

مجلة جامعة الزيتونة الأردنية لدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

Print: 2708 - 793X Online 2708 - 7948

المجلد الرابع: الأصدار الأول

2023

Volume(4): Issue(1)

مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية

Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal Studies

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

المجلد الرابع: الاصدار الاول

Volume(4): Issue(1)

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (د/4816/2021)

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
أ.د. شحانة غريب محمد شلقامي
جامعة أسيوط/ مصر
د. منير محمد العفيشات
جامعة الزيتونة الاردنية
د. احمد محمد عبدالرحيم اللوزي
جامعة الشرق الاوسط/ الاردن
د. هشام حامد الكساسبة
جامعة الزيتونة الاردنية
د. عبد الله بن عبدالرحمن التركي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية/ السعودية
د. محمد فهمي الغزوي
جامعة الزيتونة الاردنية
د. ضحى نشأت الطالبياني
جامعة دجلة/ العراق
د. محمد حسين المجالي
جامعة الزيتونة الاردنية
د. جهاد محمد الكسواني
جامعة القدس/ فلسطين

التدقيق اللغوي والدعم الفني

د. علاء الدين زكي موسى
(اللغة العربية)
د. خزامي مفلح الرديني
(اللغة الانجليزية)
د. سكينه محمد القطاونه
محمد عبدالرزاق ابومحفوظ

سكرتاريا المجلة

ميساء حسن ابوداود

آذار 2023

تعليمات النشر

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

فهرس الابحاث

الترقيم	الباحث/الباحثون	عنوان البحث	الصفحات
1	صهيب أحمد عيد المناصير	مسؤولية الإدارة العامة عن إدارة مرافقها الإلكترونية Responsibility of Public Administration in Managing its Electronic Facilities	28-4
2	عثمان إبراهيم محمود بني طه جهاد محمد الجراح	نحو تنظيم قانوني لدعوى استرداد الضمانة وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني Towards a legal regulation of the collateral redemption lawsuit in accordance with the Jordanian Law of Security of Rights in Movable Funds	51-29
3	ياسين احمد القضاة	الآثار القانونية المترتبة على الحكم بضمان المال المغصوب في القانونين الأردني والإماراتي - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي Legal Consequences of the Sentence to Guarantee Usurped Property in the Jordanian and UAE Laws - A Comparative Study with the Provisions of Islamic Jurisprudence	74-52
4	سامر عماد الدين عبدالغني البيطار	رد الدعوى شكلاً لأسباب تتعلق في صحيفة الدعوى والرد عليها Restitution of the Claim for Reasons Related to the Initiatory Pleading and the Response Thereto	91-75
5	عبدالله خلدون عبدالله ابورواق	مدى ملاءمة أنظمة منظمة الصحة العالمية لمواجهة الأمراض السارية في القرن (21) Adequacy of WHO Systems in Addressing Communicable Diseases in the 21st Century	114-92
6	اسراء محمد بخيت الحناحنة	المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية عن استخدام الأسلحة غير التقليدية International and Civil Criminal Responsibility for the Use of Non-conventional Weapons	132-115
7	عمر عودة عايد الغبين	دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية Compensation Lawsuit for Arbitrary Divorce and its arrangement in the Jordanian Sharia Courts	155-133

175-156	التحري والاستدلال عن الجرائم عبر أنظمة الذكاء الاصطناعي Investigating and Inferring Crimes through Artificial Intelligence Systems	أشرف فتحي خليل الراعي	8
195-176	حجية الاعتراف أمام القاضي الجنائي في التشريع الجزائي الأردني The Authoritative Confession before the Criminal Judge in the Jordanian Penal Legislation	أحمد فايز موسى السواعير	9
216-196	القواعد القانونية لإنجاز عملية اندماج الشركات التجارية (دراسة مقارنة) Legal Rules for the Completion of Commercial Companies Merger (Comparative Study)	وليد عبد علي الشخانة	10
236-217	تأثير استخدام الذكاء الاصطناعي على شركات الأدوية The Impact of Using Artificial Intelligence in Pharmaceutical Companies	ليلى عنان أحمد برقاوي Laila Anan Ahmed Barqawi	11



مسؤولية الإدارة العامة عن إدارة مرافقها الإلكترونية

صهيب أحمد عيد المناصير *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.01](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.01)

تاريخ استلام البحث 2022/09/30.

تاريخ قبول البحث 2023/02/16.

* قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الزرقاء الخاصة، الاردن.

* للمراسلة: Smanaseer86@gmail.com

الملخص

تسعى الإدارات العامة إلى مواكبة ركب التطور التكنولوجي على صعيد استخدام وسائل الاتصال الحديثة وتوظيفها عند ممارستها لأعمالها خصوصاً في مجال إدارة مرافقها العامة إلكترونياً من خلال تطويع الإدارة لهذه الوسائل في خدمة الجمهور بـغية تحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات الجماعات والأفراد، إلا أن فكرة المرفق العام الإلكتروني ستواجه بعضاً من المثالب، أهمها تعرض الجمهور للضرر جراء إدارة الدولة لمرافقها العامة إلكترونياً، لذلك برزت الحاجة لوجود صمام أمان لجبر ضرر المتضررين المتعاملين مع الشكل المستحدث لذلك المرفق، ومن هنا أصبحت الحاجة ملحة لتبني فكرة المسؤولية الإدارية للدولة عن الأضرار التي تسببها في حال قيامها بإدارة مرافقها العامة من خلال وسائل الاتصال الحديثة، كنظام قانوني مستقل عن فكرة المسؤولية المدنية.

الكلمات الدالة: التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة، الإدارة العامة الإلكترونية، المرفق العام الإلكتروني، المسؤولية الإدارية.

Responsibility of Public Administration in Managing its Electronic Facilities

Suhaib Ahmed Eid Elmanaseer *

* Department of Public Law, Faculty of Law, Zarqa University, Jordan.

* Corresponding author: Smanaseer86@gmail.com

Received: 30/09/2022

Accepted: 16/02/2023

Abstract

Public administration seeks to keep abreast of the technological development in terms of using modern communication means, specifically, to electronically manage public facilities by adapting these means to serve the public in order to achieve public interest and to satisfy the needs of groups and individuals. However, various challenges on implementation of electronic public facilities will, most important of which is the public exposure to damage due to the e-services managed by the state. Therefore, the need for a safety valve to redress the aggrieved public dealing with the new form of that facility has emerged, and hence, the urgent need of the state to adopt administrative responsibility, as a separate law from civil liability, for the damage caused by managing public facilities through modern communication means.

Keywords: Technology and modern means of communication, Electronic public administration, Electronic public facility, Administrative responsibility.

المقدمة

يعيش العالم حالياً تطوراتٍ هائلة منتظمة ومضطردة في مجال التكنولوجيا بشكل عام، وفي مجال نظم الاتصالات بشكل خاص، أدى ذلك إلى تغير جذري في أسلوب ونمط الحياة المتبع، وقد تحول العالم في ظل هذه الثورة إلى كيان مصغر يدور في ظل شبكات إلكترونية معقدة، الأمر الذي نتج عنه تأثيرٌ كافٍ جوانب الحياة بذلك، وقد بدأت فكرة الإدارة العامة الإلكترونية تظهر إلى حيز الوجود شيئاً فشيئاً، وهو نتاجٌ طبيعي لنهج إداري عام جديد، يتم تطبيقه من خلال الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة، ومن هنا بادرت الإدارات العامة المختلفة إلى الاستفادة من التطور التكنولوجي و تسخير وسائل الاتصال الحديثة لخدمة المتعاملين معها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في بيان بعض المفاهيم المستحدثة التي ظهرت نتيجةً لتطبيق مفهوم الإدارة الإلكترونية واستخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة في ممارسة العمل الإداري وتسيير المرافق العامة أيضاً، التي أدت إلى تغيير أنماط وأسلوب إدارة المرافق العامة، حيث أدى تطبيق مفهوم الإدارة الإلكترونية إلى ظهور ما يسمى "بالمرافق العامة الإلكترونية"، كل ما سبق سيدفع الإدارة إلى إيجاد وسائل جديدة أو الكشف عن مفاهيم حديثة تعمل على تذليل العقبات التي ستواجه النمط الجديد في إدارة مرافق الدولة، على نحو يضمن إقبال الجمهور على طلب الخدمات العامة في ظل المرفق العام الإلكتروني.

أهداف البحث:

قد تُثير مسألة التعامل مع الإدارة الإلكترونية حفيظة ومخاوف المتعاملين معها في ظل إمكانية تعطل النظام الإلكتروني وتوقفه عن تقديم الخدمات العامة لأسباب تقنية أو أي أسباب أخرى، إذ يهدف هذا البحث إلى بيان مدى مسؤولية الإدارة العامة عن أعمال مرافقها العامة التي تُدار بالطرق الإلكترونية.

إشكالية البحث:

تتجسد إشكالية هذا البحث في مسألة تحديد أساس قيام مسؤولية الإدارة العامة عن إدارة مرافقها العامة الإلكترونية ومدى انطباق أحكام المسؤولية الإدارية في مواجهة ما ينتج عن إدارة المرافق العامة الإلكترونية من أخطاء أو أضرار لجمهور المتعاملين مع الإدارة العامة، وتثير هذه الإشكالية عدة تساؤلات تتمثل بما يلي:

1. ما هو مفهوم مسؤولية الإدارة العامة عن الأضرار الناشئة عن إدارة مرافقها العامة بشكل عام، تلك التي تنشأ عن إدارة المرافق العامة الإلكترونية بشكل خاص؟
2. ما هو التأصيل القانوني لقيام هذه المسؤولية عن هكذا أضرار؟
3. هل هنالك نصوص خاصة تحكم قيام تلك المسؤولية، وهل تكفي النصوص القانونية التقليدية في وضع إطار قانوني لمسؤولية الإدارة العامة جراء إدارة مرافقها العامة الإلكترونية؟
4. هل تكون الإدارة العامة مسؤولة في جميع الأحوال عن أي ضرر قد يلحق بالمتعاملين معها جراء إدارة المرافق العامة الإلكترونية، أم هنالك حالات تعفى الإدارة العامة من تلك المسؤولية؟

منهجية البحث:

سنستخدم في دراستنا هذه منهجاً قانونياً يتراوح ما بين المنهج التأصيلي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن من فالمنهج التأصيلي يكون من خلال رد الفروع والجزئيات المتعلقة بالدراسة إلى أصولها في القواعد العامة المعروفة

في مجال المسؤولية الإدارية، أما المنهج التحليلي فيكون من خلال أعمال تحليل الاجتهادات الفقهية ذات العلاقة بموضوع البحث، أما المنهج المقارن فمن خلال بيان نهج التشريعات المقارنة في تأصيل موضع الدراسة ما أمكن ووفقاً لما توصلت إليه تلك التشريعات المقارنة كلما ذلك ممكن.
خطة البحث:

أصبحت الحاجة ملحةً لوضع نظام قانوني يُنظم أحكام المسؤولية الإدارية للدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، لذا سنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين وعلى النحو الآتي:-
المطلب الأول: ماهية الإدارة العامة الإلكترونية.
المطلب الثاني: النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن إدارة مرافقها إلكترونياً.

المطلب الأول

ماهية الإدارة العامة الإلكترونية ومعوقات وطموحات تطبيقها

تقوم فكرة الإدارة الإلكترونية على تحقيق المصلحة العامة من خلال ما تتخذه الدولة من إجراءات وتدابير من شأنها أن تسهم في الحفاظ على سير المرافق العامة⁽¹⁾، ولما كانت وسائل الاتصال الحديثة قد داهمت منظومة الحياة الاجتماعية ولم يكن النمط الذي يعيشه الأفراد في سبيل الاجتماعات أو اللقاءات بمنأى عن التأثر بتكنولوجيا المعلومات إذ أصبح الفضاء الإلكتروني هو بديل الالتقاء المادي للأفراد والجماعات⁽²⁾، الأمر الذي سيؤدي إلى البحث عن تشريعات خاصة تحكم عملية تسيير المرافق العامة في ظل اختلاف جميع المفاهيم المتعلقة بالجوانب الاجتماعية خصوصاً ما يتعلق بتنظيم لقاء واجتماعات الأفراد في عالم افتراضي رقمي، انطلاقاً من نتجية مفادها أن أعمال المرفق العام الإلكترونية لن تكون مشروعة إلا إذا اندرجت تحت مظلة مبدأ المشروعية أي أن تتم على أساس قانوني وإلا فقدت مشروعيتها وأصبحت أعماله منعدمة أو باطلة⁽³⁾، فالإدارة العامة الإلكترونية هي منظومة تقنية متكاملة تهدف إلى تحويل العمل الإداري العادي من إدارة يدوية إلى إدارة باستخدام الحاسب وذلك بالاعتماد على نظم معلوماتية قوية تساعد صناع القرار الإداري في اتخاذه بأسرع وقت وبأقل التكاليف، إذ تهدف أيضاً إلى تعزيز الشفافية والمساءلة الإدارية، مما يؤدي إلى تحسين ورفع كفاءة عمل الإدارة الإلكترونية، الأمر الذي سينعكس إيجابياً على نتائج مخرجات المرفق العام.

(1) أ.د. محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018، ص 139.

(2) د. محمد سليمان شبير، الإطار القانوني لسلطة الضبط الإداري الإلكتروني في فلسطين "دراسة تحليلية"، بحث منشور، مجلة جامعة الأزهر - غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد رقم 17، العدد 2 ب، 2015، ص 309.

(3) أ.د. أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على تصرفات الإدارة القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 23.

الفرع الأول: مفهوم الإدارة الإلكترونية والعقود اللازمة لتطبيقها

في ظل ما بيناه فإن الإدارة الإلكترونية هي نتاج حتمي لتطور المفاهيم المتعلقة بمظاهر النشاط الإداري المتعلق بالحفاظ على سير المرافق العامة، الأمر الذي يتطلب من الإدارة ترقية التشريعات القانونية القديمة بما يتناسب مع مفهوم الإدارة الإلكترونية الحديثة، وبالتالي استحداث قواعد قانونية جديدة تتناسب مع متطلبات التحول الإلكتروني في سبيل ضمان سير المرفق العام، وسنخصص هذا الفرع لبيان مفهوم الإدارة الإلكترونية و العقود اللازمة لتطبيق مفهوم الإدارة الإلكترونية، على النحو الآتي:-

أولاً: مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية:

تعددت وجهات النظر المتعلقة بتعريف الإدارة الإلكترونية، ويُعزى ذلك الاختلاف إلى عصرية المصطلح وصعوبة استيعاب المعنى الحقيقي للمصطلح، علاوةً على القصور الواضح في التشريعات النازمة للمعاملات الإلكترونية، ومن الملاحظ أنَّ الدافع من وراء التحول نحو تطبيق مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية، هو معاناة متلقي الخدمة العامة من المواطنين، التي تتجسد أحياناً في أن يكون المواطن أو متلقي الخدمة مجبوراً على الوقوف ساعات طويلة في صفوف الدور الطويلة، إذ إن الإدارة العامة تُعتبر جامعاً للمعلومات ومصدراً لها في نفس الوقت، ومقدمة للخدمات التي يحتاجها جمهور المتعاملين معها، فيمكنها تحقيق التحول الإلكتروني من خلال تطبيق البرامج بواسطة استخدام تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصالات الحديثة⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أنَّ التطور التكنولوجي في قطاع المعلومات والاتصالات جعل من مؤسسات الدولة تسلك نهج الحداثة في أسلوبها عند قيامها بإدارة مرافقها، وذلك من خلال استغلال الثورة المعلوماتية في مجال الاتصالات، بالتزامن مع شيوع استخدام شبكة الإنترنت في العالم، الأمر الذي حدا بتلك المؤسسات إلى توظيف الوسائل التكنولوجية الحديثة في إنجاز معاملاتها الداخلية والخارجية، وبالنتيجة ظهور مصطلح الحكومة الإلكترونية، وهنا تجدر الإشارة إلى ضرورة توفير البنية التحتية المناسبة والملائمة لتمكين المواطن أو متلقي الخدمة من الحصول على المعلومات بأسرع وقتٍ ممكن، وبكفاءةٍ وشفافية⁽²⁾.

وهنا تجدر الإشارة إلى وجود ألفاظ شائعة الاستخدام للحكومة الإلكترونية، مثل الأعمال الإلكترونية، والإدارة الإلكترونية، والحكومة الرقمية وغيرها من الألفاظ ذات الصلة، ومصطلح الحكومة الإلكترونية (E-Government) يمثل شكلاً من أشكال الأعمال الإلكترونية، فالإدارة الإلكترونية هي استخدام الإنترنت لإرسال معلومات، أو تقديم خدمات حكومية لمتلقيها من المواطنين أو الهيئات الخاصة، أو استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتحسين أسلوب أداء الخدمات الحكومية. وتُعتبر الإدارة الإلكترونية أسلوباً جديداً تسلكه الحكومة يتركز على التغيير في أسلوب أداء الخدمة وتقديمها بشكلٍ إلكتروني، إذ يُمكن من خلاله تقديم الخدمة للمواطن بطريقة سهلة عبر شبكة

(1) أ.د. محمد محمد الهادلي، الحكومة الإلكترونية كوسيلة لبحث الإصلاح الإداري، بحث منشور، في دورية Cybarians Journal، متاح عبر شبكة الإنترنت على الرابط الإلكتروني الآتي :- (<http://www.jornal.cybarians.com>)

(2) مريم خالص حسين، الحكومة الإلكترونية، بحث منشور، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013م، ص443.

الإنترنت، مما يوفر الكثير من الجهد والمال، فتنخفض بذلك تكلفة أداء الخدمة⁽¹⁾. وقد ذهب بعض الفقه المختص إلى وضع مفهوم للإدارة الإلكترونية بأنها: "أسلوب جديد للاستفادة من تقنيات المعلومات والاتصالات، من أجل تحقيق الفعالية والكفاءة عند الجهات الحكومية، وتتميز بقدرتها على خفض التكاليف (على المدى الطويل)، والمساهمة في تسهيل الخدمات الحكومية المقدمة للمستفيدين، وتوفير بيئة مناسبة لتطوير وسائل تقديم الخدمات الحالية، وتقديم خدمات جديدة لم تكن ممكنة من قبل. وبعض الاتجاهات ذهبت إلى أن الإدارة الإلكترونية هي: "أسلوب جديد ومتطور لإدارة المرافق العامة في الدولة؛ بهدف رفع مستوى أداء الإدارات الحكومية"⁽²⁾. البعض الآخر ذهب إلى القول بأنها: "إطار عام، ومنظومة تقنية متكاملة تختلف عن الممارسات التقليدية لإدارة الموارد الحياتية في الدول، من بشرية واجتماعية واقتصادية وإنتاجية، للتطوير الداخلي لها، وتهدف إلى تقديم خدمات أفضل من تلك التي تقدمها الإدارة التقليدية"⁽³⁾. نستخلص مما سبق، أن الباحثين في مجال الإدارة الإلكترونية، لم يتجاوزوا المفهوم الضيق الذي جعله عرضةً للانتقاد، إذ إن التحول الإلكتروني في أعمال الإدارة لم يأت لنبقى في إطار ضيق من حيث المفهوم، فهو جاء نتاج الانتشار والتوسع في أعمال الإدارة، وفي تعدد الأساليب المتخذة في ممارسة الإدارة لنشاطاتها، فمن باب أولى أن تُعرّف الإدارة الإلكترونية بمفهومها الواسع، إذ يمكننا القول بأن الإدارة الإلكترونية هي: "استخدام وسائل التكنولوجيا المعلوماتية ووسائل الاتصال الحديثة لتحسين أداء الحكومة على نحو يكفل التغيير في أسلوب الإدارة من خلال إدراج أسلوب جديد يتميز بالمرونة، بعيداً عن الروتين والتعقيد، معتمداً على استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ومن ثمّ تقديمها لمتلقي الخدمة بطريقة سهلة وآمنة، مما يوفر الجهد والوقت والمال".

وينبني هذا التعريف على ثلاثة عناصر رئيسية هي:-

أولاً: الخدمات الإلكترونية والوسائل الحديثة المستخدمة فيها.

ثانياً: الإدارة الإلكترونية.

ثالثاً: التجارة الإلكترونية.

ثانياً: العقود اللازمة لإدارة المرافق العامة إلكترونيًا:

يتوجب تطبيق مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية دخول الإدارة في مجال تعاقدات عامة خدماتية تقنية معينة تتصرف جميعها إلى أمور تتعلق بتكوين البنية التحتية للمرفق العام الإلكتروني⁽⁴⁾، من خلال توفير البيئة التقنية

(1) د.علي لطفي، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق العملي، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس، الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية، المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة الواقعة ما بين 9-12 ديسمبر 2007، ص14.

(2) د. محمد حسين الفيلبي، الدعوة لتطبيق الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، أكاديمية شرطة دبي، 2003، ص2.

(3) هذا التعريف مشار إليه لدى د.هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لتعاقدات الإدارة إلكترونيًا، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2014، ص14.

(4) يُقصد بمفهوم المرفق العام الإلكتروني: "ما تنشئه السلطة العامة من مشاريع تحت إدارة شخص عام أو من تفوضه وتحت إشرافها وتوجيهها، ولاضير بأن يكون شخص خاص شريطة إدارته بأحد الأساليب المتبعة في إدارة المرفق العام كأسلوب الامتياز أو غيرها من الأساليب ابتغاء المصلحة العامة في سبيل تحقيق وإشباع رغبات وحاجة الأفراد، على أن يتم إدارة هذه المشروعات باستخدام وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة". للمزيد عن ماهية المرفق العام الإلكتروني وأثر وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة على المبادئ الحاكمة لسيره يُراجع: د. صهيب المناصير وآخرون، بحثهم

والبرمجية التي ستشكل القاعدة التي ستطلق منها الإدارة في إدارة مرافقها العامة عن بعد، ويتم ذلك عن طريق ما يسمى بعقود الخدمات الإلكترونية التي تُعنى بتوفير الخدمات الإلكترونية والدعم اللوجستي أي الخدمات المقدمة ما بعد تشغيل المواقع والمنصات الإلكترونية في سبيل إدامة عمل تلك المواقع والمنصات والحيلولة دون وقوع أي مشاكل تقنية من شأنها أن تعطل أعمالها، وتجدر الإشارة هنا إلى أن مفهوم مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد قد ناله التغيير كأثرٍ جراء تطبيق الإدارة الإلكترونية، فيمكننا أن نقول إن ماهية ذلك المبدأ في ظل الإدارة الإلكترونية هو: " ما تبذله الإدارة من جهد تقني معلوماتي أمني في سبيل الحفاظ على ديمومة عمل منصات ومواقعها الإلكترونية التي تقدم الخدمات العامة للأفراد أو الأشخاص المعنويين"،. وستتناول هذه العقود وهي كالآتي:

1. **عقد دخول شبكة الإنترنت** : من أهم العقود المطلوبة لتطبيق الإدارة الإلكترونية على المرافق العامة عقد دخول شبكة الإنترنت، فمن خلاله يتم الدخول والولوج إلى المنظومة التي تعمل على توفير خدمات إلكترونية مدعومة تقنياً من خلال وكيل إلكتروني⁽¹⁾، إذ يتم من خلاله تنفيذ خدمات المرفق العام إلكترونياً وتوفير النطاق الافتراضي بين المرفق ومتلقي الخدمة، وهو عقد من عقود الخدمات يلتزم فيه الوكيل بتصميم موقع الإدارة الإلكترونية ويتم التقيد بالموصفات والشروط التي تطلبها الإدارة من الوكيل بموجب وثائق العقد المبرم لتلك الغاية ما بينه وبين الإدارة، ويعتبر هذا العقد عقداً من عقود المقاوله، وموضوعه هو أداء عمل يتعلق بتقديم الخدمات المعلوماتية والتقنية والدعم اللوجستي للمرفق العام⁽²⁾، ويتيح الموقع الإلكتروني بمجرد الدخول عليه من قبل طالب الخدمة العامة أو حتى الإدارة فضاءً إلكترونياً محدداً عليها، يستطيع صاحب الصلاحيات ممارسة نشاطه عبره من خلال رموز وكلمات مخصصة للدخول على المنصة الإلكترونية المخصصة للمرفق العام.

2. **عقد التسهيلات الإدارية**: تُعتبر التسهيلات الإدارية بمنزلة الدعم اللوجستي لمرحلة ما بعد إبرام عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت أو تصميم المنصة الإلكترونية الخاصة بالمرفق العام، ويُعتبر عقد التسهيلات الإدارية ذا أهمية في الحفاظ على أداء المرفق العام الإلكتروني، ويقصد بهذا العقد اتفاق يبرم بين شخصين بمقتضاه يقوم الطرف المتخصص في مجال المعلومات بتولي إدارة نظم ومعدات المعلومات القائمة لدى الطرف الآخر⁽³⁾، ويمكننا القول بأن عقد التسهيلات الإدارية هو: " اتفاق ما بين الإدارة العامة مع طرف آخر متخصص في مجال

بعنوان: " أثر الجريمة الإلكترونية على سير المرافق العامة الإلكترونية في التشريع الأردني"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، المجلد 21، العدد الثاني، 2021، ص 356-366.

⁽¹⁾ يعرف الوسيط أو الوكيل الإلكتروني بأنه: "برنامج الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء يقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي"، وهذا ما عرفته المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015 وما ورد أيضاً في المادة 2 من تشريع إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية الذي عرّف أيضاً الوسيط الإلكتروني المؤقت بأنه: "برنامج أو نظام إلكتروني كحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب التصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً دون إشراف شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له".

⁽²⁾ د. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 76.

⁽³⁾ د. إلياس ناصيف، العقود الدولية "العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، المجلد الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 52.

نظم المعلومات الإلكترونية على أن يقوم بتولي إدارة نظم ومعدات المعلومات القائمة والمملوكة للإدارة المتمثلة بالمواقع والمنصات الإلكترونية التي تُستخدم في مجال تقديم الخدمات العامة".

3. **عقد الإيجار المعلوماتي** : تتجسد ماهية عقد الإيجار المعلوماتي في تقديم الخدمات فبمقتضاه يضع المورد خدماته الإلكترونية تحت تصرف المنتفع سواء أكانت جهة الإدارة أم المتعامل معها المستفيد من خدماتها، فلا يختلف مفهوم عقد الإيجار المعلوماتي عن مفهوم عقد الإيجار التقليدي فكلاهما يتفق مع بعضه من حيث القوام القانوني، إذ إن تقديم المنفعة مقابل أجر يشكل نقطة الالتقاء فيما بين العقدين⁽¹⁾، لكن ما يميز هذا العقد بأن محله هو تقديم الإمكانيات والأجهزة التقنية عبر شبكة الإنترنت، ويلتزم أيضاً المورد فيه بتزويد متلقي الخدمة بالوسائل التقنية التي تتيح الحصول على المعلومات التي يحتاجونها، و يلتزم المورد من خلال هذا العقد النصح والمشورة وتقديم الإعداد الفني والتدريب لهم⁽²⁾.

4. **عقد بث مضمون معين على شبكة الإنترنت** : وهي يعني أن شخصا أو جهة معينة ترغب في بث مضمون معين يتمثل في معلومات معينة تكون متاحة لكل الراغبين في الاطلاع عليها دون حاجة للتعاقد مع مورد هذه المعلومات والمورد ممكن أن يكون شخصاً محترفاً صاحب مهنة أو شخصاً عادياً يرغب في نشر أفكار معينة من اختراعه أو خاصة به أو نقلها عن الغير⁽³⁾. ويمكننا من السابق الوصول إلى خصائص مشتركة لعقود الخدمات المعلوماتية وعلى النحو الآتي⁽⁴⁾:

- 1- عقود الخدمات المعلوماتية هي عقود ملزمة للجانبين.
- 2- عقود الخدمات المعلوماتية هي عقود رضائية.
- 3- عقود الخدمات المعلوماتية هي عقود معاوضة.
- 4- عقود الخدمات المعلوماتية هي عقود زمانية.
- 5- عقود الخدمات المعلوماتية هي عقود إذعان.
- 6- عقود الخدمات المعلوماتية هي عقود إلكترونية

الفرع الثاني: الإدارة الإلكترونية المعوقات والطموحات.

قبل الحديث عن المعوقات التي تواجه تطبيق الإدارة الإلكترونية لتسيير المرفق العام، لا بُدَّ من الإشارة إلى أن تنفيذ الحكومة الإلكترونية يمرُّ بمراحل رئيسة، هي:-

- توفير البنية التحتية التي تكفل ضمان سرّية إنجاز المعاملات، لتوفير الأمان على التعاملات التي يكون متلقي الخدمة طرفاً فيها، وذلك يتطلب وجود شبكة اتصالات حديثة، تمتاز بسرعة نقل المعلومات مع المحافظة على سلامة المعلومات وسريتها.

(1) انظر في نفس هذا المعنى: د. إيمان مأمون أحمد سليمان :إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005-2006، ص 76.

(2) د. عبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص78.

(3) خالدة خالد الحمصي، عقد الخدمة المعلوماتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2015، ص5 وما بعدها.

(4) للمزيد حول خصائص عقود الخدمات المعلوماتية انظر: خالدة خالد الحمصي، مرجع سابق، ص 30-42.

- اعتماد تقنية المعلومات والاتصالات، وتوظيفها أداة رئيسية في يد الإدارة لإنجاز مهام الجهاز الإداري ووظائفه، وميكنة جميع الأنشطة الإدارية، مع الحرص على تحديثها باستمرار، مما سيترتب عليه تقليل التعامل بالنماذج اليدوية، والتعامل بالنماذج الإلكترونية⁽¹⁾.
 - تفعيل الشراكة ما بين القطاع العام والقطاع الخاص، لما للقطاع الخاص من دور رئيسي في إخراج فكرة التحول الإلكتروني للحكومات على حيز الوجود، وإسهامه في تفعيل ودعم التطبيقات التي تستخدمها الحكومات على الصعيد الإلكتروني.
 - إيجاد مركز اتصال معلومات وطني موحد يتجسد دوره في تسهيل الحصول على الخدمة، علاوةً على تأهيل وتدريب موظفي القطاع العام الذين يُعدون المُحرِّك الأساسي للإدارة في ممارسة أعمالها على نحوٍ يكفل معرفتهم وقدرتهم في التعامل مع تقنيات الاتصال الحديثة.
- ومن هنا يرى الباحث توجّه أغلب الإدارات إلى إدخال نظام (الأتمتة) على أعمال الإدارة وأقسامها، كمتطلبٍ ضروريٍّ للتحول الإلكتروني في أسلوب إدارة الدولة لمرافقها⁽²⁾.

أولاً: المعوقات التي تواجه تطبيق الإدارة الإلكترونية

من الثابت من الناحية العملية أن يواجه الإنسان معوقات في أي مجهود يبذله في سبيل تغيير نمط حياته، ولكي يصل الإنسان إلى مراده، يجب عليه أن يتجاوز تلك العقبات من خلال بذل الجهود التي تضمن تجاوزها، والتي ترمي بنفسها أمام طريق التطور والتغيير نحو الأفضل، والتي تُعتبر المقياس لمستوى نجاح أو فشل أي تجربة، ومن هنا سيظهر في وجه تطبيق الإدارة الإلكترونية عدة أنواع من المعوقات، يمكن إجمالها على النحو الآتي:

1. التحديات الإدارية:

تتركز هذه التحديات على عدم وجود خطط استراتيجية تتواءم مع حاجات الإدارة المتنوعة، بالإضافة إلى عدم وجود توازن بين تلك السياسات، حيث يُعزى هذا النقص والقصور إلى تعدد الإدارات الحكومية وكثرتها، وعدم وجود خطة سياسة شاملة متكاملة، يتخللها غياب التنسيق الحكومي في هذا المجال، الأمر الذي يتطلب إعادة تقييم وهيكلية للعملية الإدارية التي تمارسها سائر إدارات الدولة، ومن وجهة نظرنا أنه يمكن التغلب على التحديات الإدارية من خلال إيجاد مركز اتصال وطني موحد يرسم سياسات الإدارة الإلكترونية، يضع دليلاً استرشادياً إلكترونياً لكافة الإدارات العاملة، في سبيل توحيد الإجراءات الإلكترونية للوصول إلى الخدمات العامة بسهولة ويسر.

2. التحديات التقنية:

إنّ من الركائز الأساسية لتطبيق الإدارة الإلكترونية هو توفير البنية التحتية المناسبة والملائمة، إذ يُعتبر الحاجز المتعلق في توفير تلك البنية من المعوقات التي تواجه تطبيق نظام الحكومة الإلكترونية، وخاصة في الدول التي لا تملك صناعات تقنية، أو عند الدول النامية التي تنصرف اهتماماتها إلى توفير الاحتياجات الأساسية مثل الكهرباء، والماء، والصحة وغيرها، حيث تواجه هذه الدول تحديّ قلة الموارد المالية أو الاستثمارات التي من شأنها

(1) د. هشام عبد السيد صافي محمد، مرجع سابق، ص 16.

(2) الأتمتة: يقصد بها الاستفادة من الحاسب الآلي في إنجاز المهام التي كانت تنجز بشكل يدوي بواسطة البشر، سواءً كانت تلك الأعمال معقدة أم بسيطة، للمزيد، انظر: مدونة التجارة الإلكترونية، شبكة الإنترنت، 2012.

إيجاد التقنية المعلوماتية، بالإضافة إلى الافتقار للخبرات اللازمة في التقنيات الحديثة⁽¹⁾، لذلك يجب بذل الجهد في تضييق الفجوة الرقمية بين الدول المتقدمة والدول النامية عبر وسائل عديدة، ومن خلال وضع برامج إصلاحية كبرامج الأمم المتحدة والبنك الدولي في هذا المجال؛ لإيجاد بنية تحتية مناسبة وملائمة تسد احتياجات تلك الدول ومتطلباتها، وهذا يساعدها في تطبيقها برنامج الإدارة الإلكترونية⁽²⁾.

3. تحديات الأمن المعلوماتي:

من الجدير بالذكر وجود ترابط ما بين التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال وفي أمن المعلومات، فهما وجهان لعملة واحدة، حيث دفعت الثورة التكنولوجية والتطورات الهائلة في مجال الاتصالات والمعلومات، إلى حيز الوجود العديد من المتغيرات على صعيد أمن المعلومات، الأمر الذي جعل منها أداة ضاغطة تؤرق عقول صناع القرار والمسؤولين في إدارات الدولة، حرصاً منهم على توفير الأمن المعلوماتي لخلق نوع من الطمأنينة في نفوس المتعاملين، أو متلقي الخدمة من قبل الإدارة بما يُعزز الثقة ما بين الأطراف المتلقيين لها من جهة، والإدارة من جهة أخرى، فأمن المعلومات هو: "تلك الرؤى التي تصمم وتنفذ على مستويات مختلفة، وذلك من خلال اتباع السياسات والإجراءات الفاعلة لتحقيق عناصر الحماية، التي تضمن للمعلومات السرية أو الموثوقة"⁽³⁾.

4. تحديات الجمهور الإلكتروني.

يُفصّدُ بهذه التحديات إمكانية إيجاد جمهور يتحلّى بالوعي المعرفي في تقنيات المعلومات وسبل استخدامه، وينبع هذا التحدي عند تطبيق الحكومة الإلكترونية من حداثة هذه التقنيات بالنسبة لكثير من الدول التي تُصنّف في إطار الدول النامية، التي تعاني من الأمية الرقمية، إذ يُعزى ذلك لسبب تأخر هذه الدول في استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، ممّا خلق هوة وفجوة رقمية بين تلك الدول وبين الدول المتقدمة، فالوعي المعلوماتي يعتمد وبشكل أساسي على البيئة المعرفية للمتلقي، فهي عبارة عن تلك المهارات التي من خلالها يتمّ حلّ المشكلات المعلوماتية المتمثلة في الاستفسارات، أو طلب معلومات أو بيانات حول موضوع ما⁽⁴⁾، ومن هنا نخلص إلى أنّ جميع هذه التحديات تدور في فلك واحد؛ لما لها من ارتباط وثيق فيما بينها، الأمر الذي يتطلب تحرك الإدارة بشكل متناسق ومنظّم لمعالجة هذه التحديات بشكل جذري متسلسل، من خلال نظرة علاجية شاملة. ثانياً: الإدارة الإلكترونية (الطموحات)

(1) فارس النفيعي، التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيق الحكومة الإلكترونية، مقال منشور، المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، قسم علوم الإدارة، متاح عبر الرابط الإلكتروني الآتي:-

(<http://www.hrdiscussion.com>)

(2) أ.د. عصام بن يحيى الفيلاي، الحكومة الإلكترونية، نحو مجتمع المعرفة، سلسلة يصدرها معهد البحوث والدراسات، جامعة الملك عبد العزيز، الإصدار التاسع، ص 5.

(3) جمال محمد غيطاس، الأمن المعلوماتي والجرائم الإلكترونية، مقال منشور عبر شبكة الإنترنت، مركز الجزيرة للدراسات، 2012، متاح عبر الرابط الإلكتروني الآتي:

(<http://www.studies.Aljazeera.net>)

يُنظر بهذا الصدد أيضاً: قانون الأمن السيبراني الأردني رقم 16 لسنة 2019، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5595 بتاريخ 16/09/2019 على الصفحة 5143.

(4) مروة السيد حسن عماش، الوعي المعلوماتي لدى طلاب الدراسات العليا، رسالة دكتوراة، دراسة ميدانية على طلاب كلية الفنون، جامعة حلوان، 2016، ص 1.

إنَّ التطلّعات والآفاق التي تطمح الإدارة لتحقيقها تكمن في الفوائد المرجوة من تطبيق الإدارة الإلكترونية في جميع نشاطاتها، فقد واكب هذا التطوّر التغير الذي طرأ على دور الدولة وتحوّله من المفهوم التقليدي إلى المفهوم الحديث الذي يتعلّق بدور الدولة ووظيفتها، فقد أصبحت الحكومات تتسابق على الصعيد الاقتصادي، وتقدّم التسهيلات لجلب الاستثمارات والمشاريع التجارية الكبرى من أجل تخفيف حدة وتيرة التكاليف والمسؤوليات المرمية على عاتقها، وهذا يتطلّب أفضل مستوى من الخدمات، ومن المعروف أنّه كلما ازداد توجه الدول نحو استخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة، زاد تطلّع المواطنين ومتلقي الخدمة، وازدادت آمالهم نحو تحقيق الأفضل في تقديم الخدمات بطريقة مريحة أكثر.

