان أو الضّم، وتطالبُ بإلغائه وتفكيك المستوطنات بما في ذلك الاستيطان بالقدس<sup>(٥)</sup>. ومُنذُ عام ١٩٦٧ وحتى اليوم صدرت العديدُ من القرارات بهذا الخصوص ولعلَّ أهمها قرار مجلس الأمن رقم (٤٤٦) لعام ١٩٧٩ الذي أكّد أنّ سياسية إسرائيل في الاستيطان ونقل السكان الإسرائيليين للأراضي الفلسطينية والأراضي العربية الأخرى المحتلة منذ عام ١٩٦٧ ليس لها شرعية قانونية<sup>(٦)</sup>

#### ثانياً: جرائم القتل الفردي والجماعي

دأبت القوات الصهيونية منذ عقود طويلة على ممارسة سياسة الاغتيالات والتصفيات وأعمال القتل الجماعي في صفوف رجال المقاومة الفلسطينية والمواطنين الفلسطينيين الأبرياء في إطار سياسة منهجية وحكومية يُشرفُ عليها قادة إسرائيل العسكريون والسياسيون<sup>(٧)</sup>، وقد لاقَت عمليات التصفية الجسدية والاغتيالات المتكررة

(١) الطيب، وردة، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) المخزومي، عمر محمود، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٣) حيث نصت المادة (٤٩) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ على أنه: "يحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أي دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أيًا كانت دواعيه...".

(٤) نصت المادة (٨٥/٤/أ) من البروتوكول الإضافي الأول على أنه: "قيام دولة الاحتلال بنقل بعض سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها أو ترحيل أو نقل كل أو بعض سكان الأراضي المحتلة داخل نطاق تلك الأراضي أو خارجها، مخالفة للمادة ٤٩ من الاتفاقية الرابعة".

(٥) العقاد، تائر خالد، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

(٦) القرار رقم (٤٤٦)، الذي اتخذته مجلس الأمن في جلسته المعقودة في ٢٢ آذار ١٩٧٩، تم الاطلاع عليه، يوم الإثنين، بتاريخ ٢٠٢٢/٤/٢٥،

الساعة الواحدة ظهرًا، للمزيد من التفاصيل انظر

[http://info.wafa.ps/ar\\_page.aspx?id=02PGfSa6901161003a02PGfS](http://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=02PGfSa6901161003a02PGfS)

(٧) الطراونة، مخلد ارخيص، (٢٠٠٥)، الجرائم الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة ومدى إمكانية تقديم المسؤولين عنها للمحاكمة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ص ٣٠٤.

من جانب السلطة الإسرائيلية انتقاداتٍ شديدةٍ وإدانة من المجتمع الدولي والمنظمات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان معتبرة أن مثل هذه الأساليب تُعد انتهاكاً صارخاً لأبسط قواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(١)</sup>.

ولم تكتفِ سلطات الاحتلال بارتكابها الانتهاكات السابقة بحق الشعب الفلسطيني في الأيام الأخيرة من عام ٢٠٠٨، فوجئ العالم بقيام الكيان الصهيوني في فلسطين المحتلة، بالعدوان العسكري على غزة، بعد هدنة دامت ستة أشهر بين حركة المقاومة الإسلامية "حماس" وبين الكيان الصهيوني انتهت في ١٩/١٢/٢٠٠٨ واستمر القصف الجوي على كل غزة، على البشر والشجر والحجر... وعلى الرغم من أن الحرب على غزة هي من الحروب التي نُقلت فيها الانتهاكات في بثٍّ مباشر، سواء فيما يتعلقُ باستهداف المدنيين، أو استهداف المستشفيات والإسعاف والمدارس، وقوافل الإغاثة، وهي أدلة دامغة وقاطعة تُؤكدُ بالفعل قيام جرائم دولية دون الحاجة إلى تحقيق دولي فإنَّ أحدًا لم يجرؤ حتى اليوم على تصنيف هذه الانتهاكات بجرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية أو جرائم ضد سلامة وأمن البشر<sup>(٢)</sup>.

الفرع الثاني: صلاحية المحكمة الجنائية بممارسة اختصاصها على الجرائم المرتكبة على الأراضي الفلسطينية

سَبَقَتْ الإشارة إلى أن انعقاد الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية ينحصر في أشدّ الجرائم خطورة طبقاً لنص المادة (٥) من النظام الأساسي للمحكمة، وأنَّ اختصاصها بشأن الجرائم التي تدخل في دائرة اختصاصها هو اختصاص مُكمل لاختصاص القضاء الوطني، وعليه عندما يكونُ القضاء الوطني غير قادر على المحاكمة أو غير راغب رغبةً حقيقيةً في ذلك، فإنَّ اختصاص المحكمة يُصبح اختصاصاً إلزامياً في مثل هذه الحالة، ومن ثمَّ فإنَّ الاختصاص بمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية من الإسرائيليين هو من الأمور المقطوع بها التي لا يمكن أن تثير جدلاً أو خلافاً، فلو كان المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية صادقاً مع ضميره وبعيداً عن الضغوط فإنَّه لا يجدُ أي عناء في استخلاص وقوع هذه الجرائم ضمن اختصاص المحكمة<sup>(٣)</sup>.

ولا يفوتنا أن نُنوّه في هذا الصدد بأنَّ إسرائيل حاولت وبدعمٍ من الولايات المتحدة الأمريكية أثناء مداوالت مؤتمر روما الدبلوماسي أن تحول دون اعتبار الاستيطان في الأراضي المحتلة من ضمن جرائم الحرب. ولما فشلت في ذلك، وانطوى نص المادة (٨) من النظام الأساسي على اعتبار الاستيطان جريمة من جرائم الحرب، ذهبت إسرائيل مغاضبة ومعهها الولايات المتحدة الأمريكية وسط ضجة إعلامية لموقفهم الراض للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ورغم ذلك عادت للتوقيع على نظام روما الأساسي في اليوم الأخير المتاح أمام الدول للتوقيع على نظام روما الأساسي، ولم تصادقاً على النظام، وبالتالي فإنَّ إسرائيل في منظور النظام الأساسي للمحكمة تعدُّ من الدول غير الأطراف<sup>(٤)</sup>.

(١) الطيب، وردة، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(٢) شتيه، محمد عبد الفتاح، مرجع سابق ص ١٠٧.

(٣) الطيب، وردة، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٤) المرجع نفسه، ص ٢٤٥\_٢٤٧.

ويثور تساؤل هام في هذا الصدد، وهو إذا كانت كل التجارب الماضية تؤكد إلى أن إسرائيل لن تكون طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة بسبب امتناعها عن التصديق على نظام روما الأساسي، وأنها لن تكون دولة متعاونة مع المحكمة بالنسبة للجرائم المنسوبة إلى المسؤولين الإسرائيليين وفي مقدمتها جرائم الاستيطان، فهل يحول ذلك دون مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها؟

بالرجوع إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يتبين لنا بأن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ينعقد إزاء الدول غير الأطراف في إحدى الحالات التالية:

الحالة الأولى: أن يتم امتثال الدولة غير الطرف لاختصاص المحكمة برضاء منها حسب ما جاء في نص المادة الرابعة في فقرتها الثانية<sup>(١)</sup>، ونص المادة (١٢) في فقرتها الثالثة<sup>(٢)</sup>.

الحالة الثانية: أن تمارس المحكمة اختصاصها على الدولة غير الطرف بصورة قسرية، وذلك في الأحوال التي يحيل فيها مجلس الأمن حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت فإن الأمر لا يتوقف على موافقة الدولة المعنية، وهو الأمر الذي يقودنا إلى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجرائم الحرب الإسرائيلية التي ترتكب بعد دخول نظام روما الأساسي إلى حيّز الوجود، وظهور المحكمة إلى الواقع الفعلي.

كما يمكن للمدعي العام أن يتصدى من تلقاء نفسه التحقيق في جريمة من هذه الجرائم<sup>(٣)</sup>، بل لأي دولة طرف في النظام أن تحيل بعض هذه الجرائم إلى المدعي العام وذلك وفقاً للمادة (١٤) من النظام الأساسي<sup>(٤)</sup>.

وبما أن فلسطين أصبحت رسمياً منذ الأول من نيسان لعام ٢٠١٥ عضواً رسمياً في المحكمة الجنائية الدولية، بالتالي يحق لها وفقاً للمادة (١٤) من نظام روما الأساسي أن تحيل إلى المدعي العام حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الدولية قد ارتكبت، وهذا ما قامت به دولة فلسطين حيث أحالت عدة ملفات تتعلق بانتهاكات إسرائيلية للقانون الدولي في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ومن هذه الملفات: ملف جرائم حرب غزة (٢٠١٤)، وملف الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة، بالإضافة إلى ملف الأسرى الفلسطينيين في سجون الاحتلال الإسرائيلي<sup>(٥)</sup>.

(١) حيث نصت المادة (٤/٢) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "للمحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها، على النحو المنصوص عليه في هذا النظام الأساسي في إقليم أية دولة طرف، ولها، وبموجب اتفاق خاص مع أية دولة أخرى، أن تمارسها في إقليم تلك الدولة".

(٢) نصت المادة (١٢/٣) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة ٢، جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث، وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب ٩".

(٣) نصت المادة (١٥) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "للمدعي العام أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة...".

(٤) نصت المادة (١٤) من النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "يجوز لدولة طرف أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت وأن تطلب إلى المدعي العام التحقيق في الحالة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص معين أو أكثر بارتكاب تلك الجرائم...".

(٥) العقاد، ثائر خالد، مرجع سابق، ص ٣٧٦.



وبالتالي يترتب على ذلك أنّ اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بجرائم الحرب الإسرائيلية التي ترتكب بعد دخول نظام روما الأساسي حيّز النفاذ، لَنْ يكونَ متوقفاً على موافقة دولة إسرائيل ورضاهها، أو حتى على صيرورتها طرفاً مصدقاً وملتزماً بنظام المحكمة. (١)

إلا أنّ العدو الصهيونيّ يعلم أنّ القرارات التي تصدر ضده؛ لا تضره شيئاً؛ نظراً لما يحظى به من دعم غير مسبوق من قبل الدول الأقوى في العالم، حيث تجري حماية إسرائيل عند كل منعطف خطير في سياستها العميقة تجاه الشعب الفلسطيني من خلال المراوغة والضغط في الهيئات الدولية، ولا سيما مجلس الأمن الدولي، وممارسة الضغوط على الدول، والدفاع المباشر من خلال استعمال حق النقض الفيتو. (٢)

وتالياً لما تقدم فإنّ الناظر إلى الواقع بخصوص محاكمة مجرمي الحرب يجدُ ازدواجية واضحة في إصدار وإنشاء القرارات بخصوص هؤلاء المجرمين، وكأن محاكمة مجرمي الحرب تكون لأناسٍ دون آخرين، وهذه من أخطر صور الازدواجية، حيث تتجلى أبرز مظاهر ازدواجية العدالة الدولية في أسلوب تعاطي المحكمة الجنائية الدولية مع أزمتي غزة ودارفور، ففي الوقت التي كانت فيه المحكمة تصبُ جُلَّ اهتمامها على إصدار قرارٍ باعتقال الرئيس السوداني "عمر البشير" بتهمة ارتكاب جرائم حرب في إقليم دارفور، تُعْضُ النظر عن كافة الجرائم والمجازر التي ارتكبتها إسرائيل بحق الشعب الفلسطيني على مدار عقود (٣)، مع العلم أنّ السودان وإسرائيل لم يصادقا على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هذا من ناحية. (٤)

ومن ناحية أخرى لو تقدمت فلسطين والدول الأعضاء في المحكمة الجنائية الدولية بطلبٍ إلى مجلس الأمن لإحالة دعوى للمحكمة الجنائية الدولية للتحقيق في الجرائم التي ترتكبها قوات الاحتلال ومحاكمة مرتكبيها، فإنّه لا يخفى على أحدِ الوضعية التي يكرسها مجلس الأمن باعتباره مجلساً لرعاية وحماية مصالح الدول صاحبة حق النقض الفيتو وفقاً للمادة (٢٧) من ميثاق الأمم المتحدة (٥)، فبدلاً من أن يكونَ فاعلاً إيجابياً في قضايا العدالة الدولية الجنائية، نجده يظهر بصورةٍ موهلةٍ في السلبية خاصة إذا تعلق الأمر بقضية تخص العالم الإسلامي كالقضية الفلسطينية، فهو بدلاً من أن يحيل القضايا إلى المحكمة نجده يُصدرُ القرارات التي تضفي الشرعية على الحرب العدوانية. (٦)

حالة الفشل هذه مُتوقعة على أيّ حالٍ لمن يعرف آليّة القرار داخل مجلس الأمن، وما يُقال في الكواليس، حيث إنّ هذه السياسة التي تتبعها القوى العظمى؛ ساهمت في إطالة أمد الحروب والنزاعات في العالم الثالث. وعليه ترى الباحثة أنّ هذه المشاهد كشفت بوضوح أنّ العدالة الدولية باتت تقتصرُ لأهم وأبرز مقوماتها وهي النزاهة والمصادقية هذا من جانب، ومن جانبٍ آخر فإنّ المحكمة الجنائية الدولية في ظل تمتع الدول الخمس الدائمة

(١) المخزومي، عمر محمود، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

(٢) ربيعة، سعادي، مرجع سابق، ص ٤٤٣.

(٣) الطيب، وردة، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(٤) ربيعة، سعادي، مرجع سابق، ص ٤٤٣.

(٥) انظر المادة (٢٧) من ميثاق الأمم المتحدة.

(٦) الطراونة، مخلد ارخيص، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

العضوية بحق النقض الفيتو لم تعد أكثر من أداة من أدوات صراع موازين القوى وهذا الأمر الذي جعل إسرائيل بمنأى عن أي ملاحقة قانونية دولية على الفظاعات التي ارتكبتها بحق الشعب الفلسطيني، فهذه الدولة لم تحاسب مرة واحدة على الجرائم التي ارتكبتها، وهو ما يؤكد ازدواجية المعايير التي أصبحت تحكم توجهات المنظمات الدولية في كثير من القضايا ، خاصة إذا كان العرب طرفاً أساسياً فيها، وعليه لا بد من إعادة النظر في مدى تدخل مجلس الأمن الدولي بعمل المحكمة الجنائية الدولية، والصلاحيات الممنوحة للأعضاء الدائمين، للحد من هيمنتها وبسط نفوذها.

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية وأثرها في تطبيق العدالة الجنائية، حيث يُعد منح مجلس الأمن هذه السلطة مسارا جديداً في تحقيق العدالة الجنائية الدولية، إلا أنه و منذ دخول نظام روما حيز النفاذ، لم يتجرأ مجلس الأمن الدولي على القيام بممارسة سلطة الإحالة إلا في المناطق التي فيها مصالح للدول الكبرى، فالجرائم الدولية التي ارتكبت في إقليم دارفور لها مثل في عدة دول في العالم العربي والإسلامي ولم يحرك المجلس من أجلها ساكناً، فهذه الانتهاكات التي تمارس يومياً في شتى أنحاء العالم تكشف وبوضوح عن تبني مجلس الأمن سياسية الكيل بمكيالين في تعامله مع الأحداث الدولية، وهذا ما يحدث خدشاً في مصداقية المحكمة الجنائية الدولية ونزاهتها.

وعليه توجز الباحثة أهم النتائج والتوصيات التي خلصت إليها الدراسة على النحو الآتي:

## أولاً: النتائج

- إن الجانب السلبي في سلطة مجلس الأمن في الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية يكمن في أن ممارسة هذه السلطة متوقفة على إرادة الدول دائمة العضوية. وهذا يعني أنه لصدور قرار من مجلس الأمن لإحالة جريمة مرتكبة من قبل دولة غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة لا بد من موافقة الأعضاء الخمس الدائمين وعدم استخدام حق النقض الفيتو، وهذا يعني أن الدول ذات العضوية الدائمة هي بمنأى عن تطبيق هذه الوسيلة لإحالة جرائمهما إلى المحكمة.
- إن التهاون في معاقبة مرتكبي أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي عما ارتكبه من جرائم شنيعة سيؤدي بشكل أو بآخر إلى تشجيع غيرهم من المجرمين على ارتكاب مثل هذه الأفعال لإدراكهم بإمكانية التهرب من المساءلة، وهو ما تؤكد الأحداث المتتالية والدموية المرتكبة في مختلف بقاع العالم وإلى يومنا هذا.
- انطباق نصوص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على بعض القضايا الدولية المعاصرة وانعدام ذلك على قضايا أخرى كما حدث في قضية السودان وما لم يحدث لقوات الاحتلال الإسرائيلي وغيرهم من مرتكبي الجرائم الدولية، وهذا ما يحدث خدشاً في مصداقية ونزاهة هذا الجهاز. وهو الأمر الذي جعل هذه المحكمة

تتحول من جهاز قضائي أنشئ لتحقيق العدالة الجنائية الدولية إلى وسيلة سهلة الاستعمال في يد الدول صاحبة حق النقض الفيتو.

### ثانياً: التوصيات

- تهب الباحثة بضرورة تعديل نص المادة (١٣/ب) من النظام الأساسي للمحكمة، وذلك على النحو التالي: "... إذا أحالت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى المدعي العام حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت". لما يتميز به هذا الجهاز من تساوي في الأصوات واتخاذ القرارات بالأغلبية، هذا بالإضافة إلى دوره في العمل على تحقيق السلم والأمن الدوليين.
- ضرورة مبادرة الدول، ولا سيما الدول العربية، التي لم تصادق بعد على نظام روما الأساسي بالإسراع في التصديق على هذا النظام والانضمام إليه، فمن مصلحة الدول العربية أن تكون طرفاً فاعلاً في هذا النظام لا أن تتخذ موقفاً سلبياً منه، وإلا فسياسة معاقبة مرتكبي أشد الجرائم الدولية خطورة على المجتمع الدولي لن يكتب لها النجاح.
- الابتعاد عن سياسية الكيل بمكيالين في التعامل مع القضايا الدولية، فما يندد به من جرائم في السودان ودول إفريقية أخرى مرحب به في فلسطين وغيرها من القضايا المعاصرة التي غُضَّ النظر عنها دون أي مبرر قانوني.

## قائمة المصادر والمراجع

## أولاً- الكتب العربية

## -الكتب العامة:

- العقاد، ثائر خالد (٢٠١٧)، حقوق الضحايا في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية.
- عبد القادر، أيمن مصطفى، (٢٠١٥)، جرائم الحرب في إفريقيا، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، مصر.
- هارون، محمد محجوب، (٢٠١٣)، السلاح والسياسية في دارفور: تداعيات الأزمة على الساحة السياسية. في: عبد الوهاب الأفندي\_ سيدي أحمد ولد أحمد سالم، دارفور حصاد الأزمة بعد عقد من الزمان، الدار العربية للعلوم ناشرون، الدوحة، قطر.

## - الكتب المتخصصة:

- الطيب، وردة، (٢٠١٥)، مقتضيات العدالة أمام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر.
- القهوجي، علي عبد القادر، (٢٠٠١)، القانون الدولي الجنائي " أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- المخزومي، عمر محمود، (٢٠٠٩)، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- بسبوني، محمود شريف، (٢٠٠٤)، المحكمة الجنائية الدولية مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، دار الشروق، القاهرة، مصر.
- حرب، علي جميل، (٢٠١٠)، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- سلطان، عبد الله علي عبو، (٢٠٠٨)، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- عتلم، حازم محمد، (٢٠٠٦)، نظم الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية " المحكمة الجنائية الدولية المواثيق الدستورية والتشريعية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

## ثانياً- الرسائل الجامعية

- عبد القادر، يوبي، (٢٠١١\_٢٠١٢)، علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران.
- عقبي، محمود، (٢٠١٧\_٢٠١٨)، العوائق القانونية والسياسية أمام المحكمة الجنائية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي الجزائر.
- لخضاري، علي حسام الدين، (٢٠١٣\_٢٠١٤)، فعالية المحكمة الجنائية الدولية في ظل سلطات مجلس الأمن الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف\_ مسيلة.
- هبهبوب، فوزية، (٢٠١٠\_٢٠١١)، فعالية المحكمة الجنائية الدولية في ضوء العلاقة القائمة بينها وبين هيئة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر.
- هشام، فريجة محمد، (٢٠١٣)، دور القضاء الدولي الجنائي في مكافحة الجريمة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر \_ بسكرة، الجزائر.
- الياسري، ياسين طاهر، (٢٠١٥)، الطبيعة القانونية لعلاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين.

## ثالثاً- الأبحاث والمقالات العلمية

- ربيعة، سعادي، (٢٠٢٠)، ازدواجية المعايير في تطبيق الشرعية الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (٥)، العدد (٢).
- شتيه، محمد عبد الفتاح، (٢٠٢٠)، طبيعة العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية وأثرها على المحكمة في حالة فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد ٥٤.
- الطراونة، مخلد ارخيص، (٢٠٠٥)، الجرائم الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة ومدى إمكانية تقديم المسؤولين عنها للمحاكمة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي.
- عمر، سدى، (٢٠١٧)، سلطة مجلس الأمن في إحالة الجرائم الدولية إلى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (١٢)، الجزائر.
- قلعة جي، علي، (٢٠٠٨)، العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن في إطار نظام روما الأساسي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٦٤).
- واصل، سامي جاد عبد الرحمن، (٢٠١٥)، سلطة الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة مصر المعاصرة، العدد (٥١٩)، القاهرة.

## صور السلوك الجرمي لجريمة البلطجة وفقاً لأحكام التشريع الأردني

هنادي أسعد تيسير العمادي \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.06](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.06)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٩/١٦

تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١٠/٢٦

\* محامي مزاوول، ماجستير قانون جزائي، الاردن.

\* للمراسلة: [hanadialamadi@gmail.com](mailto:hanadialamadi@gmail.com)

### الملخص

حرص المشرع الأردني على تجريم البلطجة بموجب قانون العقوبات المعدل الأردني رقم (١٠) لسنة ٢٠٢٢ وذلك بإضافة مادة جديدة وهي المادة (٤١٥) مكرر، بعد أن تبين أن النصوص القانونية التقليدية لم تعد كافية لتحقيق الردع والزرع العام، كما أنها مقصورة على أنواع معينة من الجرائم كجرائم التهديد والابتزاز والسلب. وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج، من أهمها: تنبّه المشرع الأردني إلى انتشار جريمة البلطجة وفارضي الإتاوات في الآونة الأخيرة بشكل ملحوظ وخاصة بعد قضية فتى الزرقاء على نحو لم يكن مألوفاً من قبل بما تضمنته تلك الجريمة من ترويع للمواطنين وتهديد صارخ لأمنهم وسلامتهم، فكان الخيار الأمثل هو تعديل قانون العقوبات الأردني وذلك بإضافة نص يجرم البلطجة ويشدد العقوبة لمعاقبة كل من تسوّل له نفسه التعدي على الأشخاص أو ممتلكاتهم. أما عن أهم التوصيات فتتمثل بإفراد نوع خاص من القضاء المستعجل للنظر في قضايا البلطجة، أو جعل اختصاصها لمحكمة أمن الدولة، بالإضافة إلى تخصيص سجون خاصة بهم في مراكز الإصلاح والتأهيل نظراً لخطورتهم الإجرامية. الكلمات الدالة: السلوك الجرمي، جريمة، البلطجة، التشريع.

### Images of criminal behavior of Thug crime according to the Provisions of Jordanian legislation

Hanadi Asaad Tayseer AL-Amadi \*

\* Practicing lawyer, LLM in Criminal Law, Jordan.

\* Crossponding author: [hanadialamadi@gmail.com](mailto:hanadialamadi@gmail.com)

Received: 16/09/2022.

Accepted: 26/10/2022.

### Abstract

The Jordanian legislator was keen to criminalize thug crime under the Jordanian amended Penal Code No. 10 of 2022 by adding a new article, Article (415) bis, after it was found that traditional legal texts are no longer sufficient to achieve deterrence and restraint, as they are limited to certain types of crimes, such as threats, extortion and robbery. This study reached a set of results, the most important of which are: The Jordanian legislator was alerted to the noticeable spread of thug crime and tribute payments in recent years, especially after the case of the Zarqa boy. As this crime intimidated citizens and is seen as a flagrant threat to their security and safety. The best option was to amend the Jordanian Penal Code by adding a text criminalizing thug crime and tightening the penalty to punish anyone who was tempted to infringe on people or their property. The most important recommendations of this study are to appoint a special type of urgent judiciary to consider cases of thug crimes, or making its jurisdiction to the State Security Court, besides allocating their own prisons in reform and rehabilitation centers due to their criminal danger.

**Keywords:** Criminal behavior, Crime, thug, Legislation.

## المقدمة

شهد المشرع الأردني في الآونة الأخيرة ظاهرة دخيلة على المجتمع الأردني تتمثل باستعراض القوة والتلويح بالعنف، والتهديد باستخدامهما من قبل مرتكبي أعمال البلطجة وفارضي الإتاوات، حتى بات هذا الأمر يشكل خطورة إجرامية تهدد أمن الناس، وتمسّ بطمأنينتهم، وتكدر سكينتهم فضلاً عن تعريض أرواحهم، وسلامتهم، وأعراضهم، وحياتهم للخطر، وإلحاق الضرر بممتلكاتهم ومصالحهم، وتُخلّ - في الوقت ذاته - بأمن المجتمع وهيبة الدولة.

وقد أخرجت قضية فتى الزرقاء ظاهرة البلطجة على السطح - حَدَتْ قُطعت يدها، وفقئت إحدى عيناه، وتُرك جسده عارياً ملقاً في أحد شوارع محافظة الزرقاء - فهذه القضية كانت الشرارة التي سرعان ما حرّكت الحملات الأمنية المكثفة بهدف فرض هيبة الدولة، وتجفيف منابعهم ليُصار إلى صدور حكم الإعدام بحقهم، وقبل ذلك مسح كل ذرة خوف في قلوب الأردنيين زرعها جماعات البلطجة على مرّ السنين.<sup>(1)</sup>

وبعد أن طفت البلطجة والإتاوة على السطح، تنبّه المشرع الأردني إلى عدم وجود نصوص قانونية تجرّم مثل هذه الظاهرة، وعدم ورود أي مصطلح للتعبير عن ظاهرة " البلطجة" أو " فرض الإتاوة " بين دفتيّ قانون العقوبات، وبالتالي كان الخيار الأمثل لتحقيق الردع والزجر والحفاظ على الأمن العام هو إحالة بعض هذه الجرائم إلى محكمة أمن الدولة لإيقاع العقوبات الرادعة، ولمعاقبة كل من تسوّل له نفسه تشكيل عصابة بقصد التعدي على الأشخاص والأموال من خلال تطبيق أحكام قانون منع الارهاب الأردني.

وبذلك يكون قضاؤنا الأردني قد فوّت الفرصة على المهديين من ممارسي أعمال البلطجة من استغلال هذا الفراغ التشريعي، أو من التمسك بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، حيث كان لقضائنا الموقر الدور الحازم

<sup>(1)</sup> وعلى ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بصفقتها الجزائية " وعطفاً على ما جاء بقرار التجريم واستناداً لما ورد فيه فإنه وعلى إثر ارتكاب المجرمين لهذه الأعمال الإرهابية الموصوفة على الساحة الأردنية وذبوع أصداء خبرها بين أفراد المجتمع الأردني والناس كافة ولدى السلطات والجهات الرسمية والأمنية وتناقله عبر وسائل الإعلام المحلية والعربية والعالمية ومواقع التواصل الاجتماعي وخطورة ما أقدم عليه المجرمون المذكورون من أفعال تشكل استهتاراً منهم بالنفس البشرية وقديستها وحرمة التعرض لها، وما نتج عن أفعالهم تلك قاصدين بها تعريض أمن وسلامة المجتمع الأردني للخطر وتهديد أمنه واستقراره والإخلال بالنظام العام وثوابته وركائزه السائدة وإلقاء الرعب بين الناس وترويعهم وتعريض حياتهم للخطر وإثارة الفوضى وبصورة تنبئ عن مدى خطورة أفعالهم ومشروعهم الإجرامي المنفذ واقعاً مما سبب ذلك حالة من الهلع والفرع والخوف سادت المجتمع المحلي في مدينة الزرقاء بصورة خاصة وبين المواطنين في المجتمع الأردني على وجه العموم وتصوير المجتمع الأردني على أنه مسرح لأعمال الإجرام المنظم، ذلك أن ما أقدم عليه المجرمون واقترفوه من أعمال إرهابية على الساحة الأردنية أمر غير اعتيادي وغير مألوف في بلدنا الأردن العزيز المنيع الذي كان ولا يزال واحة للأمن والأمان لمواطنيه ومقيميهم وقاصديهم مما يستوجب معه تغليظ العقوبة بحقهم والارتقاء بها إلى حدها الأعلى لكي لا تسول لهم أنفسهم أو لغيرهم الإقدام على مثل هذه الجرائم الشنيعة والعبث بأمن الوطن والمواطن. " للمزيد لطفاً انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفقتها الجزائية رقم ٢٠٢١/١٤١٤.

في معالجة هذا الخلل، والحكم على المهديين الجناة وفق التكييف القانوني الصحيح، من خلال إحالة هذا النوع من الجرائم لمحكمة أمن الدولة وهو أمر يعتبر سابقة قضائية في القضاء الأردني.

ومن أجل ذلك كانت جريمة البلطجة جريمة جديرة بالبحث والتأصيل بغية الوصول إلى دراسة النص التشريعي والمتمثل بالمادة (٤١٥ مكرر) من قانون العقوبات الأردني التي جرّمت البلطجة لتُقلّم مخالف كل من يفكر بفرض إتاوة أو استخدام العنف للاستزاق على حساب المواطنين، وذلك ضمن الباب الثامن من قانون العقوبات الأردني والمعنون " في الجنايات والجنح التي تقع على الإنسان ".

### مشكلة الدراسة

تتمحور مشكلة الدراسة الرئيسية في أن قانون العقوبات المعدل رقم (٧) لسنة ٢٠١٨ لم يضع نصوصاً تشريعية خاصة تُجرّم جريمة البلطجة، تاركاً أمر تنظيمها إلى أحكام القواعد العامة، لا سيما أن العقوبات الواردة في قانون العقوبات الأردني التي تعالج جرم التهديد والابتزاز والسلب هي عقوبات غير كافية لتحقيق الردع والزجر العام، الأمر الذي شجع مرتكبي أعمال البلطجة على تكرار أفعالهم بعد خروجهم من مراكز الإصلاح والتأهيل، لذا بات لزاماً على المشرع الأردني تجريم جريمة البلطجة في قانون العقوبات المعدل رقم (١٠) لسنة ٢٠٢٢ لردع كل من تسوّل له نفسه ارتكاب مثل هذا النوع من الجرائم. وتبعاً لذلك، فإن إشكالية الدراسة تتمحور حول التساؤل الآتي: ما مدى كفاءة وكفاية نص المادة (٤١٥ مكرر) الواردة في قانون العقوبات المعدل الأردني في مواجهة جريمة البلطجة؟ وهل كان هذا النص التشريعي ذا أثرٍ فعّالٍ في مواجهة جريمة البلطجة؟ وهل كان المشرع الأردني موفقاً في صياغة هذا النص التشريعي أم لا؟

### أسئلة الدراسة

تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة على جملة من الأسئلة ومنها:

١. ما المقصود بالبلطجة؟
٢. ما هي صور البلطجة التي تؤلف الركن المادي لجريمة البلطجة؟
٣. ما الظروف المشددة للعقاب؟

### أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة بأنها تُعدّ من الدراسات القليلة التي تناولت جريمة البلطجة بسبب حداثة إذ كانت هذه الجريمة من الجرائم التي شغلت المشرع الأردني بعد قضية فتى الزرقاء، الأمر الذي دفع الباحثة إلى تسليط الضوء على هذه الجريمة الخطيرة لما تمثله من اعتداء على أمن المواطنين وتعريض أرواحهم، وأموالهم، وممتلكاتهم للخطر، وتمسّ في الوقت ذاته أمن الدولة وهيبتها، فبات لزاماً على السلطين التشريعية والتنفيذية أن يتدخلوا للحدّ من هذه الجريمة الدخيلة على المجتمع الأردني قبل استفحال أمرها.



## أهداف الدراسة

١. بيان المقصود بماهية جريمة البلطجة.
٢. بيان الصور التي تشكل الركن المادي لجريمة البلطجة وبيان الظروف المشددة للعقاب.
٣. تسليط الضوء على جريمة البلطجة باعتبارها أحد أخطر الجرائم التي تُعبر عن مدى انتشار العنف باستخدام أساليب التهديد والسلب والابتزاز.

## منهجية الدراسة

اتّبعَت الباحثة لغايات الوصول إلى النتائج الفضلى في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك باعتباره المنهج الأكثر ملاءمة لعرض النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات الأردني ذات العلاقة بموضوع الدراسة وتحليلها ومن ثم إبداء الرأي حولها، بتأييد الآراء أو نقدها، ومن ثم اقتراح الحلول لإزاءها، مع اتباع الباحثة في بعض المواطن المنهج المقارن لبيان أبرز التشريعات المقارنة التي تناولت الجريمة محل الدراسة كقانون العقوبات المصري رقم (٦) لسنة ١٩٩٨.

## المبحث الأول

### ماهية البلطجة وصورها

عمل المشرع الأردني على التصدي لجريمة الترويع والتخويف المسماة "بالبلطجة"<sup>(١)</sup>، التي انتشرت في الآونة الأخيرة في المجتمع الأردني، فأصدر مجلس النواب قانون العقوبات المعدل رقم (١٠) لسنة ٢٠٢٢ الذي دخل حيّز النفاذ في ٢٤/٦/٢٠٢٢ بعد مرور ٣٠ يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وذلك بإضافة مادة جديدة وهي المادة (٤١٥) مكرر، تحت عنوان "الترويع والتخويف"، وذلك حفاظاً على أمن الأفراد ومقومات المجتمع الأردني. ولا غرو أن الوقوف على ماهية هذه الجريمة التي تعددت المصطلحات المستخدمة للتعبير عنها يقتضي تقسيم هذا المبحث لمطلبين على التفصيل التالي: سأتناول الحديث في **المطلب الأول عن التعريف بجريمة البلطجة. والمطلب الثاني** سأتناول فيه الحديث عن صور جريمة البلطجة.

(١) ترى الباحثة أنه من الملائم والمناسب تحديد مدلول كل من هذين المصطلحين - فهما في النهاية لا يخرجان عما اعتاد الناس أن يطلقوا عليه تجاوزاً تعبير البلطجة - وذلك لغايات معرفة ماهية فلسفة المشرع الأردني من وضع مصطلح "الترويع" بجانب "التخويف"، وهل كان المشرع الأردني موقفاً باختيار هذين المصطلحين في التعبير عن أفعال البلطجة أم لا؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بد ابتداءً من تحديد مفهوم التخويف والترويع. **فالتخويف** لا يخرج عن مدلول التهديد، أي "الوعيد بشر"، أو بالأحرى زرع الخوف في النفس، وذلك بالضغط على إرادة إنسان وتخويفه من أن ضرراً ما سيلحقه أو سيلحق أشخاصاً أو أشياء له بها صلة مثل الاختطاف أو هتك العرض. ويُعدّ تخويفاً رفع سكين في وجه المجني عليه أو تهديده بحربة كانت مع الجاني أو إطلاق النار من سلاح لمجرد التهديد والتخويف. أما الترويع فيُقصد به أعلى درجات الخوف، فهو يخلق جواً عاماً أو شعوراً لدى المجني عليه بأنه يعيش في رعب وخطر دائمين. وإذا كان كل من التخويف والترويع يؤدي إلى الخوف، إلا أن الترويع يحدث خوفاً غريزياً أكثر عمقاً من التخويف أو التهديد. فالترويع له مفهوم فسيولوجي، بينما التخويف له مفهوم نفسي. وعليه، تجد الباحثة أن المشرع المصري كان موقفاً حينما وضع مصطلح "الترويع"، إلى جانب مصطلح "التخويف" تحت عنوان الباب السادس عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، والذي يستفاد من ذلك أن المشرع الأردني يكون قد أعطى للضغط على إرادة المجني عليه أكبر قدر من الانتساع، فهو لم يأخذ فقط بالخوف الذي يمارس على الجسم، بل أخذ كذلك بالخوف الذي يمارس على الذهن أو النفس. للمزيد لطفاً انظر نايل، إبراهيم عيد (١٩٩٥)، السياسة الجنائية في مواجهة الإرهاب بين القانون الفرنسي رقم ٨٦/١٠٢٠ والقانون المصري رقم ٩٧/١٩٩٢، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٨.

## المطلب الأول: التعريف بجريمة البلطجة

### أولاً: المدلول اللغوي لكلمة البلطجة

كلمة البُلطَجِيّ مفرد، جمعه: بُلطَجِيّون وبُلطَجِيّة وهو اسم منسوب إلى بُلطجة، وهو اسم مصدر بلطج، وهي تعني حالة من الفوضى والتخريب والخروج عن القانون، وبُلطج فعل من بُلطَجَ يُبَلطَج بُلطجةً فهو مُبَلطَج، وبُلطَجَ الشخص: أي اعتدى على الآخرين قهراً وبدون وجه حق، مرتكباً أعمالاً منافية للقانون والعرف. (١)

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن الباحثة لم تعثر على كلمة البُلطَجَة أو البُلطَجِيّ، في معاجم اللغة العربية، وإنما وردت كلمة (البُلطُ) بضم الباء وهي الحديدية التي يخرطُ بها الخِرَاطُ (٢)، وكلمة (البُلطَة) وهي الفأس التي يقطع بها الخشب، أو تستخدم في الذبح أو التقطيع. وقد وردت هذه الكلمة في معجم المنجد (٣) بأنه: " الشخص الذي يقطع الأشجار ويقوم الحصون إلى غير ذلك." (٤)

والبلطجة لفظ دارج في العامية ليس له أصل في اللغة العربية، ويعود أصله إلى اللغة التركية، وهي مشتقة من كلمة بُلطي. وتتكون كلمة بلطجي من مقطعين " بلطة " و " جي " ويقصد بها صاحب أو حامل البلطة، والبلطة كما هو معروف هي الأداة الحادة التي تستخدم لقطع الأشجار وتكسير الحطب وتعني العنف والقسوة والشدة. (٥)

وإذا كانت قواميس اللغة العربية لا تعرف كلمتي (بلطجي وبلطجة) فإن ذلك مؤداه أنهما من اشتقاقات اللغة العامية، وما يؤيد هذا ويؤكد أن اللغة العامية غنية بالألفاظ التي تنتهي بحرف الجيم والياء، فهذان الحرفان حينما تنتهي بهما كلمة ما فإنها تعبر عادة إما عن صاحب مهنة معينة، أو عن ممارسة الشخص لسلوك معين بإسراف، والمعنى الأول نجده في كلمات: مكوجي، سُفرجي، بوسطجي، قهوجي وغيره. أما المعنى الثاني فنجد في كلمة: خمورجي وعليه، فإن كلمة بلطجة تعني السلوك الذي يصدر عن شخص اتخذ من استخدام البلطة أو غيرها من الأسلحة وسيلة للاعتداء على الآخرين أو ابتزازهم بها.

وترى الباحثة أن مصطلح (البلطجي أو البلطجية) لم يكن قديماً يعني المفهوم الذي تعارف عليه الناس اليوم، وإنما أصبح له مدلول آخر وهو استخدام القوة والعنف ضد الآخرين لتحصيل مكاسب مادية. فقديماً كان من يحمل البلطة لتقطيع الأشجار يطلق عليه بالتركية "بلطجي"، وكانت هناك فرقة في الجيش العثماني يطلق عليها

(١) مروان عطية، معجم المعاني الجامع، موقع على شبكة الإنترنت <https://bit.ly/3urpRXi>، تاريخ الزيارة ٩ إبريل، ٢٠٢٢.

(٢) د. أنيس وآخرون (١٩٧٢)، المعجم الوسيط، موقع على شبكة الإنترنت <https://bit.ly/3xfUS28>، تاريخ الزيارة ٩ إبريل، ٢٠٢٢.

(٣) لويس معلوف، معجم المنجد في اللغة، طبع في بيروت، وطبعته الأولى في عام ١٩٠٨، ص ٢٧٤.

(٤) أبدي أحد أعضاء مجلس الشعب المصري أثناء مناقشة القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ اقتراحاً بحذف لفظ البلطجة من عنوان المشروع وقصرها على جريمة الترويع والتخويف فحسب، وذلك لعدم ورودها بالمعاجم اللغوية، إلا أن السيد رئيس المجلس الدكتور أحمد فتحي السرور أشار إلى ورودها في المعاجم اللغوية وأنها أصبحت اصطلاحاً دارجاً، وأن الجميع يفهم كلمة البلطجة. انظر: مناقشات القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨، مضبطة مجلس الشعب، الجلسة (٤٢)، ١٨-٢-١٩٩٨، ص ٣٠ - ٣٣.

(٥) القاضي، رامي متولي (٢٠١١)، المواجهة التشريعية والأمنية لظاهرة البلطجة في القانون المصري. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٤٥.

البلطجية نظراً لحملهم البلاطي، ومع مرّ العصور وانحلال الدولة العثمانية، انتشر الفساد بين جنود وفرق الجيش العثماني فصار يرمز للشخص الفاسد بالبلطجي نسبة إلى هذه الفرقة. (١)

### ثانياً: التعريف التشريعي للبلطجة

يعتبر المشرع المصري أول من تصدّى بالتجريم لجريمة البلطجة من خلال قانون العقوبات المصري (٢)، على الرغم من أنه لم يذكر تعريفاً للبلطجة وإنما ذكر صوراً لها في الفقرة الأولى من المادة (٣٧٥ مكرر) من قانون العقوبات المصري، واعتبر المشرع هذه الصور أفعال من قبيل البلطجة، فحصرها في استعمال القوة، أو التلويح بالعنف، أو التهديد بهما أو استخدامه، فقد عرّفها: " كل من قام بنفسه، أو بواسطة غيره باستعراض القوة، أو التلويح بالعنف، أو التهديد بأيهما، أو باستخدامه ضدّ المجني عليه، أو مع زوجه، أو مع أحد أصوله، أو فروعه، وذلك بقصد ترويعه، أو التخويف، وإلحاق أي أذى مادي، أو معنوي، أو الإضرار بممتلكاته، أو سلب ماله، أو الحصول على منفعة منه، أو التأثير في إرادته لفرض السطوة عليه، أو إرغامه على القيام بعمل، أو حمله على الامتناع عنه، أو تعطيل تنفيذ القوانين، أو التشريعات، أو مقاومة السلطات، أو منع تنفيذ الأحكام والأوامر، أو الإجراءات القضائية واجبة التنفيذ، أو تكدير الأمن أو السكينة العامة، متى كان من شأن ذلك الفعل أو التهديد إلقاء الرعب في نفس المجني عليه، أو تكدير أمنه أو سكينته أو طمأنينته، أو تعريض حياته أو سلامته للخطر، أو إلحاق الضرر بشيء من ممتلكاته، أو مصالحه، أو المساس بحريته الشخصية، أو شرفه أو اعتباره".

وتجدر الإشارة هنا - من خلال التعريف السابق - أن المشرع المصري نجح إلى حدّ ما في تحديد الأفعال الجرمية التي تعدّ من قبيل البلطجة، إذ حصرها في أفعال استعراض القوة أو التلويح بالعنف أو التهديد بهما، أو بالتعرّض لحرمة الحياة الخاصة. وعليه، تجد الباحثة أن المشرع المصري قصد من خلال نص المادة (٣٧٥ مكرر) من قانون العقوبات المصري بيان مفهوم البلطجة إجرائياً، وذلك من خلال الإحاطة بجميع صور الأفعال الإجرامية التي تندرج تحت مفهوم جرائم البلطجة وتأثيرها، وذلك تحقيقاً لأكبر قدر من الحماية لمصالح الأفراد. وهذا يقودنا إلى أن أي فعل إجرامي يتضمن صورة أخرى غير الواردة بالنص التشريعي، لا يندرج تحت مفهوم جريمة البلطجة مهما بلغت الأضرار الناجمة عنه، فتحديد المشرع لصور الأفعال الإجرامية للجريمة لا ينبغي القياس عليها أو التوسّع فيها.

وباستقراء المادة الأنف ذكرها يتضح -جلياً- أن فلسفة المشرع بالمصري بتجريم البلطجة تُجمل في أن المشرع المصري أراد بسط حماية ترمي إلى منع المساس الفعلي بالمصالح المشمولة بالحماية الجنائية. فقد

(١) المري، بهاء (٢٠٢١)، الوجيز في شرح البلطجة. القاهرة، المنصورة: مركز الأهرام للإصدارات القانونية، ص ٣٤.

(٢) ظهر مصطلح البلطجة والبلطجية في أحداث ثورة ٢٥ يناير عام ٢٠١١ ضدّ نظام الرئيس المصري السابق، ولقد حرص المشرع المصري على تجريم البلطجة بموجب القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨، حيث أضاف باباً جديداً إلى أبواب الكتاب الثالث من قانون العقوبات الخاص بالجنايات والجنح التي تحصل لأحد الناس (وهو الباب السادس عشر) المعنون بالترويع والتخويف (البلطجة) ويتكون من مادتين وهما: المادة (٣٧٥ مكرر) والمادة (٣٧٥ مكرر/أ).

استهدف المشرع حماية أفراد المجتمع في حياتهم وسلامة أجسامهم وحياتهم الشخصية وشرفهم وسلامة إرادتهم؛ من خطر الاعتداء عليها. كما استهدف المشرع تقاضي إلحاق الضرر بشيء من ممتلكات الأشخاص أو بمصالحهم المشروعة. (١)

وبناءً على ما تقدم، فإن الباحثة ترى أن جوهر البلطجة هو المجاهرة بالعنف، سواء أكان ذلك بإتيان العنف فعلاً بسلوك مادي ظاهر، أم كان عن طريق التهديد بالعنف، بهدف بثّ الخوف في نفس المجني عليه خاصة والمواطنين عامة، فبالعنف والتهديد يقوم الركن المادي لجريمة البلطجة تحقيقاً للأهداف سالفه البيان، وهذا ما يميّز جريمة البلطجة عن جرائم العنف الأخرى كالضرب والجرح والإتلاف التي ترمي إلى الانتقام من المجني عليه والمسّاس بالمصلحة المحميّة قانوناً بدون توافر قصد إشاعة الذعر والرعب والترهيب.

أما بالنسبة للتشريع الأردني فقد جرم البلطجة بموجب نص المادة (٤١٥ مكرر) (٢) التي نصت على ما يلي:

١. مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر:

أ. يعاقب بالحبس مدة لا تقلّ عن سنتين كل من قام بنفسه أو بواسطة غيره باستعراض القوة أمام شخص أو التلويح له بالعنف أو بتهديده باستخدام القوة أو العنف معه أو مع زوجه أو أصوله أو فروعه أو أقاربه حتى الدرجة الثالثة أو التهديد بالافتراء عليه أو على أي أحد منهم بما يُشينه أو بالتعرض لحرمة حياته أو حياة أي منهم الخاصة وذلك لترويع المجني عليه أو تخويله بإلحاق الأذى به بدنياً أو معنوياً أو هتك عرضه أو سلب ماله أو تحصيل منفعة منه أو التأثير في إرادته لفرض السطوة عليه أو لإرغامه على القيام بعمل أو لحمله على الامتناع عن عمل أو لتعطيل تنفيذ القوانين أو الأنظمة أو مقاومة تنفيذ الأحكام أو الإجراءات القضائية أو القانونية واجبة التنفيذ متى كان من شأن ذلك الفعل أو التهديد إلقاء الرعب في نفس المجني عليه أو تكدير أمنه أو سكينته أو طمأنينته أو تعريض حياته أو سلامته للخطر أو إلحاق الضرر بشيء من ممتلكاته أو مصالحه أو المساس بحريته الشخصية أو شرفه أو اعتباره أو بسلامة إرادته.

ب. وتكون العقوبة الحبس ثلاث سنوات إذا وقع الفعل أو التهديد من شخصين فأكثر أو وقع باصطحاب حيوان يثير الذعر أو بحمل سلاح أو آلة حادة أو عصا أو أي جسم صلب أو أداة كهربائية أو مادة حارقة أو كاوية أو غازية أو مخدرة أو منومة أو أية مادة أخرى ضارة.

٢. يضاعف كل من الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة المقررة لأي جنحة أخرى تقع بناء على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

٣. تكون العقوبة الأشغال المؤقتة مدة لا تقل عن عشر سنوات لأي جنحة أخرى تقع بناء على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

(١) القاضي، رامي متولي (٢٠١١)، المواجهة الأمنية والتشريعية لظاهرة البلطجة. مرجع سابق ص ١١٠.

(٢) من قانون العقوبات المعدل الأردني رقم (١٠) لسنة ٢٠٢٢.

٤. تكون العقوبة الإعدام إذا نتج عن الأفعال الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة قطع أو استئصال عضو أو بتر أحد الأطراف أو تعطيلها أو تعطيل إحدى الحواس عن العمل أو إحداث تشويه جسيم أو أية عاهة أخرى دائمة أو لها مظهر العاهة الدائمة أو موت إنسان.

٥. يعاقب المحرض والمتدخل بعقوبة الفاعل.

٦. لا يجوز استعمال الأسباب المخففة التقديرية في حال التكرار أو وقوع الفعل على مستمر.

وحسناً فعل المشرعان الأردني والمصري حينما قاما - بتجريم البلطجة - فقد أرادا بذلك بسط حماية وقائية للمجتمع، وهي حماية تهدف إلى منع المساس الفعلي بالمصالح والحقوق التي أضفى عليها القانون الحماية الجنائية، فقد استهدفا حماية الأفراد في حقهم في الحياة وسلامة الجسم والحرية، وكذلك حقهم في الشرف والاعتبار وسلامة الإرادة، وذلك من خطر الاعتداء عليها، كما استهدفا تحاشي إلحاق الضرر بشيء من ممتلكات الأشخاص أو مصالحهم المشروعة.

### المطلب الثاني: صور جريمة البلطجة

يقوم الركن المادي في جريمة البلطجة باتخاذ إحدى الصور التي نص عليها المشرع الأردني في قانون العقوبات في المادة (٤١٥ مكرر)، فقد أورد المشرع الأردني صوراً لجريمة للبلطجة على سبيل الحصر، مما يمتنع القياس عليه. وعليه، ستقوم الباحثة باستعراض هذه الصور الأربع وعلى النحو التالي:

#### ١. استعراض القوة أمام شخص كأحد صور السلوك في جريمة البلطجة

نص المشرع الأردني على توافر جريمة البلطجة في حالة استعراض الجاني القوة، أي إظهار القوة. (١) ويفترض فعل استعراض القوة صدور حركة عضوية إرادية من الجاني أمام المجني عليه. والقوة مرادفة لأعمال القهر والإرغام، وقد تكون باستخدام سلاحاً بطبيعته كالأسلحة النارية، أو سلاحاً بالتخصيص كالأسلحة البيضاء، والعلّة من ذلك أن رؤية السلاح في يد الجاني كفيل بإيقاع الرعب في نفس الغير وصرفه عن المقاومة، بل عن مجرد التفكير فيها. (٢)

ويستوي في هذا أن يستعرض الشخص القوة بنفسه أو بواسطة غيره، وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٤١٥ مكرر) من قانون العقوبات الأردني على أنه (...كل من قام بنفسه أو بواسطة غيره باستعراض القوة أمام شخص) (٣) وبالتالي يشترط في هذه الحالة توافر شروط المساهمة الجنائية التبعية بصورها سواء أكانت المساعدة

(١) القوة لغة: هي الطاقة على العمل، وهي مبعث النشاط والنمو والحركة، وهي في علم الاجتماع لها عدة معانٍ منها: السيطرة على الآخرين، والتحكم فيهم، والتدخل في حريتهم، وإجبارهم على العمل بطريقة معينة. للمزيد لطفاً انظر: العادلي، محمود مصطفى (١٩٩٩)، الوسيط في شرح جرائم البلطجة - في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء -، القاهرة، دار الأستاذ للمطبوعات القانونية، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) للمزيد لطفاً انظر قرار صلح جزاء عمان رقم ٤٧٧٥/١٤٢٢/٢٠٢٢.

(٣) لكن يلزم أن يقع استعراض القوة بالفعل، ويؤيد ذلك أن الشارع يعاقب كل من (قام) بنفسه أو بواسطة غيره باستعراض القوة... وكلمة (قام) فعل ماضي يدل على ضرورة وقوع الحدث بالفعل.

أم التحريض، مثال ذلك أن يستأجر الجاني مجموعة أشخاص لأجل ترويع المجني عليه، وتخويفه، وإجباره على التوقيع على شيك أو إيصال أمانة. أو أن يقوم الجاني بتحطيم سيارة أمام المجني عليه أو دفعها بقوة أمامه على نحو يدخل إليه الرعب أو الترويع، شريطة أن يكون هذا التحطيم يحتاج إلى قدر كبير من العنف، أو أن يقوم بسد طريق المجني عليه ورفع ذراعه لمنع خروجه منه، أو أن يقوم بإمساك زجاجات وتكسيورها أمام المجني عليه بهدف ترويعه. (١)

واستعراض القوة يُعدُّ الوسيلة التي اشترطها القانون لتجريم سلوك الجاني في هذه الصورة. فجريمة البلطجة لا تتحقق إذا لجأ الشخص إلى وسيلة لا تتطوي على استعراض للقوة، فلو خلع شاب مفتول العضلات ملابسه مثلاً أمام شخص آخر، فلا يُعدُّ استعراضاً للقوة ولو ترتب على ذلك تخويفه وترويعه. كما أن إمساكه بعصا في حد ذاته لا يُعدُّ كذلك استعراضاً للقوة ولو ترتب على ذلك ذات الأثر المذكور. فقد تطلب المشرع الأردني أن يكون من شأن استعراض القوة إلقاء الرعب في نفس المجني عليه أو تكدير أمنه أو سكينته أو طمأنينته أو تعريض حياته أو سلامته للخطر أو إلحاق الضرر بشي من ممتلكاته أو مصالحه أو المساس بحريته الشخصية أو شرفه أو اعتباره أو سلامة إرادته (٢).

وبهذا قضت محكمة صلح جزاء عمان الموقرة " وبتطبيق ذلك على واقعة الشكوى تجد المحكمة أن المشتكى عليه من ذوي الأسبقيات وبحقه عشرات الجرائم الماسة بالشرف والأخلاق كالسرقة والمقاومة ولخطورته على الأمن العام سبق وأن فرضت عليه الإقامة الجبرية ولعدد من المرات ولوحق أمام محاكم الصلح عن مخالفة قانون منع الجرائم ولعدد من المرات ولكن دون جدوى لعدم التزامه بشروط الإقامة وأنه يمتن البلطجة ويستعرض القوة في الحي الذي يتواجد فيه في منطقة الوحدات ويهدد باستخدامها ويقوم بخلق المشاكل مع الجيران والتعدي عليهم من خلال التهجم عليهم بالأدوات الحادة والراضة ويقوم غالبية السكان بتجنبه خوفاً منه ودفعاً لشربه عنهم .. وأن المشتكى عليه قام بانتهاك حرمة منزل والدة المشتكى حيث قام بالدخول إلى منزلها واضعاً على وجهه لثاماً، وهي امرأة طاعنة بالسن وبعد إعادته إلى منزل أهله قام المشتكى عليه ورداً لاعتباره على ضوء طرده وفي منتصف الليل وأثناء جلوس أولاد المشتكى وجيه أمام منزله بالحضور لمكان تواجدهم والتهجم عليهم وتهديدهم حاملاً على جنبه قطاعة وحاول ضربهم بواسطة القطاعة وبعد اخراجه من المنزل قام بالرجوع مرة أخرى ومعه أداة حادة بلطجة وقام بالتهجم عليه إلا أنه تم إبعاده عن طريق الجيران وحيث كانت غاية المشتكى عليه من استعراض القوة وتلويحه بالعنف والتهديد باستخدامه ترويع المشتكين وتخويفهم بالحق الأذى بهم وفرض السطوة عليهم وهو

(١) ولقد جاء في الأعمال التحضيرية بشأن استعراض القوة أن رئيس مجلس الشعب (الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور) تساءل عن معنى استعراض القوة أو العنف الذي يحدث في القضايا التي أماناً أن شخصاً يأتي يتوعد شخصاً أو أشخاصاً من غير أن يقترب منهم ولكن جهازاً يبدأ في استعراض قوته العضلية ... وقد أجاب السيد المستشار وزير العدل: "كأن يحطم السيارة، لم أتعرض لك وإنما استعرض قوة أمامك أو معه زجاجات لا يقوم باستخدامها في الضرب ولكن يمسك بها ويكسرها". انظر: مضبطة مجلس الشعب - الجلسة الثانية والأربعون - من دور الانعقاد العادي الثالث - المنعقدة يوم ١٨/٢/١٩٩٨ - ص ٢٠.

(٢) سلامة، مأمون، إجرام العنف (١٩٧٤). مجلة القانون والاقتصاد، ٤٤ (٢)، ص ٢٦٥.

ما تحقق فعلا حيث تقدم المشتكون بشكواهم بسبب شعورهم بالرعب وحيث قارف المشتكى عليه السلوك المجرم في صورة استعراض القوة والتلويح بالعنف والتهديد باستخدامه وإبرادة حرية واعية ومدركة بغية ترويع المشتكين وتخويفهم بإلحاق الأذى به وفرض السطوة عليهم إنما يشكل بالتطبيق القانوني كافة أركان وعناصر الجرم المسند إليه الأمر الذي يقتضي معه على المحكمة إدانته به".<sup>(١)</sup>

**ولكن يُطرح التساؤل الآتي: هل يندرج في مفهوم استعراض القوة السيطرة على الأحداث الطبيعية أو سلوك الحيوانات؟**

نبادر بالإيجاب فمتى كان في مكنة الجاني السيطرة على القوة الطبيعية، أو سلوك بعض الحيوانات وتسخيرها لبثّ الفرع لدى الغير، فهي تندرج تحت الحركة العضوية الإرادية.<sup>(٢)</sup> ودليل ذلك أن المشرع الأردني نص في الفقرة (ب) من المادة (٤١٥ مكرر) من قانون العقوبات الأردني على " وتكون العقوبة الحبس ثلاث سنوات إذا وقع الفعل أو التهديد من شخصين فأكثر، أو وقع باصطحاب حيوان يثير الذعر.."، واعتبرها المشرع من الظروف المشددة للعقوبة. والبحث فيما إذا كان الفعل ينطوي على استعراض القوة من عدمه مسألة موضوعية تستأثر بها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها من محكمة التمييز ما دام جاء استنتاجها سائغا.

## ٢. التلويح بالعنف كأحد صور السلوك الإجرامي في جريمة البلطجة

الصورة الثانية من صور السلوك المؤثم في نص المادة (٤١٥ مكرر) هي تلويح أي تهديد الجاني للمجني عليه باستخدام القوة ضده على نحو يدخل الرعب والترويع إلى نفسه، ومثال ذلك أن يكون مع الجاني زجاجة لا يقوم باستخدامها - وإلا كنا أمام استعراض للقوة - بل يمسك بها ويلوح بإمكانية استخدامها في إصابته.<sup>(٣)</sup>

ويُقصد بالتلويح لغةً إظهار الشيء، أما العنف لغةً فيقصد به الشدة والقسوة، والمقصود بالعنف أي فعل يكون مقترناً باستعمال القوة البدنية الموجهة ضد مادة الجسم ذاتها.<sup>(٤)</sup> والعنف بشكل عام صورة من صور الضغط على إرادة المجني عليه لفرض توجهه أو موقف معين، فهو إجبار غير جائز.

وقد يتبلور العنف في شكل ضرر مادي كالقتل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة، وقد تأخذ شكلا معنويا كالاغتداء على قدرة المجني عليه في الحركة أو التصرف كما يشاء، كإحكام ربط المجني عليه في مقعد مما يؤدي إلى فقد قدرته على تحريك رأسه والالتفات كما يشاء.

(١) للمزيد لطفا انظر قرار محكمة صلح جزاء عمان رقم ٢٠٢٢/١٣٩٠٥.

(٢) نايل، إبراهيم عيد، جريمة الترويع والتخويف، دراسة تحليلية لأحكام المادتين (٣٧٥ مكرر، و٣٧٥ مكرر/أ) من قانون العقوبات مضافتان بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨ (٢٠٠٠). مصر، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٢٤.

(٣) للمزيد لطفا انظر قرار صلح جزاء عمان رقم ٢٠٢٠/١٣٩٠٥.

(٤) الشوا، محمد سامي (١٩٨٦)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص ٣٤٩.

وقد يتحقق العنف بواسطة سلوك مباشر صادر عن الجاني كالضرب، أو عن طريق سلوك غير مباشر كتسليط القوى الكهربائية أو حبس الشخص في مكان معين، أو منع وسائل معينة ضرورية ولازمة للمجني عليه للحركة، ومثال ذلك إتلاف كرسي متنقل آلياً لشخص مشلول، أو حرمان أعمى من عصاه أو كلبه لمنعه من الحركة. ويتحقق الركن المادي بمجرد تلويح الجاني باستخدام العنف؛ أي التلويح ضد آخرين غير حاضرين. ويستوي لدى القانون أن يكون التلويح بالعنف وترويع المجني عليهم قد تم باستخدام إشارات أو إيماءات أو بالسير خلفه وتعقبه بقصد تخويله أو للاستيلاء على أمواله.

وهنا كذلك لا يلزم أن يقع التلويح بالعنف من الجاني مباشرة، إنما يجوز أن يقع بواسطة غيره مثل رجل النفوذ الذي يطلب من حارسه الخصوصي مثلاً أن يقوم بالتلويح باستخدام العنف ضد المجني عليه ويكون غرضه ترويعه وتخويله لإرغامه على القيام بأمر لا يلزمه به القانون. ويلزم أن يكون من شأن التلويح بالعنف إلقاء الرعب في نفس المجني عليه أو تكدير أمنه أو سكينته أو طمأنينته أو تعريض حياته أو سلامته للخطر، وتقدير ما إذا كان الفعل يعد تلويحاً للمجني عليه بالعنف من عدمه فيُعدُّ من المسائل الموضوعية التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع حسب ظروف وملابسات الواقعة.

### ٣. التهديد باستخدام العنف أو القوة كأحد صور السلوك في جريمة البلطجة

يُقصد بالتهديد قيام الجاني بتوجيه وعيد أو إنذار بشرّ إلى شخص ما <sup>(١)</sup> والتهديد ليس مجرد فكرة، وإنما هو تعبير خارجي يقع بالكتابة أو الأقوال أو الأفعال أو الصور والرسوم، وهو يمثل مساساً بإرادة المجني عليه دون أن يعدهما كلياً. وقد حددت المادة (٤١٥ مكرر، عقوبات) محل التهديد بأنه " **التهديد باستخدام القوة أو العنف.**"

ويتميّز جانب من الفقه الجنائي <sup>(٢)</sup> بين التهديد والعنف، فالعنف يخلف آثاراً جسمانية ومن ثم فهو ينطوي على ضرر محقق، بينما التهديد ينقصه الضرر الجسماني، ومن ثم فهو ينطوي على ضرر مستقبلي .

ومن ناحية ثانية يضيف الفقه الجنائي <sup>(٣)</sup> " إلى أن العنف يرتب أثره دون تدخل من جانب العقل حيث يمكن مباشرة العنف على شخص نائم أو فاقد الوعي عن طريق الضرب أو الجرح أو القتل، بيد أن التهديد لا يرتب أثره إلا بواسطة العقل، لذا يستحيل تهديد شخص نائم أو فاقد الوعي.

ويستوي لدى القانون الأردني أن يقع التهديد باستخدام القوة أو العنف على المجني عليه نفسه، أو أن يمتد إلى عائلته كزوج، أو أحد من أصوله أو فروعه، أو علاقة قرابة أو صداقة أو زمالة. وينبغي على أي حال أن تكون

(١) حسني، محمود نجيب (١٩٨٨). شرح قانون الإجراءات الجنائية. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. ص ٩٨١.

(٢) سلامة، مأمون، إجرام العنف، مرجع سابق، ص ٢٧٢ وما بعدها.

(٣) حسني، محمود نجيب (١٩٨٨)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٩٨١.



هذه الرابطة من الظهور بحيث يكون التهديد مصدرا للخوف والقلق حقيقة عند من وجه إليه. <sup>(1)</sup> وعلة تجريم هذه الصورة من صور البلطجة، أنها تتال بالاعتداء على حق المجني عليه في الشعور بالأمن والهدوء النفسي، فإذا اقترن التهديد بطلب أو تكليف بأمر فإن الاعتداء يمس حرية الإرادة أيضا، إذ يجوز أن يستجيب المجني عليه إلى ما لم يكن يقبله لو كانت إرادته حرة. <sup>(2)</sup>

**وبهذا قضت محكمة بداية عمان بصفتها الاستثنائية :** وبإسقاط هذه الأركان على ما ثبت من الوقائع نجد أن ما قام به المشتكى عليه من أفعال تمثلت بقيامه بالدخول إلى منزل والدة المشتكي وجيه وهي امرأة طاعنة في السن ومن ثم حضوره في منتصف الليل أمام منزل المشتكي وجيه حيث كان يجلس أولاده والتهم عليهم وتهديدهم ومحاولة ضربهم بالقطاعة التي كان يحملها على جنبه وقيامه بالحضور إلى منزل المشتكي عثمان الكائن في منطقة الوحدات وبعد إخراجها عاد ومعه أداة حادة بلطة ولحاقه بابن المشتكي عثمان المدعو (وائل) والتهم عليه لولا تدخل الجيران وإبعاده مع علمه بأن من شأن أفعاله ترويع المشتكين وتخويفهم بإلحاق الأذى بهم بالنظر للأداة التي يحملها ويهددهم بها لأجل فرض سطوته عليهم مما أدى لإرعاب المشتكين وسلب الأمنين راحتهم ولشعورهم بالخوف والرعب تقدموا بالشكوى بحيث تحقق بفعله إحدى الصور التي حددتها المادة ١٥/١/أ مكرر من قانون العقوبات وهي استعراض القوة والتلويح بالعنف والتهديد باستخدامه مع علمه بخطورة فعله وأن من شأنه إرعاب المشتكين وتخويفهم بإلحاق الأذى بهم وفرض السطوة عليهم واتجاه إرادته لذلك بغية تحقيق هذه النتيجة لتشكل كافة أركان وعناصر جرم استعراض القوة أو التلويح بالعنف أو التهديد خلافاً لأحكام المادة ١٥/١/أ مكرر من قانون العقوبات مما يستدعي إدانته بهذا الجرم وحيث خلصت محكمة الدرجة الأولى لذات النتيجة فإن قرارها واقعاً

<sup>(1)</sup> ..) وإذا حكم بأنه لا يعدُّ تهديداً أن يرسل موظف بمصلحة التلغراف خطاباً إلى وكيل وزارة الخارجية ومدير عام التلغراف بالقتل ثم بالانتحار إذا لم ينظر في أمره. كما قرر قاضي الإحالة بأن لا وجه لإقامة الدعوى في قضية من أرسل خطاباً إلى شخص متزوج بوجود علاقة أئمة بين زوجته وأحد الأشخاص. وبأنه إذا لم يرجع الأخير عن سيرته السيئة فلا بد من قتله. وجلي القول أنه في صورتين معا لا محل للقول بأن التهديد يمكن أن يحدث أي دعر أو قلق عند من وجه إليه، لأنه يتضمن التلويح بالاعتداء على أشخاص لا يعنيه أمرهم من قريب أو من بعيد، في حين يعدُّ تهديداً حين تتم بتهديد مفتش هندسة السكك الحديدية بارتكاب جرائم بالتعرض للقطارات وانتزاع قضبان السكك الحديدية، لأن ذلك يترتب عليه إزعاجه. وقد يكون الشخص المقصود بالتهديد معينا تعيينا صريحا، وقد لا يكون كذلك، وتقوم الجريمة متى أمكن استنتاجه من الظروف، وتقدير ذلك بداهة من الأمور الموضوعية). لظفا انظر نقض بجلسة ١٧/١٢/١٩١٠، لسنة ١٢ عدد ١٨، مجموعة القواعد القانونية، ص ٢٣٥. هذا الحكم تمت الإشارة إليه في عبد القادر، نامر أحمد عبد الحميد (٢٠٠٥)، الحماية الجنائية من جرائم الضرب والعنف (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٠٣.

<sup>(2)</sup> يختلف العنف عن التهديد، فالعنف يفترض علاقة بين حركة جسدية للجاني وبين ضرر جسماني تحقق في المجني عليه. أما التهديد فهو ليس عنفاً، باعتبار أن سلوك الجاني لا يتبلور في شكل ضرر مادي جسماني للمجني عليه وإلا اعتبر عنفاً. فالتهديد يترتب نتيجة معنوية تتمثل في الضغط على إرادة من بوشر عليه دون أن يعدمها كلياً. فالتهديد في حقيقته مختلف عن العنف لاختلافهما الجوهرية في موضع النتيجة التي تحققت عنهما. وذلك أن العنف وإن تحقق عنه إكراه الإرادة، إلا أن هذا الإكراه ليس هو النتيجة المعنية بالعنف التي على ضوئها يتوافر. فقد لا يتحقق الإكراه ومع ذلك يقوم العنف بتحقيق الضرر الجسماني بالمجني عليه. فإذا كان موضوع النتيجة في التهديد هو الإرادة، ففي العنف هو جسم المجني عليه سواء في ذلك أعضائه الداخلية أو الخارجية أو كان في حركته الإرادية. والتهديد غالباً ما يكون تهديداً بالعنف، وهو على عكس العنف ينقصه الضرر الجسماني، فليست له آثار جسمانية، ومن ثم فهو - أي التهديد - يشير إلى ضرر مستقبل حتى لو كانت قد استخدمت فيه القوة البدنية للتعبير عنه، طالما أن طرف علاقة العنف الآخر غير موجود، ألا وهو الضرر الجسدي أو الجسماني. للمزيد لظفا انظر الدكتور سلامة، مأمون، إجرام العنف. المرجع السابق ص ٢٧٢ وما بعدها.