وبناءً على ما تقدّم يُمكننا القول بأنّ التطلّعات جراء تطبيق الإدارة الإلكترونية يكمن في فوائدها وأهدافها، التي يمكن تلخيصها فيما يلي:-

- 1- إحداث تغيير في نمط الإجراءات الإدارية المتبعة، مثل توفير خدمات بصورة أسرع، وبكلفة أقل، من خلال استخدام وسائل الاتصال و التكنولوجيا الحديثة⁽¹⁾.
- 2- زيادة الوقت المتاح لتأدية الخدمة يسمح في الحصول على الخدمة في أيّ وقت طوال اليوم، دون التقيد بساعات العمل المحددة، وذلك يعود للخصائص التي تتمتع بها وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة، حيث يستطيع متلقي الخدمة الولوج إلى الشبكة المعلوماتية، أو استخدام الرسائل الإلكترونية مثل الفاكس أو التلكس في أيّ وقت، دون تقيده بأوقات العمل الرسمي، وأيضاً يتلقّى الخدمة بكلّ يسر وسهولة، مع إمكانية توفير خدمة الدفع الإلكتروني⁽²⁾.
- 3- وضع خارطة للطريق التي يجب أن يسلكها متلقي الخدمة قبل الذهاب للإدارة من خلال معرفة الوثائق المطلوبة، والرسوم المقرّرة، والوقت المطلوب لإنجاز المعاملة أو الخدمة.
- 4- ولادة أسلوب جديد في إدارة مرافق الدولة، وتقديم الخدمات لمتلقيها، تُرضي متلقي الخدمة وتُلبي حاجاتهم، وتقدّم لهم الكثير بطريقة مبتكرة أقلّ تعقيداً، ممّا يبرز الرضى عندهم، الأمر الذي ينتج عنه تعزيز الشعور بالثقة بإدارات الدولة.

(1) حماد مختار، تأثير الإدارة الإلكترونية على إدارة المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية السياسة والإعلام، جامعة الجزائر، 2007، ص16.

(2) د.علي لطفي، مرجع سابق، ص4.

المطلب الثاني

النظام القانوني لمسؤولية الإدارة العامة عن إدارة مرافقها إلكترونياً

مما لا شك فيه أن مصطلح المسؤولية المدنية يجد مجاله غالباً في فضاء القانون المدني، إذ يظهر جلياً في مجال العقود الخاصة بشكل عام وهو ما يسمى بالمسؤولية العقدية، أو في مجال التعويض عن الضرر وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، وقد أثار ظهور وتطبيق أسلوب الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة العديد من تحفظات متلقي الخدمة، فذلك الشكل المستحدث للمرفق العام لم يعتد عليه الجمهور فهو نتاج ثورة المعلومات والاتصالات، وعلى سبيل التناقض الجلي فإن جميع فئات متلقي الخدمات العمومية يلجأون إلى استخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة في تسيير أمور حياتهم الشخصية والعملية، إذ من غير المتصور في وقتنا الحالي إدارة أي نشاط أو عمل بمعزل عن توظيف تلك التكنولوجيا والوسائل، ويكمن التناقض في الطمأنينة والثقة التي يمنحها الجمهور لتلك الوسائل في سبيل إدارة أمورهم وأعمالهم الشخصية بينما تثار المخاوف والشعور بالقلق في حال إعلان الإدارة عن اقتصار تقديم خدماتها من خلال استخدام النمط الإلكتروني في إدارة نشاطاتها، وتتجسد تلك المخاوف في عدم مقدرة المرفق العام الإلكتروني على تلبية وإشباع رغبات متلقي الخدمة، ويعزى ذلك إلى انخفاض مستوى الثقة في العالم الافتراضي، وسهولة اختراقه، أو إمكانية تعرضه لهجمات إلكترونية، أو نقطاع للخدمة سببه تقني، أو بطء في أداء الخدمة، التي ستؤدي جميعها إلى التأثير على مستوى الخدمة العمومية، والمسؤولية عامة يختلف مفهومها باختلاف المجال الذي تدرس فيه، فإذا كانت المسؤولية الأدبية تنتج عن مخالفة واجب أدبي، فإن المسؤولية القانونية تنتج عن مخالفة التزام قانوني، كما نجد أن المادة 256 من القانون المدني الأردني تأتي بقاعدة عامة بحيث تنص على أنه: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"⁽²⁾، فنجد المسؤولية المدنية في القانون المدني، والمسؤولية الجنائية في القانون الجنائي، والمسؤولية الدستورية في القانون الدستوري، والمسؤولية الدولية في القانون الدولي العام، وفي القانون الإداري نجد المسؤولية الإدارية وهي ما يهمننا في هذه الدراسة، إذ تقوم هذه المسؤولية في حالة حدوث ضرر ما جراء ممارسة الإدارة العامة لنشاطاتها وتصرفاتها، لذا يتوجب على الإدارة أن تتحمل مسؤولياتها تجاه إدارة المرفق العام الإلكتروني في سبيل كسب ثقة المتعاملين معها التي نجمها في مسؤولية الإدارة العامة عن إدارة هذا المرفق أو ما يسمى بالمسؤولية الإدارية، وفي سبيل إيجاد تنظيم قانوني للمسؤولية الإدارية للدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، سنقوم ببيان التأصيل القانوني لمسؤولية

(1) تنقسم المسؤولية إلى نوعين، أولهما: المسؤولية العقدية وثانيهما: المسؤولية التقصيرية، فالأولى جزء العقد والثانية جزء العمل غير المشروع، وتقوم المسؤولية العقدية في حال الامتناع عن تنفيذ العقد الصحيح، ويكون قوام هذه المسؤولية جبر المدين على التنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً وإلا حكم القاضي بالتعويض، إذ إن قيام المسؤولية العقدية يتطلب عدم تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً في وقت عجز المدين فيه عن إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون التنفيذ، أما المسؤولية التقصيرية فقوامها الامتناع عن القيام بعمل واجب أدائه، أو القيام بعمل غير مشروع، وتجتمع أركان المسئولين في أركانها فهي: 1- الخطأ 2- الضرر 3- علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر، للمزيد حول المسؤولية العقدية والتقصيرية انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، 1952، 635 وما بعدها.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 01/08/1976 على الصفحة رقم 2.

الإدارة عن أعمالها المرفقية وبيان ماهيتها، ومن ثم تناول صور قيام المسؤولية الإدارية في ظل المرفق العام الإلكتروني وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: التأصيل القانوني لمسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها

أثارت مسألة تحديد قواعد المسؤولية الإدارية ونطاقها الكثير من الجدل لدى الفقه والقضاء، فالإدارة تقوم بإدارة مرافقها العامة من خلال موظفيها⁽¹⁾، فلم تكن فكرة المسؤولية الإدارية وليدة اللحظة، فقد مرت هذه الفكرة بمراحل متعددة حتى وصلت إلى صورتها الحالية، وجعلتها فكرة قانونية قائمة بحد ذاتها تتمتع بخصائص تميزها عن غيرها من المسؤوليات، نظراً لما يتمتع به المرفق العام من خصوصية، ويمكننا القول بأن المسؤولية الإدارية في المملكة الأردنية الهاشمية تجد أساسها في النصوص الدستورية، فيقع على عاتق الدولة تحمل مسؤولية إدارة شؤونها الداخلية والخارجية، وتقوم تلك المسؤولية التي تستلزم تعويض المضرور حال ثبت ارتكاب الإدارة العامة لخطأ نتج عنه ضرر، وهذا ما أطلق عليه مسمى قضاء التعويض⁽²⁾، حتى لو عُهد لأي هيئة أخرى مسألة إدارة المرفق العام⁽³⁾، الأمر الذي يتطلب منا تحديد ماهيتها ومن ثم بيان خصائصها.

أولاً: مفهوم المسؤولية الإدارية

لم تكن المسؤولية الإدارية معروفة في تشريعات الدول القديمة حتى مطلع القرن التاسع عشر، فالمسؤولية كانت تقتصر على المدنية أو الجزائية، بالإضافة إلى عدم ظهور فكرة المرفق العام كما هو الحال عليها في وقتنا الحالي، فالمسؤولية الإدارية ليست وليدة اللحظة، فقد كانت الدولة منزهة عن أن تسأل عن أعمالها، ففي فرنسا كانت الدولة معصومة عن الخطأ من منطلق أن السيادة والمسؤولية لا يتفقان، وتشكل تلك الحالة المرحلة الأولى

(1) الموظف العام هو: "الشخص المعين بقرار من المرجح المختص، في وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة أو موازنة إحدى الدوائر والموظف المعين بموجب عقد ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً". انظر المادة 2 من نظام الخدمة المدنية رقم 9 لسنة 2020، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5619 بتاريخ 02/02/2020 على الصفحة 697، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي انظر، حكم محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم 3729 لسنة 2018، الصادر بتاريخ 09-25-2018 الذي جاء فيه: "في ذلك نجد أن المدعية كانت تعمل لدى المدعى عليه عاملة نظافة مياومة (بأجر يومي) وحيث إن المادة (2) من نظام الخدمة المدنية عرفت الموظف العام بأنه الشخص المعين بقرار من المرجح المختص في وظيفة مدرجة في جدول التشكيلات ...، والموظف المعين بموجب عقد عمل ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً"، انظر أيضاً حكم المحكمة الإدارية الأردنية رقم 287 لسنة 2018 - الصادر بتاريخ 27-11-2018.

(2) يُعتبر قضاء التعويض أعظم جانب في القانون الإداري، ويرى أيضاً الفقيه "دوبز" أن قضاء التعويض في طريقه إلى الصدارة على صعيد القضاء الإداري. انظر د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني - قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 12. ويرى جانب من الفقه أن النصوص الدستورية طالما تكون هي الأساس القانوني الذي تستمد من قواعد المسؤولية الإدارية أحكامها، انطلاقاً من واجب الدولة بكفالة الرعاية بما ينشئ حقاً للمضرور في اللجوء للقضاء بدعوى للمطالبة بالتعويض في حالة وجود تقصير منها، على اعتبار أن تلك الواجبات هي من الأنشطة الإلزامية على الدولة، التي يُعرض عليها التدخل لوضع التشريعات اللازمة لإقرار الحق في التعويض وبيان أحكامه وآثاره، وبيان قواعد تنفيذه، للمزيد حول ذلك انظر: د. عزيزة الشريف، القانون الإداري، مسؤولية السلطة العامة وموظفيها - قضاء التعويض، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتب العربية، القاهرة، 2001، ص 184.

(3) نصت المادة 1/45 من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 1093 بتاريخ 08/01/1952 على الصفحة 3، على ما يلي: "يتولى مجلس الوزراء مسؤولية إدارة جميع شؤون الدولة الداخلية والخارجية باستثناء ما قد عهد أو يعهد به من تلك الشؤون بموجب هذا الدستور أو أي قانون إلى أي شخص أو هيئة أخرى".

لنشأة المسؤولية الإدارية⁽¹⁾، ومن ثم تدرجت تلك الفكرة حتى وصلت إلى ما وصلت إليه من تقريرٍ لمسؤولية الإدارة عن دفع الضرر للمتضررين جراء إدارة المرافق العامة، ويُعد الحكم الشهير في قضية "بلانكو" مهذاً لتقرير مبدأ المسؤولية الإدارية وإرساءً لقواعد المرفق العام⁽²⁾.

ويقصد بالمسؤولية لغةً: بأنها قدرة الشخص على تحمّل نتائج أفعاله التي يقوم بها باختياره، مع علمه المسبق بنتائجها، كما تُعرّف المسؤولية بأنها شعور أخلاقي يجعل الإنسان يتحمّل نتائج أفعاله، سواء كانت أفعالاً جيّدة، أم أفعالاً سيّئة، وتعرف أيضاً بأنها: "هي التزام الشخص بما يصدر عنه من قول، أو فعل، كما قسم المعجم المسؤولية إلى أنواع، وهي المسؤولية القانونية، والأخلاقية، والاجتماعية، والجماعية"⁽³⁾، كما تعني تحمل التبعة أي أنها الحالة الفلسفية والأخلاقية والقانونية التي يكون فيها الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور وأفعال أتاها إخلالاً بقواعد أخلاقية واجتماعية وقانونية⁽⁴⁾، ويرى بعض الفقه أن مفهوم المسؤولية لغةً لم يتعرض للجدل الفقهي لوضوحه وبساطة عباراته الدالة على معناه⁽⁵⁾.

(1) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجب و خالد بيوض، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 207.
(2) يعد حكم "روتشيلد" حجر الأساس في وضع نظرية المرافق العامة التي على ضوءها تم تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية فيما يتعلق بكافة المنازعات المتعلقة بتلك المرافق، للمزيد انظر:

CE, 6 december 1855, Rothschild c.larcher

تلاه حكم بلانكو الشهير "Blanco" الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 1873/02/08 الذي اعتبر تكريماً قضائياً للمسؤولية الإدارية للمرفق العام، و تتمثل وقائعه في أنه تعرضت الطفلة "جينز بلانكو" لحادث مرور تسببت فيه عربة مقطورة تابعة لوكالة التبغ، فرفع والدها دعوى أمام القضاء العادي ضد الدولة للحصول على تعويض جبراً للضرر الذي أصاب ابنته، إلا أن وكالة التبغ دفعت بعدم اختصاص المحاكم العادية، وأن مجلس الدولة هو الجهة المختصة، وهو ما أدى إلى عرض النزاع على محكمة تنازع الاختصاص التي أصدرت قراراً في الموضوع بناءً على تقرير مفوض الحكومة السيد دافيد و قد تضمن عدة مبادئ هي:

1. أن الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد التي يسببها الأشخاص الذين تستخدمهم، وأن هذه المسؤولية لا تخضع لمبادئ القانون المدني التي تحكم العلاقة بين الأفراد على أساس أن نصوصه المراد تطبيقها في مجال مسؤولية الإدارة لا ترمي إلى تنظيم مسؤولية الإدارة حيث تنص على مسؤولية الأفراد العاديين، وهو ما لا ينطبق على الدولة أو الإدارات العامة و موظفيها، كما أن هذه النصوص وضعت في وقت سيطرت فيه قاعدة عدم مسؤولية الإدارة عن أعمالها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القواعد المدنية تقيم المسؤولية على أساس علاقة المتبوع بالتابع، في حين أن علاقة الإدارة بموظفيها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، كما أنه لا يمكن تطبيق قواعد مسؤولية المتبوع عن التابع في حالة عدم إسناد الفعل الضار لموظف معين وهو ما يقتضي استبعادها لأنها لم تعد تواكب نشاط الإدارة ولا تليق بطبيعة عملها وبالنتيجة وضع قواعد بديلة أكثر ملائمة لطبيعة النشاط الإداري سميت بقواعد القانون الإداري و يكون بذلك قرار بلانكو قد استبعد صراحة تطبيق أحكام القانون المدني، وكرس الخصائص المتعلقة بالقواعد التي تطبق على المرفق العام.

2. المسؤولية المدنية ليست مطلقة ولا عامة، ولها قواعد خاصة غير مستقرة وثابتة وإجراءات تحكمها تختلف باختلاف حاجة المرفق و ضرورة التوفيق بين حقوق الدولة و حقوق الأفراد .

3. تختص المحاكم الإدارية بالنظر و الفصل في قضايا المسؤولية الإدارية و التعويض عن الأضرار الناتجة عن سير المرافق العامة . مشار إليه لدى: أ.د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، 2012، ص 77، وما بعدها، د. خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للطباعة والنشر، 1998، ص 227.

(3) معجم المعاني الجامع، معجم المعاني الإلكتروني، متاح عبر الرابط الإلكتروني الآتي:

(http://www.almaany.com).

(4) عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 11.

(5) فريد بن مشيش، المسؤولية الإدارية عن أخطاء الموظف العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة محمد خيضره -بسكرة، الجزائر، 2013-2014، ص 12.

أما المسؤولية الإدارية اصطلاحاً فتعني: "الحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة أو المؤسسات والمرافق والهيئات العامة الإدارية نهائياً بدفع التعويض عن الأضرار التي سببت للغير بفعل الأعمال الإدارية الضارة سواء كانت هذه الأعمال الضارة مشروعة أو غير مشروعة"⁽¹⁾.

وقد عرفها جانب آخر من الفقه على أنها: "مسؤولية قانونية تتعلق بمسؤولية الدولة والإدارة العامة عن أعمالها الضارة، فهي الحالة التي تلتزم فيها الإدارة بدفع التعويض عن الأعمال الإدارية الضارة سواء كانت هذه الأعمال مشروعة أو غير مشروعة"⁽²⁾.

ثانياً: الأساس الفقهي والقانوني لفكرة المسؤولية الإدارية

أثارت مسألة تحديد الأساس الذي تقوم عليه فكرة المسؤولية الإدارية حفيظة جمهور الفقهاء، إذ يرى جانب من الفقه أن أساس فكرة المسؤولية الإدارية هو مبدأ المساواة بين الجميع في تحمل الأعباء والتكاليف أمام المرافق العامة⁽³⁾، أما البعض الآخر فيرى أن أساس المسؤولية الإدارية هو فعل الغير، وليست شخصية ولا يمكن محاسبة شخصية الإدارة المعنوية، فالشخص المعنوي لا يمكن مساءلته بشكل شخصي⁽⁴⁾، ويرى جانب آخر أن الأساس الذي تقوم عليه فكرة المسؤولية الإدارية هو نشاط أعوانها والمخاطر التي تنجم عن هذا النشاط في ظل إدارة المرفق العام، وإن المسؤولية المدنية لا تصلح أساساً لقيام المسؤولية الإدارية - لا سيما - تلك القواعد المتعلقة بأعمال التابع والمتبوع، إذ إن علاقة الموظف العام بإدارته هي علاقة تنظيمية لا عقدية، وبالتالي لا يمكن أن تنطبق قواعد المسؤولية المدنية على الضرر المتحقق جراء إدارة المرافق العامة، وبالتالي ستقف عاجزة عن معالجة التعويض عن الضرر في حال لم يُعرف الموظف المتسبب به⁽⁵⁾.

ويمكننا القول إن أساس المسؤولية الإدارية للإدارة العامة يرتكز على إلزامها بدفع الضرر الذي لحق بالمنتفعين من المرفق العام جراء خطأ ارتكبه أحد موظفيها، وعليه نجد أن المسؤولية الإدارية قد ولدت من رحم المسؤولية المدنية على نحو استقلت معه عن الأخيرة وأصبح لها خصائصها وقواعدها المستقلة عن المسؤولية المدنية، بما يتناسب مع خصوصية الإدارة من جانب، والمرفق العام من جانب آخر، ونجد أن المشرع والقضاء الإداري الأردني قد تبني مبدأ المسؤولية الإدارية تجاه قرارات الإدارة غير المشروعة المبنية على الخطأ وعلاقة السببية وتحقق الضرر، إذ إن مجرد صدور الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع لا يستوجب قيام المسؤولية الإدارية

(1) فريد بن مشيش، مرجع سابق، ص 13.

(2) عمار عوايدي، مرجع سابق، ص 24.

(3) انظر في نفس هذا الاتجاه: أحمد محيو، مرجع سابق، ص 213.

(4) لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية على أساس الخطأ، الكتاب الأول، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 8.

(5) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، ترجمة وتحقيق عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة و حسين إبراهيم خليل، الطبعة السابعة، المجلد 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015، ص 116 و 117.

بالتعويض⁽¹⁾، وبالتالي قيامها في تعويض المضرورين في حال ثبوت عدم مشروعية تلك القرارات⁽²⁾، ولكن لم يأخذ المشرع بالمسؤولية الإدارية في التعويض عن الخطأ المرفقي، إذ إنه يحيل بذلك إلى الأحكام الخاصة بالمسؤولية المدنية - التقصيرية منها- وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في العديد من المنازعات المعروضة أمامه⁽³⁾، إذ نرى خروج تلك المنازعات من مظلة القضاء الإداري وتولي القضاء المدني البت في تلك المسائل.

(1) إن القاعدة العامة في قيام المسؤولية الإدارية قيامها على أساس الخطأ، ولكنها تقوم أيضاً في حالات معينة ومحددة على أساس نظرية المخاطر ولكن قيامها في الحالة الأخيرة يعد استثناءً على القاعدة العامة في قيامها على أساس المخاطر. للمزيد من التفصيل انظر: د. علي خاطر شطناوي، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص151 وما بعدها. إن إلغاء القرار الإداري لعله عدم مشروعيته ليس بالضرورة أن يكون حجةً على قيام المسؤولية الإدارية بالتعويض لمن حكم له بعدم المشروعية، ويذهب قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحكامه للقول بذلك على اعتبار أن إلغاء القرار الغير مشروع جبر للضرر. انظر الطعن رقم 3683 و 4021 ق.ع، جلسة تاريخ 2011-11-20.

(2) فالقوة الإدارية يرى أن المسؤولية الإدارية تشترط لقيامها إلى جانب ركن الضرر المشروط بتوافر علاقة سببية بين الضرر موضوع المسؤولية وبين نشاط وتصرفات الإدارة العامة القانونية، وبالنتيجة يُعفى المضرور من إثبات خطأ الإدارة العامة في حالة المسؤولية دون خطأ، إلا أن ما يبقى قائماً على عاتق المضرور هو إثبات علاقة سببية ما بين الضرر والخطأ الصادر من جانب الإدارة العامة. للمزيد انظر: جورج شفيق ساري، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمال سلطاتها، قضاء التعويض، دراسة مقارنة، المجلد 6، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002، ص169 وما بعدها. نصت المادة 5/ب من قانون القضاء الإداري، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 5297 بتاريخ 17/08/2014 على الصفحة 4866 على ما يلي: تختص المحكمة الإدارية في طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة نتيجة القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة "أ" من هذه المادة إذا رفعت تبعاً لدعوى الإلغاء". انظر حكم المحكمة الإدارية رقم 138 لسنة 2015، الصادر بتاريخ 15-11-2015، الذي جاء فيه: "تعتبر لجنة حل نزاعات التأمين المنشأة بموجب التعليمات رقم 5 لسنة 2004 استناداً للمادة 83/ب من قانون تنظيم أعمال التأمين رقم 33 لسنة 1999 وتعديلاته هي جهة إدارية ذات اختصاص قضائي أنيط بها حل نزاعات التأمين والقرار الصادر عنها هو قرار إداري نهائي يقبل الطعن أمام هذه المحكمة وفق المادة 8/5 من قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 وبالتالي المستدعي ضدها الأولى هي جهة مختصة وإنشاؤها لا يخالف القانون والدستور كذلك نجد أن تشكيل اللجنة صحيح وقانوني وفق القرار رقم 4 لسنة 2014 تاريخ 2014/7/7 وبالتالي ما أثاره وكيل المستدعية في لائحة استدعاء الدعوى وأقواله غير وارد. (عدل عليا رقم 160/2013 تاريخ 2013/6/25. عدل عليا 555/2007 تاريخ 2008/3/5). وللمزيد أيضاً حول التعويض الإداري عن قرارات الجهة الإدارية انظر د. أسامة أحمد النعيمات، محمد مفضي المعاقبة، التعويض الإداري بين القانون المدني والإداري، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون- دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 41، ملحق 3، 2014، ص926 وما بعدها. انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2480 لسنة 2018، جلسة تاريخ 3-6-2018، الذي جاء فيه: "...، فإن شروط مسؤولية الإدارة هي: 1. خطأ 2. ضرر 3. علاقة سببية.....، وإن الخطأ هو الأساس لتقدير مسؤولية الإدارة أي أن الإدارة لا تسأل عن القرارات الصادرة عنها إلا في حالة وقوع خطأ من جانبها الذي اصطلح على تسميته الخطأ المرفقي، والخطأ المرفقي هو الخطأ الذي يثبت في حق المرفق بسبب سوء تنظيمه أو إدارته... والضرر وهو ركن أساسي من أركان المسؤولية الإدارية يدور الحق معه في اقتضاء المضرور للتعويض وجوداً أو عدماً، أما علاقة السببية فيجب أن يكون هناك علاقة ما بين الفعل الذي أنشأته الإدارة والضرر الذي لحق بالمضرور،... إلخ". انظر في نفس هذا الاتجاه فقهاً لدى: د. محمد عبد الواحد الجميلي، قضاء التعويض- مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص314.

(3) د. أسامة أحمد النعيمات، محمد مفضي المعاقبة، مرجع سابق، ص928 و928، انظر أيضاً حكم محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم 4370 لسنة 2019، الصادر بتاريخ 11-9-2019، الذي جاء فيه: "...، وإن تصريف مياه الأمطار والعبارات التي تُنشأ ضمن منطقة حدود أمانة عمان هي من مهام الجهة أمانة عمان ووظيفتها وهي المسؤولة عن صيانتها - وبالتالي فهي المسؤولة قانوناً عن أي أضرار تلحقها هذه العبارات بأراضي المواطنين سناً للمادة 21/2 من قانون تنظيم المدن والقرى وإن من مهامها اتخاذ الاحتياطات لمنع أضرار الفيضانات والسيول وبالتالي فإن الجهة المدعى عليها المميزة هي الخصم الحقيقي للجهة المدعية وحيث إن محكمة الموضوع توصلت من خلال البينة المقدمة إلى أن السيارة موضوع الدعوى وجدت بحالة غرق داخل كراج العمارة التي تسكن بها المدعية بسبب ارتفاع منسوب مياه الأمطار التي هطلت بغزارة وأدت إلى انجراف التربة وكان ذلك بسبب قلة عدد المناهل الموجودة في الشارع المحاذي للبنى وعدم قيام الأمانة بإزالة الأغصان البلاستيكية وعمل الصيانة اللازمة لمناهل الصرف الصحي الموجودة مما يجعل المميزة مسؤولة عن هذا الضرر والتعويض عنه... إلخ". ويُنظر أيضاً في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية، الحكم رقم 8301 لسنة 47 ق.ع. عليا جلسة تاريخ 5-4-2003، الذي جاء فيه: "إن مناط المسؤولية الإدارية عن قراراتها أو

ومن وجهة نظرنا يمكننا القول بأن ذلك الخروج هو مظهر غير محمود - لا سيما- في ظل وجود قضاء إداري مستقل وقضاة إداريين متخصصين في مقدرتهم أن يتولوا تلك المهمة، فهم الأقدر على تحري ومراعاة خصوصية المرافق العامة وطرق إدراتها ومراعاة تحقيق الصالح العام، بالإضافة إلى اختلاف الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط الموظف العام بإدارته، والتي تقوم على أساس العلاقة التنظيمية، وهذا ما نطمح له من خلال هذه الدراسة، ومما سبق يمكننا القول إن المسؤولية الإدارية هي: "التزام الإدارة العامة أو من يُعهد له بإدارة المرافق العامة من هيئات أو مؤسسات بموجب أحكام القانون بدفع التعويض العادل جراء الضرر الناجم عن قيامها بنشاطاتها أو تصرفاتها القانونية للمتضرر سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً".

وبالتالي يمكننا أن نعرف المسؤولية الإدارية في ظل إدارة المرفق العام الإلكتروني على أنها: "التزام الدولة أو من يُعهد له بإدارة المرافق العامة الإلكترونية من هيئات أو مؤسسات عامة بموجب أحكام القانون بدفع التعويض العادل جراء الضرر الناجم عن قيامها بنشاطاتها أو تصرفاتها القانونية للمتضرر سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً"، ومن هنا نرى أن مفهوم المسؤولية الإدارية في ظل المرافق العامة الإلكترونية لم يتأثر كثيراً، وأن الأثر قد اقتصر على دخول مصطلح المرفق العام الإلكتروني في صلب المفهوم التقليدي، لكي ينسجم مع المتغيرات التي طرأت على مفهوم المرفق العام، إذ إن الحادثة في أساليب إدارة المرافق العامة تحتم علينا إيجاد مفهوم مستحدث للمسؤولية الإدارية لتنسجم مع الشكل الجديد للمرفق العام الإلكتروني.

الفرع الثاني: صور قيام المسؤولية الإدارية عن الضرر في ظل إدارة المرفق العام الإلكتروني

إذا كان الخطأ المرفقي هو أساس المسؤولية الإدارية، يشترط لقيامها عدم نهوض الإدارة بالتزاماتها الواجبة أثناء تسييرها للمرافق العامة، ومن منطلق عدم القدرة على حصر صور الخطأ المرفقي لتنوعه وكثرة صورته أجمع الفقه على ثلاث طرق رئيسية له، هي: التنظيم السيء للمرفق العام و سوء سير أو عدم تسيير المرفق العام، ونرى أن لجوء الإدارة إلى استخدام التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة كنهج جديد في إدارة المرافق العامة، سيؤدي حتماً إلى ظهور صورة مستحدثة تتعلق بالخطأ المرفقي الذي يستوجب التعويض، ومن الممكن أن يؤدي النهج الجديد في إدارة هذه المرافق إلى إلحاق الضرر بمتلقي الخدمة من خلال انتهاك المبادئ العامة الحاكمة لسير المرفق العام الإلكتروني، ويمكننا القول إنه لطالما وجدت مبادئ تحكم سير المرفق العام بُغية تحقيق المصلحة العامة وإشباع رغبات الأفراد والجماعات، فإن القول بانتهاك هذه المبادئ يوجب قيام المسؤولية الإدارية واستحقاق المتضرر للتعويض جراء عدم حُسن إدارة المرفق العام الإلكتروني، فإيجاد فكرة مستقلة للمسؤولية الإدارية في ظل المرفق العام الإلكتروني، ما هو إلا نتاج الرغبة الجامحة للإدارة في استخدام الصورة المستحدثة للمرفق العام، وهذا ما سنبيّنه على النحو الآتي:

أ- **سوء تنظيم المرفق العام الإلكتروني:** تتعلق هذه الصورة بإجراءات الإدارة المتخذة في سبيل تسيير المرفق العام، مثل تجهيز المرفق العام بكافة وسائل البنية التحتية من ماء وكهرباء وتدفئة وتهوية مناسبة لجعل المرفق

أعمالها المادية هو وجود خطأ في جانبها وأن يصيب ذوي الشأن ضرر من جراء القرار أو العمل المادي وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر بحيث يتأكد أنه لولا الخطأ المنسوب للإدارة ما كان الضرر قد حدث..... إلخ".

العام قادراً على أداء الخدمات العامة لمتلقي الخدمة بشكل لائق، فعدم تجهيز المرفق العام بالإدارة الكافية أو عدم توفير المكان أو المقر المناسب لتقديم الخدمات العامة يندرج تحت سوء تنظيم المرفق العام، ويظهر هذا سوء أيضاً في إصدار أي قرارات من شأنها أن تمس تنظيم المرفق العام، ومن الممكن أن يكون قيام الموظفين العموميين بتصرفات سلبية تعكس بالضرر على متلقي الخدمة نتيجة سوء اختيارهم أو تحديد مراكز عملهم من قبيل سوء التنظيم، أو خلو المبنى من وسائل السلامة العامة⁽¹⁾، ومن وجهة نظرنا يمكننا القول بأن سوء تنظيم المرفق العام الإلكتروني سيتحقق بطابع تقني ومعلوماتي بحت، وذلك من خلال عدم توفير البنية التحتية الإلكترونية للموقع وعدم وجود خيارات كافية متاحة أمام الجمهور لتلبية كافة الخدمات المطلوبة، بالإضافة إلى عدم توفير مديرين ومشرفين للمنصات الحكومية، وعدم توفير الحماية المعلوماتية لمستخدمي تلك المنصات، علاوةً على عدم تأمين ولوج سهل وآمن لمتلقي الخدمة، سيكون حتماً سبباً لقيام المسؤولية الإدارية عن سوء تنظيم المرفق العام الإلكتروني على غرار المسؤولية المدنية لأصحاب المواقع الإلكترونية⁽²⁾.

ب- سوء سير المرفق العام الإلكتروني: تقوم المسؤولية الإدارية في هذه الحالة جراء النشاط الإيجابي للإدارة من خلال اتخاذ القرارات السيئة التي من شأنها تسيير المرفق العام بالشكل والمستوى غير المطلوب، أو امتناعها عن أداء واجب أو عمل كان من المفروض عليها القيام به كصيانة الطرق والشوارع ووضع اللوحات التحذيرية والإرشادية في حال القيام بمشروعات الأشغال العامة، التي قد تلحق ضرراً بالجمهور كأن يتعرض شخص للوقوع في حفريات تابعة لوزارة الأشغال العامة أو تعرض مركبته لحادث نتيجة عدم وضع الإرشادات أو التحذيرات بوجود أعمال صيانة للطرق السريعة وغيرها من هذه الواجبات⁽³⁾، ويمكننا القول بأن قيام المسؤولية الإدارية في ظل سوء إدارة المرفق العام تجد مجالها في صورة المرفق التقليدية، إذ تكاد تتقدم في مجال المرفق العام الإلكتروني لأسباب تتعلق بطبيعة ذلك المرفق، فمجاله الافتراضي يستبعد هذه الصورة كصورة لقيام المسؤولية الإدارية، ولكن ومن جهة نظرنا نرى أن هذه الصورة من الممكن أن تجد نفسها في مجال المرفق العام الإلكتروني، فعدم اتخاذ الإدارة للتدابير الأمنية أو وضع التحذيرات الإلكترونية المتعلقة بتحديات الأمن المعلوماتي أو وضع تعليمات محددة للدخول إلى منصاتها الإلكترونية على نحو يسهل معه اختراق حسابات المنتفعين، أو القيام بعمليات إدخال خاطئة من شأنها الإضرار بمتلقي الخدمة وإلحاق الخسائر المادية أو النيل من سمعتهم، فالأسباب آنفة الذكر من الممكن اعتبارها لقيام مسؤولية الإدارة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً.

(1) د. هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، مقال منشور، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 31، 2019، ص22.

(2) فهم عبد الإله شايع، المسؤولية المدنية لصاحب الموقع الإلكتروني عن الأضرار الناشئة عن التعليقات المنشورة وفقاً للقانون الأردني، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون -دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 44، العدد 3، 2017، ص35 وما بعدها.

(3) د. أسامة احمد النعيمات، محمد مفضي المعاقبة، مرجع سابق، ص929، فريد بن مشيش، مرجع سابق، ص43، كما يُنظر في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 10-2-1905، في قضية توماس جريكو، والتي تتلخص وقائعها بقيام أحد أفراد الشرطة بإطلاق عيارات نارية إتجاه ثور هائج فار من سوق الأربعاء، أدى إلى إصابت توماس جريكو بعيار ناري، مما حدا بتوماس جريكو بإقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر مدعياً أن العيار الناري الذي خرج من مسدس الشرطي قد أصابه وقضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية المرفق العام لعدم إتخاذهم للاحتياطات اللازمة، مشار إليه لدى: صافية حميش، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - يوسف بن خده، الجزائر، 2011-2012، ص18.

ج- **عدم سير المرفق العام الإلكتروني أو جموده:** وتتمثل هذه الصورة في امتناع الإدارة عن أداء خدماتها، فسلطات الإدارة ليست مطلقة فلا يحق لها أن تؤدي خدماتها للجمهور متى أرادت وكيفما شاءت، فمن المفروض على الموظف العام أن يقوم بواجباته حفاظاً على المصلحة العامة، فامتناع الموظف عن تأدية الخدمة لمستحقيها يؤدي بالإدارة أن تقع تحت سيطرة المسؤولية الإدارية، فلا تملك الإدارة حق تعطيل سير المرفق العام تحت أي ظرف كان⁽¹⁾، وهناك حالتان لعدم قيام المرفق بأداء الخدمة، الأولى: تتمثل في الامتناع عن اتخاذ إجراء كان يجب عليه قانوناً اتخاذه، والثاني يتمثل في إهمال الإدارة في أداء واجب من الواجبات التي يفرضها عليها القانون⁽²⁾، ومن وجهة نظرنا تقوم المسؤولية الإدارية في حال امتناع المرفق العام الإلكتروني عن تقديم الخدمات العامة، كأن يقوم الموظف بعدم استقبال طلب الخدمة الإلكتروني أو عدم إرسال المعاملة بعد إتمامها إلكترونياً أو تقديمها بعد مرور فترة طويلة من الزمن، بشكل يلحق الضرر بمتلقي الخدمة ويسبب بخسارته المادية، كامتناع دائرة الأحوال المدنية والجوازات عن تجديد جواز سفر لمواطن تقدم بطلب التجديد إلكترونياً، دون مسوغ قانوني مما ألحق أو فوت فرصة أو موعد عمل على ذلك المنتفع، أو إمتناع الموظف عن الولوج إلى منصة الخدمات العمومية لتلقي طلبات الخدمة الإلكترونية في يوم معين.

د- **بطء المرفق في أداء الخدمة:** تتمثل هذه الصورة في بطء أداء الخدمة المطلوبة الذي قد ينجم عنه بعض الأضرار، أي أن الإدارة تسأل في هذه الحالة عن تأخرها في تقديم الخدمة المطلوبة إذا كانت ملتزمة بأدائها في وقت محدد أو تأخرت عن أدائها عن الوقت اللازم أو المعقول لأدائه، وتعد هذه الصورة أحدث صور المسؤولية الإدارية، فمن وجهة نظرنا نرى أن صلاحيات الإدارة ليست مطلقة فسير المرفق العام بانتظام وإضطراد والمصلحة العامة هي من القيود الواردة على صلاحيات الإدارة في إدارة مرافقها العامة، وتجدر الإشارة إلي أنه ليس المقصود في هذه الحالة تجاوز الإدارة للميعاد الذي حدده المشرع لأداء الخدمة، لأن هذا التجاوز يدخل في إطار الامتناع، ولكن المقصود هنا تأخر الإدارة دون مبرر في تقديم الخدمة في الحالات التي لا يحدد فيها القانون ميعاداً معيناً لإدائها⁽³⁾، ويمكننا القول بأن مسؤولية الإدارة تقوم في حال تأخر المرفق العام أو الموظف القائم على تقديم الخدمة من تقديمها في الوقت المقرر أو المقدر لها، ومن وجهة نظرنا نرى أن هذه الصورة لن تجد مجالاً في المرفق العام الإلكتروني نظراً لما يتمتع به النظام الإلكتروني من دقة وارتباطه دائماً بمؤقت زمني، وبالرغم من ذلك فإن المسؤولية الإدارية ستقوم بمواجهة الإدارة في حال ثبوت تأخرها عن تقديم الخدمات العامة الإلكترونية ويستوجب تعويض المتضرر، وتجدر الإشارة هنا أن قيام المسؤولية الإدارية يستلزم أن يكون الخطأ الصادر عن الإدارة غير مستند لقوة قاهرة أو سبب أجنبي لا يد للإدارة فيه.

هـ- **المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة:** من المستقر عليه فقهاً وقضاً أن تقديم المرفق العام للخدمة العامة يخضع ويعزز مبدأ المساواة بين الجمهور في الانتفاع بخدمات المرافق العامة طالما توافرت فيهم الشروط المطلوبة، فمتلق الخدمة العامة طبقاً لهذا المبدأ يتمتعون بمركز قانوني واحد، ويتجسد دور

(1) فريد بن مشيش، مرجع سابق، ص44، زهير عمور، تطور نظام مسؤولية الإدارة العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي، الجزائر، 2008-2009، ص 59 و60.

(2) هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، مرجع سابق، ص23.

(3) د. هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، مرجع سابق، ص 23، د. أسامة أحمد النعيمات، محمد مفضي المعاقبة، مرجع سابق، ص930.

وسائل الاتصال الحديثة عند تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة من خلال الحصول على الخدمات في أي وقت ومن أي مكان من خلال الولوج إلى المنصات الإلكترونية والبوابات الخدمية الإلكترونية، ففي حال كانت الخدمة المطلوبة من الخدمات التي يمكن تلبيتها دون الحاجة إلى وجود الموظف العام في مقر عمله أو إدارته أو وزارته، يتم تقديم هذه الخدمة دون التقيد بأوقات العمل الرسمي أو اشتراط الذهاب المادي للأفراد وتقديم طلب للإدارة لغايات الحصول على الخدمات المطلوبة، وتظهر لنا إمكانية قيام مسؤولية الإدارة عن إدارة مرافقها إلكترونياً، إذ من الممكن أن يكون الوصول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بجهة الإدارة يتسم بالصعوبة أو التعقيد، أو لجهل المواطن بالثقافة التقنية أو عدم امتلاكه لجهاز الحاسبة الآلي، كما يمكن أن يتم اقتصار خدمات المرافق العامة إلكترونياً في مناطق معينة في إقليم الدولة أو وجود بيئة تحتية في أماكن أو مناطق معينة، دون أخرى، الأمر الذي سيؤدي حتماً إلى حرمان عدد كبير من المواطنين من الاستفادة من الخدمات المقدمة بشكل إلكتروني، ويكون تقديم خدمات المرافق العامة إلكترونياً حكراً على فئات معينة من المواطنين دون فئات أخرى مما يخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين.

و- المسؤولية الإدارية عن الإخلال بمبدأ تقديم الإدارة الإلكترونية للمرفق العام الخدمة بانتظام واضطراب: تتمتع المرافق العامة بأهمية كبيرة نظراً لاعتماد الأفراد بشكل رئيسي على الخدمات المقدمة لهم من خلال المرفق العام، إذ لا يمكن تصور سير الحياة بشكل متسق ومنسجم في حال توقف المرافق العامة عن تقديم الخدمات كتوقف مرفق القضاء أو مرفق الأمن أو مرفق التعليم عن العمل، لذلك يرى جانب من الفقه أن الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وبشكل مستمر من أهم المبادئ التي تحكم المرافق العامة⁽¹⁾.

وذلك يتطلب الحفاظ على دوام سير المرفق العام دون توقف في كافة الأوقات وفي مختلف الظروف من خلال تجهيز تلك المرافق ومدتها بالبنية التحتية والكوادر البشرية ومدتها بالمال المطلوب لبقائها، فلا يتصور توقف المرافق العامة في أي ظرف كان لتعلق دوام سيره بخدمة الأفراد، حيث يفرض هذا المبدأ ضرورة استمرار عمل المرفق العام دون اختلالات أو توقف⁽²⁾، إذ إن أي اختلال أو توقف ولو كان قصيراً سيؤدي إلى الاضطراب في التخطيط الذي يضعه الأفراد في سير حياتهم⁽³⁾، وهناك العديد من التطبيقات لهذا المبدأ أهمها: تحريم الإضراب، تنظيم استقالة الموظفين، نظرية الموظف الفعلي، نظرية الظروف الطارئة، تحريم الحجز على أموال المرافق العامة، وجميعها تأثرت بتطبيق الإدارة الإلكترونية في تسيير المرافق العامة، إذ أصبح من المسلم به أن الإدارة الإلكترونية للمرافق العامة ستعمل على انتظام واضطراب المرفق العام في تقديم خدماته، فالمرفق المدار إلكترونياً لا يتوقف عن أداء خدماته فهو يعمل على مدار الساعة ولا يتقيد بأوقات الدوام الرسمية، ولا يتقيد بميعاد محدد في أداء خدماته، كمواعيد العمل الرسمية، كما أنه لا يتأثر بالإجازات والعطلات الرسمية أو إضراب الموظفين، إلا أنه قد يحدث نتيجة إدارة المرافق العامة إلكترونياً حدوث بعض المشاكل الإلكترونية التي تعطل المرفق العام عن تقديم خدماته، مثل حدوث خلل فني مفاجئ أو عطل على شبكة الإنترنت أو الوسيط الإلكتروني أو حدوث مشكلة فنية على

(1) أ.د. محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018، ص184.

(2) تركية محادي، المرفق العام الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، الجزائر، 2018-2019، ص24.

(3) أ.د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص335.

الموقع الإلكتروني لها سواء كان عن عمد بمعرفة أحد موظفي الإدارة أو من خارجها عن طريق اختراق النظام الأمني للموقع أو عن طريق المصادفة، مما يؤدي إلى حدوث شلل تام بالموقع الإلكتروني، وبالتالي توقف تقديم خدماته حتى يتم الإصلاح، وهذه الصورة تندرج تحت صورة عدم أداء المرفق للخدمة التي تقع تحت مسؤولية الإدارة عن خطئها، ومن الممكن قيام المسؤولية الإدارية المستوجبة للتعويض في هذه الحالة، إلا أنه من حق الإدارة أن تدفع عن نفسها عبء تحمل المسؤولية الإدارية بإرجاع سبب عدم ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد إلى سبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يد للإدارة فيها⁽¹⁾.

الخاتمة

إن مواكبة الإدارة للتطور التكنولوجي وسعيها نحو إدخال وسائل الاتصال الحديثة في جميع نشاطاتها، سيجعلها عرضةً إلى مواجهة التحديات التي تقف في طريق الإدارة الإلكترونية التي أضفت على أعمالها ونشاطاتها صفة الحداثة، والتحول من الطابع الورقي إلى الطابع الإلكتروني، إذ أضحت الإدارة تمارس كافة أعمالها في مجال العالم الافتراضي، وإن ذلك التطور يؤدي إلى تعزيز وترسيخ مبدأ المشروعاتية الذي يلاصق أعمال الإدارة المختلفة ويحافظ على المبادئ الحاكمة للمرافق العامة، وإذ كان الجمهور يتخوف دائماً من أي تجربة تجريها الإدارة لتحسين أسلوب وأنماط إدارتها لمرافقها العامة، فكان لازماً علينا البحث عن سبل التقليل من تلك المخاوف بإيجاد مسؤولية تتحملها الإدارة العامة عن إدارة مرافقها إلكترونياً يضمن من خلالها الجمهور عدم تعرضهم لأي ضرر أو حصولهم على تعويض في حال وقوعه، وعليه فإننا نختم هذا البحث في سرد أهم النتائج التي توصلنا إليها وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- إن استخدام لفظة الإدارة الإلكترونية للدلالة على التحول الإلكتروني في إدارة المرافق العامة أدق من استخدام لفظة الحكومة الإلكترونية.
- إن مواكبة الإدارة للتطور التكنولوجي وإجازة استخدام الوسائل الإلكترونية في إدارة المرافق العامة أصبح ضرورةً ملحةً في ظل النسق العالمي المتجه نحو ترجمة المرفق الإلكتروني على أرض الواقع.
- إن استخدام الإدارة للوسائل الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة المختلفة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها خصوصاً في مجال إبرام العقود الإدارية، ما هو إلا انعكاس وترجمة واقعية لما تتمتع به قواعد القانون الإداري من مرونة وقابليتها المستمرة للتطوير والتغيير.
- إن استخدام الإدارة لوسائل الاتصال الحديثة المختلفة في ممارسة أعمالها ونشاطاتها خصوصاً في مجال إدارة المرفق العام يعمل على تعزيز مفهوم المبادئ الحاكمة لعمل المرفق العام.
- إن إقرار مبدأ مسؤولية الإدارة العامة عن الأضرار التي تنشأ بسبب إدارة مرافقها إلكترونياً، سيؤدي إلى خلق جو من الثقة والطمأنينة ما بينها وبين جمهور المتعاملين معها، إذ إن شعور المتعاملين مع الإدارة

(1) د. هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، مرجع سابق، ص 29.

- بوجود ضوابط قانونية لتعويضهم عن أي أضرار قد تصيبهم سيزيد من إقبالهم ورغبتهم من الاستفادة من الصور المتسحدثة لذلك المرفق، وبالتالي نجاح تجربة الإدارة في إدارة المرافق العامة إلكترونياً.
- ليس بالضرورة قيام المسؤولية الإدارية بمواجهة الإدارة العامة بمجرد الحكم بعدم مشروعية قراراتها الإدارية.
- إن قيام المسؤولية الإدارية بمواجهة الإدارة العامة يستلزم توافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما.

ثانياً: التوصيات:

- التعميم على كافة الإدارات الحكومية بضرورة ممارسة جميع أعمالها إلكترونياً من خلال البوابات والمنصات الإلكترونية المعدة لذلك.
- الإسراع في منح التراخيص اللازمة وتبسيط الإجراءات أمام مراكز التوثيق الإلكتروني، لما لها من دور فاعل في إتمام طلبات الخدمات العامة.
- اعتماد وسائل الدفع الإلكتروني في دفع الرسوم المقررة عن طلب الخدمات العامة.
- العمل على إقرار مبدأ مسؤولية الإدارة عن أعمالها جراء إدارة المرافق العامة إلكترونياً بشكل واضح ومستقل شأنها شأن مسؤولية الإدارة عن التعويض جراء قراراتها غير المشروعة.
- تعديل نص المادة 5 من قانون القضاء الإداري الأردني، بحيث تنص على اختصاص المحكمة الإدارية بنظر الدعاوى المتعلقة بتعويض المتعاملين مع الإدارة العامة عن الضرر الناشئ جراء إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، وذلك بإضافة الفقرة التالية وإعادة ترقيم باقي الفقرات: ج - " تختص المحكمة الإدارية في نظر طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن إدارة المرافق العامة إلكترونياً".
- تدريب الموظفين والعاملين في جميع الإدارات الحكومية على آلية تلقي طلبات الخدمات العامة والرد عليها إلكترونياً بشكل مستمر من خلال إشراكهم بدورات تعليمية وتطويرية في هذا المجال لضمان الحصول على الخدمات الإلكترونية المطلوبة، بما يسهم في تجنب ارتكاب أي خطأ مرفقي أو شخصي يوجب قيام المسؤولية الإدارية لتعويض المتضرر.
- تبصير الموظفين والمستخدمين العاملين في المرافق العامة إلكترونياً بماهية المسؤولية الإدارية القائمة على الخطأ المرفقي أو الشخصي لإدراك ضرورة التقيد بتقديم الخدمات العامة على أكمل وجه.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم:

- معجم المعاني الإلكترونية، متاح عبر الرابط الإلكتروني الآتي:

(<http://www.almaany.com>)

ثانياً: المراجع العامة

- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية "العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، المجلد الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- أمل لطفي حسن جاب الله، أثر الوسائل الإلكترونية على تصرفات الإدارة القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- جورج شفيق ساري، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمال سلطاتها، قضاء التعويض، دراسة مقارنة، المجلد 6، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002.
- خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للطباعة والنشر، 1998.
- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني - قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، ترجمة وتحقيق عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة و حسين إبراهيم خليل، الطبعة السابعة، المجلد 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث، الطبعة الأولى، لبنان، بيروت، 1952.
- عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- عزيزة الشريف، القانون الإداري، مسؤولية السلطة العامة وموظفيها - قضاء التعويض، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتب العربية، القاهرة، 2001.
- علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية على أساس الخطأ، الكتاب الأول، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012 .
- محمد عبد الواحد الجميلي، قضاء التعويض- مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.
- محمد علي الخلايلة، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018.

ثالثاً: الرسائل العلمية

1- رسائل الدكتوراة:

- إيمان مأمون احمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005-2006.
- مروة السيد حسن عماشة، الوعي المعلوماتي لدى طلاب الدراسات العليا، رسالة دكتوراة، دراسة ميدانية على طلاب كلية الفنون، جامعة حلوان، 2016.
- هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لتعاقدات الإدارة إلكترونياً، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2014.

2- رسائل الماجستير:

- تركية محادي، المرفق العام الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، الجزائر، 2018-2019.
- حماد مختار، تأثير الإدارة الإلكترونية على إدارة المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية السياسة والإعلام، جامعة الجزائر، 2007.
- خالدة خالد الحمصي، عقد الخدمة المعلوماتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2015.
- زهير عمور، تطور نظام مسؤولية الإدارة العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي- أم البواقي، الجزائر، 2008-2009.
- صافية حميش، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - يوسف بن خده، 2011-2012.
- فريد بن مشيش، المسؤولية الإدارية عن أخطاء الموظف العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر، 2013-2014.

ثالثاً: الأبحاث العلمية والمقالات

1- الأبحاث العلمية:

- أسامه احمد النعيمات، محمد مفضي المعاقبة، التعويض الإداري بين القانون المدني والإداري، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون- دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 41، ملحق 3، 2014.
- صهيب أحمد المناصير وآخرون، بحثهم بعنوان: " أثر الجريمة الإلكترونية على سير المرافق العامة الإلكترونية في التشريع الأردني"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، المجلد 21، العدد الثاني، 2021
- عصام بن يحيى الفيلاي، الحكومة الإلكترونية، نحو مجتمع المعرفة، سلسلة يصدرها معهد البحوث والدراسات، جامعة الملك عبد العزيز، الإصدار التاسع.
- علي لطفي، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق العملي، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر الحكومة الإلكترونية السادس، الإدارة العامة الجديدة والحكومة الإلكترونية، المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة الواقعة ما بين 9-12 ديسمبر 2007.
- فهيم عبد الإله شايح، المسؤولية المدنية لصاحب الموقع الإلكتروني عن الأضرار الناشئة عن التعليقات المنشورة وفقاً للقانون الأردني، بحث منشور، مجلة علوم الشريعة والقانون- دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 44، العدد 3، 2017.
- محمد حسين الفيلي، الدعوة لتطبيق الحكومة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، أكاديمية شرطة دبي، 2003.
- محمد سليمان شبير، الإطار القانوني لسلطة الضبط الإداري الإلكتروني في فلسطين" دراسة تحليلية"، بحث منشور، مجلة جامعة الأزهر - غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد رقم 17، العدد 2 ب، 2015.
- مريم خالص حسين، الحكومة الإلكترونية، بحث منشور، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013.
- هشام عبد السيد صافي محمد، النظام القانوني لمسؤولية الدولة عن إدارة مرافقها العامة إلكترونياً، مقال منشور، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 31، 2019.

2- المقالات العلمية المنشورة عبر شبكة الإنترنت:

- جمال محمد غيطاس، الأمن المعلوماتي والجرائم الإلكترونية، مقال منشور عبر شبكة الإنترنت، مركز الجزيرة للدراسات، 2012، متاح عبر الرابط الإلكتروني الآتي:
(<http://www.studies.Aljazeera.net>)
- فارس النفيعي، التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيق الحكومة الإلكترونية، مقال منشور، المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، قسم علوم الإدارة، متاح عبر الرابط الإلكتروني الآتي:-
(<http://www.hrdiscssion.com>)

- محمد محمد الهادلي، الحكومة الإلكترونية كوسيلة لبحث الإصلاح الإداري، بحث منشور، في دورية Cybrarians Journal، متاح عبر شبكة الإنترنت على الرابط الإلكتروني الآتي :-
(<http://www.jornal.cybarians.com>).
- معاوية أحمد حسين، د.هناء محمود سيد أحمد، الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية للحكومة الإلكترونية، مقال منشور، متاح عبر الموقع الإلكتروني على الرابط الآتي:
(<http://www.mukawycom>)

خامساً: التشريعات

- الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته.
- قانون الأمن السيبراني الأردني رقم 16 لسنة 2019.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015.
- قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

نحو تنظيم قانوني لدعوى استرداد الضمانة

وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني

عثمان إبراهيم محمود بني طه¹، جهاد محمد الجراح²

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.02](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.02)

¹ المجلس القضائي الأردني، الاردن.

² قسم القانون المقارن، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم

الاسلامية العالمية، الاردن

* للمراسلة: Judge_Othman_bnitaha@yahoo.com / dr.jihad2000@hotmail.com

تاريخ استلام البحث 2023/01/04.

تاريخ قبول البحث 2023/02/28.

الملخص

لم ينظم المشرع الأردني حق المضمون له باسترداد الضمانة ولم ينص على الوسيلة العملية لممارسة هذا الحق من خلال دعوى استرداد الضمانة والأحكام القانونية لها، في الوقت الذي نظم فيه حقه بالتنفيذ الطوعي على الضمانة، وتوصلت الدراسة الى أن الوسيلة العملية لممارسة حق الاسترداد تكون من خلال دعوى الاسترداد التي لم يبين المشرع المحكمة المختصة بنظرها والتي قد تكون منازعة مستعجلة أو منازعة موضوعية وهي دعوى عينية على منقول ولا تتم طوعياً، وقد أوصت الدراسة المشرع بتنظيم دعوى استرداد الضمانة وتقنينها ضمن نصوص قانونية تنظم شروطها وأحكامها القانونية وضوابطها والآثار القانونية المترتبة عليها.

الكلمات الدالة: دعوى استرداد الضمانة، عينية على منقول، الاسترداد الطوعي.

Towards a legal regulation of the collateral redemption lawsuit in accordance with the Jordanian Law of Security of Rights in Movable Funds

Othman Ibrahim Mahmoud Bani Taha¹, Jihad M. Al- Jarrah²

¹ The Jordanian Judicial Council, Jordan

² Department of Comparative Law, Faculty of Sheikh Noah El-Qudha for Sharia and Law, The World Islamic Science & Education University, Jordan

* Crossponding author: Judge_Othman_bnitaha@yahoo.com / dr.jihad2000@hotmail.com

Received: 04/01/2023.

Accepted: 28/02/2023.

Abstract

The Jordanian legislator did not regulate the right of the guaranteed of the collateral redemption and did not provide the practical means to exercise this right through the collateral redemption lawsuit and its legal provisions, while he regulated his right to voluntary execution of the guarantee. This study concludes that the practical means to exercise the redemption right is through a redemption lawsuit whereby the legislator did not determine the competent court of this legal lawsuit; which might be an urgent dispute or a substantive dispute. It is an in-kind suit against a movable and is not done voluntarily. The study recommended the legislator to organize a redemption lawsuit and codify it within legal texts that regulate its legal terms and conditions, controls and legal effects arising thereof.

Keywords: Redemption lawsuit, In-kind movable, Voluntary redemption.

المقدمة

تعتبر الذمة المالية الضامن الأول للحقوق والالتزامات وتشكل الضمان العام للدائن؛ فإذا كانت الذمة المالية للشخص معسرة ولا تكفي لسداد ديونه فإن الدائن سيلجأ إلى وسائل قانونية تضمن تقدمه على سائر الدائنين في اقتضاء حقه؛ فجاءت فكرة الضمانات ومنها الرهن لدعم الذمة المالية للشخص؛ تجنباً لبحود المدين. إن تطور فكرة الضمانات؛ دفعت بالمشرع الأردني إلى تنظيم نوع جديد من أنواع التأمينات العينية الحديثة وهو رهن المنقول دون حيازة بموجب قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

أهمية البحث

استحدثت قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة مجموعة من الضمانات المنقولة وتشمل: رهن المنقول بدون حيازة، وبيع المنقول بشرط استرداده أو إعادة شرائه عند النكول عن الوفاء بالالتزامات، وبيع المال المنقول بشرط تأجيل نقل ملكيته إلى حين استيفاء الثمن. وتعتبر هذه الشروط من الضمانات القانونية المهمة التي توفر للمضمون له إمكانية استرداد الضمانة، وبالتالي فإن أهمية البحث تتبع من أهمية الموضوع الذي ينظمه.

أهداف البحث

يهدف موضوع البحث إلى استقرار المعاملات المتعلقة بالضمانات المنقولة، وتوفير الوسيلة العملية لممارسة حق استرداد الضمانة، وحماية حقوق أطراف عقد الضمان .

إشكالية البحث

لم ينظم قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة حق المضمون له باسترداد الضمانة وإنما أشار إليه فقط في المادة الثالثة: قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة بيع المال المنقول بشرط استرداده عند النكول عن الوفاء بالالتزامات، في الوقت الذي نظم فيه المشرع حق المضمون له بالتنفيذ على الضمانة طوعاً؛ في حين أنه لم ينص على حقه في استرداد الضمانة ولم ينص على الوسيلة العملية لممارسة حق الاسترداد من خلال دعوى استرداد الضمانة والأحكام القانونية لها.

أسئلة الدراسة

- هل نظم قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني دعوى استرداد الضمانة من حيث ماهيتها ومفهومها وشروطها ؟
- ما المحكمة المختصة بنظر دعوى استرداد الضمانة ؟
- ما الضمانات التي تكفل حق المضمون له في ضمان حقه في استرداد الضمانة والحوال العملية لمواجهة العقوبات التي قد تواجهه عند ممارسة حقه في استرداد الضمانة ؟

فرضية الدراسة

يوجد نقض في الضمانات التي تكفل ممارسة المضمون له حقه في دعوى استرداد الضمانة .

منهج الدراسة

المنهج الوصفي والتحليلي للنصوص القانونية، ومنهج الشرح على المتون لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة والاجتهادات القضائية لموضوع الدراسة.

الدراسات السابقة:

لا يوجد دراسة -على حد علم الباحثين- عالجت موضوع دعوى استرداد الضمانة وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني.

المبحث الأول

مفهوم دعوى استرداد الضمانة

يقضي البحث في ماهية دعوى استرداد الضمانة دراسة مفهوم دعوى الاسترداد، ومن ثم دراسة الطبيعة القانونية لدعوى الاسترداد.

المطلب الأول : المقصود من دعوى استرداد الضمانة

إن تحديد مفهوم دعوى استرداد الضمانة يقتضي منا التعرض إلى تعريف الضمانة محل دعوى الاسترداد ومن ثم تعريف دعوى الاسترداد ذاتها.

الفرع الأول: تعريف الضمانة محل دعوى استرداد الضمانة

الضمانة: هي المال المنقول الذي يوضع تأميناً للوفاء بالتزام. وعرف حق الضمان بأنه: **الحق العيني التبعي** الذي يقع على المال المنقول تأميناً للوفاء بالتزام⁽¹⁾.

ويتم تعليق خيار استرداد الضمانة على نكول المشتري عن الوفاء بالالتزامات التي يربتها عقد البيع، ويتخذ فيها البائع صفة الدائن المضمون له والمشتري صفة المدين الضامن مع إمكانية الاحتجاج بهذه الضمانات بمواجهة الغير عند إشهارها⁽²⁾.

من حق المضمون له استرداد المنقول المبيع بصفته مالكاً له عند عدم وفاء المدين أو الضامن بالتزاماته، وتختلف هذه الضمانات المنقولة عن التأمينات الشخصية والعينية التقليدية بأنها لا تعتبر عنصراً مضافاً لرابطة

⁽¹⁾ المادة 3 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني رقم 20 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 2387 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5513 بتاريخ 2/5/2018، وسيشار إليه لاحقاً: قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة .

⁽²⁾ المادة 6/6 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني: على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يجوز رهن الأموال المنقولة والديون رهنا مجردا من الحياة، ويستعاض عن الحياة بإشهار الرهن وفقاً لأحكام هذا القانون لتنام الرهن ولزومه ونفاذه في مواجهة الغير .

الالتزام ولا تنشأ عن مصدر مستقل عن هذه الرابطة؛ وإنما ترتبط بعقد البيع ذاته وتتبع من العقد ذاته وهي غير مستقلة عن العقد من حيث إنشاؤه⁽¹⁾ فهذه الضمانات تلعب دوراً تأمينياً لضمان قيام الضامن بالوفاء بالتزاماته ومنها دفع الثمن، وتستخدم هذه الضمانات عادة في البيوع المتعلقة بالأجهزة الكهربائية وتجهيزات الفنادق والمطاعم والمطابخ⁽²⁾.

وبيع المنقول المقترن بهذه الضمانات يجعل انتقال ملكية المبيع التي تتم بقوة القانون موقوفة إلى وقت قيام المشتري بالوفاء بالثمن، وهذا يعني أنه إذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن أو الالتزامات المترتبة عليه؛ فإن البائع يستطيع أن يسترد المنقول المبيع لأنه مالك له⁽³⁾.

وبالتالي فإن محل دعوى استرداد الضمانة يتسع ليشمل رهن المنقول بدون حيازة وبيع المنقول بشرط استرداده أو إعادة شرائه عند النكول عن الوفاء بالالتزامات وبيع المال المنقول بشرط تأجيل نقل ملكيته إلى حين استيفاء الثمن.

الفرع الثاني: تعريف دعوى استرداد الضمانة

يعرف حق الاسترداد بأنه حق المضمون له باستعادة الضمانة التي وضعت ضماناً لتنفيذ التزامات الضامن عند تخلف المدين عن الوفاء بالالتزامات التي وضعت هذه الضمانة ضماناً لتنفيذها، وهذا يستفاد من صياغة المادة 3 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة- بيع المال المنقول بشرط استرداده أو إعادة شرائه عند النكول عن الوفاء بالالتزامات-⁽⁴⁾.

إن حق الاسترداد ينشأ عن حق أشمل وهو حق المضمون له **بالتفرد** بالمال المنقول محل الضمانة، ويقصد بذلك حق المضمون له أو البائع باسترداد المال المنقول الذي اشترط استرداده أو إعادة شرائه أو تأجيل نقل ملكيته دون الدخول في تراحم مع باقي دائني الضامن، وبالتالي فإن حق التفرد يمنح المضمون له أو البائع مركزاً قانونياً متفرداً يجنبه كدائن مرتهن التراحم مع باقي الدائنين أي إقصاء باقي الدائنين، ويقصد به حق المضمون له باسترداد الضمانة دون الدخول في تراحم مع باقي دائني المشتري بحيث يمنح البائع مركزاً قانونياً متفرداً ويجنبه التراحم مع باقي الدائنين أي إقصاء باقي الدائنين⁽⁵⁾.

أي أنّ من شأن حق التفرد منح الدائن المرتهن **حقاً عينياً تبعياً حصرياً** على الضمانة ويكون له الحق في استردادها كلما كان ذلك ممكناً دون أن يدخل في تراحم بينه وبين غيره من الدائنين. كما أن حق التتبع يعتبر

(1) العلواني، محمد أزيان، الملاح الجديدة للتأمينات العينية المنقولة في القانون الفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد رقم 17، العدد 16، السنة 2014، ص 94، 95:96.

(2) حمزة، شرابن، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة 2017، ص 132، 133، 135.

(3) أولاد علي، طارق، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية على ضوء القانون رقم 21/18 المتعلق بالضمانات المنقولة، بحث منشور في مجلة منازعات الأعمال، العدد 57، السنة 2020، ص 112.

(4) المادة 3 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

(5) بوهاشم، محمد، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص 100، 101.

الوسيلة العملية التي تساعد المضمون له على ممارسة حق استرداد الضمانة عند تخلف المشتري عن الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه، بحيث يكون للدائن تتبع هذه الضمانة في يد أي كان لاستيفاء حقوقه بما في ذلك استردادها، وقد نص قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة على حق الدائن في تتبع الضمانة في يد أي كان لاستيفاء حقوقه⁽¹⁾. ويقصد بحق التتبع حق المضمون له في تتبع الضمانة مادياً وقانونياً والتتبع المادي هو تتبع المنقول في يد الغير إذا خرج من يد المدين والتتبع القانوني هو حق الدائن في تعقب المنقول والتنفيذ عليه واستيفاء دينه من قيمته⁽²⁾.

ويمكن تعريف دعوى الاسترداد بأنها: المكنة القانونية التي بموجبها يستطيع المضمون له ممارسة حق استرداد الضمانة محل عقد الضمان؛ عند تخلف الضامن عن تنفيذ التزاماته المتفق عليها.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لدعوى استرداد الضمانة

يمكن أن تتشابه بعض الأنظمة القانونية مثل دعوى استرداد الحيازة والتنفيذ الطوعي على الضمانة مع دعوى استرداد الضمانة، ولا بد من تمييز هذه الأنظمة عن دعوى استرداد.

الفرع الأول: دعوى استرداد الضمانة ودعوى استرداد الحيازة

تعرف دعوى استرداد الحيازة بأنها الدعوى التي يقيمها الحائز للعقار حيازة قانونية، خالية من عيوب الحيازة الذي اغتصبت حيازته عن العقار بهدف استرداد الحيازة ممن اغتصبها⁽³⁾.

وقد اشترط المشرع الأردني رفع دعوى استرداد الحيازة في العقارات " خلال سنة كاملة من تاريخ قيام المانع الوقتي الذي حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق، على أن تحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا كانت ظاهرة ومن وقت علم الحائز الأول اذا بدأت خفية وإذا وجد مانع جوهري من إقامة الدعوى تحسب السنة من وقت القدرة على إقامتها"⁽⁴⁾.

في حين نظم المشرع الأردني دعوى استرداد حيازة المنقول ونص على أنه " لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك؛ على أنه يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقده أو سرق منه أو غصب أن يسترده ممن حازه بحسن نية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقده أو سرقة أو

(1) المادتان 6/ب، 17 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

(2) عيسه، حسين عاهد، وضع الأموال المنقولة تأميناً لدين دون حيازة، المجلة الدولية للقانون، 2020، ص: 21، 22، راجع المادتين 56 و 57 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 تاريخ 1/8/1976.

(3) عبيدات، يوسف محمد قاسم، الحقوق العينية متضمناً تعديلات قانون الملكية العقارية لسنة 2019، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، إربد، 2020، ص: 195.

(4) المادتان 1179 و 1180 من القانون المدني الأردني.

غصبه" (1) .

وقضت محكمة التمييز: "إن الحيازة في المنقول قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك؛ فحائز المنقول لا يكلف بإثبات ملكيته له وإنما يكفي أن يكون الحائز الظاهري له". (2)

وبالعودة إلى دعوى استرداد الضمانة فإن حيازة المشتري في رهن المنقول بدون حيازة أو في عقد بيع المنقول بشرط استرداده يستند إلى سبب صحيح وهو عقد البيع أو عقد الضمان؛ وبذلك تختلف دعوى استرداد الضمانة عن دعوى استرداد حيازة المنقول من حيث مفهوم السبب الصحيح؛ فحيازة الحائز في دعوى استرداد حيازة المنقول تستند إلى سبب صحيح وهو تلقي المنقول من غير المالك؛ في حين أن البائع في نطاق دعوى استرداد الضمانة يطالب باسترداد الضمانة من المشتري بالرغم من أن الأخير قد تلقاها من المالك وهو البائع؛ من هنا فإنه وإن كانت حيازة المشتري للضمانة تستند إلى سبب صحيح وهو عقد الضمان؛ فإن هذا لا يمنع البائع من إقامة الدعوى لاسترداد تلك الضمانة في حال إخلال الضامن بالتزاماته.

الفرع الثاني: دعوى استرداد الضمانة والتنفيذ غير القضائي عليها

ينبغي التمييز بين صور التنفيذ غير القضائي على الضمانة، وهي التنفيذ الطوعي عليها وتملك الضمانة ودعوى استرداد الضمانة:

أولاً: التمييز بين دعوى استرداد الضمانة والتنفيذ الطوعي عليها

التنفيذ الطوعي هو "اتفاق خطي بين الضامن المدين والمضمون له؛ بموجبه يكون للمضمون له الحق بالتنفيذ على الضمانة لاستيفاء حقه المضمون بعد استحقاق الالتزام المضمون دون إتباع إجراءات التنفيذ" (3) .

والضمانة التي يجوز التنفيذ الطوعي عليها تشمل المال المنقول محل الرهن بدون حيازة ومحل تأجيل نقل الملكية إلى حين استيفاء الثمن والمال المنقول، الذي اشترط استرداده أو إعادة شرائه عند النكول عن الوفاء بالالتزامات (4) .

ثانياً: التمييز بين دعوى استرداد الضمانة والتملك الرضائي لها

(1) المادتان 1189 و 1190 من القانون المدني الأردني.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1989/416 تاريخ 1990/1/30، منشورات مركز عدالة.

(3) المادة 29/أ من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة، مع الإشارة إلى أن المشرع الأردني استعمل مصطلح التنفيذ الطوعي في نص المادة 30 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني: في حال تعذر التنفيذ الطوعي على الضمانة إما لغياب الاتفاق المشار إليه في المادة (29) من هذا القانون أو لأي سبب آخر.

(4) المواد 2، 3، 29 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة، وراجع: الذنيبات، أسيد حسن، فكرة التنفيذ الطوعي على الضمانة في القانون الأردني، إشكالية المفهوم وضبابية الأحكام، منشور في مجلة أبحاث البرموك، المجلد رقم 30، العدد رقم 4، السنة 2021، ص: 8، وراجع: الجراح، جهاد محمد، ماهية والطبيعة القانونية لبيع المال المنقول بشرط تأجيل نقل ملكية المبيع لحين استيفاء الثمن وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018، منشور في مجلة الميزان، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، بتاريخ 2022/3/30، ص: 26 وما بعدها.

يعرف التملك الرضائي للضمانة بأنه اتفاق بين الضامن والمضمون له في عقد الضمان؛ بأن يملك المضمون له الضمانة عند عدم وفاء الضامن بالتزاماته محل عقد الضمان⁽¹⁾.

وقد نص قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة على التملك الرضائي للضمانة واشترط أن يكون الاتفاق على تملك الضمانة خطياً، والكتابة هنا ركن لانعقاد الاتفاق، وأن لا يكون هناك حقوق أخرى نافذة في مواجهة الغير على الضمانة المراد تملكها رضائياً⁽²⁾.

ونلاحظ أن دعوى الاسترداد والتنفيذ الطوعي على الضمانة وتملكها يشتركان من حيث إن المصدر القانوني المنشئ لحق المضمون له في استرداد الضمانة أو التنفيذ الطوعي عليها أو تملكها هو عقد الضمان ذاته في حال إخلال الضامن بالتزامات التي يفرضها عليه عقد الضمان؛ في حين أن التنفيذ الطوعي على الضمانة أو تملكها يتم دون اللجوء إلى القضاء ودون اتباع إجراءات التنفيذ الجبرية؛ في حين أن دعوى استرداد الضمانة تتم من خلال اللجوء إلى القضاء ولا تتم طوعياً، فلم ينص المشرع الأردني على الاسترداد الطوعي للضمانة على خلاف التنفيذ الطوعي على الضمانة أو التملك الرضائي الذي نص عليه صراحة⁽³⁾.

(1) محسن، منصور حاتم، الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد رقم 21، العدد رقم 1، السنة 2013، ص: 3 و 4.

(2) المادة 29 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة .

(3) المادة 29/أ من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة، وتجدر الإشارة إلى أنه بموجب قانون السوابق القضائية (Anglo-Saxons) كان يتم الاتفاق على منح الدائن المرتهن الحق في تحويل ملكية المال المضمون أو المرهون له عند تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته، ولا يمكن للمدين التخلل من هذا الاتفاق إلا بقيامه بالوفاء بكامل الدين مع فوائده في موعد الاستحقاق، ولم يكن يُسمح للدائن المرتهن بمصادرة الضمانة بشكل مطلق إذا كان الراهن على استعداد للوفاء بالتزاماته، أي أن الهدف من الرهن هو ضمان سداد الدين وليس مصادرة المال المضمون، وأن أي محاولة أو عبارة في العقد لانتهاك ذلك المبدأ عن طريق إعاقه سداد الدين تعتبر غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ، وظهر بالتالي حق المدين الراهن غير القابل للانتهاك باسترداد ضماناته عن طريق السداد الكامل للدين الأساسي وفوائده المعقولة، وبالتالي كان أي شرط في عقد الرهن يسمح للمرتهن بالاحتفاظ بأي فائدة في ممتلكات الرهن بعد السداد الكامل للدين الأساسي يعتبر غير نافذ (حق المدين الراهن في استرداد جميع ممتلكاته بالكامل عن طريق سداد الدين لا يمكن أن يلغى من خلال أي شرط في عقد الرهن)، وبعد ذلك طورت قواعد العدالة حقاً للدائن المرتهن بالتعامل مع المدين الراهن الذي أخفق في سداد الدين في مواعده، من خلال قيام الدائن بالسير بإجراءات مصادر المال المرهون، راجع:

Morris G. Shanker , Will Mortgage Law Survive ? A Commentary and Critique on Mortgage Law's Birth, Long Life, and Current Proposals for Its Demise, school of law, case western Reserve University, Volume 54, Issue 1, 2003, p:72,75,76, Available: <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol54/iss1/4>.

المبحث الثاني

إجراءات دعوى استرداد الضمانة

إن البحث في إجراءات دعوى استرداد الضمانة يقتضي منا دراسة الشروط القانونية لقبول دعوى الاسترداد ومن ثم دراسة المحكمة المختصة بدعوى استرداد الضمانة.

المطلب الأول: الشروط القانونية لدعوى الاسترداد

إن بحث الشروط القانونية الواجب توافرها في دعوى استرداد الضمانة يقتضي منا بحث الشروط العامة لدعوى استرداد الضمانة ومن ثم بحث الشروط الخاصة لدعوى استرداد الضمانة.

الفرع الأول: الشروط العامة لدعوى استرداد الضمانة

1- **المصلحة:** تعتبر المصلحة من الشروط العامة لقبول أي دعوى بما فيها دعوى استرداد الضمانة، حيث إنه لا تقبل أي دعوى لا يكون لصاحبها فيها مصلحة قائمة يقرها القانون⁽¹⁾. وتعتبر المصلحة مناط دعوى استرداد الضمانة وهي المنفعة التي يحصل عليها المضمون له طالب الاسترداد وتتمثل بالرابطة القانونية فيما بين المضمون له والضامن والتي شرع القانون للمضمون له حق اللجوء إلى القضاء بسلطة الدعوى لحماية حقه باسترداد الضمانة أو تقريره بحكم قضائي ملزم. ومن شروط المصلحة القائمة كشرط لقبول الدعوى أن يستند المضمون له في دعواه إلى حق يقوم بذمة الضامن للوفاء بالتزام قائم⁽²⁾. ويجب أن تكون مصلحة المضمون له في دعوى استرداد الضمانة قانونية مستندة إلى حق أو وضع قانوني وأن تهدف إلى الاعتراف به وحمايته؛ ذلك أن الدعوى وسيلة قانونية لحماية الحق الذي يسبق وجود الدعوى⁽³⁾.