في محله وأسباب الاستئناف لا تنال منه من حيث الإدانة إلا أنه ولكون المستأنف شاب في مقتبل العمر ولمنحه الفرصة لتصويب سلوكه والعودة إلى جادة الصواب فإن القرار يستوجب الفسخ من حيث العقوبة. (١)

وبهذا أيضا قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها " إن المادة (٣٢٧) من قانون العقوبات المصري نصت على عقاب من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس والمال - إذا كان التهديد مصحوبا بطلب أو بتكليف بأمر - لم توجب بصيغتها العامة أن تكون عبارة التهديد دالة بذاتها على أن الجاني سوف يقوم بنفسه بارتكاب الجريمة إذا لم يُجب إلى طلبه، بل يكفي أن يكون الجاني قد وجه التهديد كتابة إلى المجني وهو يدرك أثره من حيث إيقاع الرعب في نفسه وأنه يريد تحقيق ذلك الأمر، بما قد يترتب عليه أن يذعن المجني عليه راغما إلى إجابة الطلب بغض النظر عما إذا كان الجاني قد قصد إلى تنفيذ التهديد فعلا ومن غير حاجة إلى تعرف الأثر الفعلي الذي أحدثته التهديد في نفس المجني عليه ولا عبرة بعد ذلك بالأسلوب أو القالب الذي تصاغ فيه عبارات التهديد متى كان المفهوم منها أن الجاني قصد ترويع المجني عليه وحمله على أداء ما هو مطلوب. " (٢)

وإذا كان المشرع قد ساوى بين استعراض القوة والتلويح بالعنف والتهديد باستخدامها. إلا أن الفقه الجنائي يميز بين استعمال القوة والعنف من ناحية والتهديد بهما من ناحية أخرى، فاستعراض القوة أو التلويح بالعنف يجب أن يقع على المجني عليه مباشرة أو في حضوره، في حين أن التهديد يمكن أن يتحقق على نحو غير مباشر كأن يتم بواسطة خطاب أو رسالة أو مكالمة تليفونية تتطوي على هذا المعنى.

٤. التهديد بالافتراء على المجني عليه أو زوجه أو أحد من أصوله أو فروعه بما يشينه أو التعرض لحرمة حياته أو حياة أي منهم الخاصة.

أ. التهديد بالافتراء على المجني عليه بما يشينه

الافتراء لغة: يأتي من "الفرية" وهي تعني من الإطار اللغوي "الكذب" وجاء في التنزيل العزيز، قال تعالى: (قالوا يا مريم لقد جننت شنا فرياً). (٣)

والمقصود بالافتراء هو التهديد بالادعاء كذبا على شخص أو بالأحرى التهديد باختلاق أمور تمس سمعة المجني عليه أو زوجه أو أحد من أصوله أو فروعه. ويكون التهديد بالافتراء بما يشين المجني عليه أو أحد ممن نكروا بالنص بإسناد واقعة من شأنها الهبوط من مكانتهم الاجتماعية، وهي واقعة - لو صحّت - لاستوجبت عقاب المجني عليه أو أن يكون من شأنها احتقاره عند أهل وطنه.

(١) للمزيد لطفا انظر قرار محكمة البداية بصفتها الاستئنافية رقم ٢٠٢٢/٢١٢٣

(٢) (١١/١٧) / ١٩٧٤م أحكام النقض س ٢٥ ق ١٦١ ص ٧٤٦، هذا الحكم تمت الإشارة إليه في كتاب العادلي، محمود صالح (١٩٩٩)، الوسيط في شرح جرائم البلطجة طبقا للقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٤.

(٣) سورة مريم، الآية (٢٧).

وقد أردف المشرع الأردني - ومن قبله المشرع المصري - " التهديد بالافتراء عليه أو على أي أحد منهم بما يشينه "، وتعبير ما يشينه تعبير واسع يندرج تحته ما يندرج في جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار، ولذا يبدو أن العلة من تجريم هذه الصورة من صور الترويع (البلطجة)، هي حماية المكانة التي يحتلها أي شخص في المجتمع، وحقه في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة، فالمقصود بالشرف والاعتبار " المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة." أي أن يُعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية".<sup>(١)</sup>

لذلك تتجسد هذه الصورة من صور البلطجة على سبيل المثال، في محاولة الجاني الحط من قدر شخص المجني عليه، أو خدش سمعته لدى الغير بادعائه على خلاف الحقيقة بأنه مرتشي أو مختلس أو زانٍ أو مصاب بأمراض معدية كالإيدز، أو بأنه قاضٍ يجمع بين القضاء وبين المحاماة، أو أنه كافر، أو أن زوجته امرأة فاسقة. ونلاحظ أن المشرع المصري اكتفى بمجرد التهديد بالافتراء " بما يشين المجني عليه "، أما إذا قام المجني عليه بتنفيذ تهديده بالافتراء بالفعل، فإنه قد يُسأل عن جريمة قذف إذا توافرت أركانها.<sup>(٢)</sup>

وبهذا تورد الباحثة بعضا مما قضت به محكمة النقض المصرية من أحكام لها في جريمة البلطجة وذلك لعدم توافر أحكاما لمحكمة التمييز الأردنية نظرا لحدثة تجريم جريمة البلطجة. قضت محكمة النقض المصرية " من المقرر أن مجرد تقديم شكوى في حق شخص إلى جهات الاختصاص وإسناد وقائع معينة إليه، لا يعد قذفاً معاقباً ما دام القصد منه لم يكن إلا للتبليغ عن هذه الوقائع، لا مجرد التشهير للنيل منه، وأن استخلاص توفّر ذلك القصد أو انتقائه من وقائع الدعوى وظروفها من اختصاص محكمة الموضوع دون معقب في ذلك مادام موجب هذه الوقائع والظروف لا يتنافر عقلا مع هذا الاستنتاج."<sup>(٣)</sup>

**وقضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها " أن التبليغ عن الجرائم حق بل واجب على الناس كافة فلا يجوز العقاب عليه إلا إذا كان مقروناً بالكذب وسوء النية، أو إذا كان المقصود منه جعله علنياً لمجرد التشهير**

(١) الشوا، محمد سامي (٢٠٠٢). جرائم البلطجة. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ص ٤١.

(٢) ذهب رأي في الفقه إلى القول بأنه في الحالة التي يُنفذ فيها الجاني تهديده بالافتراء، وقام بالفعل بإسناد ما يشين المجني عليه أو زوجه أو...، وتوافرت أركان جريمة القذف، فإنه سوف يسأل بموجب نص المادة ٣٠٣ من قانون العقوبات، أي الحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيهًا ولا تزيد عن مائتي جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، في حين لو وقف الأمر عند حدّ التهديد بالافتراء، فإنه سوف يسأل بموجب نص المادة (٣٧٥) مكرر من قانون العقوبات المصري، أي الحبس مدة لا تقل عن سنة. والحبس هنا عقوبة وجوبية، بينما هو عقوبة تخييرية في المادة ٣٠٣ عقوبات، ووصف هذه النتيجة بالشذوذ والغرابة، والواقع نحن لا نشاطر هذا الرأي فيما انتهى إليه، وحجتنا في ذلك أن القذف في جميع حالاته جريمة عمدية، ولذلك يتخذ ركنه المعنوي صورة «القصد الجنائي»، وقد استقر القضاء على اعتبار القصد المتطلب في القذف هو القصد العام، بينما يلزم في جريمة الترويع والتخويف قصد جنائي خاص، قوامه ضرورة اتجاه إرادة الجاني إلى غاية محددة، وهي ترويع المجني عليه أو تخويفه بالحق الأذى به ببنيا أو معنويا... ومن المعلوم أن القصد الخاص قد يكون مؤثرا في تحديد مقدار العقاب نظرا لما يعكسه من خطورة إجرامية كامنة في نفس المجرم. راجع في ذلك د. إبراهيم عبد نايل، مرجع سابق، هامش ٢ ص ٣١.

(٣) ١٩٧٩/٤/١٥ أحكام النقض س ٣٠ ق ١٠١، ص ٤٨١، ٢٩/١١/١٩٧١م س ٢٢ ق ١٦٢، ص ٦٦٩. هذه الأحكام تم الإشارة إليها أبو العلا، سعيد محروس (٢٠٠٦)، جرائم البلطجة، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة.

بالمُبلِّغ في حقه، فإذا كان الحكم قد أَدان المتهم بالكذب في حق المجني عليه وعائلته في بلاغ نُسب إليه فيه، أنه يدير منزلاً للدعارة السرية، وأن زوجته مشبوهة، مستنداً في ذلك إلى أن الشاهد الذي سأل البوليس في هذا البلاغ كذب مُقدمه فحفظ بلاغه، وإلى أن التحقيق الذي يحصل أمام البوليس وتسمع فيه شهود يعتبر علنياً لأنه يكون قاصراً لعدم استظهار أن المتهم إنما كان يقصد ببلاغه التشهير بالمُبلِّغ في حقه. (١)

**وقضت أيضاً في حكم آخر لها " لا ضرورة لكي تنطبق المادة ٢٨٤ عقوبات أن يبين المهدد للمجني عليه الأمور الشائنة التي يريد إفساءها، بل إن مجرد التلميح بها يكفي لتوقيع العقاب، ولا ضرورة أن تذكر المحكمة في الحكم الذي يصدر بالعقوبة في جريمة تهديد الأمور الشائنة التي هدد المتهم المجني عليه بها، لأن هذه المسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها. (٢)**

### ب. التهديد بالتعرض لحرمة الحياة الخاصة

كما تتحقق هذه الصورة من صور السلوك المؤثم، بتهديد الجاني بالتعرض لحرمة الحياة الخاصة (٣) للمجني عليه، أو الحياة الخاصة لزوجه أو أحد من أصوله أو فروعه، مثال تلك التهديد بالتصت على المحادثات التلفونية أو الاطلاع على المراسلات الخاصة، أو التهديد بنشر صورة التقطت للمجني عليه، أو لأحد ممن ذكروا بالنص، وهو في مكان خاص، وكان في وضع يخجل من إطلاع الغير عليه. وهنا يلزم أن يكون من شأن التهديد، التعرض لحرمة حياة المجني عليه أو لأحد ممن ذكروا بالنص، وذلك بإلقاء الرعب في نفس المجني عليه أو تكدير أمنه أو سكينته أو طمأنينته، وتقدير ذلك يترك لقاضي الموضوع حسب ظروف وملابسات الواقعة باعتبار ذلك من المسائل الموضوعية.

وتأكيداً لما سبق، فلقد حرص كل من الدستور الأردني والدستور المصري على كفالة حق المواطن في حرمة حياته الخاصة، وذلك حينما نصا على هذا الحق في المادة (٧) منه التي نصت " ١. الحرية الشخصية مصونة، ٢. كل اعتداء على الحقوق والحريات العامة أو حرمة الحياة الخاصة للأردنيين جريمة يعاقب عليها القانون." والدستور المصري في المادة (٥٧) منه التي نصت " للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تُمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مُستب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها

(١) ١٨/١١/١٩٤٨، مجموعة القواعد القانونية، ج٨، ق ٩٨٢، ص ٦٤٤.

(٢) ١٨/١١/١٩٤٨، مجموعة القواعد القانونية، ج٨، ق ٩٨٢، ص ٦٤٤.

(٣) ويقصد بالحياة الخاصة: " سلطة الشخص في إسدال الستار على وقائع، لجانب من الحياة، استودعها المشرع وعاء الأسرار، ليعصمها من فضول الأعيان، شريطة ألا يكون هناك ما يبيح انتهاكها." ومن مظاهر الحياة الخاصة نذكر على سبيل المثال: حرية المسكن، سرية المراسلات، الحق في الصورة. للمزيد لطفاً انظر: حسان، أحمد محمد (٢٠٠١)، حماية الحياة الخاصة في العلاقة بين الدول والأفراد " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، ص ٣٦.

القانون. كما تلتزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها، ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها، بشكل تعسفي، وينظم القانون ذلك."

ومن خلال استقراء النصين السابقين ترى الباحثة أن المشرعين الأردني والمصري قد سارعا إلى ترجمة تصوّر المشرع الدستوري لحماية حرمة الحياة الخاصة، فتصديًا لإدخال بعض صور الاعتداء على الحياة الخاصة في دائرة التجريم والعقاب، من خلال توفير حماية وقائية لها من خلال نصي المادة (٤١٥ مكرر، عقوبات أردني) والمادة (٣٧٥ مكرر، عقوبات مصري). إذ اعتبرا أن مجرد التهديد بالتعرض للحياة الخاصة صورة من صور البلطجة التي تستوجب الجزاء الجنائي لهذه الجريمة.

وترى الباحثة أن المشرع الأردني حسناً فعل حينما قام باستكمال حلقات الحماية الجنائية للحياة الخاصة للمجني عليه حينما نصّ عليها صراحة في المادة (٧٥/أ) من قانون الاتصالات الأردني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥ التي نصت " كل من أقدم بأي وسيلة من وسائل الاتصالات، على توجيه رسائل تهديد أو إهانة أو رسائل منافية للآداب أو نقل خبراً مختللاً بقصد إثارة الفزع، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تقل عن (٣٠٠) دينار ولا تزيد على (٢٠٠٠) دينار، أو بكلتا هاتين العقوبتين).

وبعد انتهاء الباحثة من استعراض صور السلوك الإجرامي لجريمة البلطجة، نطرح التساؤل الآتي: هل تطّلب المشرع الأردني توافر صفة خاصة في الجاني أو المجني عليه في جريمة البلطجة؟ وما هو مدلوله أو معياره؟ باستقراء نص المادة (٤١٥ مكرر، عقوبات) نرى أن النص جاء بصفة العمومية حين نص على " كل من قام بنفسه أو بواسطة غيره باستعراض القوة..."، وهذا يدل على أن المشرع الجنائي لم يتطلب توافر صفة خاصة في الجاني أو المجني عليه، فقد يكون أردنياً أو مصرياً أو أجنبياً موجوداً على الإقليم الأردني، وقام باستعراض القوة أمام المجني عليه لترويعه وتخويفه أو لحمله على القيام بأمر لا يلزمه به القانون.

أما عن مدلول أو معيار المجني عليه

استعرض السيد المستشار وزير العدل - أثناء مناقشات قانون البلطجة رقم (١) لسنة ١٩٩٨ - مدلول المجني عليه في جريمة البلطجة، وهل معيار ذلك هو معيار الشخص المعتاد في مثل ظروف المجني عليه أم غير ذلك؟ فإن كان الرعب قد وقع على طفل أو شخص كهل أو امرأة، فإن القاضي سوف يقدر المسألة وفقاً لتقدير الشخص المعتاد في مثل ظروفه .

ويرى جانب من الفقه<sup>(١)</sup> - وبحق - بأن معيار الشخص المعتاد يكون بالنسبة للجاني في جرائم الخطأ، وهو ما لا يتحقق في جريمة البلطجة بالنظر إلى اعتبارها جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد أو العمد، ومن ثم يجب عند تقدير حدوث الترويع أو التخويف من عدمه أن ينظر إلى ما حدث للمجني عليه نفسه، وهي

(١) نايل، إبراهيم عيد، جريمة الترويع، مرجع سابق، ص ٣٦.

مسألة تختلف من شخص لآخر، فاستعراض القوة قد يحدث أثره أمام طفل أو كهل، ولا يتحقق أمام شاب قوي البنية. ويستشهد هذا الاتجاه بما ورد في نص المادة (٤١٥ مكرر، عقوبات أردني) (٣٧٥ مكررة، عقوبات مصري)، في أنهما قد حددتا مدلول المجني عليه في جريمة البلطجة وفق معيار ذاتي أو شخصي، حيث أشارت صياغة المادتين المذكورتين أن العبرة بما يحدث للمجني عليه نفسه دون غيره، فقد نصت المادتين سالفتي الذكر إلى أن: " ... استعراض القوة أو التلويح بالعنف ... وذلك بقصد ترويعه... متى كان من شأن ذلك الفعل أو التهديد بإلقاء الرعب في نفس المجني عليه...". فعبارات نص المادتين لا تحتملان الشك أو التأويل، فهما صريحتان في أن العبرة هو ما يحدث (للمجني عليه نفسه) وليس غيره، ولو كان الأمر غير ذلك لذكر المشرع مثلاً أن يترتب على الأفعال المذكورة " ترويع الناس أو تخويفهم... " وهو ما لم يحدث عند صياغة النصين المذكورين. (١)

## المبحث الثاني

### ماهية الظروف المشددة للعقاب في جريمة البلطجة

يُقصد بظروف الجريمة عناصر عرضية قد تلحق بالجريمة بعد اكتمال بنائها القانوني، ويترتب عليها التأثير في جسامه هذه الجريمة، أو التعديل في قدر العقاب المقدر لها. وقد نصّ المشرع الأردني في الفقرة (ب) من المادة (٤١٥ مكرر، عقوبات) على عدة ظروف تشدد العقاب على جريمة الترويع والتخويف " البلطجة "، وقد نصت على " .. وتكون العقوبة الحبس ثلاث سنوات إذا وقع الفعل أو التهديد من شخصين فأكثر أو وقع باصطحاب حيوان يثير الذعر أو يحمل سلاحاً أو آلة حادة أو عصا أو أي جسم صلب أو أداة كهربائية أو مادة حارقة أو كاوية أو غازية أو مخدرة أو منومة أو أية مادة أخرى".

٢. يضاعف كل من الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة المقررة لأي جنحة أخرى تقع بناء على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

٣. تكون العقوبة الأشغال المؤقتة مدة لا تقل عن عشر سنوات لأي جنابة أخرى تقع بناء على ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة.

٤. تكون العقوبة الإعدام إذا نتج عن الأفعال الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة قطع أو استئصال عضو أو بتر أحد الأطراف أو تعطيلها أو تعطيل إحدى الحواس عن العمل أو إحداث تشويه جسيم أو أية عاهة أخرى دائمة أو لها مظهر العاهة الدائمة أو موت إنسان.

(١) المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

وباستقراء المواد السالف ذكرها، ترى الباحثة أن المشرع الأردني يُصنّف أسباب تشديد العقوبة في جريمة البلطجة إلى ظروف تتصرف إلى كيفية ارتكاب الجريمة، ويشمل " اصطحاب حيوان يثير الذعر، واستعمال آلات أو مواد معينة. والتشديد الذي يرجع إلى صفة مرتبطة بالجاني ويشمل تعدد الجناة. وعليه، ستقوم الباحثة بتقسيم هذا المطلب إلى مطلبين، سيتضمن المطلب الأول بيان الظروف المتعلقة بالجاني. وسيتضمن المطلب الثاني بيان الظروف المتصلة بكيفية ارتكاب الجريمة.

## المطلب الأول: الظروف المتعلقة بالجاني

### ١. تعدد الجناة

عبر المشرع الأردني عن جريمة " البلطجة " المقترن بها هذا الظرف في قوله " إذا وقع الفعل أو التهديد من شخصين فأكثر..". وهذا الظرف المشدد في هذه الحالة يقوم على عنصر وحيد وهو تعدد مرتكبي جريمة البلطجة. <sup>(١)</sup> والحكمة من التشديد ترجع إلى أن التعدد يستلزم عادة تقسيم العمل وتوزيع الأدوار بين الجناة، فتصبح الجريمة بالنسبة لهم أكثر إحكاماً وأيسر تنفيذاً، وهو فضلاً عن ذلك يجعل الجناة أكثر أمناً وأشدّ جرأة واستعداداً لاستعمال العنف، ويجعل المجني عليه أشدّ عرضة للخطر وأضعف أملاً في النجاة وأكثر ميلاً للإذعان. <sup>(٢)</sup>

ويتحقق التعدد إذا وقعت جريمة "البلطجة" من شخصين فأكثر. فلا يكفي لقيام هذا الظرف أن يوجد جمع من البلطجية في مكان، بل يجب أن يكون بينهم رباط معنوي يتحقق به معنى المساهمة من جانبهم في الجريمة، فإذا اجتمع بلطجيان عرضاً في لحظة واحدة في مكان الجريمة، وكان كل منهما يرتكب جريمة البلطجة تنفيذاً لخطّة إجرامية مستقلة عن خطة صاحبه، فإن التعدد المعتبر لا يتحقق سببه وذلك لانقضاء الحكمة من تشديد العقاب. <sup>(٣)</sup> ويترتب على ذلك أن التشديد لا يتحقق إذا كان فاعل البلطجة واحداً ولكن حرض عليها شخص أو أكثر، أو اتفق على ارتكابها أو ساعده في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لها. طالما أن هذه المساعدة لم تقتض ظهوره على مسرح الجريمة، لكن يتحقق التشديد إذا ساهم مع فاعل البلطجة شخص كان دوره مراقبة الطريق أو حراسته أثناء تنفيذ الفاعل لجريمته، أو إلهاء رجل الأمن الموجود على مقربة من مكان تنفيذ الجريمة.

ولا يشترط لتطبيق التشديد الحكم على شخصين أو أكثر لاقترافهما جريمة البلطجة، وإنما يكفي ثبوت وقوع الجريمة من شخصين أو أكثر، حتى لو لم يُحكم سوى على شخص واحد منهم، كما لو حدث أن انقضت

<sup>(١)</sup> (ودخل المتهم (م) إلى داخل المحل في حين وقف باقي المتهمين من فريقه على باب المحل لتأمين الحماية له، ومنع أي شخص من الاقتراب أو مساعدة أصحاب المحل وأخذ المتهم (م) يطلق النار من سلاح ناري (كلاشن) غير مرخص قانوناً داخل المحل فاستجمع أصحاب المحل المتهمين من الفريق الثاني قوتهم وهاجموه.. لطفاً انظر قرار محكمة التمييز بصفتها الجزائية رقم (٢٠١٦/٥٠٠)، مجلة نقابة المحامين، الأردن، عمان.

<sup>(٢)</sup> الشوا، محمد سامي (٢٠٠٢)، مرجع سابق، ص ٦٧.

<sup>(٣)</sup> عبد التواب، معوض (١٩٩٨)، الوسيط في شرح جرائم البلطجة والجرح والضرب، مصر، الإسكندرية: منشأة المعارف للنشر والتوزيع. ص ٤٥.

الدعوى الجنائية بوفاة الآخرين. أو توافر في حقهم مانع مسؤوليته. بل لو كان غير معلوم سوى واحد منهم فحسب. (١) وإعمال هذا الظرف المشدد يستوجب أن تكون العقوبة هي الحبس ثلاث سنوات.

### المطلب الثاني: الظروف المتصلة بكيفية ارتكاب الجريمة

شدّد المشرع الأردني العقوبة في جريمة البلطجة في حال استخدم الجاني الوسائل التي من شأنها إضعاف إرادة المجني عليه ومقاومته، ومنها اصطحاب حيوان يثير الذعر، أو حمل السلاح أو عصي أو آلات أو أدوات أو مواد حارقة أو كاوية، أو مخدرات أو أي مواد أخرى ضارة. وفيما يلي بيان هذه الوسائل المستخدمة التي أشار إليها المشرع في جريمة البلطجة، وذلك على النحو التالي:

#### ١. اصطحاب حيوان يُثير الذعر

يُقصد بذلك تلك الحيوانات التي ينتاب الإنسان حالة من الرعب أو الخوف لدى رؤيتها، كالأسود والنمور والثعابين والتماسيح، وقد يحدث الذعر من مجرد رؤية حيوان صغير كالفأر مثلاً، في الوقت الذي لا يحدث ذعراً لشخص إذا رأى ثعباناً مثلاً. وهي مسألة متروكة على أي حال لتقدير قاضي الموضوع حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة. (٢) ويتوافر الظرف المشدد حتى لو لم يقع من الحيوان أي أذى بالمجني عليه، فمجرد اصطحاب الجاني له وهو يرتكب جريمة البلطجة يتوافر به الظرف المشدد.

وعلة التشديد في هذه الحالة ترجع إلى أن الجاني في هذه الحالة يكون أكثر جرأة وقوة على الإقدام على ارتكاب الفعل، كما أن المجني عليه يكون في موقف الخوف والوجل من البلطجي نفسه وما يتذرع به من اصطحاب الحيوان الذي يثير الذعر. (٣)

#### ٢. ظرف حمل سلاح أو أداة كهربائية أو مواد ضارة

شدّد المشرع الأردني العقوبة في جريمة البلطجة، في حال استخدم الجاني وسائل معينة في ارتكاب الجريمة، وأول هذه الوسائل هو حمل السلاح، سواء أكان هذا السلاح سلاحاً بطبيعته، أم سلاحاً بالتخصيص. وتكمن علة التشديد في هذا الظرف في أن من يرتكبون جريمة البلطجة وهم يحملون سلاحاً أو أداة كهربائية، أو مواد ضارة يجدون سهولة في التنفيذ، فمجرد رؤية المجني عليه للجاني يحمل شيئاً مما ذكر تسلبه القدرة على المقاومة أو على الأقل تقلل من هذه القدرة. إضافة إلى ذلك أن الجاني عندما يتزود - حال ارتكابه جريمة البلطجة

(١) حسني، محمود نجيب (١٩٨٨)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ص ٨٩٣.

(٢) العادلي، محمود مصطفى (٢٠١٠)، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(٣) حسن، أسامة محمد (٢٠٢٠)، جريمة البلطجة في التشريع المصري ودور الشرطة في التصدي لها. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٣٠.



- بشيء مما ذكر يكون أكثر إجراماً ممن لا يتزود بها، كما يسهم حمله لها في جعله أكثر قدرة على البطش بالمجني عليه، إضافة إلى أن مجرد حملها يعرض المجني عليه لخطر إيذائه في جسمه. (١)

**وبهذا قضت محكمة النقض المصرية " لما كانت المادة ٣٧٥ مكرر من قانون العقوبات هي كغيرها من المواد التي جعلت من حمل السلاح مطلقاً ظرفاً مشدداً دون تحديد لنوعه أو وصفه، وعلى هذا التفسير جرى قضاء محكمة النقض واستقرّ، فإذا كان المتهمان ارتكبا البلطجة مع حمل سلاح أبيض أيّاً كان نوعه أو وصفه، فإنه بذلك يتوفر الظرف المشدد لجريمة البلطجة.. " (٢)**

ويتعين أن يعاصر حمل السلاح تنفيذ جريمة البلطجة، فلا يكفي ثبوت أن الجاني كان يحمل سلاحاً قبل البدء في تنفيذ الجريمة، أو عقب الانتهاء منها إذا لم يكن يحمله أثناء التنفيذ، كما أن حمل السلاح وتشديد العقاب في جريمة البلطجة لا يستلزم ضبط ذلك السلاح، بل إنه يكفي أن يتحقق لمحكمة الموضوع أن الجاني كان يحمله وقت ارتكاب فعل البلطجة ولو تخلص منه ولم يضبط، ويستوي في ذلك أيضاً أن يكون السلاح غير معبأ أو لم يكن مع الجاني رصاص لحشوه، أو كان السلاح غير صالح للاستعمال. ففي جميع هذه الحالات يتوافر ظرف التشديد ولو كان الجاني لم يقصد من حمله الاستعانة به واستخدامه في الجريمة، والعلّة من ذلك لما يليه مجرد حمل السلاح من رعب في نفس المجني عليه، وتكدير أمنه، وطمأنينته.

### ٣. حمل آلة حادة أو عصا أو جسم صلب أو أداة كهربائية أو أي مادة ضارة

يتوافر سبب التشديد إذا كان الجاني وقت ارتكاب الفعل يحمل آلة حادة، مثال ذلك قضيب من حديد، أو يحمل عصا، أو كان يحمل أداة كهربائية مثل: مكواة، أو مادة كاوية مثل القلويات (ماء النار) وهي من أشهر المواد الكاوية شهرة في عالم البلطجة، التي يستخدمها البلطجية في تهديد أو تشويه المجني عليهم، أو غازية مثل: أسطوانة الغاز أو غاز الخردل (٣)، أو أي مادة مخدرة، أو منومة مثل مادة البنج المخدر، أو أي مادة أخرى ضارة، والتعدد

(١) وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها " فإذا كان أحد المتهمين جندياً في حرس جمرک مطار القاهرة الذي وقعت فيه جريمة البلطجة واشترك فيها، فإن الظرف المشدد بسبب حمل السلاح يكون قد توافر في حق المتهمين جميعاً... فلا يهم أن يكون حمل المتهم السلاح راجعاً إلى سبب لا اتصال له بالجريمة، كأن يكون من مقتضيات عمله الرسمي أن يحمل السلاح وقت قيامه بالعمل. ذلك لأن العلة التي من أجلها غلظ الشارع العقاب على البلطجة إذا كان مرتكبها يحمل سلاحاً إنما هي مجرد حمل السلاح - ظاهراً كان أو مخبأً - وقت مفارقة الجريمة إذ إن هذا من شأنه أن يلقي الرعب في نفوس المجني عليهم إذا ما وقع بصرهم عليه، وأن يمهّد لحامله فضلاً عن البلطجة التي قصد إلى ارتكابها سبيل الاعتداء به على كل من يحاول ضبطه أو الحيلولة بينه وبين تنفيذ مقصده، وهذا يستوي فيه أن يكون السلاح قد لوحظ في حمله ارتكاب البلطجة أو لم يلاحظ فيه ارتكاب أية جريمة" لطفاً راجع الطعن رقم ٩٥٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٢/٢٣/١٩٤٢ س ٥ ص ٦٣٢.

(٢) لطفاً راجع الطعن رقم ٢١٢٥٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١١/١٠/١٩٩٤ س ٤٥ ص ٨٥٥.

(٣) وهو عبارة عن مادة سامة يهاجم بخارها أنسجة الجهاز التنفسي المخاطية، ويمزق نسيج الرئة، ويُقرح الجلد، ويُسبب الانتهاجات الملتحمة. للمزيد لطفاً انظر القاضي، رامي متولي، سالم، عمر (٢٠٢٠)، جريمة البلطجة، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

الوارد في النص جاء على سبيل المثال لا الحصر، وقد دلّ على ذلك صياغة النص " وأية مواد أخرى ضارة." في المادة (٤١٥ مكرر) من قانون العقوبات الأردني. (١)

ويترتب على ذلك، أنه يمكن أن تتوفر الظروف المشددة إذا استعان الجاني لإتمام مشروعه الإجرامي بأي وسيلة من الوسائل التي يمكن أن تلحق الضرر بالمصلحة المحمية، ومثال ذلك استخدام الجاني مواداً ملوثة إشعاعياً، أو استعمال جهاز يصدر أشعة ضارة بالإنسان، أو حمله لزجاجة أو أكثر تحتوي على فيروسات وبائية معدية، أو حمله قطع حادة من الزجاج أو الرخام أو ما شابه ذلك.

وبذلك يتضح أن المشرع الأردني قصد في معالجة ظاهرة البلطجة ألا يكون المتهم قد اقتصر على استعمال جسمه في استعراض القوة أو التلويح بالعنف في مواجهة الغير، وإنما استعان - من أجل بلوغ أفعال الترويع درجة ملحوظة من الجسامه - بأداة مستقلة عن جسمه. وقد أشار المشرع إلى " الآلة الحادة أو العصا أو أي جسم صلب" والمراد بذلك أي أداة تزيد معها مقدرة الجاني على ممارسة الترويع أو بعبارة أخرى أي شيء يستخدمه الجاني فيما عدا أعضاء جسمه لترويع المجني عليه وتخويله سواء كانت من المعدن أو الخشب أو الحجارة. (٢)

والظروف المشددة لعقوبة جريمة البلطجة في هذا الظرف من الظروف العينية التي يمتد تأثيرها إلى جميع المساهمين في جريمة الترويع فاعلين أم شركاء، ولو كانوا مجهولون توافرها. وإذا توافر أحد الظروف المشددة السابقة تكون العقوبة الحبس ثلاث سنوات.

## الخاتمة

### أولاً: النتائج

- البلطجة تعني السلوك الذي يصدر عن شخص اتخذ من استخدام البلطة أو غيرها من الأسلحة وسيلة للاعتداء على الآخرين أو ابتزازهم بها وذلك لتحصيل مكاسب مادية.
- لم يرد بين دفتي قانون العقوبات الأردني رقم (٧) لسنة ٢٠١٨ أي مصطلح يُشير للفظ البلطجة أو فرض الإتاوة، وكانت تُدرج هذه الطائفة من الجرائم ضمن جرائم التهديد بافتضاح أمر ما أو الابتزاز أو السلب أو جنائية إحداث عاهة دائمة.
- تتبّه المشرع الأردني لانتشار ظاهرة البلطجة وفارضي الإتاوات في الآونة الأخيرة بشكل ملحوظ وخاصة بعد قضية فتى الزرقاء، كما تتبّه المشرع إلى عدم وجود نصوص قانونية تجرّم مثل هذه الظاهرة، فكان الخيار الأمثل لتحقيق الردع والزجر والحفاظ على الأمن العام هو تعديل قانون العقوبات الأردني وذلك بإضافة مادة جديدة تجرّم البلطجة وذلك في المادة (٤١٥) مكرر.

(١) المري، بهاء (٢٠١٢)، الوجيز في شرح الجرائم. مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) العادلي، محمود مصطفى (٢٠١٠)، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

- يعتبر المشرع المصري أول من تصدّى بالتجريم لظاهرة البلطجة من خلال قانون العقوبات المصري رقم (٦) لسنة ١٩٩٨، إلا أنه لم يذكر تعريفاً للبلطجة وإنما ذكر صوراً لها وذلك في الفقرة الأولى من المادة (٣٧٥ مكرر) والمادة (٣٧٥/أ مكرر) من قانون العقوبات المصري،
- لم يذكر المشرع الأردني تعريفاً للبلطجة وإنما ذكر صوراً لها بنص المادة (٤١٥ مكرر) من قانون العقوبات الأردني، واعتبر المشرع هذه الصور أفعالاً من قبيل البلطجة، فحصرها في استعمال القوة، أو التلويح بالعنف، أو التهديد بهما أو بالتعرض لحرمة الحياة الخاصة. وعليه، تجد الباحثة إلى أن أي فعل إجرامي يتضمن صورة أخرى غير الواردة بالنص التشريعي، لا يندرج تحت مفهوم جريمة البلطجة مهما بلغت الأضرار الناجمة عنها، فتحديد المشرع لصور الأفعال الإجرامية الجريمة لا ينبغي القياس عليها أو التوسع فيها.
- بيان الظروف المشددة للعقاب التي قد تلحق بالجريمة بعد اكتمال بنائها القانوني، وما يترتب عليها من التأثير على جسامه هذه الجريمة، أو التعديل في قدر العقاب المقدر لها والمتمثل بتعدد الجناة، أو اصطحاب حيوان يثير الذعر، أو حمل سلاح أو آلة حادة أو عصا أو أداة كهربائية أو حارقة أو غازية أو مخدرة أو منومة أو أية مادة ضارة أخرى.
- توصلت الباحثة إلى أن اجتناب جريمة البلطجة يمكن بخطة محكمة لتقليص نفوذهم وهذا يتطلب ضرورة تكاثف جميع مؤسسات المجتمع المحلي لمواجهة ظاهرة البلطجة، ابتداءً من دور الأجهزة الأمنية بالعمل على تثقيف وإرشاد هؤلاء الأشخاص خلال مدة احتجازهم وتأهيلهم وتدريبهم على مهن يستطيعون العمل من خلالها عند خروجهم من السجن، بالإضافة إلى ضرورة عرضهم على أطباء نفسيين ومختصين في السلوك الاجتماعي قبل إخلاء سبيلهم للتأكد من قدرتهم على العيش والتجانس مع المجتمع المحلي بعد الخروج من السجن .

#### ثانياً: التوصيات

- نوصي المشرع الأردني بإفراد نوع خاص من القضاء المستعجل للنظر في قضايا البلطجة، أو جعل اختصاصها لمحكمة أمن الدولة وتشديد العقوبات فيها، وأن تكون المحاكمة سرية لحماية المجني عليهم والشهود والمبلغين عن قضايا البلطجة، بالإضافة إلى تخصيص سجون خاصة بهم في مراكز الإصلاح والتأهيل نظراً لخطورتهم الإجرامية.
- نوصي المشرع الأردني بأن يتم مصادرة أموال ممارسي أعمال البلطجة وفارضي الإتاوات غير المشروعة، بحيث يتم تجريدهم من الغطاء الاقتصادي الذي يُمكنهم من الإنفاق على مرتكبيها، أو إلقاء الحجز التحفظي على أي أموال تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة عن طريق الابتزاز وفرض الإتاوة.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: القرآن الكريم

- القرآن الكريم، سورة مريم.

### ثانياً: المعاجم

- مروان عطية، معجم المعاني الجامع، موقع على شبكة الإنترنت <https://bit.ly/3urpRXi>، تاريخ الزيارة ٩ إبريل، ٢٠٢٢.
- د. أنيس وآخرون (١٩٧٢)، المعجم الوسيط، موقع على شبكة الإنترنت <https://bit.ly/3xfUS28>، تاريخ الزيارة ٩ إبريل، ٢٠٢٢.
- لويس معلوف، معجم المنجد في اللغة، طبع في بيروت، وطبعته الأولى في عام ١٩٠٨، ص ٢٧٤.

### ثالثاً: الكتب القانونية

- الشوا، محمد سامي (٢٠٠٢). جرائم البلطجة. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- العادلي، محمود صالح (٢٠١٠). الوسيط في شرح جرائم البلطجة طبق للقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨ ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- القاضي، رامي متولي (٢٠١١)، المواجهة التشريعية والأمنية لظاهرة البلطجة في القانون المصري. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- القاضي، رامي متولي، سالم، عمر (٢٠٢٠). جريمة البلطجة. القاهرة، مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.
- القاضي، رامي متولي (٢٠١١). مكافحة جريمة البلطجة في القانون المصري. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- المجالي، نظام توفيق (٢٠١٥)، شرح قانون العقوبات - القسم العام، عمان، دار الثقافة لنشر والتوزيع.
- المري، بهاء (٢٠٢١). الوجيز في شرح جرائم البلطجة (الترويع والتخويف والمساس بالطمأنينة). مصر، القاهرة: مركز الأهرام للإصدارات القانونية.
- حسن، أسامة محمد (٢٠٢٠). جريمة البلطجة في التشريع المصري ودور الشرطة في التصدي لها. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- دعيبس، يسرى (١٩٩٨). البلطجة: الإرهاب الاجتماعي. مصر، الإسكندرية: الملتقى المصري للإبداع والتنمية.
- سرور، أحمد فتحي (٢٠١٥) الوسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.
- عبد التواب، معوض (١٩٩٨). الوسيط في شرح جرائم البلطجة والجرح والضرب. مصر، الإسكندرية: منشأة المعارف للنشر والتوزيع.
- محمود، نجيب حسني (١٩٨٨). شرح قانون العقوبات القسم العام. مصر، القاهرة، دار النهضة العربية.

- نايل، إبراهيم عيد (٢٠٠٠). جريمة الترويع والتخويف "البلطجة"، دراسة تحليلية لأحكام المادتين (٣٧٥ مكرر، و ٣٧٥ مكرر/ أ) من قانون العقوبات مضافتان بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية.
- نجم، محمد صبحي، (١٩٩٤). الجرائم الواقعة على الأشخاص. الأردن، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- وزير، عبد العظيم (٢٠٠٩). شرح قانون العقوبات - القسم العام، النظرية العامة للجريمة. مصر، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.

#### خامسا: الدوريات

- الأتريبي، هويدا محمود (٢٠١١). ظاهرة البلطجة في مصر بعد ثورة ٢٥ يناير ودور المؤسسات الأمنية في معالجتها (دراسة تربوية). مجلة دار المنظومة، جامعة طنطا.
- سلامة، مأمون، (١٩٧٤). إجرام العنف، مجلة القانون والاقتصاد، ٤٤ (٢).

#### سادسا: الرسائل الجامعية

- أبو العلا، سعيد محروس (٢٠٠٦). جرائم البلطجة. رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.
- محمد، محمود عبده (٢٠١٢)، التهديد والترويع في التشريع الجنائي - دراسة تحليلية تطبيقية، أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة، مصر، القاهرة.

## عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز) في التشريع الأردني "دراسة مقارنة"

رندة السيد يوسف البحيري \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.07](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.07)تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٥/١١  
تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١٠/٠٩

\* قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، الاردن.

\* للمراسلة: [randa.rafat55@gmail.com](mailto:randa.rafat55@gmail.com)

## المخلص

جاءت هذه الدراسة مبيّنة الأهمية الكبيرة لعقد الفرنشايز باعتباره من العقود الحديثة التي غاب معها وجود نظام تشريعي خاص بأحكامها في الدول العربية ككل، ولعدم تطرق التشريعات العربية إلى هذا النوع من العقود على الرغم من أهميته وكثرة استخدامه، قامت الباحثة باستخدام كل من المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن لتحقيق الغاية المنشودة من هذه الدراسة والمتمثلة في التطرق إلى مواضع الغموض والنقص الذي اكتنفها ومحاولة تجميع نصوصها المشتتة واقتراح بعض الحلول التي قد يكون من شأنها تسهيل أحكام هذا العقد والعمل به بما يحقق مصلحة كل من طرفي العقد، وعليه فقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، كان من أهم نتائجها وجود بعض النصوص المتفرقة المتعلقة بعقود الامتياز التجاري في التشريع الأردني والتشريعات المقارنة على الرغم من غياب نظام قانوني يبين حيثيات وأجزاء عقد الفرنشايز، وعليه فقد أوصت الباحثة بضرورة تنظيم أحكامه من خلال نظام تشريعي خاص به، وضرورة وضع عقوبات جزائية عند مخالفة أي من شروط عقد الفرنشايز.

الكلمات الدالة: الامتياز التجاري، الفرنشايز، العلامة التجارية.

## Franchise Contract in Jordanian Legislation: A comparative Study

Sajad Ihsan Adnan Alhammada\*

\* Department of Law, Faculty of Law, Al-Zaytoonah University of Jordan, Jordan.

\* Crossponding author: [randa.rafat55@gmail.com](mailto:randa.rafat55@gmail.com)

Received: 11/05/2022.

Accepted: 09/10/2022.

## Abstract

This research study emphasizes the key element of the franchise contract as a modern contract with which there was no legislative system for its provisions in the Arab countries as a whole. As no Arab legislative system has ever brought up such form of contracts, the researcher applied descriptive, analytical, and comparative methods to achieve the desired goal of this study, which is to address the areas of ambiguity and deficiencies that surrounded it and try to compile its dispersed texts and suggest some solutions that may facilitate the provisions of this contract and work with it in the interest of both parties to the contract. Therefore, the researcher reached for a set of results and recommendations, the most important of which was the presence of some miscellaneous texts related to commercial franchise contracts in Jordanian and comparative legislation despite the absence of a legal system that shows the merits and parts of the franchise contract. As for this matter, the researcher recommends the necessity of regulating its provisions through its own legislative system, and the necessity of imposing penal sanctions anytime a party would violate any breach of the contract.

Keywords: Franchise contract, Franchise, Trade mark.

## المقدمة

كان للتقدم الهائل والتطور المستمر الذي قد وقع فيه العالم في مجالاته المختلفة من اقتصادية وقانونية بخاصة مجال العقود والمعاملات العقدية أمرٌ أدى إلى ظهور أنواع عقود جديدة ومستحدثة تتطور وتنشأ كنتيجة تراكم أكثر من عقد على بعضها بعضاً لتُظهر تباعاً نظاماً عقدياً متطوراً ومستحدثاً لم يكن قبل ذلك أحكام تطبيقية على أرض الواقع، وعليه وتواتر العقود الجديدة الذي يتمثل أحدها في موضوع هذه الدراسة وهو عقد الفرنشايز؛ كان لا بد من تطّلبها دراسات فقهية وعلمية عدّة تهدف للتعرف على ذلك العقد وعلى نظامه القانوني وخصائصه وأركانه المختلفة انطلاقاً من اعتباره عقداً مركباً يحمل نظاماً واحداً لم يسبق له مثيل من جهة، وليسهل فهم وتعامل عامة الناس معه من جهة أخرى، وذلك لكونه وبكل تأكيد سيعمل على ترتيب آثار إيجابية اقتصادية بإسقاطه على الأسواق المحلية الوطنية والعالمية الدولية مواكباً لأي تغييرات في الأنظمة الاقتصادية المتتابة والمختلفة.

ومن الجدير بالذكر بأن أهم العقود المستحدثة التي طغت على كثير من الجوانب والأنشطة التي يحتاجها ويتطلبها عموم الأفراد منذ بداية ظهورها في النصف الثاني من القرن العشرين، هو ما يُعرف بعقد الامتياز التجاري أو ما يُطلق عليه بعقد الفرنشايز، إذ يتمثل في إحالة ونقل من يملك من الأشخاص أي من حقوق الملكية الفكرية والمعرفة الفنية وأي علامات تجارية كانت قد حققت له الشهرة الواسعة في مختلف مجالات الأنشطة الاقتصادية والاستثمارية العائدة له والخاصة به إلى شخص آخر بنية استخدامها في نشاط مشابه، مستفيداً من كل مما حققه المشروع الأول من شهرة، بمعنى أن البناء والنظام المكوّن لهذا النوع من العقود يمكن صاحب الفرنشايز أي صاحب المشروع التجاري والاقتصادي الناجح بالسماح لغيره من أصحاب المشاريع الأخرى -وهو المرخص له-، بإنتاج أو تقديم خدمة تحت العلامة التجارية أو الاسم التجاري المميز لصاحب الفرنشايز، بحيث يقع على عاتق ذلك الأخير التزام نقل أي معرفة وخبرة فنية بحوزته للطرف الآخر حتى إن كانت تتمتع بالسرية، إضافةً إلى تقديم المساعدة للمرخص له مقابل قيام الأخير بالالتزام بدفع مبلغ ومقابل مادي لصاحب الفرنشايز، بحيث يكون تم الاتفاق عليه بينهما مسبقاً<sup>(١)</sup>.

ولذلك يعد هذا العقد وسيلة حديثة وناجحة لنقل كافة المعارف الفنية والمشاريع الإنتاجية الاقتصادية مستخدمة الطريقة الأمثل والأنسب لتحقيق أهداف كل من طرفي العقد، بحيث يوفر لصاحب الفرنشايز فرصة كبيرة تساعده على الانتشار الاقتصادي والإنتاجي السريع، دون أن يضع أي أعباء مادية على نفقاته الخاصة نصب عينيه، وبذات الوقت استخدامه كأحد وسائل جذب الاستثمارات المحلية والخارجية التي تجلب التكنولوجيا الحديثة وتعين على تطورها وتقدمها من خلال كم التدريب والمعرفة الفنية الذي تتلقاه المشاريع المقامة من صاحب المصلحة، الأمر الذي يترتب عليه تقليل من نسب السيولة المتسربة خارجياً، وزيادة الاستثمار الوطني والدولي في المشاريع

(١) المستريحي، علاء. والمجالي، توفيق. (٢٠٢١). القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون.

البسيطة المتوسطة والمبنية على العلامات التجارية الناجحة، تمكيناً لها من المنافسة بما يرفع من قيمة منتجاتها أمام العامة من المستهلكين<sup>(١)</sup>.

### مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في موضوع الطبيعة القانونية لعقود الفرنشايز باعتبارها من العقود الحديثة التي لا يزال نطاق التعامل معها محدوداً في ظل غياب وجود نظام تشريعي ناظم له وخاص بأحكامه في الدول العربية عامةً، وبالرجوع إلى قانون التجارة الأردني أو المصري أو حتى الفلسطيني فلم نجد فيهم ما يتطرق إلى هذا النوع من العقود على الرغم من أهميته وكثرة استخدامه بينما قامت الدول الأوروبية كفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية أو حتى الدول الأجنبية بشكل عام بوضع نصوص تشريعية خاصة لعقد الفرنشايز، الأمر الذي جعل موضوع هذه الدراسة محط اهتمام الباحثة.

### أسئلة الدراسة:

تأسيساً على ما سبق، تُثار التساؤلات التالية:

- ما مفهوم عقد الفرنشايز وما هو تكييفه القانوني؟
- ما الآثار المترتبة على عقد الفرنشايز باعتباره عقداً ملزماً للجانبين؟
- ما هو حجم الالتزامات التي يمكن لمانح الفرنشايز أن يفرضها على المرخص له في استعمالها؟
- ما آثار انقضاء عقد الفرنشايز على كل من الطرفين؟
- هل وجد المشرع الأردني تشريعاً خاصاً يتضمن هذا النوع من العقود؟
- هل عالج المشرع الأردني أي غموض كان قد اكتنف طبيعة عقد الفرنشايز القانونية؟

### أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية هذه الدراسة في موضوعين على النحو الآتي:

١- الأهمية النظرية، التي تتحقق من كون عقود الفرنشايز عقوداً مستحدثة ذات أهمية اقتصادية محلية وعالمية متصلة بإنماء المشاريع الانتاجية بما يعود بالنفع والفائدة على صاحب الفرنشايز ومحيطه دون مقابلته بتنظيم خاص يعالجه، الأمر الذي يجعل موضوع هذا العقد جديراً بالإحاطة من جميع نواحيه العملية والقانونية ودوره وما ينتج عنه من آثار، إضافة إلى التطرق لدور المشرع في تنظيم عقد الفرنشايز في القوانين الأردنية ذات الصلة والتشريعات المقارنة والوقوف على مواضع القصور والنواقص ومحاولة وضع بعض المقترحات والحلول الناضجة له.

(١) شاهين، آلاء. وأبو الشامات، محمد. التكييف القانوني لعقد الفرنشايز: دراسة مقارنة. مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية. ١٧(١). دمشق، سوريا. (٢٠٢٠). ص ٤١٧.



٢- أما الأهمية العملية، فتتمثل في ارتباط عقد الفرنشايز ارتباطاً تعاقدياً واقعياً لا يمكن تجاهله، إذ إن أغلب الأسواق العربية تحمل منتجات وعلامات شهيرة ذات سمعة كبيرة يكتنفها الفرنشايز وتدخل تحت مظلته، الأمر الذي يدعو إلى تناوله باعتباره أحد أهم العقود الحديثة وأكثرها انتشاراً في العالم العربي على الرغم من غياب التنظيم التشريعي له.

#### أهداف الدراسة:

- تبين المفهوم والطبيعة القانونية الخاصة بعقود الفرنشايز والغاية المرجو تحقيقها من تلك العقود.
- توضيح أهم جوانب عقد الفرنشايز القانونية وما يتعلق به ما يترتب عليه من آثار أو حقوق والتزامات على كل من طرفي العقد.
- محاولة سد النواقص التشريعية التي قد تواجه الباحثة أثناء إعداد الدراسة.

#### الدراسات السابقة:

١- توفيق، خلفاوي. (٢٠١٥). عقد الامتياز التجاري الفرنشايز. رسالة ماجستير غير منشورة<sup>(١)</sup>.

تناولت هذه الدراسة محاولة إعطاء فكرة واضحة عن عقد الفرنشايز ضمن دراسة قانونية مكونة من تعريف عقد الفرنشايز ضمن دراسة علمية فقهية قانونية مفصلة ومبينة النشأة التاريخية لهذا العقد والقوانين المنظمة له، ومن ثم تناولت خصائص هذا العقد وأهميته مع توضيح أهم المزايا التي يحققها تطبيق هذا العقد لكل من المانح والممنوح له، وتوصل الباحث إلى مجموعة من النتائج كان منها عدم وجود قانون جزائري خاص بعقود الفرنشايز، وتوصل إلى مجموعة من التوصيات أهمها العمل على إيجاد مصطلح عربي لهذا العقد، واقترح تسميته بعقد استغلال الشهرة التجارية.

٢- الحديدي، ياسر. (٢٠٠٧). النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري<sup>(٢)</sup>.

تناولت هذه الدراسة استظهار الصفات المميزة لعقد الامتياز التجاري باعتباره مفهوماً حديثاً نسبياً يمكن من خلاله تحقيق النجاح الاقتصادي للمؤسسات التجارية والصناعية في جمهورية مصر العربية، بحيث انتهج في الدراسة ما انتهجه الفقه الفرنسي بدراسة هذا العقد وتحليله مستعيناً في ذلك بالعديد من الأحكام القضائية الفرنسية والمصرية، هادفاً إلى تقديم العون والمساعدة للمشرع المصري في محاولة إنشاء ووضع تنظيم تشريعي خاص بعقد الامتياز التجاري انطلاقاً من كثرة انتشار هذا العقد على أرض الواقع التجاري والخدمي المصري.

<sup>(١)</sup> توفيق، خلفاوي. (٢٠١٥). عقد الامتياز التجاري الفرنشايز. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة العربي بن مهدي. أم البواقي، الجزائر.

<sup>(٢)</sup> الحديدي، ياسر. (٢٠٠٧). النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري. منشأة المعارف للنشر والتوزيع. الإسكندرية، مصر.

**حدود الدراسة:**

**الحدود الزمانية:** تبحث هذه الدراسة في القوانين المنظمة لعقد الفرنشايز في التشريع الأردني والتشريعات المقارنة لسنة ٢٠٢٢.

**الحدود المكانية:** سيتم التطرق في هذه الدراسة إلى عقد الامتياز التجاري الفرنشايز بحسب ما هو معمول به في المملكة الأردنية الهاشمية والتشريعات الأخرى العربية المقارنة.

**الحدود الموضوعية:** تعد هذه الدراسة إحدى الدراسات القانونية التي تتناول عقد الامتياز التجاري الفرنشايز، وذلك من خلال استعراض تكوينه القانوني وآثاره والتزامات طرفيه، ومناقشة أي محاولة لبناء تنظيم تشريعي خاص به إن وجد.

**منهجية الدراسة:**

ستعتمد الباحثة في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي إضافةً إلى المنهج المقارن، مستعينة في ذلك بالنصوص العربية أو الأجنبية المتضمنة عقد الفرنشايز، والرجوع إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بعقد الامتياز إن وجد وتطبيقها على واقع الحال، وذلك لتحديد وتبيين مواضع القصور أو الضعف والقوة فيما يتم تطبيقه من أنظمة وقواعد قانونية عامة على عقود الفرنشايز.

**المبحث الأول****ماهية عقد الفرنشايز**

لم يتفق الفقه على تعريف محدد وجامع لعقد الامتياز التجاري بسبب قلة الاتفاق على نطاق هذا العقد ومفهوم طبيعته القانونية<sup>(١)</sup>، لا سيما أن بعض الدول العربية قد قامت بتسميته عقد الامتياز التجاري تارة وعقد الترخيص التجاري تارة أخرى<sup>(٢)</sup>، فتم تعريفه على أنه: "أحد وسائل ممارسة الأعمال التجارية كالسلع والخدمات، وتتم عملية الممارسة عن طريق اتفاق بين طرفين أحدهما يُسمى مانح الامتياز والآخر يُسمى ممنوح الامتياز بحيث يقوم مانح الامتياز بمنح حق ممارسة الأعمال التجارية الخاصة إلى ممنوح الامتياز، وتتم هذه الممارسة وفقاً لأحكام العقد المبرم بينهما"<sup>(٣)</sup>، وعرفه آخرون على أنه: "عقد يتكفل بموجبه شخص يسمى المانح بتعليم شخص يسمى المتلقي المعرفة الفنية وتخويله استعمال علامته التجارية وتزويده بالسلع، أما المتلقي فيتكفل باستثمار هذه المعرفة

(١) اختلف في تعريف عقد الفرنشايز وتحديد طبيعته القانونية كل من الاتحاد الفرنسي، والاتحاد البريطاني، والاتحاد الدولي للفرنشايز.

(٢) شاهين، آلاء. وأبو الشامات. مرجع سابق. (٢٠٢٠). ص ٤١٨.

(٣) المزين، محمد. مقال بعنوان ماذا تعرف عن عقد الفرنشايز. (٢٠٢٠). منصة العقد للخدمات القانونية. منشور على الرابط الإلكتروني

<https://theaqd.com/>، فقرة (١).

واستعمال العلامة التجارية والتزود من الممون<sup>(١)</sup>، أما قضائياً فقد قامت محكمة الدرجة الأولى في بيروت بتعريف عقد الفرنشايز في أحد أحكامها (١٩٩٢/٩٦) على أنه: "اتفاق يحصل عادة بين تاجر أو صناعي يتعاطى تجارة الجملة وبين شخص يتعاطى أو يرغب بتعاطي تجارة المفروق بصورة مستقلة ولحسابه الخاص؛ فتعتمد الشركة إلى تسهيل تكوين مركز للتاجر وتعطيه حق بيع بضاعة من ماركة مشهورة أو محل تجاري يكون له ملك وحق استعمال هذه الماركة والاسم التجاري في محله على أن يتمتع التاجر عن بيع بضاعة أخرى مزاحمة لهذه الماركة<sup>(٢)</sup>، وبهذا يتبين بأن كل التعريفات المذكورة تتبلور كون هذا العقد من العقود الملزمة لجانبى ذات العلاقة التعاقدية من خلال فرض منح الامتياز سيطرته على الممنوح له أثناء مباشرة ذلك الأخير للمشروع الواقع تحت العلامة التجارية أو حق الملكية الفكرية الممنوح، بمعنى أن هذه التعريفات تتفق في جوهر ومضمون العقد وإن كان معظمها فيه من النقص الذي لا يغطي خصائص العقد كاملة.

ونظراً لأن فرنسا تعد من أوائل الدول التي أدلت اهتماماً خاصاً بعقود الامتياز التجاري وارتأت أنه من الأهمية لها أن تتبنى نظاماً قانونياً يتولى عمل أحكامه بعد الولايات المتحدة؛ فقد قامت بإطلاق كلمة فرنشايز على تلك العقود، وهو ما يعني التحرر أو أن تكون حراً، فاستُخدم هذا الوصف في العصور الوسطى وأُطلق على الحقوق التي تم منحها لحاكم المنطقة آنذاك للسماح بإقامة مختلف الأسواق والأعياد باعتبارها طريقة تعاونية ذات منفعة للطرفين من منح امتياز وممنوح له الامتياز ذاته، إذ يعتبر إحدى التقنيات الجديدة التي حلت محل النشاطات التجارية التقليدية، ولذلك ذهبت فرنسا إلى أن عقود الفرنشايز تعد وسيلة تجمع بين مشروعين، أحد المشاريع يعود للطرف المانح والآخر يعود للطرف أو الأطراف الممنوحة والمتلقية، بحيث يتضمن استخدام المتلقين لجميع ما يمكن للمانح نقله لهم من معرفة فنية أو مجموعة منتجات أو خدمات أو امتلاك الحق في استخدام علامة تجارية أو صناعية بهدف جذب العملاء<sup>(٣)</sup>، وباعتبار أن فرنسا هي من أطلقت على عقد الامتياز التجاري مصطلح الفرنشايز، إلا أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت أول من أنشأ نظامها المستقل، إذ قاموا بإعادة استخدام ذات المصطلح الذي ابتكرته فرنسا وشاع في العصور الوسطى، الأمر الذي جعل نتائجه تتجلى بوضوح على المستويين الاقتصادي والقانوني فيها، إذ كانت تجربتهم الأولى في هذا النطاق ما قام به ايزاك سينجر ببيع حقوق توزيع آلة الخياطة التي اخترعها إلى بعض الموزعين، لحقتها سنة ١٩٠١ شركة كوكاكولا، أما ما يتعلق بأوروبا فقامت التجربة الأولى لشركة باتا التشيكوسلوفاكية للأحذية سنة ١٩٢٥<sup>(٤)</sup>.

(١) بارود، حمدي، (٢٠٠٧). عقد الترخيص التجاري "الفرنشايز" وفقاً لأحكام مشروع قانون التجارة الفلسطيني. مجلة الجامعة الإسلامية. ١٦ (٢). غزة، فلسطين.

(٢) قرار محكمة الدرجة الأولى في بيروت/ لبنان، رقم ١٩٩٢/٩٦، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٣.

(٣) الغامدي، عيد الهادي. إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية مقارنة. مجلة جامعة الملك عبد العزيز. ٢٩ (١). (٢٠١١). ص ٢٧٦-٢٧٧.

(٤) البشتاوي، دعاء. عقد الفرنشايز وآثاره، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، (٢٠٠٨). ص ١٠.

ومن ثم في فرنسا وبسبب ما لاقته الولايات المتحدة الأمريكية من نجاح، حققته من خلال نظام الفرنشايز الذي ابتكرته، بدأت الشركات الفرنسية بالسير على خطى ذات النظام بهدف توسيع أنشطتها الاقتصادية ونشر علاماتها التجارية، وعليه فقد أنشأت الاتحاد الفرنسي للفرنشايز الذي سعى إلى وضع وتبني إطار قانوني منظم ومحدد لتلك العقود تشجيعاً للشركات وعامة الأفراد على الاطمئنان للانخراط في ذلك النظام لما يحققه من عوائد، ومن ثم اتجه النظام الفرنسي في عام ١٩٨٩ إلى إصدار قانونه الخاص والمتعلق بتطوير الأعمال المهنية وإصلاح بيئتها الاقتصادية والقانونية والاجتماعية، فتناول الالتزام قبل التعاقد بإعلام المرخص له المحتمل بكافة المعلومات التي من شأنها أن تسمح له بالانضمام إلى شبكة الفرنشايز من عدمه<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بعقد الامتياز التجاري والدول العربية، تعتبر لبنان أول من تبني التعامل مع هذا النوع من العقود مع شركة كنتاكي وعدة شركات تليه عام ١٩٧٣، أما المملكة العربية السعودية فبينت وبوضوح تطبيق عقد الفرنشايز في معاملاتها بظهور سلسلة مطاعم الطازج السعودية، التي استطاعت أن تنتشر محلياً ومن ثم توسع ذلك الانتشار إلى انتشار عالمي مروراً بمعظم الدول العربية وإلى أندونيسيا وأمريكا وغيرها من الدول.

وبالحديث عن المملكة الأردنية الهاشمية، فلم يوجد نص قانوني في قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة (١٩٦٦) ما يخص عقد الفرنشايز وأحكامه، إلا أنه عمل على إخضاع العقود التي لم يتم تحديد قواعدها وأحكامها بنصوص واضحة في ذات القانون إلى القانون المدني الأردني، وعليه، فيتبين أنه على الرغم من انتشار هذا النظام وقواعده في الأردن واستخدامه في الكثير من الأنشطة الاقتصادية، إلا أن ذلك الانتشار والتوسع لم يقابله إصدار المشرع تنظيمياً قانونياً خاصاً يحكمها أو حتى لم يدرج أحكامه بأحد القانون ذات الصلة، الأمر الذي يجعل الشركات العربية المانحة للفرنشايز تكاد لا تذكر رغم التطور الملحوظ على الأسواق والمنتجات العربية.

وتأسيساً على ما سبق، تعرّف الباحثة عقد الفرنشايز بأنه: كل عقد قائم بين طرفين يلتزم بمقتضاه مانح الامتياز وهو أحد طرفي العقد على تقديم موافقته على استخدام الطرف الآخر وهو متلقي الامتياز لاستخدامه أحد حقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو أحد العلامات التجارية والمعرفة الفنية، تحت تعليمات المانح وإشرافه في إحدى البقع الجغرافية المحددة بغرض نشر إنتاجيته وتوسيع شهرته عن طريق جذب العملاء، وذلك خلال فترة زمنية ومقابل مادي يتم الاتفاق عليه مسبقاً بين كل منهما.

### المطلب الأول: خصائص عقد الفرنشايز وتمييزه عن غيره من العقود

يعد عدم مواكبة التطور التجاري والاقتصادي وليد الزمان وبخاصة عدم الأخذ بنظام الفرنشايز والعمل به إلى جعل صاحب الامتياز حبيساً للسوق المحلي مُقاطعاً لأي تطوّر أو انتشار خارجي من الممكن أن يتمثل في صالحه، ناهيك عن استمراره في دفع المبالغ الهائلة الواقعة في ذمته وملاءته المالية إذا ما اتجه نحو إعداد تجهيزات الاستثمار الخاصة بعلامته التجارية أو حق الملكية الفكرية الذي يتملكه، الأمر الذي سيؤدي تباعاً إلى حرمانه

(١) مرزوق، محمد. الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٥٤)، المنصورة، مصر. (٢٠١٣). ص ٥٠١.

بصورة تلقائية من أي تجربة أو مشروع قد يحقق له نجاحاً يعود عليه بفائدة علمية وعملية ومالية كبيرة<sup>(١)</sup>، ونظراً لاعتبار الفرنشايز عقداً متراكباً من عقود عدة كما سبق ذكره في دراسة الباحث، ولارتباطه الوثيق بحقوق الملكية الفكرية؛ كانت أوجه التشابه بين عقد الامتياز التجاري وغيره من العقود قد أفسحت المجال للتكييف الخاطئ الفعلي الذي أدى إلى الخلط بينه وبين أكثر من نوع من العقود الأخرى، الأقرب إلى الشبوع نتيجة تمتعه بغالبية ما تتمتع به العقود الملزمة للجانبين، ولذلك سيعمل هذا المطلب على بيان خصائص عقد الفرنشايز الذي سيسهل تباعاً بيان التفرقة بينه وبين ما يشابهه من عقود أخرى وذلك من خلال الفروع الآتية:

### الفرع الأول: خصائص عقد الفرنشايز

يتميز عقد الفرنشايز بالعديد من الخصائص انطلاقاً من كونه أحد العقود التي ترتب التزاماً على كل من طرفي العقد، وعليه فإن عقد الفرنشايز يتمتع بما تتمتع به سائر وعامة العقود، إلا أنه يجب التنويه على أنه يتميز ببعض السمات المعينة التي تجعله فريداً عن نوعه مقارنةً ببقية العقود على الرغم من الخلط والخطأ الذي قد يطرأ في واقع الحال بينه وبين غيره بسبب ما يمتاز به عامةً أو حتى بسبب مسمياته المختلفة، وتتجلى خصائص عقد الفرنشايز بما يلي:

- **عقد غير مسمى:** يعد عقد الفرنشايز من العقود غير المسماة انطلاقاً من خلو التشريع الأردني من منحه تنظيمياً خاصاً به حاله كحال بقية الدول العربية، وذلك على خلاف الأنظمة التشريعية في بعض الدول الأوروبية التي تصدر فيها المشرع بتشريع قواعد خاصة لتنظيم هذا النوع من العقود كفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية.
- **عقد رضائي:** ينعقد عقد الفرنشايز بمجرد صدور الإيجاب ومقابلته بإعلان القبول بين أطرافه، وهذا يعني أنه عقد رضائي لا يحتاج إلى وجود إحدى الطرق الخاصة لانعقاده، فلا يحتاج إلى تفرغ في شكل وقالب معين، بمعنى أنه متى ما تم التعبير عن الإيجاب ومقابلته بقبول صحيح وإرادة صحيحة خالية من عيوب الرضا على تنوعها، فإنه ينعقد ويرتب كافة الآثار القانونية على طرفي العقد<sup>(٢)</sup>.
- **عقد ملزم للجانبين:** يعتبر عقد الفرنشايز من العقود التبادلية القائمة على الاستقلالية المالية والقانونية التي ترتب التزاماً على كل من المانح والممنوح له باعتباره يقوم على رابطة الدائنية والمديونية بين طرفي العقد، فيكون كل منهما دائن ومدين في ذات الوقت، إذ تترتب هذه الالتزامات منذ إبرام العقد في ذمة طرفيه.

(١) أبو صالح، سامي. عقود الفرنشايز وأثرها على حقوق الملكية الصناعية والمنافسة الحرة. مجلة القانون والاقتصاد. العدد ٨٩. جامعة القاهرة. ص ١٧.

(٢) عقد الامتياز التجاري الفرنشايز. عمان. الأردن. (٢٠٢٠). منشور على الرابط الإلكتروني <https://jordan-lawyer.com>.