2- رفع دعوى استرداد الضمانة ضمن مدة التقادم

لم ينص قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة على مدة معينة يتوجب على المضمون له أن يرفع دعوى استرداد الضمانة خلالها؛ فالحق لا ينقضي بمرور الزمان ولكن "لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة وتبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء ومن وقت تحقق الشرط إذا كان معلقاً على شرط"⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة التمييز " إذا كانت الدعوى مؤسسة على المسؤولية العقدية يجعلها دعوى تخضع للتقادم

(1) المادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988، المنشور على الصفحة 735 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3545 بتاريخ 2/4/1988.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 2018/1238 تاريخ 2018/3/12، منشورات مركز عدالة.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2014/373 تاريخ 2014/5/26، منشورات مركز عدالة.

(4) المواد 449، 454 من القانون المدني.

الطويل بانقضاء خمس عشرة سنة⁽¹⁾.

وبالتالي فإن مدة التقادم هي خمسة عشر سنة من تاريخ تخلف الضامن عن القيام بالوفاء بالتزاماته التي يفرضها عليه حق الضمان؛ لكننا نلاحظ أن هذه المدة لا تتناسب أبداً مع دعوى استرداد الضمانة ونتيجة لغياب التنظيم القانوني فإننا نقترح إضافة نص يحدد المدة التي يتوجب على البائع فيها ممارسة حقه باسترداد المبيع مدة ستة أشهر من إخلال المشتري بالتزاماته مراعاة لاستقرار المراكز القانونية.

3- الخصومة في دعوى استرداد الضمانة

إن المدعي في دعوى استرداد الضمانة هو المضمون له أو البائع والخصم المدعى عليه فيها هو الضامن أو المضمون عنه أو المشتري الأول إذا لم يتصرف بالضمانة وبقيت بحوزته؛ أما في حال التصرف بها؛ فإن الخصم يصبح المشتري الأول وأي مشتري جديد انتقلت إليه الضمانة؛ حيث إنه يحق للمضمون له أو الدائن استرداد الضمانة مطهرة من أي حق أو التزام أنشأ عليها المشتري الأول والثاني⁽²⁾.

وحول إمكانية الاستخلاف في توريث الحق في دعوى الاسترداد، فإنه يمكن القول إن البائع قد يتوفى قبل أن يستعمل حقه في إقامة دعوى الاسترداد، فينتقل هذا الحق إلى الورثة؛ ليستعملوا حق الاسترداد مجتمعين دون تجزئة وإلا امتنع عليهم ممارسة هذا الحق، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على توريث حق الاسترداد ويجوز أن يستعمله ورثة البائع وخلفه الخاص؛ أضف إلى ذلك أن استعمال الخلف العام والخاص للحق في دعوى الاسترداد يجد أساسه في أن المبيع ما زال ملكاً للبائع وأحد عناصر ذمته⁽³⁾.

وكذلك يثبت حق الاسترداد لدائن البائع المدين في حالة إعسار الأخير من خلال الدعوى غير المباشرة ويمارس الدائن دعوى الاسترداد باسم مدينه البائع ولحسابه⁽⁴⁾.

ويحق لوكيل الإعسار أن يقيم دعوى استرداد الضمانة بمواجهة المشتري؛ خاصة إذا كان من شأن عدم استرداد المنقول المبيع أن يؤدي إلى إفقار ذمة الإعسار، أضف إلى ذلك أن التصرفات التي يبرمها البائع خلال السنة السابقة لتاريخ إشهار الإعسار؛ تكون غير نافذة إذا ألحقت ضرراً بذمة الإعسار أو منحت معاملة تفضيلية غير مبررة لأي من دائني المدين ولوكيل الإعسار المطالبة بعدم نفاذها، مع مراعاة أنه لا يجوز لوكيل الإعسار المطالبة بعدم نفاذ التصرفات المتعلقة بحقوق الضمان الخاضعة للحماية التي تسري على العقود المالية وفي

(1) قراري محكمة التمييز رقم 1807 لسنة 2019 تاريخ 24-04-2019 و 7107 لسنة 2018 تاريخ 01-04-2019، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين.

(2) عبيدات، يوسف محمد قاسم، قواعد بيع الوفاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ومدى إمكانية تطبيقها في القانون المدني الأردني، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، يوليو، 2011، ص: 165.

(3) المادة 402 من مجلة الأحكام العدلية، والمادتان 206 و 207 من القانون المدني.

(4) المادة 366 من القانون المدني.

جميع الأحوال يجوز لوكيل الإعسار إجازة تصرف البائع بخصوص بيع المنقول بشرط الاسترداد؛ طالما أدى هذا التصرف لزيادة فعلية في قيمة ذمة الإعسار أو أثر إيجابياً على الدائنين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة لدعوى استرداد الضمانة

1- وجود عقد ضمان خطي

يتوجب على المضمون له أن يثبت وجود عقد الضمان المنشئ لحقه في استرداد الضمانة وبعبارة أخرى أن يثبت أن له حقاً عينياً على الضمانة المطلوب استردادها⁽²⁾.

ويجب أن يكون هذا العقد كتابة، حيث جاء نص المادة السابعة⁽³⁾ يشترط لإنشاء حق الضمان ونفاذه بين أطرافه... أن يبرم عقد ضمان خطياً... أو أن يرد كشرط في العقد الذي أنشأ الالتزام المضمون⁽³⁾.

وطالما أن المشرع الأردني قد أستهل النص بعبارة **يشترط لإنشاء حق الضمان**؛ فالكتابة هنا تعتبر جزءاً من ماهية نشوء التصرف القانوني وركناً لقيام حق الضمان على المال المنقول وبدونها لا يقوم حق الضمان ولا ينعقد بين أطرافه، أي أن الكتابة هنا تعتبر ركناً لانعقاد، أما إشهار هذا الرهن فلا علاقة له بانعقاده أي أن الإشهار لا يعتبر ركناً لانعقاد عقد الرهن، وهذا يعني أن عقد الرهن بمجرد استيفاء شكلية الكتابة يترتب التزامات بذمة المدين الراهن من حيث المحافظة على الضمانة وبذل عناية الرجل المعتاد حتى ولو لم يتم إشهاره⁽⁴⁾ **على خلاف** لو لم يكن هناك إشهار للحقوق فإن دعوى الاسترداد سوف تصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽⁵⁾.

(1) المواد 14، 18، 21، 29، 33 من قانون الإعسار رقم 21 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 2640 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5514 تاريخ 16/5/2018.

(2) الفزيع، أنور أحمد راشد، استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة من حائز حسن النية، دراسة في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد 18، العدد 1، 1994، ص: 107.

(3) المادة 7 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة، الجراح، جهاد محمد، الماهية والطبيعة القانونية لبيع المال المنقول بشرط تأجيل نقل ملكية المبيع لحين استيفاء الثمن وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018، مقبول للنشر في مجلة الميزان، جامعة العلوم الإسلامية العالمية بتاريخ 2022/3/30، ص 12 و 13.

(4) الذنبيات، أسيد حسن، أحكام إشهار رهن المنقول بديلاً عن حيازته وتقييمه في قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018، منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 13، العدد 1، السنة 2021، ص 221، 222.

(5) الكعبي، هادي حسين عبد علي، احتفاظ البائع بملكية المبيع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، السنة 2011، منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 110.

2- وصف الضمانة

يتوجب وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة تخصيص الضمانة وبيان ماهيتها ووصفها وصفاً عاماً أو محدداً، وبالتالي فإنه يتوجب على المضمون له وعند إقامته لدعوى استرداد الضمانة أن يقوم بوصف الضمانة وصفاً تفصيلياً وبيان ماهيتها تلافياً للجهالة الفاحشة في وصف الضمانة وتحت طائلة رد الدعوى.⁽¹⁾

3- إشهار عقد الضمان إلكترونياً

اشترط قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة إشهاره عقد الضمان في السجل الإلكتروني؛ لنفاده بمواجهة الغير، والإشهار هو قيد الحقوق التي ترد على الأموال المنقولة في السجل الإلكتروني المخصص؛ لغايات إنفاذها في مواجهة الغير⁽²⁾.

ولكون حيابة المنقولات تخضع لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية؛ فكان لا بد من وسيلة قانونية بديلة للحيابة المادية تمنع الغير من التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية؛ فجاءت وسيلة الإشهار كحيابة قانونية لتحقيق الغاية التي كانت تحققها الحيابة المادية وهي تحصين الدائن من قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وتأكيد حقه في تتبع الضمانة، علاوة على أن الحيابة المادية من قبل الدائن كانت تزيد من التزاماته القانونية والعقدية بالمحافظة على المال المرهون، وبالتالي فإن بقاء الحيابة بيد المدين يجعل الدائن متحلاً من تلك الأعباء والالتزامات⁽³⁾. وقد أخذ المشرع الأردني بأسلوب الإشهار الإلكتروني لرهن المنقول المجرد من الحيابة⁽⁴⁾.

4- إخلال الضامن بالتزاماته

إن حق المضمون له باسترداد الضمانة لا يكون إلا عند تخلف الضامن عن الوفاء بالالتزامات التي وضعت الضمانة ضماناً لتنفيذها، وهذا الشرط يستفاد من صياغة نص المادة 3 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة - بيع المال المنقول بشرط استرداده أو إعادة شرائه عند النكول عن الوفاء بالالتزامات-⁽⁵⁾.

إنّ إخلال الضامن بالالتزام التعاقدية هو انحراف في سلوكه لا يأتيه الرجل المعتاد، ويُشترط لقيام هذا الإخلال الذي تقوم به مسؤولية الضامن برد الضمانة وجود التزام عقدي وعدم قيام المدين أو الضامن بتنفيذ التزامه أو

⁽¹⁾المادتان 7/أ، 3/أ/9 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني، المادة 10/د من نظام سجل الحقوق على الأموال المنقولة الأردني رقم 125 لسنة 2018.

⁽²⁾ المواد 2، 9، 10 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة والمادة الثانية من نظام سجل الحقوق على الأموال المنقولة.
⁽³⁾المادة 8 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني، وراجع: بعجي أحمد، حماية الدائن المرتهن في رهن المنقول دون تجريد المدين الرهن من الحيابة، منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد رقم 57، العدد رقم 1، سنة 2019، ص 86، 87، 90.

⁽⁴⁾المادتان 8 و10 من نظام سجل الحقوق على الأموال المنقولة، المادة 9/ج من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

⁽⁵⁾المادة 3 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

تأخره في تنفيذه أو تنفيذه بشكل معيب⁽¹⁾.

وعليه فإن مناط دعوى استرداد الضمانة هو ثبوت إخلال الضامن بالتزامه أو تخلفه عن الوفاء بثن المبيع وهذا لا يكون إلا في حالة حلول ميعاد الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان⁽²⁾.

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بدعوى استرداد الضمانة

ينثر التساؤل ما هي المحكمة المختصة مكانياً أو نوعياً بنظر دعوى استرداد الضمانة.

الفرع الأول: المحكمة المختصة مكانياً بنظر دعوى استرداد الضمانة

إذا كان المدعي يطلب تقرير حق عيني على عقار فتكون الدعوى عينية عقارية، وأما إذا كان يطلب حماية حق شخصي فتكون الدعوى شخصية عقارية⁽³⁾.

وهذا يعني أنه إذا كان المدعي يطلب تقرير حق عيني على منقول تكون الدعوى عينية على منقول، وبما أن حق الضمان حق عيني تبقي يرد على الضمانات المنقولة؛ فإن دعوى استرداد الضمانة تكون دعوى عينية على منقول⁽⁴⁾. وتبعاً لذلك ينعقد الاختصاص المكاني في الدعاوى المنقولة للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: المحكمة المختصة نوعياً بنظر دعوى استرداد الضمانة

بتطبيق القواعد العامة في الاختصاص؛ فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى استرداد الضمانة لا تخرج عن فرطين:

الفرض الأول: منازعة مستعجلة

قد يكون استرداد الضمانة منازعة مستعجلة يختص بها قاضي الأمور المستعجلة وبموجب ذلك يتم تقديم طلب مستعجل لدى قاضي الأمور المستعجلة لغايات استرداد الضمانة، لا سيما أن هذا يتفق مع ما ذهب إليه قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة من اعتبار تصرف المشتري بالضمانة من المسائل المستعجلة التي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة؛ حيث إنها من المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت وفقاً للقواعد العامة في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة؛ لأن ذلك سوف يلحق الضرر بالبائع؛ مما يتيح له طلب إجراء الكشف المستعجل على الضمانة، ويستطيع المضمون له أن يتقدم بطلب مستعجل لإثبات الحالة الراهنة

(1) قرار محكمة التمييز رقم 5534 لسنة 2021 تاريخ 04-07-2022، منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين.

(2) منصور، محمد حسين، شرط الاحتفاظ بالملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، السنة 2007، ص: 180.

(3) الحكم رقم 4798 لسنة 2022 محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، تاريخ 21-09-2022، منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين .

(4) عرفت المادة 2 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة الأردني حق الضمان بأنه الحق العيني التبقي الذي يقع على المال المنقول تأمينا للوفاء بالتزام.

(5) المادتان 36 و37 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

للضمانة والكشف المستعجل عليها بمعرفة خبير مختص في مجال الضمانة؛ للتحقق من عدم التصرف فيها أو إتلافها أو تغييرها⁽¹⁾ .

إن مسألة الاستجابة للطلب المستعجل في طلب استرداد الضمانة منوطة بفحص ظاهر البيئات، وبيان فيما إذا كانت تسعف بإجابة الطلب والتأكد من توافر شروط الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل، المتمثلة بشروطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق⁽²⁾ .

الفرض الثاني: منازعة موضوعية

قد يجد قاضي الأمور المستعجلة أن شروط اختصاصه غير متوفرة في طلب استرداد الضمانة وأن البحث في البيئات يعني الدخول في أصل الحق من لتحديد فيما إذا أخل المشتري بالتزاماته؛ مما يفقد اختصاصه كقاضٍ للأمر المستعجل، ولا يوجد أمام المضمون له إلا رفع دعوى موضوعية أمام المحكمة المختصة للمطالبة باسترداد الضمانة.

وفيما يتعلق بالاختصاص القيمي ينظر إلى قيمة الضمانة المراد استردادها؛ فإذا زادت قيمة دعوى الاسترداد على عشرة آلاف دينار انعقد الاختصاص القيمي بنظرها لمحكمة البداية، وإذا وصلت قيمة الضمانة عشرة آلاف دينار وأقل انعقد الاختصاص القيمي بنظرها لمحكمة الصلح⁽³⁾ .

المبحث الثالث

الآثار القانونية المترتبة على دعوى استرداد الضمانة

إن البحث في الآثار القانونية المترتبة على دعوى استرداد الضمانة يقتضي منا دراسة الآثار القانونية في حال بقاء الحالة العينية للضمانة، ومن ثم دراسة الآثار القانونية في حال تغير الحالة العينية للضمانة.

المطلب الأول: الآثار القانونية في حال بقاء الحالة العينية للضمانة

إن تحديد الآثار القانونية لدعوى استرداد الضمانة في حال بقاء الحالة العينية لها يقتضي منا التعرض إلى أثر دعوى الاسترداد على عقد الضمان ذاته، من ثم مصير الثمن والمصروفات التي أنفقها المشتري على المال المنقول.

(1) المادة 28 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة والمادة 32 من قانون أصول المحاكمات المدنية .

(2) المادتان 32 و33 من قانون أصول المحاكمات المدنية، إن شرط الاستعجال هو ضرورة تدفع بالمستدعي إلى اللجوء إلى القضاء طالباً حماية مركز قانوني بصورة مؤقتة وعلى وجه السرعة. وشرط عدم المساس بأصل الحق أن يكون الطلب المثار أمام القضاء المستعجل طلباً وقتياً يقصد به تحديد مركز الخصوم تحديداً مؤقتاً دون الفصل في الموضوع أو المساس به، الحكم رقم 1454 لسنة 2019 محكمة التمييز، تاريخ 2019-03-27، منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين .

(3) المادتان 1/36، 51 من قانون أصول المحاكمات المدنية، المادة 2 من قانون محاكم الصلح رقم 23 لسنة 2017، المنشور على الصفحة 4608 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5474 تاريخ 1/8/2017.

الفرع الأول: أثر دعوى الاسترداد على عقد الضمان

يترتب على دعوى استرداد الضمانة بقاء عقد البيع أو عقد الضمان قائماً، وتبعاً لذلك لا ينقضي عقد البيع إلا عن طريق دعوى الفسخ أو وجود شرط فاسخ في العقد؛ ولكن من شأن ذلك تجريد دعوى الاسترداد من مضمونها؛ لأنه إذا بقي عقد البيع قائماً فإنه على الرغم من استرداد البائع للضمانة لتصبح في حيازته وملكاً له لا يستطيع التصرف بهذه الضمانة، لأن التزامه بنقل ملكية الضمانة للمشتري إذا أوفى الأخير له بالثمن يبقى قائماً، أضف إلى ذلك أن من شأن بقاء عقد البيع قائماً أن يؤدي إلى عدم التزام البائع برد الجزء من الثمن الذي استوفاه من المشتري⁽¹⁾.

وبالتالي نرى أنه لمعرفة فيما إذا كان يترتب على إعمال الشرط الضماني أو رهن المنقول بدون حيازة عن طريق رد الضمانة فسخ عقد الضمان، يجب التمييز في هذا الشأن بين الحالات التالية:⁽²⁾

الحالة الأولى: إذا كانت الضمانة المستردة تفي بحق البائع بالثمن؛ انقضى عقد الضمان بالفسخ كنتيجة لدعوى الاسترداد بمجرد صدور حكم بموضوع دعوى استرداد الضمانة يقضي برد الضمانة للبائع؛ وهنا ينقضي حق البائع في الثمن ويلزم برد الجزء من الثمن الذي استوفاه من المشتري لا سيما أنه في "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إغذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه"، ولا يمكن تصور أن يطالب البائع بفسخ عقد البيع وعقد الضمان عن طريق إقامته لدعوى الاسترداد ثم يطالب في الوقت نفسه بتنفيذ هذا العقد.

الحالة الثانية: إذا كانت الضمانة المستردة لا تفي بحق البائع بالثمن أو بدين المضمون له؛ يبقى عقد الضمان قائماً ولا ينقضي بالفسخ في حال صدور حكم برد الضمانة، ويبقى للمضمون له الحق بالمطالبة بالجزء المتبقي من الثمن أي يبقى دائماً بالثمن، وتتطوي مطالبته بباقي الثمن في الواقع على المطالبة بتنفيذ عقد البيع وليس فسخه.

وقد يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه في حال وجود شرط فاسخ يقضي بالفسخ التلقائي للعقد، ويتم تأسيس دعوى الاسترداد على الشرط الضماني بالإضافة إلى الشرط الصريح الفاسخ للعقد.

ويتوجب لقبول دعوى الاسترداد أن يقوم البائع بإعذار المشتري للوفاء بالالتزامات التي يرتبها عليه عقد الضمان قبل إقامة دعوى الاسترداد، وإلا كانت الدعوى سابقة لأوانها⁽³⁾.

(1) منصور، محمد حسين، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص: 205 و206.

(2) المواد 245، 246، 249، 248 من القانون المدني.

(3) المادة 246 من القانون المدني.

وقضت محكمة التمييز " يكون توجيه الإنذار لازماً في حالة وجود التزامات متبادلة على الجانبين بموجب العقد لغايات فسخ العقد أو تنفيذه"⁽¹⁾ ، وأن الإعذار في دعوى الاسترداد من حق الخصوم ويتوجب على المدعى عليه المشتري أن يتمسك به ويدفع الدعوى بأنها سابقة لأوانها؛ وإلا سقط حقه في هذا الدفع⁽²⁾ .

الفرع الثاني: مصير المصروفات المنفقة على الضمانة

أولاً: مصير الثمن الذي دفعه المشتري للبائع

ينشأ للبائع الحق في استرداد الضمانة شريطة أن يقوم بإعادة ما قبضه من ثمن إلى المشتري؛ حيث إن المشتري قد يكون قام بدفع جزء من ثمن المنقول وتخلف عن الوفاء بباقي الثمن، ولم يبين قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة آلية استرداد الثمن الذي يتوجب على البائع رده على المشتري حتى يستطيع ممارسة حقه في استرداد المنقول المبيع، ولم يشترط أن يقوم المدعي في دعوى الاسترداد بإيداع ثمن المنقول المبيع الذي سبق أن دفعه المشتري لممارسة دعوى الاسترداد؛ ولكن يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد نتيجة الفسخ، وهذا يعني أن المشتري يسترد الثمن الذي دفعه عند قيام المضمون له البائع بإقامة دعوى استرداد الضمانة⁽³⁾. ونرى أنه يجب على المدعي أن يودع ما قبضه من الضامن على حساب الثمن في صندوق المحكمة شرطاً أساسياً لقبول دعوى الاسترداد.

ثانياً: مصير النفقات التي أنفقها المشتري على الضمانة

لا بد من الرجوع الى القواعد العامة التي نظمت أحكام استرداد النفقات التي يؤديها الحائز بسبب صحيح وحسن نية إلى المالك⁽⁴⁾ وتطبيقها على المصروفات التي ينفقها المشتري على الضمانة.

فإذا كانت النفقات ضرورية ولازمة لحفظ المنقول المبيع؛ كان البائع ملزماً بردها إلى المشتري، ومثال ذلك أن تكون الضمانة مزرعة من الحيوانات أو مزرعة لتربية النحل وينفق عليها المشتري نفقات علاج ومأكل ومشرب. وإذا كانت النفقات نافعة وصرفت لزيادة إنتاج الضمانة؛ فلا يمكن تطبيق أحكام الاتصال بالعقار بفعل الإنسان نظراً لأن المبيع التي صرفت عليه هذه النفقات منقول وليس عقار؛ وفي هذه الحالة لا مناص من تطبيق قواعد الكسب بلا سبب باعتبارها من تطبيقات الفعل النافع؛ وبموجبها يستطيع المشتري أن يسترد النفقات النافعة التي أنفقها على الضمانة، أما إذا كانت النفقات كمالية وهي النفقات التي تدخل في باب التزيد فلا هي ضرورية

(1) قرار رقم 2987 لسنة 2019 محكمة التمييز تاريخ 2019-05-26، منشورات قرارك، نقابة المحامين .

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2019/3484 تاريخ 2019/6/23، منشورات عدالة.

(3) المواد 245، 246، 248، 249 من القانون المدني الأردني. وقد نصت المادة 1673 من القانون المدني الفرنسي على أنه يتوجب على البائع دفع الثمن المتفق عليه في العقد والمصروفات التي أنفقها المشتري مثل مصاريف البيع ورسومه وأي ضريبة دفعها على هذا المنقول، ويلتزم البائع بدفع قيمة الإصلاحات الضرورية التي أنفقها المشتري في سبيل المحافظة على المنقول المبيع. أشار إليها: الهاجري، سارة سعد مريط، بيع الوفاء، دراسة تحليلية مقارنة لنص المادة 474 من القانون المدني القطري، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة قطر، السنة 2021، ص 37.

(4) عبيدات، يوسف محمد، الحقوق العينية متضمناً تعديلات قانون الملكية العقارية لسنة 2019، مرجع سابق، ص: 2020 .

ولا هي نافعة؛ فهذه النفقات لا يُجبر البائع على ردها ولكن يجوز للمشتري أن يزيلها ويأخذها شريطة بقاء الضمانة على حالها⁽¹⁾.

وقضت محكمة التمييز: "بأن من يلتزم بدفع ما تم دفعه من نفقات ومصروفات نافعة هو المالك الذي رد إليه ملكه"⁽²⁾ والذي رُد إليه ملكه في دعوى استرداد الضمانة هو البائع المضمون له والوسيلة العملية لمطالبة المشتري بالمصروفات التي أنفقها على الضمانة أو ما دفعه من ثمن يكون من خلال تقديم ادعاء متقابل على دعوى الاسترداد⁽³⁾. ويتوجب على المضمون له أن يطلب استرداد الضمانة كاملة ولا يجوز له تجزئة الضمانة⁽⁴⁾. وبالتالي لا تقبل دعوى استرداد الضمانة بطبيعتها التجزئة حتى لو كان الثمن المتبقي جزءاً يسيراً، خاصة إذا كانت الضمانة معينة بالذات فإن الالتزام بردها غير قابل للتجزئة، وبذلك يستطيع المضمون له المطالبة باسترداد الضمانة التي لم يستوفِ كل ثمنها⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: الآثار القانونية في حال تغير الحالة العينية للضمانة

قد تتغير الحالة العينية للضمانة عن طريق اندماجها أو تحوله أو التصاقه بمال آخر⁽⁶⁾ وتبعاً لذلك هل حق الاسترداد مقيد بأن تبقى الضمانة المراد استردادها قائمة بعينها وأن لا يقع عليها تغيرات تفقدها الصفة الأصلية ؟

الفرع الأول: حالة اندماج المال المنقول المطلوب استرداده

أجاز قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة إنشاء حق الضمان على " الأشياء المثلية قبل اندماجها بمثلياتها بشكل يفقدها ذاتيتها؛ إذا كانت محددة المقدار"، وأفرد حكماً آخر مفاده استمرار نفاذ حق الضمان على المال المنقول المثلي بعد الاندماج، ويكون لكل دائن الحق في استيفاء حقوقه من الكتلة أو المنتج بنسبة الضمانة العائدة له إلى الكتلة أو المنتج وقت الاندماج"⁽⁷⁾.

وبالتالي إذا اندمجت الضمانة مع مال منقول آخر يمكن للبائع المطالبة باستردادها، ولا يشترط أن يقوم البائع بإثبات أن المال المنقول المراد استرداده لا يزال على حالته العينية عند المشتري.

(1) المواد 293، 294، 1193، 1141، 1143 من القانون المدني

(2) قرار رقم 1732 لسنة 2013 - محكمة التمييز بتاريخ 2013-08-21، منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين .

(3) المادة 116 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

(4) عبيدات، يوسف محمد قاسم، قواعد بيع الوفاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ومدى إمكانية تطبيقها في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص: 167

(5) منصور، محمد حسين، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص: 203 و 204 .

(6) دليله، شرابي، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص: 203 .

(7) المادة 22 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

وقد أضاف القانون المدني الفرنسي شرطاً آخر لممارسة حق الاسترداد وهو أن يكون بالإمكان فصل المالكين المنقولين دون إحداث أي ضرر فيهما⁽¹⁾. على أنه يمكن الأخذ من خلال المادة 58 من القانون المدني الأردني التي نصت على إمكانية نقل المال المنقول دون تلف أو تغيير في هيئته، وبقواعد الاتصال بالمنقول التي بموجبها "إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين؛ قضت المحكمة في النزاع مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما"⁽²⁾.

فإذا وجدت المحكمة بعد الاستعانة بالخبرة الفنية التي تجربها على الضمانة المعين بالنوع، والتي اندمجت بمال منقول آخر؛ أن من شأن الحكم بالاسترداد أن يؤدي إلى إلحاق الضرر الشديد بالمال الأصلي والمال المندمج فيه، حكمت برد دعوى الاسترداد العيني للضمانة ولا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ، بمقابل لعدم توافر شروط التنفيذ العيني⁽³⁾ أو الأخذ بالقاعدة الفقهية (يتبع الأقل في القيمة الأكثر) فإذا كانت الضمانة المراد استردادها أكثر من قيمة المال الذي اندمج فيها، فيحكم للبائع بالمال المنقول كاملاً بعد الاندماج بعد أن يقوم بدفع قيمة المال الذي اندمج فيه المال الأصلي⁽⁴⁾.

وكذلك يجوز للبائع المطالبة باسترداد المال المنقول حتى لو أصبح عقاراً بالتخصيص؛ شريطة أن لا يلحق فصله الضرر به أو بالعقار الذي وضع لخدمته⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: حالة تحول المال المنقول المطلوب استرداده

قد تتغير الحالة الطبيعية للمال المنقول المراد استرداده، مثل تحويل القماش إلى ألبسة، تحويل الخشب إلى أثاث، تحويل الورق إلى مطبوعات، فقد تؤدي عملية التحول إلى عدم التعرف على المال محل دعوى الاسترداد، فهل يمكن استرداد الضمانة في هذه الحالة؟

لم ينص قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة على حكم مثل هذه الحالة؛ لأنه أخذ بالشرط البسيط لشرط الاحتفاظ بالملكية، ولكن بإمكان البائع أن يقوم بإيراد شرط في عقد الضمان مفاده احتفاظ البائع الدائن بحقه في استرداد المال المنقول حتى لو تم تحويله إلى شكل آخر، أي حق البائع في اكتساب ملكية الشيء الناتج عن

(1) أشار إليها: دليلة، شرابي، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص: 204

المادة 2370 من القانون المدني الفرنسي:

«L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien,

ne fait pas obstacle au droit du créancier lorsque ces bien peuvent être séparés sans subir de dommage»

(2) المادة 1145 من القانون المدني الأردني .

(3) المادة 355 من القانون المدني الأردني.

(4) المادة 1141 من القانون المدني والمادة 902 من مجلة الأحكام العدلية.

(5) المادة 20 من قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.

عملية تحويل المال المنقول بما يتناسب مع مقدار قيمة المال المنقول الذي وضع ضماناً لتنفيذ الالتزامات؛ لضمان فعالية الضمانات المنقولة عن طريق ما يسمى بشرط التحويل⁽¹⁾.

ومن أمثلة ذلك تحويل الحديد الى أدوات زراعية أو عدد صناعية، أو تحويل القمح الى طحين، أو تصنيع رقائق الألمنيوم لصناعة الشبابيك، ففي إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الإنجليزي، قامت الشركة البائعة ببيع مادة النفط للشركة المشتريه واحتفظت البائعة بشرط مفاده احتفاظها بملكية النفط المباع حتى لو تم خلطه مع مواد نفطية أخرى لحين وفاء المشتريه بالثمن، وبالفعل قامت الشركة المشتريه بمزج النفط المباع مع مواد نفطية أخرى؛ إلا أن القضاء الإنجليزي رفض دعوى الاسترداد لصعوبة تطبيق شرط التحويل من الناحية العملية⁽²⁾.

الخاتمة

حاولنا الإجابة عن الأسئلة التي تم طرحها في إشكالية البحث، من خلال بيان ماهية دعوى استرداد الضمانة وإجراءات هذه الدعوى والمحكمة المختصة بنظرها والآثار القانونية المترتبة عليها، وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

- لم ينظم المشرع الأردني حق المضمون له باسترداد الضمانة في قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة.
- إن حق المضمون له باسترداد الضمانة ينشأ عن حق أشمل وهو حقه بالتفرد بهذه الضمانة دون الدخول في تزامم مع باقي دائني الضامن.
- إن الوسيلة العملية لممارسة حق الاسترداد تكون من خلال دعوى الاسترداد التي تتسع لتشمل رهن المنقول دون حيازة و بيع المنقول بشرط استرداده أو إعادة شرائه عند النكول عن الوفاء بالالتزامات وبيع المال المنقول بشرط تأجيل نقل ملكيته إلى حين استيفاء الثمن وهي دعوى عينية على منقول.
- في نطاق الضمانات المنقولة؛ فإنه وإن كانت حيازة المشتري للضمانة تستند على سبب صحيح وهو عقد الضمان؛ فإن هذا لا يمنع البائع من إقامة الدعوى لاسترداد هذه الضمانة؛ على خلاف القواعد العامة التي منعت الادعاء على الحائز حسن النية؛ طالما أن حيازته تقوم على سبب صحيح.
- إن دعوى استرداد الضمانة تتم من خلال المحكمة ولا تتم طوعياً، فلم ينص المشرع الأردني على الاسترداد الطوعي للضمانة على خلاف التنفيذ الطوعي على الضمانة الذي يتم دون اللجوء إلى القضاء.
- يحق لوكيل الإعسار أن يقيم دعوى استرداد الضمانة بمواجهة المشتري أو الضامن؛ خاصة إذا كان من شأن عدم استرداد الضمانة أن يؤدي الى إفقار ذمة الإعسار.

(1) أشار إليها: دليلة، شرابي، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص: 207

Marie Ange Houtman, De quelques réflexions à propos des difficultés d'application de la clause de réserve de propriété dans le droit de procédure collectives, petites affiches 18/06/1999, n°121, p6.

(2) أشار إليها: الدراجة، محمد خير، شرط الاحتفاظ بالملكية في القانونين الأردني والإنجليزي، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، كلية القانون، 2022، ص: 17، 18

- لم يبين قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة المحكمة المختصة بنظر دعوى استرداد الضمانة وبالتالي فإنها يمكن أن تكون منازعة مستعجلة من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة أو منازعة موضوعية تختص بها المحكمة حسب قيمة الضمانة.
- إذا كانت الضمانة المستردة تفي بالثمن ينقضي عقد الضمان بالفسخ، أما إذا كانت الضمانة المستردة لا تفي بالثمن يبقى الضمان قائماً ولا ينقضي بالفسخ في حال صدور حكم برد الضمانة.
- لا يشترط أن يقوم البائع بإثبات أن المال المنقول المراد استرداده لا يزال على حالته العينية لكي يتمكن من استرداده؛ لأنه يكون لكل دائن الحق في استيفاء حقوقه من الكتلة أو المنتج بنسبة الضمانة العائدة له إلى الكتلة أو المنتج وقت الاندماج .

ثانياً:التوصيات

- نوصي المشرع الأردني بتنظيم دعوى استرداد الضمانة ضمن قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة وتقنينها ضمن نصوص قانونية تنظم شروطها وأحكامها القانونية والآثار المترتبة عليها، ونقترح النصين التاليين:

النص الأول:

- يحق للمضمون له المطالبة باسترداد الضمانة في حال إخلال الضامن أو المضمون عنه بالالتزامات المضمونة بموجب عقد الضمان بالحالة المحددة في عقد الضمان أو بالحالة التي تم استلامها فيها حتى لو تم تحويلها إلى شكل آخر بما يتناسب مع مقدار قيمة الضمانة مع مراعاة ما يطرأ عليها من تغييرات نتيجة الاستهلاك الطبيعي .
- يتوجب على المضمون له عند إقامة دعوى استرداد الضمانة أن يودع في صندوق المحكمة الثمن الذي قبضه من الضامن أو المضمون عنه بموجب عقد الضمان أو أن يقدم كفالة مصرفية أو عدلية بمقدارها مالم يكن المضمون له بنكاً.
- على المضمون له الذي استرد الضمانة أن يؤدي إلى الضامن أو المضمون عنه النفقات الضرورية اللازمة لحفظ الضمانة أو النفقات نافعة التي صُرفت لزيادة إنتاج الضمانة أما إذا كانت النفقات كمالية فلا يجبر المضمون له على ردها ولكن يجوز للضامن أو المضمون عنه أن يزيلها ويأخذها شريطة بقاء المنقول على حاله وعدم تأثره.

النص الثاني:

- إذا امتنع الضامن أو المضمون عنه عن إعادة الضمانة في حال إخلاله بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الضمان؛ فيعتبر ذلك سبباً مشروعاً لتقديم طلب من قبل المضمون له إلى قاضي الأمور المستعجلة لدى محكمة البداية لاستصدار قرار برد الضمانة إليه وللقاضي وبناءً على طلب المضمون له إجراء الكشف

لإثبات واقع حال الضمانة إذا وجد ذلك ضرورياً؛ شريطة تقديم المضمون له من غير المؤسسات العامة والبنوك كغالة عدلية أو مصرفية تضمن كل عطل أو ضرر قد يلحق بالضامن أو المضمون عنه إذا تبين أن المضمون له غير محق في طلب الاسترداد.

- لا يكون المضمون له ملزماً بإقامة دعوى موضوعية بشأن القرار المستعجل بإعادة حيازة الضمانة له أو التصرف فيه، ولكن لا يمس هذا القرار بحق أي طرف بإقامة دعوى موضوعية بمواجهة الطرف الآخر لتقديم أي ادعاءات أو مطالبات وفق أحكام التشريعات النافذة .
- إذا لم يقدم الضامن أو المضمون عنه دعوى موضوعية أمام المحكمة المختصة بخصوص عقد الضمان موضوع طلب استرداد الضمانة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه للقرار المستعجل؛ فعلى المحكمة إعادة الكفالة المقررة إلى المضمون له .

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

- الكعبي، هادي حسين، احتفاظ البائع بملكية المبيع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، السنة 2011، منشورات الحلبي الحقوقية.
- عبيدات، يوسف محمد قاسم، الحقوق العينية متضمناً تعديلات قانون الملكية العقارية لسنة 2019، كتاب، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن، إربد، 2020.
- منصور، محمد حسين، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، السنة 2007.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- الدراجة، محمد خير، شرط الاحتفاظ بالملكية في القانونين الأردني والإنجليزي، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، كلية القانون، 2022.
- الهاجري، سارة سعد مريط، بيع الوفاء، دراسة تحليلية مقارنة لنص المادة 474 من القانون المدني القطري، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة قطر، السنة 2021.
- حمزة، شرابن، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة 2017.
- دليلة، شرابي، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2019.

ثالثاً: الأبحاث

- الجراح، جهاد محمد، الماهية والطبيعة القانونية لبيع المال المنقول بشرط تأجيل نقل ملكية المبيع لحين استيفاء الثمن وفقاً لقانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018، منشور في مجلة الميزان، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، بتاريخ 2022/3/30.
- الذنبيات، أسيد حسن، أحكام إشهار رهن المنقول بديلاً عن حيازته وتقييمه في قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018، منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 13، العدد 1، السنة 2021.
- العلواني، محمد أرويان، الملامح الجديدة للتأمينات العينية المنقولة في القانون الفرنسي، مجلة الحقوق، المجلد رقم 17، العدد 16، السنة 2014.
- الفراء، عبدالله خليل حسين، مدى صحة اتفاق الدائن مع المدين في قانون التنفيذ الفلسطيني، منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد رقم 2، السنة 2018.

- الفزيع، أنور أحمد راشد، استرداد المنقولات المسروقة أو المفقودة من حائز حسن النية، دراسة في القانون الكويتي، منشور في مجلة الحقوق، المجلد 18، العدد 1، 1994.
- أولاد علي، طارق، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية على ضوء القانون رقم 21/18 المتعلق بالضمانات المنقولة، مجلة منازعات الأعمال، العدد 57، السنة 2020.
- بعجي أحمد، حماية الدائن المرتهن في رهن المنقول دون تجريد المدين الراهن من الحيابة، منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد رقم 57، العدد رقم 1، سنة 2019.
- بوهاشم، محمد، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المغربي والمقارن، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2020.
- عبيدات، يوسف محمد قاسم، قواعد بيع الوفاء في قانون الموجبات والعقود اللبناني ومدى إمكانية تطبيقها في القانون المدني الأردني، منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، يوليو، 2011.
- عيسه، حسين عاهد، وضع الأموال المنقولة تأميناً لدين دون حيابة، المجلة الدولية للقانون، 2020.

رابعاً: القوانين

- مجلة الأحكام العدلية، منشورات برنامج قرارك، نقابة المحامين النظاميين .
- القانون المدني رقم 43 لسنة 1976، المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 تاريخ 1976/8/1.
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988، المنشور على الصفحة 735 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3545 تاريخ 1988/4/2.
- قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 17 لسنة 2001، المنشور على الصفحة 1308 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4480 بتاريخ 2001/3/18.
- قانون التنفيذ رقم 25 لسنة 2007، المنشور على الصفحة 2262 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4821 تاريخ 2007/4/16.
- قانون محاكم الصلح رقم 23 لسنة 2017، المنشور على الصفحة 4608 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5474 بتاريخ 2017/8/1.
- قانون الإعسار رقم 21 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 2640 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5514 تاريخ 2018/5/16.
- قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم 20 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 2387 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5513 تاريخ 2018/5/2.
- نظام سجل الحقوق على الأموال المنقولة رقم 125 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 6693 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5541 تاريخ 2018/11/1.

خامساً: الأحكام القضائية

- منشورات قرارك، نقابة المحامين النظاميين الأردنيين، منشورات مركز عدالة.

المراجع باللغة الأجنبية

- Morris G. Shanker , Will Mortgage Law Survive ? A Commentary and Critique on Mortgage Law's Birth, Long Life, and Current Proposals for Its Demise, school of law, case western Reserve University, Volume54, Issue1, 2003, p:72,75,76.
- «L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien, ne fait pas obstacle au droit du créancier lorsque ces bien peuvent être séparés sans subir de dommage.
- Marie Ange Houtman, De quelques réflexions à propos des difficultés d'application de la clause de réserve de propriété dans le droit de procédure collectives, petites affiches 18/06/1999, n°121, p6.

الآثار القانونية المترتبة على الحكم بضمان المال المغصوب في القانونين الأردني والإماراتي - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي

ياسين احمد القضاة *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.03](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.03)

تاريخ استلام البحث 2023/02/16.

تاريخ قبول البحث 2023/03/16.

* كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الأردن

* للمراسلة: valqudah666@yahoo.com

الملخص

تهدف هذه الدراسة الى الكشف عن الآثار القانونية المترتبة على ضمان المال المغصوب في القانونين الأردني والإماراتي من خلال المقارنة مع الفقه الإسلامي وما جاء حول ذلك من اجتهادات قضائية، ذلك لأن حق الملكية يعتبر من أهم الحقوق العينية، إذ ينظر إليه على أنه الأصل الذي تفرعت عنه بقية الحقوق العينية الأصلية، وحظي حق الملكية بحماية شرعية وقانونية من أي تعدي أو أي فعل ضار ومنها الغصب. من خلال هذا البحث تم الإجابة عن سؤالين أساسيين هما: هل يعتبر ضمان المال المغصوب سببا من أسباب كسب الملكية؟ وما هو الأساس القانوني لتقدير الضمان عند الغصب؟ وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي كان من أهمها الاقتراح بتعديل نص المادة (3/279) من القانون المدني الأردني ونص المادة (3/304) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، واقترح الباحث ضرورة العمل على تعديل النصوص السابقة بحيث يصبح وقت تقدير قيمة المال المغصوب بوقت الحكم بالضمان تحقيقا للعدالة وجبرا للضرر.

الكلمات الدالة: الغصب، الضمان، الملكية، غصب المال، ضمان الغصب، الغاصب.

Legal Consequences of the Sentence to Guarantee Usurped Property in the Jordanian and UAE Laws - A Comparative Study with the Provisions of Islamic Jurisprudence

Yassin Ahmad Alqudah*

* Faculty of Law, Middle East University, Jordan

* Crossponding author: valqudah666@yahoo.com

Received: 16/02/2023.

Accepted: 16/03/2023.

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

إن حق التملك من أهم الحقوق المالية التي أقرت القوانين الوضعية اكتسابها بالطرق المشروعة لما لها من أهمية بالغة في تطوير النظام الاجتماعي والاقتصادي في أي دولة، ناهيك عن اهتمام الشريعة الإسلامية وحمايتها لهذا الحق لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)⁽¹⁾. وبالتالي فإن حق الملكية يتمتع بحماية شرعية وحماية قانونية من أي تعدٍ عليه وبأي شكل من أشكال الفعل الضار، الذي يترتب عليه وجوب الضمان للمضروب لذلك تكفلت الدساتير بحماية حق الملكية ومن بينها الدستور الأردني الذي نص في المادة (11) منه على منع نزع ملكية أي شخص بدون سبب شرعي وأنه لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل وحسبما يعين في القانون.

وفيما يتعلق بأحكام الغصب كصورة من صور الفعل الضار التي قد تقع على حق الملكية كما اعتبره المشرع المدني الأردني والإماراتي والعراقي وغيرها من التشريعات العربية، فقد استمد المشرع المدني الأردني أحكامه فيما يتعلق بالغصب من أحكام الفقه الإسلامي وقد سار على غرار المشرع المدني الإماراتي، لكن المشرع المدني الأردني لم يضع تعريفاً محدداً لفعل الغصب من خلال نصوصه التي تناولت أحكام الغصب في المواد (279-287) مدني أردني وتطابقها (المواد 304 - 311) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث قرر المشرع المدني الأردني أن الغصب يعتبر سبباً من أسباب الضمان للمال المغصوب.

مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لبيان الآثار القانونية المترتبة على الحكم بضمن المال المغصوب، وبيان موقف المشرعين الأردني والإماراتي من ذلك، ومدى إحاطة النصوص القانونية في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي بأحكام الغصب بالمقارنة مع الفقه الإسلامي من ضمان الغصب، وخصوصاً بأنه لا يوجد تعريف واضح لمفهوم الغصب في القانون الأردني، لا سيما ما يثبتته الواقع العملي وما يدور في أروقة المحاكم الأردنية والعربية من قضايا ودعاوى متعلقة بالاعتداء على مال الغير .

أهداف الدراسة:

- 1- توضيح الآثار القانونية المترتبة على الحكم بضمن المال المغصوب في القانونيين الأردني والإماراتي مقارنة بالفقه الإسلامي .
- 2- بيان الأساس القانوني لتقدير الضمان في حالة الغصب وموقف المشرعين الأردني والإماراتي من ذلك.
- 3- تحديد الأحكام العامة لضمان الغاصب في التشريع الأردني والإماراتي مقارنة مع الفقه الإسلامي .
- 4- التركيز على مواطن الضعف والقوة لأحكام الغصب في التشريعين الأردني والإماراتي ومقارنتها مع غيرها من التشريعات العربية وأحكام الفقه الإسلامي .

(1) سورة النساء، آية 29.

أسئلة الدراسة :

- 1- هل يعتبر الحكم بضمن الغصب سبباً من أسباب كسب الملكية في القانونين الأردني والإماراتي؟
- 2- ما هو الأساس القانوني لتقدير الضمان في حالة الغصب؟
- 3- هل يعتبر ضمان الغصب سبباً لكسب الملكية ؟

الدراسات السابقة :

القضاة، عمار محمد علي ، آثار الغصب على حق الملكية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2013. جاءت هذه الدراسة عامة لآثار الغصب على حق الملكية في القانون المدني الأردني ، وتميز بحثنا عنها بأنه تم تناول موقف المشرع الأردني مقارنة مع المشرع الإماراتي بالإضافة الى المشرع العراقي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي .

منهج الدراسة :

سيتم تناول موضوع هذا البحث من خلال اتباع المناهج التالية:

1. **المنهج الوصفي:** وذلك من خلال وصف مفهومي الضمان والغصب في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي وبعض القوانين العربية الأخرى، بالإضافة إلى أحكام الفقه الإسلامي ومدى معالجة تلك التشريعات لمفهوم الضمان ومفهوم الغصب.
 2. **المنهج التحليلي:** سيتم استخدام هذا المنهج في تحليل النصوص القانونية التي تناولت أحكام الضمان والغصب في التشريع المدني الأردني والإماراتي، مستشهداً ببعض الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية والمحكمة الاتحادية في دولة الإمارات العربية فيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة.
 3. **المنهج المقارن:** سيتم اتباع هذا المنهج ومقارنة موضوع هذا البحث بين القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وأحكام الفقه الإسلامي ما أمكن ذلك.
- ## خطة الدراسة :

وعلى ضوء ما سبق سنقسم هذا البحث والموسوم بـ الآثار القانونية المترتبة على الحكم بضمن المال المغصوب في القانونين الأردني والإماراتي إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: ماهية الضمان في غصب الأموال.

المطلب الأول: مفهوم الضمان

المطلب الثاني: مفهوم الغصب

المطلب الثالث: مدى إمكانية تملك المال المغصوب بالضمان

المبحث الثاني: النتائج القانونية المترتبة على الحكم بضمن الغصب

المطلب الأول: الضمان كسبب من أسباب كسب الملكية.

المطلب الثاني: أثر الحكم بالضمان على الغاصب

المطلب الثالث: الأساس القانوني لتقدير الضمان عند الغصب.

المبحث الأول

ماهية الضمان في غصب الأموال

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقاً، وهو من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد بخصائص انفراد بها دون سواه كونه حقاً جامعاً مانعاً دائماً، وحدد المشرع المدني وسائل اكتساب هذا الحق، ولأن النفس البشرية تواقدة للتملك والاستئثار بالأشياء والتفرد بها عن الغير، وهي جبلت على حب الإكثار والزيادة فيها مهما تراكت تنبه المشرع المدني الأردني متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بأحكام المسؤولية عند الفعل الضار، الذي يعتبر فعل الغصب إحدى صورته الذي ينتج ضرراً مباشراً في المال المغصوب وحرمان صاحبه من حق الانتفاع به، وأوجب على كل من قام بهذا الفعل الحكم عليه بالضمان أو التعويض بما يعادل حجم الضرر الذي لحق بمالك المال المغصوب، ووفقاً لهذا يتعين علينا أن نعرض هذا المبحث في ثلاثة مطالب رئيسية، نتناول في المطلب الأول: مفهوم الضمان، وفي المطلب الثاني، مفهوم الغصب، وفي المطلب الثالث: مدى إمكانية تملك المال المغصوب بالضمان.

المطلب الأول: مفهوم الضمان

لمصطلح الضمان مدلول في اللغة وآخر في اصطلاح القانون والفقه الإسلامي، وضمان المال لغة أي التزامه، ولفظ الضمان مشتق من الفعل ضمن، ويقال ضمن فلاناً الشيء: أي جعله يضمنه وألزمه ويقال تضامنوا أي التزم كل منهم بأن يؤدي عن الآخر ما يعجز عن أدائه والضمان هو الكفالة والالتزام⁽¹⁾. وضمان المبيع أي ما يكون مضموناً بالثمن قل أو أكثر، وضمنته المال أي ألزمته إياه⁽²⁾. وضمان الغصب ما يكون مضموناً بالقيمة⁽³⁾.

والضمان في الفقه الإسلامي بمعناه الأعم لا يخرج عن معناه اللغوي فهو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل⁽⁴⁾. وجاء تعريف الضمان في المادة (416) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيميات". وعرفه بعض الفقهاء⁽⁵⁾ بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير". وقد استخدم القانون المدني الأردني مصطلح الضمان متأثراً بالفقه الإسلامي في المادة (256) منه التي جاء فيها: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"⁽⁶⁾. كذلك الأمر ورد مصطلح الضمان في القانون المدني العراقي⁽⁷⁾. متأثراً بأحكام الفقه الإسلامي، بينما نجد بعض القوانين المدنية الأخرى

(1) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، (بدون سنة نشر)، مادة ضمن، ص 384.

(2) الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998، ص 14.

(3) الزيات، أحمد والنجار، محمد علي المعجم الوسيط، الجزء الأول، مطبعة مصر، 1960، ص 547.

(4) الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة (2000)، ص 8.

(5) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ص 22.

(6) وقد سار المشرع المدني الإماراتي على نهج المشرع المدني الأردني في هذا الموضوع حيث جاء في نص المادة (282) من قانون المعاملات

المدنية الإماراتي: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

(7) المواد، (186)، (187)، (190) من القانون المدني العراقي.

استعملت مصطلح التعويض بدلاً من الضمان كما هو الحال في القانون المدني المصري⁽¹⁾، ويرى الباحث بأن استخدام مصطلح الضمان بدلاً من التعويض، يعتبر أكثر دقة وشمولاً من مصطلح التعويض وذلك لأن مصطلح الضمان يعد تعبيراً أكثر عمومية وشمولاً لقيام المسؤولية المدنية، فمصطلح الضمان يتسع في مفهومه إلى الالتزام برد الشيء المغصوب ذاته إلى مالكه، فإن كان ذلك مستحيلًا فإنه يتم اللجوء إلى البديل المثلي أو القيمي⁽²⁾، بينما مصطلح التعويض يدل على البديل أو العوض ولا يشمل إعادة الحال إلى ما كان عليه سابقاً، ومن هنا يتبين للباحث بأن أساس المسؤولية المدنية، في الفقه الإسلامي والتشريع المدني الأردني والتشريع المدني الإماراتي هو الفعل غير المشروع أو الإضرار، الذي عرفته المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني⁽³⁾: (بمجاوزة الحد) الواجب الوقوف عنده أو (التقصير عن الحد) الواجب الوصول إليه في الفعل أو (الامتناع مما يترتب عليه الضرر...).

والإضرار بالمعنى السابق يختلف مفهومه عن مفهوم الضرر، لأن الإضرار يكون بإحداث الضرر بفعل غير مشروع أو إحداث الضرر على نحو مخالف للقانون⁽⁴⁾. لذلك فإن المسؤولية المدنية والالتزام بالضمان في القانونين المدنيين الأردني الإماراتي لا يقوم على إلحاق الضرر بالغير، بل يجب أن يكون إلحاق الضرر بالغير على نحو غير مشروع.

وبناءً على ما تقدم يستبعد من نطاق الإضرار الحالات التي يلحق فيها شخص ضرراً بالغير عندما يمارس نشاطه بناء على جواز شرعي أو قانوني، مثل عمل الطبيب عندما يجري العملية للمريض فإنه يضر بجسده إلا أن هذا الإضرار يعتبر مشروعاً لأنه لا سبيل للعلاج بدونه. وتجدر بنا الملاحظة، بأن الإضرار (الفعل غير المشروع) هو أساس المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانونين المدنيين الأردني والإماراتي، وهو ذو طبيعة موضوعية لأنه لا يستند إلى أي عنصر شخصي كامن في قصد الفاعل أو إرادته أو مستوى إدراكه وتميزه وهذا ما أكدته نص المادة (256) من القانون المدني الأردني⁽⁵⁾. والذي أقر بقاعدة عامة بأن كل فعل غير مشروع يضر بالغير يستوجب التعويض حتى لو كان ذلك الفعل صادراً من شخص غير مميز كالطفل والمجنون، مستنداً المشرع المدني الأردني وكذلك المشرع المدني الإماراتي إلى قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - "لا ضرر ولا ضرار".

وهنا نتفق مع الرأي القائل بأن نص المادة السابقة من القانون المدني الأردني لم تتحدث عن وجوب ثبوت خطأ في جانب المسؤول عن الضرر، إذ إنه لو كان قد اشترط وجوب ثبوت الخطأ لما أمكن ذلك من مساءلة الطفل أو المجنون عن الضرر الذي يسببه أي منهم للغير لأنهم معدومي الإرادة، والخطأ مرتبط بوجود الإرادة⁽⁶⁾. وهذا ما

(1) جاء في المادة (163/أ) من القانون المدني المصري بأن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(2) القضاء، عمار محمد علي، آثار الغصب على حق الملكية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2013، ص166.

(3) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، إصدارات وزارة العدل، أبو ظبي، بدون سنة طبع، المادة (282) ص274 وما بعدها وهو مطابق لما جاء في الذات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، الجزء الأول، 1992، ص276.

(4) السرحان، عدنان إبراهيم ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص365.

(5) ويقابلها نص المادة (282) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(6) الفار، عبد القادر مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2014، ص182.

أكدته قرارات محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم (2010/263) ⁽¹⁾، حيث جاء فيه: "يستفاد من المادتين (256)، (257) من القانون المدني الأردني بأن الفعل الذي ينتج عنه ضرر يلزم فاعله بالتعويض لأنه يلزم فقط بإثبات توافر الضرر دون الخطأ المفترض والمتمثل بعدم أخذ الاحتياطات اللازمة عند تركيبهم لفلتر فيه عيب مصنعي يسهل كشفه من المختص بتركيبه، وبذلك فإن ما توصلت إليه المحكمة بقرار المستأنف بعدم توافر المسؤولية التقصيرية القائمة على ثبوت وقوع الخطأ أو الضرر والعلاقة السببية بينهما وبالنتيجة رد الدعوى، فإن ذلك مخالف لأحكام القانون المدني الأردني الذي أخذ بالنظرية الموضوعية للفعل الضار التي تقوم على افتراض الخطأ ويلزم لإثباتها توافر الضرر دون الخطأ، وذلك لأن إلحاق الضرر بالغير بطريق المباشرة يعد فعلاً محظوراً لذاته تقوم به وحدة مسؤولية الفاعل لأنه يمثل اعتداء على حق الغير وماله. مما يترتب على ذلك أحقية الجهة المدعية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها بمواجهة المدعى عليهما"⁽²⁾.

أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (282) منه فيما يتعلق بأساس المسؤولية المدنية فقد جاء مطابقاً للقانون المدني الأردني، إلا أننا وجدنا في بعض هذه الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا خطأً في أحكامها بين مفهومي الإضرار والخطأ على الرغم من وضوح نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وتأكيد مذكرته الإيضاحية على الفرق الشاسع بين مفهومي الإضرار والخطأ، حيث وجدنا بعض الأحكام القضائية تنظر إلى مصطلحي "الإضرار والخطأ" على أنهما مترادفان، وهذا مخالف لنصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث جعلت بعض الأحكام القضائية الإماراتية بأن المسؤولية عن الفعل الضار تقوم على أساس الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما⁽³⁾. وهذا يتنافى مع نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي وحذا بأن يكون الخطأ بين مفهوم مصطلحي الإضرار والخطأ في أحكام القضاء الإماراتي لفظياً لم يتعد ذلك إلى الأحكام الموضوعية لضمان الضرر⁽⁴⁾. على عكس القانون المدني المصري الذي أقر بأن كل شخص تسبب بضرر للغير نتيجة خطأه فإن ذلك يستوجب التعويض.

وبناء على ما سبق توصل الباحث الى أن الضمان هو جبر الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع، ومصطلح الضمان يرادف مصطلح التعويض ولكنه أوسع وأعم ويعتبر أكثر دقة منه، وفيما يتعلق بموضوع الغصب يراد بالضمان أنه من غصب مال غيره وأتلفه أو استهلكه أو تصرف به للغير تصرفاً ناقلاً للملكية، فإنه يجب عليه التعويض ويتملك الغاصب المال المغصوب بحكم القانون بعد التعويض، ويتبين لنا أيضاً بأن ركن الإضرار في

⁽¹⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2010/263 هيئة خماسية تاريخ 2010/7/13، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

⁽²⁾ للمزيد انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص رقم (2010/877) حقوق، (هيئة عامة) تاريخ 2011/7/18 وقرارها رقم (2010/501) حقوق (هيئة عامة) تاريخ 2010/6/15. وقرارها رقم 1993/1198 حقوق (هيئة خماسية) تاريخ 1994/5/15. منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

⁽³⁾ قرار المحكمة الاتحادية العليا طعن 441 (مدني) لسنة 23 القضائية في 2004/2/22 مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، إعداد الكتب الفني، بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات، ص26، 2004 ع1، المبدأ 35، ص321. وفي تأكيد اعتبار الخطأ أساساً لضمان في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، انظر: جاسم الشامسي، التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، العدد 11، إبريل 1998، ص197.

⁽⁴⁾ السرحان، عدنان المصادر غير الإرادية للالتزام، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص26.

فعل الغصب يتمثل في الاستيلاء على مال الغير دون وجه حق، المؤدي إلى الحيلولة بين المالك وماله ومنعه من استعماله أو استغلاله أو الانتفاع به مما أدى إلى وقوع الضرر بالمالك.

المطلب الثاني: مفهوم الغصب

لمصطلح الغصب مدلول في اللغة وآخر في اصطلاح القانون والفقهاء الإسلامي، وغصب الشيء أي أخذه قهراً وظلماً. ومصدر مصطلح الغصب في اللغة من الفعل غصب بكسر الصاد أي بمعنى الإزالة والأخذ على وجه الظلم، ويقول ابن منظور في لسان العرب: الغصب أخذ الشيء ظلماً⁽¹⁾. وفي اصطلاح الفقهاء الإسلامي، يعدّ الاستيلاء على حق الغير بغير حق عدواناً⁽²⁾. أما الغصب في الاصطلاح القانوني: فقد عرفه الفقيه السنهوري بأنه: "أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده لفعل في العين"⁽³⁾. وعرفه البعض بأنه: "إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه على سبيل المجاهرة والمغالبة"⁽⁴⁾.

وقد جاء تعريف الغصب في القضاء المدني الأردني من خلال قرارات محكمة التمييز الأردنية فقد جاء في قرارها رقم 2004/2776 "بأن الغصب هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه...."⁽⁵⁾. علماً بأن المشرع المدني الأردني والمصري وكذلك العراقي والإماراتي لم يضعوا تعريفاً محدداً لفعل الغصب في تشريعاتهم المدنية، وإنما اقتصر المشرع المدني الأردني على وضع أحكام خاصة بالغصب في المواد 279-283 والمواد 286، 287 من القانون المدني الأردني، كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم (2001/1094): "بأن الغصب هو فعل ضار ومستمر يبدأ من تاريخ وضع اليد على المغصوب ويستمر قائماً ومتجدداً إلى أن ينتهي.... وأن فعل الغصب.... هو صورة من صور الفعل الضار وتطبق عليه أحكام المادة 272 / 1 من القانون المدني..."⁽⁶⁾. وكذلك القانون المدني المصري لم ينص على أحكام خاصة بالغصب لكن محكمة النقض قدمت تعريفاً واضحاً للغصب من خلال قرارها رقم (نقض 1997/5/21 طعن رقم 475 لسنة 61 قضائية): "أنه يقصد بداية بالغضب مجرد وضع اليد من الاستناد إلى سند قانوني يبرر يد الحائز على العقار". أما الغصب في الفقه الإسلامي فقد انقسم الفقهاء المسلمون في تعريفهم لمفهوم الغصب إلى فريقين أولهما: ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف في تعريف الغصب بأنه: "إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل منه في المال"⁽⁷⁾. ويتبين لنا من التعريف السابق عند الحنفية بأن الغصب لا يتحقق عندهما إلا بتحقق شروطه وهي:

(1) ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، 1956.

(2) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص131.

(3) السنهوري، عبدالرزاق مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ص42.

(4) سلطان، أنور مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مكتبة الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص171.

(5) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2004/2776، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(6) قرار محكمة التمييز الأردني (حقوق) رقم (2001/1094)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني، وكذلك انظر المزيد من القرارات القضائية لذات

المحكمة القرار رقم (1991/312)، منشورات مركز عدالة الإلكتروني والقرار رقم 2004/2577 وهيئة خماسية. حقوق تاريخ

2005/1/18، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، مرجع سابق، ص131.

1. إزالة يد المالك المحققة أو نائبه عن عين ماله ولا يشمل ذلك منافع المال المغصوب ولا العقار لعدم إمكانية نقله.
2. وأن يكون المال متقومًا، فلا يقع الغصب على الخمر عند المسلم ولا على الميتة لأنها ليست أموالاً متقومة ولا يجوز الانتفاع بها شرعاً.
3. وأن يكون فعل الغصب على سبيل المجاهرة والمغالبة تمييزاً للغصب عن السرقة القائمة على الخفية والخلسة، وأن يحدث الغصب بفعل الغاصب دون إذن المالك تمييزاً عن الوديعة والعارية التي تحدث برضا المال⁽¹⁾.

ويشير الباحث الى الغصب في مجلة الأحكام العدلية في المادة (881) منها هو: "أن الغصب أخذ مال واحد وضبطه بدون إذنه ويقال للأخذ غاصب وللمال المضبوط مغصوب ولصاحبه مغصوب منه"⁽²⁾. وجاء المعنى المقصود لفعل الأخذ أي النقل والتحريك للمال المغصوب فلا يقع الغصب على العقار ولا يشمل المنفعة التي لا تضبط مادياً، وذلك تأسيساً كما قال به الفقه الحنفي في الغصب⁽³⁾. وبذلك نجد أن الغصب عند الأحناف لا يتحقق في منافع المال المغصوب وأن اليد غير المحققة تكون بنقل المال المغصوب إليها لذلك لا يقع الغصب على العقار عند الحنفية، وذهب المالكية في تعريفهم للغصب إلى أنه "الاستيلاء قهراً على عين مالي، لغيره بلا حراية"، ولذا لا يرى الإمام مالك في منع المنافع عن صاحبها بالاستيلاء على العين غصباً، وإنما يسمى ذلك تعدياً واعتداءً⁽⁴⁾. وعرفه بعض المالكية بأنه "رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهراً، والغصب هو التعدي على الرقاب لا المنافع"⁽⁵⁾. أي أن المالكية يرون أن الغصب يقع في القضاء والمنقول دون المنافع التي تضمن بالتعدي عليها، ويلحقون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي وليس الغصب.

ومن هنا يتبين للباحث بأن المالكية تتحقق نظرتهم للغصب، إذا توافرت العناصر التالية:

1. إثبات يد الغاصب على المغصوب واستيلائه عليه، فمن استولى على مال شخص ومنعه منه ولو لم ينقله من موضعه فهو غاصب.
 2. يقع الغصب على المال المغصوب عيناً وتضمن المنفعة بالتعدي.
 3. ويتحقق الغصب في المال المنقول والعقار على السواء كونها أعياناً قائمة بذاتها.
- أما الفريق الثالث وهم الشافعية والحنابلة: فقد توسعوا في مفهومهم للغصب فقد عرف الإمام الشافعي الغصب بأنه "إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه والإزالة ليست بشرط"، ويرى الإمام النووي بأن الغصب هو

(1) الكاساني، المرجع السابق، ص131.

(2) مشار إليها في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص308.

(3) عمار، محمد القضاة، مرجع سابق، ص23.

(4) الخفيف، علي، مرجع سابق، ص84.

(5) سراج، محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص197.

الاستيلاء على حق الغير لغير حق عدواناً⁽¹⁾. وعرفه الحنابلة بأنه " الاستيلاء على حق غيره قهراً بغير حق من عقار ومنقول". ونجد هنا توافق بين مفهوم الغصب عند الشافعية والحنابلة بأن الاستيلاء يعني القهر والغلبة⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم يجد الباحث أن الخلاف بين الفقهاء المسلمين في بيان حقيقة الغصب كان خلافاً منصباً على بيان مدى وقوع فعل الغصب على منافع الأعيان وزوائد المال المغصوب، وعلى وقوع الغصب على العقار أو المنقول فقط، لكننا نجد على الرغم من ذلك الخلاف الفقهي بأنهم يتفقون على أن يكون المال المأخوذ غصباً مالاً منقولاً مشروعاً بدون إذن صاحبه وعلى سبيل المجاهرة ومنع مالكة أو نائبه من الانتفاع به، وبدورنا نتفق مع رأي الشافعية والأحناف في نظرتهم الموسعة لمفهوم الغصب الذي نراه أكثر انسجاماً مع حقيقة فعل الغصب كفعل ضار على أساس شموله للأموال المنقولة وللعقار والمنافع والزوائد المتعلقة بتلك الأموال مما ينعكس إيجاباً في جبر الضرر الناتج عن فعل الغصب. وهذا هو الرأي الأكثر موافقة وانسجاماً للمفهوم القانوني والاجتهادات القضائية الحديثة في تناولها للغصب. ونعتقد بأن فعل الغصب يعتبر إحدى صور الفعل الضار الصادرة من الغاصب على مال الغير سواء كان عقاراً أو منقولاً أو حقاً مالياً له قيمة في التعامل بحيث يؤدي هذا الفعل إلى منع المالك من التصرف في ملكه، سواء كان هذا المال تحت يد المالك نفسه أو تحت يد الحائز بسند قانوني، وعليه يمكننا تعريف الغصب بأنه: " كل فعل يؤدي إلى الحيلولة بين المالك وملكه دون سند قانوني ودون وجه حق".

المطلب الثالث: مدى إمكانية تملك المال المغصوب بالضمان

بعد أن بينا سابقاً مفهوم الغصب وموقف الفقهاء المسلمين منه وبعض القوانين المدنية والاجتهادات القضائية، يثار التساؤل: هل يمكن مثلاً تملك المال المغصوب بالضمان؟ ولتوضيح ذلك لا بد لنا من معرفة موقف الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية من ذلك، الأصل العام بأن مالك المال المغصوب يبقى محتفظاً به أثناء بقاء ذلك المال تحت يد الغاصب وخروجه من حيازة المالك، ويلتزم الغاصب برد عين المال المغصوبة إلى مالكة في حال بقاء ذلك المال على حاله دون أن يلحقه تلف أو هلاك أو تغيير، لكن إذا لحق المال المغصوب أياً من ذلك فإنه يلجأ إلى الحكم بالمثل أو بدل قيمة المال الذي تلف أو استهلك أو نقص وذلك انسجاماً مع فكرة الضمان بحيث يكون مساوياً لحجم الضرر الذي لحق بالمال المغصوب، وعليه فإن مالك المال المغصوب لا يجوز له أن يجمع بين الضمان أو التعويض وبين المطالبة باسترداد المال المغصوب فيستحق الضمان ويبقى المال المغصوب ملكاً للغاصب، ولكن هناك خلاف فقهي حول مدى اعتبار ملكية الغاصب للمال المغصوب بعد أداء الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية، وكذلك الخلاف بشأن الوقت الذي يعتبر به الغاصب مالكاً للمال المغصوب. أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي بخصوص تملك العين المغصوبة بالضمان فقد بين الفقه الإسلامي على أن العين المغصوبة إذا كانت قائمة بيد الغاصب وجب عليه ردها إلى المالك لكن إذا هلكت بيده فعليه الضمان أي التعويض ويكون بأداء المثل إذا كان المال المغصوب من المثليات أو دفع مبلغاً يعادل قيمته إذا كان من القيميات، ولكن ثار خلاف

(1) الكاساني، مرجع سابق، ص 131.

(2) القضاة، عمار، مرجع سابق، ص 26.

بين الفقهاء المسلمين حول وقت تقدير قيمة المال المغصوب هل هو من وقت حدوث الغصب أم من وقت أداء الضمان، أم من وقت حدوث التلف أو التغيير في ذاتية المال المغصوب أو بعض أو في بعض أوصافه وسواء حدث ذلك بفعل الغاصب أو بفعل الغير؟ هناك اتجاهان في الفقه الإسلامي:

1- الاتجاه الأول: الفقه الحنفي ويذهب إلى أن الغاصب إذا قام بتغيير ذاتية الشيء المغصوب تغييراً كاملاً بحيث يفقد ذاتيته فإن الغاصب يتملك هذا الشيء مقابل ما يؤدي إلى المغصوب منه من ضمان فمن قام بطحن الحنطة دقيقاً يملكه، وبالتالي فإن ملكية المغصوب منه تزول بتغيير ذاتية المال المغصوب سواء كان بضمان المثل أو بدفع القيمة حسب نوع الشيء مثلياً أو قيمياً وبالتالي فإن الفقه الحنفي يقر تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان حتى إن لم يغيرها الغاصب تغييراً يفقدها ذاتيتها، بل بمجرد غيابها عن مالها حتى طالبه بالضمان⁽¹⁾. في حين يرى الإمام أبو حنيفة بأن المغصوب منه وإن كان له أن يطلب بيع العين المغصوبة بحالتها الجديدة لاستيفاء حقه إلا أنه لا يملك حق التقدم ويكون كسائر غرماء الغاصب يزاحمهم ويزاحمونه⁽²⁾. وبالنسبة لوقت كسب الملكية بالضمان عند الأحناف اعتبروا ذلك من وقت حدوث الغصب إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب بحيث زال اسمها ومعظم منافعها أو اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن فصلها وتمييزها⁽³⁾.

وفي جميع الأحوال التي قال فيها الحنفية بأن الغاصب يتملك المال المغصوب بالضمان، فإن الوقت الذي تثبت فيه الملكية للغاصب هو وقت حدوث فعل الغصب أي وقت حدوث السبب المؤدي للضمان، وقد برهن الفقه الحنفي تملك الغاصب للمال المغصوب بعدة أسباب هي⁽⁴⁾:

1. أن الضمان هو تعويض وبدل للمال المغصوب ويقضي به جبراً لهن والجبران يستدعي فوات المال المعطوب من يد المالك لأن الجبر يكون للغائب وليس للقائم، وإن الغاصب يزول ملكه عن مثل المال المغصوب أو قيمته بمجرد الغصب فلو لم نقل بزوال ملكه عن المغصوب لكان الاعتداء قد رد بأكثر من مثله.
2. ومنعاً من اجتماع البديل والمبدل في ملك شخص واحد هو المالك يلزم القول بانتقال ملكية المضمون (العين المعطوبية) إلى الغاصب. ومن باب حرصهم على حماية حق الغير وتحقيق استقرار التعامل بحيث يتعذر على المغصوب منه استرداد المغصوب من المتصرف إليه بالبيع أو الهبة، ومن جهة أخرى صعوبة إمكانية الرد بسبب ما يلحق بالمغصوب من الضياع أو تغيير الهيئة واختلاف المنفعة.

(1) سراج، محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص306.

(2) الذنون، حسن علي، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الخطأ، دارالحامد، عمان، 2006، ص283.

(3) الأحمد، محمد سليمان، بحث دور الضمان في كسب الملكية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، عدد13، فبراير، 2000، ص

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص153، السرخسي، شمس الدين، أبو بكر محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء11، مطبعة السعادة، القاهرة، بلا سنة طبع، ص67 وما بعدها.

ويشبه البعض⁽¹⁾. من شراح القانون موقف الحنفية من التملك بالغصب بموقفهم في موضوع العقد الفاسد حيث اعتبروه عقداً ناقلاً لملكية المعقود وعليه إلى المشتري إذا تم القبض وذلك من أجل تصحيح تصرف المشتري به إلى الغير.

ويرى البعض⁽²⁾ بأن الغاية التي قصد الفقه الحنفي تحقيقها من خلال قولهم بتملك المغصوب بالضمان من تاريخ الغصب يمكن ردها إلى القاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وعليه ليس هناك ما يستدعي اللجوء إلى هذه القاعدة واعتبار الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية. وأما وجهة نظر الباحث فيعتقد بأن قاعدة الحيازة في المنقول من الملكية لا يمكن إعمالها في هذه الحالة وذلك لأنه من شروطها بالإضافة إلى الحيازة، حسن النية، والسبب الصحيح، والغصب يتنافى مع مبدأ حسن النية والسبب الصحيح لذلك من وجهة نظرنا نرى بأنه لا يمكن الاستغناء عن قاعدة تملك المضمونات بالضمان.

الاتجاه الثاني: جمهور الفقهاء المسلمين قالوا بأنه لا يتملك الغاصب المال المغصوب إلا إذا غيره تغييراً جوهرياً أفقده ذاتيته وأزال عنه اسمه وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة والظاهرية، فبحسب رأي الشافعية إن ذهب المغصوب من يد الغاصب كالفقدان والضياع أو إذا تلف المال جميعه، فإن للمغصوب منه المطالبة بالقيمة وذلك بحجة الحيلولة بينه وبين ماله فوجب له البديل، أما إن ظهر المال المغصوب بعد تغييره أو كان التلف الذي لحق به جزئياً وجب رده إلى مالكه ووجب على المغصوب منه رد البديل (الضمان) لأنه قد ملكه بالحيلولة بينه وبين ماله، أما وقد زالت الحيلولة فقد وجب الرد، وعلى ذلك فإن التملك بالضمان حسب رأي الشافعية يكون عند تلف المال المغصوب جميعه لا عند تلف بعضه خلافاً للحنفية وأن المال المغصوب لا يتملك بالضمان إلا بأداء قيمته أو بالإبراء منه أو بتعذر رد العين المغصوبة أو للضرورة، ولا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان المستحق. أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الغاصب لا يملك العين المغصوبة بدفع القيمة، لأنه لا يصح أن يتملكه بالبيع لغيره لعدم القدرة على التسليم، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين، كالتالي لا يملكه بالإتلاف، لأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه من يده، فلا يملكه بذلك وليس هذا جمعاً بين البديل والمبدل، لأن المالك ملك القيمة بسبب الحيلولة بينه وبين ماله ولا على سبيل العوض لهذا رد المغصوب إليه⁽³⁾.

وفيما يتعلق بموقف التشريعات القانونية الحديثة، فإن موقف المشرع المدني الأردني قد جاء واضحاً ومنسجماً مع موقف الفقه الحنفي على أن الغاصب يتملك المال المغصوب من وقت فعله أي تعديه أو وقت حدوث الفعل الضار بشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً فقد نصت المادة (3/279) من القانون المدني الأردني⁽⁴⁾: "إن استهلكه أو أثلفه أو ضاع عنه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب". ويفهم من هذا النص بأنه في حالة استهلاك المال المغصوب أو إتلافه أو ضياعه فإن الغاصب

(1) العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون الأردني، الحقوق العينية، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2021، ص119 وما بعدها.

(2) سوار، محمد وحيد الدين، أسباب كسب الملكية، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان، 1994، ص31.

(3) ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد، المغني، الجزء الخامس، دار الغد العربي، بلا سنة طبع، ص244.