- **عقد معاوضة:** يعتبر هذا العقد من عقود المعاوضة نظراً لأن كلاً من طرفي العقد -المانح والممنوح له- يأخذ عوضاً نظيراً لقاء ما يقدمه، فهو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابل ما أعطى<sup>(١)</sup>، ذلك أن المانح يعطي الطرف الآخر الحق في استغلال معرفته الفنية المملوكة له بمقابل استفادة المانح من العوض المالي أو الخدمي الذي سبق الاتفاق عليه في العقد القائم بينهما.
- **عقد زمني مستمر:** يعد الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذ عقد الفرنشايز، بحيث يتميز هذا العقد بأن أحد العناصر الجوهرية التي يتصف بها هي تحديده بفترة زمنية معينة وفي بقعة جغرافية متفق عليها، وهذا ما يجعله من العقود ذات التنفيذ المستمر وليس من العقود الفورية<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا فإن عقد الفرنشايز يستلزم بحكم طبيعته أن تنشأ وتتكون علاقة بين طرفيه قائمة على التزامات عديدة بحيث يستمر تنفيذها فترة متفق عليها من الزمن أو أن يتكرر هذا التنفيذ لعدة مرات بحيث لا يمكن تنفيذه خلال دفعة واحدة<sup>(٣)</sup>.
- **من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي:** تكون شخصية المتعاقد في عقد الفرنشايز محل اعتبار، إذ إن العقد في تنفيذه والقيام به يعتمد على شخصية المتعاقد، وذلك لأنها تقوم على الثقة المتبادلة بين كل من المانح والممنوح له أخذاً بالاعتبار طابع السرية في نقل المعرفة الفنية من أحد الطرفين إلى الآخر، فوجود شرط نقل المعرفة الفنية في هذا العقد يترتب عليه حق المانح في اختيار الممنوح له الذي يجب أن يكون قادراً على تنفيذ تلك المعرفة الفنية المتفق عليها<sup>(٤)</sup>، وعليه فإن استمرارية هذه العلاقة العقدية بين الطرفين حتماً ستتأثر بما قد يطرأ لأحدهما أو ما كان من شأنه أن يخل أو يهدر ثقة الطرف الآخر كالإفلاس أو الحجر وغيره، الأمر الذي يتطلب وجود ثقة بين الطرفين سابقا الذكر.
- **عقد محدد:** العقد المحدد هو ذلك الذي يُنشئ التزامات في ذمة طرفيه بحيث تكون محققة الوجود ومحددة المقدار منذ انعقاده ليعلم ويتبين كل متعاقد مقدار ما سيأخذ وما سيعطي من منافع عائدة لكل منهما، فهو ليس من العقود الاحتمالية التي يتم تعليقه على ما هو مستقبلي أو غير محقق الوقوع كعقد التأمين مثلاً الذي يجعل المؤمن غير ذي علم إذا ما كان سيقبض مبلغ التأمين من عدمه من جهة، وعدم قدرة شركة التأمين بتحديد التزامها في دفع المبلغ للمؤمن له عند إبرام العقد من جهة أخرى، وبالتالي يستطيع كل من الطرفين تحديد مقدار أدائه في العقد من لحظة إبرامه، لذلك ومنذ لحظة إبرام هذا العقد يكون لطرفيه القدرة على معرفة مقدار الأداء الواجب على كل منهما بحسب الاتفاق.
- **من العقود ذات الصفة التجارية:** يعد عقداً تجارياً أي أنه عقد يكون محله أي عمل من الأعمال التجارية، ولا شك بأن عقد الامتياز التجاري بأنواعه التصنيع والتوزيع وصيغة العمل -كما ستعمل الباحثة على ذكر كل واحد منهم لاحقاً-، وما يتضمنه من حقوق الملكية الصناعية والتجارية ونقل للمعرفة الفنية وترخيصها،

(١) الجبوري، ياسين. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني مصادر الالتزامات. الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن، (٢٠١١). ص ٦٣.

(٢) مرزوق، محمد، المرجع السابق، ص ٥٣٧.

(٣) القضاة، عبد الله. آثار عقد الفرنشايز وانقضاؤه. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الشرق الأوسط. عمان، الأردن. (٢٠١٥). ص ٢٠.

(٤) ساسية، عروسي. الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة سطيف، الجزائر. (٢٠١٥). ص ٢٦.

فإن جميعها تأخذ الصفة والطابع التجاري<sup>(١)</sup>، باعتبار أن موضوع هذا العقد يتضمن استخدام الممنوح له الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو ما يملكه من حقوق ملكية فكرية للمتلقي، ومن الجدير بالذكر أن إضفاء الصفة التجارية على عقد الفرنشايز يترتب عليه خضوعه للقواعد التي تخضع لها العقود التجارية من عدم جواز المهلة القضائية وتضامن أو نظرة الميسرة، ناهيك عن خضوعها للقواعد المتعلقة بالإثبات<sup>(٢)</sup>.

● **عقد إذعان:** عقد الإذعان يعرّف بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بالشروط التي يضعها الموجب دون أن يسمح للقابل أن يساوم فيها أو يتفق مع الموجب عليها ولا يسمح بمناقشته فيها لكون ذلك الأخير قوياً اقتصادياً، الأمر الذي يجعله يفرض سيطرته على الطرف الآخر دون امتلاك حق مناقشتها، ويكون ذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيها محدودة النطاق<sup>(٣)</sup>، ويمكننا القول بأن القبول هنا هو رضا صحيح إلا أنه لم يصدر بعد مناقشة أو اتفاق ومفاوضة على الشروط، ولكونه يرى نفسه في حاجة لأن يقوم بهذا التعاقد لما كان الأمر المتعاقد عليه لا غنى عنه فإنه مضطر للقبول والإذعان، فرضاؤه موجود ولكنه يكاد يكون مكرها عليه، ولا يقصد بهذا النوع من الإكراه ما هو معروف في عيوب الرضا، وإنما الإكراه الذي يتصل بالعوامل الاقتصادية أكثر من اتصاله بالعوامل النفسية<sup>(٤)</sup>، وعليه فإن عقد الفرنشايز يعتبر عقد إذعان لكونه عرضاً ثابتاً جزافياً على الممنوح له دون أن يمنح ذلك الأخير الحق في مناقشة صاحب الفرنشايز في المبلغ المحدد.

وعليه ترى الباحثة أن الممنوح له في مركز يتسم بالضعف انطلاقاً من اعتباره مجرد متلقٍ للتعليمات الصادرة من المانح، إذ يتمتع ذلك الأخير بالسيطرة الاقتصادية، فله أن يملي على الممنوح له ما يشاء من شروط استناداً إلى الاحتكار الذي يتمتع به، فيجد الممنوح له محاصراً في مركزه التعاقدية لا يستطيع أن يجد البديل، وذلك لأن سوق التكنولوجيا المتمثل بالمعرفة الفنية يتميز بصفته الاحتكارية، انطلاقاً من أن المعرفة الفنية ركيزة جوهرية في عقود الفرنشايز.

### الفرع الثاني: تمييز عقد الفرنشايز عن غيره من العقود

يشترك عقد الامتياز التجاري في بعض الجوانب القانونية مع غيره من العقود التي قد تؤدي إلى الخطأ أو اللبس في تفرقة كل منهما عن الآخر، بحيث تظهر أهمية التفرقة بين عقد الفرنشايز عن غيره في تحديد القانون الذي ستخضع له هذه العلاقة التعاقدية المكونة بين طرفيها، وهو ما يتطلب من طرفي العقد تحري الدقة وتوخي الحذر عند صياغة بنود العقد حتى يتم تلاشي احتمال الخطأ في تكييفه، فكلما حددت بنوده بدقة تجنب الأطراف

(١) عقد الامتياز التجاري الفرنشايز، (٢٠٢٠). عمان، الأردن. منشور على الرابط الإلكتروني <https://jordan-lawyer.com>.

(٢) القضاة، عبد الله أحمد أمين، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣) بليمان، يمينة. عقود الإذعان وحماية المستهلك. مجلة العلوم الإنسانية، المجلد (٣٠) العدد (٢)، الجزائر. (٢٠١٩). ص ١٠٤.

(٤) ساسية، عروسي، المرجع السابق، ص ٢٠.

مشكلة تكيفه، ويمكن التمييز بين عقد الامتياز والعقود التي قد تتشابه معه مما يسهل إبراز مفهوم هذا العقد، وذلك على النحو الآتي:

- **تمييز عقد الفرنشايز عن عقد الترخيص التجاري:** يتشابه عقد الفرنشايز وعقد الترخيص التجاري بشكل كبير في أن كليهما يخول المتلقي أو الممنوح له وضع علامة المانح التجارية أو الصناعية على كل ما يتم إنتاجه من سلع وخدمات بمقتضى الحدود التي تم الاتفاق عليها في العقد ، وعلى ذلك فإن الترخيص التجاري هو العقد الذي يتنازل بمقتضاه المرخص للمرخص له عن حق الاستعمال المنصب على الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو الصناعية ومن ثم إعطاؤه الحق في إنتاج السلع وتقديم الخدمات المتصلة بذات العلامة، على أن يلتزم الطرف الأول وهو المرخص على منح معرفته الفنية ومساعداته التقنية أجل تسيير ونشر مشروعه الاقتصادي الإنتاجي، وبالتالي ينتج عنه نظام تعاوني استثماري بين شريكين أو شركاء مستقلين جامعاً في ذلك الشقين الاقتصادي والقانوني، وعليه يتبين أن اختلاط عقد الترخيص بعقد الفرنشايز يتأتى من تضمنهما معاً التنازل عن علامة أو شعار تجاريين<sup>(١)</sup>، غير أن عقد الفرنشايز يتميز عن عقد الترخيص في أنه وبغض النظر عن استخدام العلامة التجارية للمرخص، فإنه يوفر أيضاً قدرته على استخدام المعرفة الفنية التي ينقلها له ويعمل بها صاحب الامتياز التجاري، وبهذا فإن هذا الأخير يتضمن ما لا يتضمنه عقد الترخيص وهو المعرفة الفنية التي تعد أساساً جوهرياً في تكوين عقد الفرنشايز.
- **التمييز بين عقد الفرنشايز وعقد نقل التكنولوجيا:** عرفت المادة (٣٧) من قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) عقد نقل التكنولوجيا بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات"، ومن خلال هذا التعريف يتبين أن عقد الفرنشايز وعقد نقل التكنولوجيا يتشابهان في محل العقد لوقوع كل منهما على معرفة فنية معينة يرغب المتلقي أو الممنوح له بالاستفادة منها وذلك له بنقلها من المانح لاستخدامها في إنتاج السلع أو تقديم الخدمات، إلا أن محل عقد الامتياز التجاري يتجاوز محل عقد نقل التكنولوجيا لكونه يتضمن بالإضافة إلى المعرفة الفنية إمكانية استخدامه ومنحه الترخيص باستعمال العلامة التجارية لمانح الفرنشايز، بحيث تتبين أهمية هذه النقطة بين العقدين المذكورين في تحديد التزامات كل من المانح والممنوح له<sup>(٢)</sup>.
- **تمييز عقد الفرنشايز عن عقد الوكالة التجارية:** يظهر أن الوكالة التجارية تتمثل في قيام صاحبها بمقتضى عقد أن يوكل غيره مقامه وبمنزلته في إحدى التصرفات الجائزة والمعلومة على أن تكون هذه التصرفات من الأعمال التجارية، وبالتالي يمكن القول بأنها العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأشخاص دون ارتباطه بعقد عمل بالتفاوض بصفة معتادة ما يتعلق بعمليات البيع أو الشراء، وبصفة عامة كل المعاملات

(١) الصوالحة، خالد، هليل، منير. الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز). مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ٣(٥). عمان، الأردن. (٢٠١٩). ص ١٢٢.

(٢) مرزوق، محمد سادات، المرجع السابق، ص ٥٦١.



التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر الذي يلتزم من جهته بأدائه أجرة عن ذلك، وتأسيساً على ذلك فإن عقد الفرنشايز يتشابه وعقد الوكالة التجارية بالبنية العقدية القائمة على الاعتبار الشخصي واستمرارية التنفيذ، إلا أن نقاط الاختلاف الواضحة عن كل منهما عن الآخر تتمثل في استقلاليتها عن بعضهما بعضاً، إضافة إلى أن الوكالة التجارية تتمثل في حق بيع البضائع دون استخدامه حق الجمع بين البيع واستخدام الاسم التجاري على عكس عقد الفرنشايز، ناهيك عن أن استخدام المعرفة الفنية المتناقلة من المانح إلى المتلقي يجعل العلاقة التجارية أكثر شمولاً وهذا ما أدى إلى اتجاه الشركات التجارية إلى العمل بنظام الفرنشايز<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني: صور عقد الفرنشايز

تقوم العلاقة في عقد الفرنشايز بين طرفيه -مانح الفرنشايز والممنوح له- مع تحقيقه لأكثر من نوع أو صورة في أنها تشترك جميعها في الاتفاق على منح الترخيص لاستغلال العلامة التجارية أو الصناعية للمتلقي مع استخدامه للمعرفة الفنية الممنوحة له من قبل صاحب الفرنشايز، دون إغفال مراقبة المانح لأعمال الممنوح له، بحيث لا ينطوي هذا العقد على شكل واحد من النشاط، وإنما يختلف ليتماشى مع اختلاف الأوضاع القائم عليها طبيعة النشاط التجاري، فقد يقوم الممنوح له بإنتاج السلع وتوزيعها، أو بتوزيعها فقط دون إنتاجها، وقد يقتصر عمله على مجرد تقديمه لبعض الخدمات، فعلى الرغم من تعدد واختلاف ما يقوم به الممنوح له من أعمال إلا أنها تشترك في أنها تتم تحت العلامة التجارية والاسم التجاري للمانح ووفقاً لنظام عمله المميز وبحسب ما تم ذكره من بنود وشروط في العقد، وبناءً عليه يمكن تقسيم أنواع عقد الفرنشايز إلى ما يلي:

- **عقد فرنشايز التصنيع:** ينتشر هذا النوع من الفرنشايز بشكل كبير في المجالات الصناعية التي تقوم في الغالب على الترخيص باستعمال براءة الاختراع أو أي حق آخر من حقوق الملكية الفكرية، بحيث تتجلى بنقل المعرفة الفنية اللازمة لتجميع المنتجات وتصنيعها من صاحب الامتياز للممنوح له، فيقوم الممنوح له بتصنيع السلعة التي تحمل العلامة وتوزيعها، مستعيناً في ذلك بإشراف ومراقبة المانح وخبراته، الذي يحدد نماذج قياسية ومواصفات ينبغي اتباعها<sup>(٢)</sup>، وبناءً على ذلك، يقوم صاحب الفرنشايز باعتباره صاحب أحد المشروعات التي تقوم بإنتاج وتصنيع أحد السلع بالالتزام بإعلام المرخص له بالأسرار الصناعية المتعلقة بإنتاج ذات السلعة التي يقوم المانح بإنتاجها، مع التنويه إلى أن تلك السلعة المنتجة الموضوع عليها علامة صاحب الامتياز التجاري تُجبر المتلقي بالتزام وإتباع كافة التعليمات والخبرات والمعايير الخاصة بالمانح عند إنتاجه لتلك السلعة، مع مراعاة حقوق الملكية الفكرية للأخير<sup>(٣)</sup>.

(١) رابح، سمار. وصوفيان، مكدي. عقد الفرنشايز. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة آكلي محند أولحاج: البويرة، الجزائر. (٢٠٢٠). ص ٢١.

(٢) البشتاوي، دعاء، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣) مرزوق، محمد، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

- **عقد فرنشايز التوزيع:** تعرّف محكمة العدل الدولية للاتحاد الأوروبي للفرنشايز هذا النوع بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه الممنوح له بيع منتجات معينة تحمل العلامة التجارية الخاصة بالمانح بهدف توسيع شبكة توزيع السلع<sup>(١)</sup>، وتكمن أهمية هذا النوع من الامتياز في السماح للمانح بتسويق منتجاته من خلال نظام توزيع معين يقرره المانح صاحب الرقابة والإشراف، بحيث يلتزم ذلك الأخير بتوفير وتوريد المنتجات محل العقد خلال المدة الزمنية والبقعة الجغرافية المقررتين في العقد كما يقدم له المساعدات الفنية في الإعلان عن المنتجات المصنعة والتسويق لها وتقديم الخدمات المتعلقة بالصيانة، بمعنى آخر: بسبب الحق الممنوح للمتلقي فإنه يُعطى الحق في إنتاج سلع تحمل العلامة التجارية للمانح، ومن ثم يقوم ذلك الأخير بتوزيعها<sup>(٢)</sup>.
- **عقد فرنشايز الخدمات:** عرفت محكمة العدل الأوروبية فرنشايز الخدمات بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه يقدم المرخص له تحت الاسم أو العلامة التجارية لصاحب الفرنشايز ووفقاً لتعليماته"، بحيث يقوم الممنوح له بإعادة تقديم الخدمات الخاصة بالمانح وبنفس الطريقة التي يضعها دون بيع أو توزيع للمنتجات التي تحمل اسمه أو علامته التجارية<sup>(٣)</sup>، وبحيث يلتزم بتقديم خدمة أو خدمات معينة لفترة زمنية محددة بالمعايير القياسية والمواصفات والأنظمة الخاصة بالمانح مع استمرار المراقبة الصارمة على تنفيذ تلك المعايير وتطبيقها باعتبار أن القلب النهائي للخدمة المقدمة موضوع تحت العلامة التجارية لصاحب الفرنشايز، وعليه فإن الممنوح له يعتمد على النجاح والشهرة التي حققها صاحب الامتياز مسبقاً في هذا المجال أثناء ممارسته لنشاطه التجاري، أي أن المانح يضع بموجب هذا النوع بعض الخدمات بتصرف الممنوح له، الذي بدوره يقدمها للزبائن تحت شعار الأول وعلى مسؤوليته<sup>(٤)</sup>.
- **عقد فرنشايز البنيان التجاري:** يستغل فرنشايز البنيان التجاري بصفة رئيسية للعمل على شهرة العلامة التجارية ونشرها لتعريف العملاء بها لاعتقاد غالب الجمهور على طلب الخدمات أو السلع التي تحمل العلامة وتعاملهم معها باستمرار، لذلك يلجأ المانح في العادة إلى إبرام عقود الامتياز التجاري مع عدد من المشروعات التي يختارها والتي قد تصل إلى أعداد هائلة، وبالتالي يكون كل مشروع ممنوح له كأحد أطرافه مكوناً لسلسلة مشروعات تستخدم جميعها اسم المانح وعلامته التجارية مع استقلال كل مشروع ممنوح له استقلالاً كاملاً عن الآخر من الناحية القانونية.

(١) علي، معمر. عكاكة، فاطمة. عقد الفرنشايز وآثاره. مجلة الدراسات القانونية والسياسية. ٦(١). الجزائر. (٢٠٢٠). ص ١٨٦.

(٢) تفاصيل عقود الفرنشايز وأنواعها الخاصة، (٢٠١٨). عمان. الأردن. منشور على الرابط الإلكتروني <https://www.vapulus.com/ar/>.

(٣) أنجوال، نسيم. عقد الفرنشايز في القانون الجزائري. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الجزائر. (٢٠١٣). ص ٢٥.

(٤) البشتاوي، دعاء، المرجع السابق، ص ٢٩.

## المبحث الثاني

### التزامات طرفي عقد الفرنشايز

متى ما انعقد العقد لاستيفائه أركانه وشروطه وأصبح نافذاً، فإنه بطبيعة الحال كغيره من العقود سيرتب آثاراً بمواجهة طرفيه وفقاً لما تم النص عليه في المادة (١٩٩) من القانون المدني الأردني<sup>(١)</sup>، وعليه فإن الالتزامات الواقعة على عاتق طرفي العقد بصفته عقد معاوضة متعددة، بحيث لا يمكن إنكار كم الفوائد التي يجنيها أطراف العقد وينتجها بتعادل للطرفين على وجه ملموس، فخروجه إلى الوجود صحيحاً ومستوفياً كافة شروطه يرتب جملة من الالتزامات على المانح والممنوح له سوف يبينها تباعاً المطلوبان الآتيان.

#### المطلب الأول: التزامات المانح لعقد الفرنشايز

يعرف مانح الفرنشايز بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمتلك الفرنشايز والامتياز راجباً في وضعه صوب الاستثمار عن طريق تنازله والسماح للمتلقي الممنوح له باستغلال نتاجه التجاري أو الصناعي بمقابل، بمعنى أنه الطرف الذي يمنح اسمه التجاري أو علامته التجارية أو حقاً من حقوق ملكيته الفكرية وعمله الخاص به إلى المتلقي<sup>(٢)</sup>، فتحديد طبيعة التزام المانح يتحدد بالنظر إلى محل الالتزام، وبالتالي فإن صاحب الامتياز يقع عليه التزام نقل المعرفة الفنية منذ لحظة انعقاد العقد، ويترتب على ذلك التزامه بتحقيق نتيجة ولا يكفي التزامه بمجرد بذل العناية اللازمة أي أنه التزام ذو طابع عيني، وعليه سيكتفي هذا المطلب بتناول الالتزامات التي يختص بها عقد الفرنشايز بما يميزه عن غيره من العقود، وهي الالتزام بالإعلام، والالتزام بالمساعدة الفنية، والالتزام بالضمان، وذلك من خلال الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة للتعاقد

يقع على عاتق صاحب الفرنشايز في الفترة السابقة على إبرام العقد بتقديم ومنح المتلقي وثيقة تحمل بعض المعلومات عن النظام الذي يملكه والمشروع المراد ترخيصه من أجل تمكين ذلك الأخير من إمامه بكافة العناصر والمعلومات الخاصة بالمشروع والعقد وجوانبه لتعيينه على فهم عمله المرخص له، وتتضمن هذه المعلومات البيانات المتعلقة بشركة المانح كإطلاعها على اسم الشركة وعنوانها ورأس مالها أو شركائها، والمعلومات المتعلقة بمدى خبرة المانح في القطاع الذي سيكون فيه مجال الفرنشايز، وتاريخ بدء عمل نشاطه ومراحل نشأة وتاريخ إنشاء وعرض شبكة الفرنشايز، كما يلتزم بإعلام الممنوح له عن حقوق الملكية الفكرية التي يمتلكها والتي تكون متعلقة بموضوع

(١) نصت المادة (١٩٩) من القانون المدني الأردني على أنه: "١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وببدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك. ٢- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما".

(٢) القضاة، عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٩.

الفرنشايز مثل حق المؤلف والحقوق المجاورة أو أي أوراق ومستندات على ملكيته للعلامة التجارية أو الاسم التجاري<sup>(١)</sup>.

وتمحيصاً في القوانين الفرنسية فإن المانح يلتزم بالتقيد بحسن النية في إعلام الممنوح له انطلاقاً من أن الهدف من هذا القانون هو حماية حق المتلقي نظراً لعدم خبرته فيه باعتبار العقد من عقود الإذعان، أما فيما يتعلق بالولايات المتحدة الأمريكية فقد نصت بشكل صريح على الالتزام الملقى على عاتق المانح بإعلام الممنوح له بواسطة معلومات تتضمن عشرين نوعاً من المعلومات تتعلق بالمؤسسة والتسجيل بالسجل التجاري وغيرها<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني: الالتزام بنقل المعرفة الفنية والمساعدة التقنية

تشتمل المعرفة الفنية جميع المعلومات الخاصة بالمنتجات المصنعة أو الموزعة أو الخدمات المقدمة للعملاء بمختلف أنواعها، أما المساعدة التقنية فتتمثل في كونها مجموعة من نصائح التدريب والإرشادات الصادرة من المانح أو من يحل محله لكل عامل لديه ابتغاءً لنشر التوسع السريع إنتاجياً وتحسيناً لمستواه بخفض تكاليفه الخاصة وتوفير كميات متزايدة من السلع وبأسعار معقولة، وعادةً ما تغلب على هذه التقنية السرية التي يكون من المستحيل الحصول عليها لولا العلاقة التعاقدية ما بين المانح والممنوح له باعتبارها عنصراً جوهرياً مهماً لتحقيق النتائج المرجوة والمخطط لها بينهما في الأسواق، وفي هذا الصدد فقد تناول المشرع الفلسطيني في المادة (٢/٨٠) من قانون التجارة الخاص به ما يدل على عناصر المعرفة الفنية، وذلك بذكرها وجوب اشتغال العقد على كافة عناصر وتوابع المعرفة الفنية المنقولة إلى الممنوح له، وبينت جوازية ذكر هذا البيان إذا ما كان مصطحباً بأي تعليمات أو رسومات أو خرائط وصور هندسية بما يُعتبر موضعاً للمعرفة ومسهلاً لتلقيها باعتبارها أحد ملاحق العقد وجزءاً منه<sup>(٣)</sup>.

ونظراً لكمية المعرفة الفنية التي تتوصل إليها الشركات عادةً فإنها تلجأ لحمايتها دون أن تصدر شهادة براءة اختراع خاصة بها، وعليه فإن نص المادة (٨) من قانون براءات الاختراع الأردني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩ وتعديلاته، والمادة (٥٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢؛ اتجهتا إلى أن المعلومات غير المفصح عنها تعتبر محمية بموجب القانون إذا ما توافرت بها صفة السرية والوضوح بحيث تكون في تكوينها غير معروفة لدى صنّاع ذات المجال<sup>(٤)</sup>.

(١) الباري، ابن مبارك، وعبد الوهاب، حنين. عقد الامتياز التجاري. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة أحمد دراية. أدرار، الجزائر. (٢٠١٧).

ص ٢٩.

(٢) البشتاوي، دعاء، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٣) عبدلي، سهام. عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز). رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة المسيلة. المسيلة، الجزائر. (٢٠١٣). ص ٤٦.

(٤) نصت المادة (٨) من قانون براءات الاختراع الأردني على أنه: "أ. يحق لأي شخص أن يتقدم بطلب لتسجيل اختراع على النموذج المعد لهذه الغاية وفق الإجراءات التالية: ..... تحديد العناصر التي يرغب في حمايتها شريطة أن تكون واضحة ومدعمة بوصف كامل. ونصت المادة (٥٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري على أنه: "تتمتع بالحماية طبقاً لأحكام هذا القانون المعلومات غير المفصح عنها شريطة أن يتوافر

أما المساعدة التقنية فهي عادة ما تتمثل في تقديم مستشارين من قبل المانح لتدريب طاقم عاملي الممنوح له وإعطائهم النصائح الخاصة بالإشراف وتوضيح كيفية الإنتاج بحسب النظام والقالب المعتمد من صاحب الفرنشايز، بحيث تختلف طرق تقديم هذه المساعدة باختلاف النشاط التجاري وطبيعة محل العقد ومعرفة الفنية<sup>(١)</sup>، وترتيباً على ذلك، فقد اعتبرت قواعد الفرنشايز الأمريكية أن توافر المساعدة التقنية تعد من أحد الالتزامات الجوهرية التي لا يقوم دونها هذا العقد، وينبغي أن تكون تلك المساعدة ذات أهمية للممنوح له بحيث تشمل عناصر الإنتاج جميعها دون أن تنصب على جزء بسيط منها كبيع سلعة معينة بحيث تكون مساعدة ضئيلة ذات تأثير هامشي، ويتحقق ذلك متى ما كانت تلك المساعدة متعلقة بجزء يسير من أعمال صاحب الفرنشايز لإدارة أعماله<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث: الالتزام بالضمان

تطبق أحكام الضمان على كل العقود التي تستوجب توافرها فيها، فلا ضير من أن يضمن مانح النشار نقل المعرفة الفنية واستعمالها من قبل الممنوح له بالشكل الصحيح لإنماء استغلاله واستثماره للمشروع الإنتاجي المرخص له خلال فترة العقد، ويعد هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي توفّر الاستعمال الهادئ والمستقر للامتياز لكل من الطرفين، ولكون الأحكام الخاصة تطبق عليه بالمبيع فإن الباحثة تستند إلى نص المادة (٥٠٣) من القانون المدني الأردني التي اتجهت إلى أنه: " يضمن البائع سلامة المبيع عن أي حق للغير يعترض المشتري إذا كان سبب الاستحقاق سابقاً على عقد البيع، ويضمن البائع أيضاً إذا استند الاستحقاق إلى سبب حادث بعد البيع ناشئ عن فعله "، كما أن المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري والمادة (٤٨١) من القانون المدني الكويتي قد اتجهتا إلى ضمان البائع بعدم التعرض للمشتري في انتقاعه بالمبيع كله أو بعضه سواء أكان التعرض من فعله أم من فعل أجنبي، ومن الحري بالذكر إلى أن مانح الامتياز ملزم بضمان العيوب الخفية في كل ما ينقله للمتلقي باعتبارها الصورة الثانية من صور الضمان<sup>(٣)</sup>، وعليه فقد نص المشرع الأردني في المادة (٥١٢) من القانون المدني على أنه " يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه، وتسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية...".

وترى الباحثة بأنه من الأجدر ذكر البند الخاص بالضمان عند صياغة عقد الفرنشايز، كأن يُنص فيه على ضمان المانح لمطابقة المواد المتعلقة بالإنتاج التي يحتاج إليها الممنوح له للمواصفات القياسية المعتمدة في الأردن وضمان جودتها، وأنه إذا كان قد ثبت بأي حالٍ من الأحوال وجود عيب خفي أو مخالفة لما قد تم وصفه في تلك

فيها ما يلي: ١. أن تتصف بالسرية، وذلك بأن تكون المعلومات في مجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعي الذي تقع المعلومات في نطاقه...".

(١) القضاة، عبد الله. المرجع السابق. ص ٣٥.

(٢) مرزوق، محمد، المرجع السابق، ص ٦١٠.

(٣) نصت المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري على أنه: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتقاع بالمبيع أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه"، أما المادة (٤٨١) من القانون المدني الكويتي فقد نصت على أنه: " يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك".

المنتجات فإنه يحق للممنوح له الحصول على التعويض المناسب لما أصابه من ضرر وإعادة البضاعة على نفقة المانح الخاصة.

### المطلب الثاني: التزامات الممنوح له في عقد الفرنشايز

إذا كان عقد الفرنشايز قد حدد بعض الالتزامات على المانح باعتباره صاحب الامتياز التجاري وناقله إلى غيره بهدف توسيع الاستثمار والإنتاج التجاري، فمن الطبيعي أن يقابل ما التزم به المانح التزامات أخرى تقع على عاتق الممنوح له الامتياز كطرف ثان في العقد تترتب عليه بموجبه وتُلزمه بتنفيذها والأخذ بها وتحقيقها، وهي في الأغلب تعد حقوقاً لمانح الامتياز الذي تنازل له باستغلال معرفته الفنية التي تتسم بالسرية وتعتبر نتاج تجاربه التجارية الطويلة، ولذلك تكون التزامات الممنوح له أوسع من تلك التي تقع على عاتق مانح الامتياز، ويتبين ذلك من خلال الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: الالتزام بالمحافظة على السرية

يُلقى على عاتق متلقي الامتياز التزام المحافظة على سرية كل ما تلقاه من معلومات سرية وأساليب ومعرفة فنية وأي طرق توضح كيفية الاستعمال كان قد امتلكها من المانح، ويعود ذلك في أن المانح ونظراً لكونه صاحب العلامة التجارية أو حق الملكية الفكرية؛ فإنه قد حاز نتيجة عمله الشاق وممارسته لمحل الفرنشايز على الأسرار التجارية أو الفنية المتعلقة ببيانات المنتجات أو طريقة إنتاجها ووصفها وشكلها النهائي، وباعتبار أنه من يستأثر بمعايير ونظام العمل وإجراءاته الفنية فإن مجموعة الأسرار التجارية التي يمتلكها تفوق قيمتها الفعلية، ولذلك فإن نموذج العمل الخاص بمحل الفرنشايز يعد نموذجاً أصيلاً ومستقلاً ذا كيان واحد لا يُسمح لأبي كان إعادة تطبيقه في كيان آخر عدا من يعمل تحت يد الممنوح له من موظفين وعاملين، فمن الجدير بالذكر أن كشف هذه الأسرار للكافة أو على الأقل لمن لديه أي نشاط تجاري أو إنتاجي يعتبر بمثابة هدم كامل لمسيرة النشاط العائد لصاحب الفرنشايز<sup>(١)</sup>، ومن هنا ظهرت أهمية التزام الممنوح له ومن تحت يده في المحافظة على كل ما تم نقله لهم بحكم عقد الفرنشايز المعقود بينهم، وينبغي التنويه على أن التزام الممنوح له بالسرية والتكتم يبدأ منذ لحظة بدء المفاوضات أي قبل توقيع العقد ويستمر خلال تنفيذه وحتى بعد انتهائه، فلا يبدأ العمل بمبدأ السرية بمجرد نفاذ العقد وإنما ينسحب على المرحلة السابقة على التعاقد أي في مرحلة المفاوضات ويستمر إلى ما بعد التعاقد وذلك بالنص على عدم إفشاء أي من الأسرار أو المعلومات سواء أكانت تكنولوجيا أم عملية أم أي شيء يعد في حكمها<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الثاني: التزام الممنوح له بدفع الثمن

يعتبر التزام المتلقي بدفع الثمن هو ما يعبر عن التبعية الاقتصادية النابعة منه تجاه المانح، بحيث يقوم الممنوح له على أساسه بدفع مبلغ مالي قد تم تحديده مسبقاً مراعيًا فيه شهرة العلامة التجارية والمعرفة الفنية

(١) مرزوق، محمد، المرجع السابق، ص ٦١٩.

(٢) الباري، ابن ميارك، عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ٣٦ وما بعدها.

ونجاحها وسمعة صاحبها وقيمة كل مما ذكر عند تقديره للثمن، بمعنى أن الثمن يُعد بدلاً لشهرة العلامة الخاصة بالمانح<sup>(١)</sup>، وباعتبار أن المستفيد هو الممنوح له فإنه من يتحمل نفقات وعبء العملية الإنتاجية الاستثمارية، فهو ملزم بتحضير وتهيئة المنشأة الخاصة بالفرنشايز وكل ما يحتاجه من عاملين ومواد مصنّعة وإنتاجية، ومن ثم دفعه لرسم يسمى رسم الدخول الذي يتيح له بدء العمل في الشبكة الخاصة بالفرنشايز<sup>(٢)</sup>، وعليه فالمقابل الذي يلتزم بدفعه ذلك الأخير يشتمل على كل أداء يقوم به المتلقي لصاحب الامتياز حتى يتكون له الحق في الانضمام لشبكة الفرنشايز الخاصة بصاحبها، بمعنى أن الثمن في هذه الحالة يؤخذ بمعناه الواسع، وذهبت الولايات المتحدة الأمريكية إلى بيان وتعداد قواعد المدفوعات التي تدخل في نطاق التزام دفع ثمن الفرنشايز ونفقاته والتي تتمثل فيما يسمى برسوم الفرنشايز الأولية، بحيث تتجلى في مقابل المساعدة في الحملات الإعلانية والتدريب وتأجير المعدات وبيعها إضافة إلى المدفوعات المستمرة التي تمثل نسبة من المبيعات، وعليه يتبين أن المقابل المدفوع من قبل الممنوح له تعد أداءات مستمرة ودورية تبدأ بالتعاقد وتستمر طوال مدة سريان العقد.

ومن الجدير بالذكر أن وزارة الاقتصاد في المملكة العربية السعودية قد وضعت نموذجاً موحداً لعقد الفرنشايز، فأشارت إلى أن: "يستحق الطرف الثاني (المانح) قبل الطرف الأول (الممنوح له) عمولة مقدارها..... من قيمة الأشياء المباعة في منطقة العقد"، بمعنى أن الممنوح له ملزم بدفع تلك النسبة من الثمن حتى لو لم يحقق أي أرباح، وعليه ترى الباحثة أن هذا النص فيه إجحاف في حق الممنوح له باعتبار أن جميع الدول العربية هي دول متلقية للفرنشايز لا مانحة له<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثالث: الالتزام بشرط الحصرية

يقصد بشرط الحصرية هو كل شرط يمنح الحق للممنوح له باستغلال واحتكار النشاط التجاري محل الفرنشايز في إقليم جغرافي معين، بحيث يمنع صاحب الامتياز أو غيره من ممارسة النشاط المرخص للمتلقي في ذات الإقليم الجغرافي وفي ذات مدة سريان العقد بحقه، ويتضمن كذلك إلزام المتلقي بعدم الحصول على مستلزمات الإنتاج اللازمة لنشاطه إلا من خلال صاحب الفرنشايز، ويلتزم الأخير كذلك بعدم توريد أي مستلزمات إنتاج للغير في ذات الإقليم المحدد فيه نشاط المرخص له، وبالتالي فإن هذا الشرط يعد من الشروط الأساسية التي يتسم ويمتاز بها أي عقد من عقود الفرنشايز<sup>(٤)</sup>.

(١) البشتاوي، دعاء، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٢) رايح، سمار. وصوفيان، مكدي. المرجع السابق. ص ٥٠.

(٣) أنموذج منشور على موقع وزارة الاقتصاد والتخطيط في المملكة العربية السعودية، على الرابط الإلكتروني <https://www.my.gov.sa>.

(٤) مرزوق، محمد، المرجع السابق، ص ٦٣٦.

## الخاتمة

بعد أن تناولت هذه الدراسة الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز وخصوصياته باعتباره أحد العقود التجارية الحديثة التي لاقت اهتماماً عالمياً ودولياً واسعاً، رأت الباحثة وبعد الدراسة إلى أن عدم وجود قواعد قانونية تنظم هذا العقد أدى إلى تضارب الكثير من الآراء وظهور اختلافات عديدة بهذا الشأن إلى سطح الوجود على الرغم من الأهمية البالغة والاقتصادية التي تتأتى من الانخراط في عقود الفرنشايز، وبمحاولة الباحثة إلقاء الضوء على بعض الجوانب القانونية المتعلقة بهذا العقد تبين أن هذا الغموض الذي اكتنف عقود الامتياز التجاري لم يدم طويلاً في البلاد الأوروبية انطلاقاً من وضعها أحكاماً خاصة به على خلاف ما هو بادٍ في التشريع الأردني وغيره من التشريعات المقارنة كالمصري والكويتي وغيرهما، ذلك أن النصوص المتعلقة بعقد الفرنشايز نصوص متبعثرة تخضع لقواعد العقود العامة ناهيك عن أنه نظام غير كامل وغير مستقل، وبالتالي يشعر كل من المانح والممنوح له بالحيرة، وعدم إمكانية فهم ومعرفة كل ما يقع على عاتقهما من حقوق والتزامات.

وبناءً على ما تقدّم فإن الباحثة توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:

### أولاً: النتائج

- لم يفرد المشرع الأردني في المملكة الأردنية الهاشمية أو التشريعات المقارنة تنظيمياً خاصاً لأحكام عقد الفرنشايز بجميع حيثياته وأجزائه، إلا أن هذه التشريعات لا تخلو من وجود بعض النصوص المتفرقة المتعلقة ببعض أحكامها وتنظيم جزء منها، وبخاصة القوانين المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية الحديثة.
- يمثل عقد الفرنشايز أحد المعاملات العقدية المستحدثة التي تعطي الصلاحية لأصحاب الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية ببناء شهرة لعلامته التجارية أو خدماته من خلال السماح له بالتوغّل إلى أسواق جديدة محلية أو خارجية دون تحمل أي أعباء مالية، وذلك من خلال منح صاحب الفرنشايز الترخيص لبعض الأشخاص الممنوح لهم باستخدام ما يملكه المانح من معرفة فنية لأنشطتهم.
- لا يقتصر المانح وصاحب الامتياز التجاري وحده على الانتفاع من عقد الفرنشايز، فحصول الممنوح له على مزايا تتمثل في استفادته من اسم المانح وخبراته وعلامته التجارية أو الصناعية ومعرفته الفنية وهو ما يعتبر نجاحاً لمشروعه بصورة مؤكّدة.
- يعد التزام المانح بنقل المعرفة الفنية للممنوح له من أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه في مجال هذا النوع من العقود، مع توافر شرط السرية وقابليتها للانتقال باعتبارها ذاتية خاصة.

### ثانياً: التوصيات

- تتمنى الباحثة من المشرع الأردني والتشريعات المقارنة ككل بضرورة تنظيم أحكام عقد الامتياز التجاري، وذلك من خلال إصدار تشريع خاص مستقل ينظم أحكام هذا العقد نظراً لأهمية وحدائث عقد الفرنشايز في الحياة التجارية والمعاملات العقدية.



- تتمنى الباحثة من المشرع الأردني العمل على محاولة توفير الحماية اللازمة للممنوح له بشكل أكبر، كأن تكون المعرفة الفنية التكنولوجية متلائمة مع ظروف الممنوح له باعتباره الطرف الأضعف في العقد المبرم بمواجهته.
- تتمنى الباحثة من المشرع الأردني والتشريعات المقارنة بضرورة وضع عقوبات جزائية عند مخالفة الطرف المتلقي شروط عقد الفرنشايز المتفق عليها وعدم الاكتفاء بالتعويض جزاء مترتباً على المخالفة، إذ إن توسيع عقوبة ذلك الأخير تجعله يستشعر بخطورة تخلفه عن الالتزام بالشروط المفروضة عليه من قبل المانح.
- تتمنى الباحثة من المشرع الأردني والتشريعات المقارنة معالجة إمكانية وجود شروط تعسفية في العقد، التي قد تؤثر عليه من خلال اختلال التوازن العقدي لأطرافه بحيث يصبح مجحفاً بحق أحدهم وذا منفعة استغلالية بحق الآخر، الأمر الذي ينفي الغاية المرجو تحقيقها من التطرق لاستخدام المعاملات العقدية ومخالفة الأهداف المتعلقة بعقد الفرنشايز.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً-الكتب المتخصصة باللغة العربية:

- الجبوري، ياسين. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني مصادر الالتزامات. الطبعة الثانية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن. (٢٠١١).
- الحديدي، ياسر. النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري. منشأة المعارف للنشر والتوزيع. الإسكندرية، مصر. (٢٠٠٧).

### ثانياً-الرسائل الجامعية:

- أنجوال، نسيمه. عقد الفرنشايز في القانون الجزائري. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الجزائر. (٢٠١٣).
- الباري، ابن ميارك، عبد الوهاب، حنين. عقد الامتياز التجاري. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة أحمد دارية. أدرار، الجزائر. (٢٠١٧).
- البشتاوي، دعاء. عقد الفرنشايز وآثاره، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة النجاح الوطنية. نابلس، فلسطين. (٢٠٠٨).
- القضاة، عبد الله. آثار عقد الفرنشايز وانقضاؤه، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة الشرق الأوسط. عمان، الأردن. (٢٠١٥).
- توفيق، خلفاوي. عقد الامتياز التجاري الفرنشايز. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة العربي بن مهيدي. أم البواقي، الجزائر. (٢٠١٥).
- رايح، سمار. وصوفيان، مكحفي. عقد الفرنشايز. رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة أكلي محند أولحاج. البويرة، الجزائر. (٢٠٢٠).
- ساسية، عروسي. الطبيعة القانونية لعقد الفرنشايز، رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة سطيف. الجزائر. (٢٠١٥).
- عبدلي، سهام. عقد الامتياز الجاري (الفرنشايز). رسالة ماجستير غير منشورة. جامعة المسيلة. المسيلة، الجزائر. (٢٠١٣).

### ثالثاً-البحوث العلمية:

- أبو صالح، سامي. عقود الفرنشايز وأثرها على حقوق الملكية الصناعية والمنافسة الحرة. مجلة القانون والاقتصاد. العدد ٨٩. جامعة القاهرة.
- الصوالحة، خالد. وهليل، منير. الجوانب القانونية لعقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ٥(٣)، عمان، الأردن. (٢٠١٩).
- الغامدي، عبد الهادي. إشكاليات الامتياز التجاري في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية مقارنة. مجلة جامعة الملك عبد العزيز. ٢٩(١). (٢٠١١).

- المستريحي، علاء. والمجالي، توفيق. القانون الواجب التطبيق على عقود الفرنشايز الدولية. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. ٤٨(٤). (٢٠٢١).
- بارود، حمدي. عقد الترخيص التجاري "الفرنشايز" وفقاً لأحكام مشروع قانون التجارة الفلسطيني. مجلة الجامعة الإسلامية. ١٦(٢). غزة، فلسطين. (٢٠٠٧).
- بليمان، يمينة. عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، ٣٠(٢)، الجزائر. (٢٠١٩).
- ابن علي، معمر. عكاكة، فاطمة. عقد الفرنشايز وآثاره. مجلة الدراسات القانونية والسياسية. ٦(١). الجزائر. (٢٠٢٠).
- شاهين، آلاء. وأبو الشامات، محمد. التكيف القانوني لعقد الفرنشايز دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ١٧(١). دمشق، سوريا. (٢٠٢٠).
- مرزوق، محمد. الجوانب القانونية لعقد الفرنشايز، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٥٤)، المنصورة، مصر. (٢٠١٣).

#### رابعاً- القوانين:

- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦).
- قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩).
- قانون براءات الاختراع الأردني رقم (٣٢) لسنة (١٩٩٩).
- قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة (٢٠٠٢).
- قانون التجارة الفلسطيني رقم (١٢) لسنة (١٩٦٦).
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).
- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠).

#### خامساً- المواقع الإلكترونية:

- المزين، محمد. مقال بعنوان ماذا تعرف عن عقد الفرنشايز. منصة العقد للخدمات القانونية. (٢٠٢٠). منشور على الرابط الإلكتروني <https://theaqd.com>. زيارة ٣/ مايو/ ٢٠٢٢.
- عقد الامتياز التجاري الفرنشايز. عمان، الأردن. (٢٠٢٠). منشور على الرابط الإلكتروني <https://jordan-lawyer.com>. زيارة ٧/ مايو/ ٢٠٢٢.
- تفاصيل عقود الفرنشايز وأنواعها الخاصة. عمان، الأردن. (٢٠١٨). منشور على الرابط الإلكتروني <https://www.vapulus.com/ar/>. زيارة ٨/ مايو/ ٢٠٢٢.
- وزارة الاقتصاد والتخطيط في المملكة العربية السعودية، على الرابط الإلكتروني <https://www.my.gov.sa>. زيارة ١٠/ مايو/ ٢٠٢٢.

## العلاقة بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع الأردني

اسيل خالد جمال ابوساره\*، مجد وليد حيدر ابوبكر\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.08](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.08)

تاريخ استلام البحث

.٢٠٢٢/١٠/٠١

تاريخ قبول البحث

.٢٠٢٢/١١/١٣

\* محامي مزاول- القانون الدولي، الاردن.

\* للمراسلة:

[Majdalahmad83@gmail.com](mailto:Majdalahmad83@gmail.com) / [Asil.abusara@yahoo.com](mailto:Asil.abusara@yahoo.com)

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، بناءً على ما ورد في الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية، وتم تسليط الضوء على التشريع الأردني محل هذه الدراسة، وهدفت هذه الدراسة إلى الإحاطة بمفهوم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية وتتمثل المشكلة في الخلط بين الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية حيث إن المهاجر قد يصبح ضحية لجريمتين: الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، وقد توصلت الدراسة إلى أن لكل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية مفهوماً خاصاً بها، إلا أنه على الرغم من وجود هذا المفهوم يتم الخلط بينهما في الواقع، بناءً عليه تم التوصل إلى معيار للتمييز بين الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية كي يتم تفادي وقوع الخلط بينهما، كما تم توضيح أوجه الشبه والاختلاف لزوال اللبس.

الكلمات الدالة: الاتجار بالبشر، الهجرة غير الشرعية، بروتوكول باليرمو، الجريمة المنظمة.

## The Relationship between Illegal Immigration and Human Trafficking in light of International Conventions and Jordanian Legislation Aseel Khaled Jamal Abusara\*, Majd Waleed Abubaker\*

\* Practicing Lawyer, International Law, Jordan.

\* Crossponding author: [Asil.abusara@yahoo.com](mailto:Asil.abusara@yahoo.com)/[Majdalahmad83@gmail.com](mailto:Majdalahmad83@gmail.com)

Received: 01/10/2022.

Accepted: 13/11/2022.

### Abstract

This study tackled the issue of human trafficking and illegal immigration as stated in international agreements and national legislations. The light was shed on Jordanian legislation as the subject of this study. The study aims at discussing the concept of human trafficking and illegal immigration. The problem arises from the confusion between human trafficking and illegal immigrations, as the immigrant might be the victim of two crimes: trafficking and smuggling. The study concluded that each of these two concepts has its own meaning. Despite the fact that they are different, yet they are confusing. The researchers came up with a criterion by which they could differentiate between trafficking and immigration, thus avoiding confusion. In addition, they elaborated on similarities and dissimilarities to clarify ambiguity.

**Keywords:** Human trafficking, Illegal immigration, Palermo protocol, Organized crime.

## المقدمة

جريمة الاتجار بالبشر ليست وليدة هذا العصر؛ ففي الزمن الغابر جرد بعض الأشخاص من القيم والحقوق والكرامة، ليتركوا في نظر العديد من المجتمعات القديمة بأنه عبد يشتري ويبيع من سيد لآخر، وما كانت كلمة إنسان تليق إلا بالأسياذ أي أن ما هو بنظر القانون والمجتمع الدولي جريمة يعاقب عليها الآن ما كان إلا جزءاً من نمط الحياة الطبيعية في السابق.

كما أن تجرد بعض الناس من الأخلاق والضمير؛ أدى إلى توافر هذا النوع من الجرائم نتيجة السلوك الضعيف والبعيظ لديهم الذي يهدف إلى تحقيق المصالح المادية.<sup>(١)</sup>

كما أن الاتجار بالبشر ليس وليد هذا العصر وإنما هو موجود منذ الأزل إذ كان يتمثل في الرق والعبودية والاستغلال، إلى أن أضحي وتفرع إلى أنواع حديثة تتمثل في الاتجار بالبشر بكافة صورته التي سوف نبحث عنها في هذه الدراسة.

من أهم صور الاتجار بالبشر الهجرة بطرق غير شرعية التي باتت تتراد في الآونة الأخيرة، وذلك نتيجة استغلال حاجة الإنسان وظروفه، التي تشكل الحافز والمسبب الرئيس له في اتخاذ الهجرة غير المشروعة السبيل الوحيد للهروب من ظروفه المحيطة واعتبارها المنفذ والحل الأمثل.

الاتجار بالبشر ذو طابع دولي، أثره لا يقتصر على دولة معينة، وإنما يمتد إلى عدة دول ولكن تختلف من حيث الشكل والنمط التي تمارس فيه هذا النوع من الجرائم، وذلك يعود إلى نظرة الدولة إلى مفهوم الاتجار بالبشر، وكيفية مكافحة هذه الدول له من خلال سن القوانين والاتفاقيات والأنظمة.<sup>(٢)</sup>

وقد تتداخل الهجرة غير الشرعية بجريمة الاتجار بالبشر، كونها تشكل إحدى وسائل الاتجار بالبشر من خلال نقل الضحايا المراد الاتجار بهم من دولة إلى أخرى، وقد يرغب الشخص بالهجرة من مكان إلى آخر لكن بطرق غير شرعية بحثاً عن العمل ومن خلال هذه الهجرة يصبح عرضه للاتجار به.

ولعل الإنسان في بعض الأحيان يسعى نحو هدف مشروع يحقق مصلحة له كالهجرة لغاية العمل هارباً من الواقع المرير الذي يعيشه في بلاده، وقد يلجأ إلى تحقيق هدفه للهجرة بطرق غير مشروعة لسبب أو لآخر، لكن هدفه المشروع ذاك قد يعطي لذوي الأنفس المريضة الفرصة لتحقيق غايات غير مشروعة تؤدي إلى نهاية غير متوقعة لطريق الهجرة المظلم الذي سرعان ما يتحول إلى استغلال هؤلاء الضحايا في العديد من صور الاستغلال التي تشكل اتجاراً بالبشر.

<sup>(١)</sup> السبكي، هاني(٢٠١٠). عمليات الاتجار بالبشر دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وبعض التشريعات العربية والأجنبية. الإسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي، ص٢٢.

<sup>(٢)</sup> الشناوي، محمد(٢٠١٤). استراتيجية مكافحة جرائم الاتجار في البشر. القاهرة، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية، ص١٥.

### إشكالية الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في الانتشار الواسع لعمليات الاتجار بالبشر، وذلك نتيجة الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المحيطة؛ التي أدت إلى انتشار مثل هذا النوع من الجرائم التي أخذ مرتكبوها بانتهاز الفرص لتحقيق أرباح طائلة نتيجة استغلال هؤلاء الضحايا، بالإضافة إلى ذلك تتمثل إشكالية الدراسة في الخلط فيما بين الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية كون أن المهاجر قد يصبح ضحية لجريمتين؛ الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين.

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على الاتجار بالبشر، على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وبالأخص التشريع الأردني، وذلك لما لها من خطورة على المجتمع ككل، كونها تهدد جميع فئات المجتمع وتحط من كرامة الإنسان، وتنتهك حقوقه.

### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، وتوضيح مفهوم الاتجار بالبشر بناءً على ما ورد بقانون مكافحة الاتجار بالبشر الأردني، وكذلك تحديد التعويض اللازم للمجني عليه نتيجة عملية الاتجار بالبشر، وتوضيح مدى ردع العقوبات المقررة للاتجار بالبشر، وكيفية التفريق فيما بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر.

### أسئلة الدراسة:

تتمحور تساؤلات الدراسة حول ما يلي:

- ما المقصود بالاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية؟
- ما هو المقصود بالاتجار بالبشر حسب قانون مكافحة الاتجار بالبشر الأردني؟
- ما هي طرق مكافحة الاتجار بالبشر وما الاستراتيجيات التي يجب أن تتبع؟
- هل يترتب تعويض لضحايا الاتجار بالبشر؟
- ما هو مدى ردع العقوبات المقررة للاتجار في البشر؟
- مدى موثمة التشريعات الأردنية النافذة مع الاتفاقيات الدولية الخاصة بمنع الاتجار بالبشر ومدى الحاجة إلى العمل على موائمتها إذا لم تكن كذلك؟
- ما هو معيار التمييز فيما بين الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية؟

### المنهجية:

اتبع الباحثين المنهج الوصفي في تناول بعض المصطلحات المتعلقة بموضوع الدراسة، والمنهج التحليلي لغاية تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية.

## المبحث الأول

### ماهية الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر

تمثل الهجرة غير الشرعية إحدى الظواهر المهمة التي تشكل خطراً على المجتمع الدولي والمحلي كونها ترتبط بعدد من الجرائم ومن أهم هذه الجرائم جريمة الاتجار بالبشر التي تشكل ثالث أخطر جريمة على العالم بعد تجارة السلاح والمخدرات، وعلى الرغم من التمييز الواضح والصريح بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر في القوانين الدولية والتشريعات الوطنية، ألا أنه قد تتحول الهجرة غير الشرعية إلى جريمة اتجار بالبشر، وذلك من خلال تعرض المهاجر بطرق غير مشروعة لإحدى وسائل الاستغلال، التي تشكل جريمة اتجار بالبشر من خلال مراحل الهجرة غير الشرعية.<sup>(١)</sup>

وقد تتداخل الهجرة غير الشرعية مع جريمة الاتجار بالبشر، كونها تشكل إحدى وسائل الاتجار بالبشر من خلال نقل الضحايا المراد الاتجار بهم من دولة إلى أخرى، وقد يرغب الشخص بالهجرة من مكان إلى آخر لكن بطرق غير شرعية بحثاً عن العمل ومن خلال هذه الهجرة يصبح عرضه للاتجار به.<sup>(٢)</sup>

ولعل الإنسان في بعض الأحيان يسعى نحو هدف مشروع يحقق مصلحة له كالهجرة لغاية العمل هارياً من الواقع المرير الذي يعيشه في بلاده، وقد يلجأ إلى تحقيق هدفه للهجرة بطرق غير مشروعة لسبب أو لآخر، لكن هدفه المشروع ذلك قد يعطي لذوي الأنفس المريضة الفرصة لتحقيق غايات غير مشروعة، تؤدي إلى نهاية غير متوقعة لطريق الهجرة المظلم الذي سرعان ما يتحول إلى استغلال هؤلاء الضحايا في العديد من صور الاستغلال التي تشكل اتجاراً بالبشر.

فالاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية يشكلان جرماً يشتمل على نقل الضحايا كسباً للربح، إلا أن الاتجار بالبشر لديه عناصر مختلفة عن الهجرة غير الشرعية تتمثل في أن يكون الاتجار بطرق غير سليمة كالتجنيد والخداع والقسر، وبالتالي أن يكون الفعل قد ارتكب لهدف الاستغلال.<sup>(٣)</sup>

فالشخص الذي يقوم بالهجرة بطرق غير مشروعة يكون عرضة للاتجار بعد أن يقوم بالاتفاق مع الشخص المُهرب ويسلك ذلك الطريق المظلم الذي يجعل منه عبداً لذلك الشخص (المُهرب) مطيعاً لأوامره ومنفذاً لها، تاركاً مصيره بين يديه، مما دفع الدول إلى أخذ التدابير الاحترازية لمكافحة هذا النوع من الجرائم.<sup>(٤)</sup>

(١) الشخيلي، عبد القادر، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٢.

(٢) الشخيلي، عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٥.

(٣) البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة (٢٠٠٠)، منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة.

(٤) سعيد، محمد مصباح، جريمة تهريب المهاجرين دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨، ص ٩٩.

يتضح لنا مما سبق وجود عناصر مشتركة بين هاتين الجريمتين، من أهمها، المصلحة وكسب الربح، وعنصر نقل الضحايا، الذي يشكل صعوبة في تحديد نوع الجرم المرتكب هل هو اتجار بالبشر أو هجرة غير شرعية؟ مما يثير الشك والتساؤل خاصة عندما يتم نقل المجني عليهم من دولة إلى أخرى بطرق غير مشروعة.

لذلك سوف نوضح مفهوم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية بناءً على ما ورد في الاتفاقيات الدولية والتشريع الأردني:

عرفت المادة الثالثة من بروتوكول باليرمو في الفقرة الأولى منه الاتجار بالأشخاص على أنه: " تجنيد الأشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها، أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".<sup>(١)</sup>

كما عرف المشرع الأردني جرائم الاتجار بالبشر في قانون منع الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩.<sup>(٢)</sup> نصت المادة (٣) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩ تعني عبارة جرائم الاتجار بالبشر "١-استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص. أو ٢- استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشر متى كان ذلك بغرض استغلالهم ولو لم يقترن هذا الاستغلال بالتهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من الطرق الواردة في البند الأول من هذه الفقرة". نلاحظ من خلال ما نص عليه المشرع الأردني من تعريف لجرائم الاتجار بالبشر أنه قريب جداً مما ورد في بروتوكول باليرمو إلا أن هناك بعض الاختلافات البسيطة كاستعمال المشرع الأردني لفظ الاستقطاب بدلاً من لفظ التجنيد الوارد في البروتوكول، كذلك فيما يتعلق بوسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر وإيرادها على سبيل الحصر لا المثال.<sup>(٣)</sup>

وقد كان حرياً بالمشرع إيراد هذه الوسائل على سبيل المثال، وذلك لأن إيرادها على سبيل الحصر قد يؤدي إلى تضيق نطاق هذا النوع من الجرائم وتمكين الجناة من الإفلات من العقاب أو تكيف هذه الجرائم بصورة أبسط من خلال نصوص القوانين الأخرى.

وبالرجوع إلى نص المادة (٣/ب) من قانون منع الاتجار بالبشر رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩ نجد بأن المشرع الأردني أورد صور الاستغلال في جرائم الاتجار بالبشر على سبيل الحصر لا المثال على خلاف ما جاء في بروتوكول باليرمو لعام ٢٠٠٠ الذي ورد فيه عبارة (ويشمل الاستغلال كحد أدنى) فالمشرع الأردني لم يكن موفقاً في حصر

<sup>(١)</sup> بروتوكول منع و قمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠.

<sup>(٢)</sup> قانون منع الاتجار بالبشر (٢٠٠٩/٩) مرجع سابق.

<sup>(٣)</sup> ارتيمه، وجدان، الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٤، ص ١٢١.



وسائل الاستغلال لما لذلك من مخاطر، وبالتالي قد ترتكب جريمة الاتجار بالبشر في صور استغلال أخرى غير المنصوص عليها في هذه المادة كالتسول مثلاً، كما أن المشرع استثنى فعل الترحيل أو النقل من التجريم المنصوص عليه في بروتوكول باليرمو لعام ٢٠٠٠<sup>(١)</sup>.

أما فيما يتعلق بالهجرة غير الشرعية فهي جريمة عابرة للحدود كونها تمتد من دولة إلى أخرى وتتمثل في انتقال الأشخاص من بلد إلى آخر بطرق ووسائل غير مشروعة مما يعرض هؤلاء الأشخاص إلى خطورة كبيرة تتجم عن الوسائل التي تتم بها هذه الهجرة التي تتمثل في الغرق في حالة كانت الوسيلة من خلال الحدود البحرية، أو إطلاق النار من قبل حراس الحدود، والعديد من الوسائل التي قد تقضي بحياة هؤلاء الأشخاص إلى الموت، كذلك تشكل خطورة على أمن وسلامة الدول سواء المرسل منها أم المستقبلية؟

وللهجرة غير الشرعية مفاهيم متعددة سواء من وجهة نظر الدولة المهاجر منها أو الدولة المستقبلية؛ فمفهوم الهجرة غير الشرعية بالنسبة للدولة المهاجر منها هي خروج المواطن من إقليم دولته بوسائل غير شرعية غير الوسائل المخصصة للعبور، أو يخرج من خلال منفذ مشروع لكن بطرق غير مشروعة كتزوير الأوراق الثبوتية الشخصية.<sup>(٢)</sup>

أما بالنسبة للدولة المهاجر إليها فهي عبارة عن وصول المهاجر إليها سواء من خلال الحدود البرية أو البحرية بطرق غير شرعية أو بطرق شرعية تتمثل في الإقامة المؤقتة المسموح بها إلا أنه يرفض المغادرة بعد انتهاء تلك المدة مما يجعلها غير شرعية.

نستنتج مما سبق أن الهجرة غير الشرعية هي جريمة عابرة للحدود كونها تمتد من دولة إلى أخرى وتتمثل في انتقال الأشخاص من بلد إلى آخر بطرق ووسائل غير مشروعة مما يعرض هؤلاء الأشخاص إلى خطورة كبيرة تتجم عن الوسائل التي تتم بها هذه الهجرة والتي تتمثل في الغرق في حالة كانت الوسيلة من خلال الحدود البحرية، أو إطلاق حراس الحدود النار والعديد من الوسائل التي قد تقضي بحياة هؤلاء الأشخاص إلى الموت، كذلك تشكل خطورة على أمن وسلامة الدول سواء المرسل منها أم المستقبلية.

وبلا شك فإن جريمة الهجرة غير الشرعية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالاتجار بالبشر، لذلك سنوضح معيار التمييز فيما بينهما من خلال المطلب الأول من هذا المبحث وفي المطلب الثاني سنبين أوجه الشبه فيما بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر.

<sup>(١)</sup> قانون منع الاتجار بالبشر (٢٠٠٩/٩)، مرجع سابق.

<sup>(٢)</sup> شعبان، حمدي، الهجرة غير المشروعة، مركز الإعلام الأمني، ٢٠١٧، زيارة ٢٧ نيسان، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:

<https://download-library-pdf-ebooks.com/26551-free-book>

**المطلب الأول : معيار التمييز بين الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية**

من حيث الأركان القانونية المكونة للجريمتين، خاصة فيما يتعلق بالركن المعنوي ففي جريمة الاتجار بالبشر يتطلب قصد جرمي خاص قائم على الاستغلال للضحية في تلك الجريمة.<sup>(١)</sup> بينما في الهجرة غير الشرعية لا يتطلب سوى القصد الجرمي العام.<sup>(٢)</sup>

إلا أن الهجرة غير الشرعية قد تتحول إلى جريمة اتجار بالبشر إذا نجم عن الهجرة غير الشرعية أحد عناصر الاتجار بالبشر كالدخول أو الاستغلال المتمثل بالركن المعنوي للاتجار بالبشر وذلك من خلال استغلال من يساعد المهاجر غير الشرعي لذلك الأخير لأغراض أخرى غير المتفق عليه، وهو عبور حدود دولة معينة.

كما أن الاتجار بالبشر هو عبارة عن جريمة يتم من خلالها الاعتداء على الإنسان.<sup>(٣)</sup> بينما في الهجرة غير الشرعية تكون الجريمة اعتداء على سلطات وقوانين الدول المصدرة والمستقبلة التي يتم بها الدخول أو الخروج غير الشرعي للمهاجر، وبناءً على ذلك فإن الذي يتم استغلاله لغاية المتاجرة به يعتبر ضحية، بينما المهاجر غير الشرعي يكون متهماً أمام السلطات المختصة.<sup>(٤)</sup>

فالاتجار بالبشر قد يكون داخل حدود دولة معينة، ولا يشترط فيه أن يكون عابراً للحدود الوطنية، على خلاف الهجرة غير الشرعية التي تتطوي دائماً على طابع العبور غير الشرعي للحدود الوطنية.<sup>(٥)</sup>

والعلاقة فيما بين المهاجر والمُهرب عبارة عن علاقة ربحية تنتهي بمجرد وصول المهاجر إلى الوجهة المطلوبة واستلام المُهرب المبلغ المتفق عليه، إلا أن العلاقة بين المتاجر والضحية علاقة مستمرة باستغلال المتاجر للضحية وجني الأرباح من خلال استغلاله بوسائل مختلفة.

كما يتطلب الأمر في الهجرة غير الشرعية لجوء المهاجر إلى المهرب في بعض الأحيان؛ للاتفاق على الطريقة التي سيتم بها نقله أي هنالك إرادة ، لكن في الاتجار بالبشر لا يكون هناك موافقة من قبل الضحية وذلك لأن عملية المتاجرة تتم من خلال الخداع والغش.<sup>(٦)</sup>

تتحول الهجرة غير الشرعية إلى اتجار بالبشر وذلك من خلال لجوء المُهرب إلى استخدام أحد عناصر جريمة الاتجار بالبشر التي تتمثل بالخداع والغش، كما قد يتعرض هؤلاء المهاجرون عند عبورهم الحدود وبعد دخولهم الدولة المعنية إلى خداع وغش أو إكراه من قبل أحد المتاجرين وبالتالي يتحول من مهاجر غير شرعي إلى ضحية اتجار بالبشر.

(١) المخلافي ، محمد، الأحكام الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر دراسة في مشروع قانون مكافحة الاتجار بالبشر اليمني والتشريعات العربية، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، ٢٠١٧، ص ٩٩.

(٢) أبو سقيعة، احسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠٠٦، ص ٣٠.

(٣) ارتيمية، وجدان، الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠١٤، ص ٧٥.

(٤) ارتيمية، وجدان، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٥) مكتب الأمم المتحدة، مجموعة أدوات مكافحة الاتجار بالأشخاص، ٢٠٠٦، زيارة ٣ أيار، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:

[https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/07-89373\\_Arabic\\_final\\_version.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/07-89373_Arabic_final_version.pdf)

(٦) Burke Carolyn Burke, Smuggling versus Trafficking: Do the U.N. Protocols have it right.<sup>(٦)</sup>

## المطلب الثاني: أوجه التشابه فيما بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر

إن المهاجر والضحية معرضان إلى الموت في أغلب الأحيان، وذلك من خلال تعرض المهاجر للغرق، أو التضحية به من قبل المهرب لأسباب أمنية، وكذلك ضحية الاتجار بالبشر يكون معرضاً للموت أثناء إجراء عمليات استئصال أحد أعضائه، وكذلك الأمر بالنسبة للاستغلال الجنسي التي قد يتعرض له.<sup>(١)</sup>

كما أن الهدف منهما لكل من المتاجر والمُهرب هو تحقيق الربح، وجني الأموال جراء ما يقومون به من استغلال لهؤلاء المهاجرين والضحايا.<sup>(٢)</sup>

فالاتجار بالبشر العابر للحدود يكون بنفس الطرق التي تتم بها الهجرة غير الشرعية وذلك من خلال وثيقة السفر المزورة والتحايل والعبور من خلال البحر من خلال القوارب وبذلك تكون الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر عابرتان للحدود، كما أنه قد يكون المتاجرون بالأشخاص أنفسهم من يقومون بعمليات تهريب المهاجرين.<sup>(٣)</sup>

على أثر ما سبق يكون معيار التمييز فيما بين الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر في الهدف والموافقة.

ومن الصعب في بعض الحالات وخاصةً في مرحلة ما قبل الاستغلال تكيف الجرم فيما إذا كان هجرة غير شرعية أم اتجاراً بالبشر، ولكي يتم التمييز فيما بينهما؛ يجب على السلطات المختصة توضيح كل ما يخص هاتين الجريمتين من خصائص وأركان ومفاهيم لمن يشغلوا الحدود؛ كي يكونوا على علم ودراية بكل ما يتعلق بتلك الجرائم وإمكانية تحديد فيما إذا كانت هجرة غير شرعية أم اتجاراً بالبشر.

## المبحث الثاني

### سبل مكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية وطرق الوقاية منهما

نظراً لخطورة كل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية على الصعيدين الدولي والمحلي، فقد حازت تلك الجرائم على اهتمام كبير من قبل المشرع الدولي والوطني من أجل مواجهة هذه الجرائم والحد من انتشارها وتوسعها نظراً لما تلحقه من أضرار على المجتمع الدولي والمحلي.

فسعى المجتمع الدولي والتشريعات الوطنية إلى مكافحة هذه الجرائم بشتى السبل، وعملت المجتمعات الدولية على إقرار العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات ذات الاهتمام الواسع في مكافحة كل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، وعملت التشريعات الوطنية على تشريع القوانين الوطنية لمكافحة لتلك الجرائم، التي جاءت موائمة للاتفاقيات الدولية المصادقة عليها من قبل الدول التي عملت على تشريع القوانين، كالتشريع الأردني الذي عمل

(١) ارتيمة ، وجدان ، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) مكتب الأمم المتحدة. (٢٠٠٦).

(٣) المنظمة الدولية للهجرة، التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، زيارة ٤ أيار، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:

[https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/morocco/Agir Contre la traite des personnes et le trafic de migrants %20Manuel de Formation de base AR.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/country/docs/morocco/Agir%20Contre%20la%20traite%20des%20personnes%20et%20le%20trafic%20de%20migrants%20Manuel%20de%20Formation%20de%20base%20AR.pdf)

على إصدار قانون خاص لمكافحة الاتجار بالبشر رقم ٩ لعام ٢٠٠٩ المتوافق مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكول منع وقوع ومعاينة الاتجار بالبشر المكمل لها لعام ٢٠٠٠<sup>(١)</sup>.