(4) ويقابلها نص المادة (3/304) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (193) من القانون المدني العراقي.

يضمن المغصوب ويمتلكه بالضمّان، ونصت المادة (2/286) من القانون المدني الأردني⁽¹⁾: "وإذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البديل"، ويوضح هذا النص القانوني بأن الغاصب إذا غير العين المغصوبة تغييراً جوهرياً بحيث أفقدها ذاتيتها وبديل اسمها إلى اسم جديد فإنه يمتلك العين الجديدة في مقابل دفع التعويض اللازم (الضمّان) إلى مالكيها الأصلي. وقد جاء نص المادة هنا مطلقاً فالمطلق يؤخذ على إطلاقه ويكتفى بتحقيق التغيير أياً كان سببه شرطاً لقيام ضمّان البديل، وذلك لأن التغيير في المال المغصوب يضيف حقاً للمالك بتقرير اختيار له في أن يقبل المغصوب عيناً مقابل دفعه للزيادة أو أن يضمن الغاصب ويترك المال المغصوب له، عندها يمتلك الغاصب المال بالضمّان. كما نصت المادة (1/286) من القانون المدني الأردني⁽²⁾: "إذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البديل" وكذلك ما جاء بنص المادة (3/286) بقولها: "وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً وبين أن يضمن الغاصب بدله"⁽³⁾.

ويتبين للباحث من خلال النصوص السابقة بأنه في حال تغيير المال المغصوب سواء كان بفعل الطبيعة أم كان بفعل الغاصب فالنتيجة واحدة حيث إن المشرع المدني الأردني وكذلك الإماراتي والمشرع العراقي كان قد قرر في جميع تلك الحالات حكماً لصالح مالك المال المغصوب في أن يسترده أو أن يضمّنه للغاصب وفي ذلك دلالة واضحة من المشرع المدني الأردني والإماراتي وكذلك العراقي بأنه إذا اختار المالك تضمين الغاصب فإنه سيملك بالمقابل البديل أي التعويض على أن يمتلك الغاصب المال المغصوب وذلك جبراً للضرر. كما نصت المادة (276) من القانون المدني الأردني بقولها: "إذا كان الإتلاف جزئياً ضمن المتلف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال للمتلف وأخذ تمام القيمة مع مراعاة أحكام التضمين العامة"⁽⁴⁾.

ونلاحظ من خلال هذا النص بأن المشرع المدني الأردني وكذلك المشرع الإماراتي قد استمدا هذا الحكم من المذهب الحنفي حيث ثار خلاف بين الفقهاء الأحناف في تحديد النقص الفاحش، ولكن الراجح ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (900) التي جاء فيها: "إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمانة وإن كان فاحشاً أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمّنه نقصان القيمة وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته".

(1) ويقابلها نص المادة (2/311) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (194) من القانون المدني العراقي، والمادة 899 من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها: "إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضمّاناً ويبقى المال المغصوب له".

(2) ويقابلها نص المادة (1/311) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (2،3/194) من القانون المدني العراقي، والمادة (897) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: "إذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً وإن شاء ضمّنه قيمته".

(3) ويقابلها نص المادة (3/311) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (3/194) من القانون المدني العراقي، والمادة (898) من مجلة الأحكام العدلية.

(4) ويقابلها نص المادة (301) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وبناءً على ما تقدم يخلص الباحث إلى أنه يمكن تملك المال المغصوب بالضمان وهذا ما تناوله المشرع المدني الأردني والإماراتي والعراقي ومجلة الأحكام العدلية من خلال النصوص والتطبيقات العملية السالفة الذكر مستندين بذلك إلى أحكام الفقه الحنفي، وبالتالي نجد في أحكام الفقه الإسلامي تلك النصوص القانونية ما يؤكد قاعدة تملك المضمونات بالضمان وإن وجود هذه القاعدة لها مبرراتها وحاجاتها.

المبحث الثاني

النتائج القانونية المترتبة على الحكم بضمان الغصب

لقد عرفنا سابقاً بأن المشرع المدني الأردني والمشرع المدني الإماراتي قد أقر قاعدة عامة مفادها أن: "المضمونات تملك بالضمان" وذلك من خلال عدة نصوص قانونية كان من أبرزها نص المادة (1085) من القانون المدني الأردني الذي جاء فيه: "المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت بسببه، بشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً"⁽¹⁾. وذلك استناداً لقواعد الفقه الإسلامي الحنفي اعتباراً بتعذر إعادة المغصوب إلى المغصوب منه على الحالة التي كان عليها عند الغصب وذلك بسبب هلاكه أو استهلاكه أو حدوث تغيير جوهري في ماهية الشيء المغصوب⁽²⁾. وهذا يحتاج إلى تعويض أو بدل جبراً للضرر الناتج عن الغصب الذي يعتبر طريقاً غير عادي لكسب الملكية وذلك لأن أساسها هو فعل الغصب القائم على التعدي والعدوان على مال الغير، والمحذور لا يصلح بأن يكون سبباً لحكم شرعي إلا أن الواقع العملي وقواعد المنطق العدالة تقضي بذلك، فإذا قام الغاصب بأداء الضمان أي التعويض اللازم للمالك فإنه يملك المال المغصوب وبناء على ما سبق سنقوم بتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب رئيسية، الأول: أن الضمان كسب من أسباب كسب الملكية وفي المطلب الثاني: الحكم بالضمان على الغاصب وفي المطلب الثالث: ما هو الأساس القانوني لتقدير الضمان عند الغصب.

المطلب الأول: الضمان كسب من أسباب كسب الملكية

لقد أوضحنا سابقاً ماهية الضمان ومفهومه اللغوي والقانوني، وهو بشكل عام يرادف التعويض، ويقصد به أنه من غصب مال غيره وأهلكه أو استعمله أو استهلكه بما يتغير به اسمه أو تصرف به للغير تصرفاً ناقلاً للملكية، فإنه يجب عليه التعويض، وتمليك الغاصب المال المغصوب بحكم القانون بدلاً من ذلك التعويض⁽³⁾. ولكن ثار خلاف فقهي فيما يتعلق باعتبار ملكية الغاصب بعد أداء الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية، بدايةً لا بد لنا من التعرض لأسباب كسب الملكية في التشريع الإسلامي التي حصرها في إحرار المباحات، والعقد، والخلفية، والتولد من المملوك⁽⁴⁾. أما فيما يتعلق بالقانون المدني الأردني فقد أوردها في المواد (1076 - 1197) من نفس

(1) وتقابلها نص المادة (1218) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(2) المهداوي، علي أحمد صالح، الوجيز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية (دار الإمارات الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 2016، ص70.

(3) المهداوي، علي أحمد صالح، الموجز في شرح الحقوق العينية مرجع سابق، 2016، ص70.

(4) الزرقاء، مصطفى، نظرية الضمان، دار القلم، دمشق، 1988، ص242.

القانون وقد حصر أسباب كسب الملكية في: 1. إحرار المباحات 2. كسب الملكية بالخلفية وهي: الضمان، الميراث، التركة، الوصية. 3. انتقال الملكية بين الأحياء عن طريق: أ) الاتصال بالعقار والمنقول سواءً بفعل الطبيعة أم بفعل الإنسان. ب- العقد، ج- الشفعة، د- الأولوية، الحيازة⁽¹⁾. أما في القانون المدني المصري فقد وردت حالات كسب الملكية حصراً بما يلي⁽²⁾:

1. الاستيلاء، 2. الميراث، 3. الوصية، 4. الالتصاق بالعقار والمنقول، 5. العقد، 6. الشفعة، 7. الحيازة. ومن خلال مراجعة النصوص القانونية التي اعتبرت الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية ما شرع المدني الأردني والإماراتي على سبيل المثال متأثرين بالفقه الحنفي فإن الأثر الأساسي المترتب على قيام الغاصب بأداء الضمان عن المال المغصوب هو تملكه لهذا المال حسب ما جاء في المادة (1085) من القانون المدني الأردني والمادة (1218) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بنصها على أن: "المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه، شريطة أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً"، وبهذا المعنى نصت المادة (2/286) من القانون المدني الأردني وتطابقها المادة (2/311) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقوله: "وإذا تغير المنصوب بصورة تغير معها يضمن البديل" تبين لنا من خلال النصوص القانونية السابقة بأنه إذا تغير المال المغصوب بصورة يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الغصب كمن غصب حنطة فطحنها فإن الغاصب يملك المال المغصوب بعد أداء الضمان أي دفع التعويض وهذا الحكم مقرر لحماية مصلحة المغصوب منه واستقراراً للمعاملات باعتبار بأن المال المغصوب سيستقر في ملك الغاصب بعد تملكه له بالضمان، ولم يشترط المشرع المدني الأردني وكذلك الإماراتي حصول التغيير على المال المغصوب بفعل الغاصب أو غيره بل اكتفى باشتراط تغيير اسم المغصوب وذلك على خلاف ما جاء في مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾.

وحسناً فعل المشرع المدني الأردني وكذلك الإماراتي بالأخذ بهذا الرأي لأنه لو اشترط حصول التغيير بفعل الغاصب لكان تشجيعاً للغاصبين على تغيير الأموال المغصوبة من أجل تملكها وبالتالي العقدي على حق المالك في ملكه. وكذلك الأمر في حالة تعرض المال المغصوب للتلف والهلاك الكلي فإن المتعدي أو المتلف يملك المال بعد ضمانه وهذا ما نصت عليه المادة (275) من القانون المدني الأردني وتطابقها المادة (300) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولها: "من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين".

⁽¹⁾ وقد تأثر القانون المدني العراقي بالقانون المدني المصري في تصنيف أسباب كسب الملكية انظر المواد (1098 - 1168) من القانون المدني العراقي ولتفصيل أسباب كسب الملكية في القانون المدني العراقي راجع، محمد طه البشير، و غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ص 157 - 265.

⁽²⁾ انظر بالتفصيل السنيوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 12-195.

⁽³⁾ وفي هذا المعنى نصت المادة (899) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون غاصباً ويبقى المال المغصوب له، مثلاً لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً يضمن مثل الحنطة ويكون الدقيق له، كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامناً للحنطة ويكون المحصول له"، راجع بالتفصيل د. علي العبيدي، تملك المضمونات بالضمان، بحث منشورات في مجلة المنازة، المجلد السابع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، 2001، ص 332، وتقابلها نص المادة (194) من القانون المدني العراقي.

وبتحليل النص القانوني للمادة (275 مدني أردني) يتبين للباحث بأن الضمان يكون سبباً لكسب الملكية بحكم القانون وذلك في حالة الإلتلاف الكلي لمال الغير وكذلك الأمر ليستفاد نفس المعنى من نص المادة (3/279) من القانون المدني الأردني وتقابلها المادة (3/304) من القانون الإماراتي التي جاء فيها: "فإن استهلكه أو أتلفه أوضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب"⁽¹⁾. وبذلك فإننا نجد في هذا النص القانوني أيضاً تطبيقاً آخر لمبدأ تملك المضمونات بالضمان عند ارتكاب الفعل الضار كالغصب والإلتلاف سواء كان الإلتلاف كلياً أو جزئياً⁽²⁾

وبناء على ما تقدم يتضح للباحث بأنه يشترط لكسب الملكية بالضمان أن يكون المال المغصوب قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً⁽³⁾. بمعنى أن يكون هذا الشيء داخلياً في دائرة التعامل⁽⁴⁾. فإذا كان المال غير داخل في دائرة التعامل، كأن يكون غير مشروع التعامل به قانوناً، فلا يثبت حق الملكية فيه ابتداءً لذلك لا يصلح تملكه بالضمان⁽⁵⁾. فلو كان هذا المال من الأموال العامة مثلاً ففي هذه الحالة لا يمكن تملكه بالضمان لأنه غير قابل لثبوت الملك فيه ابتداءً، ويجب أن يكون المال متقوماً تعرض للتلغ فمثلاً لا ضمان بإتلاف المخدرات أو غصبها لأنها ليست مالاً متقوماً لأن القانون منع حيازتها وتداولها ولم يعترف بماليتها وجواز إجراء العقود عليها. وبالتالي يشترط بأن يكون المال شيئاً قابلاً لورود حق الملكية عليه حسب ما جاء في نص المادة (54) من القانون المدني الأردني وتقابلها نص المادة (97) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي جاء فيها: "كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية". كذلك الأمر لا يجوز كسب الملكية بالضمان إذا كان الشيء الذي تعرض للتلغ الكلي أو الجزئي أو استهلك من الأشياء التي يشترك عامة الناس في الانتفاع بها كمياء البحار وأشعة الشمس أو كان من الأشياء التي منع القانون التعامل بها كالمخدرات وهذا ما أكدته نص المادة (55) مدني أردني وتطابقها المادة (98) مدنية إماراتي بقولها: "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية" والحكم بكسب الملكية بالضمان ليس مقتصرًا على حالة الغصب بل يشمل كل حالة يجب فيها ضمان المال. وهذا ما يستنتج من نص المادة (312) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولها: "حكم كل ما هو مساوٍ للغصب كحكم الغصب".

(1) ومن التطبيقات القانونية عن مثل هذه الحالة ما جاء في نص المادة (1143) من القانون المدني الأردني نص المادة (120) المعاملات إماراتي التي جاء فيها: "إذا أحدث شخص غراساً أو منشآت أخرى بمواد مملوكة لغيره على أرض أحد، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها وإنما له أن يرجع بالتعويض على الحدث كما أن له أن يرجع على صاحب الأرض بما لا يزيد عما هو باق في ذمته لمحدث من قيمة تلك المحدثات". والمقصود من هذا النص القانوني بأن إحداث الغراس أو المنشآت بمواد مملوكة للغير تعتبر بمثابة الاستهلاك أو التلف الحكمي لهذه المواد لأنه يتعدى إعادة الحال بالنسبة للمواد إلى ما كانت عليه وبالتالي يتعذر ردها إلى صاحبها فيلتزم المحدث حكماً بالتعويض ويملكها، انظر، علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص129.

(2) وهذا ما أكدته نص المادة (276) مدني أردني وتطابقها نص المادة (301) معاملات مدنية إماراتي بقولها: "إذا كان الإلتلاف جزئياً ضمن المتلف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال للمتلف وأخذ تمام القيمة مع مراعاة أحكام التضمين العامة".

(3) العبيدي، علي هادي، الحقوق العينية، مرجع سابق، ص105.

(4) حسن، عبدخالق الحقوق العينية الأصلية أولاً: حق الملكية، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، 1990، ص271.

(5) المهداوي، علي، الموجز في شرح الحقوق العينية، مرجع سابق، ص71.

وبناءً على ما تقدم يخلص الباحث إلى القول بأنه ومن خلال النصوص القانونية سالفه الذكر والمتعلقة بأحكام الغصب في القانون المدني الأردني والإماراتي، وما يقابلها من نصوص مشابهة في القانون المدني العراقي جاءت مستندة إلى أحكام الفقه الحنفي في أن الغاصب يملك المال المغصوب من وقت تعديه بشرط أن يكون قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً، فإننا نؤكد باعتبار الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية سواءً كان ذلك في حالة الغصب أو في أي حالة يجب فيها ضمان المال وذلك تحقيقاً للعدالة وحفاظاً على استقرار المعاملات بين الأفراد، على الرغم من أن السبب المنشئ للضمان وخصوصاً في حالة الغصب يستند عادة إلى عمل غير مشروع أو فعل ضار، لكن الواقع العملي أجبر المشرع الأردني والإماراتي على الأخذ بفكرة الضمان وتملك المال المغصوب وخصوصاً إذا ما تحقق فرض ضياع المال المغصوب أو تلفه أو استهلاكه بالكامل تحقيقاً للعدالة واستقراراً للمعاملات، قصد المشرع المدني جعل الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية في تلك الحالات ولم يكن تشجيعاً من المشرع من إقراره لهذه القواعد القانونية وجعلها من أسباب كسب الملكية أن تكون سبباً في تملك أموال الغير بالاعتداء عليها غصباً وتعدياً، لكن جوانب الحياة العملية جعلت المشرع يقر مثل تلك القواعد القانونية نفياً للظلم وتحقيقاً للعدالة بين أفراد المجتمع.

المطلب الثاني: أثر الحكم بالضمان على الغاصب

إن الحكم على الغاصب بأداء الضمان يعتبر سبباً لكسب ملكية المال المغصوب وذلك في حدود نطاق الحالات والشروط التي أقرها الفقه الإسلامي ونص عليها القانون المدني الأردني والإماراتي والتي اعتبرت توافر مثل هذه الشروط تقييداً للضمان وسبباً لملكية المال المغصوب وذلك لتحول دون اتخاذ الضمان ذريعة لتمكن مال الغير دون وجه حق، فالمادة (1085) من القانون المدني الأردني التي تطابقها المادة (1218) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي نصت على أن: "المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه، شريطة أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً"، مستمدة من الفقه الحنفي القائل: "الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه"⁽¹⁾. وقد جاء النص القانوني السالف الذكر مجملاً ومطلقاً ويحتاج إلى بيان حيث إنها لم تبين ما يدل على قصد الغاصب إذا كان متعمداً وبسوء نية أراد من فعله تملك ملك الغير دون وجه مشروع بواسطة أداء الضمان، لكن نخلص إلى القول بأن الفقه الحنفي المستقى منه تلك النصوص القانونية جعل الاعتداء المتمثل بفعل الغصب سبباً كافياً للضمان ولا عبرة لحسن أو سوء النية في حال وقوع الضرر⁽²⁾. وبناءً على ما تقدم نرى بأن الأثر الأساسي المترتب على قيام الغاصب بدفع التعويض هو تملكه للمال المغصوب حسب أحكام القانون المدني الأردني والمعاملات المدنية الإماراتي مما يترتب على ذلك آثار ونتائج قانونية بموجب ذلك حيث إن الغاصب يصبح مالكاً للمال المغصوب محل الضمان ملكية تامة من تاريخ حدوث الفعل الضار المتمثل بالغصب أو الإلتلاف أو الفقد وليس من تاريخ أداء الضمان مستمدين ذلك من الفقه الحنفي كما أسلفت سابقاً بأن "الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه"⁽³⁾.

(1) الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 219.

(2) القضاة، عمار محمد، مرجع سابق، ص 226، وما بعدها.

(3) الزحيلي، المرجع السابق، ص 219.

وبما أن الغاصب قد أصبح مالكاً فقد منح ذلك الحق بجميع سلطات المالك استعمالاً أو استغلالاً أو تصرفاً، فلو قام الغاصب بعد أدائه الضمان للمال المغصوب بأي تصرف قانوني بذلك المال كالهبة أو البيع - ولو قبل أداء الضمان - يصبح تصرفه في مواجهة المتصرف إليه، وهذا ما أكدته نص المادة (281 مدني أردني) وتطابقها المادة (306 مدنية إماراتي) بقولها: "إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب صح تصرفه، وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب وفقاً لأحكام القانون"، ومن هنا يتبين من أنه لا خلاف في شأن من يقرر بحقه الضمان، لأنه سيصبح مالكاً للمال المضمون، سواء أكان الغاصب أم من تصرف إليه لأن غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب ويستفاد من النص السابق إذا قام مالك المال بتضمين الغاصب، فيصبح عندها الغاصب مالكاً للمال ويعتبر تصرفه صحيحاً وناظراً، ومن النتائج القانونية المترتبة أيضاً على كسب ملكية المال المغصوب بالضمان الحق في الانتفاع بذلك المال إذا قام بدفع التعويض وأداء الضمان كمن قام بطحن الحنطة دقيقاً بأنه يزور ملك المغصوب منه عنها ويملكها الغاصب بعد أداء الضمان وبالتالي يحق له الانتفاع بها وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية: "الخارج بالضمان"⁽¹⁾. وتعني أن من يسأل عن ضمان شيء عند التلف له الحق في منفعته بمقابل تحمله تبعة الهلاك أثناء بقائه عنده⁽²⁾. ومن النتائج المترتبة على تملك الغاصب للمال المغصوب المتغير بالزيادة أنه لو امتنع المالك عن أخذ التعويض أو البديل وأراد أخذ المال المغصوب المتغير فليس له حق في ذلك لوجود إضافة عليه، كما أنه لو استحق المال المغصوب بيد الغاصب للغير وانتزع منه فإن للمغصوب منه تضمين الغاصب أيضاً⁽³⁾. ومن النتائج أيضاً على كسب ملكية المال المغصوب الضمان بأن الغاصب لا تلزمه أجره المال المضمون المغصوب وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية المعروفة عند الأحناف التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المادة (86) بقولها: "الأجر والضمان لا يجتمعان". وذلك لأنه بالأصل يوجد التزام بذمة الغاصب بضمان قيمة العين المغصوبة فيما لو هلك بسبب اليد الغاصبة عليها فتسقط الأجرة الواجبة لقاء المنفعة لأن الغاصب ضامن لهلاكها إن هلك⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لتقدير الضمان عند الغصب.

بعد أن عرفنا سابقاً بأن الضمان يعتبر أحد أسباب كسب الملكية في التشريع المدني الأردني والإماراتي وتناولنا أهم النتائج والآثار القانونية المترتبة نتيجة للحكم بضمان المال المغصوب، لا بد لنا من معرفة الأساس القانوني لكيفية تقدير الضمان الذي يلتزم به الغاصب وحسب نوع المال المغصوب من جهة، ومن جهة أخرى فإن الضمان قد يختلف أساس تقديره من مال إلى آخر فمثلاً ضمان العقار المغصوب يختلف عن أساس ضمان المال المنقول المثلي أو القيمي، بالإضافة إلى المراعاة لحكم تصرفات الغاصب بالمال المغصوب كما لو أتلّف المال المغصوب كلياً أو جزئياً، أو استهلك فنقصت قيمته أو أحدث تغييراً بفعل الغاصب، أو تعذر رده، ومكان الرد

⁽¹⁾ المادة 85 من مجلة الأحكام العدلية.

⁽²⁾ وفي هذا السياق يقول علي حيدر: "إن تحليل انتفاع الغاصب بالمغصوب المتغير موقوف استحساناً على رضا المالك، ويتحقق رضا المالك في أربع صور: 1. أداء الغاصب بدل الضمان 2. حكم الحاكم ببطلان الضمان لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي الحاكم إلا بطله 3. تراضي الطرفين على بدل معين 4. إبراء المغصوب منه للغاصب". (دور الحكام في شرح مجلة الأحكام، 1/490).

⁽³⁾ حيدر، علي، درر الحكام، مرجع سابق، 1/491. انظر كذلك العبيدي، علي هادي، تملك المضمونات بالضمان، مرجع سابق، ص 331.

⁽⁴⁾ القضاة، عمار محمد، آثار الغصب على حق الملكية، مرجع سابق، ص 230.

ونفقاته وحساب المصروفات التي دفعها الغاصب، كل هذه الأسس يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير قيمة الضمان للمال المغصوب⁽¹⁾.

ويضاف إليه أن محل الالتزام بالتعويض حسب أحكام القانون المدني الأردني والإماراتي، هو قيام المدين به أي المسؤول عن الفعل الضار بأداء التعويض للمضرور لجبر الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار ويكون ذلك عن طريق التنفيذ العيني إن أمكن ذلك⁽²⁾. فيرد الشيء المغصوب إلى مالكة إن أمكن ذلك أو يصار إلى البديل بالمثل أو القيمة وهو ما يسمى بالتعويض النقدي عند تعذر وجود المثل⁽³⁾.

وبناءً عليه يجد الباحث بأن محل الضمان (التعويض) هو ما يجب دفعه وأداؤه من الغاصب إلى مالك المال المغصوب وأن الالتزام بالرد هو الأصل العام عند الحكم على الغاصب بالضمن سواء كان المغصوب عقاراً أم منقولاً، أي أن القاعدة العامة توجب على الغاصب رد المال المغصوب إلى مالكة وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني إن أمكن ذلك ولا يجوز اللجوء إلى العوض النقدي إن وجد المثل أو أمكن الرد، وذلك تحقيقاً لقواعد العدل والإنصاف ولا يجوز اللجوء إلى البديل أو ضمان المثل إلا إذا توافرت شروطه القانونية وذلك للمحافظة على حقوق الملكية العامة وحتى لا يكون الغصب سبباً للضمن يلجأ إليه الغاصب إذا رغب في تملك أموال الغير وهذا ما أكدته المشرع المدني الأردني في المادة (279) ويقابلها المادة (304) معاملات مدنية إماراتي التي جاء فيها: "1. على اليد ما أخذت حتى تؤديه 2. فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحاله التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه، 3. فإن استهلكه أو أثلفه أو ضاع منه وأتلف بتعديه أو بدون تعديه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب 4. وعليه أيضاً ضمان منافعه وزوائده"⁽⁴⁾. لذلك فإن الأصل العام هو رد المال المغصوب بعينه إلى المالك إذا كان موجوداً لأن المالك أحق بماله من الغاصب وهذا ما أكدته فقهاء الشريعة الإسلامية مستندين لقول رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" وقوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لآعاباً ولا جاداً وإن أخذه فليرده"⁽⁵⁾.

وبناءً على ما تقدم يتبين للباحث أن الضمان برد الشيء إلى مالكة في الشريعة الإسلامية متوافق ومنسجم مع ما جرى عليه القانون المدني والتشريعات الوضعية بما يسمى بالتعويض العيني عن الفعل الضار وهو ذات

(1) القضاة، عمار محمد، المرجع السابق، ص 177، وما بعدها.

(2) المهدي، علي، الموجز في شرح أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، 2015، ص 96 وما بعدها. وكذلك انظر، الحلالشة، عبدالرحمن أحمد، المختصر في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط 1، 2010، ص 139 وما بعدها.

(3) الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزامات، عمان، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، 2003، ص 57، وما بعدها.

(4) ويقابلها المادة (192) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها: "يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً، وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك وإن طلب رده إلى مكان الغصب، فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى". وجاء في نص المادة (89) من مجلة الأحكام العدلية: "يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً، وإن صادف المال الغاصب في بلدة أخرى، وكان المال المغصوب معه، فإن شاء صاحبه استرده هناك، وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب".⁽⁵⁾ الخفيف، علي، مرجع سابق، ص 92.

المعنى المستفاد من نص المادة (232) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: "إذا بطل الأصل صار إلى البديل". وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بأكثر من قرار لها⁽¹⁾.

ومن المعايير الأساسية لتقدير الضمان في الغصب أيضاً أن يتم رد المال المغصوب في مكان غصبه حسب ما جاء في المادة (2/279) من القانون المدني الأردني والمادة (2/304) معاملات مدنية إماراتي سالفه الذكر، وهذا الحكم مقرر لمصلحة المالك ولكن يحق للمالك التنازل عنه صراحة أو ضمناً، فتكون مصاريف الرد أو نقل المغصوب إلى المكان الذي غصب منه تقع على عاتق الغاصب، وقد جاء موقف المشرع المدني الأردني والإماراتي والعراقي متوافقاً مع موقف جمهور الفقهاء المسلمين، وتجدر بنا الإشارة إلى أن تنفيذ الغاصب لالتزامه برد العين المغصوبة إلى المالك هو التزام بتحقيق نتيجة بمجرد إثبات يد المالك على العين المغصوبة ولا عبء بعد هذا بعلم الغاصب أو بعلم المالك ولا بنية أو أهلية أي منهما وذلك لأن تنفيذ هذا الالتزام هو واقعة قانونية لا يشترط شيء مما تقدم ذكره⁽²⁾. لذلك لا يسأل الغاصب بعد رده العين المغصوبة عما يصيبها من تلف أو ضرر إذا لم يكن له يد في ذلك.

ونود الإشارة هنا إلى أنه ينطبق الحكم برد المال المغصوب على من تصرف إليه الغاصب سواء معاوضة أو تبرعاً وكذلك غاصب الغاصب وأي شخص آخر في حكم الغاصب وهذا ما تناولته المادة (281-282) من القانون المدني الأردني وتطابقها المادة (306) مدنية إماراتي التي جاء فيها: "إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعاً وتلف المغصوب كلاً أو بعضاً في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب صح تصرفه وإن ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب وفقاً لأحكام القانون". وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم 1994/176 حقوق الذي جاء فيه: "يلزم المشتري برد المغصوب وبالضمان سناً إلى أحكام المادتين (279 و 281) من القانون المدني إذ للمغصوب منه الرجوع على الغاصب الذي تصرف بالمغصوب بالبيع أو الرجوع على المشتري...."⁽³⁾. وقد جاء ذلك فيما يتعلق بالأصل العام عند ضمان المغصوب، وهو رد الشيء سواء كان منقولاً أم عقاراً إلى مالكة، فإذا تعذر ذلك حسب ما ذكرنا سابقاً ينتقل الحكم بالضمان إلى الضمان المثلي ثم القيمي⁽⁴⁾.

وتجدر بنا الإشارة إلى القول بأن المشرع الأردني اعتمد في كيفية احتساب قيمة الضمان وآلية تقديرها على أساس قيمة المال المغصوب يوم الغصب وفي مكانه وهو رأي الإمام أبو يوسف من الأحناف، وفيما يتعلق بتقدير أجر المثل المضمون على الغاصب حسب ما جاء في نفس المادة (279) مدني أردني، فقد اهتمت محكمة التمييز الأردنية في قراراتها فيما يتعلق بتقدير أجر المثل عن العقار المغصوب متماشياً ومراعياً للتغيرات الاقتصادية وتقلباتها باحتسابه على أساس ارتفاع الأسعار وهبوطها، مما يحقق توازناً وعدالة في مصلحة جميع الأطراف حيث

⁽¹⁾قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 1184 / 1997، منشورات مركز عدالة، حيث جاء فيه: "إذا كان المبلغ المدعى به مدفوعاً كعربون استناداً لعقد بيع باطل فإن من حق دافعه استرداده حتى لو نكل هو عن البيع"، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

⁽²⁾الذنون، حسن، مرجع سابق، ص242.

⁽³⁾قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1994/176، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

⁽⁴⁾وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم 2002/3282، حيث جاء فيه: (1). يعتبر الغاصب ملزماً بمقتضى المادة 279 من القانون

المدني: * برد المال المغصوب عيناً أولاً * وبضمان مثله أو قيمته إن استهلكه أو أتلفه بتعديه أو بدون تعديه يوم الغصب وفي مكان الغصب...، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

جاء في قرارها رقم 2262 / 2005: "جرى اجتهاد محكمة التمييز منذ قرارها الهيئة العامة رقم 2875 / 2002 على أن يتم تقدير أجر المثل عن الغصب عن كل سنة من السنوات الثلاث على حدة فيحتسب هذا الأجر وفق تصاعد الأسعار وهبوطها وحسب مقتضيات الحال..."⁽¹⁾.

وبذلك فإن اتجاه القضاء المدني الأردني في أساس تقدير أجر المثل عن المال المغصوب وفق مقتضيات الحال والمتغيرات الاقتصادية حسب ارتفاع الأسعار وهبوطها وبذلك نجد أن القضاء الأردني قد خالف في اجتهاداته القضائية أحكام نص المادة 279/ مدني الأردني فيما يتعلق بأساس تقدير قيمة المال المغصوب حيث اجتهدت محكمة التمييز بأن تقدير القيمة يكون بيوم الحكم بالضمن وليس كما جاء بنص المادة 279/ مدني أردني وتطابقها 306 مدني إماراتي بيوم الغصب، ونحن بدورنا نتفق مع اجتهاد محكمة التمييز الأردنية بحيث يكون وقت التقدير هو يوم الحكم وليس يوم الغصب وذلك تماشياً مع قواعد العدالة والإنصاف لأن الفترة الزمنية بين وقت الغصب إلى حين صدور الحكم قد تطول أحياناً وبالتالي تختلف القيمة الشرائية للمال المغصوب ولربما هبوط القيمة النقدية خلال تلك الفترة مما يلحق ضرراً بالمالك.

وبناءً على ما تقدم يتضح للباحث بأن أساس تقدير ضمان الغصب يسير وفق قاعدتين هما أن يكون الأصل العام التنفيذ العيني برد المال المغصوب إلى ماله إن أمكن ذلك، وإن لم يستطع الغاصب ذلك لعدم وجود المال بأن يكون التعويض بالضمن المثلي أولاً ثم الضمان القيمي ثانياً. والقاعدة الثانية أن يكون التعويض مساوياً لحجم الضرر الناشيء عن فعل الغصب تحقيقاً للعدالة وجبراً للضرر ورعاية للمصالح المشروعة.

الخاتمة:

وبعد أن وصلنا إلى نهاية هذا البحث فإنه يجب علينا أن نخلص إلى أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً: النتائج:

1- إن المشرع المدني الأردني استمد أحكام الغصب من الفقه الإسلامي متأثراً بالمذهب الحنفي ومرتكزاً على مجلة الأحكام العدلية التي كانت سارية المفعول قبل صدور القانون المدني الأردني، وقد سار المشرع المدني الإماراتي على غرار المشرع المدني الأردني فيما يتعلق بأحكام الغصب حيث اعتبر الغصب إحدى صور الفعل الضار الذي يبدأ بمجرد الحيلولة بين المالك وماله ووضع يد الغاصب على ذلك المال دون سند شرعي، وينتهي هذا الفعل بإعادة الحال إلى ما كان عليه إن أمكن ذلك، وفعل الغصب في القانونيين الأردني والإماراتي يمكن أن يقع على العقار والمنقول ومنافعها.

2- إن الضمان المقرر على الغاصب يبدأ أولاً بالتنفيذ العيني أي برد المال المغصوب إلى ماله إن أمكن ذلك وكان موجوداً، أي أن الأصل العام للضمن هو رد المال المغصوب إلى ماله لكن إذا تلف أو استهلك بتعدية الغاصب أو بدون تعدية، على الغاصب ضمان المثل أو ضمان قيمته حسب أحكام المادة 279/ مدني أردني والمادة 304 مدني إماراتي. لم يضع المشرع المدني الأردني وكذلك الإماراتي تعريفاً محدداً للغصب وإنما تم تعريفه من خلال الاجتهادات القضائية حيث اعتبر الغصب أحد أسباب كسب الملكية.

⁽¹⁾قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم 2262/2005، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

3- تبين للباحث بأن المشرع الأردني والإماراتي من خلال المادة 3/279 مدني أردني والمادة 3/304 مدني إماراتي يقدران قيمة المال المغصوب الذي استهلك أو أتلّف أو فقد يكون على أساس قيمته يوم الغصب وليس يوم الحكم بالضمان وذلك تماشياً مع القواعد العامة في الفعل الضار، وتبين لنا هنا مخالفة لما استقرت عليه اجتهادات محكمة التمييز الأردنية التي اعتبرت أن أجر المثل للمال المضمون بالنسبة للغاصب يقدر يوماً بيوم وشهراً بشهر وسنة بسنة، مما يكون ذلك أقرب إلى الواقع لجبر الضرر أكثر في مثل هذه الحالة وذلك لأنه يكون عادة فترة طويلة بين يوم الغصب ونتيجة الأحكام القضائية نتيجة لطول أمد التقاضي فمن الممكن أن يلحق ضرراً بالمالك.

ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث بالتوصيات والمقترحات التالية:

- نتمنى على المشرع المدني الأردني والإماراتي بالنص على تعريف الغصب في نصوص القانون المدني وليس بقصد حصره وتحديد نطاقه، بل لإظهاره بصورة موسعة بحيث تصل إلى كل فعل يترتب عليه منع المالك من الانتفاع بملكه.
- يأمل الباحث بتعديل نص المادة 3/279 من القانون المدني الأردني ونص المادة 3/304 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، التي جاء فيها: "فإن استهلكه أو أتلّفه أو ضاع منه، أو تلف بتعديه أو بدون تعديه، فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب". والتي تقضي بأن تقدير قيمة المغصوب الذي أتلّف أو ضاع أو استهلك وتعذر رده إلى المالك تقدر قيمته بيوم الغصب، ونقترح تعديل النصوص القانونية السابقة بحيث يصبح وقت تقدير قيمة المال المغصوب إذا تلف أو تعذر إرجاعه بوقت الحكم بالضمان وذلك تحقيقاً للعدالة بسبب طول فترة أمد التقاضي بين وقت الغصب إلى حين صدور الحكم مما يؤدي إلى اختلاف القيمة الشرائية للمال المغصوب وكذلك هبوط أو ارتفاع قيمة النقد الشرائية خلال تلك الفترة.
- يأمل الباحث من المشرع المدني الأردني وكذلك الإماراتي تعديل نص المادة 2/286 مدني أردني وتطابقها نص المادة 2/311 معاملات مدنية إماراتي التي جاء فيها: "وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان". بحيث تشمل أيضاً الحالة التي تنقص فيها قيمة المال المغصوب دون استخدامه من قبل الغاصب، وخصوصاً إذا نقصت قيمته بسبب هبوط سعره وكان لا زال تحت يد الغاصب.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والمصادر:

- القرآن الكريم.
- الزيات، أحمد، والنجار، محمد علي، (1960) المعجم الوسيط، الجزء الأول، مطبعة مصر.
- سلطن، أنور، (1987) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مكتبة الجامعة الأردنية، عمان.
- ابن منظور، (1956) لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت.
- الذنون، حسن، (2006) المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، عمان، دار وائل للنشر.
- الشامسي، جاسم، (1998) التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، العدد 11.
- الخفيف، علي، (2000) الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة.
- القضاة، عمار محمد، (2013) آثار الغصب على حق الملكية، دار وائل للنشر الطبعة الأولى، عمان.
- السرحان، عدنان ، خاطر، نوري، (2009) شرح القانون المدني، الصادر والحقوق الشخصية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان.
- الفار، عبد القادر، (2014) مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان.
- ابن قدامة، عبدالله المغني، (بدون سنة نشر) الجزء الخامس، دار الغد العربي.
- المهداوي، علي، (2016) الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، دار الإمارات الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى.
- السنهوري، عبدالرزاق، (1968) الوسيط، أسباب كسب الملكية والحقوق العينية المتفرعة من الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حسن، عبدالخالق ، (1990) الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى.
- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام.
- المهداوي، علي، (2015) الموجز في شرح أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى.
- الحلالشة، عبدالرحمن، (2010) المختصر في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط1.
- السرحان، عدنان، (2010) المصادر غير الإرادية للالتزام، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى.
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- السنهوري، عبدالرزاق، (1997) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- العبيدي، علي، (2021) الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان.

- الرازي، محمد بن أبي بكر، (بدون سنة نشر) مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، مادة ضمن.
- الزرقا، مصطفى ، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، مطابع ألف باء الأديب، دمشق.
- الزرقا، مصطفى، (1988) نظرية الضمان، دار القلم، دمشق.
- البشير، محمد، وغني حسون، (1998) الحقوق العينية، دار الكتب للنشر، جامعة الموصل.
- سوار، محمد وحيد الدين، (1994) أسباب كسب الملكية، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر، عمان.
- الزحيلي، وهبة، (1998) نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق.
- الجبوري، ياسين، (2013) الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزامات، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولى.

ثانياً: القوانين:

- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي لسنة 1985.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

ثالثاً: منشورات مركز عدالة الإلكتروني .

رد الدعوى شكلاً لأسباب تتعلق في صحيفة الدعوى والرد عليها

سامر عماد الدين عبدالغني البيطار *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.04](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.04)

تاريخ استلام البحث 2023/02/16.

تاريخ قبول البحث 2023/03/21.

* قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة جدارا، الاردن.

* للمراسلة: samerbetar@icloud.com

الملخص

تصدت هذه الدراسة لبيان أسباب رد دعوى الإلغاء شكلاً للأسباب التي تتعلق في صحيفة الدعوى أمام المحاكم الإدارية في المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك في ظل قانون القضاء الإداري الأردني ومقارنتها برد دعوى الإلغاء شكلاً في ظل قانون مجلس الدولة المصري. وقد حاول الباحث الإلمام بكافة الأسباب التي تتعلق برد الدعوى شكلاً أمام المحاكم الإدارية؛ باستنباطها من أحكام القضاء الإداري الأردني والمصري. واتبع الباحث المنهج الوصفي والتحليلي من خلال وصف وبيان المفاهيم والمبادئ القانونية المتعلقة بموضوع رد الدعوى للأسباب التي تتعلق بصحيفة الدعوى من الناحية الشكلية، وكان من أبرز الاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل إليها: ضرورة سن تشريع يعمل على تنظيم إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا؛ وذلك لغايات التسهيل على القضاء، وكذلك تفعيل الدور الإنشائي والاجتهادي للقاضي الإداري في دعاوى الإلغاء، من خلال التعامل بمرونة في مراقبته للشروط الشكلية المتعلقة بقبول دعوى الإلغاء.

الكلمات الدالة: دعوى الإلغاء، رد دعوى الإلغاء شكلاً، أسباب رد دعوى الإلغاء، صحيفة الدعوى.

Restitution of the Claim for Reasons Related to the Initiatory

Pleading and the Response Thereto

Samer Emad Eddin A. Albetar*

* Department of Public Law, Faculty of Law, Jadara University, Jordan.

* Crossponding author: samerbetar@icloud.com

Received: 16/02/2023.

Accepted: 21/03/2023.

Abstract

This study addresses reasons for rejecting the annulment lawsuit in form, for causes related to the initiatory pleading before the administrative courts in the Hashemite Kingdom of Jordan, under the Jordanian Administrative Judiciary Law, and compares it with the refusal of the annulment lawsuit in form under the Egyptian State Council Law. Then, the researcher attempted to get acquainted with all the reasons related to the dismissal of the case in form before the administrative courts, by deducing it from the provisions of the Jordanian and Egyptian administrative judiciary. The researcher followed the descriptive and analytical approach by describing and explaining legal concepts and principles related to the dismissing of lawsuit for reasons related to the initiatory pleading in terms of formality. Among the most prominent conclusions and recommendations reached were: the need to enact legislation that regulates litigation procedures before the Administrative Court and the Supreme Administrative Court; This is for the purposes of facilitating the judiciary, as well as activating the constructive and diligent role of the administrative judge in the annulment lawsuits, by dealing flexibly in his monitoring of the formal conditions related to accepting the annulment lawsuit.

Keywords: Annulment lawsuit, Dismissal of annulment lawsuit in form, Reasons for dismissal of annulment lawsuit, Initiatory pleading.

المقدمة

يقوم القضاء الإداري، في الدول التي أخذت بالنظام القضائي المزدوج (النظام الفرنسي)، بمهمة الفصل في الدعاوى الإدارية على اختلاف أنواعها، وتعد دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة أهم الدعاوى الإدارية المرفوعة على الإدارة العامة وأكثرها شيوعاً. وعلى إثر التعديلات التي طرأت على المادة (100) من الدستور الأردني لعام 1952 والتي تحدثت عن إنشاء محاكم بقوانين خاصة ومن هذه المحاكم قضاء إداري على درجتين، وقد صدر قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 متضمناً النص على إنشاء محكمتين إداريتين هما المحكمة الإدارية كمحكمة أول درجة والمحكمة الإدارية العليا وهي محكمة الدرجة الثانية.

وقد عهد هذا القانون بتنظيم دعاوى الإلغاء المختصة بالطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية الصادرة من الجهات الإدارية بهدف إلغائها من النظام القانوني. وتتم ردعوى الإلغاء بثلاث مراحل أساسية على التوالي وهي: مرحلة تسجيل الدعوى ومرحلة قبول الدعوى ومرحلة الفصل في الدعوى. وينصب موضوع الدراسة المتعلق برد دعوى الإلغاء شكلاً على المرحلة الثانية وهي مرحلة قبول الدعوى، وذلك عند انتفاء شرط أو أكثر من الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء.

ومن خلال استقراء نصوص قانون القضاء الإداري الأردني من جهة وأحكام القضاء الإداري الأردني من جهة أخرى، يمكن تصنيف الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء إلى ثلاثة أنواع: شروط تتعلق بالطاعن وتتمثل بشرط المصلحة في الدعوى وشرط عدم الإذعان للقرار، وشروط تتعلق بالقرار محل الطعن وتتمثل بوجود قرار إداري قابل للطعن بالإلغاء بتوافر عناصر ومقومات وجود القرار الإداري وأخيراً شروط تتعلق بإجراءات الدعوى.

وقد دأبت المحكمة الإدارية الأردنية عبر قراراتها - ومحكمة العدل العليا الملغاة- على التصدي تلقائياً لمدى توافر هذه الشروط الشكلية لغايات النظر في موضوع دعوى الإلغاء، وذلك من خلال بسط رقابتها تلقائياً على مدى توافر هذه الشروط للحكم بقبول الدعوى أو ردها شكلاً.

إشكالية الدراسة:

إن الإشكالية المتعلقة بموضوع الدراسة تكمن في الأثر القانوني المترتب على الحكم الصادر برد دعوى الإلغاء والمتمثل بخسارة الطاعن لدعواه في بدايتها؛ وقبل النظر في مدى مشروعية القرار من عدمه، مما يفوت على الطاعن فرصة إلغاء القرار وإزالة الضرر المترتب عليه، لا سيما إذا كان القرار غير مشروع.

كما أن تعدد الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء في القانون الأردني من ناحية، وتشدد المحكمة الإدارية الأردنية في وجوب توافرها مجتمعة من ناحية أخرى، قد أسهم إلى حد كبير في ارتفاع معدل رد دعاوى الإلغاء سنوياً، إلى أن أصبحت المحكمة الإدارية توصف "بمحكمة الرد"، وهذا من شأنه المساس بمبدأ المشروعية الإدارية المصان دستورياً ويحد من حق التقاضي المكفول بموجب أحكام الدستور الأردني، وهو ما يمس من اعتبارات العدالة ويزعزع من مبدأ اليقين القانوني في نفوس الأفراد.

تساؤلات الدراسة :

إن هذه الدراسة تثير الأسئلة التالية :

- ماهي حالات رد دعوى الإلغاء شكلاً في القانون والقضاء الإداري الأردني والمصري؟
- ماهي البيانات التي يجب أن ترد في لائحة استدعاء الدعوى وتعدّ من الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء؟

- كيف يمكن تحقيق التوازن بين رد دعوى الإلغاء شكلاً وبين قبولها ؟

أهمية الدراسة:

للدراصة أهمية قانونية وأخرى عملية نبرزها على النحو الآتي:

الأهمية القانونية: وتكمن الأهمية القانونية في تأسيس نظام قانوني إجرائي يتمثل برد دعوى الإلغاء شكلاً من خلال التعرف على الشروط الشكلية التي نص عليها المشرع الأردني في قانون القضاء الإداري الحالي لقبول دعوى الإلغاء شكلاً، ودور القضاء الإداري في تحديدها والرقابة على توافرها في الدعوى، وتحديد الطبيعة القانونية للحكم الصادر برد دعوى الإلغاء شكلاً.

أما الأهمية العملية لموضوع الدراسة فيتعلق بالأثر المترتب على الحكم الصادر برد دعوى الإلغاء شكلاً والمتمثل بخسارة الدعوى في مراحلها الأولى وقبل النظر في موضوعها.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة بشقيها - القانوني والعملية - فيما تشكله من إضافة علمية رصينة، باعتبارها أول دراسة على مستوى رسائل الماجستير التي تبحث في هذا الموضوع.

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة لبيان الأمور التالية :

1. بيان خصوصية استقلال القانون الإداري الإجرائي في الدعوى الإدارية من خلال بيان الإجراءات الشكلية الأولية لقبول دعوى الإلغاء .
2. التعرف على أسباب رد دعوى الإلغاء شكلاً، التي تتعلق في صحيفة الدعوى في القانون الأردني ودور المشرع والقضاء الإداري الأردني في تحديدها.
3. توضيح أهمية نظام رد دعوى الإلغاء شكلاً في الحفاظ على النظام العام للدعوى.
4. الوصول الى نقطة التوازن بين نسبة رد دعوى الإلغاء شكلاً وبين قبولها، ودور القضاء الإداري الأردني في تحقيق هذا التوازن.

منهجية الدراسة:

سيقوم الباحث باتباع المنهجين الوصفي والتحليلي؛ وذلك من خلال وصف وبيان المفاهيم والمبادئ القانونية المتعلقة بموضوع رد دعوى الإلغاء من الناحية الشكلية، ومن ثم يقوم الباحث باستقراء النصوص القانونية التي تحكمها ويقوم بتحليلها ويبين المقاصد التي أوردتها المشرع الأردني من اقتضاء الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء، وكذلك استقراء أحكام القضاء الإداري الأردني التي تتعلق في موضوع هذه الدراسة وتحليل الأساس القانوني الذي استندت إليه كل من المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا في قراراتهم في ما يخص موضوع هذه الدراسة، مع موقف القانون والقضاء المصري مع الاستئناس بالقانون الفرنسي عند الاقتضاء، كما سيتبع الباحث المنهج المقارن من خلال مقارنة المفاهيم والمبادئ القانونية المتعلقة بموضوع رد دعوى الإلغاء من الناحية الشكلية في القانون الأردني والقانون المصري.

المبحث الأول**رد الدعوى لأسباب تتعلق في صحيفة استدعاء الدعوى**

لقد بين المشرع الأردني من خلال قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 بأن هناك شروطاً شكلية قد اشترطها تبين كيفية رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية، وكذلك قد بين الإجراءات والمراحل التي تمر بها الدعوى حيث يتم تقديم لائحة الدعوى لقلم المحكمة بعد أن يتم استيفاء الرسوم التي تقررها المحكمة فهذا الإجراء هو بمثابة بداية الخصومة بين أطراف الدعوى.

ويجب أن تقدم اللائحة للمحكمة من خلال محامٍ ويجب شمول اللائحة على توقيع هذا المحامي؛ ولهذا المحامي شروط فيجب أن يكون محامٍ أستاذ قد مارس المحاماة لفترة محددة قانوناً حيث جاء في قانون القضاء الإداري بقوله "يجب أن يكون استدعاء الدعوى موقفاً من محامٍ أستاذ قد مارس المحاماة بهذه الصفة لمدة لا تقل عن خمس سنوات أو عمل في وظيفة قضائية لمدة مماثلة قبل ممارسته للمحاماة"⁽¹⁾.

وبمجرد قيام المحامي بتسجيل الدعوى لدى القلم يترتب على ذلك أن تبدأ الخصومة بين الأطراف وكذلك يعتبر قياماً للطعن وقطعاً للميعاد؛ ولا تقوم الخصومة إلا بتسجيل الدعوى فلا يغني أي إجراء سابق أو لاحق عن التسجيل كالتبليغ أو إصدار القرار بالإعفاء من الرسوم والإعفاء من الرسوم يعمل به في القانون المصري أما القانون الأردني فيقوم بتأجيل الرسوم.⁽²⁾

(1) لطفاً انظر نص المادة (1/9) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014

(2) العتبي، القاضي جهاد، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015 عمان ص 469،

وعند الحديث عن صحيفة الدعوى فإنه يجب علينا أن نعلم بأن هناك بيانات قد وردت على شكل شروط يجب توافرها في صحيفة استدعاء الدعوى لغايات قبول الدعوى أمام القضاء حيث جاء في قانون القضاء الإداري بقوله "يشترط في استدعاء الدعوى التي تقام لدى المحكمة الإدارية ما يلي : 1- أن يكون مطبوعاً بوضوح وعلى وجه واحد في كل ورقة".

"2- أن يتضمن اسم المستدعي كاملاً وصفته ومحل عمله وموطنه، واسم المستدعي ضده وصفته بشكل واضح".
"3- أن يدرج فيه موجز عن وقائع الدعوى ومضمون القرار المطعون فيه وأسباب الطعن والطلبات التي يريدها المستدعي من دعواه بصورة محددة".⁽¹⁾

وفي حال عدم توافر هذه الشروط في صحيفة استدعاء الدعوى عند نظر دعوى الإلغاء أمام المحكمة. فإن المحكمة الإدارية تقوم برد دعوى الإلغاء شكلاً وذلك قبل الدخول بأساسها ومحتواها والبحث في أسبابها. ولكل ماتقدم فإننا سوف نتناول هذا المبحث المتعلق برد دعوى الإلغاء شكلاً لأسباب تتعلق في صحيفة الدعوى من خلال البحث في عدة مطالب وهذه المطالب قد اشترطها القانون وأثبتتها أحكام القضاء الإداري الأردني والمصري والسوابق القضائية وسوف نتناولها على النحو التالي :

المطلب الأول: رد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم توقيع محامٍ على لائحة استدعاء الدعوى

لا بد للمستدعي أن يقوم بتوكيل محامٍ إذا ما اشترط القانون هذا الشرط، وذلك لغايات تمثيله أمام المحاكم بشكل عام والمحاكم الإدارية بشكل خاص؛ حيث إن هذا التوكيل سواء كان عاماً أو خاصاً يغني المستدعي عن التوقيع والمثول أمام المحكمة، وهذا التوكيل هو إجراء شكلي لا بد من القيام به، كما يعتبر إجراءً جوهرياً لغايات قبول الدعوى الإدارية أمام المحكمة الإدارية.

وقد اشترط قانون القضاء الإداري الأردني هذا الشرط بقوله: "مع مراعاة الأحكام الخاصة برئيس النيابة العامة الإدارية ومساعديه، يجب أن يكون استدعاء الدعوى موقعاً من محامٍ أستاذ مارس المحاماة بهذه الصفة".⁽²⁾. وفي هذه الحالة تجد المحكمة أثناء نظر لائحة استدعاء الدعوى المقدمة إليها من قبل المستدعي أو الطاعن وبواسطة وكيله بأن لائحة استدعاء الدعوى غير موقعة من محامٍ أستاذ مزاول لمهنة المحاماة؛ والمقصود بالمحامي الأستاذ بأن يكون اسمه مسجلاً لدى سجل المحامين الأساتذة إعمالاً لنص المادة (7) من قانون نقابة المحامين الأردنيين، وما ورد من شروط يجب توافرها بالمحامي بموجب نص المادة (8) من ذات القانون كأن يكون متمتعاً بالجنسية الأردنية، و أتم سن (23) من عمره وقد أتم فترة التدريب والبالغة سنتين وغيرها من الشروط. ولا يقوم المحامي

(1) لطفاً انظر نص المادة (9/ب/1) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014

(2) لطفاً انظر نص المادة (9 / أ / 1) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

باكتساب هذه الخبرة في مجال القضاء الإداري، إلا من خلال المزاولة الفعلية لمهنة المحاماة وذلك لفترات زمنية تُكسبه الخبرة اللازمة وقد حددت أغلب التشريعات والقوانين هذه المدد.

كما اشترط المشرع المصري بموجب قانون مجلس الدولة المصري بقولها " يُقدم الطلب إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محامٍ مُقَيّد بجدول المحامين المقبولين أمام تلك المحكمة"⁽¹⁾؛ والجدول هو عبارة عن كشف عام يتم تقييد أسماء المحامين المقبولين أمام محكمة النقض وتعتبر المحاكم الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا معادلة لمحكمة النقض.

ولوجود هذا الشرط يجب على القاضي وبما لديه من خبراتٍ علمية وعملية، وقيل أن ينظر في الدعوى والبحث في أسبابها وما تحتويه لائحة استدعاء الدعوى من وقائع؛ أن يحكم برد دعوى الإلغاء المقامة أمامه شكلاً لعدم توقيع المحامي وكيل المستدعي على لائحة الدعوى وبالتالي بطلان كافة الإجراءات التي تأتي بعدها.

والجدير بالذكر أنه لا يوجد ما يمنع بأن يقوم بكتابة استدعاء لائحة الدعوى من قبل أي شخص، ومن ثم يقوم محامٍ يكون مقبولاً بموجب أحكام القانون بالتوقيع على لائحة استدعاء الدعوى، وذلك اهتماماً بالشكل الذي أراده القانون وسيراً على هدي المحكمة الإدارية وما يصدر عنها من القرارات القضائية ولكن الباحث يرى أنه من خلال الواقع العملي الذي نعيشه في المحاكم الإدارية في المملكة الأردنية الهاشمية أن اللوائح والجواب عليها التي تسجل في أرقام المحكمة تكون خاضعة لرقابة هذه الأرقام وبواسطة موظفين مختصين ومن ذوي الخبرة بذلك ولا يتم تسجيل أي لائحة لدى الأرقام دون أن تراعى الأمور والشروط الشكلية في اللوائح. أما موقف القضاء الإداري المصري وفي ذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن اشتراط التوقيع على عريضة الدعوى لا يعني تحرير الصحيفة من ذات الشخص الذي وقع عليها فقد يحررها شخص ويوقع عليها آخر والعبرة من ذلك فيمن وقع على اللائحة وما قد تطلبه القانون في ذلك.⁽²⁾

لقد تطرقت محكمة العدل العليا لهذا الشرط بقولها " لا تسمع دعوى الإلغاء لدى محكمة العدل العليا إلا إذا كان استدعاؤها موقعاً من محامٍ أستاذ يوكله المستدعي لتقديم الدعوى وتمثيله لدى المحكمة في جميع إجراءات المحاكمة وحتى صدور الحكم النهائي فيها؛ فإذا كانت وكالة وكيل المستدعي التي بموجبها أقيم الدعوى جاءت خالية من الأمر الموكل به فإنه تكون قد فقدت شرطاً من شروط صحتها حسب أحكام المادة 834/1، الأمر الذي يجعلها لا تخوله إقامة هذه الدعوى، مما يتعين ردها شكلاً".⁽³⁾

(1) لظفاً انظر نص المادة (25) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.

(2) موسى، عبد الغفور إبراهيم، الدفوع الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا الجزء الأول، سنة 2009، دار الكتب القانونية مصر، ص

(3) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (331) لسنة 2001، والصادر بتاريخ 2002/5/27، موقع عدالة الإلكتروني، تاريخ الدخول 2023/1/3.

ويرى الباحث بعد دراسة هذا الشرط الذي فرضه القانون؛ والقاضي برد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم توقيع محامٍ على لائحة استدعاء الدعوى؛ بأن هناك تطابقاً بين المشرع الأردني والمشرع المصري من خلال دراسة القوانين ذات الصلة والغاية التي أرادها المشرع هي حفظ المراكز القانونية للأفراد عند مخاصمة القرار الإداري وذلك لخصوصية المنازعات الإدارية وعدم وجود قانون يحتوي على نصوص مكتوبة للقانون الإداري؛ فهو غير مقنن وبالتالي يجهل به أغلب الناس ومن هذا المنطلق فإنه لا بد من قيام محامٍ وهو من أهل الخبرة والقانون بالمخاصمة وبالتالي توجيه الطاعن نحو الاتجاه الصحيح في إجراءات التقاضي خصوصاً في ظل عدم وجود قانون أصول محاكمات إدارية.

المطلب الثاني: رد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم توقيع محامٍ على لائحة استدعاء الدعوى يقبله القانون

لقد تم الذكر سابقاً أنه لا بد للمستدعي من أن يقوم بتوكيل محامٍ في حال اشتراط القانون هذا الشرط، وذلك لغايات تمثيله أمام المحكمة الإدارية. كما لا يكفي لقبول دعوى الإلغاء أن تكون لائحة استدعاء الدعوى موقعة من محامٍ أستاذ مزاول ومسجل اسمه في سجل المحامين الأساتذة فقط؛ بل اشترط قانون القضاء الإداري مدة زمنية لفترة المزاول للمحامي الذي قام برفع الدعوى .

ففي هذه الحالة تكون لائحة استدعاء الدعوى موقعة من محامٍ ولكن العلة في هذا التوقيع تكمن بأن القانون قد اشترط شروطاً معينة في المحامي ولكنها لم تتوفر في المحامي الذي وقع على لائحة استدعاء الدعوى حيث جاء في قانون القضاء الإداري بأنه أوجب "أن يكون استدعاء الدعوى موقعاً من محامٍ أستاذ قد مارس مهنة المحاماة لمدة لا تقل عن خمس سنوات أو عمل بوظيفة قضائية لذات المدة قبل ممارسة المحاماة"⁽¹⁾.

وباستقراء القانون يجد الباحث أن القانون قد اشترط في توقيع المحامي أن يقبله القانون حتى تجيز له المحكمة هذا التوقيع وهو شرط وجوبي أي لا يتم قبول لائحة استدعاء الدعوى دونه، مما يترتب على هذا التوقيع من المحامي الغير المقبول قانوناً رد الدعوى الإدارية شكلاً وبطلان لائحة استدعاء الدعوى وبناء عليه بطلان كافة الإجراءات اللاحقة .

كما أنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من أن يقوم بكتابة لائحة استدعاء الدعوى محامٍ غير مقبول قانوناً القضاء الإداري ومن ثم يقوم محامٍ آخر يقبله القانون وتطبق عليه الشروط بالتوقيع على لائحة استدعاء الدعوى ويعود السبب في ذلك لأن العبرة في الشخص الذي قام بالتوقيع على لائحة استدعاء الدعوى، وذلك إذعائاً لنص المادة التاسعة من قانون القضاء الإداري كما أن الأمر الآخر المرجو من توقيع الشخص على اللائحة بأنها قد تكون مطبوعة وليست مكتوبة بخط اليد حيث إن من قام بالتوقيع هو الذي يتحمل المسؤولية القانونية في كل ماتحتويه

(1) لطفاً انظر نص المادة (9 / أ / 2) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

لائحة الاستدعاء من وقائع وأسباب وطلبات كما أن القانون لم يشترط طبيعة معينة لهذا التوقيع، بل اكتفى بقوله "استدعاء الدعوى موقع من أستاذ محام" وهذا يقودنا إلى أن هذا التوقيع ليس له شكل معين فمن الممكن أن يكون موقعاً بواسطة ختم من المحامي المقبول قانوناً أو موقعاً من خلال إمضائه أو بواسطة كتابة اسمه بخط اليد.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة العدل العليا "بأنه يستفاد من إجازة المحاماة التي تكون موقعة من نقيب المحامين الأردنيين والمحفوظة بالملف على أن المحامي لم يكمل مدة الخمس سنوات في مزاولته لمهنة المحاماة مما يدل على أنه عندما صادق على صحة الوكالة لم يمض المدة التي أرادها القانون لغاية تمثيله أمام محكمة العدل العليا في جميع إجراءات المحاكمة وحتى صدور الحكم النهائي وحيث إنه قد ثبت للمحكمة بأن المحامي لم يكمل مدة الخمس سنوات ولم يقدم للمحكمة أية بيعة يثبت أنه قد عمل في وظيفة قضائية قبل ممارسة المحاماة عندما أقام هذه الدعوى فتكون دعوى المستدعي غير مسموعة وتغدو الدعوى مستوجبة للرد شكلاً لإقامتها ممن ليس له الحق في إقامتها".⁽¹⁾

كما أنه يعتبر قاطعاً لمدة الخمس سنوات لمزاولة المحامي أنه في حال تم قطع مدة المزاولة للمحامي الأستاذ من خلال إصدار القرار بمنعه من المزاولة لمدة يقرها مجلس النقابة بموجب نص المادة (63/1/ ج) بقولها "كل محام أخل بمهنته وبقانون النقابة والأنظمة الصادرة بمقتضاها أو في لائحة آداب المهنة أو تجاوز في واجباته أو قام بتضليل العدالة يعرض نفسه أ.... ب.... ج . المنع من مزاولة المهنة".

ويرى الباحث بأن مدة المزاولة المنصوص عليها بالقانون ذات ضرورة، حيث إن مهنة المحاماة شأنها شأن باقي المهن لايجوز الانقطاع عنها كما ورد في تنظيمها بموجب أحكام قانون نقابة المحامين واللوائح ذات الصلة بغض النظر عن سبب الانقطاع سواء لفعل بسيط قد ارتكبه المحامي، أو لفعل قد يصل إلى حد الجنائية لما لذلك من تأثير على المحامي المنقطع؛ وما له من تأثير على زملائه من خلال أنه قد يكتسب حقوقاً لم يكن ليكتسبها لو أن فترة انقطاعه قد تم حسابها له. وكذلك قد يفقد أي من زملائه حقوقاً لهم نتيجة احتساب هذه المدة من مدة مزاولته.

ولقد قرر المشرع المصري بالبطلان في حال عدم توقيع صحيفة الدعوى والعرائض من قبل محامٍ مقبول قانوناً أمام المحكمة الإدارية، فالبطلان منصوص عليه في قانون مجلس الدولة وقانون المحاماة المصري. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "ومن حيث إن البين من مطالعة النصوص المتقدمة أن المشرع كشف فيها عن المقومات الأساسية التي تنظم إجراءات إقامة الدعاوى والطعون أمام محاكم مجلس الدولة بمختلف أنواعها ودرجاتها؛ بحسبانها، إعمالاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور، وبما يتماشى والطبيعة المتميزة للمنازعة الإدارية التي يكون أحد أطرافها دوماً إحدى جهات الدولة، وبما يحقق التوازن القانوني بين طرفي المنازعة، ويمكن المحكمة من ممارسة اختصاصها بالفصل في المنازعة المقامة أمامها على النحو المحقق للعدالة. ومن هنا اشترط

(1) قرار محكمة العدل العليا رقم 2007/127 بتاريخ 2007/5/30 مشار إليه لدى العتيبي، القاضي جهاد، موسوعة القضاء الإداري، المرجع السابق، صم 437.

المشرع أن توقع عريضة الدعوى أو الطعن من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام المحكمة التي تقام أمامها الدعوى أو الطعن؛ وذلك ضماناً لتوفر الخبرة المناسبة في هذا الشأن، والإلمام الكامل بالإجراءات أمام المحكمة المعنية. وهي الحكمة التي تغياها المشرع في قانون المحاماة المنظم لهذه المهنة المعاونة للقضاء في أداء رسالته السامية، عندما أنشأ جداول للقيد بها بحسب درجة كل محكمة، وبعد انقضاء مدة خبرة حددها، بما يضمن تحقق الهدف المبتغى من درجات القيد".⁽¹⁾

وقد اختص المشرع المحكمة الإدارية العليا؛ لكونها على قمة مدارج التنظيم القضائي لمجلس الدولة، وبما تحمله من اختصاص، وما تصدره من أحكام لا معقب عليها- بحكم خاص، وهو جواز الحكم بالبطلان إذا لم تأت عريضة الطعن أو الدعوى المقامة أمامها على الوجه الذي حدده نص القانون، وجاءت خلواً من أي بيان اشترطه القانون، مثل توقيع محام من المقبولين أمامها، ومن ثم فإن اشترط توقيع العريضة من محام هو أمر جوهري، يترتب على مخالفته البطلان، ويغدو متعيينا القضاء بذلك.

ويرى الباحث بعد دراسة هذا المطلب الذي فرضه القانون؛ والقاضي برد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم توقيع محامٍ على لائحة استدعاء الدعوى يقبله القانون من خلال اشترط المزاولة لمدة خمس سنوات بأن الغاية التي أرادها المشرع؛ تكمن في اختيار المحامين الذين يترافعون أمام المحاكم الإدارية من أهل الخبرة، والذين قد مرّ عليهم العديد من القضايا الإدارية والخبرات العلمية والعملية التي تصب في غاية حفظ المراكز القانونية للأفراد عند مخاصمة القرار الإداري، وسرعة البت في القضايا الإدارية لغايات عدم إطالة أمد النزاع.

المطلب الثالث: رد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم احتواء لائحة استدعاء الدعوى على البيانات المطلوبة

لقد ذكرنا سابقاً بأن على المستدعي القيام بتوكيل محام يقبله القانون لغايات تمثيله، ومن ثم يقوم هذا الوكيل بإقامة الدعوى الإدارية بموجب استدعاء يقدمه للمحكمة الإدارية وذلك عملاً بأحكام المادة (8 / أ) من قانون القضاء الإداري حيث نصت على مايلي " تقام الدعوى لدى المحكمة الإدارية باستدعاء يقدم إليها ". وباستقراء نصوص قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014، نجد أنها قد حددت شروطاً شكلية معينة يجب توافرها في لائحة استدعاء الدعوى⁽²⁾، وفي حالة عدم توافر هذه الشروط الشكلية في اللائحة فإن للمحكمة أن ترد الدعوى شكلاً وقد اشترط القانون في صحيفة استدعاء الدعوى ما يلي :

أولاً : أن يكون استدعاء لائحة الدعوى مطبوعاً طباعة واضحة وعلى وجه واحد للورقة؛ أي أنه يجب أن يكون مطبوعاً بخط واضح ومقروء وعلى وجه واحد من وجهي الورقة، ولا يجوز أن يقوم المستدعي بالكتابة على ظهر

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (2190) لسنة 47 ، جلسة 2010/1/1 ، موقع الاتحاد العربي الإلكتروني.

(2) لطفاً أنظر نص المادة (9) التاسعة فقرة (ب) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014

الورقة وعلى وجهها في ذات الوقت، وذلك لمنع تداخل الكلام مع بعضه بعضا مما يشكل لبساً لدى المحكمة في أثناء قراءة الدعوى.

والغاية التي أرادها المشرع بأن تكون اللائحة واضحة لا غبار عليها، حتى لا تكون المحكمة الإدارية عرضة لطلبات الخصوم ومذكراتهم الإيضاحية بسبب اللبس في اللوائح المقدمة بالدعوى مما ينتج عنه إطالة أمد النزاع الإداري.

ثانياً : كما اشترط قانون القضاء الإداري بذات المادة أن تتضمن لائحة استدعاء الدعوى اسم المستدعي والمستدعي ضده كاملاً، وهذا في العرف القانوني يعني أنه يجب أن يتم ذكر اسم المستدعي من أربعة مقاطع مع الرقم الوطني، كما يذكر صفته ويقصد فيها أن يكون المستدعي بوضع ملائم لمباشرة الدعوى بأن يكون صاحب مركز قانوني سليم كالموظف العام، وكذلك يجب ذكر محل عمل وموطن المستدعي والمستدعي ضده وذلك لغايات التبليغ وتخفيف أمد النزاع.

ثالثاً : كما اشترط قانون القضاء الإداري الأردني في ذات المادة على إدراج موجز عن وقائع الدعوى ومضمون القرار المطعون فيه، وأسباب الطعن والطلبات التي يريدها رافع الدعوى من دعواه بصورة واضحة ومحددة؛ وهذا يعني أنه لا يجوز الإسهاب بسرد الوقائع على شكل تكون معه غير واضحة بل يجب الإيجاز في الوقائع بحيث تكون بشكل واضح لا لبس فيه.

رابعاً : أن يذكر المستدعي في استدعائه المقدم للمحكمة الإدارية القرار الإداري المشكو منه، ورقم هذا القرار وتاريخه وكذلك ما تضمنه القرار من فحوى، وكذلك عليه أن يذكر أسباب الطعن والوقائع والطلبات بشكل واضح وبصوره محددة وفي حال قيام وكيل المستدعي بسرد الأسباب التي ذكرها؛ لغايات إلغاء القرار الطعين ويكتفي بها دون أن يذكر وقائع الدعوى وفقاً لنص المادة (9) من ذات القانون وحيث إن هذا النص من النصوص الأمرة التي تتعلق بالنظام العام وللمحكمة إثارته من تلقاء نفسها حتى لو لم يتعرض لها الخصوم مما يتوجب عليه رد الدعوى الإدارية شكلاً.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية بقولها "وحيث إن الطعن بالصيغة الواردة بلائحة الدعوى والوكالة ينتابها الغموض والجهالة؛ وحيث إن هذا الطعن وبالصيغة الواردة من المستدعين الذي لم يرد فيه ماتضمنه القرار الطعين بإيقاف العلاوة بشكل واضح، ولا تاريخ إيقافها، ولم يرد في أوراق الدعوى ولا اللائحة ما يشير إلى الجهة التي أصدرت القرار، وذلك لكي تقوم المحكمة ببسط رقابتها على القرار الطعين، ومن أي جهة صدر القرار وما هو مضمونه، كي تقف المحكمة على اختصاصها وعلى الخصم الحقيقي في القرار الطعين، مما يجعل استدعاء لائحة الدعوى ينتابه الجهالة الفاحشة، كما أنهم لم يبينوا رقم القرار الذي تضمن إيقاف المكافأة وتاريخ صدوره، كي تستطيع المحكمة نسبة إلى من أصدره، بينما جاء في لائحة الدعوى أن القرار الطعين هو القرار الصادر عن

المطعون ضدهم و أو أي منهم، مما يعني أن بهذه الصيغة جهالة فاحشة في اللائحة، الأمر الذي يكون معه أن الدفع واقع في محله، مما يتوجب معه والحال هذه رد الدعوى شكلاً بالقرار الطعين للجهالة الفاحشة شكلاً⁽¹⁾.

وكذلك ما استقر القضاء الإداري الأردني على أن الإسهاب والإطالة بالشرح في لائحة الدعوى دون أن تتضمن اللائحة وقائع محددة وموجزة ومنتجة في الدعوى وعدم الالتزام بطلب إلغاء القرار بشكل واضح و محدد، يشكل سبباً من أسباب رد الدعوى شكلاً. وتطبيقاً لذلك قد قررت المحكمة الإدارية في أحد أحكامها برد دعوى الإلغاء شكلاً بقولها "وحيث تجد محكمتنا أن لائحة دعوى المستدعي جاءت بشكل شرح مسهب و مطول ولم تتضمن وقائع محددة وموجزة عن وقائع دعواه إضافة أن طلباته الواردة في نهاية لائحة دعواه تضمنت طلبه إعلان البراءة من المخالفة المسندة إليه بما يخالف طبيعة الدعوى الإدارية التي هي دعوى إلغاء للقرار الإداري ، وحيث تجد محكمتنا من المادة 9/ب من قانون القضاء الإداري أن الشروط الواردة في تلك المادة إنما جاءت بشكل أمر و حيث جاءت طلبات المستدعي على خلاف ماتستدعيه وتتطلبه الدعوى الإدارية والغاية أو الهدف منها فإن ما يترتب على ذلك أن هذا الدفع يغدو وارداً على دعوى المستدعي مما يتوجب ردها شكلاً⁽²⁾."

ومن خلال هذا الحكم يرى الباحث أنه حتى لو تم شرح وقائع الدعوى بشكل مطول وبشكل مسهب من قبل المستدعي أو الطاعن دون أن تتضمن لائحة الدعوى وقائع محددة وموجزة للدعوى؛ فلمحكمة أن ترد الدعوى الإدارية شكلاً و يرى الباحث أن هذا تشدد غير مبرر من القضاء وإن كان قد أقره لغايات التخفيف عن كاهله، لكثرة الطعون المقدمة أمامه. إلا أنه وفق هذا الحال قد أضع فرصة على المستدعي لاستعادة حقه الذي كفله له الدستور والقانون، فلا بد من التخفيف في هذا الجانب والتقليل من التشدد في الرد الشكلي لهكذا أسباب للدعوى، فتضييع الحقوق.

وكما تم ذكره سابقاً بأن قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 وبموجب نص المادة (9 / ب)؛ أنها قد وضحت الشكل العام في لائحة استدعاء الدعوى من خلال الشروط والشكل الواجب توافره فيها، ولكن في حالة عدم توافر نص في قانون القضاء الإداري، فإن لقاضي المحكمة الإدارية أن يرجع للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية، وذلك لغايات تنظيم الدعوى الإدارية وكيفية تقييدها وجلسات المحاكمة والمرافعات والطلبات، وذلك لعدم وجود نص يسعف المحكمة الإدارية؛ وبالبحث في قانون أصول المحاكمات المدنية نجده نص على وجوب أن تتضمن لائحة الدعوى على بيانات محددة⁽³⁾، وهي اسم المحكمة المرفوع أمامها الدعوى وهذا

(1) قرار المحكمة الإدارية رقم 200 لسنة 2022 بتاريخ 2018/5/9 موقع نقابة المحامين الأردنيين الإلكتروني (قرارك) تاريخ الدخول 2022/11/3 يوم الخميس.

(2) قرار المحكمة الإدارية رقم 380 لسنة 2020 بتاريخ 2018/5/9 موقع نقابة المحامين الأردنيين الإلكتروني (قرارك) تاريخ الدخول 2022/11/3 يوم الخميس.

(3) لطفاً أنظر نص المادة 56 من قانون أصول المحاكمات الأردني رقم 16 لسنة 2006.

ما قد خلا منه النص في قانون القضاء الإداري كما يجب أن يتم ذكر اسم المدعي بالكامل واسم المدعى عليه بالكامل ومهنته ومحل عمله واسم من يمثله بالكامل و مهنته أو وظيفته أو موطن أو محل إقامته وفي حال لم يكن للمدعي موطن مختار فيجب أن يعين المدعي موطناً مختاراً له كما تحتوي لائحة الدعوى على ذكر موضوعها ووقائع الدعوى وأسانيدها و طلبات المدعي.