ونتيجة للخطر الذي قد يتعرض له الأمن والاستقرار في المجتمعات الدولية والداخلية جراء هذه الجرائم، يتطلب من تلك المجتمعات العمل على اتخاذ العديد من سبل الوقاية والعلاج لهذه الظواهر الخطرة والمدمرة للمجتمعات، فيجب على كل من المجتمع الدولي والمحلي اتخاذ العديد من سبل الوقاية التي تتمثل في حملات التوعية للفئات المستهدفة من قبل المتاجرين والمهربين، وتهيئة الفرص لكسب الرزق الذي يشكل العامل الأقوى في وقوع هذه الجرائم، ومراقبة كل من الحدود والعقارات وكل ما يمكن استغلاله لإشغاله في مثل هذا النوع من الجرائم، وتوفير سبل الحماية والوقاية لمن هم أشد تعرضاً لهذه المخاطر، والعمل على دعم المنظمات غير الحكومية التي تهدف إلى منع الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية لما تقوم به من الدور الفعال في الوقاية من وقوع هذه الجرائم الخطرة على المجتمع بأكمله من خلال الدورات وبرامج التوعية المستمرة من قبل هذه المنظمات للفئات المستهدفة<sup>(٢)</sup>.

وسيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن مكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع الأردني، ونتحدث في المطلب الثاني عن طرق الوقائية من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية.

### المطلب الأول: مكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع الأردني

سوف نتحدث في هذا المطلب عن الجهود الدولية والوطنية لمكافحة تلك الجرائم، من خلال توضيح بعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، ثم نبين الجهود المبذولة من قبل التشريعات الوطنية للحد من هذه الجرائم.

#### أولاً: الجهود الدولية المبذولة لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية

لاقت كل من جريمة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية عناية كبيرة من قبل العديد من الدول التي عملت على إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية للحد من هذه الجرائم التي تشكل خطراً على المجتمع الدولي والمحلي، والتي تهدف إلى وضع استراتيجيات لمكافحة هذه النوع من الجرائم<sup>(٣)</sup>.

(١) السبكي، هاني (٢٠١٠) مرجع سابق، ص ٣٨٧.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) الشناوي، محمد، استراتيجية مكافحة جرائم الاتجار في البشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٤ القاهرة، مصر، ص ٤١١. الاتفاقيات الدولية عبارة عن " معاهدات واتفاقيات الأمم المتحدة وغيرها من الاتفاقيات الدولية، وهذا المفهوم الذي كان موجوداً في الأساس في القانون الروماني أصبح فيما بعد مكوناً هاماً في القانون العام الدولي والمكون الهام الآخر في القانون الخاص بالأمم، أو قانون الأمم الذي يتم الرجوع إليه في دستور الولايات المتحدة البند الأول القسم الثامن الفقرة العشرة. وتعني الاتفاقيات والمعاهدات الدولية "القوانين التي يتم إبرامها بين الشعوب". ويكيبيديا، ٧ ايار ٢٠٢٠ على شبكة الإنترنت:

<https://ar.wikipedia.org>

ومن أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي أبرمت لمكافحة هذه الجرائم:

أولاً: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكول الأول المكمل لها لمنع وقوع ومعاينة الاتجار في الأشخاص لا سيما النساء والأطفال لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي عقد في باليرمو في إيطاليا عام ٢٠٠٠. (١)

تتضمن هذه الاتفاقية أهم وأبرز المواثيق الدولية الخاصة بجرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية في صورتها الجماعية، إذ على الدول الأطراف اتخاذ كافة التدابير المنصوص عليها في هذه الاتفاقية في كل من بلد المنشأ والعبور والمقصد لمنع ومكافحة الاتجار بالأشخاص وخاصة فيما يتعلق بالنساء والأطفال، مما يتطلب من الدول الأعضاء اتباع نهج دولي يشمل كل ما يتعلق بالتدابير اللازمة لمكافحة الاتجار بالبشر، وسن تشريعات لمعاينة المتاجرين وتوفير الحماية اللازمة لضحايا الاتجار بالبشر، واحترام حقوقهم الأساسية المعترف بها عالمياً. (٢)

مع مراعاة الأخذ بالصكوك الدولية التي تشتمل على قواعد وأحكام عملية لمكافحة الاتجار بالبشر، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم وجود وثيقة عالمية شاملة لكافة جوانب الاتجار في البشر، الأمر الذي يؤدي إلى عدم توفير الحماية الكافية لهؤلاء الضحايا. (٣)

من خلال ما ورد في نص المادة التاسعة من البروتوكول فإنه يجب على كافة الدول الأطراف اتخاذ مجموعة من السبل الخاصة بمنع الاتجار من خلال السياسات والتدابير اللازمة لمنع هذه الجريمة، كإجراء البحوث اللازمة عنها والعمل على إجراء مبادرات اجتماعية واقتصادية لمنع هذا النوع من الجرائم، كما يجب على هذه الدول اتباع سياسات تشمل التعاون مع منظمات غير حكومية أو غيرها من المنظمات ذات الصلة، وكما يتطلب من الدول الأعضاء أن تتخذ أو تعزز من خلال التعاون الثنائي أو المتعدد فيما بين الدول الأطراف التدابير التي تخفف من وطأة هؤلاء الضحايا المستضعفين، وبخاصة النساء والأطفال كالفقر والتخلف وانعدام تكافؤ الفرص، ويجب أن تعمل الدول الأطراف على اتخاذ تدابير أخرى لمكافحة هذه الجريمة كالتدابير الاجتماعية والتعليمية والثقافية. (٤)

نستخلص مما سبق أن غرض البروتوكول يكمن في تعزيز التعاون فيما بين الدول الأطراف لمكافحة الاتجار بالبشر، كما أنه يهدف إلى حماية هؤلاء الضحايا والمحافظة على حقوقهم الأساسية المعترف بها دولياً، كما أعطى هذا البروتوكول عناية خاصة لكل من النساء والأطفال.

اتفاقية الأمم المتحدة، مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٠. (٢)

اعتمدت الاتفاقية بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠، دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٣. زيارة على الإنترنت ٥ أيار ٢٠٢٠:

<https://ar.wikipedia.org>

(٢) ديباجة بروتوكول باليرمو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) المادة (٩) من بروتوكول منع وقوع الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء والأطفال.

وفيما يتعلق بحماية ضحايا الاتجار بالبشر فقد نصت المادة السادسة من البروتوكول على طرق مساعدتهم من خلال:

أ- صون الحرية الشخصية للضحايا والمحافظة على السرية التامة فيما يتعلق بالإجراءات اللازمة لذلك من قبل الدول الأطراف.

ب- على الدول الأطراف سن تشريعات داخلية تهدف إلى حماية ضحايا الاتجار بالبشر من خلال عدم المساس بحقوق الدفاع لديهم، وتقديم المساعدات اللازمة التي تكفل عرض آرائهم، وأخذ الإجراءات الجنائية ضد المتاجرين.

ت- توفير ما يلزم من دور العناية بهؤلاء الضحايا التي تمكنهم من الشفاء والتعافي، وتوفير مراكز تعليمية، وتقديم الرعاية النفسية لهم.

ث- كما يجب على الدول الأطراف أن تضمن من خلال تشريعاتها الداخلية التدابير اللازمة لتعويض الضحايا عن الأضرار الناجمة عن هذا الجرم.<sup>(١)</sup>

ومن أهم ما يجب على الدول الأطراف القيام به لمكافحة هذه الجريمة هو العمل على التعاون فيما بينها، من خلال تبادل المعلومات من خلال قوانينها الداخلية؛ لكي تتمكن من الاستعلام عن الأشخاص الذين عبروا الحدود من خلال وثائق سفر لا تخصهم، أو تم عبورهم من غير جواز سفر هم من ضحايا الاتجار بالبشر، أم هم الجناة، كما يجب على الدول الأطراف تبادل الخبرات فيما بينها من خلال عرض الأساليب التي يستخدمها الجناة لأغراض الاتجار بالبشر.<sup>(٢)</sup>

### ثانياً: اتفاقية المجلس الأوروبي

تهدف هذه الاتفاقية إلى مكافحة الاتجار بالبشر ومنعها، ومن أهم أهدافها مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر، والمساواة فيما بين الجنسين، على خلاف ما جاء في بروتوكول باليرمو، الذي أولى عناية خاصة بالنساء والأطفال، كما تهدف هذه الاتفاقية إلى وضع إجراءات فعالة للمحاكمة والتحقيق، وتركز على التعاون فيما بين الدول لمكافحة هذه الجريمة لأن التعاون يؤدي دوراً كبيراً في مكافحة هذه الجريمة، وبالتالي تطبق نصوص هذه الاتفاقية على جرائم الاتجار بالبشر المحلية والدولية، وتقوم هذه الاتفاقية بتطبيق أحكامها الخاصة بحماية حقوق الإنسان على الدول الأطراف على أساس مبدأ عدم التمييز بسبب الدين واللغة والجنس واللون.<sup>(٣)</sup>

### الاتفاقيات الدولية والإقليمية الخاصة بمكافحة الهجرة غير الشرعية

#### أولاً: اتفاقية شنغن

وهي إحدى اتفاقيات الاتحاد الأوروبي لمكافحة الهجرة غير الشرعية، وأبرز ما جاء في الاتفاقية أنها تنص على تبادل المعلومات الشخصية عن طريق الدول من خلال نظام معلومات تم إنشاؤه لهذه الغايات وهو (SIS) للتحكم

(١) المادة السادسة من البروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء والأطفال.

(٢) المادة العاشرة من البروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص، وخاصة النساء والأطفال.

(٣) اتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الاتجار بالبشر (٢٠٠٥)، مجموعة معاهدات مجلس أوروبا، رقم ١٩٧.

في الحدود وتسهيل المهمة وتكمن وظيفته في تبادل المعلومات فيما بين الدول الأعضاء من خلال الشبكات الوطنية المرتبطة بالنظام المركزي، مما سهل إمكانية القبض على كل شخص يدخل الحدود بطريق غير مشروعة في أي من دول الاتحاد كما ساعد على الحد من هذه الظاهرة وقضى على التحايل الذي يستخدم لدخول تلك الدول الأعضاء.<sup>(١)</sup>

## ثانياً: الجهود المبذولة في التشريع الأردني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية

### أ- التشريع الأردني

تبنى المشرع الأردني العديد من سبل مكافحة الاتجار بالبشر، بدءاً من الدستور الأردني الذي نص على صون الحريات، وعدم فرض التشغيل الإلزامي على أي شخص، كما جرم توقيف أي شخص وتقييد حريته إلا وفقاً لأحكام قانون العقوبات الأردني.<sup>٢</sup>

وصادق على العديد من الاتفاقيات الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر ومن أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكولاتها ويعترف القضاء الأردني بسمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على القوانين الوطنية فتكون للاتفاقية قيمة أقوى من القانون؛ أي في حال تعارض قانون داخلي مع اتفاقية دولية تسري أحكام الاتفاقية.<sup>(٣)</sup>

كما تم تشريع قانون خاص لمنع الاتجار بالبشر رقم (٩) لعام ٢٠٠٩، وتم تشكيل اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر على إثر المادة الرابعة من قانون منع الاتجار بالبشر التي سبق أن بينا مهامها وأهدافها، كذلك رسمت استراتيجيات وطنية لمنع الاتجار بالبشر هدفت إلى حماية الضحايا المتضررين من هذه الجريمة، وعملت على إعداد برامج توعية للفئات المعرضة للاتجار، وقد أنشئت جمعيات غير حكومية لمكافحة الاتجار بالبشر في الأردن، ومن أهمها جمعية مركز تمكين للمساعدات القانونية وحقوق الإنسان التي تقدم جميع المساعدات القانونية لهؤلاء الضحايا والدفاع عنهم.<sup>(٤)</sup>

حدد قانون منع الاتجار بالبشر رقم (٩) لعام ٢٠٠٩ العقوبات الرادعة والمترتبة على هذه الجريمة وميز المشرع فيما بين مسؤولية الشخص الطبيعي أو المعنوي، وبيّن حالات تشديد العقوبة في المادة التاسعة منه.<sup>(٥)</sup>

(١) بن بو عزيزة، أسية، السياسية الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية رسالة ماجستير منشورة، جامعة باقنة كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجزائر، ٢٠١٩، ص ١٥١.

(٢) علوان، محمد، القانون الدولي العام المقدمة والمصادر، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٣٢٥.

(٣) مركز تمكين مكافحة الاتجار بالبشر في الأردن، أيار، زيارة على شبكة الإنترنت:

<https://tamkeen-jo.org>

(٤) مركز تمكين. مرجع سابق.

(٥) تنص المادة (٩) من قانون منع الاتجار بالبشر رقم ٩ لعام ٢٠٠٩ "على الرغم مما ورد في المادة (٨) من هذا القانون، يعاقب بالأشغال المؤقتة

مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار كل من:

أ. ارتكب إحدى جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في البند (٢) من الفقرة (أ) من المادة (٣) من هذا القانون.

ب. ارتكب أيًا من جرائم الاتجار بالبشر في إحدى الحالات التالية:

كما حدد عقوبة الشخص الطبيعي في المادة الثامنة من قانون منع الاتجار بالبشر "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين كل من ارتكب جرائم الاتجار بالبشر المنصوص عليها في البند (١) من الفقرة (أ) من المادة (٣) من هذا القانون".<sup>(١)</sup>

جرم المشرع الأردني الجرائم الملحقة بجريمة الاتجار بالبشر والمتمثلة في الامتناع عن الإبلاغ بوجود مخططات لارتكاب هذه الجريمة، وإخفاء متحصلاتها في المادة العاشرة منه وتعد هذه الجرائم من نوع الجنحة على خلاف الجرائم المشددة التي تعتبر جنائية، ولم ينص القانون على صلاحية المحكمة بإعفاء الممتنع عن التبليغ إذا كان أحد أصول الجاني أو فروعه أو زوجه أو إخوته، وفيما يتعلق بمسؤولية الشخص المعنوي فقد أقر المشرع الأردني في قانون منع الاتجار بالبشر العقوبات الرادعة له والمتمثلة بالغرامات والوقف عن العمل لمدة مؤقتة، أو بشكل نهائي ونهجت بذلك نهج اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، التي نصت في المادة العاشرة من الاتفاقية على تقرير مسؤولية الأشخاص الاعتبارية، كما أخذ التشريع الأردني واتفاقية باليرمو بمبدأ ازدواجية العقوبة؛ بما يعني أن ترتيب المسؤولية على الهيئات المعنوية لا يؤثر على المسؤولية الجزائية لمرتكبي الجريمة من الأشخاص الطبيعيين.<sup>(٢)</sup>

في السنوات الأخيرة نظرت المحاكم الأردنية حوالي ٢٧٥ قضية اتجار بالبشر أي ما يعادل ٢٥ قضية سنوياً، ومن الملاحظ أن عدد القضايا المنظرة زاد بعد إنشاء وحدة مكافحة الاتجار بالبشر عام ٢٠١٢، وقد صدرت القرارات بالإدانة للجنحة بحوالي ٥٠% من القضايا التي رفعت إلى المحاكم.

وبسبب رسوم القضايا المرتفعة فإنه يجعل الضحية غير قادر على الادعاء بالحق الشخصي للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللذين تعرض لهما. حيث إن رسوم التقاضي تحسب عن أول ١٠٠٠٠٠ دينار بنسبة ٣% و ٢% عن ثاني ١٠٠٠٠٠ و ١% عن ثالث ١٠٠٠٠٠ دينار.

سار المشرع الأردني على نهج اتفاقية الأمم المتحدة في تجريم الشروع في جرائم الاتجار بالبشر وذلك بناءً على ما ورد في نص المادة الخامسة من الاتفاقية التي نصت على تجريم الشروع في جرائم الاتجار بالبشر، إلا أن قانون منع الاتجار بالبشر لم يتضمن أي نصوص تتعلق بالشروع في جريمة الاتجار بالبشر، لذلك ترك هذا الأمر إلى القواعد العامة في قانون العقوبات، وبناءً على قانون العقوبات الأردني الذي لم يجرم الشروع في الجنح باستثناء ما ورد عليه نص خاص، كما أنه جرم الشروع في الجنايات، على إثر ذلك تكون الجرائم المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون منع الاتجار رقم (٩) لعام (٢٠٠٩) معاقب على الشروع فيها.

كما تم إنشاء وحدة مكافحة الاتجار بالبشر في المملكة الأردنية الهاشمية تابعة لمديرية الأمن العام، وذلك للعمل على مكافحة هذه الجريمة من خلال استقصاء تلك الجريمة والجرائم المتعلقة بها والمشتبه بها على أنها اتجار بالبشر، واستقبال شكاوى الضحايا وتحويلهم إلى المدعي العام لإحالة القضية إلى المحكمة المختصة.

١. إذا كان مرتكب الجريمة قد أنشأ أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة للاتجار بالبشر أو انضم إليها أو شارك فيها.

(١) قانون منع الاتجار بالبشر، ٢٠٠٩/٩، المادة الثامنة.

(٢) ارتيمة، وجدان مرجع سابق، ص ٣٦٦.



وتم العمل على تعيين ضابط ارتباط في كل من المطارات ودور الإيواء، وذلك بهدف تسهيل إجراءات العودة الطوعية للضحايا، والعمل على عقد جلسات توعية للعاملين بالمطارات، أما فيما يتعلق بتعيين ضابط ارتباط في دور الإيواء وذلك بهدف متابعة أمور الضحايا داخل دور الإيواء والتأكد من تقديم المساعدات الطبية والنفسية لهم وتمكين الضحية وضمان اندماجها لعدم تعرضه للاتجار بالبشر مرة أخرى.<sup>(١)</sup>

وسنوضح طرق مكافحة الاتجار بالبشر في المملكة الأردنية الهاشمية من خلال هذا الجدول:

| طرق مكافحة الاتجار بالبشر في المملكة الأردنية الهاشمية |   |
|--|---|
| ١- الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر    | عملت المملكة على التصديق والانضمام إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والصكوك والبروتوكولات الدولية القائمة على مكافحة الاتجار بالبشر وبخاصة النساء والأطفال (بروتوكول باليرمو)، وقد سارت التشريعات الوطنية على خطى الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات المكمل لها.<br>وصادقت المملكة على أغلب الاتفاقيات الرئيسية الصادرة عن منظمة العمل الدولية. |
| ٢- التشريعات الوطنية                                   | أ. الدستور الذي أكد على الحق بالحرية الشخصية وحمايتها واعتبر كل اعتداء عليها جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها القانون، كما عمل على توفير حماية دستورية للقضاء على العمل الجبري، كما أنه لا يفرض العمل الإلزامي على أي فرد.   |
| ٣- القوانين  | أ. قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٩) لعام ٢٠٠٩ بهدف القضاء على قضايا الاتجار بالبشر ومكافحتها.  |
| ٤- التشريعات ذات العلاقة بالاتجار بالبشر               | أ. قانون العمل رقم (٨) لعام (١٩٩٦): الذي نص على منع نقل عمال المنازل والعمال الزراعيين لصاحب عمل آخر دون توقيع عقد جديد في وزارة العمل أمام موظف العمل كونهم الأكثر عرضة للاتجار.<br>ب. قانون العقوبات رقم (١٦) لعام (١٩٦٠) وتعديلاته.  |

(١) عمر، دهام، مرجع سابق، ص ١٦٤.

|   |   |
|---|---|
| <p>ج. قانون إبطال الرق لعام (١٩٢٩)</p> <p>د. قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم (٢٣) لعام (١٩٧٧).</p> <p>هـ. قانون الجرائم الإلكترونية رقم (٢٧) لعام (٢٠١٥).</p>   |   |
| <p>أ. دار الوفاق الأسري في عمان وإربد وتم تخصيص جزء منهم لإيواء ضحايا الاتجار بالبشر حيث بدأت تستقبل ضحايا اتجار بالبشر في ٢٣ آب ٢٠١٤.</p> <p>ب. دار الكرامة وتم إنشاؤها في ١٤ تموز ٢٠١٥ تتبع لوزارة التنمية الاجتماعية.</p>  | <p>٥- الأنظمة التي يتم من خلالها إنشاء دور لإيواء ضحايا الاتجار بالبشر، بهدف العمل على حمايتهم وتقديم المساعدات الطبية والنفسية والاجتماعية لهم كما أنها تتبع سياسة الفصل فيما بين الأطفال والبالغين والفصل فيما بين النساء والرجال المتضررين ويحظر دخول الأماكن المخصصة للنساء دون أخذ موافقة المدير أو الموظفة المختصة وإيوائهم لمدة مؤقتة لحين عودتهم إلى بلدانهم.</p> |
| <p>تم تأسيسها استنادا على المادة الرابعة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر وتهدف الى تحقيق أربعة محاور (الحماية، الوقاية، الملاحقة القضائية، بناء الشركات). وتتم الملاحقة من خلال فرع متخصص لمكافحة الاتجار بالبشر يقطن في إدارة البحث الجنائي التابعة لمديرية الأمن العام.</p> <p>ونعني ببناء الشركات تعزيز التعاون المحلي والإقليمي والدولي من خلال اتباع آليات معينة لتبادل الخبرات والمعلومات.</p> | <p>٦- اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر.</p>  |

وفيما يتعلق بالهجرة غير الشرعية فلم يضع المشرع الأردني قانونا خاصا لمكافحتها واكتفى بالقواعد العامة في قانون العقوبات الأردني والتصديق على بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة ٢٠٠٩، ونص في المادة ١٥٣ مكررة من قانون العقوبات على عقوبة من يدخل المملكة الأردنية الهاشمية بطرق غير مشروعة.<sup>(١)</sup> على خلاف ما فعل المشرع

<sup>(١)</sup> نصت المادة (١٥٣) مكررة من قانون العقوبات الأردني على "

المصري الذي نص على قانون خاص لمكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين. ونتمنى على المشرع الأردني أن يحذو حذو المشرع المصري بأن يصدر قانونا خاصا لمكافحة الهجرة غير الشرعية لما تمثله من خطر على الأشخاص وعلى الدولة وكذلك لزيادتها في السنوات الأخيرة لما لها من خطورة أيضاً على الاقتصاد الوطني للدول وانتهاك حقوق الانسان.

### المطلب الثاني: الإجراءات الوقائية من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية

أوضحت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الجريمة والأركان التي تتكون منها وبناءً عليها تتشكل الجريمة المعاقب عليها بموجب أحكام القانون، وعملت على مكافحة كل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية بشتى الوسائل والطرق، إلا أن إجراءات الوقاية والمكافحة لا تقع فقط على عاتق الحكومة بل تترتب المسؤولية أيضاً على الدول ممثلة بالحكومة والشعب في اتخاذ العديد من سبل الوقاية من تلك الجرائم متعددة المخاطر، التي لها تأثير كبير على الأفراد نتيجة عدم استقرار المجتمع، مما يتطلب اتخاذ إجراءات وقائية صارمة لكي يتفادى وقوع هذا النوع من الجرائم.

تمثل الوقاية العنصر الأساسي لحماية حقوق الإنسان والمحافظة على الأمن الاجتماعي، كما أنها لا تقل أهمية عن أي حركة من الحركات الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، كما أنها تمكن المجتمعات من الاستعداد القوي للرد على المخاطر التي تواجهها نتيجة هذه الجرائم.<sup>(١)</sup>

وتحد جهود الوقاية من تخطيطات المتاجرين والمهربين وذلك من خلال نشر الأساليب التي يتبعونها، ونشر الوعي لدى جميع الفئات المستهدفة لكي تصبح لديهم القدرة على التمييز وعدم الوقوع في الغش والخداع الذي يتبعه هؤلاء المتاجرون، وسنوضح في هذا المطلب سبل الوقاية من جرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية وذلك لما لها من إمكانية في الحد من هذه الجرائم.

### أولاً: السبل الوقائية من جرائم الاتجار بالبشر.

تتطلب طرق الوقاية من الاتجار بالبشر العديد من الاستراتيجيات التي يجب على الدول اتباعها لكي يتم الحد منها والقضاء عليها، وعليه يجب العمل على الوقاية من أوجه المتاجرة والمتمثلة في العرض والطلب والمتاجرين:

على الرغم مما ورد في أي قانون آخر:

١- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر كل من دخل المملكة أو خرج منها بطريقة غير مشروعة، ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من ساعده على ذلك

٢- ولا تقل عقوبة الشخص عن الحبس لمدة سنتين على الأقل إذا كان من الناقلين أو العاملين في المراكز الحدودية سواء كانوا من القطاع العام أو الخاص. (قانون العقوبات، ١٦/١٩٦٠).

(١) مكتب مراقبة الاتجار بالبشر ومكافحته، الأساسيات الثلاثة: الملاحظة والحماية والوقاية، ٢٠١٨، زيارة في ١٠ أيار ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:

[https://statictranslations.america.gov/uploads/sites/2/2018/07/2018-TIP\\_FS4-3Ps-Arabic-Web.pdf](https://statictranslations.america.gov/uploads/sites/2/2018/07/2018-TIP_FS4-3Ps-Arabic-Web.pdf)

**أ- الوقاية من العرض**

تبدأ الوقاية من خلال نشر الوعي والثقافة في المجتمعات عن هذه الجريمة والطرق والأساليب المتبعة من قبل المتاجرين كالتجنيد، والغش، والاحتيال، وغير ذلك من الوسائل التي يتبعها المتاجرون للتغريب بالضحايا، بحيث يتمكن الفرد تمييز هذا النوع من الجرائم قبل الوقوع فيها، وتوفير فرص عمل حتى لا يتم اللجوء إلى أي طريق تمكن المتاجرين من التغريب بالضحايا، وتوفير أنظمة تعليمية، وتوعية للأفراد بما يترتب لهم من حقوق قانونية، والحد من التخلف والفقر وغيرها من الأسباب التي توقع بالضحية.<sup>(١)</sup>

**ب- الوقاية من الطلب**

من خلال العمل على استقصاء العصابات والأشخاص الذين يستغلون الضحايا ومقاصاتهم، والعمل على نشر أسمائهم لردعهم بالإضافة إلى العقوبات المشددة، كما يجب مراقبة وتسمية أرباب العمل الذين يعملون على فرض العمل القسري.<sup>٢</sup>

**ج- الوقاية من المتاجرين**

العمل على وضع برامج وقائية على شبكات الإنترنت تتمكن من تتبع المتاجرين الذين يحاولون الوصول إلى الأشخاص من خلال الشبكة العنكبوتية، كما يجب على أجهزة الأمن المختصة التعرف على خطوط التجارة ومكافحتها، والتنسيق بين أجهزة الدول وتبادل المعلومات بشأن جوازات السفر، والعمل على معاينة موظفي الحكومة الذين يعملون على تسهيل حركة هؤلاء المتاجرين وشركائهم، ونشر أساليبهم المتبعة عبر شبكات الإنترنت والصحف والإذاعة، وتشديد العقوبات الرادعة في القوانين الداخلية.<sup>(٣)</sup>

كما يجب على الدول التي صادقت على بروتوكول باليرمو اتباع عدد من إجراءات الوقاية المنصوص عليها في هذا البروتوكول في المواد (١٢، ١١، ٩). ضرورة العمل على إجراء البحوث والحملات الإعلامية والمبادرات الاجتماعية والاقتصادية، وعقد الاتفاقيات الثنائية، والتعاون فيما بين المجتمعات الأهلية، واتخاذ التدابير الحدودية التي تمكن من الكشف عن هذه الجرائم ومكافحتها، ومراقبة شرعية الوثائق، والحق للدول برفض التأشيرات والدخول للمنتورين بتلك الجرائم، ومنع استعمال شركات النقل التجارية لارتكاب هذه الجرائم.<sup>(٤)</sup>

(١) مكتب مراقبة الاتجار بالبشر ومكافحته (٢٠١٨)، مرجع سابق.

(٢) عياد، هاني، جرائم الاتجار بالبشر المفهوم الأسباب وسبل المواجهة، ٦، ٢٠١٦، زيارة ١٠ أيار ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=510330&r=0>

(٣) الحريري، محمد، الاتجار بالبشر وسبل مكافحته قراءة في الاستراتيجيات والاتفاقيات، المركز العربي للبحوث والدراسات، ٩، ٢٠١٦، زيارة ١٠ أيار ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:

<http://acrseg.org/41360>

(٤) بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (٢٠٠٠)، مرجع سابق.

وهناك إجراءات وقائية لو اتبعت لتم الاستفادة منها بدرجة كبيرة للحد من الاتجار بفتنة معينة، وهي فئة العاملات في المنازل، وتتمثل بالوقاية من خلال العمل على إعداد دورات لتعليم لغة البلد التي ستعمل بها تلك الوافدة من خلال مكاتب استقدام العاملات أو سفارات الدول المصدرة للعاملين أو العاملات، وتمكينهم من لغة البلد التي سيعملون بها، كي يتمكنوا من الدفاع عن حقوقهم، وكذلك يتم تسهيل العمل لدى السلطات القضائية في حالة وقوع جريمة، لأن الترجمة لم تكن دقيقة في أغلب الأحيان.

### ثانياً: سبل الوقاية من الهجرة غير الشرعية

هناك العديد من الآليات للوقاية من الهجرة غير الشرعية التي تقع على عاتق الدول المصدرة للهجرة والمستقبلية لها، وهذا الأمر يتطلب أخذ العديد من الإجراءات لمكافحة هذه الظاهرة من قبل الشعب والحكومة تتمثل في اتخاذ كافة أساليب الوقاية منها نظراً لما تسببه من عدم استقرار الأمن في المجتمع، والتسبب بالعديد من الجرائم وانتشار الأمراض، ومن أهم السبل التي يجب اتباعها للوقاية من هذا النوع من الجرائم: السبل الاجتماعية والاقتصادية، والسبل القانونية.<sup>(١)</sup>

#### أ- السبل الاجتماعية والاقتصادية

تبدأ سبل الوقاية من الهجرة من العائلة التي ينشأ بها الفرد، فيقع على عاتق الأسرة تربية الطفل وتعليمه، كما يجب أن توفر له الأمان والاستقرار في المنزل والعيش في بيئة آمنة، وإبعاده عن المشاكل العائلية، كما للمدرسة دور هام من خلال العمل على تقوية وتثبيت الهوية الوطنية لدى الطلبة منذ الصغر من خلال البرامج التعليمية التي تركز على المواطنة لعدم ترك وطنهم والتعلق به.<sup>(٢)</sup>

ولا شك بأن توفير الأساسيات للأفراد في المجتمع يؤدي الدور الأكبر في الوقاية من الهجرة غير الشرعية من خلال توفير المسكن، والتأمين الصحي، والتعليم، والاهتمام في المؤهلات العلمية للشباب والعمل على استثمارها من خلال فتح النوادي الثقافية والمؤسسات والجمعيات مما يؤدي إلى توفير فرص عمل للشباب، الأمر الذي يؤدي معه إلى القضاء على فكرة الهجرة والبقاء في موطنه نتيجة هذه الامتيازات وذلك لأن أغلب الشباب يلجؤون إلى الهجرة نتيجة الظروف المادية الصعبة التي يعيشونها.<sup>(٣)</sup>

#### ب- السبل القانونية

يقع على عاتق الدول بالإضافة إلى مكافحة هذه الجريمة العمل على اتخاذ أساليب وقائية منها، تتمثل في ربط الأجهزة الأمنية وأجهزة الإعلام بعضها ببعض بحيث ينتج عن هذا الارتباط سبل وقائية من خلال نشر أسماء مرتكبي الجريمة وآلية مكافحة الأجهزة الأمنية لها وإيضاح الأضرار التي تعود على مرتكبي هذه الجريمة جراء

(١) بركان، فاييزة، مرجع سابق، ص ٩١.

(٢) أرغب، نبيل، هيئة الدولة التحدي والتصدى، دار غريب للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٦٧.

(٣) بركان فاييزة، مرجع سابق، ص ١٠٣.

ارتكابهم للجرم، ويجب أن يكون الهدف من النشر التوجيه والتربية والعبرة، وتحقيق الأمن الذاتي، كما يؤدي النشر إلى تعريف أفراد المجتمع بالجريمة والعقوبات المترتبة على ارتكابها. على أثر ما سبق فإنه يقع على عاتق الدول تكثيف الجهود الأمنية على الحدود، وسن القوانين الصارمة لمن يرتكب هذه الجرائم، والعمل على القضاء على المحسوبة وتحقيق مبدأ العدل والمساواة، والعمل على إعداد دورات وبرامج تمكن الأجهزة الأمنية من استقصاء هذه الجرائم، وتوعية الشعب بالمخاطر الناجمة عنها وما قد يتعرض له جراء هذه الظاهرة.

## الخاتمة

إن هذه الدراسة بالغة الأهمية نظراً لما تنطوي عليه من خطورة بالغة تتمثل باجتماع ظاهرتين خطيرتين مختلفتي المفاهيم والخصائص والدوافع، وعلى الرغم من الاختلاف بينهم إلا أنه من الممكن أن يتم الخلط بين كل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية.

في هذه الدراسة وضحنا مفهوم كل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية على ضوء ما جاء في الاتفاقيات الدولية، ومن أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ والبروتوكولات المكمل لها، والتشريعات الوطنية المقارنة، ونظراً للخطورة التي تنجم عن هذه الظواهر في صورتها المنفردة التي تتضاعف بشكل أكثر خطورة حين اجتماعهما، لذلك لا بد من أن تتضافر الجهود الدولية والوطنية للعمل على التنسيق فيما بين الهيئات الدولية والوطنية وتتكاتف مع بعضها بعضاً لمكافحة كل من الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية والقضاء على آثارهما السلبية التي تهدد استقرار الأمن الوطني والدولي، وتشكل خطورة على هؤلاء الضحايا، وبالتالي يجب تتبع هذه الجرائم بكل تفاصيلها حتى يتم التمكن من إيجاد سبل الوقاية منهما ومكافحتها وحماية المجتمع.

وعلى الرغم من اختلاف خصائص وصور وأسباب كل من الهجرة غير الشرعية عن الاتجار بالبشر، إلا أنهما يتداخلان عندما ينتهي الحال بالمهاجر غير الشرعي باستغلاله من قبل هؤلاء المتاجرين عن طريق الخداع والتحايل، ومن ثم يقوم المتاجرون بهم بتسليمهم إلى عصابات أخرى مختصة لتقوم بنزع أعضائهم أو من خلال فرض العمل الجبري عليهم، وهنا تصبح الهجرة غير الشرعية اتجاراً بالبشر.

## أولاً: النتائج

توصلت هذه الدراسة الى عدد من النتائج على النحو الآتي:

- يعد الاتجار بالبشر من الجرائم المتصدرة لروزنامة دول العالم، لما لها من خطورة بالغة الأهمية على المجتمع الدولي والمحلي، وقد أسفر عنها العديد من الجرائم التي من أهمها الهجرة غير الشرعية التي لا تقل خطورة عن الاتجار بالبشر لما تشكله من خطر على الأمن والاستقرار الوطني والدولي.

- لا يعتد بالرضا في جريمة الاتجار بالبشر وذلك لأن الشخص المتاجر به ضحية ولا سبيل له سوى التسليم بالأمر الواقع، إلا أن الهجرة غير الشرعية تكون بموافقة الشخص الذي قبل بدخول دولة أخرى بطرق غير قانونية.
- الاتجار بالبشر جريمة تهدد صحة وسلامة الإنسان بينما الهجرة غير الشرعية تهدد الأمن للدول التي تواجهها، كما تتطلب جريمة الاتجار بالبشر قصدا جنائيا خاصا متمثلا في الاستغلال بالإضافة إلى القصد الجنائي العام، على خلاف الهجرة غير الشرعية التي تتطلب القصد الجنائي العام فقط.
- يتطلب الأمر في الهجرة غير الشرعية لجوء المهاجر إلى المُهْرَب في بعض الأحيان للاتفاق على الطريقة التي سيتم بها نقله أي بموافقة المهاجر، لكن في الاتجار بالبشر لا يكون هناك موافقة للضحية وذلك لأن عملية المتاجرة تتم من خلال الخداع والغش.
- تعود أسباب الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية إلى عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية، فالمهاجر غير الشرعي يسعى للهجرة بطرق غير شرعية نظرا لصعوبة إجراءات الهجرة الشرعية وتعقيد معاملات القبول من قبل الدول المتقدمة، كذلك الأمر بالنسبة لضحايا الاتجار بالبشر الذين يدفعهم الفقر إلى اللجوء إلى أعمال خطيرة لتأمين لقمة العيش فيستغلهم المتاجرون.
- عدم كفاية النصوص الوطنية التي تعمل على مكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، والدليل على ذلك تزايد حصول هذه الظواهر.
- توفر المملكة الأردنية الهاشمية الرعاية لضحايا الاتجار بالبشر، كما تم إنشاء أماكن لتوفير الرعاية لهؤلاء الضحايا تتمثل في دار الوفاق الأسري في عمان وإربد التي خصص جزء منها لرعاية الضحايا، ودار الكرامة بحيث توفر الرعاية النفسية والصحية لهم.

#### ثانياً: التوصيات

##### وعلى ضوء النتائج السابقة فقد توصلت الدراسة إلى التوصيات التالية:

1. الحاجة إلى سن تشريع وطني موئم للاتفاقيات الدولية لضمان مكافحة الهجرة غير الشرعية.
2. ضرورة العمل على وضع آليات لتبادل الخبرات والتجارب لمكافحة الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، وإعداد مراكز لنشر التوعية والتثقيف حول هذه الجرائم، وعقد المؤتمرات الإقليمية والدولية لمناقشة هذه الظواهر وتحديد أسبابها والحلول المقترحة لها، وتكثيف التعاون الجاد فيما بين الدول المصدرة والمستقبلة، أو التي يتم العبور من خلالها.
3. العمل على تحسين الأوضاع الاقتصادية وتوفير فرص عمل للأفراد، وتسهيل إجراءات الهجرة القانونية لكي يتم تقادي حدوث الهجرة غير الشرعية، وإعداد دورات لتعلم اللغة في مكاتب استقدام العاملات كي يتمكنوا من الدفاع عن أنفسهم.
4. ضرورة وضع آلية ليتم بها استخدام الوثائق الإلكترونية ووثائق السفر وذلك لما لها من دور فعال في الحد من تلك الجرائم من خلال عدم إمكانية تزويرها.
5. نوصي بتشديد العقوبات الرادعة لجرائم الاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية سبيلا من سبل الوقاية من هذه الجرائم.

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً - الكتب:

- أبو سقيعة، أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٦.
- ارتيمية، وجدان، الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠١٤.
- بركان، فايزة، آليات التصدي للهجرة غير الشرعية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، ٢٠١٦.
- راغب، نبيل، هيئة الدولة التحدي والتصدي، دار غريب للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، ٢٠٠٤.
- السبكي، هاني، عمليات الاتجار بالبشر دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وبعض التشريعات العربية والأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٠.
- السعيد، كامل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٩.
- سعيد، محمد مصباح، جريمة تهريب المهاجرين دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، ٢٠١٨.
- سلام، أحمد، الأخطار الظاهرة والكامنة على الأمن الوطني للهجرة غير الشرعية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، السعودية، ٢٠١٠.
- الشناوي، طارق، الهجرة غير الشرعية رؤيا مستقبلية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.
- الشناوي، محمد، استراتيجية مكافحة جرائم الاتجار في البشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٤.
- الشخيلي، عبد القادر، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
- علوان، محمد، القانون الدولي العام المقدمة والمصادر، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٣.
- عمر، دهام، جريمة الاتجار بالبشر دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠١١.

ثانياً - الرسائل والأبحاث:

- بن بوعزيز، آسية، السياسية الجنائية في مكافحة الهجرة غير الشرعية. رسالة ماجستير منشورة، جامعة باتنة كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجزائر، ٢٠١٩.
- المخلافي، محمد، الأحكام الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر دراسة في مشروع قانون مكافحة الاتجار بالبشر اليمني والتشريعات العربية، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، ٢٠١٧.



### ثالثاً- الصحف المحلية:

- الطراونة، باسل، ١١ قضية اتجار بالبشر وجميعهم إناث. صحيفة سرايا، ٢٠١٨.

### رابعاً - القوانين:

- الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته.
- قانون العقوبات، الجريدة الرسمية (١٩٦٠/١٦) عمان، الأردن.
- قانون مكافحة الاتجار بالبشر، الجريدة الرسمية (٢٠٠٩/٩)، عمان الأردن.
- قانون نقابة المحامين الأردنيين، (١٩٧٢/١١)، عمان، الأردن.

### خامساً- الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية الأمم المتحدة(٢٠٠٠). لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الأمم المتحدة/نيويورك.
- اتفاقية شنغن(١٩٨٥).
- اتفاقية مجلس أوروبا(٢٠٠٥). لمكافحة الاتجار بالبشر. مجموعة معاهدات
- البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة(٢٠٠٠). مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، الأمم المتحدة / نيويورك.
- البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة(٢٠٠٠). منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال المكمل، الأمم المتحدة/ نيويورك.

### سادساً- المراجع الأجنبية:

- Smuggling versus Trafficking : Do the U.N. Protocols have it right. Burke Carolyn Burke

### سابعاً- المراجع الإلكترونية:

- شعبان، حمدي، الهجرة غير المشروعة ، مركز الإعلام الأمني، ٢٠١٧، زيارة ٢٧ نيسان، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:  
<https://download-library-pdf-ebooks.com/26551-free-book>
- الحريري، محمد ، الاتجار بالبشر وسبل مكافحته قراءة في الاستراتيجيات والاتفاقيات، المركز العربي للبحوث والدراسات، ٢٠١٩. زيارة ١٠ أيار ٢٠٢٠ ، على شبكة الإنترنت:  
<http://acrseg.org/41360>
- مكتب مراقبة الاتجار بالبشر ومكافحته، الأساسيات الثلاثة: الملاحقة والحماية والوقاية، ٢٠١٨. زيارة في ١٠ أيار ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:  
[https://statictranslations.america.gov/uploads/sites/2/2018/07/2018-TIP\\_FS4-3Ps-Arabic-Web.pdf](https://statictranslations.america.gov/uploads/sites/2/2018/07/2018-TIP_FS4-3Ps-Arabic-Web.pdf)
- مكتب الأمم المتحدة، مجموعة أدوات لمكافحة الاتجار بالأشخاص، ٢٠٠٦، زيارة ٣ أيار، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:  
<https://www.unodc.org>
- المنظمة الدولية للهجرة، التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، زيارة ٤ أيار، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:  
<https://www.iom.int>

- الدليل التدريبي لمكافحة الاتجار بالبشر كتيب صادر عن مركز تمكين للمساعدة القانونية(٢٠١٦)،زيارة ٢٥ نيسان ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت: <https://tamkeen-jo.org>
- اتفاقية الأمم المتحدة(٢٠٠٠). مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الأمم المتحدة، نيويورك. اعتمدت الاتفاقية بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٠، دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٣. زيارة على الإنترنت ٥ ايار ٢٠٢٠: <https://ar.wikipedia.org>
- قانون مكافحة الاتجار بالبشر، ٦٤/٢٠١٠. زيارة ٨ أيار، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت.  
<https://manshurat.org/node/778>
- مركز تمكين، مكافحة الاتجار بالبشر في الأردن، ٩ أيار، زيارة على شبكة الإنترنت:  
<https://tamkeen-jo.org>
- عياد، هاني، جرائم الاتجار بالبشر المفهوم الأسباب وسبل المواجهة، ٢٠١٦، زيارة ١٠ أيار ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:  
<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=510330&r=0>
- إيمان، شماسنة، تعريف الهجرة غير الشرعية، ٢٠١٩، زيارة ٢٧ نيسان، ٢٠٢٠، على شبكة الإنترنت:  
<https://mawdoo3.com>

## عدم طرد اللاجئين في القانون الدولي

رغد محمد أحمد المحيسن \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.09](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.09)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/١٠/٠٢  
تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١١/١٣

\* ماجستير في القانون الدولي العام، شركة ACIC Inc، الاردن.

\* للمراسلة: [raghad\\_mm@hotmail.com](mailto:raghad_mm@hotmail.com)

### الملخص

يعد مبدأ حظر طرد اللاجئين من المبادئ الأساسية في القانون الدولي للاجئين، فهو يحمي اللاجئين من الوقوع في أيدي السلطات التي تضطهدهم. وتعد الحقوق التي يتمتع بها اللاجئ بموجب الاتفاقيات الدولية بمنزلة التزامات على الدولة المضيفة، ومن أهم هذه الحقوق: حق اللاجئ في عدم طرده، وتقييد سلطة الدولة المضيفة بالنسبة لإبعاد اللاجئ. يرفض القانون الدولي للاجئين طرد اللاجئ، ويعتبر مبدأ حظر طرد اللاجئ إلى دولة الاضطهاد جزءاً من القانون الدولي العرفي، ومن ثم فهو ملزم لجميع الدول بغض النظر عن انضمامهم أم لا إلى الاتفاقيات الناظمة لمسألة اللجوء، ويحظر أيضاً طرد اللاجئ إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام، فتشكل المادتان (٣٢) و(٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ جوهر الحماية الدولية للاجئ.

الكلمات الدالة: طرد اللاجئ، الدولة المضيفة، اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١.

## Non-Refoulement of Refugees in International Law

Raghad Mohammad Ahmed Almuhausen \*

\* LLM of International Public Law, ACIC Inc., Jordan

\* Crossponding author: [raghad\\_mm@hotmail.com](mailto:raghad_mm@hotmail.com)

Received: 02/10/2022.

Accepted: 13/11/2022.

### Abstract

The principle of non-refoulement is considered one of the basic principles in the international refugee law, as it protects the refugees from falling at the hands of the authorities persecuting them. The rights that the refugees enjoy according to the international conventions is considered as obligations over the refugees' host State. The most important of which are: Right to protection against refoulement and constraining the host State's authority regarding the expulsion of the refugee. The international refugee law rejects the expulsion of the refugee. Also, the principle of Non Refoulement is well entrenched in customary international law; it is binding for contracting and non-contracting states. In addition, he Contracting States shall not expel a refugee lawfully in their territory save on grounds of national security or public order. Articles (32) and (33) of the 1951 refugee convention are the core of international refugee protection.

Keywords: Refoulement of Refugee, Host State, the 1951 refugee convention.

## المقدمة

إن مسألة اللاجئين ليست مسألة جديدة، فقد تحولت من مشكلة إلى نكسة إلى أزمة وأصبح يصعب على المجتمع الدولي مواجهتها بسبب زيادة أعداد اللاجئين من جهة وبسبب زيادة الأسباب المؤدية للجوء من جهة أخرى، فأصبحت بذلك تشكل أبرز قضايا القانون الدولي المعاصر.

أنشأت اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ العديد من المفاهيم الهامة في القانون الدولي للاجئين، فاتفاقية عام ١٩٥١ وبروتوكولها عام ١٩٦٧ يمثلان الوثيقة التوجيهية بشأن حماية اللاجئين وذلك لتوفيرهما الحد الأدنى من حقوق اللاجئين، فهما يحددان معايير التعامل مع اللاجئين حتى وقتنا الحاضر، فالاتفاقيات الإقليمية اللاحقة لعام ١٩٥١ عززت هذه الحقوق.

ومن أبرز هذه المفاهيم مبدأ حظر طرد اللاجئ إلى دولة الاضطهاد وتقييد سلطة الدولة المضيفة بالنسبة لطرد اللاجئ، فهذه المبادئ تضمن للاجئ الذي تم منحه الملجأ عدم سحب هذا الحق منه، فهو ضمانته بالدرجة الأولى للاجئ، ومن أهم مبادئ الحماية الدولية التي تدعو إليه المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في كونها تعالج موضوعاً في غاية الأهمية، فالموضوع يحتل الصدارة على الساحة الدولية نتيجة لما يحدث في أنحاء العالم من صراعات و اضطرابات وعدم استقرار، وعلى الرغم من أهمية الموضوع إلا أنه لم يحظ بالدراسة والتحليل الكافيين، ومن هنا جاءت رغبة الباحثة في تسليط الضوء على هذا الموضوع لأجل المساهمة في إغناء المكتبة القانونية.

### مشكلة الدراسة :

إن مشكلة الدراسة تدور حول التزام الدولة المضيفة بعدم طرد اللاجئ إلى أي دولة أخرى عموماً وإلى دولة الاضطهاد بشكل خاص. والسؤال المهم الذي يثور في هذا الصدد هو حول طبيعة التزام الدولة المضيفة بعدم طرد اللاجئ وفيما إذا كان هناك استثناءات على هذا الالتزام؟

ويتفرع عن هذه المشكلة الرئيسية مجموعة من الإشكاليات الفرعية، وهي على النحو التالي:

- ما هو مصدر التزام الدولة المضيفة بعدم طرد اللاجئ؟
- ما هي طبيعة العلاقة بين المادتين (٣٢) و (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١؟

## منهجية الدراسة :

تعتمد الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على وصف النصوص الواردة في الاتفاقيات والإعلانات الناظمة لمسألة اللجوء ثم تحليلها واستنباط أهم الأحكام القانونية.

## المبحث الأول

### مبدأ حظر طرد اللاجئين حسب اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١

تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ التي تحمل عنوان حظر الطرد " لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية " .

ويعتبر مبدأ حظر طرد اللاجئين إلى دول يواجه فيها خطر الاضطهاد من أهم الحقوق المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١<sup>(١)</sup>. فهو يمثل حجر أساس الحماية الدولية للاجئ<sup>(٢)</sup>، ويشكل قاعدة إنسانية أساسية للحماية الدولية للاجئين ومبدأ من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان.

فلا خلاف يقوم في اعتبار المادة الثالثة والثلاثين من أهم النصوص في اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ ويرجع ذلك إلى الحماية الجوهرية التي تقدمها للاجئين ضد الوقوع في أيدي سلطات الدولة التي تضطهدهم، فتقوم هذه المادة على شقين أساسيين: الشق الأول الأكثر وضوحاً يتمثل في التزام الدولة المضيفة بعدم طرد اللاجئين إلى دولة الاضطهاد، فتلتزم الدولة المضيفة بحماية اللاجئين الفارين من الاضطهاد وليس طردهم إلى دولة سيواجهون فيها خطر الاضطهاد. أما الشق الثاني فيتمثل باكتساب اللاجئين حق حمايته من الطرد، فهذا الحق من الحقوق التي يرتفع فيها المركز القانوني للاجئ عن المركز القانوني للأجنبي، وبذلك يوفر للاجئ حماية فاعلة.

تلاحظ الباحثة أن المقصود من صياغة المادة هو تفسيرها بأنها التزام يقع على عاتق الدولة المضيفة أكثر من تفسيرها بأنها حق للاجئ. فبدأت المادة بعبارة " لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً " ....

وترى المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أن الغرض والمعنى المقصود من المادة (٣٣) في اتفاقية عام ١٩٥١ واضح لا لبس فيه، وهو إنشاء التزام بعدم عودة اللاجئين أو طالب اللجوء إلى بلد سيكون معرضاً فيه لخطر الاضطهاد أو أضرار خطيرة أخرى، وهو ما ينطبق حينما تمارس الدولة اختصاصها بما يشمل على الحدود، أو في أعالي البحار أو في إقليم دولة أخرى.<sup>(٣)</sup>

(١) تم تبني المادة (٣٣) في مؤتمر المفوضين عام ١٩٥١ من قبل المشاركين بنسبة ٢٠ صوت موافق مقابل لا صوت غير موافق وامتناع ٣ أعضاء.

(٢) خضراوي، عقبة، حق اللجوء في القانون الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٧٨.

(٣) أمر الله، برهان، حق اللجوء السياسي دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢١٢.

## المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمبدأ حظر طرد اللاجئين

يعتبر حق حماية اللاجئين من الطرد من أهم الانتصارات التي حققها القانون الدولي للاجئين في مجال حماية اللاجئين، فلا تكاد تخلو أية اتفاقية دولية أو إقليمية ناظمة لمسألة اللجوء من ذكر مبدأ حظر طرد اللاجئين إلى دولة الاضطهاد.

### أولاً: نطاق تطبيق مبدأ حظر الطرد

أول سؤال يثور في هذا الصدد هو: هل الالتزام بحظر طرد اللاجئين حسب نص المادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ يقتصر على اللاجئين الموجودين داخل إقليم الدولة المضيفة أم أنه يمتد ليشمل اللاجئين الموجودين عند حدود الدولة المضيفة؟ ليس هناك موقف محدد بشأن هذه المسألة، فظهر اتجاهان في هذا المجال. اتجاه أول تبنى المعنى الواسع أي أن التزام الدولة المضيفة بعدم جواز طرد اللاجئين يمتد ليشمل اللاجئين الموجودين عند حدود الدولة المضيفة<sup>(١)</sup>. فلا يجوز طرد اللاجئين الفارين من الاضطهاد الذين وصلوا إلى حدود الدولة المضيفة.

أما الاتجاه الثاني الغالب في الفقه وفي الممارسة الدولية، الذي تدعمه الأعمال التحضيرية لاتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين، فيقتصر التزام الدولة المضيفة بعدم الطرد على اللاجئين الموجودين داخل إقليم الدولة المضيفة بالفعل دون غيرهم<sup>(٢)</sup>. فللدولة المضيفة الحرية في السماح بإدخال اللاجئين الموجودين عند الحدود وقبولهم أو رفض ذلك حتى لو ترتب على ذلك نتائج سلبية تتمثل في إجبارهم على العودة إلى بلد سيتعرضون فيه لخطر الاضطهاد. كما أن سويسرا أشارت في فهمها لصياغة المادة إلى أنها لا تضمن التزام الدولة بالاعتراف باللاجئين على الحدود لأنه يمكن ألا يتم إرجاعهم إلى دولة حيث حياتهم ستكون مهددة<sup>(٣)</sup>. فتبنت سويسرا هذا الاتجاه ورأت أن اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين تطبق على اللاجئين المقيمين بصورة نظامية. ترى الباحثة أن الأخذ بالاتجاه الثاني الذي يتبنى المعنى الضيق لا يتفق مع ما تهدف إليه المادة الثالثة والثلاثين ويشكل ثغرة في الاتفاقية. وتؤيد الباحثة الاتجاه الأول فهو يتوافق مع أهداف الحماية الدولية للاجئين، فلا فرق في الحماية بين اللاجئين الذي نجح في اجتياز حدود الدولة المضيفة وبين اللاجئين الذي يوجد على الحدود (الذي لم ينجح بعد في اجتياز الحدود)، فكلاهما يستحقان الحماية من الطرد.

وهذا ما أكدته التوصيات بشأن الحماية الدولية للاجئين التي اعتمدها اللجنة التنفيذية للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين رقم (٦) لعام ١٩٧٧ حول عدم الطرد<sup>(٤)</sup> والتي تعيد التأكيد على الأهمية الجوهرية لاحترام مبدأ عدم الطرد أسواء على الحدود أو داخل أراضي الدولة، وذلك للأشخاص الذين يمكن أن يتعرضوا للاضطهاد

(١) الطالبناني، ضحى نشأت، الالتزام بدراسة طلبات اللجوء، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٥، ص ٥٦.

(٢) أمر الله، برهان، حق اللجوء السياسي دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢١٢.

(٣) Zimmermann, Andreas, the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, Oxford University, New York, 2011, P.1340.

(٤) تاريخ مشاهدة الموقع: ٢٠٢٢/٩/٤، <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c43ac/non-refoulement.html>

في حال إعادتهم لبلدهم الأصلي بصرف النظر عما إذا كانت الدولة التي لجأوا إليها قد أقرت رسمياً وضعهم كلاجئين أو لا".

فالتفسير الواسع للمادة الثالثة والثلاثين يشمل أيضاً طالبي اللجوء الذين لم يصدر بعد قرار بقبولهم أو رفضهم كلاجئين، أي في الفترة التي يتم فيها دراسة طلباتهم، فمن حق طالبي اللجوء الذين لم يتم البت بطلبهم بقرار نهائي التمتع بهذا الحق والاستفادة منه.

### ثانياً: مبدأ حظر الطرد من القواعد العرفية

يعد مبدأ حظر الطرد إلى دولة الاضطهاد قاعدة عرفية في القانون الدولي، كما يتضح من الممارسة العملية الدولية التي تدل على أهميته، ولاسيما أن هناك عدداً من الدول ليست طرفاً في اتفاقية عام ١٩٥١ و/أو بروتوكولها<sup>(١)</sup> وفي أية اتفاقية دولية أو إقليمية أخرى تحظر الطرد، فلكي تصبح القواعد في الاتفاقية عرفاً دولياً<sup>(٢)</sup> لا بد من توافر ركنين :

- ١- الركن المادي المتمثل في اطراد أو اعتياد أعضاء الجماعة على العمل بسلوك معين فترة من الزمن. ويشترط أن يكون منسوباً إلى شخص من أشخاص القانون الدولي وأن يكون مستمراً أو متواتراً في الزمان بشكل ثابت وأن يكون عاماً بين جماعة الدول أو جماعة معينة من الدول<sup>(٣)</sup>.
- ٢- الركن المعنوي المتمثل في اعتياد سلوك معين إلى الحد الذي يتولد معه الاعتقاد بالإنذار هذا السلوك. أي وجوب تطبيق القاعدة العرفية على سبيل الإلزام ويترتب الجزاء على من يخالفها . ولقد اكتسب مبدأ حظر الطرد صفة القانون الدولي العرفي<sup>(٤)</sup>. فترتب على اعتبار هذا المبدأ قاعدة عرفية ملزمة إلزام جميع الدول باحترامه سواء أكانت طرفاً في اتفاقية عام ١٩٥١ و/أو بروتوكول عام ١٩٦٧ أم لا .

إن القاعدة الأساسية المنصوص عليها في المادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية عام ١٩٥١ أصبحت انطلاقة نحو إنشاء قانون عرفي عام جديد، سارت على مقتضاه الدول الأطراف في علاقاتها المتبادلة. وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٨) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات.<sup>(٥)</sup>

تري الباحثة أن احتواء اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ على مبادئ ومعايير اكتسبت الصفة العرفية الملزمة مثل مبدأ عدم جواز طرد اللاجئ، قد أسهم في عالمية الاتفاقية وقبولها وانتشارها الواسع على خلاف العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى.

(١) بلغ عدد الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ أو في أحدهما ١٤٨ دولة، بينهم تسع دول عربية هي: مصر، السودان، اليمن، الجزائر، جيبوتي، المغرب، موريتانيا، تونس، الصومال.

(٢) تعتبر القواعد العرفية إحدى مصادر القانون الدولي العام الأساسية بالإضافة إلى المعاهدات ومبادئ القانون العامة.

(٣) علوان، محمد، القانون الدولي العام المقدمة والمصادر، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٧، ص ٤١٥.

انظر الفقرة (ب) من توصيات اللجنة التنفيذية للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين رقم (٢٥) لعام ١٩٨٢ الذي: "أكد من جديد (٤) على أهمية المبادئ الأساسية للحماية الدولية، ولا سيما مبدأ عدم الإعادة القسرية الذي اكتسب تدريجياً طابع قاعدة أمر من قواعد القانون الدولي".

(٥) اعتمدت الاتفاقية في ختام أعمال مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات في ٢٢ أيار عام ١٩٦٩ وعرضت للتوقيع في ٢٣ أيار عام ١٩٦٩ ودخلت حيز النفاذ في ٢٧ كانون الثاني عام ١٩٨٠ .

## ثالثاً: مبدأ حظر الطرد ليس مطلقاً

نظراً لتخوف العديد من الدول من أن يكون مبدأ حظر الطرد مطلقاً، فقد تم إضافة الفقرة الثانية بناءً على اقتراح فرنسي بريطاني أثناء صياغة الاتفاقية في مؤتمر المفوضين المعقود عام ١٩٥١، التي تنص على هذه الاستثناءات المتعلقة بمصلحة الدولة المضيفة في المحافظة على أمنها واستقرارها ونظامها العام وسيادتها<sup>(١)</sup>. فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحق بمواجهة اللاجئين الذي تتوافر دواعٍ معقولة لاعتباره خطراً على أمن البلد الذي يوجد فيه، فهذا الاستثناء متصل بالأمن الوطني للدولة المضيفة. ولا يجوز الاحتجاج أيضاً بهذا الحق لاعتبار أن اللاجئين يمثل خطراً على مجتمع ذلك البلد نظراً لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرمًا استثنائي الخطورة، فهذا الاستثناء متصل بتهديد المجتمع.

فيمكن أن يخضع مبدأ حظر الطرد إلى التقييد في ظروف معينة ووفقاً لاستثناءات محددة<sup>(٢)</sup>. وترى الباحثة أن هذه الاستثناءات أصبحت قديمة وقد عفا عليها الزمن، وبحاجة إلى تعديلات، فالقاعدة الأساسية تقضي عدم جواز طرد اللاجئين إلا في أضيق الحدود. فهذه الاستثناءات تعني أن الطرد ممكن وجائز إلى دولته الأصل إذا لم تكن الدول الأخرى مستعدة لقبوله كلاجئ. إضافة هذه الاستثناءات تعمل على إضعاف أهمية هذا المبدأ وتعطيل الأثر المقصود منه، فالأصل أن هذا المبدأ جوهرى ولا يجب أن ينال منه بالانقاص. فصيغة المادة الثالثة والثلاثين من غير هذه الاستثناءات ستكون أفضل أسوةً باتفاقيات حقوق الإنسان.

بعد قراءة وتحليل نص المادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١، توصلت الباحثة إلى جملة الملاحظات التالية:

- لم تعرف الاتفاقية الاضطهاد وذلك بناءً على رغبة واضعي الاتفاقية في عدم تفسير الاضطهاد بشكل ضيق، فمصطلح الاضطهاد مصطلح مرن يتغير بتغير الزمان والمكان.
- وجود قواعد دولية عرفية تتعلق بحماية اللاجئين من الطرد تتمتع بصفة الإلزامية يساهم في تعزيز احترام حقوق اللاجئين ويعمل كالتزام دولي ضابط لسلوك الدولة المضيفة في مواجهة اللاجئين، وإن ورود استثناءات على مبدأ حظر الطرد لا ينفي عنها أنها قاعدة قانونية عرفية. وأكثر من ذلك فيعتبرها بعض المختصين قاعدة آمرة<sup>(٣)</sup>.
- وجود علاقة قوية بين المادة الثالثة والثلاثين والمادة الأولى من الاتفاقية نفسها، فكل شخص يشملها تعريف اللاجئين بموجب المادة الأولى تطبق عليه الأحكام تلقائياً، كما أن اللاجئين يفقد هذه الحماية إذا

(١) فالمادة ٣٣ تطبق في جميع الأوقات إلا في حالات استثنائية تستدعي طرد اللاجئين غير المرغوب فيه في الدولة المضيفة، فالدولة المضيفة تواجه صعوبة في التعامل معه مما يستدعي طرده من إقليمها حتى لا يضار أمن الدولة المضيفة جراء ذلك.

(٢) Abo El Wafa, Ahmed, The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law, Naif Arab University for Security Sciences, Riyadh, 2009, P.62.

(٣) Goodwin-Gill, Guy S., The Refugee in International Law, Oxford University, New York, 1985, P.117.



ما تحققت أي من أحكام الفقرتين ج (بنود الانقطاع) أو واو (بنود الاستبعاد) <sup>(١)</sup> ولكن مع ذلك يبقى هؤلاء الأشخاص محميين من الطرد بموجب أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

## المطلب الثاني: إمكانية التحفظ على مبدأ حظر طرد اللاجئين

### أولاً: تعريف التحفظ

يعرف التحفظ بأنه "إعلان من جانب واحد، أي كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة"<sup>(٢)</sup>، ويتم التحفظ لدى التوقيع على معاهدة ما أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها. ولا بد من أن يكون مكتوباً وصريحاً وأن يوجه بطريقة سليمة.<sup>(٣)</sup>

يشترط لصحة التحفظات ثلاثة شروط أشارت إليها المادة (١٩) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩ وهما: ١- ألا تحظر المعاهدة هذا التحفظ أو ٢- أن تنص المعاهدة على أنه لا يجوز أن توضع إلا تحفظات محددة ليس من بينها التحفظ المعني- هذا هو حال اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ التي أجازت التحفظ على موادها باستثناء ١٥ مادة. أو ٣- ألا يكون التحفظ منافياً لموضوع المعاهدة وغرضها.

### ثانياً: التحفظ على نص المادة (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١

تنص الفقرة (١) من المادة (٤٢) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١<sup>(٤)</sup> والفقرة (١) من المادة (٧) من بروتوكول عام ١٩٦٧<sup>(٥)</sup> على حظر التحفظات على المادة (٣٣) من الاتفاقية. وذلك للأهمية العظمى التي يتمتع بها هذا المبدأ، فقد شكلت المادة (٣٣) حكماً موضوعياً أساسياً غير قابل لإبداء أي تحفظات عليه من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية و/أو الأطراف في بروتوكول عام ١٩٦٧.

وترى الباحثة أنه من الملائم عدم إجازة التحفظ على هذا المبدأ للأسباب التالية:

<sup>(٢)</sup> بنود الاستبعاد تشمل ارتكاب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية أو ارتكاب جريمة جسيمة غير سياسية أو ارتكاب أفعال مضادة لأهداف الأمم المتحدة، أما بنود الانقطاع فتشمل استئناف الاستغلال بحماية بلد جنسية اللاجئ أو استعادة جنسية اللاجئ بعد فقدانها أو اكتساب جنسية جديدة أو العودة الاختيارية إلى البلد الذي غادر منه.

<sup>(٣)</sup> ورد هذا التعريف في المادة (٢/ ١/ د) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩.

<sup>(٤)</sup> للتوسع حول استخدام التحفظ انظر: الجندي، غسان هشام، قانون المعاهدات الدولية، عمان، ١٩٨٨، ص ٧١-٧٢.

<sup>(٥)</sup> "لأية دولة عند التوقيع أو التصديق أو الانضمام حق إبداء تحفظات بشأن أية مواد في الاتفاقية غير المواد ١ و ٣ و ٤ و ١٦ و (١) و ٣٣ والمواد ٣٦ إلى ٤٦ شاملة المادة الأخيرة المذكورة".

<sup>(٦)</sup> "لأية دولة عند الانضمام حق إبداء تحفظات بشأن المادة الرابعة من هذا البروتوكول وبشأن القيام وفقاً للمادة الأولى من هذا البروتوكول بتطبيق أية أحكام من أحكام الاتفاقية غير تلك المنصوص عليها في المواد ١ و ٣ و ٤ و ١٦ و (١) و ٣٣ منها، على أن لا تشمل التحفظات التي تصدرها الدولة الطرف في الاتفاقية بمقتضى هذه المادة اللاجئين الذي تسري عليهم الاتفاقية".

- لا أهمية قانونية أو حاجة تستدعي ذلك، فالأصل أن التحفظ يتفق مع غرض وموضوع الاتفاقية والهدف منها، فإذا سلمنا بصحة التحفظ على نص المادة الثالثة والثلاثين فإننا نبطل مفعول أهم مادة في الاتفاقية.
- لا يجوز للدول الأطراف التحفظ على مبدأ اكتساب صفة القاعدة العرفية الدولية في القانون الدولي للاجئين. وهذا السبب تم قياسه على مبادئ التحفظ في القانون الدولي لحقوق الإنسان. فلا يجوز أن يكون محلاً للتحفظ بند من بنود اتفاقية دولية لحقوق الإنسان يكرس قاعدة عرفية.<sup>(١)</sup>

هناك إشكالية قانونية تثور في هذا الموضوع، هل هناك تعارض بين إجازة التحفظ على المادة (٢٦) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ المتعلقة بحرية اللجوء في التنقل الحر وبين عدم إجازة التحفظ على المادة (٣٣) من الاتفاقية نفسها؟

هناك ربط بين المادة (٢٦) والمادة (٣٣)، فالحق في حرية التنقل من حقوق الإنسان المقدسة والمكرسة قانوناً. ويقصد بحرية التنقل إمكانية تغيير الفرد لمكانه وفقاً لحرية، وقد أسماها بعض الباحثين بحرية الحركة، فهناك إمكانية التنقل جواً وبراً وبحراً، إلا أن أكثرها انتشاراً هو التنقل البري بسبب الطبيعة العامة للجوء<sup>(٢)</sup>. وتضمن حق اللجوء في حرية الحركة وفي تنقله من مكان لآخر وفي تغيير مكانه داخل الدولة المضيفة فله الحق بالدخول إلى الدولة المضيفة أو العودة إليها ويترتب على هذا الحق نتيجة قانونية وهي عدم جواز طرد اللجوء، فلا يجوز الطرد إلا في حالات استثنائية ووفقاً لشروط معينة. فهذا يدل على ارتباط حق اللجوء في حرية التنقل مع حقه في الحماية من الطرد.

بالرجوع إلى الفقرة (١) من المادة (١٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ " لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة"، التي تؤكد على أهمية حرية التنقل للإنسان<sup>(٣)</sup>. فكيف يمكن لاتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ من إجازة التحفظ على هذا الحق الذي يكتسبه اللجوء بصفته إنساناً. وترى الباحثة أن حقوق اللجوء تترايط مع بعضها بعضاً ولا تقبل الانقسام.

### المطلب الثالث: النصوص المتضمنة لمبدأ حظر الطرد على الصعيد الدولي و الوطني

لقد تم إدراج مبدأ حظر الطرد في العديد من النصوص الدولية غير الملزمة، فقد نصت المادة الثالثة من إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي عام ١٩٦٧ على: " ١- لا يجوز إخضاع أي شخص من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ١ من المادة ١ لتدابير مثل منع دخوله عند الحدود، إذا كان الشخص قد دخل الإقليم الذي

(١) انظر الفقرة الثامنة من التعليق العام رقم (٢٤) للجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية ضمن الدورة الثانية والخمسين للأمم المتحدة عام ١٩٩٤: "ومن بين هذه الحقوق التي لا يجوز التحفظ عليها حظر ممارسة الرق أو التعذيب أو إخضاع الأشخاص لمعاملة أو عقوبة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة".

(٢) خيرى، عادة، الاتفاقيات الخاصة بحقوق اللاجئين وآليات حمايتهم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٧، ص ٦٣.

(٣) انظر كذلك المادة (١٢/١) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦، والمادة (٥/د ١) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري عام ١٩٦٥.

ينشد اللجوء إليه، أو إبعاده أو رده القسري إلى أية دولة يمكن أن يتعرض فيها للاضطهاد. ٢- لا يجوز الحيد عن المبدأ السالف الذكر إلا لأسباب قاهرة تتصل بالأمن القومي، أو لحماية السكان، كما في حالة تدفق الأشخاص معاً بأعداد ضخمة. ٣- إذا حدث أن قررت دولة ما وجود مبرر للحيد عن المبدأ المقرر في الفقرة ١ من هذه المادة، تنتظر الدولة المذكورة في إمكانية منح الشخص المعني، بالشروط التي تتيحها فرصة للذهاب إلى دولة أخرى وذلك إما بمنحه ملجأ مؤقتاً أو بطريق آخر".

تلاحظ الباحثة أن إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي توسع في مبدأ حظر الطرد بشكل أكبر من المادة (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين، فتبنى المفهوم الواسع إذ لم يقتصر على اللاجئين الموجودين عند الإقليم بل تعداه إلى اللاجئين الموجودين خارج الحدود. فاحتوى الإعلان على مبادئ قانونية هامة على الرغم من عدم إلزاميته، فهو مجرد توصية<sup>(١)</sup> صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، لكنه مع ذلك أسهم بدعوة الدول إلى احترام هذا المبدأ والعمل على تطبيقه. وشكل قاعدة قانونية في القانون الدولي العرفي.

إن حظر الطرد إلى دولة الاضطهاد محظور في العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية، فلم يقتصر الأمر فقط عند اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين والإعلانات والمبادئ، بل إن هذا المبدأ أوسع بكثير .

أما على صعيد الاتفاقيات الإقليمية النازمة لمسألة اللجوء فقد ورد ذكره في المادة (٢) من اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية عام ١٩٦٩ وفي المادة (٨) من الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية عام ١٩٩٤ . وعلى صعيد اتفاقيات حقوق الإنسان الإقليمية فقد ورد ذكره في المادة (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام ١٩٥٠ والمادة (٢٢) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام ١٩٦٩ والمادتين (٤) و (٥) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عام ١٩٨١<sup>(٢)</sup> والمادة (٢٦) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان ٢٠٠٤.

#### أولاً: مبدأ حظر الطرد على صعيد الاتفاقيات الدولية

ورد مبدأ حظر الطرد في العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان منها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام ١٩٨٤. وورد أيضاً في العديد من الإعلانات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة نذكر منها المادة الثامنة من إعلان حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري عام ١٩٩٢ وكذلك في المادة ٣/ح من إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة عام ١٩٩٣.

(١) وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الإعلان بالإجماع، مما أضفى عليه قدراً كبيراً من الاحترام، فيعتبر ذلك عن إيمان المجتمع الدولي بأهمية المبادئ التي يتضمنها. انظر الحجابا، فايزة محمد، حقوق اللاجئين السياسيين والتزاماتهم في بلد اللجوء في ضوء القانون الدولي للاجئين والقوانين المتعلقة بحقوق الإنسان (المملكة الأردنية الهاشمية كحالة دراسة)، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن، ٢٠١٢، ص ٦٩.

(٢) للمزيد انظر:

## • اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان

إن اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان تجسد مبدأ حظر الطرد على نطاق أوسع في التطبيق، فهناك اتفاقيات دولية وإقليمية متعددة لحقوق الإنسان تحتوي على أحكام مطلقة لمبدأ حظر الطرد بغض النظر عما إذا كان هذا الإنسان لاجئاً أو طالب لجوء أو عديم جنسية، فهي تشملته بالحماية بصفته إنساناً. فجميع حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتجزئة ومتراصة ومتشابكة ويعزز بعضها بعضاً ويعامل بموجبها الإنسان أينما كان معاملة عادلة ومنصفة.<sup>(١)</sup>

### أ-العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦<sup>(٢)</sup>

تكمن أهمية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بقيامه بتفصيل بعض الحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى تضمينه بعض الحقوق التي لم ينص عليها الإعلان. ويمكن اعتباره أهم المواثيق الدولية، وذلك لأنه قد أفاض في تفصيل الحقوق التي تضمنها وحدد عناصرها، فقام بوصفه معاهدة دولية بنقل هذه الحقوق من عدم الإلزام إلى إلزامية النصوص بالإضافة إلى إنشائه آلية للرقابة الدولية على تطبيقه.<sup>(٣)</sup>

ومن أبرز الحقوق التي يحميها الحق في عدم التعرض للتعذيب أو العقوبة أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو الحاطة من الكرامة، فتتص المادة السابعة " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر ". وقد نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على عدم جواز مخالفة هذا الحق حتى في حالة الطوارئ الاستثنائية<sup>(٤)</sup>. لذلك فهو حق غير قابل للتقييد، فيطبق في كل الأوقات وفي جميع الظروف. وقد أشارت محكمة العدل الدولية إلى أن حظر التعذيب يعد جزءاً من القانون الدولي العرفي وأصبح قاعدة آمرة.<sup>(٥)</sup>

فالعهد الدولي جاء خالياً من الإشارة إلى مسألة اللجوء، إلا أن المادة السابعة منه تضمن التزام الدول بعدم إخضاع الفرد إلى التعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.

(١) الظليفي، هاني جلال مرعي، الدور السياسي والقانوني للدولة المضيفة في حماية اللاجئين السوريين في الأردن ٢٠١١-٢٠١٣ حالة دراسة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ٢٠١٣، ص ٤١.

(٢) اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها ٢٢٠٠ ألف (د) في ١٦ كانون الأول/ ١٩٦٦ ودخل حيز النفاذ في ٢٣/أذار/١٩٧٦.

(٣) الكاشف، عبد الرحيم محمد، الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٠.

(٤) انظر الفقرتين (١ و ٢) من المادة (٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: "١- في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالتزامات 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.

٢- لا يجوز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد ٦ و ٧ و ٨ (الفقرتين ١ و ٢) و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨".

(٥) العرموطي، ربا أحمد، جريمة الاختفاء القسري وفقاً للقوانين الجنائية المقارنة والقانون الدولي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ٢٠١٦، ص ٥٢.

## ب- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام

١٩٨٤<sup>(١)</sup>

تعرف باتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب، هي اتفاقية دولية لحقوق الإنسان تهدف بشكل أساسي إلى منع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في جميع أنحاء العالم من خلال إلزام الدول الأطراف باتخاذ إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية أو أية إجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي. تتكون الاتفاقية من ديباجة و (٣٣) مادة.

وتنص المادة ٣ / ١ من اتفاقية مناهضة التعذيب: " لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده ("أن ترده") أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب. "

فالمادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب تحمل نفس مضمون مبدأ حظر الطرد المنصوص عليه في المادة (٣٣)، وهذا ما أوضحت التوصيات بشأن الحماية الدولية للاجئين التي اعتمدها اللجنة التنفيذية للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين رقم (٨٢) لعام ١٩٩٧<sup>(٢)</sup> : " مبدأ عدم الإعادة القسرية الذي يحظر طرد وإعادة اللاجئين بأي شكل من الأشكال إلى حدود الأقاليم التي تكون حياتهم أو حريتهم عرضة للتهديد بسبب عرقهم أو دينهم أو جنسيتهم أو انتمائهم إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائهم السياسية سواء تم منحهم رسمياً وضع لاجئ أم لا أو الأشخاص الذين لديهم أسباب وجيهة تدعو إلى الاعتقاد بأنهم سيكونون في خطر التعرض للتعذيب، على النحو المنصوص عليه في اتفاقية عام ١٩٨٤ لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة".

ترى الباحثة أن نطاق المادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب أوسع من نطاق المادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ للأسباب التالية:

- المستفيد من المادة الثالثة والثلاثين هو اللاجئ الذي لديه أسباب قوية للخوف من التعرض للاضطهاد، أما المستفيد من المادة الثالثة فهو أي فرد لديه أسباب جوهرية للاعتقاد أنه سيتعرض لخطر التعذيب.
- المادة الثالثة والثلاثين غير مطلقة يرد عليها استثناءان، أما المادة الثالثة فهي مطلقة لا تسمح ب ورود استثناءات عليها .

وفي حالات معينة يحدث تداخل بين اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين واتفاقية مناهضة التعذيب بالنسبة للدول الأطراف في كلتا الاتفاقيتين. في هذه الحالة لا بد من توفير الحماية، لذلك اتخذت لجنة الأمم المتحدة

(١) اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وفتحت باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها في القرار رقم (٣٩/٤٦) المؤرخ في ١٠ كانون

الأول / ١٩٨٤ ، دخلت حيز النفاذ في ٢٦/حزيران/ ١٩٨٧ .

(٢) تاريخ مشاهدة الموقع ٢٠٢٢/٩/١١ ، <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c958/safeguarding-asylum.html>

لمناهضة التعذيب وهي الجهة المختصة بالإشراف على تنفيذ اتفاقية مناهضة التعذيب قرارات في عدد من الحالات لصالح ملتزمي اللجوء الذين كانت قد رفضت طلباتهم من قبل سلطة تحديد وضع اللاجئين في دولة اللجوء.<sup>(١)</sup>

### ج- اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية عام ١٩٥٤<sup>(٢)</sup>

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية تهدف إلى حماية الأفراد عديمي الجنسية، وغالبية أحكام الاتفاقية تتشابه مع أحكام اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين.

وبالرجوع إلى الاتفاقية لم نجد مادة مماثلة للمادة (٣٣) من اتفاقية عام ١٩٥١ التي تحظر الطرد، حيث ذكر في البيان الختامي لمؤتمر الأمم المتحدة للأشخاص عديمي الجنسية الذي عقد في نيويورك عام ١٩٥٤: "إنه من رأي المؤتمر أن المادة (٣٣) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين ما هي إلا تعبير عن المبدأ المقبول عموماً، وهو أن تمتنع الدولة عن طرد أو إعادة شخص على أية حالة كانت لحدود تكون فيها حياته أو حريته مهددتين، بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه لفئة اجتماعية أو رأيه السياسي." وفي ضوء ذلك قرر المؤتمر أنه ليس هناك ضرورة لتضمين الاتفاقية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية مادة مطابقة للمادة ٣٣ الواردة في اتفاقية اللاجئين.<sup>(٣)</sup> والسبب في ذلك أن المبدأ قد أصبح مقبولاً ومعتزلاً به.

وهذا يعني أن عديمي الجنسية من غير اللاجئين لا يتم حمايتهم من الطرد بموجب اتفاقية وضع الأشخاص عديمي الجنسية، وإنما يتم حمايتهم من خلال اتفاقيات حقوق الإنسان ومن خلال القانون الدولي العرفي.

### • القانون الدولي الإنساني

يخاطب القانون الدولي الإنساني مبدأ حظر الطرد في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والأربعين من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب عام ١٩٤٩<sup>(٤)</sup>.

نطاق المادة (٤٥) من اتفاقية جنيف الرابعة أوسع من نطاق المادة (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين، فالمادة الخامسة والأربعين تحتوي على أحكام عامة بمواجهة الأشخاص سواء أكانوا أفراداً أم جماعات، وتحظر على سلطات الاحتلال ترحيل ونقل وإبعاد الأشخاص من أماكنهم. وعلى الرغم من أن نطاق تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة مقيد بحالة النزاعات المسلحة، إلا أنها تذهب أبعد من المادة (٣٣) من اتفاقية عام ١٩٥١ من خلال إشارتها إلى أن الأفعال التي تشكل النقل أو الإبعاد المحظور، تعد اختراقات للقانون الدولي الإنساني وترقى إلى مستوى جرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب.

المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والاتحاد البرلماني الدولي، دليل القانون الدولي للاجئين، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة (١) ٢٠٠١، ص ٤٦.

1960/حزيران/6، تاريخ نفاذها 1954/أيلول/28) اعتمدها مؤتمر المفوضين الذي دعا إلى عقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي في (٢)

السيد، رشاد عارف، مدى سلطة الدولة في رد اللاجئين أو طردهم في القانون الدولي، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد ٩، العدد ٣، (٣) ٢٠٠٣، ص ١٣٧.

تنص المادة (٤٥/٤) من اتفاقية جنيف الرابعة: " لا يجوز نقل أي شخص محمي في أي حال إلى بلد يخشى فيه الاضطهاد بسبب آرائه (١) " السياسية أو عقائده الدينية.

## • مبدأ حظر الطرد على الصعيد الوطني

يلاحظ أن هناك قصورا على الصعيد الوطني في معالجة موضوع حظر طرد اللاجئين، فلم يعالج الدستور الأردني عام ١٩٥٢ موضوع طرد اللاجئين باستثناء المادة (١/٢١) التي نصت على عدم جواز تسليم اللاجئين السياسيين بسبب مبادئهم السياسية أو دفاعهم عن الحرية. وما يؤخذ على هذه المادة اقتصرها على اللجوء السياسي فقط وعدم تطرقها للجوء الإنساني.

أما على مستوى التشريعات الوطنية، فلا يوجد أية تشريعات متخصصة لمسألة اللجوء، على الرغم من أن الأردن من أكثر الدول المستضيفة لأعداد كبيرة من اللاجئين. إلا أنه يوجد بعض النصوص القانونية التي وردت في قانون الإقامة و شؤون الأجانب وتعديلاته رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٣ التي أشارت إلى موضوع إبعاد الأجانب في المواد (٣١، ٣٢، ٣٧). و لا يُعنى هذا القانون بشكل مباشر بموضوع اللاجئين، باستثناء بعض الإشارات إلى مسألة اللجوء وكيفية التعامل مع اللاجئين في المواد (٤، ٦، ١٠، ٢٩) دون أن يقترن ذلك بتعريف للاجئ أو بتحديد الجهة المختصة بتحديد من هو اللاجئ.<sup>(١)</sup>

• فتشكل مذكرة التفاهم الموقعة بين الحكومة الأردنية والمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في ٥/نيسان/١٩٩٨ والمعدلة جزئياً عام ٢٠١٤ المرجعية القانونية الوطنية التي تنظم وضع اللاجئين غير الفلسطينيين على أراضي الأردن، وتعتبر أساس تمكين المفوضية في ممارستها أعمالها وأنشطتها المتعلقة بالحماية الدولية. وذلك كون الأردن طرفاً في العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup> وليست طرفاً في اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين ولا البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين عام ١٩٦٧ وليست طرفاً في أية اتفاقية إقليمية ناظمة لمسألة اللجوء .

في عام ٢٠١٤ تم تعديل مذكرة التفاهم، وسبب تعديل المذكرة حسب تصريح وزير الداخلية آنذاك<sup>(٣)</sup> هو التحديات والأعباء التي واجهتها المملكة جراء أزمة اللجوء السوري، فتطلب الأمر إعادة النظر بالمذكرة من خلال تعديل بعض بنودها لتكون أكثر انسجاماً مع مقتضيات المصلحة الوطنية ومتوافقة مع المتطلبات التنظيمية والإدارية للمفوضية السامية من جهة أخرى.

علوان محمد و آخرون، الواقع القانوني والاقتصادي والاجتماعي للعراقيين المقيمين في المملكة الأردنية الهاشمية، حمادة للدراسات الجامعية<sup>(١)</sup> والنشر والتوزيع، إربد، ٢٠٠٩، ص٢٣.

من أبرز الأمثلة على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صادق عليها الأردن: اتفاقيات جنيف الأربعة عام ١٩٤٩ وبروتوكولاتها الإضافيين<sup>(٢)</sup> عام ١٩٧٧ والعهد الدولي الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٦٦ والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري عام ١٩٦٥ والاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها عام ١٩٧٣ و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام ١٩٧٩ واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عام ١٩٨٤ واتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩ والاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم عام ١٩٩٠ والميثاق العربي لحقوق الإنسان عام ٢٠٠٤ واتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة عام ٢٠٠٦.

(١) انظر الموقع الإلكتروني :

www.petra.gov.jo/Public\_News/Nws\_NewsDetails.aspx?Site\_Id=2&lang=1&NewsID=145966&CatID=13

تاريخ مشاهدة الموقع ١/١٢ /٢٠١٩.

أما عن مبدأ حظر الطرد فقد نصت المادة الثانية " أ- على وجوب احترام مبدأ عدم طرد أو رد أي لاجئ يطلب اللجوء في المملكة الأردنية الهاشمية بأي صورة إلى الحدود أو الأقاليم حيث تكون حياته أو حريته مهددتان بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية. "

تلاحظ الباحثة أن هذه المادة تشبه المادة (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين ولكن دون إيراد الاستثناءات الواردة في المادة (٣٣). كما أن المادة توسعت فلم تقتصر على اللاجئ فقط بل امتدت لتشمل طالب اللجوء أيضاً، فكانت في هذه الناحية أكثر توفيقاً من صياغة المادة (٣٣) من اتفاقية عام ١٩٥١. إن ذكر مبدأ حظر الطرد إلى دولة الاضطهاد في مذكرة التقاهم جاء على سبيل التأكيد لأهمية هذا المبدأ، لأنه كما ذكرنا سابقاً يعد جزءاً من القانون العرفي في القانون الدولي، سواء انضمت الأردن لاتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين أم لا فهي ملزمة به.

## المبحث الثاني

### تقييد سلطة الدولة المضيفة بالنسبة لطرده اللاجئ

إن طرد اللاجئ في ظل اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ يتطلب مجموعة ضمانات موضوعية وإجرائية يجب على الدولة المضيفة التقيد بها عند ممارستها سلطاتها في الطرد وتكون ضامناً لعدم تجاوزات الدولة المضيفة في هذا الخصوص، فقررت المادة (٣٢)<sup>(١)</sup> من الاتفاقية عدم جواز طرد اللاجئ إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام للدولة المضيفة كون هذه الأسباب تشكل خطراً على مجتمع الدولة المضيفة.

فهذه المادة تقيد سلطة الدولة المضيفة في طرد اللاجئ من خلال ثلاث ضمانات أساسية تتعلق بأسباب طرد اللاجئ وفي إجراءات طرده وفي طريقة تنفيذ الطرد :

- تقييد طرد اللاجئ وعدم جوازه إلا على وجه الاستثناء، فلا يكون جائزاً إلا في حالتين استثنائيتين وهما حالة الأمن الوطني والنظام العام. ويقع على عاتق الدول تفسير هذه العبارة وتطبيقها بحسن نية، فلا تقوم بطرد أحد اللاجئين إلا عندما يكون وجوده في إقليمها قد أصبح حقيقة يتعارض مع أمنها الوطني أو نظامها العام.<sup>(٢)</sup>

(١) تنص المادة ٣٢ من الاتفاقية: " ١- لا تطرد الدولة المتعاقدة لاجئاً موجوداً في إقليمها بصورة نظامية، إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام. ٢- لا ينفذ طرد مثل هذا اللاجئ إلا تطبيقاً لقرار متخذ وفقاً للأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون. ويجب أن يسمح للاجئ ما لم تتطلب خلاف ذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني، بأن يقدم بينات لإثبات براءته، وبأن يمارس حق الاستئناف ويكون له وكيل يمثله لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصيصاً من قبل السلطة المختصة. ٣- تمنح الدولة المتعاقدة مثل هذا اللاجئ مهلة معقولة ليلتمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر وتحفظ الدولة المتعاقدة بحقها في أن تطبق خلال هذه المهلة ما تراه ضرورياً من التدابير الداخلية".

(٢) (النعمي، عمر سلمان، الحماية الدولية للاجئ، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، لبنان، بيروت، ٢٠١١، ص ٧٨.



- لم تقم اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين بتعريف النظام العام أو الأمن الوطني، فهذه المصطلحات فضفاضة. فمصطلح النظام العام مرن، ثم إن فكرة النظام العام نسبية تختلف من دولة لأخرى. كما لا يمكن وضع تعريف موحد بشأن الأمن الوطني.
- لا ينفذ طرد اللاجئ إلا تطبيقاً لقرار متخذ وفقاً للأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون، مع إعطاء اللاجئ الذي يصدر بمواجهته قرار الطرد الحق في الطعن بالقرار ليتمكن من إثبات براءته ويكون له وكيل يمثله لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصيصاً من قبل السلطة المختصة. وهنا تبرز أهمية دور المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين في توفير المساعدة القانونية للاجئ وتوكيل محامين للدفاع عنه.
- وما يؤخذ على هذه الضمانة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (٣٢) أنها منحت الدولة المضيفة في حالة حدوث أسباب قاهرة تتعلق بالأمن الوطني الحق في إصدار قرار الطرد في أسرع وقت. مما يعني تعذر إمكانية دفاع اللاجئ عن نفسه وتقديم الأدلة لإثبات براءته. فحق الدفاع من الحقوق المقدسة والمكرسة قانوناً<sup>(١)</sup> التي لا يجوز التنازل عنها تحت أي ظرف.
- منح اللاجئ الذي يصدر بمواجهته قرار الطرد مهلة معقولة ليلتمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر، فالهدف من إعطائه هذه المهلة هو ترتيب شؤونه ليتمكن من الحصول على الاعتراف به كلاجئ في دولة أخرى .

هذه الضمانات تعمل على حماية اللاجئ من تعسف الدولة المضيفة، فوجود هذه الضمانات يعود بالفائدة على اللاجئين المقيمين بصفة قانونية على أراضي الدولة المضيفة دون اللاجئين المقيمين بصفة غير قانونية، وهذا بدوره يتعارض مع المادة (٣١) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين التي تعفي اللاجئ من عقوبة الدخول أو الإقامة غير المشروعة من العقاب، فيمكن اعتبار طرد اللاجئ المقيم بصفة قانونية عقوبة تتعارض ومضمون المادة (٣١) من الاتفاقية المذكورة.

ومن الأهمية الإشارة إلى أن تقييد سلطة الدولة المضيفة في طرد اللاجئ يعد من الحقوق المهمة التي يرتفع فيها المركز القانوني للاجئ عن الأجنبي، وهو حق عالمي متعارف عليه بين الدول، بالرغم من أنه لا يشكل قاعدة عرفية ملزمة، كما أن هذا الحق قابل للتحفظ وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام 1951.<sup>(٢)</sup> ومن الجدير بالذكر أنه لا يجوز طرد الأجنبي إلا تنفيذاً لقرار يتخذ وفقاً للقانون، على أن يكون القرار مسبباً وفي أضيق الحدود.

(١) انظر المادة (١/١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(٢) تحفظت كل من بابوا غينيا الجديدة والمكسيك وبتسوانا وأوغندا على المادة ٣٢ من الاتفاقية، معبرين عن أمنيتهم بعدم الالتزام بأي من الالتزامات المترتبة على هذه المادة.

## المطلب الأول: تعريف طرد اللاجئ

### أولاً: تعريف الطرد

اختلفت تعريفات الفقه للطرد، فعرفه بعضهم أنه "تكليف الشخص بمغادرة الإقليم أو إخراجه منه بغير رضاه"<sup>(١)</sup>. ترى الباحثة أن هذا التعريف جاء قاصراً فلم يشر إلى من سيباشر سلطة الطرد.

ويعرف أيضاً أنه "قرار تصدره السلطة العامة في الدولة لأسباب تتعلق بأمنها الداخلي والخارجي وتطلب بمقتضاه من الأجنبي مغادرة أراضيها خلال مهلة محددة وعدم العودة إليها وإلا تعرض لجزاء الإخراج بالقوة"<sup>(٢)</sup>. تجد الباحثة أن هذا التعريف ينظر إلى الطرد على أنه عقوبة توقعه الدولة المضيفة على المبعد، فالأصل أن الطرد هو إجراء إداري وليس عقوبة تفرضها الدولة المضيفة.

فمنهم من عرف الطرد أنه "قرار تصدره السلطة المختصة في الدولة تنهي بمقتضاه إقامة أحد الأجانب ومنهم اللاجئين المقيمون بطريقة قانونية على أراضيها وتأمرة بمغادرة الإقليم خلال مدة محددة وألا يعود إليه مرة أخرى ما دام قرار الطرد قائماً لإخلاله بمقتضيات النظام العام"<sup>(١)</sup>.

ترى الباحثة أن هذا التعريف أكثر شمولاً والأقرب إلى ما ذهب إليه المادة (٣٢) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين، وعليه فإنه ينظر للطرد من جانبين حيث إنه حق للدولة المضيفة بمواجهة اللاجئ وفي نفس الوقت التزام عليها بحماية وصون مجتمعها من أي خطر يهدد سلامتها وأمنها الداخلي أو الخارجي.

وبذا يكون للطرد جانب إيجابي يعود بالنفع والفائدة على الدولة المضيفة، فهو يهدف إلى حماية نظامها العام وأمنها الوطني من الخطر الذي يهددها جراء وجود اللاجئين على إقليمها، وفي المقابل له جانب سلبي فهو يعمل ضد اللاجئين الذين يتمتعون بالحماية الدولية. فكيف يمكن التوفيق بين مصلحة الدولة المضيفة فهو حق لها بمواجهة اللاجئ الذي يتمتع أيضاً بالحماية الدولية من الطرد.

### ثانياً: مشروعية الطرد

إن أسباب طرد اللاجئ تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام للدولة المضيفة. اختلف الفقه حول مشروعية الطرد، ونتيجة لذلك ظهر اتجاهان؛ اتجاه يرى أن الطرد يشكل انتهاكاً لحقوق الإنسان وبالأخص حقه في التنقل والإقامة وأن الدولة لا تملك الحق في منع الأجانب من الدخول إلى إقليمها.<sup>(٣)</sup>

(١) أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٥٧.

(٢) صادق هشام وآخرون، الجنسية ومركز الأجانب دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٤٨٣.

(٣) نايف إقبال مبدر والأسدي عبد الرسول عبد الرضا، المعايير الدولية في آلية إبعاد اللاجئين "دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٢، ص ١٢٩.

(٤) نايف إقبال مبدر والأسدي عبد الرسول عبد الرضا، المعايير الدولية في آلية إبعاد اللاجئين "دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٢، ص ١٢٩ - ١٣٠.

كان الفقه سابقاً ينظر إلى أن للدولة سلطة مطلقة في طرد أو إبعاد الأجانب غير المرغوب فيهم دون بيان الأسباب على اعتبار أن الدولة تمارس عملاً من أعمال السيادة، ولكن مع مرور الزمان واتساع الدولة وزيادة عدد المواطنين والأجانب تغيرت النظرة نحو الطرد فأصبح يُنظر إليه على أنه إجراء إداري تمارسه الدولة للحفاظ على كيانها وأمنها واستقرارها ضمن سلطات محددة ومقيدة .

واتجاه ثانٍ - وهو الاتجاه الذي تطبقه دول المجتمع الدولي حالياً- يرى أنه من حق الدولة طرد الأجانب وينبثق ذلك عن حقها في حماية إقليمها من أي فعل يهدد أمنها واستقرارها .

وأخيراً فإن الطرد بحد ذاته مشروع إذا ما طبق وفقاً للقواعد الدولية المنصوص عليها ووفقاً للاعتبارات الإنسانية، فهو حق للدولة المضيفة يتفرع عن سلطاتها الإقليمية، وبناءً على ذلك فإن امتناع الدولة المضيفة عن طرد اللاجئين أو إبعاده ليس إلا استعمالاً لإحدى السلطات المتفرعة عن سيادتها الإقليمية. فالخلاف يثور فقط حول آلية تنفيذ هذا الطرد، فتقتضي مشروعية تنفيذه أن يمارس ضمن الشروط والقيود المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية دون التوسع فيها .

## المطلب الثاني: العلاقة بين المادتين (٣٢) و (٣٣) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١

لا يمكن قراءة المادة (٣٢) بمعزل عن المادة (٣٣)، فهناك علاقة قوية بينهما، كما أن المادتين متقاربتان ولكن غير متطابقتين وذلك للأسباب التالية :

- نطاق المادة (٣٣) يشمل جميع اللاجئين الموجودين على إقليم الدولة المضيفة، بغض النظر أكانوا لاجئين بصورة قانونية أم غير قانونية، أما نطاق المادة (٣٢) فإنه يقتصر فقط على اللاجئين المقيمين بصورة قانونية. مما يؤدي إلى تمييز ملحوظ في المعاملة بين اللاجئين المقيمين بصورة قانونية وبين اللاجئين المقيمين بصورة غير قانونية .
- كلمة الطرد استعملت في المادتين، فكلاهما تتعاملان مع حالة طرد اللاجئين من إقليمها. فالمادة (٣٢) تحظر طرد اللاجئين بالعموم إلا في حالتين استثنائيتين، بينما المادة (٣٣) تتعامل بشكل خاص مع حالة واحدة وهي حظر الطرد إلى دولة الاضطهاد.

ومن الأهمية الإشارة إلى أنه لا يمكن تطبيق المادة (٣٢) بمعزل عن المادة (٣٣)، فبعد إصدار أمر الطرد وفقاً لأحكام المادة (٣٢)، يجب التأكد أن هذا الطرد يتوافق مع المادة (٣٣). فهذا يعني أن المادة (٣٣) هي استمرار لحظر الطرد الوارد في المادة (٣٢).

## الخاتمة

بعد دراسة موضوع عدم طرد اللاجئين توصلت الباحثة إلى جملة النتائج و التوصيات المتمثلة بالآتي:

## أولاً: النتائج

- التزام الدولة المضيفة بعدم جواز طرد اللاجئين ليس التزاماً تجاه دولة أخرى يخضع تطبيقه لمبدأ المعاملة بالمثل وإنما هو التزام يقع على عاتق الدولة المضيفة لمصلحة رعاية اللاجئين بالدرجة الأولى، وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية. ولقد أصبح قاعدة عرفية دولية ملزمة للدول كافة حتى إن لم تكن الدولة منضمة لاتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ و/ أو بروتوكولها عام ١٩٦٧ .
- نطاق تطبيق المادة الثالثة والثلاثين من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام ١٩٥١ ضيق يعالج فقط حالة اللجوء الفردي للاجئين المقيمين بصورة نظامية على أراضي الدولة المضيفة، ولم يعالج حالة اللجوء الفردي للاجئين الذين يصلون على الحدود ولا حالة اللجوء الجماعي.
- عملية إبعاد اللاجئين عملية سهلة التنفيذ من جانب الدولة المضيفة ولكن الصعوبة تكمن في تحديد الأفعال المندرجة ضمن سياق الأمن الوطني أو النظام العام، فالأمن الوطني والنظام العام مصطلحان واسعان يشملان العديد من الأفعال التي لا يمكن عدّها و حصرها.

## ثانياً: التوصيات

- العمل على تعديل المادة الثالثة و الثلاثين من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين حتى تشمل بالحماية كلا النوعين من اللاجئين سواء الموجودون بالفعل داخل إقليم الدولة أو الموجودون خارجه على الحدود، لأن كلا النوعين بحاجة إلى الحماية.
- اتباع إجراءات أقل حدة من الطرد مثل تحديد الإقامة الجبرية للاجئ أو وضعه تحت المراقبة كنوع من التدابير الإدارية الاحترازية وذلك للحد من إجراءات الطرد.
- منح المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين سلطة تنفيذية لإيقاع العقاب في حال قيام الدول المضيفة بالإخلال بالتزاماتها.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية

#### الكتب :

- أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٥.
- أمر الله، برهان، حق اللجوء السياسي دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٣.
- الجندي، غسان هشام، قانون المعاهدات الدولية، عمان، ١٩٨٨.
- الطالباني، ضحى نشأت، الالتزام بدراسة طلبات اللجوء، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٥.
- الكاشف، عبد الرحيم محمد، الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والاتحاد البرلماني الدولي، حماية اللاجئين: دليل القانون الدولي للاجئين، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٣.
- خضراوي، عقبة، حق اللجوء في القانون الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- خيري، غادة بشير، الاتفاقيات الخاصة بحقوق اللاجئين وآليات حمايتهم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
- صادق، هشام وعبد العال، عكاشة محمد والحداد، حفيفة السيد، الجنسية ومركز الأجانب دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- علوان، محمد، القانون الدولي العام المقدمة والمصادر، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٧.
- علوان، محمد وخزاعلة، عبدالعزيز وعثمانة، عبد الباسط، الواقع القانوني والاقتصادي والاجتماعي للعراقيين المقيمين في المملكة الأردنية الهاشمية، حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، إربد، ٢٠٠٩.

#### الرسائل الجامعية :

- الحجايا، فايزة محمد، حقوق اللاجئين السياسيين والتزاماتهم في بلد اللجوء في ضوء القانون الدولي للاجئين والقوانين المتعلقة بحقوق الإنسان (المملكة الأردنية الهاشمية كحالة دراسة)، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن، ٢٠١٢.
- الظليفي، هاني جلال، الدور السياسي والقانوني للدولة المضيفة في حماية اللاجئين "اللاجئون السوريون في الأردن ٢٠١١-٢٠١٣ حالة دراسة"، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ٢٠١٣.
- العرموطي، ربا أحمد، جريمة الاختفاء القسري وفقاً للقوانين الجنائية المقارنة والقانون الدولي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ٢٠١٦.

- النعيمي، عمر سلمان، الحماية الدولية للاجئ، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، لبنان، بيروت، ٢٠١١ .

#### الدوريات:

- السيد، رشاد عارف، مدى سلطة الدولة في رد اللاجئين أو طردهم في القانون الدولي، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، ٩(٣)، ٢٠٠٣ .
- نايف، إقبال مبدر والأسدي، عبد الرسول عبد الرضا، المعايير الدولية في آلية إبعاد اللاجئين "دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ٤(٢)، ٢٠١٢ .

#### المواقع الإلكترونية:

- الموقع الإلكتروني لوكالة أنباء بترا الأردنية [www.petra.gov.jo](http://www.petra.gov.jo)
- الموقع الإلكتروني المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)

#### ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

#### Books

- Abo El Wafa, Ahmed, The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law, Naif Arab University for Security Sciences, Riyadh, 2009.
- Goodwin-Gill, Guy S., The Refugee in International Law, Oxford University, New York, 1985.
- Romit Bhandari, Human Rights and The Revision of Refugee Law, Taylor and Francis, UK, 2020.
- Zimmermann, Andreas, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, Oxford University, New York, 2011.

#### Advisories

- UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol, Geneva, 2007.

## المسؤولية القانونية لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة

لينا جمعة محمود البنا \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.10](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.10)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/١٠/٠٨ .  
تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١١/١٣ .

\* محامي ممارس، الاردن.

\* للمراسلة: [linaalbanna1998@gmail.com](mailto:linaalbanna1998@gmail.com)

### الملخص

تناولت هذه الدراسة المسؤولية القانونية لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، من خلال بيان طبيعة الشركة ذات المسؤولية المحدودة وكيفية تعيين مديرها وتحديد واجباته وسلطاته في إدارة الشركة، وتتمحور مشكلة الدراسة حول مدى مسؤولية المدير أو هيئة المديرين المدنية والجزائية تجاه شركة، واتبعت المنهج الوصفي والتحليلي في تحليل نصوص المواد، وخلصت الدراسة إلى نتائج أهمها أن الشركات ذات المسؤولية المحدودة هي شركات ذات طبيعة مختلطة هذا من جانب، والمسؤولية التي تقع على المدير أو هيئة المديرين لا تقتصر على المسؤولية المدنية وإنما هناك مسؤولية جزائية إذا صدرت عنهم أفعال تشكل جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها قانون الجزاء أو قانون الشركات أو أي قانون آخر أثناء إدارتهم للشركة. وخلصت الدراسة إلى توصيات أهمها أن يتم إنشاء مجلس رقابة على إدارة الشركة في حالة حدث إهمال أو خطأ، أدى إلى بلوغ الشركة خسارة ديون ٥٠%، وإلزام المدير أو هيئة المديرين بالتضامن بدفع ديون الشركة إذا ثبت إهمالهم أو الغش من جانبهم.

**الكلمات الدالة:** الشركة ذات المسؤولية المحدودة، المسؤولية القانونية، الشريك، مدير الشركة.

## Legal Responsibility of Limited Liability Company's Director

Lina Jumah Mahmoud AL-banna \*

\* Practicing Lawyer, Jordan.

\* Crossponding author: [linaalbanna1998@gmail.com](mailto:linaalbanna1998@gmail.com)

Received: 08/10/2022.

Accepted: 13/11/2022.

### Abstract

This study tackled legal responsibility of limited liability company's director, by explaining the nature of limited liability company, the way of appointing its director, and defining his/her duties and powers towards the company. The key problem of the study examines the extent of the civil and penal responsibility of the Director or the board of directors towards the company. For this purpose, the study adapted both descriptive and analytical approach to analyze texts of the articles. This research concluded that, on the one hand, limited liability companies are of a mixed nature, and that, on the other hand, the responsibility that rests on the director or the board of directors is not limited to civil responsibility; there is a penal responsibility as well if they commit acts that constitute a crime which is punishable. Therefore, they will be subject to the Penal Code, the Companies Law, or any other law during their work period. The study concluded with recommendations, the most important of which is that a supervisory board must be established to manage the company in case of negligence or error, which led to the company reaching a debt loss of 50%, and obliging the director or the board of directors jointly to pay the company's debts if their negligence or fraud is proven.

**Keywords:** Limited Liability Company, Legal Liability, Partner, Company's Manager.

## المقدمة

الشركة ذات المسؤولية المحدودة لها أهمية كبرى من الناحية الاقتصادية، فهي تتلاءم مع المشاريع الصغيرة والمتوسطة التي تنشأ بين عدد محدد من الشركاء. وتتميز هذه الشركة بجمعها بين مميزات كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال وبتفاديها عيوب كل منها، فهي تأخذ من شركة المساهمة ميزة المسؤولية المحدودة للشركاء وتبتعد عن إجراءات التأسيس المعقدة التي تعيب شركة المساهمة ومن بينها الاكتتاب برؤوس أموال ضخمة لا يقدر عليها صغار المستثمرين. كما أنها تأخذ من شركات الأشخاص ميزة تتمثل بإجراءات التأسيس السهلة وغير المعقدة<sup>(١)</sup>، وميزة العدد المحدود للشركاء مع إمكانية إدارتهم للشركة دون أن يكونوا مسؤولين في أموالهم الخاصة، فتتفادى بذلك الصعوبات التي تواجهها شركات التوصية البسيطة في إيجاد شركاء متضامنين يسألون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة وبالتضامن فيما بينهم في الوقت الذي يكون معهم في الشركة شركاء موصين لا يسألون إلا بقدر حصصهم في رأس المال. خلاصة الأمر أن الأهمية التجارية للشركة ذات المسؤولية المحدودة تكمن في طبيعتها المختلطة التي تجمع بين شركات الأشخاص من حيث العدد المحدود للشركاء وبين شركات الأموال حيث المسؤولية المحدودة للشركاء عن ديون الشركة<sup>(٢)</sup>. وبناءً على ما تقدم تجد الباحثة أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي شركة ذات طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص كل من شركات الأشخاص وشركات الأموال، وهو الأمر الذي ينعكس بدون شك على الأحكام الخاصة بهذه الشركة وخاصة مسؤولية الشركاء التي إن كانت في الظاهر تبدو وكأنها مسؤولية محدودة بقدر حصص الشركاء في رأس المال على غرار شركات الأموال إلا أنها تخفي بين طياتها مسؤولية أخرى تعكس الطابع الشخصي للشركة وهي المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء التي لا يعلم بها العديد من الشركاء إلا وهم في ساحات القضاء.

### إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في حدود مسؤولية المدير في الشركات ذات المسؤولية المحدودة ونطاقها القانوني التي من شأنها أن تحدّ المخاطر والمخاوف التي قد تتشكل لدى الغير نتيجة تعاملهم مع هذا النوع تحديداً من الشركات، ومدى مسؤولية المدير أو هيئة المديرين مدنياً وجزائياً عن أعمال إدارة الشركة، ولا بدّ من إجمال إشكالية الدراسة بالتساؤلات التالية:

(١) ماهي الطبيعة القانونية للشركة ذات المسؤولية المحدودة؟

(١) انظر في إجراءات التأسيس شركة ذ.م.م المواد ٤٢ و ٤٣ التي تتعلق بتأسيس شركة التضامن حسب القانون الشركات الاتحادي رقم ٢ لسنة

(٢) د، ناصيف، إلياس، موسوعة الشركات التجارية، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، الجزء الخامس، بيروت، ص ١٤ وما بعد.



(٢) ما هي سلطات وواجبات المدير في الشركة؟

(٣) ما مدى مسؤولية المدير أو هيئة المديرين المدنية والجزائية تجاه شركة؟

## أهمية الدراسة

ترتكز أهمية الدراسة إلى نشاط الشركات بشكل عام في العصر الحالي ودورها الكبير في نمو الاقتصاد الداخلي للدولة، وما يعكسه من آثار على المجتمع بشكل عام سواء على مستوى الأفراد أو المؤسسات، فنجاح نشاط الشركات ينعكس إيجاباً على معدلات دخل الأفراد ويحد من نسبة البطالة لديهم، كما أنه يساهم في رفد اقتصاد الدولة، وبالتالي يساهم في تطوير مشاريعها وتحسين مرافقها العامة، بينما يؤدي فشلها إلى نتائج وآثار سلبية على الجميع.

## أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

- (١) بيان طبيعة الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
- (٢) بيان كيفية تعيين المدير أو هيئة المديرين وعزله واستقالته.
- (٣) بيان سلطات وواجبات المدير أو هيئة المديرين.
- (٤) توضيح مدى مسؤولية المدير أو هيئة المديرين المدنية والجزائية عن أعمال الإدارة.

## منهجية الدراسة

سأقوم باتباع المنهج الوصفي والتحليلي باعتباره المنهج الأكثر ملاءمة لدراسة المسؤولية القانونية لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمقارنة بينها وذلك من واقع المصادر العلمية على هذا الموضوع وتناولها بالعرض والتحليل.

## المبحث الأول

### إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة

الشركة ذات المسؤولية المحدودة أول ما ظهرت في ألمانيا بقصد تطبيق نشاطها على المشاريع الصغيرة والمتوسطة وللميزة التي تتمتع بها خاصة بالنسبة للمسؤولية المحدودة الملقاة على الشركاء انتقل هذا النوع إلى كثير من الدول التي تبنى قانونها هذا النوع من الشركات ذات المسؤولية المحدودة حيث تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص، وتعين بعنوان للشركة يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبقة أو متبوعة بكلمات ((شركة ذات مسؤولية محدودة))، ومن هذا التعريف فإن الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تتحدد مسؤولياتهم بحدود الحصة التي يشاركون بها في رأسمال الشركة كما يتولى إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة

عدة هيئات بعضها يتولى التنفيذ والبعض الآخر يتولى الرقابة والإشراف، كما هو الحال في الشركات المساهمة ، ومن هذه الهيئات هيئة المدير أو المديرين والهيئة العامة للشركاء ومدقق الحسابات ، وقد راعى المشرع في تنظيمه لإدارة الشركة طبيعة هذه الشركة التي تجمع بين الاعتبارين الشخصي والمالي ( طبيعية مختلطة ) فعهد بإدارة الشركة إلى المدير أو هيئة المديرين كما هو الشأن في شركات الأشخاص ، ولكنه عهد إلى الهيئة العامة للشركة دور الرقابة والإشراف على أعمال المدير أو هيئة المديرين كما هو الشأن في الشركات المساهمة . وعلى ضوء ذلك تناولت في المطلب الأول تعيين المدير وعزله واستقالته، وسلطات المدير وواجباته في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: تعيين المدير وعزله واستقالته

اهتم المشرع الأردني بتنظيم إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، وذلك لما تتمتع به هذه الشركة من خصائص ومميزات أهمها الجمع بين الاعتبار الشخصي للشركاء، والاعتبار المالي للشركة ، مع محدودية مسؤولية الشركاء فيها، فهي شركة ذات طبيعة مختلطة ، فنص المشرع في المادتين ١٦٠، ١٦٦ب من قانون الشركات الأردني من يتولى إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة والجهة التي تملك التعيين. فالفقرة (أ) من المادة ٦٠ تنص على " يتولى إدارة الشركة ( مدير أو هيئة المديرين) لا يقل عدد أعضائها عن اثنين ولا يزيد على سبعة سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم وذلك وفقاً لما ينص عليه النظام الأساسي للشركة لمدة أربع سنوات ويجوز أن ينص النظام على مدة أقل من ذلك وتنتخب هيئة المديرين رئيساً لها ونائباً له والمفوضيين بالتوقيع عن الشركة ". أما الفقرة (أ) من المادة ٦٦ فجعلت من سلطات الهيئة العامة العادية للشركة انتخاب مدير الشركة أو هيئة المديرين لها حسب مقتضى الحال وفقاً لأحكام القانون.

وعلى هذا يكون لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو لهيئة المديرين، فيها الصلاحيات الكاملة في إدارة الشركة في الحدود التي بينها نظامها ، وتعتبر الأعمال والتصرفات التي يقوم بها أو يمارسها المدير أو هيئة المديرين باسم الشركة ملزمة لها في مواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن النية، بغض النظر عن أي قيد يرد في نظام الشركة أو عقد تأسيسها ، وبذلك يكون المشرع الأردني قد أعطى للشركاء بالشركة ، الحق في اختيار من يتولى إدارة الشركة سواء كان هذا المدير فرداً أو هيئة ، بشرط أن يكون هذا الحق منظماً بموجب النظام الأساسي للشركة، وهنا يتبادر للذهن تساؤل: كيف يتم تعيين مدير لشركة ذات المسؤولية المحدودة أو هيئة مديرين وهل يمكن عزلهم وهل هناك أعمال محظورة عليهم سواء كان المدير فرداً أو هيئة ؟؟

في البداية لا بد من معرفة من هو المدير " يقصد به الشخص القائم على تسيير أمور الشركة، بهدف ممارسة نشاطها الاقتصادي والاجتماعي، لتحقيق الغاية التي تأسست من أجلها، سواء كان هذا الشخص فرداً أو هيئة، ويقوم بأعمال الإدارة باسم الشركة ولغرضها، ويمثلها أمام القضاء ويكون مسؤولاً أمام الشركة وأمام الغير عن كل

تصرفاته"<sup>(١)</sup>. ويستفاد من النصوص السابقة أن تعيين المدير أو هيئة المديرين إما أن يتم من قبل الشركاء في عقد ونظام الشركة ، وإما أن يتم من قبل الهيئة العامة للشركة إذا جاء عقد ونظام الشركة خالياً من ذكر اسم من يعهد إليه بإدارة الشركة ، فالمشرع وإن لم يجعل من البيانات الإلزامية التي ذكر في عقد ونظام الشركة اسم من يعهد إليه الإدارة ، وإنما أوجب أن يتضمن نظام الشركة كما ذكرنا سابقاً طريقة إدارة الشركة وعدد المديرين بها وصلاحياتهم ، غير أن المشرع أجاز في الفقرتين ب، ج من المادة ٥٧ من قانون الشركات الأردني أن يتضمن عقد أو نظام الشركة أي بيانات أخرى إضافية يقدمها الشركاء أو يطلب المراقب تقدمها ، وعلى ذلك فإن تعيين المدير إما أن يتم من بين الشركاء أو من غيرهم في عقد أو نظام الشركة ، ويسمى بالمدير الاتفاقي أو النظامي ، وفي هذه الحالة لا بد أن يوافق عليه جميع الشركاء بوصفه أحد بيانات العقد أو النظام، وأما أن يعين من قبل الهيئة العامة للشركاء ، وذلك في حالة عدم تعيينه في عقد ونظام الشركة ويسمى بالمدير غير الاتفاقي أو غير النظامي ، ولا يشترط في تعيينه موافقة جميع الشركاء ، بل وفقاً للأغلبية المطلوبة لصحة قرارات الهيئة العامة ، وهي الأغلبية المطلقة للحصص الممثلة في الاجتماع ، ويكون لكل حصة صوت استناداً لنص المادة ٦٦ ب من قانون الشركات. فإذا عيّنت الهيئة العامة للشركاء المدير وجب قيد هذا التعيين في سجل مراقب الشركات حتى يحتج به في مواجهة الغير، ويحصل تعيين المدير لمدة أربع سنوات ويجوز أن ينص النظام على مدة أقل من ذلك وهذا ما جاء في نص المادة ١٦٠ أ من قانون الشركات<sup>(٢)</sup>.

غير أن المدير أو أحد أعضاء هيئة المديرين قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً، لأن إدارة الشركة من حق جميع الشركاء ما لم يحرم أحدهم من هذا التعيين بنص خاص لاعتبارات معينة، وقد تقدم أن الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حسب ما جاء في الفقرة (أ) من نص المادة ٥٣ التي حددت عدد الشركاء جاء مطلقاً، إذ أوجبت إلا يقل عدد الشركاء عن شخصيين، والشخص قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً. أما بالنسبة الى عزل المدير أو هيئة المديرين فيتم بقرار من الهيئة العامة غير العادية للشركة ، عملاً بأحكام الفقرة (أ) من المادة ٦٧ من قانون الشركات التي جاءت بمشتملات جدول أعمال الهيئة العامة غير العادية من ضمنها إقالة مدير الشركة أو هيئة المديرين فيها ، سواء أكان تعيين المدير أو هيئة المديرين قد تم من قبل الشركاء في عقد ونظام الشركة ، أم تم من قبل الهيئة العامة للشركة في حالة عدم تعيينه أو تعيينهم من قبل الشركاء في عقد ونظام الشركة أو بعد انتهاء المدة المحددة لتولييه أو توليهم إدارة الشركة وهي أربع سنوات .

واستناداً لما تم ذكره يجوز عزل المدير الشركة سواء كان فرداً أو هيئة المديرين، بشرط موافقة الأغلبية من الشركاء الذي يملكون أكثر من نصف الحصص المكونة لرأس مال الشركة، بالإضافة إلى وجود سبب قانوني أو مبرر مشروع للعزل، والسبب في ذلك أن المدير أو هيئة المديرين للشركة لهم كافة صلاحيات والسلطات الكاملة

(١) العكلي، د عزيز، (٢٠١٩)، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٤٥٤.

(٢) ناصيف، د إلياس، موسوعة الشركات التجارية، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، الجزء الخامس، بيروت ص ١٥.

في إدارة الشركة، لكن يشترط أن يلتزم بما يتضمنه النظام الأساسي للشركة، فالمدير أو الهيئة يجب عليه أن يقوم بجميع الأعمال التي تحقق الغرض الذي تأسست الشركة من أجله. على أنه قد يتعذر عزل المدير بقرار من الهيئة العامة غير العادية<sup>(١)</sup>، لا سيما إذا كان المدير شريكاً يملك أكثر من ٧٥% من حصص رأس المال، لذا يجوز للشركاء أن يطلبوا من المحكمة عزل المدير أو هيئة المديرين، سواء كان تعيينه أو تعيينهم من قبل الشركاء في عقد ونظام الشركة أو من قبل الهيئة العامة العادية، متى كان هناك مسوغ مشروع تطبيقاً لحكم القواعد العامة في الوكالة، ومن الأسباب المشروعة التي تسوغ العزل عدم كفاءة المدير أو إساءة استعمال أموال الشركة وائتمانها وفي حالة عزل المدير دون وجود أي مبرر مشروع لعزله، يحق له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه. وكذلك الحال بالنسبة للمدير أو هيئة المديرين، ينهي مهامه بيده وهو مصطلح يعرف بـ"الاستقالة" فيحق له طلب إنهاء المهام الموكولة إليه في إدارة الشركة، بشرط وجود مبرر مشروع أو سبب قانوني مقبول، بالإضافة إلى أن تكون الاستقالة في الوقت المناسب، وقرار العزل أو الاستقالة لا يرتب أثراً قانونياً، إلا من يوم صدوره وليس له أي أثر رجعي، ولا يحتج به في مواجهة الغير، إلا من تاريخ نشره بسجل الشركات<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني: سلطات وواجبات المدير

جاء المشرع الأردني في نص المادة ٦٠ فقرة (ب) من قانون الشركات لينص على "يكون لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو لهيئة المديرين فيها الصلاحيات الكاملة في إدارة الشركة في الحدود التي بينها نظامها وتعتبر الأعمال والتصرفات التي يقوم بها أو يمارسها المدير أو هيئة المديرين باسم الشركة ملزمة لها في مواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية بغض النظر عن أي قيد يرد في نظام الشركة أو عقد تأسيسها<sup>(٣)</sup>. كما أن الفقرة (ج) من المادة ٥٧ من قانون الشركات أوجبت أن يتضمن نظام الشركة طريقة إدارة الشركة وعدد المديرين فيها وصلاحياتهم<sup>(٤)</sup>.

(١) السيوف، برهان سلمان ربيع، (٢٠١٨)، المركز القانوني للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ص ٧٢.

(٢) د، عقدي عبد الرحمن، د شرون مريم، (٢٠١٨)، أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة في ضوء القانون ١٥-٢٠، رسالة ماجستير، جامعة أحمد دراية، أدرار، شعبة الحقوق، ص ٣٩.

(٣) نص المادة ٦٠ الفقرة ب من قانون الشركات الأردني.

(٤) نص المادة ٥٧ من قانون الشركات الأردني التي نصت على " يجب أن يتضمن نظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة، البيانات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة بالإضافة إلى البيانات التالية:

١. طريقة إدارة الشركة وعدد أعضاء هيئة المديرين وصلاحيات هذه الهيئة بما في ذلك حدود وسقف الاستدانة ورهن موجودات الشركة وكفالة الالتزامات للغير بما يحقق مصلحة الشركة وغاياتها.

٢. شروط التنازل عن الحصص في الشركة والإجراءات الواجب اتباعها في ذلك والصيغة التي يجب أن يحرر بها التنازل.

٣. كيفية توزيع الأرباح والخسائر على الشركاء.

٤. (اجتماعات الهيئة العامة للشركة) وهيئة المديرين فيها والنصاب القانوني لاجتماعاتها واتخاذ القرارات فيها والإجراءات الخاصة بكيفية عقد تلك الاجتماعات وإجراءات الدعوة لحضورها.

ترى الباحثة أن المشرع الأردني جاء بإعفاء غير المتعامل مع الشركة من مسألة الإثبات، فجعل جميع الأعمال الصادرة من المدير أو هيئة المديرين، ملزمة متى كان حسن النية، وبالتالي مجرد تعامل الغير مع مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة يعد حسن النية ما لم يثبت عكس ذلك، ولا يلزم الغير بالتحقق من وجود أي قيد على صلاحيات المدير عند تعامله معه، وهنا حسناً فعل المشرع الأردني، فلا يعقل سؤال المدير عن حدود اختصاصاته للتأكد منه لافتراض حسن النية.

يستفاد من الفقرة (ج) من المادة ٥٧ أن سلطات المدير أو هيئة المديرين في الإدارة يحددها في الأصل نظام الشركة ولا يهمل النص عليها، باعتبار أن ذلك من الأمور الجوهرية التي تتال عناية الشركاء، لذا أوجب المشرع أن يشتمل عليها نظام الشركة. فنظام الشركة يتضمن عادة تفاصيل الأحكام المتعلقة بإدارة الشركة، وفي تحديده لسلطات الإدارة إما أن يطلق سلطات المدير أو هيئة المديرين ويجعلها شاملة لجميع التصرفات التي يقتضيها غرض الشركة وحسن إدارتها إلا ما يحتفظ به صراحة للهيئة العامة للشركة، وإما أن يقيد هذه السلطات ويحصر دائرتها في أعمال معينة جاءت على سبيل الحصر. وعلى الرغم من أهمية البيانات المتعلقة بطريقة إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة وسلطات هيئات المديرين فيها التي أوجب المشرع أن يشتمل عليها نظام الشركة، فإن عدم تنظيم هذه المسألة في نظام الشركة لا يجعله باطلاً ما دام هناك نص قانوني ينظم هذه المسألة وما دام قانون الشركات لا يتضمن نصاً ينظم هذه المسألة بصورة مباشرة، لذا يصار بشأنه الى الأحكام التي تنظم سلطات مجلس الإدارة، عملاً بحكم المادة ٧٦ من قانون الشركات التي تنص على أن تطبيق الأحكام المتعلقة بالشركة المساهمة العامة على الشركة ذات المسؤولية المحدودة في كل ما يرد بشأنه نص صريح في الأحكام المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>(١)</sup>.

كما يجب على المدير السعي إلى تحقيق الغرض التي تأسست الشركة من أجله بما يحقق لها ربحاً، وهو يمارس سلطاته وصلاحياته، ويكون مسؤولاً تجاه الشركة والشركاء والغير، باعتباره وكيلاً عن الشركة في إدارتها وتسيير شؤونها، ولتحقيق ذلك عليه واجبات يجب تنفيذها عملاً بنص المادة ٦٢ من قانون الشركات الأردني :

- ١- إعداد الميزانية السنوية للشركة، وحساباتها الختامية، بما في ذلك حساب الأرباح والخسائر والإيضاحات اللازمة.
- ٢- بيان نفقاتها النقدية جميعها، مدققة من مدقق حسابات قانوني، وفقاً لمعايير المحاسبة والتدقيق الدولي المتعارف عليه والمعتمد.

٥. قواعد وإجراءات تصفية الشركة.

٦. أي بيانات أخرى إضافية يقدمها الشركاء أو يطلب المراقب تقديمها.

(١) العكيلي، عزيز، (٢٠١٩)، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٤٧٣.

٣- التقرير السنوي عن أعمال الشركة وتقديمها إلى الهيئة العامة للشركة في اجتماعها العادي السنوي.  
٤- تقديم نسخة من التقرير السنوي للمراقب، مرفقاً به التوصيات المناسبة، قبل نهاية الأشهر الثلاثة الأولى من السنة المالية الجديدة<sup>(١)</sup>.

ولضمان قيام مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وهيئة المديرين بسلطاتهم ، والتزامهم بالواجبات تجاه الشركة، فقد حظر المشرع الأردني عليهم القيام ببعض الأعمال التي يتمتع القيام بها عملاً بنص المادة (٦٣) من قانون الشركات الأردني ، وهنا لا بد من طرح التساؤل الآتي ما هي الأعمال المحظورة على مدير الشركة أو هيئة المديرين للشركة ذات المسؤولية المحدودة؟؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى نص المادة ٦٣ من قانون الشركات الأردني التي نصت على الأعمال التي لا يجوز لمدير الشركة القيام بها وهي:

- ١- تولي وظيفة في شركة أخرى ذات غايات مماثلة.
  - ٢- منافسة أعمال الشركة أو منافسة عمل مماثل لأعمال الشركة سواء لحسابه أو لحساب غيره بأجر أو بدون أجر.
  - ٣- الاشتراك في إدارة شركة أخرى ذات غايات مماثلة أو منافسة للشركة إلا بموافقة الهيئة العامة بأغلبية لا تقل عن (٧٥%) من الحصص المكونة لرأس مال الشركة.
- ولضمان تطبيق ذلك وضع المشرع الأردني جزاء يترتب لمخالفة المدير أو هيئة المديرين لهذا ، وعدم حصوله على موافقة الهيئة العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، بنسبة الأغلبية المقررة بنص الفقرة (ب) بالمادة ذاتها " إذا تخلف أي شخص - المدير أو المديرون - في الحصول على موافقة الهيئة العامة ، وتم تبليغ المراقب خطياً عن هذه من قبل الشركاء ، فعلى المراقب الطلب من الشريك المخالف تصحيح الوضع ، وإزالة المخالفة خلال (ثلاثين يوماً) من تاريخ تبليغه بذلك، وبخلاف ذلك يعتبر الشخص فاقداً لعضويته من هيئة المديرين أو مركزه في الشركة حكماً ويعاقب المخالف بغرامة لا تقل عن ألف دينار ، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار ، وإلزامه بالضرر الذي لحق بالشركة أو الشركاء" <sup>(٢)</sup>.

(١) الكيلاني، محمود (٢٠٠٩)، الموسوعة التجارية والمصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٩٢.

(٢) الكيلاني، محمود، مرجع سابق، ص ١٩٣.

## المبحث الثاني

### مسؤولية المدير / هيئة المديرين عن أعمال الإدارة في الشركة ذات المسؤولية المحدود

قد يكون المدير شريكاً أو أكثر من شريك في حال كانت الإدارة لهيئة المديرين، وقد يكون من غير الشركاء، لذا لا بد من التطرق لمسؤولية المدير، في حال كان شريكاً حيث تقع على المدير في الشركة سواء كان مديراً منفرداً أو أحد أعضاء هيئة المديرين فيها مسؤولية قد تكون مدنية أو جزائية حسب الأحوال في حال اقترافه أي مخالفات للقانون أو الأنظمة أو عقد الشركة أو نظامها الداخلي، وسيتم التطرق في هذا المبحث لمسؤولية المدير المدنية عن أعمال الإدارة في المطلب الأول، والمسؤولية الجزائية التي تقع على المدير في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: المسؤولية المدنية لمدير / هيئة المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

جعل المشرع الأردني مسؤولية المدير تجاه الغير هي ذاتها المترتبة عليه تجاه الشركة والشركاء، فيكون للغير المتعامل بأي شكل، أو يعد من دائني الشركة الحق في مساءلة المدير عن أي مخالفة أو إهمال، ويلاحظ أن المشرع الأردني قد حدد وحصر مسؤولية المدير أو هيئة المديرين حسب الأحوال في مخالفة القانون أو النظام ولم يتطرق لحالة الإهمال أو الغش في الإدارة.

وحتى تقوم مسؤولية المدير لا بد من وجود مخالفة لنص موجود في النظام أو القانون فمثلا المادة (٦٣) من قانون الشركات الأردني حظرت على المدير وأعضاء الهيئة تولى وظيفة في شركة منافسة لأعمال الشركة أو ممارسة عمل مماثل لأعمال الشركة سواء لحسابه أو لحساب الغير إلا بموافقة الهيئة العامة بأغلبية لا تقل عن ٧٥% من الحصص المكونة لرأس المال، وتقابلها المادة (٨٦) من القانون الاتحادي الإماراتي، في حال مخالفتها تقوم مسؤولية المدير ويمكن عزله ومطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالشركة والشركاء<sup>(١)</sup>، وقد أيد القضاء الأردني هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup>. ويرى جانب من الفقه الأردني، أن المادة (٦٠) حددت مسؤولية المدير المدنية الناجمة عن أخطائه في الإدارة وجميع حالات الغش والمخالفات التي يترتب عليها إلحاق ضرر بالشركة أو الشركاء أو الغير، وبالتالي فإنه يسأل بالتعويض عن الضرر في هذه الحالة<sup>(٣)</sup>.

ومن الأمثلة على المخالفات والأخطاء التي تستوجب قيام مسؤولية المدير، أن يقوم المدير بإعداد ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر بشكل مخالف للحقيقة، أو أن يختلس أموال الشركة، أو في حال اقتراضه أموال الشركة عن طريق إصدار سندات قابلة للتداول، أو قيامه بتوزيع أرباح صورية، أو عدم توجيهه دعوة لاجتماع غير عادي

(١) غوشة، ياسر عاصم، ١٩٩٣، التنظيم التشريعي للمسؤولية المدنية لأعضاء هيئة المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ١٣٥، ١٤٢.

(٢) لطفاً انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٨١٧٦٧ (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ ٢٠٠٨١١١٦، منشورات مركز العدالة.

(٣) العكيلي، د عزيز، ٢٠١٠، مرجع سابق، ص ٤٧٨. وانظر المادة ٦١ من قانون الشركات الأردني.

عندما يجد أن الشركة قد خسرت أكثر من نصف رأس مالها<sup>(١)</sup>، كما يسأل عن تقصيره في حال عدم مسك سجل خاص للشركة تدون فيه البيانات التي حددتها المادة (٧١) أو في حال عدم إعلام الشركاء بالطلب الذي يقدمه أحدهم لبيع حصصه حتى يتسنى لهم استعمال حق الأولوية. ومسؤولية المدير قد تكون منفردة، ولكن في حالة هيئة المديرين تكون مسؤوليتهم مشتركة وبالتضامن عما ارتكبه من أفعال، ويستثنى من ذلك كل عضو أثبت اعتراضه خطياً في محضر الاجتماع على القرار المتضمن للمخالفة، بمعنى آخر أن المخالفة كانت دون موافقته أو علمه<sup>(٢)</sup>، وذلك بموجب نص المادة (١٥٧) فقرة (ب) بدلالة المادة (٧٦) التي أحالت أي حكم يتعلق بالشركة المساهمة العامة على الشركة موضوع البحث في حال عدم وجود حكم لها.

يعد مدير الشركة وكيلها عنها، لذلك عليه القيام بالواجبات التي تقتضيها طبيعة الوكالة وبذل عناية الشخص الحريص والقيام بجميع التصرفات التي تتفق مع غرض الشركة والصلاحيات الممنوحة له<sup>(٣)</sup> وهو ما أكدته المادة (٨٣) من قانون الشركات الإماراتي والمتعلقة بإدارة الشركة حيث اشترطت أن تكون تصرفات المدير مشفوعة ببيان الصفة التي يتعامل بها للقيام بمسؤوليته المدنية.

وتقوم مسؤولية الشريك المدير المدنية تجاه الشركة والشركاء والغير متى تجاوز حدود اختصاصاته، أو لم يتم بواجباته، فيصبح مسؤولاً مسؤولية شخصية عن أفعاله، ويشترط لقيام المسؤولية تجاه الغير أن يكون هناك ضرر قد وقع على المتعامل مع الشركة مع عدم علمه بطبيعتها، فإذا انتفى أحدهما لا تقوم المسؤولية في هذه الحالة<sup>(٤)</sup>.

### المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية لمدير / هيئة المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يمتاز هذا النوع من الشركات عموماً بالبساطة والمرونة بإدارتها، وهذا ما اشتملت عليه المادة (٦٠) من قانون الشركات الأردني، لذا نرى أن المشرع الأردني اعتمد السهولة والبساطة فيما يتعلق بإدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، إذ أجاز إنابة إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة إما من مدير واحد أو عدة مديرين لا يتجاوز عددهم سبعة سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم في التشريع الأردني<sup>(٥)</sup>. ولدى الاطلاع على النصوص القانونية التي نظمت الشركة ذات المسؤولية المحدودة، يتضح لنا أن هناك هيكلًا إداريًا لهذه الشركات، حيث تمثل هذا الهيكل

(١) فوزي، د محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الثالث، الشركات التجارية، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢٠٢.

(٢) ملحم، د باسم، ود بسام الطراونة، شرح القانون التجاري الشركات التجارية، الطبعة الأولى، دار الميسرة، عمان، الأردن، ص ٢٦١.

(٣) انظر المادة (٢٢) من قانون الشركات الاتحادي.

(٤) البنداوي، د مصطفى أبو سعدة، قانون الشركات التجارية الإماراتي طبقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ بشأن الشركات

التجارية، القاهرة، مطبعة برايتور هورايزون ومكنتبتها ط٣، ٢٠١٧، ص ٤٧٢.

(٥) نصت المادة (١٦٠) على أنه يتولى إدارة الشركة مدير أو هيئة المديرين لا يقل عدد أعضائها عن اثنين ولا يزيد على سبعة سواء كانوا من الشركاء أو من غيرهم وذلك وفقاً لما ينص عليه النظام الأساسي للشركة لمدة أربع سنوات ويجوز أن ينص النظام على مدة أقل من ذلك وتنتخب هيئة المديرين رئيساً لها ونائباً له والمفوضين بالتوقيع عن الشركة.



من المدير أو المديرين والجمعية العامة المتألفة من كافة الشركاء ومدقق أو أكثر لحساباتها، كما وضع المشرع الأردني حلاً لعدم سيطرة المؤسسين على الإدارة وذلك بأن تكون مدة عمل المدير أربع سنوات فقط، كما يشترط أن يعين المدير ويتم تحديد الحد الأدنى والأعلى لعدد المديرين في نظام الشركة<sup>(١)</sup> وفقاً لنص المادة (٦٠) من ذات القانون.

وعلى ضوء ذلك يعدّ مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة الممثل القانوني لها الذي يديرها ويقوم بجميع السلوكيات التي تقتضيها تلك الإدارة باسمها التجاري ولحسابها، لذلك، تكون الشركة ملزمة بالتصرفات التي يقوم بها المدير طالما يقوم بتلك السلوكيات باسم الشركة ولحسابها، وضمن سلطاته التي بينها نظام الشركة وعقدها، لذا يجب عليه أن يشير عند قيامه بأي تصرف بالصفة التي يعمل بها، من أجل أن يعلم الغير باسم الشركة وحسابها ، بل إن الشركة تلزم بالتصرف الذي قام به المدير في حدود سلطته ولو قام به لمصلحته إذا ما جرى التصرف باسم الشركة ولحسابها، كأن يكون مسموح للمدير الاقتراض لحساب الشركة فاقترض لحسابه شخصياً مستخدماً اسم الشركة، ولكن في هذه الحالة يشترط أن يكون الغير الذي تعامل معه المدير حسن النية، أي بمعنى يجهل أن المدير يسيء استعمال سلطته<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر لنص المادة (٦٠) من قانون الشركات الأردني التي نصت على أن: "يكون لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو لهيئة المديرين فيها الصلاحيات الكاملة في إدارة الشركة في الحدود التي يبينها نظامها. وتعد الأعمال والتصرفات التي يقوم بها أو يمارسها المدير أو هيئة المديرين باسم الشركة ملزمة لها في مواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية بغض النظر عن أي قيد يرد في نظام الشركة أو عقد تأسيسها". وهنا يجب طرح التساؤل الآتي حول مسؤولية الشركة عن التصرفات والنشاطات والأعمال التي يقوم بها المدير عند تجاوزه حدود سلطاته فهل تقع المسؤولية شخصياً على المدير بينما لا تتم مساءلة الشركة عن تصرفات المدير أم تسأل الشركة في هذه الحالة؟ نجد أنه قام خلاف فقهي وقضائي حول هذه المسألة فبعض الفقهاء اعتبر أن الشركة مسؤولة عن هذه التصرفات، وبعضهم الآخر اعتبر أن الشركة لا تسأل وإنما يسأل عنها المدير شخصياً ولو كان الغير -حسن النية- الذي قام بالتوقيع مع المدير، ولكن يجب أن تكون صلاحيات المدير قد تم نشرها عن طريق مراقب الشركات وإن حماية الدائنين الذين تتوافر فيهم حسن النية تتطلب أن يتم مساءلة الشركة عن نشاطاتها والتصرفات التي يقوم بها المدير متجاوزاً حدود سلطاته، لأنه من المنطقي والاعتيادي أن تكون صلاحيات المدير ضمن الحدود التي أعطيت له ولا يتجاوزها، ومن غير الممكن وليس من المعقول أن يقوم زبون الشركة والمتعامل معها بالسؤال عن سجل الشركة وصلاحيات المدير أو الاطلاع عليه في كل تعاقد بينهم وبين الشركة .

(١) انظر إلى المادة (١٥٧ج) من قانون الشركات الأردني.

(٢) العكيلي، عزيز، مرجع سابق، ص ٤٧٦-٤٧٧.

وبقرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٥٦١٥ التي تحمل الشركة تصرفات مديرها بصفته يمثلها<sup>(١)</sup>، أو أنه مفوض وانتهى تفويضه فهذا الأمر لا يتصور ولا يعقل وخاصة فيما بين التجار، ولا يلزم الغير بالتحقق من توفر أي قيود على الصلاحيات الخاصة بالمدير أو هيئة المديرين على سلطاتهم في إلزام الشركة بموجب عقدها ونظامها. ولقد أكدت محكمة التمييز الأردنية بالإلزام للشركة ذات المسؤولية المحدودة بتصرفات مديرها أو هيئة المديرين بمواجهة الغير حسن النية<sup>(٢)</sup>.

### (١) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٥٦١٥ (هيئة عادية) الصادر بتاريخ ٢٠١٥١١٣ منشورات مركز عدالة

١- يستفاد من أحكام المادة (١٥٣) من قانون الشركات أن الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة غير مسؤول بأمواله الخاصة عن تلك الديون والالتزامات المترتبة عليها إلا بمقدار حصته، أي أن الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يسأل بأمواله الخاصة عما ترتب من ديون والالتزامات على الشركة إلا بحدود حصته برأس المال. والمستفاد من الفقرة (أ) من المادة (٦٠) من القانون ذاته التي نصت على (يتولى إدارة الشركة مدير أو هيئة مديرين .....). كما نصت الفقرة (ب) من المادة نفسها على أنه (يكون لمدير الشركة المحدودة أو لهيئة المديرين فيها الصلاحيات الكاملة في إدارة الشركة .....). فإن ما بني على ذلك أن مدير الشركة يمثل الشركة بإدارتها والتوقيع عنها، وفي الحالة المعروضة نجد أن الثابت من الأوراق أن المدعي كان قد أبرم بصفته مديرعام شركة مجموعة البشروس الدولية للسفر اتفاقية خطية مع المدعي عليه وبموجب هذه الاتفاقية حرر المدعي عليه كمبيالة بقيمة (٩٠٠٠٠٠) دينار قيمة تذاكر السفر الواردة بتلك الاتفاقية أي أن تحرير الكمبيالة جاء بعد توقيع الاتفاقية وتضمن إقراراً بتسلم تذاكر السفر الواردة فيها فإن تحرير هذه الكمبيالة باسم مدير عام الشركة وليس باسم الشركة لا يغير من الأمر شيئاً طالما أن هذا المدير هو الذي أبرم هذه الاتفاقية عن الشركة وهو الذي يمثلها ويديرها وبالتالي الخصومة منعقدة في الدعوى.

٢- إذا قام المدعي بهذه الدعوى للمطالبة بقيمة كمبيالة على اعتبار أن الدعوى صرفية وتتمتع بالكفاية الذاتية كورقة تجارية فإنه وفقاً للمادة (١٨٥) من قانون التجارة (صاحب السند وقابله ومظهره وضامنه الاحتياطي مسؤولون جميعاً تجاه حامله على وجه التضامن). وحيث إن المميز لم ينكر توقيعه على هذه الكمبيالة فهي حجه عليه بما ورد فيها عملاً بالمادة (١١) من قانون البنات يضاف إلى ذلك ما ورد بمتن الكمبيالة (القيمة وصلتنا أثمان تذاكر السفر). وكذلك ما ثبت بالاتفاقية المقدمة من المميز بذاته التي أقر بالبندين الرابع فيها على أنه قام بشراء التذاكر موضوع الاتفاقية (١٠٠٠٠٠) دينار وحرر كمبيالة بقيمتها لغايات استيفاء ثمن التذاكر. كما أن البندين الخامس من الاتفاقية ذاتها ورد فيه استعداد المميز للوفاء بقيمة التذاكر المبيعة عن طريق الحوالات المصرفية وأنه في حال استيفاء الثمن بموجب الحوالات يسترد الكمبيالة ولا يحق للمدعي استيفاء قيمتها أو المطالبة بها. وبما أنه ثبت لمحكمة الموضوع أن المدعي عليه لم يقدم أي بيينة تثبت قيامه بتسديد ثمن تذاكر السفر بموجب حوالات مصرفية وبالتالي يكون من حق المدعي المطالبة بقيمتها.

### (٢) ١- قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٢٣٠٤٠ (هيئة عامة) الصادر بتاريخ ٢٠١٣ ١٣١٢٨ ان المادة (٦٠) من قانون

الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ م قد ألزمت الشركة ذات المسؤولية المحدودة بتصرفات مديرها أو هيئة المديرين بمواجهة الغير حسن النية وحسن النية مفترض في هذا البندين بصراحة النص مالم يثبت العكس كما لا يلزم هذا الغير من التحقق من وجود أي قيد أو صلاحيات المدير وحيث إن الثابت من أوراق الدعوى الشريكة عادة على اعتبارها أنها مديرة في مواجهة الغير كانت قد فصلت المميز ضده من عمله فإن تصرفها هذا يكون ملزماً للشركة المدعي عليها ما دام أن المدعي قد تصرف مع المميز ضده بحسن النية بأن ترك العمل استناداً لذلك وعلى اعتبار أنها تملك حق فصله ولم تقدم المدعي عليها ما يثبت خلاف ذلك الأمر الذي يغدو معه قرار محكمة الاستئناف بالإصرار على القرار المنقوض في محله وبالتالي يكون المدعي مستحقاً لرواتبه عن باقي مدة العقد ما دام تم إنهاء عمله بصورة مخالفة للقانون .

٢- كذلك قرار لمحكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٩٢٠٨٣ (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ ٢٠١٠١٢١١٨ م ألزمت المادة (٦٠) من قانون الشركات بفقرتها (ب، ج) الشركة ذات المسؤولية المحدودة بتصرفات مديرها (سواء كان هذا المدير من الشركاء أم لا) أو هيئة المديرين فيها بمواجهة الغير حسن النية وحسن النية مفترض في هذا الغير بصراحة النص ما لم يثبت العكس كما لا يلزم هذا الغير بالتحقق من وجود أي قيد على صلاحيات المدير أو هيئة المديرين بموجب عقد تأسيس الشركة أو نظامها الداخلي (تميز حقوق رقم ٢٠٠٧١٣٥٦٠، ورقم ٢٠٠٥١٣٤٥٢) وحيث ثبت بطلبات الشراء أن المدعو رفيق قد وقع هذه الطلبات بصفته مدير الإدارة في الشركة الطاعنة وتبين من شهادة تسجيل الشركة المدعي عليها أن

ومع ذلك فإن مسؤولية المدير أو هيئة المديرين لا تقتصر على أخطائهم في الإدارة على المسؤولية المدنية عن التعويض عن الضرر وإنما تكون هناك مسؤولية جزائية إذا صدرت عنهم أفعال تشكل جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها قانون الجزاء أو قانون الشركات أو أي قانون آخر أثناء إدارتهم للشركة وتمثل بأن يقوم المدير باختلاس أموال الشركة وهنا يعد مرتكباً لجريمة إساءة الأمانة باعتباره أميناً على أموال الشركة ومن الأفعال التي عدها قانون الشركات جرائم يعاقب عليها المدير جزائياً بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار لتنظيم ميزانية الشركة وحسابات أرباحها وخسائرها بصورة غير مطابقة للواقع أو تضمين تقرير مديرها بيانات غير صحيحة أو تقديم معلومات غير صحيحة إلى هيئتها العامة أو الامتناع عن تقديم هذه المعلومات التي يوجب القانون ذكرها بقصد إخفاء حالة الشركة الحقيقية عن الشركاء أو توزيع أرباح صورية على الشركاء<sup>(١)</sup>.

وكذلك الفقرة (ب) من المادة (٢٧٩) من ذات القانون تعاقب مدير الشركة بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة إذا لم يحتفظ بدفاتر حسابات للشركة منظمة قبل تصفيتها<sup>(٢)</sup>، وكذلك يعاقب استناداً لنص المادة (٢٨٢) من القانون ذاته مدير الشركة بغرامة لا تقل عن (١٠٠ دينار) ولا تزيد عن (١٠٠٠ دينار) عن كل مخالفة لأي حكم من أحكام قانون الشركات أو أي نظام لم ينص عليه في قانون العقوبات. وتطبق عليهم نصوص قانون العقوبات بجرائم الاحتيال أو جريمة إساءة الائتمان.

المفوضين بالتوقيع عن الشركة رحاب بأن رفيق هو مدير إداري للمدعى عليها منذ عام ١٩٩٦ وحتى نهاية ٢٠٠٥ وأضافت أن الشركة المدعى عليها استوردت أجهزة وثبت أن الذي وقع طلبات الشراء للأجهزة من المدعية هو المدير رفيق المذكور وحيث إن الشركة المدعية تصرفت مع المدير رفيق بحسن النية ولم تقدم المدعى عليها ما يثبت خلافه فإن تصرفاته ملزمة للشركة المدعى عليها.

(١) تنص المادة ٢٧٨ من قانون الشركات الأردني: أ- يعاقب كل شخص يرتكب أي من الأفعال التالية بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار:

١- إصدار الأسهم أو شهادتها أو القيام بتسليمها إلى أصحابها أو عرضها للتداول قبل تصديق النظام الأساسي للشركة والموافقة على تأسيسها أو السماح لها بزيادة رأسمالها المصرح به قبل الإعلان عن ذلك في الجريدة الرسمية.

٢- إجراء اكتتابات صورية للأسهم أو قبول الاكتتابات فيها بصورة وهمية أو غير حقيقية لشركات غير قائمة أو غير حقيقية.

٣- إصدار سندات القرض وعرضها للتداول قبل أوانها بصورة مخالفة لأحكام هذا القانون.

٤- تنظيم ميزانية أي شركة وحسابات أرباحها وخسائرها بصورة غير مطابقة للواقع أو تضمين تقرير مجلس إدارتها أو تقرير مدققي حساباتها بيانات غير صحيحة والإدلاء إلى هيئتها العامة بمعلومات غير صحيحة أو كتم معلومات وإيضاحات يوجب القانون ذكرها وذلك بقصد إخفاء حالة الشركة الحقيقية عن المساهمين أو ذوي العلاقة.

٥- توزيع أرباح صورية أو غير مطابقة لحالة الشركة الحقيقية.

ب- تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة على المتدخل في الجرائم المبينة فيها والمعرض عليها.

(٢) تنص المادة ٢٧٩ب من قانون الشركات الأردني: ب - إذا ظهر أن أي من الشركات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة لم تحتفظ بدفاتر حسابات منظمة قبل تصفيتها يعتبر مديرها ومدققي حساباتها قد ارتكبا جرماً يعاقب عليه بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة.

## الخاتمة

## أولاً: النتائج

- ١) عند الاطلاع على معظم القوانين التي قامت بتنظيم هذا النوع من الشركات، وجدنا أن إجراءات التكوين الخاصة بها، ورأسمالها القليل ساهم في تشجيع الاستثمار من قبل أصحاب المشاريع الصغيرة والمتوسطة، إذ تتناسب مع حجم تلك المشاريع، بحيث احتلت مركزاً وسطاً بين شركات الأموال وشركات الأشخاص وذلك لطبيعتها المختلطة، فهي تجمع ما بين الاعتبار المالي والاعتبار الشخصي في ذات الوقت.
- ٢) توصلت الباحثة إلى مفهوم المدير الذي يقصد به الشخص القائم على تسيير أمور الشركة، بهدف ممارسة نشاطها الاقتصادي والاجتماعي، لتحقيق الغاية التي تأسست من أجلها، سواء كان هذا الشخص فرداً أو هيئة، ويقوم بأعمال الإدارة باسم الشركة ولغرضها، ويمثلها أمام القضاء ويكون مسؤولاً أمام الشركة وأمام الغير عن كل تصرفاته.
- ٣) توصلت الباحثة أن مسؤولية الشريك المدير المدنية تجاه الشركة والشركاء والغير متى تجاوز حدود اختصاصاته، أو لم يحم بواجباته، فيصبح مسؤولاً مسؤولية شخصية عن أفعاله، ويشترط لقيام المسؤولية تجاه الغير أن يكون هناك ضرر قد وقع على المتعامل مع الشركة مع عدم علمه بطبيعتها، فإذا انتفى أحدهما لا تقوم المسؤولية في هذه الحالة.
- ٤) توصلت الباحثة إلى أهمية المسؤولية المدنية التي تقع على المدير أو هيئة المديرين، فهناك مسؤولية جزائية إذا صدرت عنهم أفعال تشكل جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها قانون الجزاء أو قانون الشركات أو أي قانون آخر أثناء إدارتهم للشركة.

## ثانياً: التوصيات

- ١) نوصي المشرع الأردني بأن يقوم بمنح مدقق الحسابات الحق في طلب عقد اجتماع غير عادي للهيئة العامة للشركة، إذا تبين له عدم صحة البيانات المالية للشركة، أو في حال وجود أي مخالفة جسيمة، بهدف تفعيل الدور الرقابي على الشركة، لأن المدقق من المتوقع أن يكتشف مخالفة صادرة من المدير أو هيئة المديرين في الشركة، والمصلحة تقتضي إعطائه هذا الحق.
- ٢) نوصي بأن يتم إنشاء مجلس رقابة على إدارة الشركة في حالة حدث إهمال أو خطأ، أدى إلى بلوغ الشركة خسارة ديون ٥٠%، وذلك من خلال بيان معرفة الجدوى الاقتصادية لمشروع الشركة، بما يتوافق مع مقدار رأسمال الشركة، وإلزام المدير أو هيئة المديرين بالتضامن بدفع ديون الشركة إذا ثبت إهمالهم أو الغش من جانبهم، بهدف حفظ حقوق دائني الشركة.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب القانونية

- البنداوي، د مصطفى أبو سعدة، قانون الشركات التجارية الإماراتي طبقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ بشأن الشركات التجارية، القاهرة.
- العكلي، عزيز، (٢٠١٩)، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان.
- الكيلاني، محمود (٢٠٠٩)، الموسوعة التجارية والمصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- فوزي، د محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الثالث، الشركات التجارية، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ملحم، باسم الطراونة، (٢٠١٢)، شرح القانون التجاري، الشركات التجارية، ط١، دار الميسرة، عمان.
- ناصيف، إلياس، (٢٠١٠)، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السادس، الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

### ثانياً: البحوث والدراسات

- السيوف، برهان سلمان ربيع، (٢٠١٨)، المركز القانوني للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.
- د ، عقيدتي عبد الرحمن ، د شرون مريم ، (٢٠١٨) ، أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة في ضوء القانون ١٥-٢٠، رسالة ماجستير ، جلمعة أحمد دراية ، أدرار ، شعبة الحقوق.
- غوشة، ياسر عاصم، ١٩٩٣، التنظيم التشريعي للمسؤولية المدنية لأعضاء هيئة المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.

### ثالثاً: القوانين والأنظمة

- قانون الشركات الأردني رقم وتعديلاته رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.
- قانون الشركات الاتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥.
- قانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

رابعاً: قرارات محكمة التمييز الأردنية، منشورات مركز العدالة.

## صور الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية وفقاً للقانون الأردني

ايمان زهير عباس كريم\*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.11](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.11)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٠٨/٢١ .  
تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١١/١٣ .

\* باحثة في القانون المدني.

\* للمراسلة: [Eman.law95@hotmail.com](mailto:Eman.law95@hotmail.com)

### المخلص

تعد مهنة الطب من أهم المهن الإنسانية لما يترتب عليها من تعامل الطبيب مع جسم الإنسان الذي يضع نفسه تحت تصرف الطبيب المعالج بغية التخلص مما يعانيه من آلام قد تقتضي في بعض الأحيان تدخلاً جراحياً ربما تتوقف على نجاحه حياة المريض. ولذلك فإن ممارسة هذه المهنة تفرض على الطبيب واجباً قانونياً إلى جانب واجبه الإنساني، حيث يتوجب عليه بذل العناية اللازمة التي تفرضها الأصول والقواعد المتعارف عليها في مهنة الطب عند معالجة المريض. لكن، قد لا يلتزم الطبيب بقواعد وأصول ممارسة المهنة الطبية في علاج مرضاه، وهنا يرتكب الطبيب خطأً طبيًا يوجب مسؤوليته القانونية. ويتناول هذا البحث ماهية هذا الخطأ من حيث مفهومه وشروطه ومعياره القانوني، إضافة إلى صورته المختلفة سواء من حيث جسامته ومدى ارتباطه بالمهنة الطبية، أو من حيث ارتباطه بمراحل العلاج المختلفة.

الكلمات الدالة : صور الخطأ، الخطأ الطبي، المسؤولية المدنية.

## Forms of Medical Malpractice in the Civil Liability according to the Jordanian Law

Eman Zuhair Abbas Karim\*

\* Researcher in Civil Law.

\* Crossponding author: [Eman.law95@hotmail.com](mailto:Eman.law95@hotmail.com)

Received: 21/08/2022.

Accepted: 13/11/2022.

### Abstract

Medical profession is one of the most important human professions, since doctors' duties are to treat patients who put their bodies at the disposal of the physician to get rid of the pain they suffer from. Indeed, this may sometimes require surgical intervention, in which the patient's life may depend on. Therefore, the practice of this profession imposes a legal duty besides a humanitarian one. As the doctor must render the necessary care and service for patients due to principles and rules of medical profession. However, the doctor may not adhere to the rules and principles of the medical practice when treating patients, this is when the doctor makes an error and he/she could face legal liability for medical malpractice. This research presents the nature of this error in terms of its concept, conditions, and legal standard. It also tackles its different forms in regard to its relation with medical profession, or to different stages of treatment.

**Keywords:** forms of malpractice, medical malpractice, civil responsibility.

## المقدمة

مما لا شك فيه أن مهنة الطب تعد من أهم المهن الإنسانية لارتباطها بصحة الإنسان الذي هو أعلى ما في الوجود، ولأن هذه المهنة تفرض على من يزاولها واجباً أخلاقياً وقانونياً في أن يبذل ما يستطيع من العناية في معالجة المرضى وفقاً للقواعد والأصول العلمية المتعارف عليها في العلوم الطبية وقت تنفيذه للعمل الطبي سواء في مرحلة التشخيص أو العلاج أو العمليات الجراحية. فإذا انحرف الطبيب المعالج عن قواعد المهنة الطبية أو أخل بواجبات الحيطة والحذر التي تفرضها عليه مهنته الطبية وترتب على ذلك ضرر بالمريض فإنه يكون قد أخطأ ويتحمل المسؤولية عن تعويض هذا الضرر.

ومسؤولية الطبيب عن أخطائه عرفتها بعض الشرائع القديمة ومنها شريعة حمورابي التي نصت في المادة (٢١٩) على أنه "إذا أجرى طبيب عملية جراحية خطيرة لشخص حر بمدينة من البرونز وتسبب في موته أو تسبب في فقئ عينه بمدينة البرونز هذه قطعت يد الطبيب". وطبقاً للمادة (٢٢٠) من هذه الشريعة إذا تسبب خطأ الطبيب في وفاة أحد العبيد تحمل المسؤولية عن تعويض سيد هذا العبد عما لحقه من ضرر<sup>(١)</sup>.

لا بد من الإشارة أولاً إلى أن المسؤولية القانونية بصفة عامة تنقسم إلى مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية<sup>(٢)</sup>. وتتحقق المسؤولية الجزائية عندما يرتكب الشخص فعلاً يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، أما المسؤولية المدنية فتتحقق عند إخلال الشخص بالتزام قانوني واجب عليه. وقد يكون هذا الالتزام القانوني عاماً كما في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، وهذا الالتزام واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وقد يكون الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد كما في المسؤولية العقدية التي تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات بين طرفيه. ومسؤولية الطبيب قد تكون جزائية (جنائية) وقد تكون مدنية، فإذا كان فعل الطبيب يشكل جريمة كقتل المريض بدافع الشفقة، الذي يسمى القتل الرحيم، أو إسقاط جنين عمداً دون ضرورة (الإجهاض)، فإننا نكون بصدد خطأ جنائي تتحقق به المسؤولية الجزائية للطبيب أيًا كانت صور هذا الخطأ أي سواء كان ناتجاً عن عمد أو إهمال أو عدم مراعاة القوانين. وقد تكون مسؤولية الطبيب مدنية تتمثل في تعويض المريض عما لحق به من أضرار مادية أو معنوية بسبب الخطأ الطبي المنسوب إلى الطبيب المعالج.

وبما أن هذا البحث يقتصر على (صور الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية) فلن أتعرض للمسؤولية الجنائية للطبيب، كما لن أخوض في جميع أركان المسؤولية المدنية التي تشمل إلى جانب الخطأ، الضرر وعلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الناتج عنه. وبما أن المسؤولية المدنية تشمل كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كما ذكرت، فإنني سوف أتطرق في ثنايا البحث إلى الخطأ الطبي في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

(١) الجميلي، أسعد عبيد، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٩، ص ١٣. كذلك عرف الرومان المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وكانت مسؤولية الطبيب عندهم تقوم على الخطأ العمد والإهمال. انظر، يوسف جمعة الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣، ص ١٠ و ١١.

(٢) السرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الأردني (مصادر الحقوق الشخصية)-دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان ١٩٩٧، ص ٣٦١-الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول-مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٥، ص ٣٣٥.

خاصة أن خطأ الطبيب قد يكون تقصيرياً في بعض الحالات مع أن الرأي السائد في تكييف المسؤولية الطبية - كما سيتضح - هو أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية هي مسؤولية عقدية<sup>(١)</sup>.

#### إشكالية البحث:

تكمن في تحديد الخطأ الطبي من حيث طبيعته التعاقدية أو التقصيرية وما يترتب على ذلك من نتائج، والمعيار الذي يعتمده القضاء في قياس هذا الخطأ وما إذا كان معياراً شخصياً ينظر فيه إلى الظروف الخاصة بالطبيب المعالج وسلوكه الشخصي أم هو معيار موضوعي مجرد عن الظروف الخاصة بالطبيب، إضافة إلى إشكالية نوع الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب.

#### تساؤلات البحث:

- ١- ماذا تعني المسؤولية المدنية للطبيب؟ وهل مسؤولية الطبيب عقدية أم تقصيرية؟
- ٢- ماذا يعني الخطأ الطبي؟ وما هي شروطه؟
- ٣- ما هو المعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب؟
- ٤- ما هي صور الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية؟ وما الفرق بين الخطأ الجسيم واليسير والعمدي وغير العمدي والخطأ العادي والمهني؟
- ٥- ما هي صور الخطأ الطبي في مرحلتي العلاج والجراحة؟

#### أهمية البحث:

إن أهمية البحث في الأخطاء الطبية والمسؤولية المدنية المترتبة عليها تبدو في كيفية التوفيق بين نشاط الطبيب وأمان المريض، فالطبيب بحكم مهنته يعرض عليه مجاميع من المرضى وهو يخشى من احتمال وقوعه في الخطأ الطبي وهذا بحد ذاته يشكل ضغطاً عليه. وفي الوقت نفسه يجب مراعاة مصلحة المريض وحقه في سلامة جسمه من أي خطأ طبي قد يعرضه للخطر.

#### منهجية البحث:

سوف اعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي للموضوعات قيد البحث.

#### محددات البحث:

يتحدث هذا البحث في بيان تحديد التشريعات المتعلقة بموضوع الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية .

(١) يوسف، أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٨ ، ص ٣٠٦.



## المبحث الأول

### ماهية الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية

نتناول في هذا المبحث مفهوم الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية بنوعها العقدية والتقصيرية والخصائص المميزة للخطأ الطبي وشروطه في مطلب أول، والمعيار القانوني للخطأ الطبي في مطلب ثانٍ.

#### المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي وخصائصه وشروطه

إن تحديد مفهوم الخطأ الطبي يقتضي التطرق إلى معناه في إطار المسؤولية المدنية بنوعها التقصيرية والعقدية، ثم التعرف على خصائص الخطأ الطبي وشروطه، وهذا ما سنبحثه في الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية

ذكرنا في مقدمة البحث أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى نوعين:

**الأول:** المسؤولية العقدية، وهي جزء الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، مما يستوجب وجود عقد بين طرفين وأن يكون هذا العقد صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه من تراضي ومحل وسبب، وأن يحصل إخلال من أحد الطرفين المتعاقدين بما التزم به بموجب العقد ويترتب على هذا الإخلال بالالتزام العقدي ضرر للطرف الآخر. والإخلال بالتزام الناشئ عن العقد يسمى الخطأ العقدي<sup>(١)</sup>، وقد يكون هذا الخطأ العقدي ناشئاً عن الإخلال بالتزام ببذل عناية لا يفرض فيه على المدين الوصول إلى نتيجة محددة كالتزام الطبيب في معظم مراحل العلاج كما سنرى، وقد يكون الخطأ العقدي ناشئاً عن إخلال المدين بالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة محددة وهنا يجب على المدين أن يحقق الغاية المرجوة من العقد وإلا كان مخالفاً بالتزامه كما في التزام الطبيب بنقل دم لأحد المرضى يتوافق مع فصيلة دمه.

**الثاني:** المسؤولية التقصيرية، وهي جزء الإخلال بواجب عام ينشأ بحكم القانون هو عدم الإضرار بالغير، ومن ثم فإن هذا الواجب يقتضي الحيطة والحذر في السلوك<sup>(٢)</sup>. وهذا النوع من المسؤولية المدنية يجد أساسه في المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي نصت على أنه: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بضمان الضرر". وهذا يعني أن المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني - كما في الفقه الإسلامي - تتحقق بالفعل غير المشروع وهو فعل الإضرار، والضرر، وعلاقة السببية بينهما<sup>(٣)</sup>.

وفيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب فلا خلاف في أنه يتحمل المسؤولية المدنية عن الخطأ والتقصير الصادر منه أثناء معالجته للمرضى، ذلك أن الخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب لا يتصور وقوعه من طبيب يقظ متى وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول عن الضرر<sup>(٤)</sup>. وقد عرفت المادة

(١) السرحان، عدنان إبراهيم و خاطر، نوري حمد، مرجع سابق، ص ٣١٣.

(٢) أحمد، محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٩، ص ١٩١.

(٣) تمييز حقوق، رقم ٥٥٣٤ لسنة ٢٠٢١، تاريخ ٢٠٢٢/٧/٤، موقع قرارك.

(٤) الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ١٧٧. انظر كذلك، تمييز حقوق، رقم ٢٢١٣ لسنة ٢٠٢٠، تاريخ ٢٠٢٠/١٠/٥، تمييز حقوق، رقم

٥٠٣ لسنة ٢٠٢٠، تاريخ ٢٠٢٠/٥/٣١، تمييز حقوق، رقم ٢٤٧٢ لسنة ٢٠١٠، تاريخ ٢٠١١/٤/١٤، منشورات موقع قرارك.

(٢) من قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٨<sup>(١)</sup> الخطأ الطبي بأنه (أي فعل أو ترك أو إهمال يرتكبه مقدم الخدمة ولا يتفق مع القواعد المهنية السائدة ضمن بيئة العمل المتاحة وينجم عنه ضرر). ولكن السؤال هنا عن تكييف هذه المسؤولية فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، وبالتالي تكييف الخطأ الطبي فيما إذا كان من الأخطاء العقدية أم التقصيرية؟

نشير إلى أن المسؤولية الطبية كانت من المسائل المختلف عليها بين الفقه والقضاء حول تحديد طبيعتها، وهل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية<sup>(٢)</sup>. ولذلك سنحاول في الفقرتين التاليتين التطرق إلى الخطأ الطبي في إطار المسؤولية التقصيرية والعقدية.

### أولاً- الخطأ الطبي في إطار المسؤولية التقصيرية.

نشأ الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية تقصيراً قائماً على تقصير وإهمال من جانب الطبيب، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي القديم الذي أسس مسؤولية الطبيب على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي وقضى بانطباقهما على أي خطأ لأي شخص يسبب ضرراً للغير أياً كان مركز مرتكب الخطأ أو مهنته وأنه لا يوجد استثناء في هذا الخصوص لمصلحة الأطباء<sup>(٣)</sup>. وبناء على هذا التوجه الذي كان سائداً لدى القضاء الفرنسي إذا أصيب المريض بضرر ما أثناء العلاج أو نتيجة خطأ الطبيب في تشخيص حالة المريض فإن على المريض إثبات خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين ما أصابه من ضرر، وقد استخدمت محكمة النقض الفرنسية تعبيرات الإهمال وعدم الاحتياط وعدم الالتزام بأصول التصرف الحسن، في إسنادها المسؤولية إلى الطبيب المعالج<sup>(٤)</sup>. وقد أيد بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الاتجاه للقضاء الفرنسي في اعتبار الخطأ الطبي تقصيراً واستندوا في ذلك إلى مجموعة من الحجج نوجزها بالآتي<sup>(٥)</sup>:

١- إن التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، فلا يلتزم قبل مريضه بأن يضمن له السلامة والشفاء، بل يلتزم فقط بأن يصف له العلاج الذي يرجو به شفاء مريضه، ولذلك لا يكفي لاعتبار الطبيب مخالفاً بالتزامه مجرد انتكاس حالة المريض وإنما يجب أن يقوم الدليل على أن ما لحق بالمريض من سوء في حالته

(١) تم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، العدد ٥٥١٧ بتاريخ ٣١/٥/٢٠١٨ الصفحة ٣٤٢٠.

(٢) انظر في هذا الخصوص: كامل، رمضان جمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ٦٨ وما بعدها- منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩، ص ١٩٣ وما بعدها- الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها- حنا، منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ٤٧ وما بعدها.

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٩/١١/١٩٢٠، مجلة دالوز، ١٩٢٤-١-١٠٢ أشار إليه الدكتور رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص ٦٨ الهامش رقم (١). كذلك نقض فرنسي في ٢١/٧/١٩١٩- دالوز ١٩٢٠-١-٣٠ أشار إليه المستشار منير رياض حنا، مرجع سابق، ص ٥٧ الهامش رقم (١).

(٤) الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ٨١.

(٥) راجع في سرد هذه الحجج، مراد، بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٥، ص ٢٢٠ وما بعدها- حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها- الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

الصحية يرجع إلى تقصير وإهمال من الطبيب في عنايته للمريض، وهذا لا يتحقق ما لم يسند إلى الطبيب نوع من أنواع الخطأ أو التقصير، مما يستتبع القول إن المسؤولية الطبية لا تكون إلا تقصيرية.

٢- إن خطأ الطبيب، وخاصة في العمليات الجراحية، قد يؤدي إلى وفاة المريض أو التسبب له بإعاقة جسدية وفي مثل هذه الحالة ينشأ عن الضرر جريمة جنائية، الأمر الذي يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية وذلك تغليباً للناحية الجزائية في الموضوع، حتى لو وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه لأن الجانب الجنائي مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي.

٤- إن مسألة العلاج التي يمارسها الأطباء تتعلق بحياة الناس وسلامة أبدانهم الأمر الذي يمس مصلحة المجتمع، وهذه المصلحة من النظام العام، والمساس بالنظام العام يوجب المسؤولية التقصيرية وليست العقدية لأنها أكثر حماية للمريض من الأخطاء الطبية خاصة حين يرتكب الطبيب المعالج غشاً أو تدليساً عمدياً حيث تسمح قواعد المسؤولية التقصيرية للمريض الحصول على تعويضه كاملاً في مثل هذه الحالات دون أن يتعرض لقيود وتحديات المسؤولية التعاقدية.

هذه المبررات التي قيلت في تكييف الخطأ الطبي ومسؤولية الطبيب تعرضت لبعض الانتقادات ومنها أن التزام الطبيب هو أصلاً التزام ببذل عناية وبالتالي يقع على المريض إثبات أن الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة سواء كان بينه وبين الطبيب عقد أو لم يكن. كما أن القول بالمسؤولية التقصيرية للطبيب يحرم المريض من الاستفادة من مدة التقادم الطويل في المسؤولية التعاقدية<sup>(١)</sup>.

### ثانياً- الخطأ الطبي في إطار المسؤولية العقدية.

منذ بداية القرن العشرين بدأ الفقه الفرنسي ينادي بوجود اعتبار مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه لعلاج مسؤولية تعاقدية<sup>(٢)</sup>. وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٣٦/٥/٢٠ الذي اعتبرت بموجبه مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي ألحقها بالمريض مسؤولية عقدية، وكانت وقائع القضية تتعلق بسيدة تعاني من مرض في الأنف فراجعت أحد الأطباء لعلاجها فقام الطبيب بمعالجتها باستخدام أشعة إكس مما أدى إلى إصابتها بمرض في عضلات الوجه، فرفعت الدعوى على الطبيب تطالبه بالتعويض على أساس أن المرض الذي أصابها ناتج عن استخدام الطبيب للأشعة بصورة مباشرة فقررت المحكمة أن العلاقة بين الطبيب ومريضة هي علاقة عقدية ترتب في ذمة الطبيب التزاماً- لا بشفاء مريضة- وإنما بتقديم العناية التي تفرضها عليه مهنة الطب، وإن إخلال الطبيب بما يمليه عليه العقد يوجب مسؤوليته التعاقدية<sup>(٣)</sup>.

(١) حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢) كامل، رمضان جمال، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية) في ١٩٣٦ / ٥ / ٢٠ مشار إليه عند الدكتور منير رياض حنا، مرجع سابق، ص ٧٣ و ٧٤ وكذلك الدكتور اسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص ٨٥.

ويترتب على اعتبار خطأ الطبيب تعاقدياً وليس تقصيراً بعض النتائج منها:

١- أن مسؤولية الطبيب عن التعويض تقتصر على الضرر المباشر المتوقع فقط أما الضرر غير المتوقع فلا يسأل عنه ما لم يثبت ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً<sup>(١)</sup>، وهذا بخلاف الخطأ التقصيري حيث يسأل المدين في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

٢- في حال تعدد الأطباء المسؤولين عن الضرر فإنهم لا يتحملون المسؤولية عن التعويض بالتضامن إلا إذا وجد اتفاق على التضامن. وهذا بخلاف ما لو كانت مسؤوليتهم تقصيرية حيث يقوم التضامن بينهم بموجب القانون بحيث يستطيع المريض المتضرر الرجوع على أي منهم بكامل التعويض<sup>(٢)</sup>.

٣- يترتب على اعتبار خطأ الطبيب إخلالاً بالتزام تعاقدي سريان مدة التقادم الطويل على دعوى التعويض عن الضرر، حتى لو شكل خطأ الطبيب مخالفة ذات طبيعة جنائية (كوفاة المريض أو إصابته بعاهة) لأن الدعوى تنشأ عن عقد، فلا تتقادم بمرور ثلاث سنوات كالدعوى الناشئة عن الفعل الضار<sup>(٣)</sup>.

خلاصة ما تقدم أن الاتجاه الحديث في تكييف مسؤولية الطبيب هي أنها مسؤولية عقدية وأن الخطأ الصادر منه هو خطأ عقدي وليس تقصيري. ومع ذلك توجد بعض الحالات التي يكون فيها الخطأ الطبي تقصيراً ويسأل عنه الطبيب مسؤولية تقصيرية. ومن هذه الحالات<sup>(٤)</sup>:

١- إذا أخذ فعل الطبيب المخالف لالتزامه ببذل العناية طابعاً جنائياً حيث يكون سبب المسؤولية الطبية هنا الفعل المكون للجريمة وليس الخطأ العقدي. ومثال ذلك أن ينسى الطبيب الجراح أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض مما يتسبب بوفاته.

٢- إذا كانت ظروف الحال تنبئ عن انعدام الرابطة التعاقدية بين الطبيب والمريض فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية كما لو تدخل الطبيب في معالجة المريض من تلقاء نفسه ودون اختيار من المريض كحالة إنقاذ جريح على الطريق أو غريق فاقد الوعي لأن عمل الطبيب هنا أقرب إلى عمل الفضولي، حتى لو أن تدخل الطبيب كان بطلب من الناس الذين شاهدوا الحادث لأن هؤلاء ليس لهم صفة في تمثيل المريض.

٣- يعتبر خطأ تقصيراً من جانب الطبيب امتناعه عن علاج المريض أو إنقاذه دون مبرر مشروع، لأن مهنة الطب من المهن الإنسانية وتقديم المساعدة لشخص في خطر هو واجب إنساني على أي شخص وخاصة

(١) هذا ما قرره محكمة التمييز الأردنية في عديد من أحكامها بقولها "إن التعويض ينحصر في الضرر المباشر المتوقع فيما لو كان الضرر ناجماً عن الإخلال بالتزامات عقدية ما لم يثبت ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً حيث يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع". تمييز حقوق، رقم ١٦٧٧ لسنة ٢٠١٤، تاريخ ٢٣/٣/٢٠١٥. وبالمعنى نفسه، تمييز حقوق، رقم ٤٥٧ لسنة ٢٠١٤، تاريخ ٢٢/١١/٢٠١٥، تمييز حقوق، رقم ١٨٨٣ لسنة ٢٠١٦، تاريخ ١/١/٢٠١٧، موقع قرارك.

(٢) حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٣) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٤) انظر في عرض هذه الحالات: كامل، رمضان جمال، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها- منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ١٩٦ وما بعدها- حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

الطبيب الذي تفرض عليه أخلاقيات مهنته التدخل لإنقاذ مريض بحاجة لمساعدته وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه في مباشرة مهنته بالكيفية التي يراها.

٤- يعتبر خطأ الطبيب تقصيراً في الحالات التي ينجم عن تدخله ضرر يصيب الغير، كما لو أعطى المريض شهادة طبية غير مطابقة للحقيقة مما سبب ضرراً للغير الذي استند لهذه الشهادة الطبية سواء في التوظيف أو في التأمين على الحياة مثلاً، وكذلك إذا أهمل الطبيب في مراعاة وعلاج شخص مختل عقلياً فيصيب الغير بضرر.

تبقى مسألة أخيرة أود الإشارة إليها وهي أن التزام الطبيب بحسب الأصل هو التزام ببذل عناية لأنه غير مقيد بشرط السلامة<sup>(١)</sup>، أي أن الطبيب لا يلتزم أصلاً بشفاء المريض، ومع ذلك توجد بعض استثناءات ترد على هذا الأصل العام<sup>(٢)</sup>، حيث يعتبر التزامه بتحقيق نتيجة في حالات معينة أشير إليها بإيجاز:

١- نقل الدم للمريض حيث يقع على عاتق الطبيب المختص بنقل الدم للمريض التزام بنتيجة هي إعطاء دم مناسب وسليم أي يتوافق مع فصيلة دم المريض ويكون خالياً من الأمراض، فإذا تبين أن الدم المنقول للمريض كان فاسداً أو ملوثاً تحمل الطبيب المسؤولية ما لم يثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، أي لا يكفي هنا أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة.

٢- التحاليل الطبية العادية من حيث دقتها مثل تحليل نسبة السكر في الدم أو وجود نقص في فيتامين معين في الدم أو تحاليل وظائف الكليتين والكبد، يعتبر التزام طبيب التحليل بالنسبة لها التزاماً بتحقيق نتيجة.

٣- الأجهزة والآلات والأدوات الطبية التي يستخدمها الطبيب يجب أن تكون سليمة لا تحدث أضراراً للمرضى وهذا التزام بتحقيق نتيجة يقع على عاتق الطبيب، ولذلك يتحمل المسؤولية إذا أصيب المريض بضرر بسبب اشتعال النار نتيجة تسرب الغاز من جهاز التخدير، وكذلك إذا لم يتمكن طبيب الأسنان من السيطرة على جهاز العلاج أثناء استعماله مما أدى إلى ضرر جسيم بلسان المريض.

٤- في التركيبات الصناعية يكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في جوانبه الفنية، فمثلاً طبيب الأسنان الذي يقوم بتركيب أسنان صناعية لأحد الأشخاص عليه أن يبذل عناية في تهيئة الفم ولكن التزامه بتحقيق نتيجة في

(١) راجع، حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ١٢٣- يوسف، أمير فرج، مرجع سابق، ص ٨٤- مصري، عبد الصبور عبد القوي، جرائم الأطباء والمسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠١١، ص ٦٣- الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ٢٢٣. انظر كذلك حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٥٩٨ لسنة ٢٠١٩، تاريخ ٢٠١٩/١٠/٦ الذي جاء فيه "حيث إن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض تقوم على بذل العناية اللازمة وعدم التقصير والإهمال وليس على الشفاء". بالمعنى تمييز حقوق، رقم ٨٥٩ لسنة ٢٠٢٠، تاريخ ٢٠٢٠/٦/٢١، تمييز حقوق، رقم ١٤٣٧ لسنة ٢٠٢٢، تاريخ ٢٠٢٢/٩/٢٩، موقع قرارك.

(٢) انظر، رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها- الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ٢٢٤ وما بعدها- مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ٦٦ وما بعدها- منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ٢١٢ وما بعدها- حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ١٩٩ وما بعدها.

وضع أسنان ملائمة لا تحدث ضرراً<sup>(١)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للأطراف الصناعية التي توضع لمعاقبي الحروب والحوادث من حيث جودتها وسلامتها ومناسبتها لجسم المريض يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة.

٥-الأدوية والعلاجات الطبية التي يقدمها الطبيب مباشرة لمريضه في عيادته أو مستشفى الخاص يكون ملتزماً بتحقيق نتيجة وهي أن يقدم للمريض دواء غير ضار ولا دواء فاسد منتهي الصلاحية.

## الفرع الثاني: خصائص الخطأ الطبي وشروطه

### أولاً-خصائص الخطأ الطبي.

أسلفنا أن مسؤولية الطبيب، سواء كانت عقدية أو تقصيرية، لا تقوم إلا عند وجود خطأ منسوب إليه، وإن هذا الخطأ هو مخالفة من الطبيب في سلوكه للقواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو تلك المتعارف عليها من الناحيتين النظرية والعملية وقت قيامه بتنفيذ عمل طبي في مختلف مراحلها سواء في التشخيص أو العلاج العادي أو الجراحي. وهذا الخطأ يمثل إخلالاً بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي تفرضها القوانين ذات الصلة وواجبات المهنة على الطبيب متى ترتب على هذا الخطأ الطبي ضرر بالمريض.

ولما كانت مزاولة مهنة الطب تقتضي أن يكون الطبيب مطمئناً في عمله ولا يعمل تحت هاجس من الخوف مما قد يرتكبه من أخطاء أثناء العلاج يترتب عليها مسؤوليته عن تعويض الأضرار المترتبة على ذلك فضلاً عن إمكانية مساءلته جنائياً. وبالمقابل فإن الأمر يتعلق بحياة المرضى وحقوقهم في سلامة أجسادهم وهم يضعونها بين أيدي الأطباء، كان لا بد من توفير الحماية لهؤلاء المرضى من الأخطاء الطبية، وفي الوقت نفسه النظر إلى خطأ الطبيب على أنه يختلف عن غيره من الأخطاء المهنية ومن ثم لا يكون هذا الخطأ موجباً لمسؤولية الطبيب إلا إذا توافرت فيه خصائص معينة وهي أن يكون هذا الخطأ مؤكداً و متميزاً وثابتاً ثبوتاً ظاهراً واضحاً بصورة قاطعة وليس احتمالية<sup>(٢)</sup>.

وما يستوجب أن يكون الخطأ الطبي أكيداً وواضحاً هو أن تقدير الأخطاء الطبية ليس أمراً سهلاً كباقي الأخطاء المهنية، فقد يكون من السهل معرفة أن المحامي قد ارتكب خطأ في عدم تقديم الطعن في الحكم الصادر ضد موكله في الميعاد القانوني، ولكن ليس من السهل معرفة ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ مهنيًا خاصة مع التطورات المتلاحقة في التقنية الطبية، لذلك فإن مسؤولية الطبيب لا يمكن أن تكون مبنية على الظن والاحتمال وإنما على أساس الخطأ الثابت والمحقق الذي تحدده الأصول العلمية.

(١) كامل، رمضان جمال، مرجع سابق، ص ٨٦- مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٢) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ٨٣- منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ٢٧.

## ثانياً-شروط الخطأ الطبي.

إن الشروط الواجب توافرها في الخطأ الطبي يمكن تقسيمها إلى نوعين: شروط قانونية وشروط مهنية<sup>(١)</sup>.

### (أ)-الشروط القانونية:

تمثل الجانب القانوني ويمكن إيجازها بالآتي:

١-أن يكون مرتكب الخطأ طبيباً أي حاصلاً على التأهيل العلمي اللازم في العلوم الطبية ومؤهلاً لممارسة هذه المهنة بصرف النظر عن تخصصه في أي من العلوم الطبية وتفرعاتها سواء في مجال الطب العام أو الجراحة أو التخدير وغيرها.

٢-أن يكون ارتكاب الخطأ أثناء ممارسة الطبيب لمهنته سواء في التشخيص أو في إجراء التحاليل الطبية أو في التخدير أو الجراحة وغير ذلك من أوجه النشاط الطبي. ولذلك لا يعتبر من قبيل الأخطاء الطبية أن يدهس الطبيب أحد الأشخاص في الشارع.

٣-مراعاة الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب عند مباشرته علاج المريض، فمثلاً خطورة حالة المريض الحرجة قد تستدعي من الطبيب إجراء عملية جراحية بإمكانيات بسيطة في مكان وجوده لتعذر نقله الى المستشفى بسبب خطورة حالته، إذ في هذه الحالة يكون احتمال الضرر للمريض وارداً أكثر بكثير مما لو كانت حالته تسمح بنقله الى المستشفى حيث الإمكانيات متوفرة.

٤-أن يكون خطأ الطبيب محققاً وثابتاً ومتميزاً أي يثبت لدى القاضي بوضوح وبصورة قاطعة من خلال تقرير ذوي الخبرة في هذا الخصوص لأن مسؤولية الطبيب يجب أن لا تكون مبنية على الظن والاحتمال.

### (ب)-الشروط المهنية:

هي الشروط التي ترتبط بمهنة الطب أي بالجانب الفني لهذه المهنة، ومن أهم هذه الشروط:

١-التزام الطبيب المعالج بالقواعد والأصول العلمية المستقرة لمهنة الطب، وبخلاف ذلك يعتبر مرتكباً لخطأ طبي يوجب مسؤوليته المدنية. وهذه القواعد والأصول هي الحقائق الثابتة المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء بحيث أصبحت من المسلمات وتجاوزت مرحلة الجدل والخلاف.

٢-أن يلتزم الطبيب المعالج ببذل العناية اللازمة في تقديم العلاج ويتخذ واجب الحيطة والحذر وذلك بحسب الظروف المحيطة بممارسة المهنة والأصول المستقرة في علم الطب. وعلى الطبيب مراعاة هذا الالتزام في كل ما يستخدمه في التشخيص والعلاج.

(١) مراد، بن صغير، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها.

## المطلب الثاني: المعيار القانوني للخطأ الطبي

إذا كان الخطأ الطبي يتمثل بقيام الطبيب بمباشرة مهنته بما لا يتفق والقواعد والأصول العلمية المقررة في علم الطب، فما هو المعيار الذي يقاس على أساسه خطأه الطبي؟ هذه المسألة اختلفت فيها الآراء<sup>(١)</sup>، فقد أخذ بعض الدارسين بمعيار شخصي، بينما أخذ بعضهم الآخر بمعيار موضوعي، وذهب فريق ثالث إلى التوفيق بين المعيارين.

### أولاً-المعيار الشخصي.

يعني أن سلوك الشخص يقاس على ضوء تصرفاته العادية ومدى إمكانية تجنبه للفعل الضار إذا وجد في الظروف نفسها التي أحاطت به، فإذا ثبت أنه كان يستطيع تجنب ذلك الضرر ولم يفعل ففي هذه الحالة يوصف سلوكه بالخطأ والإهمال<sup>(٢)</sup>. ولذلك لا بد من النظر إلى شخص الطبيب وظروفه الخاصة وقت وقوع الفعل الضار، مما يعني أن المحكمة تقدر الخطأ على أساس السلوك الذي كان يتعين أن يصدر من الطبيب في ضوء الظروف التي أحاطت به<sup>(٣)</sup>. وبحسب هذا المعيار تتم مساءلة الطبيب في ظل وضعه الشخصي من حيث تحصيله العلمي وما تلقاه من تدريب عملي وما يتمتع به من مهارة وخبرات مكتسبة خاصة أن الأطباء لهم مستويات مختلفة، وهذا التقدير الشخصي أو الواقعي للطبيب ودرجة خبراته وتجاربه هو الذي ينبغي أن يؤخذ بالاعتبار في تقدير التعويض وفقاً للمعيار الشخصي<sup>(٤)</sup>.

هذا المعيار منتقد من ناحيتين: الأولى هي أنه لا يصلح أن يكون مقياساً وافياً بالغرض لأنه يقضي بنسبة الانحراف في السلوك إلى صاحبه لا إلى شخص من أوساط الناس (الرجل المعتاد) ومن ثم لا بد من النظر إلى المسلك الشخصي للطبيب ومعرفة مقدار ما يتمتع به شخصياً من الحيطة والحذر وما اعتاد على ممارسته من عادات وأفعال. والثانية هي أن المعيار الشخصي لا يتفق مع العدالة لأنه يؤدي إلى التفرقة بين الناس في المسؤولية دون سند قانوني، لأن الشخص اليقظ والحذر فيما يقوم به من أعمال يتحمل المسؤولية إذا خف حذره ويقظته وفقاً لهذا المعيار، أما الشخص المهمل وغير المبالي فلا يتحمل أي مسؤولية طالما أنه لم ينزل عما اعتاد عليه من إهمال<sup>(٥)</sup>.

### ثانياً-المعيار الموضوعي أو المادي.

وفقاً لهذا المعيار يقاس انحراف الطبيب المسؤول بمسلك الطبيب الوسط أي الطبيب الذي لا يهمل في بذل العناية اللازمة بالمريض ويلتزم الحيطة والحذر والانتباه في علاجه وفي الوقت نفسه لا يخرج في عمله عن

(١) راجع في عرض هذه الآراء: الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها- مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها-

الجميل، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها- حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٢٧٧ وما بعدها.

(٢) الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٥) الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ٧٦.



قواعد وأصول مهنة الطب<sup>(١)</sup>. وهذا هو سلوك الرجل العادي أي الرجل اليقظ المتبصر، فلا هو بالغبي الجاهل، ولا هو بالشديد اليقظة والحرص، وهذا المعيار الموضوعي ينطبق في مجال الالتزام ببذل عناية على الخطأ العقدي والخطأ التصريحي لأنه يقوم على مقارنة مسلك الفاعل بمسلك الرجل العادي متى وجد في ظروف مماثلة لظروف الفاعل بصرف النظر عن العوامل والظروف الداخلية الخاصة بشخص الفاعل، فإذا انحرف الطبيب المعالج عن هذا السلوك كان مخطئاً وتحققت مسؤوليته عما أصاب المريض من ضرر<sup>(٢)</sup>. ولذلك يعتبر الطبيب مسؤولاً تجاه المريض إذا ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالمريض وكان هذا الخطأ راجعاً إلى إهماله أو تقاعسه في بذل العناية اللازمة. فهذا المعيار لا يعتد بالظروف الداخلية للطبيب موضع المسؤولية من حيث قدراته الشخصية ومهاراته ودرجة يقظته وتعليمه، وإنما يقدر سلوكه على ضوء سلوك طبيب آخر من نفس مستواه.

### ثالثاً- المعيار المختلط.

وفقاً لهذا المعيار يتعين على القاضي في تقديره الخطأ الطبي أن يأخذ في الاعتبار إلى جانب المعيار الموضوعي الذي سبق بيانه بعض الملابسات والظروف الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب المعالج التي يمكن أن يكون لها تأثير على سلوكه، ولذلك فإن هذا المعيار المختلط هو معيار توفيق يجمع بين خبرات الطبيب ومهاراته وفقاً للمعيار الشخصي، والظروف الخارجية في المعيار الموضوعي<sup>(٣)</sup>، أي أنه يأخذ بالاعتبار المستوى المهني للطبيب وما إذا كان يزاول الطب بصفة عامة ويعالج المرضى من مختلف الأمراض أم هو أخصائي بنوع معين من الأمراض أم هو طبيب متميز ومحل ثقة يرجع إليه في الحالات المستعصية بحيث يقصده المريض بسبب هذا التميز ويتوقع منه درجة أعلى من الرعاية والكفاءة في العلاج أو التشخيص قياساً إلى غيره من الأطباء في نفس الدرجة والتخصص<sup>(٤)</sup>. ويبدو أن المشرع الأردني أخذ بهذا المعيار حيث نصت المادة (٤) من قانون المسؤولية الطبية والصحية على أنه (تحدد المسؤولية الطبية والصحية بناء على مدى التزام مقدم الخدمة ومكان تقديمها بالقواعد المهنية ذات العلاقة ويدخل في تحديدها مكان تقديم الخدمة والمعايير الخاصة بها والعوامل والظروف التي تسبق أو تتزامن أو تتبع عمل مقدم الخدمة والإجراءات الطبية أو الصحية المقدمة لمتلقي الخدمة).

(١) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ١٠٤. وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية في عديد من أحكامها. انظر على سبيل المثال: تمييز حقوق، رقم ٢١١٩ لسنة ٢٠٠٨، تاريخ ١٤/٥/٢٠٠٩، تمييز حقوق، رقم ٤٣٩٠ لسنة ٢٠١٢، تاريخ ١٨/٣/٢٠١٣، تمييز حقوق، رقم ١٢٠٢ لسنة ٢٠١٦، تاريخ ٥/٦/٢٠١٦، تمييز حقوق، رقم ٨٩٢ لسنة ٢٠١٩، تاريخ ١٦/٩/٢٠١٩، تمييز حقوق، رقم ٥٠٣ لسنة ٢٠٢٠، تاريخ ٣١/٥/٢٠٢٠، موقع قرارك.

(٢) حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٢٨١- مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٣) الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٤) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ١٠٩ و ١١٠.

## المبحث الثاني

### صور الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية

سوف نتناول صور الخطأ الطبي في مطلبين، نبحث في المطلب الأول صور الخطأ الطبي من حيث جسامته ومدى ارتباطه بالمهنة الطبية، ونخصص المطلب الثاني لصور الخطأ الطبي المرتبطة بمراحل العلاج.

#### المطلب الأول: صور الخطأ الطبي من حيث جسامته ومدى ارتباطه بالمهنة الطبية

##### أولاً-الخطأ الجسيم والخطأ اليسر.

الخطأ الجسيم في مجال المسؤولية المدنية هو كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي بطيش مقترن بعلم لما قد ينجم عنه من ضرر<sup>(١)</sup>. أما الخطأ اليسير فهو الذي لا يرتكبه المتوسط أو المعتاد من الناس في حرصه وعنايته<sup>(٢)</sup>، ويضاف أيضاً إلى درجات الخطأ ما يعرف بالخطأ التافه الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في شؤونه<sup>(٣)</sup>. وبناء عليه فإن الطبيب يرتكب خطأ جسيماً إذا قام بعمل طبي كإجراء جراحة مثلاً وكان راسخاً في ذهنه احتمال وقوع ضرر للمدين ولم تكن هناك ضرورة ملحة وأنية للقيام بهذا العمل ورغم ذلك لم يتردد الطبيب في إجراء الجراحة رغم أنه لم يقصد الإضرار بالمريض. والمعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب من حيث جسامته هو المعيار الموضوعي أي أن القاضي يجعل مقياس سلوك الطبيب الذي ارتكب هذا الخطأ هو سلوك طبيب آخر في مستواه ويقدر هل أن الطبيب اليقظ المتبصر الذي يراعي أصول مهنته سيرتكب مثل هذا الخطأ إذا وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول دون أن يلتفت إلى احتمالية أن ينشأ عن عمله الطبي الضرر الذي لحق بالمريض. ولا شك في أن الخطأ الجسيم من جانب الطبيب يعرضه للمسؤولية المدنية عن الأضرار التي سببها للمريض، لكن هل يسأل الطبيب عن أخطائه اليسيرة؟

في تقديري إن مسؤولية الطبيب يجب أن تكون حاضرة أيّاً كانت درجة الخطأ الذي ارتكبه سواء كان جسيماً أو يسيراً وسواء كان المطلوب منه عناية الرجل المعتاد أو الرجل الحريص ما دام قد ترتب على هذا الخطأ ضرر للمريض وذلك لحماية المرضى من إهمال الأطباء أيّاً كانت درجة هذا الإهمال.

##### ثانياً-الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى.

الخطأ العمدى هو الإخلال بالتزام قانوني بقصد الإضرار بالغير، وهذا النوع من الخطأ يقتضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر، ولا يكفي اتجاهها إلى ارتكاب الفعل في ذاته وإنما لا بد أيضاً من اتجاهها إلى إحداث

(١) السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣) الفضل، منذر، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

نتائج الضارة<sup>(١)</sup>. وبما أن الأصل حسن النية حتى يثبت العكس فإن الدائن أو المتضرر هو المكلف بإثبات نية الإضرار لدى المسؤول عن الضرر<sup>(٢)</sup>. ومن تطبيقات الخطأ العمدي للطبيب<sup>(٣)</sup>:

١- قتل المريض الميؤوس من شفائه أو ما يسمى بالقتل الرحيم أو بدافع الشفقة إذا لجأ له الطبيب بقصد إراحة المريض من آلامه، حتى لو كان ذلك بطلب من المريض فهو قتل عمد لأن القوانين تمنع الاعتداء على حياة الإنسان. وهذا ما أكد عليه المشرع الأردني في الفقرة (أ) من المادة (١٦) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني التي جاء فيها (لا يجوز إنهاء حياة متلقي الخدمة أياً كان السبب ولو كان بناء على طلبه أو طلب وليه أو الوصي عليه).

٢- إجراء تجارب طبية على شخص سواء كان صحيحاً أو مريضاً بغير قصد العلاج لمجرد تحقيق شهرة أو لأغراض البحث العلمي<sup>(٤)</sup>، إذ لا بد من أخذ رضا هذا الشخص أو من ينوب عنه وأن يكون الهدف شفاء المريض من حالته المرضية، وأن تكون أخطار التجربة الطبية على المريض مقبولة تتناسب ومقدار المنفعة التي تعود عليه<sup>(٥)</sup>. وقد نصت المادة (٨) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني على منع مقدم الخدمة الطبية من (ي) إجراء أبحاث أو تجارب طبية على الإنسان إلا بعد موافقته الخطية والحصول على تصريح كتابي بذلك من الجهة التي تحددها الجهات المعنية وحسب التشريعات الناظمة<sup>(٦)</sup>.

٣- إسقاط الجنين أو إجهاض الحمل يعتبر من الأخطاء الطبية العمدية التي توجب المسؤولية المدنية والجنايئة لما في هذا الفعل من اعتداء على حق الإنسان في الحياة<sup>(٧)</sup>.

أما الخطأ غير العمدي فيقصد به الإهمال وهو إخلال بواجب قانوني دون قصد الإضرار بالغير، وهذا الإهمال قد يكون يسيراً وقد يكون جسيماً ولكنه في جميع الأحوال لا ينطوي على سوء نية وقصد إضرار كما في الخطأ العمدي<sup>(٨)</sup>. ومن وجهة نظري إن إهمال الطبيب في العلاج سواء كان يسيراً أو جسيماً يجب ألا يؤثر في مسؤوليته المدنية عن تعويض المريض ما دام أنه لم يلتزم بالقواعد والأصول الطبية المتعارف عليها في العلاج.

### ثالثاً- الخطأ العادي والخطأ المهني.

الأخطاء المادية أو العادية هي الأخطاء التي تصدر عن أي شخص سواء كان من الأطباء أو من غيرهم أي لا علاقة لها بالأصول الفنية لمهنة الطب، كما لو غضب الطبيب من مريضه وانهاه عليه بالشتيم والإهانة، أو

(١) حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

(٢) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٣) انظر في هذه التطبيقات: حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

(٤) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٥) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٦) طبقاً للمادة (٢١) من القانون المذكور يعاقب على مخالفة حكم هذه الفقرة بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ١٠٠٠٠ آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(٧) مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٨) مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ١٤٩.

أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر، أو أهمل في تخدير المريض قبل العملية الجراحية، أو أن يخلع طبيب الأسنان الناب الذي لا يشكو منه المريض، أو ينسى الطبيب قطعة من الشاش في بطن المريض. وفي جميع هذه الأحوال يعامل خطأ الطبيب على أنه فعل ضار أو عمل غير مشروع يخضع للقواعد العامة ولذلك يسمى الخطأ العادي أو المادي لأنه لا يتصل بالمهنة الطبية<sup>(١)</sup>.

أما الخطأ المهني أو الفني، فهو الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنة أي الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء ممارسته لمهنته ويكون وثيق الصلة بالقواعد والأصول العلمية والمتعارف عليها في مهنة الطب<sup>(٢)</sup>. ومن أمثلة الخطأ المهني أن يخطأ الطبيب في تشخيص المرض، كما لو شخص حالة المريض على أنها تقرحات في المعدة مع أنها في الحقيقة ورم سرطاني.

وسواء كان الخطأ الطبي من الأخطاء العادية أو من الأخطاء المهنية أو الفنية، فمن وجهة نظري الشخصية أن المريض الذي أصابه ضرر يستحق التعويض في الحالتين، سواء كان هذا الخطأ أو ذاك جسيماً أو يسيراً، لأن المرضى بحاجة إلى الحماية القانونية من أخطاء الأطباء خاصة في وقتنا الحاضر الذي أصبحت فيه ممارسة مهنة الطب لدى العديد من الجهات الطبية الخاصة مصدراً للربح المادي شأنها في ذلك شأن المحلات التجارية.

### المطلب الثاني: صور الخطأ الطبي المرتبطة بمراحل العلاج المختلفة

يتخذ الخطأ الطبي في مراحل العلاج المختلفة صوراً متعددة ليس من السهل حصرها، فقد يرفض الطبيب علاج المريض، وقد لا يحصل على رضاه المريض أو لا يبصره بمخاطر العلاج، وقد يخطئ في تشخيص حالته المرضية، وقد لا يصف له الدواء أو العلاج المناسب لحالته المرضية، وقد يجري للمريض جراحة عادية أو تجميلية ويرتكب خطأً يسبب ضرراً للمريض، وغير ذلك من الأخطاء التي قد تقع من الأطباء أثناء ممارستهم لمهنتهم الطبية. ولا أستطيع في هذا البحث الإحاطة بجميع صور الخطأ الطبي، ولذلك سوف أتطرق إلى أهمها وبإيجاز مناسب في خمس فقرات كما يلي:

#### أولاً-خطأ الطبيب الممتنع عن علاج المريض (الخطأ السلبي).

هذا النوع من الخطأ الطبي يسمى الخطأ السلبي الذي يكون في صورة ترك أو امتناع متى دل هذا الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم احتياط<sup>(٣)</sup>. فالطبيب الذي يعمل في إحدى المستشفيات العامة لا يجوز له رفض علاج مريض ينبغي عليه علاجه أو كانت حالته تستدعي العلاج وإلا كان مخطئاً، وهذا ما أكدت عليه المادة (٨) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني التي حظرت على مقدم الخدمة الطبية (ب-الامتناع عن تقديم الخدمة في الحالات الطارئة أو الانقطاع عن تقديمها في جميع الأحوال إلا إذا خالف متلقي الخدمة التعليمات أو كان

(١) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ١٣٤-يوسف جمعة الحداد، مرجع سابق، ص ١١٨-رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٢) الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ١٩٠-الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٣) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ١٦٦. انظر كذلك حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٦٩ لسنة ٢٠٢٠، تاريخ ٢٤/٦/٢٠٢٠، موقع قرارك.

الامتناع أو الانقطاع راجعاً لأسباب خارجية عن إرادة مقدم الخدمة<sup>(١)</sup>. ونفس الشيء بالنسبة للطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص وتعاقد مع صاحب عمل على معالجة العاملين لديه وكذلك الحال بالنسبة لشركات التأمين التي تتعاقد مع بعض العيادات الطبية والمستشفيات الخاصة على علاج المؤمن عليهم. وفي رأيي إن امتناع الطبيب عن علاج المريض الذي تستدعي حالته العلاج حتى إذا تمكن من الإفلات من دائرة المسؤولية القانونية لأي سبب فإنه لا يخرج من دائرة المسؤولية الأدبية لأن أصول مهنته تفرض عليه أن يؤدي واجبه الإنساني والأدبي تجاه المرضى الذين يحتاجون مساعدته. وبناء على ذلك فإن الطبيب يعتبر قد ارتكب خطأً في الحالات التالية:

١- إذا رفض الاستجابة لطلب المريض من أجل إسعافه أو امتنع عن الانتقال لمعالجة مريض في حالة حرجة مع أنه لا يوجد ما يحول دون إجابته لطلب المريض.

٢- إذا كانت حالة المريض خطيرة وتستدعي تدخل الطبيب لإسعافه وامتنع عن ذلك دون مبرر بحجة أن الخطر الذي يواجهه المريض ليس جدياً، ذلك أن تقدير درجة الخطر هي مسألة موضوعية تقدرها المحكمة.

٣- إذا تأخر الطبيب عن الحضور أو التدخل لإنقاذ المريض، وهذه المسألة أيضاً يقدرها قاضي الموضوع في ضوء ظروف الطبيب ومدى خطورة الحالة المعروضة عليه.

### ثانياً- خطأ الطبيب في عدم الحصول على موافقة المريض أو عدم تبصيره بمخاطر العلاج.

من المتفق عليه أن على الطبيب التزام بالحصول على رضاه المريض قبل البدء بإجراء العلاج أو العملية الجراحية وإلا فإنه يكون مخطئاً ويتحمل المسؤولية حتى إن لم يقع منه أي إهمال في العلاج<sup>(٢)</sup>. وعادة يصدر الرضاء من المريض نفسه متى كان متمتعاً بالأهلية الكاملة أي بالغاً سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، أما إذا كان صغيراً أو حالته لا تسمح له بالتعبير عن رضائه في الوقت الذي تستدعي حالته الصحية التدخل السريع فيكتفى برضاء من يمثله من أهله وأقاربه.

وقد تستدعي حالة المريض إجراء عمل جراحي عاجل لا يمكن معه الانتظار لأخذ موافقته أو موافقة أحد من ذويه كما لو نقل شخص إلى عيادة طبيب جراح أو إلى مستشفى بعد إصابته في حادث مروري مثلاً أو تعرضه لحادث سقوط طائرة أو حريق أو انفجار في الزائدة الدودية أو كان مصاباً بأحد الأمراض المعدية ما شابه. ففي مثل هذه الأحوال لا يعتبر الطبيب مخطئاً إذا باشر العلاج الجراحي دون الحصول على موافقات، بل على العكس قد يتحمل المسؤولية إذا ترك المريض وساءت حالته بحجة انتظار وصول أحد من ذويه لأخذ موافقته على إجراء العملية الجراحية. وقد نصت على ما تقدم المادة (٨) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني التي منعت على مقدم الخدمة الطبية (أ- معالجة متلقي الخدمة دون رضاه وتستنثى من ذلك الحالات التي تتطلب تدخلاً طبياً

(١) تعاقب المادة (٢٢) من قانون المسؤولية الطبية والصحية من يخالف هذه الفقرة بغرامة لا تقل عن ٢٠٠٠ دينار ولا تزيد على ٥٠٠٠ دينار.

(٢) مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

طارئاً ويتعذر فيها الحصول على الموافقة لأي سبب من الأسباب أو التي يكون فيها المرض معدياً أو مهدداً للصحة أو السلامة العامة وفق ما ورد في التشريعات النازمة<sup>(١)</sup>.

ولا يكفي رضاء المريض بالعلاج أو التدخل الجراحي لإعفاء الطبيب من المسؤولية ما لم يبادر إلى تبصير المريض بطبيعة مخاطر المرض والعلاج أو الجراحة، إذ في هذه الحالة فقط يكتمل رضاء المريض<sup>(٢)</sup>. وقد أشارت إلى هذا الالتزام المادة (٧) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني حيث أوجبت على الطبيب (د- تبصير متلقي الخدمة بخيارات العلاج المتاحة باستثناء الحالات المرضية الطارئة التي لا تحتمل التأخير).

### ثالثاً- خطأ الطبيب في تشخيص حالة المريض.

إن أول عمل يقوم به الطبيب هو فحص المريض لتشخيص حالته وفي ضوء ذلك يتحدد تعامله مع المريض، ولذلك يعتبر التشخيص من أهم وأدق مراحل العلاج لما يترتب عليه من معرفة طبيعة المرض وأسبابه ودرجة خطورته، ومن ثم فإن الخطأ الطبي في هذه المرحلة قد يستتبع نتائج لا تحمد عقباها بالنسبة للمريض<sup>(٣)</sup>. ولذلك يتعين على الطبيب المعالج في هذه المرحلة أن يلجأ إلى الفحوصات العلمية التي تستدعيها حالة المريض كالتصوير الإشعاعي والتحليل المخبرية والفحص الميكروسكوبي واستعمال جهاز رسم القلب وغيرها، فإذا أهمل في إجراء مثل هذه الفحوصات كان مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن أخطائه في التشخيص<sup>(٤)</sup>. وقد نصت المادة (٧) من قانون المسؤولية الطبية والصحية في الفقرتين (ب) و(ج) على التزام الطبيب باستخدام وسائل التشخيص أو العلاج اللازمة والمتاحة للحالة المرضية، واستخدام الأدوات والأجهزة الطبية اللازمة والمتاحة في تشخيص المريض ومعالجته وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها. ويمكن أن أذكر هنا بعض الأمثلة على الخطأ في التشخيص الذي تقوم معها مسؤولية الطبيب:

-طبيب الأشعة الذي لا يكتشف كسر في عظمة الحوض الذي أخذ له صورة مع أن الخبراء من ذوي الاختصاص أثبتوا وضوح أثر الكسر في تلك الصورة.

-الطبيب الجراح الذي يشخص حالة مريضة تعاني من ألم شديد في بطنها على أنها التهاب في الزائدة الدودية فيجري لها جراحة مستعجلة ثم يتبين أن ما كانت تعاني منه مجرد مغص كلوي.

-إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى استعمال الطبيب وسائل وطرق مهجورة لم يعد معترفاً بها علمياً في الحالة المعروضة عليه.

(١) بحسب المادة (٢٠) من القانون المذكور يعاقب من يخالف هذه الفقرة من المادة (٨) بغرامة لا تقل عن ٣٠٠٠ دينار ولا تزيد على ٥٠٠٠ دينار.

(٢) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ٤٠٢- كامل، رمضان جمال، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٣) مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ١٦٦- الجميلي، أسعد عبيد، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٤) من تطبيقات القضاء الأردني لهذه الصورة من صور الخطأ الطبي راجع: تمييز حقوق، رقم ٤٣١٢ لسنة ٢٠١٤، تاريخ ٢٠١٥/٤/١٤، تمييز حقوق، رقم ٣٩٤٥ لسنة ٢٠١٧، تاريخ ٢٠١٧/١١/١٢، تمييز حقوق، رقم ٤٣٨٩ لسنة ٢٠١٨، تاريخ ٢٠١٨/٧/٣١، تمييز حقوق، رقم ١٣٥٢ لسنة ٢٠٢١، تاريخ ٢٠٢١/٧/٧، تمييز حقوق، رقم ٢٣٧ لسنة ٢٠٢٢، تاريخ ٢٠٢٢/٣/٢٧، موقع قرارك.

والخطأ في التشخيص لا يسأل عنه الطبيب إذا كان تشخيصه مؤيداً بوسائل الفحص العلمية متى كان على دراية باستخدام هذه الوسائل، كما لا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى ترجيحه لرأي علمي على آخر أو لطريقة على أخرى ما دامت الحالة ما تزال أمام البحث والتطور العلمي، ولا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى تضليل المريض له في البيانات التي أدلى بها عن أعراض المرض وأخفى عنه بعض الحقائق<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً- خطأ الطبيب في وصف العلاج للمريض.

بعد مرحلة التشخيص للمرض تأتي مرحلة وصف العلاج المناسب، وقد أسلفنا أن الخطأ في التشخيص قد تترتب عليه آثار سلبية بالنسبة للمريض لما يترتب على ذلك من وصف علاج لا يناسب حالة المريض. وبما أن التزام الطبيب هو أصلاً بذل عناية وليس تحقيق نتيجة فهو لا يلتزم بشفاء المريض فيما يصفه له من دواء، ولكن مع ذلك على الطبيب أن يختار الدواء والعلاج الملائم لحالة المريض، أما نتيجة هذا العلاج بالنسبة للمريض فلا يسأل عنها الطبيب لأن المسألة هنا لها علاقة بمدى فعالية العلاج وقابلية جسم المريض للتفاعل معه. ولذلك المطلوب من الطبيب أن يبذل العناية اللازمة ويتخذ الحيطة عند وصفه العلاج، فيأخذ بالاعتبار حالة المريض وبنيته الجسمانية وسنه ودرجة مقاومته واحتماله للمواد الكيميائية التي يحتويها الدواء<sup>(٢)</sup>.

وبناء عليه فإن الطبيب يعتبر مخطئاً ويتحمل المسؤولية إذا ثبت أنه وصف دواء للمريض دون مراعاة الأعراض الجانبية الضارة بالنسبة لحالة المريض، أو وصف للمريض علاجاً تم هجره طبياً، أو أعلنت الجهات المختصة في الدولة أنه ضار ومنعت استخدامه أو أنه لم يجاز أصلاً<sup>(٣)</sup>.

#### خامساً- الأخطاء الطبية في العمليات الجراحية.

الخطأ الطبي في العمليات الجراحية يختلف عن غيره من الأخطاء الطبية لأن العمل الجراحي ينصب على جسم الإنسان مما يستلزم من الجراح درجة عالية من الحرص والحيطة في اتباع الأصول العلمية المتبعة في مجال مهنته. ولذلك فإن مسؤولية الطبيب الجراح تنشأ إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة قبل وأثناء وبعد العملية الجراحية للمريض<sup>(٤)</sup>. فعلى الطبيب الجراح أن يفحص المريض فحصاً شاملاً كي يتأكد أن حالته تسمح بالعملية الجراحية وما يترتب عليها من نتائج، وأن يتأكد من وجود الأجهزة الطبية اللازمة والمساعدین من الفريق الطبي من ممرضين وطبيب تخدير وغيرهم. وبناء على ذلك يعتبر الطبيب الجراح قد ارتكب خطأً تتحقق به مسؤولية في الحالات التالية:

(١) حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٣٨٧.

(٢) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص ٥٣- الحداد، يوسف جمعة، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) منعت المادة (٨) من قانون المسؤولية الطبية والصحية في الفقرة (ج) استعمال وسائل تشخيصية أو علاجية أو أدوية غير مجازة لعلاج المرضى. وعاقبت المادة (٢٠) من القانون على مخالفة هذه الفقرة بغرامة لا تقل عن ٣٠٠٠ دينار ولا تزيد على ٥٠٠٠ دينار.

(٤) مصري، عبد الصبور عبد القوي، مرجع سابق، ص ١٧٥.

١- إذا أجرى عملية جراحية للمريض دون أن يقوم بفحص حالته الصحية وما إذا كانت تسمح بإجراء العملية أم لا.

٢- إذا أغفل الطبيب الجراح فحص العضو الذي سوف تجرى له العملية كالكلى أو الكبد أو اليد وغير ذلك من أعضاء الجسم وذلك للتأكد من الحاجة لإجراء الجراحة ويستعين الطبيب هنا بالأشعة والتحاليل المختبرية.

٣- إذا أجرى الطبيب العملية الجراحية دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة بإحضار طبيب مختص بالتخدير خاصة في العمليات الكبرى التي تحتاج إلى تخدير المريض.

والطبيب الجراح كغيره من الأطباء لا يضمن الشفاء التام للمريض ما دام أنه التزم ببذل العناية الكافية التي تتفق والأصول والقواعد العلمية في إجراء العمليات الجراحية<sup>(١)</sup>.

ومعرفة ما إذا كان الطبيب الجراح قد أخطأ أم لم يخطئ يعتمد المعيار الموضوعي فيقاس سلوكه بسلوك طبيب جراح من نفس تخصصه ومستواه المهني والعلمي مع الأخذ في الاعتبار بالظروف الخارجية والإمكانات المادية التي توفرت له عند إجراء العملية الجراحية، وفي ضوء ذلك يسأل عن كل تقصير في مسلكه غير متوقع من طبيب جراح آخر في مستواه وتخصصه فيما لو وجد في نفس الظروف التي أحاطت به عند قيامه بالعمل الجراحي. وبناء عليه، يعتبر الطبيب الجراح مخطئاً إذا أجرى عملية ولادة لامرأة في منزلها وتوفت إذا المفروض أن تجرى هذه العملية في المستشفى لتوافر جميع الوسائل اللازمة لإجرائها من مواد طبية وأجهزة وأوكسجين.

ويعتبر الطبيب الجراح مخطئاً إذا لم يستمر في إجراء العملية الجراحية حتى نهايتها وترك ذلك لمساعديه أو من هم تحت التدريب من العاملين معه، وفي حالة استبدال الطبيب نفسه بطبيب جراح آخر يستلزم ذلك موافقة المريض ما لم توجد ضرورة تستدعي ذلك وإلا تحمل المسؤولية عن هذا الخطأ. ولا يقف التزام الطبيب الجراح عند مجرد إجراء العملية الجراحية وإنما عليه متابعة حالة المريض بعد الجراحة لتفادي ما قد يترتب على العملية من مضاعفات وبخلاف ذلك يعتبر الطبيب مخطئاً ويتحمل المسؤولية عن تعويض المريض عن هذه المضاعفات والأضرار<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز للطبيب الجراح أن يخرج المريض من المكان الذي قدمت فيه الخدمة الطبية سواء في العيادة أو المستشفى إلا في الحالات التي نصت عليها المادة (١٥) من قانون المسؤولية الطبية والصحية وهي:

١- إذا كانت حالة المريض الصحية تسمح بذلك طبقاً للأصول الطبية المتعارف عليها من خلال قرار يصدر من مقدم الخدمة المعالج.

٢- نقل المريض إلى مكان خدمة آخر لاستكمال علاجه بشرط توفر مستلزمات النقل الصحي السليم وعدم تضرر المريض من عملية النقل.

(١) مراد، بن صغير، مرجع سابق، ص ٤٩٤.

(٢) حنا، منير رياض، مرجع سابق، ص ٤٣٠.



٣- إذا طلب المريض إخراجه من مكان تقديم الخدمة الطبية وكان كامل الأهلية وتم تبصيره بعواقب خروجه وكتب إقراراً خطياً بتحملة مسؤولية خروجه.

ويعتبر من أقسام الجراحة في وقتنا الحاضر ما يعرف بالجراحة التجميلية وهي بصفة عامة الجراحة التي تهدف إلى تحسين مظهر الإنسان من خلال إزالة أو تغيير شيء طبيعي كاعوجاج في الأنف أو أصبع زائد أو يكون الهدف منها إصلاح شيء طارئ كآثار حروق أو إزالة تجاعيد وهذا النوع من الجراحة شائع بين أهل الفن بصفة خاصة. ولا تختلف جراحة التجميل عن أنواع الجراحة الأخرى من حيث مسؤولية الطبيب مع أن القضاء يتشدد في العناية والحرص المطلوبين من الطبيب في هذا المجال لأنها لا ترمي إلى الشفاء من داء<sup>(١)</sup>. فيلتزم الطبيب الجراح ، كما في العمليات الجراحية الأخرى، بالحصول على رضا الشخص وتبصيره بكل نتائج العملية وما قد يترتب عليها من نتائج محتملة ، وأن يتبع في إجراء الجراحة التجميلية الأصول الفنية والعلمية الحديثة بكل ما تتطلبه من الحرص والعناية. وفيما يتعلق بطبيعة التزام طبيب التجميل وما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، فإن غالبية الفقه والقضاء يعتبره التزام ببذل عناية لا يختلف عن التزام أي طبيب. ومن وجهة نظري الخاصة أرى أن التزام طبيب التجميل يجب أن نفرق فيه بين ما إذا كان الهدف من جراحة التجميل إصلاح تشوهات وعيوب ناجمة عن حوادث وأمراض، وبين ما إذا كان الهدف منها إضفاء صفة جمالية على خلقة الإنسان العادية أي تكون العملية ذات طابع كمال. ففي الحالة الأولى يكون التزام الطبيب ببذل عناية أما في الحالة الثانية فيفترض أن يلزم بتحقيق نتيجة معينة لأن هذه النتيجة كمعالجة تجاعيد في وجه امرأة مثلاً أو إزالة ندبات ظاهرة في وجهها هي نتيجة مرجوة من طالب الجراحة التجميلية<sup>(٢)</sup>.

## الخاتمة

تناولنا في هذا البحث صور الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية وقد بينا من خلاله معنى الخطأ الطبي وما يتميز به من خصائص وشروط، والمعيار الذي يعتمد في قياس خطأ الطبيب الذي يترتب عليه مسؤوليته المدنية وما إذا كان معياراً شخصياً أم موضوعياً أم توفيقياً بين هذين المعيارين. وبما أن المسؤولية المدنية قد تكون عقدية وقد تكون تقصيرية فقد حاولنا من خلال البحث أن نلقي الضوء على الخطأ التعاقدية والخطأ التقصيري للطبيب. كما حاولنا أيضاً توضيح صور الخطأ الطبي من حيث جسامته ومدى ارتباطه بمهنة الطبيب، والأخطاء الطبية في مختلف مراحل العلاج.

(١) كامل، رمضان جمال، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(٢) انظر حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ٣٦٥٥ لسنة ٢٠١٤، تاريخ ٢٤/٢/٢٠١٥ (منشورات موقع قرارك) حيث اعتبرت أن الأصل في التزام طبيب جراحة التجميل هو التزام بتحقيق نتيجة.

## اولاً: النتائج

- إن المعيار الذي يقاس على أساسه خطأ الطبيب وإن كان معياراً موضوعياً يتمثل بعناية الرجل المعتاد فإن الظروف الشخصية الخاصة بالطبيب ومهاراته ومؤهله ودرجة كفاءته تؤخذ بالاعتبار أيضاً.
- إن الخطأ الطبي قد يكون عقدياً وقد يكون تقصيرياً حتى في الحالات التي تكيف فيها علاقة الطبيب بالمريض على أنها علاقة تعاقدية كما لو ترتب على هذا الخطأ جريمة جنائية.
- إن التزام الطبيب هو في الأصل التزام ببذل عناية، ولكنه قد يكون في بعض الحالات التزاماً بتحقيق نتيجة كما في عمليات نقل الدم وتركيب الأطراف الصناعية والتحاليل الطبية.
- إن مسؤولية الأطباء عن أخطائهم لا تقتصر على الأخطاء المهنية وإنما تشمل الأخطاء المادية التي لا علاقة لها بممارسة المهنة وأياً كانت درجة الخطأ الطبي.

## ثانياً: التوصيات

- إصدار قانون موحد يجمع كل ما يتعلق بالنواحي القانونية المرتبطة بعمل الأطباء ومسؤولياتهم ومسؤولية المستشفيات عن أخطاء الأطباء والتأمين على المسؤولية عن الأخطاء الطبية بحيث يكون هذا القانون هو المرجع للقاضي في كل ما يتعلق بالمنازعات القانونية الناشئة عن الأخطاء الطبية.
- تخصيص مادة مستقلة للمسؤولية الطبية كمقرر في كليات الطب وذلك لكي يتعرف الدارسون في التخصصات الطبية على الجوانب القانونية لممارسة العمل الطبي.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب .

- أحمد، محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٩.
- الجميلي أسعد عبید، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٩.
- الحداد، جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣.
- السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني الأردني (مصادر الحقوق الشخصية)- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان ١٩٩٧.
- الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول-مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٥.
- حنا، منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨.
- كامل، رمضان جمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٠٥.
- مراد، بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.
- منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩.
- يوسف، أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية ٢٠٠٨.

### ثانياً: التشريعات .

- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .
- قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٨ .

### ثالثاً: المواقع الإلكترونية.

- موقع قرارك (www.qarark.com)

## المسؤولية التقصيرية عن أضرار الروبوتات ذات الذكاء الاصطناعي في القانون المدني الأردني

نصري علي فلاح الدويكات \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.12](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.12)

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/١٠/١٣ .  
تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/١١/٢٠ .

\* محامي مزاوول/ دكتوراة في القانون المدني.  
\* للمراسلة: [dwnasri@gmail.com](mailto:dwnasri@gmail.com)

### الملخص

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الأحكام العامة المترتبة على الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) ومدى انطباقها واعمالها على الفعل الضار عن الضرر الناتج عن الذكاء الاصطناعي المتجسد في الروبوتات الذكية، حيث سعى هذا البحث لتوضيح مفهوم الذكاء الاصطناعي والمتجسد في الروبوتات وطبيعتها القانونية، كما هدف البحث إلى تحديد الذاتية الخاصة للضرر الناتج عن الروبوتات، التي تنعكس في تحديدها على مدى جواز التعويض عنه عند إثبات المسؤولية عن الفعل الضار الناتج عن الروبوتات. إلى جانب ذلك، تطرق هذا البحث إلى ركن العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الناتج عن استخدام الروبوتات، وذلك من حيث تحديد مضمون هذه العلاقة السببية وطبيعتها بين الفعل الضار والضرر.

الكلمات الدالة: الذكاء الاصطناعي، الروبوت، المسؤولية التقصيرية، الطبيعة القانونية للروبوت.

## Tort Liability for Damages of Artificial Intelligence Robots in The Jordanian Civil Law

Nasri Ali Falah Aldweikat \*

\* Practicing Lawyer/PhD in Civil Law.

\* Crossponding author: [dwnasri@gmail.com](mailto:dwnasri@gmail.com)

Received: 13/10/2022.

Accepted: 20/11/2022.

### Abstract

This research aims to shed light on the general provisions resulting from the harmful act (tort liability) and their applicability and actions to the harmful act for the damage resulting from artificial intelligence embodied in smart robots, as this research sought to clarify the concept of artificial intelligence embodied in robots and its legal nature, as the goal The research aims to determine the subjectivity of the damage caused by robots, which is reflected in its determination of the extent to which compensation is permissible when establishing responsibility for the harmful act caused by robots. In addition, this research touched on the cornerstone of the causal relationship between the harmful act and the damage resulting from the use of robots, in terms of determining the content and nature of this causal relationship between the harmful act and the damage.

**Keywords:** Artificial intelligence, Robot, Tort, Legal nature of the robot.

## المقدمة

تتحقق المسؤولية التقصيرية كلما أخل شخص بالالتزام العام الذي فرضه القانون عليه بعدم التعرض للغير، وذلك بارتكابه فعلاً ضاراً معيناً يؤدي بالنتيجة إلى الأضرار بذلك الغير. وفي واقع الأمر، تختلف التشريعات الوطنية بموجب تقنينها المدني في شروط الفعل الضار لقيام المسؤولية التقصيرية، إذ لا يشترط القانون المدني الأردني في الفعل الضار توافر الخطأ وما يتبعه من وجوب تحقق عنصره المعنوي المتمثل في إدراك وتمييز لدى الفاعل، فيكفي لقيام المسؤولية أن يكون فعل الفاعل منطوياً على انحراف في السلوك أو على ما لا يحق له القيام به، بغض النظر عن إدراكه لذلك، وهو ما يستفاد من منطوق المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي تنص على: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

وفي واقع الأمر، يشهد واقع العمل العديد من الأشكال والصور التي تتحقق بها المسؤولية التقصيرية، في ظل ما صاحب عالم تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي من تطور، وظهور الروبوتات الذكية المتطورة، التي تتمتع بالقدرة على محاكاة السلوك البشري والتفاعل معه، حيث بدأت هذه الروبوتات التدخل في عدة مجالات من حياة الإنسان؛ كالطب والصناعة و الزراعة و التعليم والجوانب العسكرية والنقل، الأمر الذي دفع خبراء الذكاء الاصطناعي إلى توقع أن تصبح الروبوتات من المتطلبات اليومية للإنسان خلال السنوات القليلة المقبلة، وعلى الرغم من المزايا العديدة لتطبيقات الذكاء الاصطناعي، إلا أنها تثير العديد من التحديات وبخاصة فيما يتعلق بمدى ملاءمة أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن أضرار الروبوتات الذكية للأحكام العامة النازمة للمسؤولية التقصيرية وفق القواعد العامة .

## إشكالية البحث:

أمام هذا التطور التكنولوجي في تقنيات الذكاء الاصطناعي المتجسد وتطبيقاته، تثار إشكالية رئيسية مفادها: مدى إخضاع أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن أضرار الروبوتات الذكية للأحكام العامة النازمة للمسؤولية التقصيرية وفق القواعد العامة؟، وتتأتى هذه الإشكالية بصورة رئيسية في ظل ما يصاحب هذه الآلات من سوء استخدام يؤدي إلى الأضرار بالإنسان أو بممتلكاته في حالة ما إذا خرجت عن نظام برمجتها أو تشغيلها الإلكتروني. وفي واقع الأمر، فإن الإجابة عن هذه الإشكالية يدفعنا للتطرق لمجموعة من التساؤلات، التي تتمحور في النقاط التالية:

- من يتحمل المسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات الذكية، وما هو أساس هذه المسؤولية؟
- هل يتم مساءلة هذه الروبوتات على ضوء قواعد المسؤولية المدنية القائمة على الاعتبار الشخصي، أو في تطبيق قواعد المسؤولية المترتبة عن الأشياء، أو مسؤولية المتبوع عن التابع كأساس للأضرار الناشئة عن الروبوتات؟
- ماهي الآثار المترتبة على الأضرار التي تسببها الروبوتات وطرق دفع هذه المسؤولية.

## أهمية البحث:

تتعلق أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على مفهوم الروبوتات الذكية وطبيعتها القانونية، وبيان مدى كفاية قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني على مواجهة الأضرار الناجمة عن الذكاء الاصطناعي، حتى يتسنى للمضرور من الحصول على التعويض العادل، خاصة مع تعدد الأشخاص المساهمين في صناعة الروبوتات الذكية القائمة على الذكاء الاصطناعي، وتحديد الشخص المسؤول عن الضرر الذي لحق بالمضرور، وذلك من خلال بيان الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية عن أضرار الذكاء الاصطناعي والمتجسد في الروبوتات الذكية.

## منهجية البحث:

يعتمد الباحث على المنهج التحليلي والاستقرائي من خلال الاطلاع على الأنظمة القانونية المنظمة لطبيعة المسؤولية التقصيرية عن الضرر الناتج عن الذكاء الاصطناعي المتجسد في الروبوتات الذكية في القانون المدني الأردني، بالإضافة إلى التطرق لأحكام القضاء في نطاق المسؤولية التقصيرية، واستقراء هذه النصوص والأحكام وتحليلها وتفسيرها، بهدف الوصول إلى تحديد طبيعة هذه المسؤولية ومدى انسحاب أحكامها على المسؤولية عن الضرر الناتج عن الذكاء الاصطناعي المتجسد في الروبوتات الذكية.

وبناء على ما تقدم، ولتوضيح مفهوم الذكاء الاصطناعي وطبيعته القانونية، ومن ثم البحث في الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي، وضعنا التقسيم التالي:

## التقسيم العام للبحث:

**المبحث الأول:** أساس المسؤولية التقصيرية عن ضرر الروبوتات الذكية.

**المبحث الثاني:** الأثر المترتب على مسؤولية الروبوتات الذكية وطرق دفعها.

## تمهيد وتقسيم:

يشير الذكاء الاصطناعي إلى فرع واسع النطاق لعلوم الكمبيوتر، وإحدى الركائز الأساسية التي تقوم عليها صناعة التكنولوجيا في العصر الحالي، حيث يهتم ببناء آلات ذكية قادرة على أداء المهام التي تتطلب عادةً ذكاءً بشرياً، حيث تستطيع أن تتصرف مثل الإنسان وتتجز مجموعة من الأعمال مثله، ويطلق على هذه الآلات مصطلح (الروبوتات)، حيث تم استخدام هذه الروبوتات في مجالات مختلفة مثل المجالات الطبية والعسكرية والصناعية والقانونية وغيرها من المجالات بالإضافة إلى أن تلك الروبوتات تمتلك إمكانية حل المشكلات في مجالات معينة، وكذلك التعلم في البيئات التي تخضع للرقابة.

فالذكاء الاصطناعي المتجسد في الروبوتات إذاً هو نظرية تطور الآلات لتمكنها من إتمام المهام التي تتطلب عادةً ذكاء البشر، مثل القدرة على التفكير والإدراك وحل المشاكل من خلال التعلم من الأخطاء السابقة، واتخاذ القرار عن طريق جمع وتحليل البيانات والمعلومات، والتعرف على الكلام وترجمة اللغة، ونتيجة هذا التطور أصبح الذكاء الاصطناعي قادراً على محاكاة البشر.

مما تقدم يمكن تعريف الذكاء الاصطناعي بأنه "ذلك الفرع من علوم الحاسب (computer science) الذي يمكن بواسطته خلق وتصميم برامج للحاسبات التي تحاكي أسلوب الذكاء الإنساني لكي يتمكن الحاسب من أداء بعض المهام بدلاً من الإنسان، الذي يتطلب التفكير والتفهم والسمع والحركة"<sup>(١)</sup>.

والذكاء الاصطناعي بمفهومه العام هو ذلك الذكاء الذي يصنعه أو يصطنعه الإنسان في الآلة والحاسوب، أي الذكاء الذي يصدر عن الإنسان بالأصل ثم يمنحه للآلة أو للحاسوب، وبالتالي فإن الذكاء الاصطناعي هو جعل الآلات (منظومات الحاسوب) تعمل أشياء تحتاج ذكاء<sup>(٢)</sup>.

وفي واقع الأمر، تعتبر الروبوتات الذكية من التطبيقات المتميزة في الذكاء الاصطناعي، حيث تم استخدامها في جميع الجوانب الحياتية بفضل التقدم التكنولوجي المذهل في الآونة الأخيرة، حيث أصبحت هذه الروبوتات الذكية ليست فقط قادرة على تنفيذ المهام التي كانت في يوم من الأيام من مسؤولية البشر حصرياً، ولكن أيضاً تطوير بعض الوظائف المستقلة والمعرفية، مثل القدرة على التعلم من التجربة أو اتخاذ قرارات شبه مستقلة، كما أصبحت هذه الروبوتات تقوم بوظائف يعجز الإنسان عن أدائها.

وفي عام ١٩٧٩، عرف معهد الروبوتات الأمريكية الروبوت بأنه "مناور متعدد الوظائف قابل لإعادة البرمجة ومصمم لنقل المواد أو الأجزاء أو الأدوات أو غيرها من الأجهزة المتخصصة من خلال حركات مبرمجة متنوعة لأداء مجموعة متنوعة من المهام".

وهناك من عرف الروبوت (**Robot**) عبارة عن آلة صُممت من خلال نظام هندسي يجعلها تعمل كبديل للأيدي العاملة البشرية رغم مظهرها غير الشبيه بمظهر البشر إلا أنها قادرة على أن تؤدي الوظيفة المطلوبة منها بالطريقة التي يؤديها البشر<sup>(٣)</sup>.

وتأتي الروبوتات بأحجام مختلفة بعضها صغير جداً بحجم العملة المعدنية، وبعضها كبير يصل حجمه أكبر من حجم السيارة، كما تأتي بتصاميم مختلفة، إذ إن بعضها لديه قدمين ومنها على أربعة أو ستة، وتأتي بقدرات

<sup>(١)</sup> الشرفاوي، محمد علي، الذكاء الاصطناعي والشبكات العصبية، مركز الذكاء الاصطناعي للحاسبات، القاهرة، إيداع رقم ٩٦/٣٠٨٤، ص ٢٣.

<sup>(٢)</sup> الغالب، ياسين سعد (٢٠١٢)، أساسيات نظم المعلومات الإدارية وتكنولوجيا المعلومات، ط ١، المناهج للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ص ١١٤.

<sup>(٣)</sup> Tom Logsdon, The Robot Revolution (New York: Simon & Schuster, 1984), p 19.

عملية مختلفة؛ فمنها ما هو قادر على إجراء عمليات جراحية داخل جسم الإنسان لمساعدة الأطباء، وبعضها الآخر يعمل في المطاعم لتحضير الطعام، وبعضها يمكنه الهبوط على سطح المريخ<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن روبوتات الذكاء الاصطناعي (الإنسان الآلي) هي عبارة عن آلة مبرمجة إلكترونياً وفقاً لتقنية الذكاء الاصطناعي لها القدرة على اتخاذ القرارات المناسبة في البيئات والظروف المختلفة، وتقسّم الروبوتات إلى<sup>(٢)</sup>:

١- **الروبوتات الطبية:** وهي التي تستخدم في العلاج والتشخيص، ففي عام ٢٠٠٤، تم استخدام الروبوت " (دافنشي) بنجاح ولأول مرة في مستشفى الملك خالد الجامعي بالمملكة العربية السعودية لإجراء عملية جراحية نادرة في جراحة الأطفال تتعلق بربط المعدة من خلال الروبوت لطفلة تعاني من السمنة المفرطة أدت إلى عدم قدرتها على الحركة الطبيعية، كما أجرت عملية جراحية بالروبوت بمستشفى الملك خالد، لاستئصال المرارة، ولجراحة القلب، وفي مستشفى الملك فيصل التخصصي، تم إجراء عملية بالروبوت لاستئصال ورمين حميديين للكبد<sup>(٣)</sup>، وفي الأردن في عام ٢٠٢٢ أدخل مركز الحسين للسرطان نظام جراحة روبوتية يعد الأول من نوعه في المملكة، بهدف إجراء العمليات الجراحية الكبرى، وقد أجرى الفريق الطبي بالمركز أول عملية جراحية لاستئصال ورم سرطاني باستخدام الروبوت، وتكلت بالنجاح .

٢- **الروبوتات العسكرية:** وتعتبر الروبوتات في المجال العسكري، الأكبر والأخطر وإن خطرها يوازي، استخدام القنابل النووية، ومن أبرز صور الروبوتات العسكرية في الوقت الحالي التي تستخدم في الحروب، هي الطائرات بدون طيار والتي بلغ عددها في العام ٢٠١٠ أكثر من ١٢٠٠٠ في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها بعد أن كان عددها أقل من ٥٠ قبل عام ٢٠٠١.

٣- **الروبوتات الصناعية:** تختلف أنواع الروبوتات الصناعية في الخدمة اختلافاً كبيراً، وعادة ما تكون أذرع مفصلية قابلة للبرمجة ثابتة ولكنها قادرة على التحرك على محاور مختلفة، وتستخدم الروبوتات الصناعية في عدد من التطبيقات في تصنيع السلع مثل اللحام والطلاء والتجميع، وهي سريعة ودقيقة للغاية وتوفر للشركات المصنعة فوائد كبيرة من حيث تخفيض التكاليف، وبحسب الاتحاد الدولي للروبوتات بلغ عدد الروبوتات حوالي ٢,٦

(١) "National Robotics Initiative invests \$38 million in next-generation robotics", The National Science Foundation, Virginia, USA, 23 October 2013.

(٢) جهلول، الكرار حبيب وعوده، حسام علي (٢٠١٩)، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة التربية والعلوم الاجتماعية، كلية العلوم الإمام الكاظم، ص ٧٤٠.

(٣) نقلاً عن وهبه سيد أحمد، عبد الرزاق، المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ٤٣، ص ١١.



مليون روبوت صناعي قيد التشغيل، وتستخدم الروبوتات الصناعية أيضاً في الفضاء الخارجي للبناء والمهام الأخرى<sup>(١)</sup>.

٤- **الروبوتات الأمنية:** تقدم الروبوتات الأمنية مزايا كبيرة لأنها قادرة على العمل ليلاً ونهاراً وفي الظروف الجوية السيئة، وتوفر الروبوتات الأمنية، مثل " Robot Security Patrol Robot " مراقبة " CCTV " عن بعد مع التعرف على الوجه وتزويد رجال الأمن بالمعلومات اللازمة، بل يمكنها أيضاً اكتشاف درجات الحرارة غير الطبيعية وتسرب الغاز وهذا يجعلها مثالية لمراقبة الحوادث، ومحطات توليد الطاقة، ومراكز التسوق، والجامعات، والمناطق السكنية ومرافق تخزين المواد الكيميائية، وتأتي هذه الروبوتات بتكوينات مختلفة لتناسب احتياجات الموقع والتطبيق وتسمح بتوفير كبير في تكاليف القوى العاملة<sup>(٢)</sup>.

٥- **الروبوتات القانونية:** استخدمت الروبوتات في التحكم حيث تم تزويد الروبوتات المصنعة حديثاً بنماذج عالية من الذكاء الاصطناعي، وهذا يمكنها من تجميع وتحليل المعلومات المتدفقة عبر القنوات المتعددة. وبالتالي، يجد المتقاضون أنفسهم ماثلين أمام قاض حقيقي يقرأ أوراق الدعوى، ويحقق فيها، ويصدر حكمه في النهاية. وهذا لا يمثل أي انتهاك للمبادئ القانونية الأساسية على الإطلاق طالما أن الروبوت مبرمج جيداً بطريقة تتناسب وظائف التحكم. كما أن السمة الرئيسية للتحكم، بشكل عام، هي المرونة، التي تنتج عن الحرية الكاملة لأطراف التحكم في التوصل إلى اتفاق التحكم. لذا يحق لهم أن يقرروا اختيار الروبوتات كمحكمين<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما سبق يمكننا القول إن تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي تشهد تطوراً متسارعاً في الآونة الأخيرة، وأصبحت الروبوتات الذكية من أبرز تجلياتها، ودخلت في مجالات متعددة وكثيرة كالطب والصناعة والتعليم كما دخلت في الجوانب العسكرية، الأمر الذي يثير العديد من الإشكالات والمعوقات القانونية، لا سيما فيما يتعلق بمسألة تحديد الشخص المسؤول عن تعويض الأضرار التي يتسبب بها الروبوت؟

ولغايات الإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين هما:

**المبحث الأول:** أساس المسؤولية التقصيرية عن ضرر الروبوتات الذكية.

**المبحث الثاني:** الأثر المترتب على مسؤولية الروبوتات الذكية وطرق دفعها.

<sup>(١)</sup> العياصرة، خلدون (٢٠٢٠)، أنواع الروبوتات وتطبيقاتها، مقال منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: [أنواع الروبوتات وتطبيقاتها](http://www.kitabbat.com) (http://www.kitabbat.com).

<sup>(٢)</sup> عياصرة، خلدون (٢٠٢٠)، مقال منشور على شبكة الإنترنت.

<sup>(٣)</sup> وهبه سيد أحمد، عبد الرزاق، المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي، مرجع سابق، ص ١١.

## المبحث الأول

### أساس المسؤولية عن ضرر الروبوتات الذكية وطبيعتها القانونية

يشير مفهوم المسؤولية بشكل عام بأنها محاسبة شخص على فعل أو امتناع غير جائز، أي أنها جزء مخالف للشخص أحد الواجبات الملقاة على عاتقه، التي تكون بدورها إما واجبات مصدرها القانون، أو واجبات فرضها المجتمع على الإنسان، لكونه كائناً يعيش بداخله<sup>(١)</sup>. هذا وقد خول القانون الحقوق والواجبات على أساس مبدأ المساواة بين الأفراد، الذي يقر به القانون كمبدأ أساسي من مبادئه، ويطبق على الأفراد بصفتهم القانونية على أساس أنهم أشخاص طبيعيين يمتلكون شخصية قانونية تتبعهم ويقصد بها القدرة أو الاستطاعة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ولتوضيح أساس المسؤولية عن أضرار الروبوتات الذكية وطبيعتها، فإننا سنبحث في الطبيعة القانونية للروبوت الذكي، ومن ثم البحث في أساس المسؤولية المدنية للروبوتات، وسوف يعمد الباحث إلى توضيح وتفصيل ذلك في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: الطبيعة القانونية للروبوت الذكي

إن اكتساب الشخصية القانونية أمر مهم للغاية لا سيما لجهة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، إذ كانت القاعدة القانونية سابقاً تمنح الشخص الطبيعي (الإنسان) الشخصية القانونية فقط، إلا أنه بعد حصول التطورات الكبيرة في ظل ظهور حقائق الحياة الاجتماعية واتساع نشاط الدول والأفراد وعجز الإنسان عن القيام ببعض المهمات والأعمال، نظراً لمحدودية إمكاناته أو لأن تلك الأعمال تتطلب لتحقيقها زمناً طويلاً، دعت الحاجة إلى ضرورة الاعتراف بشخصية قانونية أخرى غير الشخصية الطبيعية، ومن هنا ظهرت فكرة الشخصية المعنوية، المكونة من مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين<sup>(٢)</sup>. ويعترف القانون لها بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض، فيمنحها المشرع تلك الصفة القانونية الاعتبارية لكي تتمكن من ممارسة الحقوق والالتزام بالواجبات في سبيل تحقيق هدفها<sup>(٣)</sup>.

وأمام تطور الذكاء الاصطناعي وظهور الروبوتات الذكية، هل يمكن تصور وجود شخصية قانونية للروبوتات الذكية إذا ما توافرت عندها القدرة على التحمل بالواجبات واكتساب الحقوق؟

(١) منصور، أمجد (٢٠٠٣)، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان - الأردن، ص ٢٤٤.

(٢) البكري، عبد الباقي والبشير، زهير (٢٠١٤)، المدخل للدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد، ص ٢٩٨.

(٣) الزعبي، عوض (٢٠١١)، مدخل إلى علم القانوني، ط٢، إثراء للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ص ٢٣٦.

في واقع الأمر، احتدم الخلاف بين رجال الفكر القانوني ورجال فلسفة القانون حول الطبيعة القانونية للروبوتات الذكية، وتنازعت الآراء حول هذه الطبيعة إلى أربعة مذاهب<sup>(١)</sup>:

**الأول:** ذهب إلى القول بعدم وجود مبرر قانوني يدعو للاعتراف بالشخصية القانونية للروبوت، وبأنه ستبقى الروبوتات عبارة عن أشياء من ناحية التوصيف القانوني، حيث يتم تعويض الأضرار التي تنتج عن هذه الروبوتات من خلال إقرار نظام التأمين الإلزامي عن حوادث الروبوتات أو إنشاء صناديق خاصة لتغطية أضرارها كنظام مكمل للتأمين في حال عدم وجود غطاء تأميني.

**الثاني:** ذهب إلى القول بأن الروبوت يمكن اعتباره وكيلاً عن الإنسان في القيام بالأعمال الموكلة له، أي ضرر يصيب الغير نتيجة عمل الروبوت يمكن الرجوع به على الإنسان (الموكل) انطلاقاً من أن آثار تصرفات الوكيل تتصرف إلى ذمة الأصل، هذا وقد تعرض هذا الاتجاه إلى نقد شديد، إذ إن الوكالة لا تتعدّد إلا بين شخصين قانونيين فكيف يكون الروبوت وكيلاً وهو لا يتمتع بالشخصية القانونية.

**الثالث:** يذهب إلى إمكانية إعطاء الروبوتات شخصية اعتبارية (معنوية) شأنه شأن الشخصيات الاعتبارية التي يمنحها القانون الشخصية القانونية؛ وبالتالي يتمتع بالاسم، والموطن، الذمة المالية المستقلة، الجنسية والأهلية، ويكتسب الشخصية القانونية بعد استكمال إجراءات تسجيله في سجل تعده الدولة لهذا الغرض.

**الرابع:** يذهب هذا الاتجاه إلى أن الروبوتات في الوقت الحالي ليست مستقلة بما فيه الكفاية حتى تتطلب وضعاً قانونياً معيناً، كالاعتراف لها بالشخصية القانونية، وإنما ستظل باعتبارها أشياء من وجهة نظر القانون، ولكن يبدو أن الوضع القانوني المحدد للروبوتات والاعتراف بالشخصية القانونية أمر لا مفر منه في حالة تزايد استقلالية الروبوتات.

وفي هذا الخصوص، يتفق الباحث من جهته مع الاتجاه الرابع وفي الشق الأخير من تحليله؛ خاصة في ظل التطور الذي وصلت إليه الروبوتات الذكية حتى أصبحت تحاكي البشر، هذا يدعونا إلى التفكير في منحها الشخصية القانونية لأن الغرض من منح الشخصية ليس تمتع الذكاء الاصطناعي بالحقوق الكاملة للإنسان، بل التوصل إلى تحديد الشخص المسؤول عن حدوث الضرر. فنحن نعلم أن الذكاء الاصطناعي يشترك في إنشائه ككيان أكثر من شخص (مثل المنتج والمبرمج) فضلاً عن استخدامه من قبل المالك. فعندما يحدث الضرر يضطر الضحية للبحث عن المسؤول. وهذا يدفعنا إلى القول بأنه يتعين معاملة كيانات الذكاء الاصطناعي كشخصيات قانونية، لإخضاعهم للمساءلة القانونية مثل الشركات، لأن هذا من شأنه أن يعزز النظام القانوني الحالي لمواجهة

(١) Thomas Pérennou, p.9-13. David Marc Rothenberg, Can Siri 10.0 Buy Your Home? The Legal and Policy Based Implications of Artificial Intelligent Robots Owning Real Property, Marc Washington Journal of Law, Technology & Arts, Volume 11, Issue5, Spring 2016, p.453-460

التحديات التي يمكن أن يثيرها الذكاء الاصطناعي. وذلك عن طريق إعداد النظام القانوني الحالي للتغير التكنولوجي وتمكين تلك الكائنات من التفاعل مع البشر وإفادتهم.

### المطلب الثاني: أساس المسؤولية المدنية للروبوتات ذات الذكاء الاصطناعي

تتحقق المسؤولية التقصيرية إذا أخل شخص بالالتزام العام الذي فرضه القانون عليه بعدم التعرض للغير، وذلك بارتكابه فعلاً ضاراً معيناً يؤدي بالنتيجة إلى الأضرار بذلك الغير، إذ لا يشترط القانون المدني الأردني في الفعل الضار توافر الخطأ وما يتبعه من وجوب تحقق عنصره المعنوي المتمثل في الإدراك والتمييز لدى الفاعل، فيكفي لقيام المسؤولية أن يكون فعل الفاعل منطقياً على انحراف في السلوك، أو على ما لا يحق له القيام به، بغض الضرر عن إدراكه لذلك، وهو ما يستفاد من منطوق المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني التي تنص على: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

ولما كان الأصل هو مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تضر بالآخرين، وأن مسؤوليته عن فعل غيره أو عن الأشياء التي في حراسته سوى استثناء وفي حالات محددة<sup>(١)</sup>.

هذا ويشترط لحصول الضرر على التعويض وفقاً لنظام المسؤولية التقصيرية أن يثبت الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بينهما.

وفي واقع الأمر، إن الدافع وراء البحث في أساس المسؤولية هو إيجاد المبرر أو السبب إلى إلقاء عبء التعويض عن الضرر على عاتق الشخص محدث الضرر، ولتحديد الأساس القانوني لمسؤولية الروبوت، لا بد من استثناء البحث إلى مسألة تحديد المتسبب بالضرر الناتج عن الروبوتات الذكية، وذلك بالنظر إلى خصوصيتها في مجال الذكاء الاصطناعي، ابتداءً من مسؤولية الأشخاص المشاركين في تصميم وتصنيع واستخدام الروبوتات (الفرع الأول)، ومسؤولية الأشخاص عن فعل الروبوتات، أو ما يعرف بالمسؤولية عن الأشياء (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مسؤولية الأشخاص المشاركين في تصميم وتصنيع واستخدام الروبوتات

يتعدد النطاق الشخصي للمشاركين في تصميم وتصنيع واستخدام الروبوتات، من خلال تحديد الشخص المسؤول عن وقوع ضرر الروبوت، وفي نطاق هذه البحث، فإن المشاركين في استخدام الروبوتات إما أن يكونوا مصنعي الروبوتات، أو مصممي الروبوتات، ونعمد إلى تحديد نطاق مسؤوليتهم في البنود التالية:

#### البند الأول: مسؤولية مصنعي الروبوتات:

يعد مصنع أو منتج الروبوتات أحد الفاعلين الأساسيين المشاركين في صناعتها، إذ يجب عليهم صناعة روبوتات متقنة وعالية الكفاءة، خالية من العيوب والأخطاء، كما يجب عليهم إجراء الاختبارات على الروبوتات قبل استخدامها

(١) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ص ١٣١.

لضمان طمأنة الجمهور منها، والتأكد من أن كافة البرامج وضعت بشكل يجعل من الصعب اختراقها وقدرتها على مقاومة الاختراقات بكافة أشكالها وصورها<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الخصوص، وإذ كان من المسلم به أن ثمة التزاماً يقع على عاتق المصنع أو المنتج بالالتزام أخذ الحيطة والحذر لدى تصنيعه الروبوتات، والنتيجة الطبيعية لعدم احترام هذا الالتزام هو مساءلته مدنياً وإجباره على جبر الضرر الناتج عن خطئه، فإذا حدث خطأ في التصنيع كوجود عيب في الروبوت جعلته غير قادر على العمل بالشكل المطلوب منه، فإن الذي يسأل عن هذا الخطأ في الدرجة الأولى هو المصنع أو المنتج، ونضرب مثلاً على ذلك، بأن يخطئ المصنع أو المنتج بالتأكد من كفاءة البرامج التي وضعت في الروبوت الذي يستخدم في الأمور الطبية، وقام هذا الروبوت بفعل ضار نتج عنه ضرر لشخص ما.

### البند الثاني: مسؤولية مصممي الروبوت

ويقصد بمصممي الروبوت أو ما يطلق عليهم مطوري أو مبرمجي الروبوتات هم الأشخاص الذين يقومون بإنشاء وتصميم الروبوتات والأنظمة الآلية التي تشغيلها، كما قد يقع على عاتقهم تصميم الآلات اللازمة لبناء الروبوتات المختلفة، وبعد عملية بناء الروبوت يتحول دورهم إلى الدعم الفني، فيتكفل بتحليل الروبوت وتقييمه باستمرار بهدف تطويره وتحسينه.

وفي هذا الخصوص، يجب على مصمم أو مبرمج الروبوتات أن يكون ملماً بالكثير من الأمور؛ فصناعة الروبوت تحتاج إلى شخص يستطيع أن يقوم بدور المصمم والمبرمج في آن واحد كون عمله يتطلب القيام بالمهام والمسؤوليات والتمثلة، بتصميم، وبناء، واختبار الروبوت، تصميم أنظمة الروبوتات، البرمجة، التأكد من أن الروبوت يؤدي المهام التي صنع من أجل القيام بها، التحقق من أن الروبوت آمن للاستخدام وجاهز للبيع، والبحث عن أفضل الأساليب والطرق لبناء وتصميم الروبوتات بأقل التكاليف والجهد، ربط الروبوت في بيئة العمل عن طريق تحديد المهام التي عليه تنفيذها.

وفي ظل غياب أحكام قانونية خاصة تحكم مسؤولية مصمم أو مبرمج الروبوت في الأردن، من الممكن إعمال القواعد العامة لمعالجة مسؤولية مصمم أو مبرمج الروبوت، لسد النقص الحاصل في معالجة الموضوع، فنطبق قواعد المسؤولية التقصيرية، فمن الممكن أن نجد أثراً لأساس المسؤولية التقصيرية لمصمم أو مبرمج الروبوت في القانون الأردني - من خلال القواعد العامة - في نص المادة (٢٥٦) وما بعدها من القانون المدني، الذي جاء فيها " كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بضمان الضرر". وبحسب المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني يقصد بالأضرار " مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده، أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر " فالأضرار"،

(١) وقد أدت القوانين التي وضعها إسحاق اسيموف دوراً مهماً في تصنيعها، وقد تمثلت هذه القوانين في التالي: - القانون الأول: لا يجوز للروبوت أن يؤذي الإنسان، ولا يسمح للإنسان بإصابته. القانون الثاني: يجب على الروبوت أن يطيع الأوامر التي يصدرها له الإنسان، إلا إذا كانت هذه الأوامر تتعارض مع القانون الأول، القانون الثالث: يجب على الروبوت أن يحمي وجوده ما دام ذلك لا يتعارض مع القانون الأول و/أو القانون الثاني. [https://www.goodreads.com/book/show/41804.1\\_Robot](https://www.goodreads.com/book/show/41804.1_Robot)

بهذا المعنى، يختلف عن الضرر، وهو يعني في الحقيقة إحداث الضرر بفعل غير مشروع أو على نحو مخالف للقانون.

وتأسيساً على ما تقدم، فإن المبرمج أو المصمم للروبوتات الذي يلحق ضرراً بالغير نتيجة خطأ في تشغيل البرنامج بصورة سليمة يلتزم بضمان هذا الضرر.

وتجدر الإشارة هنا، إلى نص القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات الصادر في ٢٠١٧/٢/١٣ صراحة على إلزام المصممين والمنتجين والمشغلين بقوانين (إسحاق أسيموف) كما أوصى ملحقه لجنة القانون في الاتحاد الأوروبي عند إصدارها لقانون السلوك الأخلاقي للروبوتات أن تضمنه أربعة مبادئ أساسية يجب على مهندس الروبوت التقيد بها، أولها الإحسان ومقتضاه وجوب أن تعمل الروبوتات في مصلحة البشر، وثانيها الاستقلالية ومعناه لا يجبر أي شخص على التعامل مع الروبوت، وثالثها عدم الإيذاء ومعناه لا ينبغي إيذاء البشر من خلال الروبوت، ورابعها العدالة ويعني وجوب توزيع المصالح الآتية من الروبوتات بشكل عادي. وعلى الرغم من أهمية هذه المبادئ إلا أنها لا تعد ضماناً كافية لمواجهة خطر الروبوتات<sup>(١)</sup>.

هذا كله يدعونا إلى ضرورة إعادة النظر في القواعد التي يمكن اللجوء إليها لحكم مسؤولية المبرمج أو المصمم في حالة وقوع خطأ من قبلهم خاصة أن هذه المهنة لا تخضع لتنظيم قانوني معين، لكل ذلك فإن الباحث يدعو المشرع الأردني إلى مواكبة التطور المتسارع للذكاء الاصطناعي والمتجسد في الروبوتات، إذ أصبح سن تشريع خاص بهذا النوع من التعامل ضرورة لمعالجة المشكلات التي تثار بسبب الروبوتات.

### الفرع الثاني: المسؤولية عن فعل الأشياء في نطاق الفعل الضار الناتج عن الروبوتات

تتعلق المسؤولية عن فعل الأشياء بالنظر إلى التوجه المتطور والمتسارع في استخدام الآلة، الذي وإن كان له أهمية للبشرية جمعاء، إلا أن له في الوقت ذاته سلبيات من حيث الأضرار التي يسببها للغير، والتي أثارت العديد من الإشكاليات القانونية المتمثلة في المسؤولية الناتجة عن هذه الأضرار.

وحيث تنصب دراستنا هذه على استخدام الروبوتات، فإنه يثار التساؤل هنا في مدى انسحاب أحكام المسؤولية عن فعل الأشياء على الأضرار الناتجة عن الروبوتات الذكية، ويختلف هذا الفرض عما سبق أن تناولناه، في أنه ينصب على الضرر الذي ينتج عن هذه الروبوتات دون تدخل بشري، وبالتالي تحديد المسئول عن هذه الأضرار.

وبالنظر إلى أحكام القانون المدني الأردني، نجد أنه أشار إلى صور من المسؤولية، التي جاء الحديث فيها المسؤولية عن حراسة الحيوان في المادة (٢٨٩)، وكذلك حارس البناء في المادة (٢٩٠)، في حين خصص في ثالث هذه الصور من المسؤولية، المسؤولية عن الأشياء والآلات، حيث نصت المادة (٢٩١)، على أنه: "كل من

(١) جهول، الكرار حبيب، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوت، مرجع سابق.

كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية- يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

وتبعاً لما تقدم، ودون البحث في تفصيلات كافة القواعد العامة في المسؤولية عن الأشياء في التشريع المدني الأردني، نلاحظ أن المشرع الأردني قد أشار إلى المسؤولية عن حراسة الأشياء والآلات.

وهنا، يثار التساؤل عن مدى اعتبار الروبوتات الذكية من ضمن هذه الأشياء والآلات، التي يتحمل المسئول عنها وحراستها للأضرار الناتجة عنها والتي تصيب الغير؟

ونشير هنا، إلى أن المشرع الأردني، لم يتطرق إلى تعريف الأشياء والآلات التي يمكن أن ينتج عنها ضرر يصيب الآخرين، وهو ما دفع الفقه إلى التطرق لتعريفها، بالقول بأنها: "مجموعة من الأجسام الصلبة، الغرض منها تحويل عمل إلى عمل آخر أو شيء آخر تستمد حركتها من محرك أو قوة دافعة لها سواء كانت تلك القوة تتولد عن البخار أو المياه أو الكهرباء أو النفط أو الطاقة الذرية أو النووية باستثناء الإنسان أو الحيوان"<sup>(١)</sup>.

وتبعاً لهذا التعريف للآلات، وبالنظر إلى تعريف الروبوت بأنه "آلة ميكانيكية قادرة على القيام بأعمال مبرمجة سلفاً، إما بإشارة وسيطرة مباشرة من الإنسان أو بإشارة من برامج حاسوبية"<sup>(٢)</sup>، يتفق الباحث في هذا الخصوص مع القول بأن الروبوت، عبارة عن آلة مبرمجة وفقاً لتقنية الذكاء الاصطناعي، وأنها تدار بواسطة الكهرباء، وبالتالي فلا بد من اعتبارها آلة ميكانيكية وفقاً لنص المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني، وعليه فإن مسؤولية حارس الروبوت تقوم بمجرد تسببه بأحداث ضرر بالغير دون البحث فيما إذا كان يحتاج إلى عناية خاصة من عدم ذلك. ولتوضيح نطاق المسؤولية عن فعل الأشياء والآلات، نشير إلى الشروط الواجب توافرها لتحقيق المسؤولية على الأشياء، والمتمثلة في:<sup>(٣)</sup>

١. أن يتولى شخص حراسة شيء تقضي حراسته عناية خاصة، أو حراسة الآلات الميكانيكية، وهذه الحراسة تعني السيطرة الفعلية على الشيء، سواء امتدت إلى حق مشروع أم لم تمتد، وأن تحتاج الأشياء إلى عناية خاصة بالحراسة حيث إن هناك العديد من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها وهناك أشياء لا تحتاج مثل هذه العناية، فالأشياء تحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها كثيرة، ولا يمكن حصرها، وإنما يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع، والأشياء التي تحتاج لعناية خاصة للوقاية من ضررها هي الأشياء التي تحتاج لمثل هذه الحراسة وذلك بسبب ما يلزمها من خطر.

(١) ينظر في هذا الخصوص: الرحو، محمد سعيد (٢٠٠١م)، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٣.

(٢) انظر الموقع الإلكتروني التالي: <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B1%D9%88%D8%A8%D9%88%D8%AA>

(٣) ينظر في هذا الخصوص: زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها.

٢. وقوع الضرر بفعل الشيء، أي لا بد أن يتدخل الشيء في إحداث الضرر، ويفهم من ذلك أن يكون لشيء ما دور إيجابي في وقوع الضرر، وبالتالي فإذا كانت السيارة واقفة في مكانها المخصص واصطدم بها شخص أعمى وأصيب بضرر فهنا لا يترتب على الحارس أي مسؤولية لأن تدخل الشيء هنا في إحداث الضرر للشخص الآخر كان تدخلًا سلبيًا بحيث لا تتحقق معه المسؤولية، وأن يكون هناك تقصير من جانب الحارس، وهذا يعني وجود تقصير في واجب العناية اللازمة التي يجب أن يقوم بها الرجل المعتاد إذا وجدت وفي الظروف نفسها.

فإذا توافرت شروط المسؤولية عن الأشياء نهضت المسؤولية التقصيرية عن الأضرار التي يسببها الروبوت ويتحملها الشخص الذي كان الروبوت تحت حراسته، فلو تسبب الروبوت المستخدم في العمليات الجراحية بضرر ما للمريض، فإن الذي يتحمل المسؤولية هو الشخص الذي تكون له السيطرة الفعلية على الروبوت والذي قد يكون الطبيب الذي يستخدم الروبوت في إجراء العملية أو مالك المستشفى أو قد تكون الشركة المصنعة أو المبرمجة أو أي شخص آخر له السيطرة الفعلية على الروبوت.

وفي واقع الأمر، تدفعنا هذه الإشكالية في نطاق الحراسة على الأشياء والآلات، إلى البحث في الأساس القانوني لمسؤولية حارسهم. ويرى الباحث هنا، أن أساس مسؤولية حارس الأشياء في القانون المدني الأردني، هو الضرر المقرون بالتعدي واجب الإثبات. أي أنه ليس من المهم معرفة الظروف التي صدر فيها الفعل الذي شكل الضرر، المهم هو أن الضرر وقع لأحد ما فلا بد من ضمان هذا الضرر من قبل من أوقعه، لذا لا يجوز التمسك بعدم التعدي أو عدم التعمد. وهو ما يفهم من منطوق المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني.

## المبحث الثاني

### آثار المسؤولية التقصيرية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات

سوف نتناول في هذا المبحث أحكام التعويض عن الفعل الضار الناتج عن الروبوتات، وكذلك إعفاء حارس الروبوت وفقاً للقواعد العامة هذين المطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول: أحكام التعويض عن الفعل الضار للروبوتات

التعويض هو جبر الضرر، فهو يتقرر إثر إلحاق الضرر بالغير نظراً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر، ومن هذا المنطلق يعتبر التعويض<sup>(١)</sup> أداة لتصحيح التوازن الذي قد اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر، وذلك بإعادة على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقفاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار.

(١) مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، منشورات مكتبة صادر، الطبعة الخامسة ١٩٨٨، ص ٥٢٧.



والتعويض هو جزء توافر أركان المسؤولية وهو النتيجة الحتمية لقيام المسؤولية المدنية حيث إن المضرور عند قيام المسؤولية يسعى عن طريق دعوى المسؤولية إلى الحصول على التعويض من الأضرار التي لحقت به. والتعويض<sup>(١)</sup> باعتباره أثراً وجزءاً للمسؤولية المدنية، يتمثل في إزالة أو جبر الضرر الذي أصاب المضرور، فالأصل أن يتم عينا، كما في إصلاح الضرر الذي لحق بسيارة المضرور، أو استبدالها بسيارة أخرى مماثلة لسيارته، فإذا تعذر هذا التعويض العيني فإنه يتم إصلاح وجبر الضرر عن طريق التعويض بمقابل مالي أو نقدي، يتمثل بدفع مبلغ من النقود- أو بما يقابله- للمضرور يساوي قيمة الضرر الذي أصابه.<sup>(٢)</sup>

وتقوم المسؤولية التقصيرية بتوافر أركانها الثلاثة الفعل الضار "الخطأ" والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإذا انقضى ركن من أركان المسؤولية المدنية، سقطت المسؤولية، وسقط الحق في التعويض. بالنظر إلى التقنين المدني الأردني وكذلك نظيره المصري، يلاحظ أنهما أشارا إلى صور التعويض عن المسؤولية المدنية بوجه عام، التي تعد أساساً عند البحث في صور التعويض وتقديره في المسؤولية عن الفعل الضار أيأ كان مصدره. حيث نصت المادة (٢٦٩) منه على أنه: "يقدر الضمان بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين". وكذلك نصت المادة (٣٦٣) من هذا القانون على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في القانون أو في العقد قدره القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

وعلى ضوء ذلك، وباستقراء ما أقره القانون المدني الأردني، نجد أنه أشار إلى التعويض عن المسؤولية المدنية في شقيها، المتمثلين في التعويض العيني والتعويض المادي، مشيراً في الوقت ذاته إلى آلية تقدير التعويض.

وفي نطاق التعويض العيني أشار القانون المدني الأردني إلى صورة التعويض العيني في نطاق المسؤولية المدنية بوجه عام، إذ نجد أن المادة (٤٨) منه نصت على أنه: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

وباستقراء ما تقدم من نصوص، نجد أن القانون المدني الأردني يؤكد على صورة جبر الضرر من خلال إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، الذي يعد دلالة على التعويض العيني. حيث إن التعويض العيني بمفهومه العام هو الذي يقوم على إزالة عين الضرر بأن يقضي على سببه أو مصدره كما يقصد به الوفاء بالالتزام عيناً، أي إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، بحيث يزال الضرر تماماً ويعود المضرور على الوضع والحالة نفسها التي كانت عليها قبل وقوع الضرر. وهذا التعويض مشروط بأن تكون الظروف والوقائع المتحصلة والمحدث للضرر بالإمكان إلغاء مفعولها ووقف الضرر وإزالته، كما يشترط بطبيعة الحال أن يتقدم المضرور بالمطالبة بهذا التعويض ابتداءً من طلباته التي تشمل عليها دعواه.

(١) عابدين، محمد أحمد، التعويض بين الضرر المادي والأدبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٥٩.

(٢) السوقي أبو الليل، محمد إبراهيم، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، الكويت، ص ١٣.

أما التعويض المادي في المسؤولية عن الفعل الضار، فإنه يمثل منح المتضرر عوضاً عن الضرر الذي ناله قصد التخفيف من وقع هذا الضرر عليه، ويكون تعويضاً نقدياً، وهو الذي يتضمن إعطاء المضرور مبلغاً من النقود. وقد يكون التعويض بمقابل غير نقدي، الذي يقوم في حالة تعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية، وهو الذي يتضمن التزام المسئول عن الضرر بأن يعمل لصالح المتضرر عملاً غير دفع مبلغ من المال للمتضرر لجبر ما أصابه من ضرر. (١)

وبالنظر إلى القانون المدني الأردني نجد أنه أشار إلى أن الضمان النقدي يعد القاعدة العامة في التعويض عن الضرر، والاستثناء عليه هو التعويض العيني، وهو ما يفهم من المادة (٢٩٦).

وفي هذا الخصوص، يبدو أن الأحكام العامة للتعويض عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني لا تستقيم في الواقع مع بعض الحالات التي تظهر باستمرار في العصر الحديث نتيجة الثورة الصناعية، ومنها أضرار الروبوتات القائمة على الذكاء الاصطناعي التي تتسم بخطورتها وصعوبة تقييم المخاطر الناجمة عنها، الأمر الذي يرى معه الباحث ضرورة تدخل المشرع الأردني بسن قوانين خاصة تنظم هذا القطاع لضمان حصول المضرور على تعويض عادل من خلال منح الشخصية القانونية لهذه الكيانات الذكية وإلزام مستخدميها بالتأمين عليها أو إنشاء صناديق خاصة للتعويض، أو أن تدخل الدولة ضامناً احتياطياً في حالة تجاوز التعويض القدرة المالية للمسؤولين عن الذكاء الاصطناعي، كونها هي التي سمحت بانتشار مثل هذه الكيانات الذكية.

### المطلب الثاني: طرق إعفاء حارس الروبوت وفقاً للقواعد العامة

وفيما يتعلق بالأحكام العامة بدفع مسؤولية حارس الأشياء: نصت المادة (٢٩١) من القانون المدني على ما يلي: "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة".

وعليه، فإن مسؤولية حارس الأشياء مسؤولية مفترضة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، وذلك على أساس أن التزامه بحراستها التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية، ولذلك لا يجوز للمدعى عليه الدفع بأنه قام بواجبات العناية على أتمها، فذلك لا يكفي لدفع المسؤولية عنه، وإنما له فقط دفعها من خلال إثبات السبب الأجنبي، ليس لإثبات خلاف قرينة الخطأ وإنما لإثبات انتفاء العلاقة السببية، وهذا هو المقصود بعبارة "إلا ما لا يمكن التحرز منه". الواردة في المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني.

وفي هذا الخصوص، نتفق مع القول بإمكانية الرجوع إلى حارس الروبوت طبقاً لقواعد المسؤولية عن الأشياء، إذ إن برامج الحاسوب تعد من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة عند استعمالها في مجالات وظروف معينة

(١) ينظر في تفصيل ذلك، عدنان السرحان ونوري خاطر (٢٠٠٠): شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٤٦٩ وما بعدها.

إلا أنه يمكن نفي هذه المسؤولية من خلال إثبات عدم وجود أي إهمال أو تقصير من قبل الحارس، وهو ما يفهم من المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني، هذا بالإضافة إلى مسألة الدفع بالسبب الأجنبي وأثره على وقوع الضرر، وهو ما اشترطه القانون المدني الأردني وكذلك نظيره المصري لقيام مسؤولية حارس الأشياء.

وفي واقع الأمر، فإن مسألة الدفع بالسبب الأجنبي المتعلقة بنفي مسؤولية الحراسة أو نفي الفعل الضار بوجه عام تتعلق بمسألة نفي العلاقة السببية، وهو ما نعد إلى بحثه وتبينه في هذا المطلب.

يعرف السبب الأجنبي بأنه كل حادث أجنبي غريب عن المدعى عليه يقطع الصلة بين الضرر الذي لحق المدعي وبين الفعل الذي صدر عن المدعى عليه، وهذا الحادث الأجنبي قد يكون صادراً عن فعل المدعي (المضروب) نفسه وقد يكون ناتجاً عن حادث سماوي خارج عن سيطرة الإنسان وإرادته كالعواصف والزلازل والبراكين والفيضانات، كما قد يكون صادراً عن حادث لا قبل لأحد بدفعه كالحرب، وأخيراً قد يكون صادراً عن فعل الغير أي شخص ثالث لا هو المدعي ولا المدعى عليه<sup>(١)</sup>.

وعلى ما تقدم، يشترط لصحة الدفع بالسبب الأجنبي ما يلي:

١- ألا يكون الحادث منسوباً للمدعى عليه وأن يكون خارجاً عن محيطه: (ألا يكون للمدعى عليه أو ما يملكه يد فيه): تؤكد المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني على هذا الشرط، حيث نصت على أنه: "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

وقد أكدت على ذلك محكمة التمييز الأردنية بقولها: "ليس في طعن المستأجر بالقوة القاهرة ما يعفيه من مسؤولية الضرر الذي سببه لملك المؤجر ذلك أن المعذرة التي تعفي الشخص من مسؤولية الضرر الذي يلحق بالغير هو ما إذا كان هذا الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يد له فيها بمعنى أن لا يكون ثمة خطأ من جانب المستأجر وإلا فإن القوة القاهرة التي يدعيها تفقد صفتها المبرئة له، وذلك وفقاً للمادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني".<sup>(٢)</sup>

٢- ألا يكون من الممكن توقع الحادث (بالنسبة للماضي قبل وقوع الحادث): وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بما يلي: "إن امكانية حدوث اصطدام بين مركبتين تسيران خلف بعضهما البعض في يوم انتخابات نيابية وكثافة سير وسقوط أمطار واردة، وليست قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ولا تنطبق عليها أحكام المادة ٢٦١ من القانون المدني، وتكون الميزة مسؤولة تجاه المدعي عن الضرر الذي ألحقته السيارة العسكرية المؤمنة لديها تأميناً شاملاً، باعتبار أن الحادث ممكن الحصول في مثل تلك الأجواء وكثافة السير، ومن الممكن توقع حدوثه زماناً ومكاناً"<sup>(٣)</sup>.

(١) الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (٢٠٠٢)، ج (٣): الرابطة السببية، دار وائل للنشر والتوزيع، ص ٤٧.

(٢) تمييز حقوق رقم ٤٣٢/١٩٨٠ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٨٠/١٢/٨ والمنشور على الصفحة ٩٢٤ من عدد مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨١.

(٣) تمييز حقوق رقم ٥٧٨/٢٠٠٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٢/٣/١٩ من منشورات مركز عدالة.

٣- ألا يكون من الممكن دفع الحادث (بالنسبة للمستقبل بعد وقوع الحادث): معيار شرط عدم إمكانية الدفع هو معيار موضوعي وهو معيار الرجل المعتاد الذي هو من أواسط الناس<sup>(١)</sup>، فلا بد أن يكون من شأن الحادث أن يجعل تقاضي الضرر مستحيلاً بالنسبة لأي شخص يكون في موقف الشخص المسؤول<sup>(٢)</sup>.

كما أنّ "مجرد الترخيص للطاعة بإنشاء مصنعها وتشغيله لا يهض سبباً أجنبياً تنتفي به مسؤوليتها عما ينتج عنه من ضرر للغير"<sup>(٣)</sup>.

٤- ألا يمنع المشرع بنص صريح الدفع بالسبب الأجنبي: وفي ذلك نجد مثلاً أن المادة (١/١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي نصت على ما يلي: "إن الضحايا بما فيهم السائقين لا يمكن التمسك في مواجهتهم بالقوة القاهرة أو فعل الغير وذلك من قبل الحارس أو السائق للتخلص من مسؤوليتهم". والنص السابق يعد خطوة هامة على سبيل حماية المضرورين من حوادث السير وضمان تعويضهم<sup>(٤)</sup>.

ومن الممكن إيجاد صور للدفع بالسبب الأجنبي منها:

أ- الدفع بكون الضرر ناتجاً عن فعل المضرور: فإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول اعتُبر سبباً أجنبياً معفياً من الضمان، أما إذا لم يستغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول (المدعى عليه) فمن الممكن الدفع بالاشتراك سنداً لنص المادة (٢٦٤) من القانون المدني التي تتضمن ما يلي: "يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه".

ب- الدفع بكون الضرر ناتجاً عن فعل الغير: إن الغير الذي يشكل فعله سبباً أجنبياً يعفي المدعى عليه من المسؤولية، إذ إن القاعدة العامة تقضي بأن الشخص لا يسأل إلا عن فعله الشخصي، أي أنه لا يسأل عن فعل الغير إلا بناء على نص قانوني أو اتفاقي، وبناء على ذلك فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في وقوع الضرر من الروبوت فلا يمكن للمتضرر في هذه الحالة التمسك بتحميل المصنع أو المبرمج أو المصمم أو مالك الروبوت أو المستخدم المسؤولية، وإنما يجب عليه مطالبة ذلك الغير بالتعويض، شريطة أن لا يكون من الذين يسأل عنهم المدعى عليه، فحارس الشيء مثلاً لا يستفيد من الإعفاء إذا وقع الفعل من أحد الأشخاص الذين يتولى رقابتهم ويسأل عنهم أو الذين لا يكونون أجانب عن المخاطر التي يتحملها<sup>(٥)</sup>. وعليه فلا يعفى المسؤول عن الروبوت إذا وقع الفعل المسبب للضرر ممن يتولى الرقابة عليه كالتلميذ والابن الصغير والعامل الذي يعمل تحت إشرافه.

ويرى الباحث أن تأسيس المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها الروبوتات إلى نظرية المسؤولية عن الأشياء، تمنح الشخص المسؤول الحق في دفع المسؤولية عنه بإثبات السبب الأجنبي، الأمر الذي يجعل الحارس المسؤول

(١) السرحان خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

(٢) الدناصوري، عز الدين الشواربي، عبد الحميد (١٩٩٢)، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مصر، ص ٢٢٥.

(٣) طعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٢٢. عن: شعلة، النقض في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، (١٩٧٨) ص ١٠٦.

(٤) طه، عبد المولى (٢٠٠٢)، التعويض عن الأضرار الجسدية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص ٣٧٠.

(٥) الدناصوري والشواربي (٢٠١٥)، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٤٨.

أمام فرصة كبيرة لدفع المسؤولية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم صمود هذه النظرية في ظل التطور المتسارع في مجال الذكاء الاصطناعي وصناعة الروبوتات، لكل ذلك فإن الباحث يدعو المشرع الأردني إلى مواكبة التطور المتسارع لنشاط الذكاء الاصطناعي، إذ أصبح سن تشريع خاص ينظم هذا النوع من التعامل ضرورة لمعالجة المشكلات التي تثار بسبب هذا النشاط في ظل سعة انتشار استخدام الروبوتات في العديد من المجالات.

وتجدر الإشارة هنا، إلى النظرية الحديثة التي ابتكرها المشرع الأوروبي بموجب القانون الخاص بالروبوتات الصادر في ٢٠١٧/٢/١٦ عند تبني نظام النائب الإنساني، أي بافتراض وجود نيابة قانونية بين الروبوت والإنسان المسؤول عنه بغرض تحميل الإنسان المسؤولية عن فعل الروبوت، وقد عرف القانون الأوروبي النائب الإنساني هو "من يتحمل المسؤولية عن أفعال الروبوت وتعويض المضرور جراء أخطاء التشغيل وبقوة القانون"<sup>(١)</sup>.

## الخاتمة

تناولت هذه الدراسة إشكالية مدى إخضاع أحكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن ضرر الذكاء الاصطناعي والمتجسد بالروبوتات الذكية للأحكام العامة النازمة للمسؤولية التقصيرية وفق القواعد العامة، وذلك من خلال بيان المقصود بالذكاء الاصطناعي وبيان المقصود بالروبوتات وأنواعها وطبيعتها القانونية.

ومن جانب آخر، تناول هذا البحث الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات الذكية، حيث تم توضيح مضمون الفعل الضار في المسؤولية عن الضرر الناتج عن الروبوتات، إضافة إلى تحديد النطاق الشخصي للمسؤولية عن الفعل الضار في المسؤولية عن ضرر الروبوتات الذكية، كما تطرق البحث إلى بيان الضرر الناتج عن الذكاء الاصطناعي وعلاقته السببية بينه وبين الفعل الضار.

وفي ختام هذا البحث، خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، التي جاءت على النحو التالي:

## أولاً: النتائج:

- يشير الذكاء الاصطناعي إلى فرع واسع النطاق لعلوم الكمبيوتر، وإحدى الركائز الأساسية التي تقوم عليها صناعة التكنولوجيا في العصر الحالي، حيث يهتم ببناء آلات ذكية قادرة على أداء المهام التي تتطلب عادةً ذكاءً بشرياً، حيث تستطيع أن تتصرف مثل الإنسان وتنتج مجموعة من الأعمال مثله، كما يطلق على هذه الآلات مصطلح (الروبوتات).
- تقوم المسؤولية التقصيرية بتوافر أركانها الثلاثة الفعل الضار "الخطأ" والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإذا انتفى ركن من أركان المسؤولية المدنية، سقطت المسؤولية، وسقط الحق في التعويض.

(١) المهيري، نبيلة، المسؤولية المدنية عن أضرار الإنسان الآلي، دراسة تحليلية، رسالة للحصول على درجة الماجستير سنة ٢٠٢٠، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ٣٦.

- إن مسألة الدفع بالسبب الأجنبي المتعلقة بنفي مسؤولية الحراسة أو نفي الفعل الضار بوجه عام تتعلق بمسألة نفي العلاقة السببية.
- وحيث إن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية تبعية وليست مسؤولية أصلية، فلا يسأل المتبوع عن الضرر الذي ألحقه التابع بالغير، إلا إذا ثبتت مسؤولية التابع بارتكابه فعلاً ضاراً سبباً ضرراً بالغير؛ فالمتبوع لا يمكن اعتباره سوى ضامن أو كفيل قانوني للتابع.
- التعويض هو جبر الضرر، فهو يتقرر إثر إلحاق الضرر بالغير نظراً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

#### ثانياً: التوصيات:

- يوصي الباحث المشرع الأردني بضرورة وضع قواعد قانونية متخصصة يكون من شأنها أن توفر الحماية للمضرورين من الأضرار الناشئة عن الروبوتات الذكية، وذلك من خلال سن قانون خاص ينظم هذه المسؤولية.
- يوصي الباحث نظراً للتطور المتسارع للذكاء الاصطناعي والمتجسد في الروبوتات الذكية الاعتراف بالشخصية القانونية لهذه الروبوتات، الأمر الذي يضمن مساءلتها عن الأضرار الناشئة عن أفعالها من خلال تحديد الجهة التي يمكن أن تقع على عاتقها المسؤولية.
- يهيب الباحث بعقد مؤتمرات في الجامعات من خلال كليات الحقوق، من أجل التوعية بالمشاكل القانونية المتعلقة بتقنيات الذكاء الاصطناعي والمتجسدة في الروبوتات الذكية.
- نظراً للتطور التكنولوجي في مجال الذكاء الاصطناعي، إضافة إلى اتساع رقعة استخدام الروبوتات في جميع مناحي الحياة، وخاصة الطبية منها، الأمر الذي اتسع معه احتمالية وقوع أضرار من خلال استعمال الروبوتات، فقد كان من الضرورة تدخّل المشرع وذلك من خلال إدخال تعديلات على قانون تشكيل المحاكم النظامية، بالنص على إنشاء غرف خاصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالأضرار الناتجة عن الروبوتات، على أن تتضمن في تشكيلها قضاة على علم ودراية في الذكاء الاصطناعي، من خلال عقد دورات تدريبية وورش عمل من أجل إكسابهم الخبرات في هذا المجال .

## قائمة المصادر والمراجع

## أولاً: المراجع الخاصة

- الشراقوي، محمد علي، الذكاء الاصطناعي والشبكات العصبية، مركز الذكاء الاصطناعي للحاسبات، القاهرة، إيداع رقم ٣٠٨٤/٩٦، ص ٢٣.
- الغالب، ياسين سعد (٢٠١٢)، أساسيات نظم المعلومات الادارية وتكنولوجيا المعلومات، ط١، المناهج للنشر والتوزيع، عمان-الأردن.
- العياصرة، خلدون (٢٠٢٠)، مقال منشور على شبكة الانترنت على الرابط <http://www.kitabbat.com>.
- المهيري، نبيلة، المسؤولية المدنية عن أضرار الإنسان الآلي، دراسة تحليلية، رسالة للحصول على درجة الماجستير سنة ٢٠٢٠، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- وهبه سيد أحمد، عبد الرزاق، المسؤولية المدنية عن أضرار الذكاء الاصطناعي (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ٤٣.
- جهلول، الكرار حبيب (٢٠١٩)، المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تسببها الروبوتات (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة التربية والعلوم، العدد ٦، كلية الإمام الكاظم.

## ثانياً: المراجع العامة

- الدناصوري والشواربي (٢٠١٥)، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- الرحو، محمد سعيد (٢٠٠١م)، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن.
- الدسوقي أبو الليل، محمد إبراهيم، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، الكويت.
- السرحان، عدنان، وخاطر، نوري (٢٠٠٠م)، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (٢٠٠٢)، ج (٣): الرابطة السببية، دار وائل للنشر والتوزيع.
- البكري، عبد الباقي والبشير، زهير (٢٠١٤)، المدخل الى دراسة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد.
- منصور، أمجد (٢٠٠٣)، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان-الأردن.

- طه، عبد المولى (٢٠٠٢)، التعويض عن الأضرار الجسدية، دار الكتب القانونية، القاهرة.
- عابدين، محمد أحمد، التعويض بين الضرر المادي والأدبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، منشورات مكتبة صادر، الطبعة الخامسة ١٩٨٨.
- سلطان، أنور (١٩٨٧)، مصادر الالتزام في القانون الأردني، مطبعة الجامعة الأردنية.

#### المراجع باللغة الانجليزية:

- Tom Logsdon, The Robot Revolution (New York: Simon & Schuster, 1984), p 19.
- Thomas Prenon, p.9-13. David Marc Rothenberg, Can Siri 10.0 Buy Your Home? The Legal and Policy Based Implications of Artificial Intelligent Robots Owning Real Property, Marc Washington Journal of Law, Technology & Arts, Volume 11, Issue5, Spring 2016.



الحماية الجزائية للشهود والمبلغين بجرائم الفساد في ضوء قانون النزاهة ومكافحة الفساد  
الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٦ وتعديلاته  
مالك عمر خلف الحميمات \*

[DOI:10.15849/ZUJLS.221130.13](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.221130.13)

تاريخ استلام البحث ٢٨/٠٩/٢٠٢٢ .  
تاريخ قبول البحث ٢٧/١١/٢٠٢٢ .

\*قسم القانون، كلية القانون، جامعة العلوم الاسلامية، الاردن.

\* للمراسلة: [malkalhmymat9@gmail.com](mailto:malkalhmymat9@gmail.com)

## الملخص

الشهادة والتبليغ من أهم وسائل الإثبات في القانون الجزائي؛ ذلك لأن المواد الجزائية لا يمكن الحصول مقمداً على الكتابة لإثبات كافة الجرائم، لأنها تنصب على وقائع تحدث فجأة دون سابق اتفاق، وذلك من خلال تقسيم الباحث البحث إلى مبحثين يعرض الأول منهما ماهية الشهادة والتبليغ وأهميتها في التشريع الأردني، والمبحث الثاني يتناول حماية الشهود والمبلغين في القانون الأردني والمواثيق الدولية. وقد وتوصل البحث إلى عدد من النتائج أبرزها أنه لم يرد في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني نص على حماية الشاهد والمبلغ من الإكراه، وبالرغم من انضمام المشرع الأردني وتصديقه للاتفاقيات الدولية التي تتعلق بحماية الشهود، فإنه لم يواكب التطور الكبير الذي نصت عليه الاتفاقيات الدولية، ويوصي الباحث المشرع الأردني بوضع نص على حماية الشاهد من الإكراه في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ينص على حماية الشاهد والمبلغ من الإكراه.

**الكلمات الدالة:** الحماية القانونية، الشهود، المبلغين، القانون الأردني.

## Criminal Protection for Witnesses and Whistleblowers of Corruption Crimes in Light of the Jordanian Integrity and Anti-Corruption Law No. (13) of 2016 and its Amendments

Malik Omar Khalaf Al-Hamimat \*

\* Department of Law, Faculty of Law, University of Islamic Sciences, Jordan.

\* Crossponding author: [malkalhmymat9@gmail.com](mailto:malkalhmymat9@gmail.com)

Received: 28/09/2022.

Accepted: 27/11/2022.

## Abstract

Testimony and reporting are among the most important means of proof in criminal law. This is because penal articles cannot rely on written evidence to prove all crimes, since it is based on sudden events that occur without prior agreement. Therefore, the researcher divides the study into two sections; the first of which presents the nature of testimony and whistleblowing and its significance in Jordanian legislation. The second section tackles the protection of witnesses and whistleblowers in Jordanian law and international covenants. This research study reached a number of results, most important of which is that there is no provision in the Jordanian Code of Criminal Procedure to protect the witness and the whistleblower from coercion. Despite the Jordanian legislator's accession and ratification of international conventions related to witness protection, it did not keep pace with the great development stipulated in international conventions. Finally, the researcher recommends that the Jordanian legislator put a provision on protecting the witness from coercion in the Jordanian Code of Criminal Procedure.

**Keywords:** Legal protection, Witnesses, Whistleblower, Jordanian law.

## المقدمة

يعد موضوع الحماية الجزائية للشهود والمبلغين من المواضيع المهمة بالنسبة إلى الجهود التي تؤخذ إلى مكافحة الجريمة بما فيها جرائم الفساد، فالشهادة هي الإدلاء شفاهة عما رآه الشخص أو سمعه أو أدركه بإحدى حواسه في الواقعة التي يشهد عليها<sup>(١)</sup>، حيث يعد دور الشهود والمبلغين ذا أهمية بالنسبة للوصول إلى عدالة حقيقية تعاقب مرتكب الجريمة، وقد يسهم دور المبلغين في كثير من الأحيان في الكشف المبكر عن الجريمة أو الوقاية منها، فضلاً عن كونه يشكل رادعا وعقبة مهمة أمام الذين يتورطون في أعمال مشبوهة، ويعطي الموظف والمواطن بشكل عام وسيلة أكثر فعالية لمراقبة أداء أصحاب المسؤولية. وهذا يسهم في تعزيز مشاركة الأفراد بشكل خاص والمجتمع بشكل عام في مكافحة الجريمة بثتى صورها، وفي معاونة السلطات العامة في القيام بواجباتها على هذا الصعيد، ويعد التبليغ من الإجراءات التي أشار إليها قانون أصول المحاكمات الجزائية في المادة (٢٦) بعده واجباً أدبياً حيث نصت المادة على "١- كل من شاهد اعتداءً على الأمن العام أو على حياة أحد الناس أو على ماله يلزمه أن يعلم بذلك المدعي العام المختص. ٢- كل من علم في الأحوال الأخرى بوقوع جريمة، يلزمه أن يخبر عنها المدعي العام"<sup>(٢)</sup>، في حين نجد أن قانون العقوبات الأردني في المادتين (٢٠٦-٢٠٧) عاقب على عدم التبليغ عن بعض الجرائم من بعض الأشخاص وعد التبليغ واجباً والتزاماً قانونياً.

وقد جاءت بعض صور الحماية الجزائية الإجرائية كالشهادة المجهولة، واستخدام تقنية الرؤية عن بعد، والشهادة من خلف ستار أو حجاب حاجز مع بعض المبادئ الحاكمة للدعوى الجنائية كالعلاجية والمواجهة بين الخصوم وكفالة حق الدفاع، كما أن نطاق الحماية التي جاء بها المشرع الأردني جاءت محددة فقط على جرائم الفساد وإهدار المال العام، التي أوجبت الحماية على جرائم خطيرة قد تساوي أو تزيد في خطورتها جريمة الفساد، ومثال ذلك: جرائم المخدرات والإرهاب والجريمة المنظمة، ومن هنا تكمن مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤل الرئيس الآتي: كيف بين قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني الحماية الجزائية للشهود والمبلغين في جرائم الفساد؟

تتضح أهمية الدراسة العلمية بحثاً أي شاهد أو مخبر علم بواقعة فساد، كما يرى الباحث أن أهمية الدراسة العملية تكمن في نتائجها وتوصياتها التي قد تؤدي إلى فتح آفاق جديدة وإثارة مشكلات كثيرة تتيح الفرصة للمختصين والمسؤولين مناقشتها وحلها الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق الفائدة على المجتمع.

ومن هنا ترمي هذه الدراسة إلى تحقيق عدد من الأهداف، تتمثل في التعرف على البرامج المتبعة لحماية المبلغين والشهود في قضايا الفساد وفق قانون النزاهة ومكافحة الفساد، والتنبيه على جوانب الخلل أو الضعف أو القصور التي قد تعترض مراحل تطبيق برامج حماية المبلغين والشهود قبل تطبيقه على أرض الواقع، ورفع كفاءة الأجهزة الرقابية وفعاليتها للحد من إهدار المال العام، وعرض الجهود التشريعية التي بذلت من أجل حماية الشهود والمبلغين.

(١) حسني، محمود (١٩٨٨)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ص ٤٤١.

(٢) انظر المادة (٦٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٩) لسنة ١٩٦١ وحتى آخر تعديلاته لسنة ٢٠١٩.

وقد اتبع الباحث أكثر من منهج في هذه الدراسة بما يتناسب ويتلاءم مع موضوعاتها، إذ سيتم اتباع المنهج الوصفي لواقع موضوع الدراسة (الحماية الجزائية للشهود والمبلغين) في الأردن، والمنهج التحليلي لنصوص القوانين والأحكام القضائية ذات العلاقة، إضافة إلى اعتماد المنهج المقارن للوقوف على نقاط القوة والمنة لدينا.

## الدراسات السابقة

### الدراسة الأولى:

دراسة (بوراس، منير ٢٠١٩) بعنوان "الحماية الجزائية للشهود والخبراء في التشريع الجزائري"، بحث علمي منشور، مجلة آفاق علمية، المجلد (١١)، العدد (٤)، ص ٨٣-٩٨.

تعتبر الشهادة والخبرة من أهم الأدلة في المواد الجزائية، وعلى ذلك فإن القاضي ومن خلال خبرته المهنية وما يتوافر لديه من أدلة قادر على صياغة وتقدير شهادة الشهود التي تعد من أهم الفواصل في الأحكام القضائية خاصة في المادة الجزائية، كما أنه يتمتع بحرية طلب الخبرة من خبراء لديهم نظرة أوسع حسب كل مجال وتخصص. ولأن المراكز القانونية لهما أقصى درجات الأهمية بات من الضروري وضع ضمانات لعدم المساس بحرية هؤلاء وحمايتهم من كل ما قد يعرضهم للخطر جراء الإدلاء بشهادتهم أو تقديم مساعدات ليستند عليها القاضي في الحكم. وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة من حيث التشريع الذي اقتصر الباحث على دراسته إذ ركز الباحث في الدراسة الحالية على التشريع الأردني بينما تناولت الدراسة السابقة التشريع الجزائري في طرق الحماية الجزائية للشهود.

### الدراسة الثانية:

دراسة (الخال، أسيل) بعنوان: "الأطر القانونية لحماية الشهود في ضوء جرائم الإرهاب والفساد"، مجلة دراسات البصرة، العدد (٣٤)، ص ٢٤٧-٣٠٦.

هدفت هذه الدراسة إلى توضيح الأطر القانونية لحماية الشهود في ضوء جرائم الإرهاب والفساد المالي والإداري، من خلال تسليط الضوء على نظم الحماية القانونية التي تضمنها التشريع العراقي مقارنة بالتشريع الجزائري والفرنسي، بهدف تنظيم الأمور المتعلقة بتوفير الحماية للشهود خاصة في جرائم الإرهاب والفساد المالي والإداري في ظل التوجهات الخطيرة للجريمة، وتشجيع الأشخاص على أداء الشهادة في هذه الجرائم، وقد تم تقسيم الدراسة على بحثين، تناول المبحث الأول مفهوم الشاهد في الدعوى الجزائية، وحماية الشهود في جرائم الإرهاب والفساد في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية. أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لمعالجة التدابير القانونية لحماية الشهود والأحكام الخاصة بمنحها. وتم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، فعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد خطى خطوة مهمة في مجال حماية الشاهد بإصداره قانون حماية الشهود والخبراء والمخبرين والمجني عليهم رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٧، إلا أن هذا الأخير ما زال يعتريه بعض النقص أو القصور التشريعي، وبذلك ندعو المشرع العراقي إلى محاولة جادة وحقيقية للسعي نحو تأطير نظم مستحدثة وبرامج قانونية خاصة بحماية الشهود، موضوعياً وإجرائياً، وتوفير تدابير وضمادات قانونية كافية لتسهيل مهمة الإدلاء بالشهادة براحة وأمان.

وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة في تناولها التشريع العراقي للمحافظة على الشاهد في ظل الفساد والإرهاب.

#### الدراسة الثالثة:

دراسة (العارف، طایل وبني سلامة، ماجد، ٢٠١٧) بعنوان: "حماية الشهود أمام القضاء الجنائي" بحث علمي منشور، مجلة جامعة الشارقة، المجلد (١٥)، العدد (١)، ص ٢٨٥-٣١٥.

يتناول هذا البحث موضوع الحماية التشريعية للشهود في الدعوى الجنائية في التشريع الأردني والإماراتي مقارنة مع التشريعين الفرنسي والبلجيكي، وذلك من خلال دراسة النصوص القانونية الناطمة لحماية شهود الدعوى الجنائية. وقد تعرض البحث إلى الحماية الموضوعية للشهود في الدعوى الجنائية في كل من التشريعات محل الدراسة، كذلك إلى الحماية الإجرائية للشهود في الدعوى الجنائية. وقد خلصت الدراسة إلى وجود تفاوت بين التشريعات محل الدراسة في نطاق الحماية وإجراءات الحماية، الأمر الذي انعكس إيجاباً على النتائج والتوصيات. وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة في تناولها الموضوع بشكل من التفصيل بعكس الدراسة السابقة التي تعرضت إلى الحديث عن الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الأردني الإماراتي.

### المبحث الأول

#### ماهية الشهادة والتبليغ وأهميتهما في التشريع الأردني

من خلال هذا المبحث لا بد من توضيح ماهية الشهادة وأهميتها في التشريع الأردني من خلال مطلبين؛ حيث نعرض في المطلب الأول تعريف الشهادة وعناصرها، وفي المطلب الثاني نعرض أهميتها في التشريع الأردني، وفي المطلب الثالث نوضح قواعد الشهادة، وفي المطلب الرابع نتناولنا أنواع الشهادة وفق التشريع الأردني.

#### المطلب الأول: تعريف الشهادة وعناصرها

الشهادة في اللغة هي أن يخبر الإنسان بما رأى وأن يقرّ بما علم. قال تعالى: "شهد الله أنه لا إله إلا هو والملائكة وأولو العلم قائماً بالقسط. أي أخبر وأعلم، وهي تعني إيفاض الحضور، قال تعالى: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه" ويقال شهد الحادث أي عاينه. (١)

وتعتبر الشهادة من أهم وسائل الإثبات في القانون الجزائي، ذلك لأن المواد الجزائية لا يمكن الحصول مقدماً على الكتابة لإثبات كافة الجرائم، لأنها تنصب على وقائع تحدث فجأة دون سابق اتفاق، وقد قدمت الشهادة دوراً مهماً في مجالات الإثبات في المواد الجزائية منذ القدم، فقبل انتشار الكتابة كانت الاتفاقات، والأعراف،

(١) ابن منظور (١٩٩٤)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، مادة (شهد).

والقوانين، لا تثبت إلا بالشهادة. وقد ورد النص على لزومها في القرآن الكريم نظراً لأهميتها حيث إن الشهادة تؤدي دوراً بالغ الخطورة في الإثبات الجزائي<sup>(١)</sup>.

أما عناصر الشهادة فتتمثل فيما يلي<sup>(٢)</sup>:

١- **الحضور:** أي حضور الشاهد إلى المحكمة للشهادة بنفسه ولا يستطيع توكيل غيره لأن الشهادة شخصية ولا تجوز الشهادة السماعية إلا في أربع حالات سنطرق إليها لاحقاً.

وفي حالة عدم تمكن الشاهد من الحضور إلى المحكمة لسبب مشروع كشخص مريض في المستشفى يمكن للمحكمة نذب موظف لديها للذهاب إليه وسماع الشهادة منه، ومن ثم تلاوتها أمام المحكمة المادة (١٦٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية: "١- إذا تعذر إحضار شاهد أدى شهادة في التحقيقات الأولية بعد حلفه اليمين إلى المحكمة لوفاته أو عجزه أو مرضه أو غيابه عن المملكة الأردنية الهاشمية يجوز للمحكمة أن تأمر بتلاوة إفادته أثناء المحاكمة كهيئة في القضية..."<sup>(٣)</sup>.

٢- **الإدراك:** أي أن الشاهد يجب أن يفهم ما يقوله أمام المحكمة. فالمجنون مثلاً لا يجوز له الشهادة لأنه يعاني من عوارض استحقاقه وبسبب مرضه لا يدرك ما يقوله. وبالمثل، فإن الإدراك يركز على شاهد الحادث من خلال إحدى حواسه، أو الرؤية، أو السمع، أو الشم، أو اللمس، ويجب أن يتطابق الإدراك مع الحادث. يجب على الشاهد الذي يريد أن يشهد على ما يقوله وأنه يقول الحقيقة. هناك إجراء شكلي ليس من القانون، ولكنه أصبح عرفياً في المحاكم الأردنية، وهو وضع يد الشاهد على القرآن أو الكتاب المقدس أثناء القسم.

## المطلب الثاني: أهمية التبليغ في التشريع الأردني

يعرف التبليغ عن الجريمة بأنه "إخطار الجهة المختصة من شخص معلوم أو مجهول عن جريمة وقعت أو وشيكة الوقوع لوجود أدلة وقرائن تشير إلى عزم المجرم على ارتكابها أو تخطيطه لها. ويقدم هذا الإخطار تحريراً من المبلغ نفسه بالبريد أو البرق أو الهاتف مع رجل السلطة سواء أراد به المبلغ مصلحة شخصية أو عامة"<sup>(٤)</sup>، وتعرف أيضاً بأنها "إبلاغ السلطات المختصة عن وقوع جريمة سواء كانت الجريمة واقعة على شخص المخبر أو ماله أو شرفه أو على شخص الغير أو ماله أو شرفه وقد تكون الدولة أو مصالحها أو ملكيتها هي محل الاعتداء"<sup>(٥)</sup>.

وسائل العلم بالجريمة متعددة، وهي التي من خلالها يصل العلم بالجريمة أو بدئها إلى السلطة المختصة، وأهم هذه الوسائل هي عن طريق الغير، أو الجاني، أو المجني عليه، أو المسؤولين والجهات الرسمية عن طريق الإخطارات، والإبلاغ واجب على أي فرد من أفراد المجتمع، يقوم على مبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي في

(١) نمور، محمد سعيد (٢٠١٩). أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، ٢٠٠٤م، ص ١٩٢.

(٢) نجم، محمد صبحي (٢٠٠٦). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية ص ٣٠١، إصدار دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

(٣) المادة (١٦٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

(٤) العنزي، فرحان (٢٠٠٤). بعض العوامل الاجتماعية المؤثرة في التبليغ عن المطلوبين وتسليمهم للسلطات الأمنية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ص ١٤.

(٥) عبدالله، سعد (٢٠٠٥). شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٣، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، العراق، ص ١٤٧.

الحفاظ على حياتهم ومقدساتهم وأموالهم. كما يعتبر الإخطار بداية للمبادئ الجنائية ويعتبر من أهم مراحل الاستدلال أو التحقيق الأولي. وهو نظام معروف في جميع القوانين الإجرائية فقد تم إنشاؤه بحكم الضرورة، وهو مظهر من مظاهر تعاون الضابطة العدلية مع النيابة العامة<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث: قواعد الشهادة

من أبرز القواعد التي تقوم عليها الشهادة ما يلي:

**أولاً: عدم جواز الشهادة على الرأي:** لا بد من أن تكون الشهادة على ما رآه الشاهد أو أدركه من خلال حواسه، حيث إنه لا يجوز أي يقوم الشاهد بشهادته حسب رأيه الشخصي.

**ثانياً: شفوية الشهادة:** تعد الشفوية من القواعد الأساسية لأصول المحاكمات الجزائية، التي نشأت مع الثورة الفرنسية ومنها امتدت إلى كافة التشريعات الحديثة، والتي تستهدف تحقق العدالة، وذلك لكي لا يحكم القاضي بناءً على أدلة لم تُطرح في الجلسة، ولم يتناقش بها الخصوم فلا تتحقق العدالة، ولذلك جاء في مختلف التشريعات الحديثة شفوية الشهادة وسيادتها، وذلك ليتم مناقشة الشاهد بطريقة حرة، وإذا كان الشاهد سبق أن أدلى بشهادته في التحقيق فلا يجوز الاكتفاء بهذه الشهادة ما لم يحضر الشاهد أمام المحكمة وتتم مناقشته بها، حتى تستطيع المحكمة أن تقدر قيمتها. فالحكم على شهادة الشاهد لا يمكن أن يتم عند تقديم شهادته كتابة، فحالة الشاهد النفسية، وطريقة أداء شهادته وموقفه، ولهجته، وتعبيرات وجهه كل ذلك له أثره في القوة التدلالية للشهادة، ومعرفة مدى صدق شهادة الشاهد، واطمئنان المحكمة إلى شهادته<sup>(٢)</sup>.

وقد استتنت المادة (١٦٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني لسنة ١٩٦١ حالات أجازت فيها الاستغناء عن شهادة الشاهد شفويًا أمامها، وهي الوفاة، المرض، العجز، والغياب عن البلاد، فإذا كان الشاهد أدى شهادة في التحقيقات الأولية بعد حلفه اليمين وتعذر إحضاره إلى المحكمة لأداء الشهادة لتوافر إحدى هذه الحالات، يجوز للمحكمة الاكتفاء بتلاوة شهادته التي سبق أن أداها في التحقيقات الأولية. فالأمر (جوازي) بمعنى أن لها الحق أن ترفض قبول مثل هذه البيّنة. كما استتنت المادة (٢٣١) من نفس القانون حالة أخرى من مبدأ شفوية الشهادة هي حالة الأبكم، الأصم حيث يتم سماع أقواله كتابةً بعد أن يسطر له كاتب المحكمة الأسئلة والملاحظات التي يراد الاستفسار منه عنها.

**ثالثاً: أداء الشهادة في مواجهة الخصوم:** يجب أن تؤدي الشهادة في مواجهة الخصوم أي بحضور ممثل النيابة العامة والمشتكى عليه. ولكن يجوز استثناء أداء الشهادة في غيبة المشتكى عليه، إذا وقع منه تشويش في الجلسة، فيتم إخراجه والسير بالإجراءات بغيابه، على أن تطلعه المحكمة على الإجراءات التي تمت بغيابه، ولكن لا تعاد هذه الإجراءات مرة أخرى عند حضوره<sup>(٣)</sup>.

(١) نمور، محمد سعيد (٢٠١٩)، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٢) نمور، محمد سعيد، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٣) نص المادة (١/٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية "يمثل المتهم أمام المحكمة طلباً بغير قيود ولا أغلال وإنما تجري عليه الحراسة اللازمة. ولا يجوز إبعاده عن الجلسة أثناء نظر الدعوى إلا إذا وقع منه تشويش يستدعي ذلك، وفي هذه الحالة تستمر الإجراءات إلى أن يمكن السير فيها بحضوره. وعلى المحكمة أن توقفه على ما تم في غيبته من الإجراءات".

ثالثاً: أداء الشهادة عن الوقائع المؤدية لكشف الحقيقة: لا يجوز سماع شهادة الشاهد إلا عن الوقائع لكشف الحقيقة. فلا يجوز أداء الشهادة عن وقائع ليست لها علاقة بالدعوى، أو عن وقائع غير منتجة في الإثبات، فالشهادة يجب أن تكون عن وقائع منتجة في الدعوى. وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت محلاً لكشف الحقيقة، سواء من حيث ثبوت الجريمة أو ظروفها، أو نسبتها إلى فاعلها، وهذا وفق ما جاء في نص المادة (٢/٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية<sup>(١)</sup>.

## المطلب الرابع: أنواع الشهادة

١- الشهادة المباشرة: هي الشهادة التي يشهد بها الإنسان على ما رآه أو سمعه مباشرة، فيعطي المعلومة بغير وساطة، وهذه الشهادة أدق من الشهادة غير المباشرة؛ لأنها يرويها من أدرك الحقائق بنفسه، خلافاً للشهادة غير المباشرة التي يرويها شخص لا يرى الحقائق بنفسه، وهو مشبوه بسبب نقله عن شخص آخر.

٢- الشهادة غير المباشرة: هي تلك التي يشهد فيها الشاهد على أقوال تم نقلها من شخص آخر، لم يشهد الشاهد ارتكاب الجريمة بل سمعها من غيره، وهذه الشهادة مقبولة شرعاً لأنها مبنية على التخمين لا اليقين<sup>(٢)</sup>. ولا تصلح أساساً لأن يُبنى عليها اتهام أو حكم، لأن الأقوال تتعرض دائماً للتحريف والتغيير بانتقالها من شخص لآخر، وهذه الشهادة أسماها قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الشهادة (السماعية) وهي غير مقبولة قانوناً إلا في حالات أربع نصت عليها المادتان (١٥٦ ، ١٥٧) من ذات القانون. وهذه الحالات هي<sup>(٣)</sup>:

الحالة الأولى: الشهادة عن قول شاهد في نفس الدعوى، تُقبل الشهادة على السماع عن أقوال شخص هو شاهد في نفس الدعوى ضمن ثلاثة شروط:

أولاً: أن تكون الشهادة عن قول قاله الشاهد في وقت مقارب لوقوع الجرم سواء قبله أو بعده، أو أثناء وقوعه. كأن يشهد الشاهد بأنه سمع أحمد يقول أثناء ارتكاب جريمة قتل، أن القاتل هو وليد، أو سمعه يقول بعد ارتكاب الجريمة بفترة بسيطة أن وليد قام بقتل المجني عليه.

ثانياً: أن تتعلق هذه الأقوال مباشرة بواقعة لها مساس بالقضية. وهي تكون كذلك إذا كانت منتجة في الدعوى فإذا كانت الأقوال المنقولة ليس لها مساس بالدعوى لا تقبل الشهادة عليها.

ثالثاً: أن تنتقل هذه الأقوال عن شخص هو شاهد أيضاً في نفس الدعوى حتى تتمكن المحكمة من وزن هذه الشهادة. ومنطق النص يجيز الأخذ بالشهادة السماعية على الرغم من نفي الشاهد الذي نقلت عنه الإدلاء بها، إذا اقتنعت المحكمة بأنه أدلى بها حقيقة، وأنها تتسجم ووقائع الدعوى.

(١) نمور، محمد سعيد، مرجع سابق، ص ١٩٤، انظر نص المادة (٢/٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وللمحكمة أيضاً أن تستوضح الشاهد عن كل ما تعتبره مُساعداً على ظهور الحقيقة".

(٢) نمور، محمد سعيد، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٣) هلسا، أديب، (١٩٩٧). أسس التشريع والنظام القضائي في المملكة الأردنية الهاشمية، ط٢، عمان.

**الحالة الثانية: الشهادة عن أقوال المجني عليه المتعلقة بفعل التعدي**

أجازت المادة (١٥٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الشهادة عن أقوال المجني عليه المتعلقة بفعل التعدي ضمن ثلاثة شروط<sup>(١)</sup>:

أولاً: أن يكون القول الذي قاله المجني عليه يتعلق بفعل التعدي الذي وقع عليه، فإذا كانت أقوال المجني عليه لا تتعلق بهذا الفعل فإنه لا يجوز قبول الشهادة حولها.

ثانياً: أن يكون القول الذي قاله المجني عليه قد تم حين وقوع فعل التعدي عليه، أو بعد ذلك ببرهة وجيزة أو حالماً سححت له الفرصة لرفع الشكوى بذلك. فإذا كان المجني عليه لم يذكر أي أقوال عن فعل التعدي الذي وقع عليه عند وقوعه، أو بعد ذلك ببرهة وجيزة وإنما ذكره بعد بضعة أيام فلا تقبل الشهادة عن أقواله هذه.

(والبرهة الوجيزة) لغةً هي الفترة الزمنية القصيرة. وقد اعتبرت محكمة التمييز أن الأقوال التي أدلى بها المجني عليه بعد انقضاء مدة ثلاثة أيام على وقوع فعل التعدي عليه إلى شخص لا ينطبق عليه معنى (البرهة الوجيزة). ولذلك لا يجوز لمن تلقى هذه الأقوال من المجني عليه أن يشهد عليها، وفي قرار آخر اعتبرت أن الأقوال التي أدلى بها المجني عليه بعد يوم واحد على وقوع الحادث لا يتوافر فيها معنى (البرهة الوجيزة).

ثالثاً: أن تكون الشهادة على السماع منقولة من شخص تعتبر شهادته مقبولة قانوناً أي جائز التعويل عليها وحدها. وهذا المعنى يقتضيه منطوق النص لأنه إذا كانت الشهادة الأصلية غير مقبولة قانوناً، فلا يجوز أن تكون الشهادة المنقولة عنها مقبولة.

**الحالة الثالثة: الشهادة عن أقوال المجني عليه المرتبطة بظروف الجريمة.** تقبل الشهادة على السماع في حالة نصت عليها المادة (١٥٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وهي إذا كان القول الذي قاله المجني عليه يرتبط بفعل التعدي ارتباطاً يجعله جزءاً من سياق الظروف المتعلقة بارتكاب الجريمة. مثل الأقوال التي يظهر منها حالة المجني عليه الجسمية والعقلية. فإذا ذكر المجني عليه شيئاً عن حالته الصحية، وعن شعوره بأعراض التسمم قبل موته، فإن هذه الأقوال تعتبر متلازمة مع الأفعال التي قام بها المشتكى عليه إذا كانت الجريمة المسندة إليه هي القتل بالسم، إذ تكون هذه الأقوال جزءاً من سياق الظروف المتعلقة بارتكاب الجريمة.

**الحالة الرابعة:**

الشهادة عن أقوال المجني عليه عند الاحتضار إذا كان القول المنقول عن المجني عليه قد صدر منه حينما كان على فراش الموت أو في دور النزاع كنتيجة للجرح الواقع عليه، وتعذر حضور المجني عليه وهو مشرف على الموت، ومقبل على لقاء ربه ففي هذه الحالة يفترض أن يقول الصدق ولا يكذب. ولذلك تكون الشهادة المنقولة عنه مقبولة. والواقع أن الافتراض بأن الشخص المحتضر لا يمكن أن يكذب لأنه مقبل على ملاقاته ربه هو افتراض نظري محض، ولم تثبت صحته عملاً. فكثيراً ما يُصاب المحتضر بضعف في القدرة الذهنية تفقده السيطرة على قواه العقلية، والحسيّة، والذهنية، فتكون أقواله في هذه الحالة لا تمثل الحقيقة وكثيراً ما تتجمد الحالة الذهنية عند الإنسان وتستمر في هذا الجمود حتى الوفاة. وقد ثبت أن الحقد يمكن أن يستمر في أعماق الإنسان حتى آخر لحظة في حياته، وأن أقواله التي يدلي بها قد تكون ترجمة لهذه الحالة المستقرة، وتعبيراً عن أحقادته التي بقيت لديه حتى مماته.

(١) هلسا، أديب، المرجع السابق.



لذلك لم تعد لأقوال المحتضرين أي قدسية، ويجب أن تؤخذ أقوالهم بكثير من الحيطة والحذر.

### ٣- المنع من الشهادة:

تنص التشريعات العربية على منع بعض الأشخاص من أداء الشهادة لاعتبارات متعددة منها نوع الوظيفة التي يقوم بها الشاهد، أو صلة القربى التي تربطه بالمشتكى عليه أو للالتزام بسر المهنة، أو غير ذلك من الاعتبارات. فإذا أدوا الشهادة رغم ذلك كانت شهاداتهم باطلة.

١. أصول وفروع وزوج الشريك ضد شريكه: تنص المادة (١٥٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني

على أن (تسمع شهادة أي من أصول المتهم أو الظنين أو فروعه أو زوجته ولو بعد انقضاء الرابطة الزوجية إلا أنه يجوز لهم الامتناع عن أداء الشهادة ضده أو ضد شركائه في اتهام واحد). فيتضح من هذا النص أن أصول المتهم أو الظنين أو فروعه أو زوجه يجوز لهم أداء الشهادة ضد شركاء المتهم أو الظنين، ويجوز لهم الامتناع عن الشهادة إذا رغبوا في ذلك. و(الشراكة) المقصودة بالنص هي الشراكة في (قرار الاتهام) لأن عبارة النص واضحة في هذا المعنى، إذ جاءت هذه العبارة بالصيغة التالية: (شركاء ذلك المتهم أو الظنين في اتهام واحد). وهذه الصيغة تقيد الشراكة في الاتهام، وليست مقصورة على الشراكة في ارتكاب الجرم، ذلك أن الشراكة في (الاتهام) قد تقيد الشراكة في ارتكاب الجريمة فيرتكب شخصان جريمة واحدة ويقدمان للمحاكمة بقرار اتهام واحد، فيكونان شريكين في الاتهام. وقد لا تقيد الشراكة في الجريمة، فعندما يرتكب شخصان كل منهما جريمة مستقلة في ظروف وأوقات مختلفة بناءً على اتفاق بينهما فتكون الجريمة متلازمتين بحكم المادة (٢/١٣٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، ويصدر النائب العام قرار إحالتهما إلى المحكمة بقرار اتهام واحد فتكون الشراكة بينهما في الاتهام دون ارتكاب الجريمة. والمنع من الشهادة المنصوص عنه في المادة (١٥٣) من نفس القانون هو لشراكة الاتهام سواء كان سبب هذه الشراكة هو ارتكاب جريمة واحدة أو لم يكن.

٢. المجني عليه: لا يجوز سماع شهادة المجني عليه إذا كان دخل في الدعوى مدعياً بالحق المدني إذ في هذه الحالة يعتبر خصماً في الدعوى المدنية ولا تقبل شهادته أما في الدعوى الجزائية فإن شهادته تكون مقبولة<sup>(١)</sup>.

٣. الصغير: لا تقبل شهادة الصغير الذي لم يتجاوز الخامسة عشرة من عمره إلا على سبيل الاستدلال أي على سبيل المعلومات العادية، ودون حلف اليمين إذا تبين أنه لا يدرك اليمين. ومثل هذه الشهادة لا تكفي وحدها للإدانة ما لم تكن مؤيدة بيينة أخرى، وهذه القاعدة تقررها كافة التشريعات العربية. فنصت عليها المادة (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني/ولم تبين التشريعات الفرق بين قيمة الشهادة التي تؤدي بعد خلف اليمين، والشهادة التي تؤدي على سبيل الاستدلال ولكن يبدو أن هدف المشرع كان منصرفاً إلى أن الشهادة التي تؤدي على سبيل الاستدلال تكون غير موثوقة عكس الشهادة التي تؤدي بعد الحلف. لأن الصغير يكون دائماً ميالاً للكذب وقابلاً للتأثير عليه وهو لا يدرك كنه اليمين، واليمين ضماناً لعدم الكذب وقول الصدق.

### ٤. الملزمون بحفظ السر:

هناك فئات منقها القانون من أداء الشهادة على أمور علمت بها عن طريق مهنتها والتزمت بالمحافظة عليها كسر من أسرار المهنة كالمحامين والأطباء والوكلاء فلا يجوز لهم أداء الشهادة حول الأمور التي علموا بها

(١) البحر، محمود خليل (١٩٩٨). مبادئ قانون المحاكمات الجزائية الأردني، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن.

بحكم مهنتهم لأن إفشاء هم لها يعرضهم للعقوبة بموجب قوانين مهنتهم. إلا إذا طلب منهم من أسر هذه المعلومات لهم أن يؤدوا الشهادة حولها. على أن لا يتعارض ذلك مع أحكام القوانين الخاصة بهم<sup>(١)</sup>.

فتنص المادة (٣٧) من قانون البيّنات الأردني لعام ١٩٥٢ على أن (من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء عن طريق مهنته أو صنّعه بواقعة أو بمعلومات لا يجوز له أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة، ويجب عليهم أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم).

وهكذا فالسر المهني واجب تلزم المحافظة عليه. ومعنى (السر المهني) المعلومات المكتومة التي يحرص أصحاب المهن كالمحامين والأطباء والوكلاء وغيرهم، على عدم إفشائها والتي تصل إليهم، بحكم المهنة أو الصنعة، وواجب المحافظة على السر المهني يستمر حتى بعد انتهاء القضية أو زوال الصفة<sup>(٢)</sup>.

ويجوز إفشاء السر في الحالات التالية:

**الأولى:** إذا كان ذكر السر المهني مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة فيجب على هؤلاء الإخبار عن الجرم المراد ارتكابه، أما إذا كان الجرم قد تم ارتكابه فعلاً وأبلغه المتهم لمن يجب عليه كتمانها فلا يجوز له إفشاء هذا السر.

**الثانية:** إذا وافق صاحب المصلحة على إفشاء السر بشرط أن لا يكون في القوانين الخاصة بالمهنة ما يمنع من إفشاء السر رغم الموافقة كما هو الحال بالنسبة لقانون المحامين الذي يلزم المحامي المحافظة على السر المهني، وعدم إفشائه في مختلف الظروف وتحت طائلة المسؤولية.

**الثالثة:** أن يكون تلقي السر قد تم عن غير طريق المهنة، فلا يجوز للكاهن أن يمتنع عن أداء الشهادة عن معلومات وصلت إليه عن طريق (سر الاعتراف) ولا يجوز للطبيب أن يمتنع عن أداء الشهادة عن معلومات تلقاها عن غير طريق المهنة<sup>(٣)</sup>.

(١) البحر، محمود خليل، مرجع سابق.

(٢) نمور، محمد سعيد، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٣) البحر، محمود خليل، مبادئ قانون المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع سابق.

## المبحث الثاني

### حماية الشهود والمبلغين في القانون الأردني والمواثيق الدولية

يواكب هذا الدور المهم للشهود والمبلغين والخبراء محاذير ومخاطر عديدة، فهو يتطلب وجود مجموعة من الضمانات التي يتعين توفيرها من قبل السلطات العامة لحمايتهم من أي إجراءات أو أضرار نتيجة قيامهم بالشهادة أو بالإبلاغ أو بتقديم تقارير خبرتهم؛ حيث إن هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي بينت أهمية حماية الشهود؛ وفي المطلب الثاني حماية الشاهد في قانون مكافحة الفساد؛ أما المطلب الثالث يعرض للوسائل المؤثرة في إرادة الشهود.

#### المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية لحماية الشهود

**أولاً: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد:** تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، من أهم الاتفاقيات الدولية التي تعنى بمكافحة الفساد وهي الصك العالمي الوحيد الملزم قانوناً لمكافحة الفساد، وتتبع أهمية هذه الاتفاقية من الطابع الإلزامي لأحكامها، مما يجعلها أداة فريدة من نوعها لتمثل استجابة شاملة لمشكلة عالمية، وقد انضم إلى هذه الاتفاقية عدد كبير من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. وتمت مناقشة نص اتفاقية مكافحة الفساد التي وضعتها الأمم المتحدة خلال سبع جلسات من قبل لجنة متخصصة للتفاوض بشأن هذه الاتفاقية، وقد صادقت الأردن على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٣ بعد عرضها على مجلس الأمة استناداً لنص المادة (٣٣) من الدستور الأردني، ومن ثم قامت المملكة- ومن أجل مؤامة التشريعات مع الاتفاقية- بإصدار قانون هيئة مكافحة الفساد رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٦.

بحثت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مسألة حماية الشهود في المادة (٣٢) حيث نصت الفقرة الأولى على ما يلي<sup>(١)</sup>: تتخذ كل دولة طرف تدابير مناسبة وفقاً لنظامها القانوني الداخلي، وضمن حدود إمكانياتها، لتوفير حماية فعالة للشهود والخبراء الذين يُدلون بشهادة تتعلق بأفعال مجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة بهم عند الاقتضاء، من أي انتقام أو تهريب محتمل.

فيما نصت المادة (٣٢) على أنها: "أضافت في فقرتها الثانية، أمثلة على أنواع التدابير التي يجوز اعتمادها من أجل حماية الشهود والخبراء، إضافة إلى أقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة به " يجوز أن تشمل التدابير المتوخاة في الفقرة (١) من هذه المادة، ودون مساس بحقوق المدعى عليه، بما في ذلك حقه في محاكمة عادلة حسب الأصول.

أ. إرساء إجراءات لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلاً، بالقدر اللازم والممكن عملياً، بتغيير أماكن إقامتهم والسماح لهم، عند الاقتضاء، بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها .

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤ تمت المصادقة عليها في الأمم المتحدة.

ب. أن يدلوا بأقوالهم على نحو يكفل سلامة أولئك الأشخاص، كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات مثل وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل اللازمة.

كما أن المادة (٢٥)، جرّمت أنواعاً معينة من التأثير على الشهود، حيث نصت على أن: "تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمداً: (أ) استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو للتدخل في الإدلاء بالشهادة أو تقديم الأدلة في إجراءات تتعلق بارتكاب أفعال مجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية".

### ثانياً: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة

بحثت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية عام ٢٠٠٠ حماية الشهود فقد تناولت هذه المسائل في المواد (٩) و (٢٤) منها<sup>(١)</sup>: حيث تنص المادة (٩) على أن: "يلزم الدول الأطراف فيها باتخاذ تدابير تشريعية وإدارية لتعزيز نزاهة الموظفين العموميين ومنع فسادهم وكشفه ومعاقبتهم".

كما تلزم المادة (٢٤) من الاتفاقية على أن: "على الدول الأعضاء اتخاذ تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير حماية فعالة من أي انتقام أو ترهيب محتمل للشهود في الإجراءات الجنائية، الذين يدلون بشهادة بخصوص الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية. وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة حسب الاقتضاء ويجوز أن تشمل التدابير".

١- وضع قواعد إجرائية لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص كالقيام مثلاً بالقدور اللازم والممكن عملياً بتغيير أماكن إقامتهم والسماح عند الاقتضاء بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهوية أولئك الأشخاص وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها.

٢- توفير قواعد خاصة بالأدلة التي تتيح الإدلاء بالشهادة على نحو يكفل سلامة الشاهد كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات. ومنها مثلاً وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل ويستفاد من النص السابق أن الاتفاقية قد سمحت للشهود السماح لهم بالانتقال إلى مكان جديد وتغيير مكان إقامتهم، وتوفير الحماية المادية لهم أو لأفراد أسرهم والحصول على مسكن مؤقت ودفع تكاليف نقل الأثاث المنزلي وغيره من الممتلكات الشخصية إلى مكان إقامة جديد، وتقديم المساعدات المالية ومساعدتهم في الحصول على عمل، وتقديم الخدمات الأخرى اللازمة لمساعدتهم على أن يعيشوا حياة اعتيادية<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: اتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد

وقعت الأردن على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد في مصر وذلك بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١<sup>(٣)</sup>، وهدفت تلك الاتفاقية إلى تعزيز التدابير التي ترمي إلى مكافحة الفساد والوقاية منه وكشفه بكل أشكاله وسائر الجرائم المتصلة به وملاحقة مرتكبيها، وهدفت هذه الاتفاقية إلى تكثيف الجهود العربية وتعزيزها في مكافحة الفساد والعمل على استرداد الأموال المتحصلة عن جرائم الفساد، وتعزيز سيادة القانون والشفافية، والنزاهة، والمساءلة وسيادة

(١) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عام ٢٠٠٠ تمت المصادقة عليها في الأمم المتحدة.

(٢) السوليه، أحمد، (٢٠٠٧)، الحماية الجزائية والأمنية للشاهد، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٣٢٠.

(٣) اتفاقية الدول العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٤، جامعة الدول العربية، القاهرة.

القانون، وتشجيع الحكومات والأفراد ومؤسسات المجتمع المدني، لمنع ارتكاب جرائم الفساد، وهذا ما توضحه المادة (١٤) من الاتفاقية.<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني: حماية الشاهد في قانون مكافحة الفساد

إن موضوع حماية الشهود يكتسب أهمية قصوى بالنسبة لجهود مكافحة الجريمة بما فيها جرائم الفساد، فدور الشهود له أهمية بالنسبة للوصول إلى عدالة حقيقة تعاقب مرتكب الجريمة. وقد يسهم دور الشاهدين في كثير من الأحيان في الكشف المبكر عن الجريمة أو الوقاية منها، فضلا عن كونه يشكل رادعاً وعقبة مهمة أمام الذين يتورطون في أعمال مشبوهة، ويعطي الموظف والمواطن بشكل عام وسيلة أكثر فعالية لمراقبة أداء أصحاب المسؤولية. وهذا يسهم في تعزيز مشاركة الأفراد بشكل خاص والمجتمع بشكل عام في مكافحة الجريمة بشتى صورها، وفي معاونه السلطات العامة في القيام بواجباتها على هذا الصعيد.

وبرجعنا إلى قانون هيئة النزاهة ومكافحة الفساد نجد أن المادة (٢٤) نصت على أن: "أ- تتولى الهيئة توفير الحماية اللازمة للمبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم من أي اعتداء أو انتقام أو تهريب محتمل من خلال ما يلي: ((١- توفير الحماية لهم في أماكن إقامتهم. ٢- عدم الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم. ٣- الإلءاء بأقوالهم وشهاداتهم من خلال استخدام تقنيات الاتصال الحديثة وبما يكفل سلامتهم. ٤- حمايتهم في أماكن عملهم وتحصينهم من أي تمييز أو سوء معاملة أو فصل تعسفي. ٥- توفير أماكن لإيوائهم عند الضرورة. ٦- اتخاذ أي إجراء أو القيام بأي عمل ضروري يضمن سلامتهم، لما تفرضه الظروف المحيطة بطالبي الحماية، على أن يتم رفع الحماية عنهم حال زوال الظروف ب- يتم البت بطلبات توفير الحماية من المجلس وفقاً لفرضها. ج- تنظم جميع الأمور المتعلقة بتوفير الحماية المطلوبة للمبلغين والشهود والمخبرين والخبراء وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية. د- على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، للرئيس صرف مساعدات مالية للمبلغين والشهود والمخبرين الذين تقرر الهيئة حمايتهم بموجب تعليمات يصدرها المجلس لهذه الغاية"<sup>(٢)</sup>.

كما نصت المادة (٢٦) على أنه: "أ- يعاقب كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية المبلغين أو الشهود أو المخبرين أو الخبراء أو بأماكن وجودهم بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف دينار. ب- إذا أدى الإفشاء المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة إلى إلحاق جرم بأي من

(١) كباش، خيري، حماية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الجامعتين، ص ٣٢٦، انظر فقد نصت المادة (١٤) من الاتفاقية على "حماية المبلغين والشهود والخبراء والضحايا، حيث توفر الدولة الطرف الحماية القانونية اللازمة للمبلغين والشهود والخبراء والضحايا الذين يدلون بشهادة تتعلق بأفعال تجرمها هذه الاتفاقية وتشمل هذه الحماية أقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم، من أي انتقام أو تهريب محتمل، ومن وسائل هذه الحماية ١- توفير الحماية لهم في أماكن إقامتهم. ٢- عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم. ٣- أن يدلي المبلغون والشهود والخبراء والضحايا بأقوالهم على نحو يكفل سلامتهم مثل الإلءاء بالشهادة عبر استخدام تقنية الاتصالات. ٤- اتخاذ الإجراءات العقابية بحق كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية أو بأماكن وجود المبلغين أو الشهود أو الخبراء أو الضحايا".

(٢) قانون هيئة النزاهة ومكافحة الفساد الأردنية.

الأشخاص المنصوص عليهم في الفقرة ذاتها فيعتبر المفشي شريكاً في هذه الجريمة ويعاقب بالعقوبة المقررة للفاعل الأصلي".

أما المادة (٢٧) فقد نصت على أنه: "ما دون الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب كل من اعتدى على أحد المبلغين أو الشهود أو المخبرين أو الخبراء، بسبب ما قاموا به للكشف عن الفساد أو أساء معاملتهم أو ميّز في التعامل بينهم أو تعسف في استعمال السلطة ضدهم أو منعهم من الإدلاء بشهادتهم أو من الإبلاغ عن الفساد بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وفي حال استخدام القوة أو التهديد بإشهار السلاح أو أي وسيلة إكراه مادية أخرى فتكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار".

ويستفاد من النصوص السابقة أن قانون هيئة النزاهة ومكافحة الفساد قد وضع إطاراً قانونياً يتصف مع برنامج حماية الشهود والمخبرين في قضايا الفساد، وقد تبين من خلال قانون أصول المحاكمات الجزائية، بأنه لم يتضمن أي مواد تخص حماية الشهود، واقتصر في الحماية فقط في قضايا الفساد وفقاً لنظام حماية المبلغين والشهود والمخبرين لسنة ٢٠١٤. ويرى الباحث أنه من الأجدى بالمشروع الأردني فرض حماية جزائية للشاهد في كل جريمة معاقب عليها مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

### المطلب الثالث: الوسائل المؤثرة في إرادة الشهود

تضاعف الاهتمام بالوسائل العلمية الحديثة المستخدمة في كشف الحقيقة بسبب ما قد تنطوي عليه هذه الوسائل من المساس بالحرية الشخصية، وذلك للوقوف على مدى مشروعية استخدامها في كشف الحقيقة، وتنقسم هذه الوسائل إلى وسائل تباشر قبل الشاهد وتؤثر في إرادته، ووسائل تباشر قبل الشاهد ولا تؤثر في إرادته.

#### أولاً: الوسائل العلمية المؤثرة وغير المؤثرة في إرادة الشهود

- الوسائل العلمية المؤثرة في إرادة الشهود: يقصد فيها الوسائل العلمية التي تستخدم وتقع على الشاهد، وأن لا يكون في مقدار الشاهد التحكم في إرادته في شأن ما يريد الشهادة به، أي أنها ترفع أو تضعف من الحاضر القائم بين العقل الواعي والعقل الباطن، حيث يتم التعرف على المعلومات التي يحتويها العقل<sup>(١)</sup>.

والهدف من هذه الوسائل هو معرفة كذب الشاهد أو صدقه، وكشف ما يحجبه في نفسه، سواء أكان ذلك متعمداً أم راجعاً إلى ضعف في ذاكرته وعدم استيعاب الماضي، أو بسبب إخفاء حقيقة دون ارتباطها في إرادة الشاهد، بمعنى التوصل إلى الحقائق التي يعلمها الشاهد دون أن يحكم في شعور ما يقرر<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر التنويم المغناطيسي أحد أهم الوسائل المؤثرة في إرادة الشاهد ويقصد به نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهر يمكن إحداثه صناعياً عن طريق الإيحاء بفكرة النوم أو افتعال حالة نوم غير طبيعية تتغير فيها

(١) السولية، أحمد، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٢) ربيع، عماد، مرجع سابق، ص ٤٤٩.

الحالة الجسمانية والنفسية للنائم ويتغير خلالها الأداء الفعلي والطبيعي<sup>(١)</sup>، وينتقل فيها النائم للإيحاء دون محاولة لإيجاد التبرير المنطقي له أو إخضاعه للكلام الذي يفترض حدوثه في حالة اليقظة العادية، فهو غير قادر على التحكم ، فالشاهد المَنوم مغناطيساً يكون على استعدادٍ لتقبل ما يوحى إليه، ويقوم بتنفيذ الأوامر المعطاة له بدقة وانتظام نتيجة انعكاسات معينة، فتكون إجابته صدى لما يوحى إليه.

- **الوسائل العلمية غير المؤثرة في إرادة الشاهد:** يقصد بالوسائل غير المؤثرة في إرادة الشهود وإنما تقتصر على تسجيل حركات تعبيرية إرادية التي تنتاب شهادة إثر توجيه أسئلة معينة، ومن أهم هذه الوسائل جهاز كشف كذب الذي يهدف إلى كشف الكذب من خلال رصد الانفعالات النفسية التي تعترى الإنسان إذا أثرت أعضاؤه أو نبهت حواسه لأي مؤثر كخوفٍ أو خجلٍ أو شعور في المسؤولية<sup>(٢)</sup>.  
وفكرة هذا الجهاز تقوم على أن جميع أعضاء جسم الإنسان تخضع في حركتها للجهاز العصبي الإرادي أو للجهاز العصبي الذاتي، وأن إرادة الشاهد تستطيع أن تحكم فيما هو خاضع للجهاز الأول، بينما لا يستطيع التحكم في انفعالاته .

أما الأعضاء الذاتية للحركة فلا يستطيع التأثير فيها وبالتالي يستطيع عن طريق الجهاز أن يقيس الانفعالات التي تطرأ على الشخص عندما يقوم بالكذب، فهو لا يستطيع إخفاء هذه الانفعالات بالرغم من كل المحاولات التي يبذلها<sup>(٣)</sup>.

ويتم تبرير استخدام هذا الجهاز للتحقق فيما إذا كان التعبير الصادر للشاهد هو حقاً لنتيجة موجودة في ذاكرته أم لا، ويقصد هنا رقابة الإرادة التي يصدر عنها التعبير.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في شأن استخدام هذا الجهاز في مرحلة التحقيقات الجنائية، فمنهم من يرى الموافقة على استخدام هذا الجهاز ومن ثم الإقرار بنتائجه<sup>(٤)</sup> بينما ذهب فريق آخر إلى رفض استخدام هذا الجهاز وعدم الإقرار بنتائجه<sup>(٥)</sup>، أما الفريق الثالث فيرى استخدام هذا الجهاز في مرحلة الاستدلالات فقط<sup>(٦)</sup>.

لذا يدعو الباحث المشرع الأردني إلى النص على عدم إجازة استخدام هذه الأجهزة للحصول على معلومات.

### ثانياً: وسائل الإعلام المؤثرة في إرادة الشهود

يتم التأثير على الشاهد بخطواتٍ وأساليبٍ متعددة، حيث تعتبر وسائل الإعلام من أهم مصادر المعلومات حين تقوم بتزويد المعلومات في مجالات شتى، وقد تكون هذه المعلومات صحيحةً وقد تكون باطلةً أو مشوهة، وقد تكون هذه المعلومات موجهةً وقد تكون محايدةً، وهذه القاعدة تمكن وسائل الإعلام من إحداث أنواع مختلفة من التأثير سواء أكان ذلك على المستوى البعيد أو القريب<sup>(٧)</sup>.

(١) مصطفى، محمود، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٢) المرصفاوي، حسن، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

(٣) السولية، أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٤) مرصفاوي، حسن، مرجع سابق ص ١٣٤.

(٥) سرور، أحمد، مرجع سابق ص ٣٢١.

(٦) حسني، محمود، مرجع سابق ص ٥٨٦.

(٧) المرصفاوي، حسن، مرجع سابق، ص ٣٢١.

والخطورة تكمن عند قيام وسائل الإعلام بتشكيل رأي معين بنشر معلومات موجهة من خلال برامج إعلامية متنوعة، تستخدم بشكل غير مباشر من حيث لا يعرف متلقي المعلومة، لكّنه في المدى البعيد يقع عليه التغيير المعرفي عبر عملية طويلة بحيث يتم إحلالها محل المعرفة القديمة.

كما تتيح وسائل الإعلام في التأثير على الشاهد الانحياز لبعض الآراء والتركيز عليها سواء أكان بطريق مباشر أم غير مباشر، والتركيز على إنجازها، وعدم التركيز على سلبياتها، وفي المقابل تشويه الآراء الأخرى وإشهار سلبياتها، وخلق المشاكل حولها.

وأولى مراحل تأثير وسائل الإعلام في الشهود، عندما تقوم وسائل الإعلام بصياغة تكوين معرفي جديد لدى الشاهد حول تلك القضية محل التأثير، أو على الأقل إحداث خلل في التكوين المعرفي القديم لدى الشاهد حول تلك القضية ويتم ذلك من خلال تزويد المتلقي بمعلومات مباشرة أو غير مباشرة تعمل على اجتثاث الأصول المعرفية القائمة وإحلال أصول معرفية جديدة له.

وتأثير وسائل الإعلام المختلفة في تفكير الشاهد وأسلوب تقديمه للأشياء من خلال ما تلقاه من معلومات يؤدي إلى تحول في قناعاته ومعتقداته.

ولوسائل الإعلام أيضا القدرة على تصوير القضايا والأحداث على خلاف الحقيقة والواقع، وتقديم تلك التصورات للشاهد على أساس أنها تمثل الصورة الحقيقية في قضية ما، والتركيز عليها وتقديمها على أساس أنها تمثل الصورة الحقيقية بكامل أجزائها، ومن خلال تعرض المتلقي لوسائل الإعلام تتكون لديه هذه الصورة الذهنية<sup>(١)</sup>.

فوسائل الإعلام لها تأثير كبير من خلال التوجيه، لاشتياق الناس لها بالأحداث فكلما زاد تأثير وسائل الإعلام على القضايا الناشئة زاد اهتمام الناس إلى الأخذ بها، فالإعلاميون سواء كانوا صحفيين أو مراسلين أو مذيعين، من أجل تصوير الشهود والاستماع إليهم من أجل الحصول على الشهرة يتم نشر صورهم في الصحف والمجلات والتلفاز، أضف إلى ذلك إلى أن الصحف ومحطات التلفاز قد تنشر خبراً صحيحاً يفيد اعتراف متهم، من الجرم الذي تم ارتكابه، مما يؤثر في الشهود الذين لم يقوموا بالإدلاء بشهادتهم، فيصبحون واثقين من ثبوت التهمة وأن الشهادة أصبحت غير مجدية مما يجعلهم في بعض الأحيان يجربون عن الإدلاء في شهادتهم<sup>(٢)</sup>.

ونجد بأن المشرع الأردني تناول حماية الشهود من وسائل الإعلام على استحياء وذلك بنص المادة (٢٢٤) من قانون العقوبات الأردني على أن: "كل من نشر أخباراً أو معلومات أو انتقادات من شأنها أن تؤثر على أي قاض أو شاهد أو تمنع أي شخص من الإفضاء بما لديه من المعلومات لأولي الأمر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز مائتي دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين". ونستخلص من النص السابق بأن غاية المشرع الأردني لحماية الشهادة، وليس لحماية شخص الشاهد، وأيضاً نصت المادة (١١) من قانون انتهاك حرمة المحاكم على أن: "كل من نشر أموراً من شأنها التأثير في الشهود الذين قد يطلبون لإدلاء الشهادة في تلك الدعوى أو في ذلك التحقيق أو أمور من شأنها منع شخص من الإفضاء بمعلومات لأولي الشأن أو التأثير في الرأي العام لمصلحة طرف في الدعوى أو التحقيق أو ضده يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين"، بينما بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية المصري نجد أنه لم ينص على

(١) مهدي، أحمد، (٢٠٠٥)، جرائم صحافة، ص ٣١.

(٢) المرصفاوي، حسن، مرجع سابق، ص ٣٢٠.



حماية الشاهد من تأثير وسائل الإعلام، لذا يدعو الباحث المشرع المصري إلى أن ينص عليه صراحة لما لدور الإعلام من آثار سلبية على حياة الشاهد وتعرضه للخطر .

## الخاتمة

### أولاً: النتائج

١. لم يرد في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني نص على حماية الشاهد والمبلغ من الإكراه.
٢. يستفيد الشاهد والمبلغ من أسباب الإباحة كون الشاهد يعاون القضاء في أداء رسالته.
٣. لم يفصح المشرع الأردني عن موقفه من الوسائل التي تؤثر في إرادة الشهود والمبلغين.
٤. بالرغم من انضمام المشرع الأردني وتصديقه للاتفاقيات الدولية التي تتعلق بحماية الشهود والمبلغين فإنه لم يواكب التطور الكبير الذي نصت عليه الاتفاقيات الدولية.

### ثانياً: التوصيات

- ١- يوصي الباحث المشرع الأردني بوضع نصٍ على حماية الشاهد والمبلغ من الإكراه في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني الذي ينص على حماية الشاهد من الإكراه.
- ٢- يوصي الباحث بالنص على اعتبار صفة الشاهد من الظروف المشددة للعقاب في الجرائم الجنائية كالقتل والضرب والقذف متى كان محلاً لها بسبب أداء الشهادة.
- ٣- لا بد على المشرع الأردني أن يورد نصوصاً تبين حماية الشاهد والمبلغين وأموالهم وأسرهم.


## قائمة المصادر والمراجع

## أولاً- الكتب:

- ابن منظور (١٩٩٤)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان.
- أمين، أحمد (١٩٧٥)، شرح قانون عقوبات الأهلي، دار الفكر العربي.
- البحر، محمود خليل (١٩٩٨). مبادئ قانون المحاكمات الجزائية الأردني، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن.
- بهنام، رمسيس، (٢٠٠٨) النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- حسني، محمود (١٩٨٨)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.
- خليل، أحمد، (١٩٨٤)، مشروعية الدليل في مواد جنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر.
- ربيع، عماد، (١٩٩٩)، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، دار الثقافة، عمان.
- السولية، أحمد، (٢٠٠٧)، الحماية الجزائية والأمنية للشاهد، دار الفكر العربي، القاهرة.
- عبدالله، سعد (٢٠٠٥). شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٣، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، العراق.
- العنزي، فرحان (٢٠٠٤). بعض العوامل الاجتماعية المؤثرة في التبليغ عن المطلوبين وتسليمهم للسلطات الأمنية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية.
- كباش، خيرى، (٢٠٠١)، حماية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الجامعتين.
- المجالي، نظام، (٢٠١٣)، شرح قانون العقوبات، دار الثقافة، عمان، الأردن.
- نجم، محمد صبحي (٢٠٠٦). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية، إصدار دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- نمور، محمد سعيد (٢٠١٩). أصول الإجراءات الجزائية: شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- هلسا، أديب (١٩٩٧). أسس التشريع والنظام القضائي في المملكة الأردنية الهاشمية، ط٢، عمان، الأردن.

## Contact us

Al-Zaytoonah University- Amman, Jordan

 [zujjis@zuj.edu.jo](mailto:zujjis@zuj.edu.jo)

 0096264291511

## Follow us on

<https://zjjs.zuj.edu.jo>

<https://twitter.com/zujjls>

<https://www.facebook.com/zujjls.zuj>



Scan QR codes