ويجب أن يتم التوقيع على لائحة من قبل المدعي أو وكيله، وكذلك يجب أن توشح بالتاريخ الذي حررت فيه، من الملاحظ باستقراء كلا نصي القانون أنهما قد تشابها في بعض الشكليات ولكن ما نقص من قانون القضاء الإداري تم إكماله من قانون أصول محاكمات المدنية؛ وهذا ما تفعله السلطة القضائية في حال حاجتها إلى إتمام شواغر قضائية لدى المحكمة الإدارية فإنها تلجأ إلى تعبئة هذه الشواغر من القضاة المدنيين مع العلم أن هناك استقراراً لسيادة القضاء في المحكمة الإدارية بصفتها تنظر بالقضايا ذات العلاقة بالقرارات الإدارية وما تضمنه اختصاصها بموجب قانون القضاء الإداري؛ ويستطيع الممارس لمهنة المحاماة منذ زمن أن يلمس هذا الاستقرار وذلك أثناء الترافع أمام هذه الهيئات القضائية.

أما في القانون المصري فقد جاء بموجب نص المادة(25) من قانون مجلس الدولة المصري بقولها "يُقدم الطلب إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة...."

وتطبيقاً لذلك فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى قولها: "إن من الأصول القانونية المقررة بأن انعقاد المنازعة الإدارية صحيحة رهين بأن تتضمن صحيفة الدعوى البيانات الجوهرية - من البيانات الجوهرية خاصة في دعوى الإلغاء بيان المدعى للقرار المطلوب إلغاؤه المختصم بالدعوى على وجه التحديد بما يتضمن تحديده رقمًا وتاريخًا أو على الأقل تحديد تاريخ صدوره كاملاً إن لم يتيسر له أن يرفق بعريضة الدعوى صورة أو ملخصاً من القرار المطعون عليه . من البيانات الجوهرية، كذلك تاريخ التظلم من القرار ونتيجة التظلم منه خاصة بالنسبة للقرارات التي يجب التظلم منها - تخلف ذلك - أثره: رفع الدعوى بعريضة يشوبها التجهيل يلحق البطلان بها قانوناً.⁽¹⁾

ويرى الباحث أنه من الصعوبة بمكان على المحكمة أن تبسط رقابتها على القرار الإداري الطعين؛ وبالتالي إلغاء هذا القرار في حال أن قد انتاب استدعاء لائحة الدعوى الجهالة الفاحشة بأي بيانات قد تطلبها القانون من جهة والقضاء الإداري من جهة، بحيث إنه قد لا يُعرف من هو مصدر القرار لا سيما إذا كان هناك عدة مستدعي ضدهم بالقرار الطعين، أو أنه لم يتم بيان رقم القرار الطعين، أو كانت هناك جهالة في الوقائع.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (2373) لسنة 46 ، جلسة 2005/3/26، موقع الاتحاد العربي الإلكتروني.

المبحث الثاني

رد الدعوى لأسباب تتعلق في إجراءات الدعوى

لقد تطرق المشرع الأردني إلى إجراءات يجب أن يقوم بها أطراف الدعوى حتى لا يترتب على هذه الإجراءات قيام المحكمة بإصدار قرارها برد الدعوى شكلاً، كما يجب على أطراف الدعوى أن لا يقوموا بإعادة البحث في الدعوى التي سبق أن تم الحكم بها حيث إن لهذه الأحكام حجية الأمر المحكوم به، والغاية المرجوة من ذلك هي استقرار المراكز القانونية للأفراد والأشخاص المعنوية؛ ولكل ما تقدم فإن الباحث سوف يقوم بتقسيم هذا البحث إلى مطلبين حيث سوف يتناول المطلب الأول رد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم الرد على الوقائع والأسباب الواردة في لائحة الدعوى أو اللائحة الجوابية لها كما سيتناول الباحث في المطلب الثاني رد دعوى الإلغاء شكلاً كون القضية مقضية (القرينة القاطعة) وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول: رد دعوى الإلغاء شكلاً لعدم الرد على الوقائع والأسباب الواردة في لائحة الدعوى أو اللائحة الجوابية لها

لم يكلف المشرع الأردني في قانون القضاء الإداري بشروط شكلية يجب توافرها في لائحة استدعاء الدعوى؛ بل تطرق إلى إجراءات لاحقة أيضاً على الخصوم في الدعوى الإدارية القيام بها، حيث إنه قد تطرق إلى فحوى هذه اللائحة كما تطرق إلى اللائحة الجوابية وكذلك الرد على هذه اللائحة حيث جاء بنص قانون القضاء الإداري الأردني قوله "تعتبر أي وقائع وأسباب أوردها أي من طرفي الدعوى مسلماً بها من الطرف الآخر إذا لم ينكرها صراحة وبصورة محددة في اللائحة الجوابية أو في الرد عليها".⁽¹⁾

حيث إنه في حالة عدم إنكار أي من طرفي الدعوى ما يتم إيراده من قبل الطرف الآخر من وقائع للدعوى وأسباب لها صراحةً؛ وبشكل محدد في اللائحة الجوابية أو في الرد على اللائحة الجوابية، ففي هذه الحالة قد تم اعتبار هذا الطرف من قبل المشرع الأردني وكذلك القضاء الإداري مُقرراً ومُسلماً بما جاء من خصمه في الدعوى من وقائع لها أو أسباب.

وتطبيقاً لذلك فقد قررت المحكمة الإدارية في قرارها "حيث تجد محكمتنا أن المستدعي تقدم بلائحة استدعاء الدعوى لدى محكمتنا بتاريخ 28/8/2022 وأن الجهة المستدعي ضدها تقدمت بلائحة جوابية بتاريخ 13/9/2022 وأن ممثل المستدعي ضده أورد الأسباب الواقعية والقانونية لرد دعوى المستدعي وأن وكيل المستدعي تبلغ اللائحة الجوابية بتاريخ 14/9/2022 ولم يقدم لائحة رد على اللائحة الجوابية وحيث إن عدم تقديم لائحة

(1) لطفاً أنظر نص المادة (13 / ب) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

الرد على اللائحة الجوابية يعتبر إذعائياً وتسليماً مفترضاً بالوقائع والأسباب الواردة في اللائحة الجوابية وقبولاً بها مما يتوجب والحالة هذه رد دعوى المستدعية شكلاً⁽¹⁾.

وأما بالقانون المصري و قضاءه الإداري، ومن خلال ما قد اطلع عليه الباحث من مراجع ومصادر؛ سواء مكتوبة أو إلكترونية فإنه لم يجد ما يبين بأن القضاء المصري وقانونه، قد اعتبر أن عدم الرد على الوقائع والأسباب الواردة في لائحة الدعوى أو اللائحة الجوابية لها سبب رد دعوى الإلغاء شكلاً.

ويرى الباحث أن اعتبار المحكمة الإدارية عدم رد المطعون ضده على الوقائع والأسباب الواردة في لائحة الدعوى أو رد الطاعن على اللائحة الجوابية يعتبر تسليماً من أي من طرفي الدعوى كل في دوره في المحاكمة، إنما هو تشدد غير مبرر من قبل القضاء الإداري، قد تذهب معه الحقوق بسبب حرمان أي من أطراف النزاع من حقه المشروع بالتقاضي، الذي هو مشروع ومكفول دستورياً بحكم القانون.

المطلب الثاني: رد دعوى الإلغاء شكلاً كون القضية مقضية (القرينة القاطعة)

لقد أخذ القضاء بشكل عام والإداري بشكل خاص بالدفع بحجية الأمر المحكوم به، وذلك من خلال قيام القضاء بتطبيقه في العديد من أحكامه فالأصل في الأحكام القضائية أن تكون قرينة قاطعة، وبعد صدور هذه الأحكام يتم تنفيذها ولا يجب إعادة البحث بها مجدداً، ويعود السبب في ذلك إلى إعطاء الأحكام القضائية حجة على الكافة والغاية التي أرادها المشرع هي استقرار المراكز القانونية ووضع حد للنزاعات منعاً لعدم تجديدها.

وقد جاء في قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 بقوله "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً². ويجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها"⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد ذهبت المحكمة الإدارية بقولها "وبخصوص الدفع الأول وحيث إن المستدعي ذاته قد سبق أن أقام الدعوى الإدارية رقم 2021/212 التي جددت بالرقم 2021/512 للغياب وبذات موضوع وبذات القرار المشكو منه ومضمونه وتاريخه وأقامها على ذات الجهة التي أصدرته وهي مجلس إدارة المحاسبين وصدر القرار عن تلك المحكمة برد الدعوى شكلاً لفوات الميعاد لتقديمها خارج المدة القانونية وتم الطعن بهذا القرار ذاته أمام المحكمة الإدارية العليا حيث سجلت الدعوى بالرقم 2021/444 وصدر قرارها بتاريخ 2022/1/5 بتأييد قرار المحكمة الإدارية، وحيث إن إقامتها بذات الموضوع وذات المحل والسبب وذات الخصوم وهو مجلس إدارة جمعية المحاسبين يجعل إقامتها مرة أخرى يتناقض مع حجية الأمر المقضي..... مما يجعل شروط القضية المقضية

(1) قرار المحكمة الإدارية رقم 416 لسنة 2022 بتاريخ 2022/10/17 موقع نقابة المحامين الأردنيين الإلكتروني (قرارك) تاريخ الدخول 2022/11/3 يوم الخميس.

(2) لظفاً انظر نص المادة (41 / 1 / 2) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952

متوافرة باعتبار أنه يتمتع على محكمتنا بحث هذه الدعوى لسبق الفصل فيها بدعوى سابقة كون موضوع الطعن هو ذاته موضوع الطعن بالدعوى السابقة وإن شروط القضية المقضية متوافرة، الأمر الذي يستوجب والحال هذه رد الدعوى شكلاً لسبق الفصل فيها"⁽¹⁾.

وأما في القضاء المصري فقد أخذ بعدم جواز النظر بالدعوى لسبق الفصل فيها "وقضى بأن الشروط التي يجب توافرها لقبول الدفع بحجية الأمر المقضي به قسماً : القسم الأول يتعلق بالحكم بأن يكون حكماً قضائياً صادراً عن جهة قضائية ذات ولاية في الحكم الذي أصدرته وأن يكون قطعياً وأن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه إذا ارتبطت الأسباب ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب : والقسم الثاني يتعلق بالحق المدعى به فيشترط أن يكون هناك اتحاد في الخصوم والمحل والسبب - فيما يتعلق بالقسم الأول : إذا اختص المشرع جهة إدارية باختصاص قضائي كاللجان القضائية للإصلاح الزراعي فإن ما تصدره هذه اللجان من قرارات في المنازعات التي تختص بنظرها يكون لها حجية الأمر المقضي وذلك بأن يكون قراراً قطعياً أي قد فصل في موضوع النزاع سواء في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه فصلاً حاسماً لا رجوع فيه من جانب اللجنة"⁽²⁾.

ومن الملاحظ بأن القضاء الإداري الأردني والقضاء الإداري المصري قد أخذاً ببدأ حجية الأمر المقضي به بالأحكام التي حازت الدرجة القطعية، وذلك كون القرار القضائي يعتبر قرينةً قاطعةً فهو حجة بما جاء به من الحقوق ولا يجوز قبول دليل بنقض هذه القرينة، ولكن تكون لتلك الأحكام الحجية القاطعة في حال كان النزاع قد قام بين ذات الخصوم أنفسهم و دون أن تتغير صفاتهم وأن يتعلق النزاع بالحق ذاته.

الخاتمة

- بعد إتمام هذه الدراسة المتعلقة بنظام رد دعوى الإلغاء شكلاً في القانون الأردني ومحاولة مقارنته مع القانون المصري، خلصنا إلى بعض النتائج والتوصيات نوردتها على النحو الآتي:

أولاً : النتائج

- إن رد دعاوى الإلغاء شكلاً في المنازعات الإدارية يشكل نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته لدى القضاء الإداري الأردني والمصري، فهو يتعلق بالشروط الشكلية والإجرائية الواجب توافرها لقبول النظر في موضوع دعوى الإلغاء.

(1) قرار المحكمة الإدارية رقم 155 لسنة 2022 بتاريخ 2022/6/21 موقع نقابة المحامين الأردنيين الإلكتروني (قرارك) تاريخ الدخول 2022/11/3 يوم الخميس.

(2) طعن رقم (892) لسنة 21 ق جلسة 1973/6/27، طعن رقم (952) لسنة 26 ق، جلسة 1984/1/24 مشار إليه لدى، موسى، عبد الغفور إبراهيم، الدفوع الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا الجزء الأول، المرجع السابق، ص 221.

- إن تعدد وتشعب شروط قبول دعوى الإلغاء من ناحية، وتشدد القضاء الإداري الأردني بضرورة توافرها عند رفع الدعوى، أدى دون شك إلى كثرة عدد الدعاوى المردودة شكلاً، مما يفوت على الطاعنين بالقرار فرصة إغائه، لاسيما إذا كان القرار محل الطعن مخالف للقانون مما يعيق عملية مخاصمة القرارات غير المشروعة، ويحد بالتالي من ممارسة حق التقاضي المكفول دستورياً.
- بالرغم من أن حالات رد دعوى الإلغاء شكلاً تعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام في الدعوى وأن القاضي الإداري يثيرها من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، إلا أنه يجب - بالمقابل - مراعاة تحقيق التوازن بين سلطة القضاء الإداري في رد الدعوى شكلاً وكفالة حق التقاضي للأفراد.
- وفقاً للبند السابق، فإن الباحث يتمنى على القاضي الإداري الأردني أي يسعى نحو تفعيل دوره الإنشائي والاجتهادي في التعامل بمرونة - ما أمكن - مع الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء، وذلك من خلال التساهل في قبول بعض هذه الشروط لضمان تحقيق مبدأ المشروعية بإخضاع القرارات الإدارية لرقابته، كتساهل قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قبول شرط المصلحة في الدعوى وعدم اشتراط استمراريتها إلى حين الفصل في الدعوى، وكذلك الأمر في تساهل القضاء الإداري الفرنسي في قبول الطعن بالقرار غير النهائي وقت رفع الدعوى إذا كان سيصبح نهائياً أثناء نظر الدعوى.

ثانياً: التوصيات

- يوصي الباحث المشرع الأردني والمصري بأهمية سن تشريع خاص بالإجراءات القضائية يعمل على تنظيم إجراءات التقاضي أمام المحاكم الإدارية، ومن ضمنها تحديد حالات رد دعاوى الإلغاء شكلاً باعتبار أن معظم هذه الحالات يتعلق بالجانب الإجرائي للدعوى، مما يسهم في معالجة إشكالية خسارة الطاعنين لدعاويهم بسبب ردها شكلاً في مراحلها الأولى وقبل النظر في موضوعها.
- كما يتمنى الباحث من المشرع الأردني أن ينشئ جهازاً يتبع للمحكمة الإدارية يقوم على مساعدة القضاة الإداريين، وتكون مهمته تحضير الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري وإعداد التقارير لهذه الدعاوى وبيان الرأي القانوني فيها، مما قد يسهم في التقليل من معدل رد دعاوى الإلغاء شكلاً، وذلك على غرار هيئة مفوضي الدولة في القضاء الإداري المصري.
- يوصي الباحث القاضي الإداري الأردني باتباع نهج نظيره المصري في تفعيل دوره الإنشائي والاجتهادي في دعاوى الإلغاء، من خلال التعامل بمرونة في مراقبته للشروط الشكلية المتعلقة بقبول دعوى الإلغاء. فيعمل سلطته التقديرية في تجاوز بعض هذه الشروط - وإن نص عليها القانون على سبيل الوجوب - في بعض الحالات وفقاً لظروف كل قضية على حدة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب

- أبو العثم، فهد، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- موسى، عبدالغفار إبراهيم، الدفوع الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار الكتب القانونية، جمهورية مصر العربية المحلة الكبرى، 2009.

ثانياً : المراجع الإلكترونية

- (الموقع الإلكتروني للمجلس القضائي الأردني/ <https://www.jc.jo/>).
- (الموقع الإلكتروني قرارك لنقابة المحامين الأردنيين / <https://qarark.com/>).
- (الموقع الإلكتروني عدالة / <https://adala.com/>).
- (موقع الاتحاد العربي الإلكتروني / <https://search.auaj.org/>).

ثالثاً: التشريعات

- الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية عدد 1093.
- قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 وتعديلاته.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 وتعديلاته.
- قانون المحاماة المصري رقم (17) لسنة 1983 وتعديلاته.

مدى ملاءمة أنظمة منظمة الصحة العالمية لمواجهة الأمراض السارية في القرن (21)

عبدالله خلدون عبدالله ابورواق *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.05](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.05)

تاريخ استلام البحث 2023/02/01 .
تاريخ قبول البحث 2023/03/22.

* قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة جدارا، الاردن.

* للمراسلة: Abdsari1998@gmail.com

الملخص

أثرت الأوبئة على مر التاريخ في العديد من المجالات المؤثرة على الإنسان، وعلى منظمة الصحة العالمية تطبيق آلية تساعد في تنسيق التعاون بين الدول لمواجهة الأوبئة من خلال تدابير واحترازاات تقوم بها هذه الدول، وتعد أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) الأداة القانونية الوحيدة المعنية بالترصد والاستجابة للأمراض والأوبئة. وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج، من أهمها: عدم تمتع أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) بالقوة الإلزامية الكافية لجعل الدول تنفذ أحكامها وذلك بسبب عدم وجود أي قواعد تنص على عقوبات تنفذ على الدول التي لا تلتزم بهذه الأنظمة، وعدم قدرة بعض الدول على القيام بالقدرات الأساسية للاستجابة والترصد المنصوص عليها في المرفق الأول من الأنظمة، وبسبب عدم وجود القدرة المالية المطلوبة، واحتياج هذه الدول لبنية تحتية قوية في الأساس، وتبين ذلك خلال مواجهة الأيبولا في عام (2014)، أما عن اهم التوصيات، فهي: تعديل أنظمة منظمة الصحة العالمية خاصة القدرات الأساسية المطلوبة من الدول، وشمل عقوبات لجعل الدول تلتزم بها.
الكلمات الدالة: الصحة، حالة الطوارئ الصحية، الأوبئة، الإبلاغ، منظمة الصحة العالمية.

Adequacy of WHO Systems in Addressing Communicable Diseases in the 21st Century

Abdallah Khaldoun Abdallah Aburwaq *

* Department of Public Law, Faculty of Law, Jadara University, Jordan

* Crossponding author: Abdsari1998@gmail.com

Received: 01/02/2023.

Accepted: 22/03/2023.

Abstract

Epidemics have impacted, throughout history, many aspects of human life. Therefore, the World Health Organization should implement a mechanism that helps coordinate cooperation between countries to confront epidemics through measures and precautions taken by these countries. The World Health Organization regulations for the year (2005) are the only legal tool concerned with surveillance and response for diseases and epidemics. This study has reached a set of results, the most important of which are: The World Health Organization (2005) regulations do not have sufficient binding force to make countries implement their provisions, due to the absence of any rules stipulating penalties to be implemented on countries that do not comply with these regulations. Moreover, some countries are unable to carry out the basic capabilities for response and surveillance stipulated in the first annex of the regulations, due to the lack of the required financial capacity, as well as the need for a strong infrastructure, as occurred with Ebola outbreak in the year (2014). As for the most important recommendations: Amending the WHO systems, specifically, the basic requirements of countries, as well as including penalties to make countries comply with it.

Keywords: Health, Health emergency, Epidemics, Reporting, World Health Organization.

المقدمة

تعد أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) الوسيلة القانونية الوحيدة في مواجهة الأمراض والأوبئة، وتعد أشمل من أنظمة عام (1969)، إلا أن العديد من الأوبئة انتشرت على مستوى العالم ولم توقف منظمة الصحة العالمية أو تحد من انتشارها، كوباء كورونا الذي منذ تسجيل أول إصابة بفيروس كورونا في كانون الأول من عام (2019) حتى وقت كتابة هذا البحث ومازال الوباء موجوداً، وكذلك وباء الإيبولا الذي يستمر في العودة في بعض الدول الإفريقية، مما يصيب العالم بخسائر بشرية اقتصادية، بالرغم من وجود دستور وأنظمة تقنيات تساعد الدول على مواجهة هذه التحديات، وقد شملت أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) العديد من التغييرات الجوهرية عن سابقتها، وذلك لحل المشاكل التي كانت تواجه أنظمة (1969)، وأيضاً الحيلولة دون انتشار المرض على الصعيد العالمي، إلا أن ظهور نقاط ضعف الأنظمة (2005)، جعلها عرضة لانتقادات عدة جعلت البعض يرى أنها تعيق عملية الرصد والاستجابة للأمراض والأوبئة التي من الممكن أن تسبب قلقاً على الصعيد الدولي، وتشكل تهديداً على الصحة العامة.

مشكلة البحث

قصور بعض جوانب أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام 2005 في مواجهة الأمراض المستجدة كجائحة كورونا وتأثير ذلك على فعالية عمل المنظمة خاصة من جهة تحديد المسؤولية القانونية لمخالفين هذه الأنظمة وبالنظر إلى إشكالية الدراسة، نطرح بعض العناصر التي سيتم تناولها:

- توضيح الاختلافات الجوهرية بين أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) والأنظمة لعام (1969).
- التحقيق في مدى إلزامية أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) للدول الموقعة عليها.
- معالجة أنظمة منظمة لصحة العالمية لعام (2005) لحالات الطوارئ الصحية.
- مدى كفاية أنظمة منظمة الصحة العالمية في مواجهة الأمراض السارية في القرن (21).

أهداف البحث

وبالنظر إلى إشكالية الدراسة فإن أهدافها تتمثل في:

- 1_ بيان مدى إلزامية القرارات الصادرة من منظمة الصحة العالمية.
- 2_ تحليل أنماط القرارات الصادرة عن منظمة الصحة العالمية.
- 3_ تحديد المسؤولية القانونية لمخالفة أنظمة منظمة الصحة العالمية.
- 4_ توضيح مدى كفاية أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) في مواجهة الأمراض السارية في القرن (21).

منهجية البحث

تتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، حيث تتبع الدراسة المنهج الوصفي لأنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) لبيان أحكام الأنظمة إلى القارئ، وبيان الانتقادات التي تعرضت لها الأنظمة، والمنهج التحليلي للوصول إلى مدى كفايتها في مواجهة الأمراض السارية في القرن(21)، وما إذا كانت كافية في مواجهة الأمراض والأوبئة في المستقبل وإبداء الآراء حول هذا الموضوع، واقتراح حلول إزاءها، وتم استبعاد المنهج المقارن لأن الأنظمة الدولية تطبق على جميع دول الأعضاء .

وعلى أنه سوف يتم تقسيم الدراسة الى المبحثين:

المبحث الأول بعنوان حالة الطوارئ الصحية والانتقادات التي وجهت الى أنظمة عام (2005)، الذي سوف نتطرق فيه إلى تعريف الحالة والشروط التي يجب توافرها لاعتبارها حالة طوارئ صحية، وبيان الانتقادات التي وجهت إلى هذه الأنظمة نتيجة التعامل مع حالات الطوارئ الصحية بموجبها.

المبحث الثاني بعنوان مدى كفاية أنظمة منظمة الصحة العالمية لمواجهة أمراض وأوبئة القرن الواحد والعشرين، الذي سوف نتطرق فيه إلى حالات الطوارئ الصحية التي تم التعامل معها منذ بدء تنفيذ هذه الأنظمة، ومعرفة ما إذا كانت هذه الأنظمة سوف تكون ملائمة في مواجهة الأمراض والأوبئة في المستقبل.

المبحث الأول

حالة الطوارئ الصحية والانتقادات التي وجهت الى أنظمة عام (2005)

قبل الخوض في إلزامية أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) في حالات الطوارئ، لا بدّ من تعريف حالة الطوارئ وشروط قيامها، ودراسة المعايير والمبادئ التي نصّت عليها أنظمة منظمة الصحة العالمية لمساعدة الدول على تقييم ما إذا كان الحدث يشكل خطراً على الصحة العامة، وتهديداً على الصعيد الدولي، وأيضاً تشكيل لجنة الطوارئ واختصاصاتها، والمسؤوليات المترتبة على منظمة الصحة العالمية والدول في حالات الطوارئ.

المطلب الأول: تعريف حالة الطوارئ الصحية وشروطها

تقوم منظمة الصحة العالمية بإعلان حالة الطوارئ الصحية بناء على اقتراح لجنة الطوارئ، ويجب توافر شروط للحالة الصحية من أجل أن تصبح حالة طوارئ صحية، وفي هذا المطلب سوف نتطرق إلى تعريف حالة الطوارئ الصحية وشروطها والمعايير الموجودة في المرفق الثاني من الأنظمة.

الفرع الأول: تعريف حالة الطوارئ وشروطها

لقد عرّفت المادة الأولى من أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) حالة الطوارئ بأنها: "حدث استثنائي يشكّل خطراً محتملاً على الصحة العمومية في الدول الأخرى، وذلك بسبب انتشار المرض دولياً، واستجابة دولية منسقة".¹ ومن خلال التعريف الذي نصّت عليه المادة الأولى من الأنظمة، فإن شروط إقامة حالة الطوارئ هي:

أولاً: وجود حدث استثنائي

الأصل أن الدولة تعيش في حالة استقرار بتنظيم مجموعة من القواعد الدستورية والقانونية، واستثناءً عن هذا الأصل فإن الدولة قد تتعرض للخطر الذي يهدد أمنها ونظامها العام، وبسبب استنفاد الأساليب العادية في مواجهة ذلك الخطر، فإن الأنظمة القانونية في الدولة تتيح إعمال بعض الصلاحيات الاستثنائية لسلطة الطوارئ بالخرج عن مبدأ المشروعية العادية في ظل تلك الظروف الاستثنائية.

ثانياً: أن يكون الحدث يشكّل خطراً محتملاً على الصحة العمومية

يجب أن يشكل الحدث خطراً على الصحة العامة التي من شأنها التأثير سلباً على باقي الدول ليس فقط الدولة المتضررة من الحدث، لا سيّما في الوقت الحالي الذي كثر فيه السفر والتجارة الدولية سواءً كانت عن طريق البحر أو الجو أو البر، الذي يُعدّ من أهم العوامل التي تسهم في انتشار الأمراض والأوبئة.

وقد تم تحديد المبادئ التوجيهية من قبل أنظمة منظمة الصحة العالمية بما يخص تحديد ما إذا كان الحدث سيُشكّل خطراً على الصحة العامة على الصعيد العالمي، حيث إن على الدولة المتضررة أن تقوم بتطبيق هذه المعايير على الحدث الذي تمر فيه الدولة، وقد تم ذكرها في المرفق الثاني من أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، وهذه المبادئ هي:

أ_ يجب إبلاغ منظمة الصحة العالمية إذا تمّت الإصابة بإحدى الأمراض الآتية: الجدري، شلل الأطفال، فيروس شلل الأطفال البري، متلازمة الالتهاب الرئوي الحاد (سارس)،² الإنفلونزا البشرية الناتجة عن نمط جديد، حيث إن الإصابة بهذه الأمراض تعتبر حدث غير عادي أو غير متوقع يمكن أن يشكّل خطراً كبيراً على الصحة العمومية على الصعيد العالمي.

ب_ إذا حدثت إصابة بأحد الأمراض التي تترتب على استخدام الشكل الخوارزمي، لأنها أثبتت مدى خطورتها على الصحة العامة، وتنتشر بسرعة على الصعيد العالمي، وهذه الأمراض هي: الكوليرا، الطاعون المروي، الحمى الصفراء، حمى غرب النيل، الحمى النزفية الفيروسيّة، الأمراض الأخرى التي تثير قلقاً خاصاً على الصعيد الإقليمي أو الوطني، مثل حمى الدنك وحمى وادي الصدع.

(1) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، المادة الأولى.

وتناول ذلك لوكال، مريم، مكافحة منظمة الصحة العالمية للطوارئ الصحية العابرة للحدود: فيروس كورونا نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 2، ص 382_401، 2020، ص 386.

(2) Rosario M Issasi, THU MINH NGUYEIN, The Global Governance of Infectious Diseases The World Health Organization and The International Health Regulations, Alberta Law Review, vol. 43, no.2, 2005, p. 503.

جـ. أي حدث يمكن أن يثير قلقاً دولياً في مجال الصحة العامة بغض النظر عما إذا كان مجهول المصدر أو مجهول الأسباب، أو القضايا التي تتعلق بأمراض أو أحداث غير التي ذُكرت سابقاً من الممكن أن تشكل خطراً على الصحة العالمية على الصعيد العالمي.¹

وذكر المرفق الثاني من أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) المعايير التي يجب على الدول اتباعها لإجراء تقييم للحدث التي يقع على أرضها لتحديد ما إذا كان سيشكل حدثاً صحياً طارئاً أم لا، وهذه المعايير هي:

- هل يحدث أثراً سلبياً على الصحة العمومية؟
- هل الحدث غير عادي أو غير متوقع؟
- هل هنالك مخاطر محتملة كبيرة من انتشاره على الصعيد العالمي؟
- هل يحتمل إلى حد كبير فرض قيود على السفر الدولي أو التجارة الدولية؟²

ثالثاً: يقتضي الحدث استجابة دولية

من الشروط الأساسية أيضاً أن الحدث التي تمر فيه الدولة المتضررة يحتمل إمكانية تدخل دولي لمواجهته، بحيث لم تستطع الدولة المتضررة السيطرة عليه أو الحد من أضراره بالشكل اللازم، وذلك من خلال تقاسم المعلومات التي جمعتها الدولة المتضررة خلال مواجهتها لهذه الحالة مع أنظمة الصحة العالمية والدول الأخرى من أجل العمل على آلية متسقة بين الدول لمواجهة الحدث ومنعه من الانتشار على الصعيد العالمي.

الفرع الثاني: لجنة الطوارئ

يقوم مدير العام لمنظمة الصحة العالمية بإنشاء لجنة تتكون من الخبراء في مختلف المجالات الصحية خاصة بتنفيذ أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005)، ويستند المدير العام في اختيار الخبراء إلى أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005)، وأنظمة منظمة الصحة العالمية الخاصة بالاستشاريين واللجان، ويستطيع المدير العام أن يعين خبراء بناءً على طلب إحدى الدول الأعضاء، وأيضاً يعين عندما تقتضي الحاجة خبراء تقترحهم منظمات حكومية ومنظمات التكامل الاقتصادي التكاملية.

يجب على الدول الأطراف المهمة أن تقوم بإعطاء المدير العام المؤهلات والخبرة الميدانية للخبراء التي تقترحهم للعضوية في هذه اللجنة، ويقوم مدير عام منظمة الصحة العالمية بتشكيل لجنة طوارئ، وذلك من خلال اختيار خبراء من قائمة الخبراء المعنية بتنفيذ أنظمة منظمة الصحة العالمية، وإذا دعت الحاجة من الأفرقة الاستشارية للمنظمة.

ويختار المدير العام الخبراء في المنظمة بناءً على خبرتهم التقنية والتجربة والمبادئ الجغرافية العادلة، فينبغي أن يكون أحد أعضاء لجنة الطوارئ من الدولة المتضررة بسبب معرفته بالظروف المحيطة بالحدث الذي شكّل حالة طارئة، ومساعدة اللجنة في مواجهة الحدث الذي يشكّل تهديداً على الصحة العامة، ومنعه من الانتشار على الصعيد العالمي، على أن يقوم مدير عام منظمة الصحة العالمية بدعوة الدولة المتضررة إلى تقديم المعلومات

(1) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، المرفق الثاني.

(2) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، المرفق الثاني.

بهذا الخصوص يرجى مراجعة: رمضان، محمد، دور منظمة الصحة العالمية في مقاومة وباء كورونا في ضوء قواعد القانون الدولي العام، جامعة القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد 9، 2020، ص161.

وآرائها المتعلقة بالحالة الطارئة، ولتحقق هذا الغرض يقدم المدير العام لعضو من الدولة المتضررة جدول أعمال لجنة الطوارئ وتواريخه، ولا يجوز أن تطلب الدولة المتضررة بتأجيل الاجتماع لتقديم آرائها، ويمكن للدول المتضررة من الحدث الذي سبب حالة الطوارئ أن تقترح لمدير عام منظمة الصحة العالمية إنهاء حالة الطوارئ، أو أن تقترح إنهاء التوصيات المؤقتة.¹

وتختص لجنة الطوارئ بالعديد من الاختصاصات في حالة حدوث حدث استثنائي الذي من شأنه تهديد الصحة العامة، وقد تم ذكر اختصاصات هذه اللجنة في المادة (48) الفقرة (1)، مثل تحديد ما إذا كان الحدث أو لا يشكل حالة طوارئ، اقتراح تعديل أو إصدار أو تمديد أو إنهاء التوصيات المؤقتة التي تصدرها منظمة الصحة العالمية.² وبصدد الأحكام المتعلقة بالإجراءات المتعلقة باجتماع لجنة الطوارئ لمناقشة كيفية مواجهة الحدث الذي يهدد الصحة العامة، فقد نظمت المادة (49) من أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) كيفية قيام مدير عام منظمة الصحة العالمية باستدعاء لجنة الطوارئ إلى عقد اجتماع بشأن هذا الأمر، ولا يوجد مانع من إقامة الاجتماع عن بُعد خلال مؤتمرات الفيديو أو وسائل الاتصال الإلكتروني، ويزود المدير العام لمنظمة الصحة العالمية لجنة الطوارئ بجدول الأعمال وكافة المعلومات المتعلقة بالحدث الذي يشكل تهديداً على الصحة العامة، ويثير قلقاً دولياً، وأيضاً التوصيات المؤقتة التي يقترح مدير عام أنظمة منظمة الصحة العالمية إصدارها.

وتقوم لجنة الطوارئ بانتخاب رئيس لها، ويجب أن تُعدّ تقريراً بعد كل اجتماع، بحيث يكون موجزاً عن الأعمال والمداولات التي تقوم بها، وأيضاً أي مشورة أو اقتراح بشأن التوصيات المؤقتة التي يقترح مدير عام منظمة الصحة العالمية إصدارها، ثم يقدم الآراء والاقتراحات إلى المدير العام ليقوم بإصدار القرار بهذه المسألة ويكون قراره نهائياً.³ يقوم مدير عام منظمة الصحة العالمية بإبلاغ الدول الأطراف بالقرارات المتعلقة بتحديد حالة الطوارئ أو إنهائها، وأيضاً يبلغ الدول الأطراف ومسؤولي وسائل النقل الدولي عبر الدول الأطراف ووكالات الدولية بالتوصيات المؤقتة، وما يرد عليها من تمديد أو تعديل أو إنهاء، وجعل هذه التوصيات المؤقتة متاحة للجمهور في وقت لاحق، وفيما يتعلق بمدة عضوية هذه اللجنة، فيقوم بتحديد مدير عام منظمة الصحة العالمية بهدف مواجهة حدث محدد، ومواجهة عواقبه التي تؤثر على كافة مجالات الحياة.

الفرع الثالث: إلزامية أنظمة منظمة الصحة العالمية

منحت المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة امتيازات وحصانات للوكالات المتخصصة، ومن أهمها: الأهلية القانونية، وبذلك يسمح للوكالات المتخصصة أن تقوم بالتعاقدات، والتقاضي، وامتلاك الممتلكات المنقولة وغير المنقولة،⁴ وبما أن منظمة الصحة العالمية منظمة دولية حكومية؛ ومن ثم فهي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية وما يترتب على ذلك من آثار أهمها تمتعها بالحصانات والامتيازات الدولية.

(1) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، المادة 48 الفقرة 2.

(2) Emily A bruemmer, Allyn L. Talor, institutional transparency in global health law making: the world health organization and the implementation of international health regulation, cornell university library, 2017, p289.

(3) Emily A Bruemmer, Allyn L Taylor, previous, p. 289.

(4) اتفاقية الأمم المتحدة لمنح الحصانات والامتيازات للوكالات المتخصصة، المادة الثانية.

وضحت المادة (20) من دستور المنظمة أن كل اتفاقية تقوم بها جمعية الصحة يجب على الدول الأعضاء أن تتخذ بشأنها قراراً بالقبول أو الرفض خلال مدة قدرها (18) شهراً، فإذا مرت هذه المدة من دون أن تقبل الدولة بهذه الاتفاقية، فإن على الدولة أن ترسل تقريراً تبين فيه أسباب عدم قبول هذه الاتفاقية، وإذا وافقت الدولة على قبول الاتفاقية التي قامت بها جمعية الصحة، فهي توافق على أن ترسل إلى المدير تقريراً سنوياً.¹

وقد أقرّ دستور منظمة الصحة العالمية لجمعية الصحة سلطة إقرار الاتفاقيات التي تدخل في نطاق اختصاصات منظمة الصحة العالمية، ويتطلب لإقرار أي اتفاقية من جمعية الصحة موافقة ثلثي أعضاء الجمعية، وتصبح هذه الاتفاقية نافذة وملزمة على كل دولة قامت بقبولها،² وتدخل أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) ضمن الاتفاقيات التي قامت جمعية الصحة بإقرارها، حيث تم إنشاء هذه الأنظمة بموافقة الدول الأعضاء، بمعنى أن هذه الأنظمة تصبح نافذة وملزمة لأي دولة ما لم تبتدئ الدول أي رفض أو تحفظ بشأنها.

عرفت أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) بأنها: "اتفاق ملزم قانوناً بين منظمة الصحة العالمية، والدول الأعضاء البالغ عددها (196) دولة"³، بالرغم من أن التعريف قد شمل "اتفاق ملزم قانوناً"، وأن الدول الموافقة على أنظمة منظمة الصحة العالمية تكون ملزمة بالعمل سويّاً لتحقيق الأمن الصحي، إلا أن دستور منظمة الصحة العالمية وأنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) لم ينصّ على أي عقوبات بحق كل من لم يلتزم بقواعد هذه الأنظمة، إنما من الممكن أن تكون العقوبات على شكل نتائج سلبية تصيب الدول التي لا تلتزم بهذه الأنظمة؛ مثل: تشويه سمعة الدولة في مجتمع دولي، وقطع المساعدات عن الدولة، وزيادة سوء الحالة الصحية من ازدياد أعداد الإصابات والوفيات، والتدهور الاجتماعي والاقتصادي الذي يمكن أن يحدث للدولة غير الملتزمة.⁴ وعند موافقة الدولة على الاتفاقية التي أقرتها جمعية الصحة، تصبح الدولة ملزمة بقواعد هذه الاتفاقية، خاصةً القواعد المتعلقة بحالة الطوارئ من ترصد وتقييم واستجابة للحدث الذي يشكل الحالة الطارئة، وأيضاً توفير القدرة الأساسية التي تم ذكرها في المرفق الأول من أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، وتقوم منظمة الصحة العالمية بإصدار توصيات مؤقتة تقوم الدول الأعضاء باتباعها لمواجهة الحدث الذي سبب الحالة الطارئة، ولكن هذه التوصيات ليس لها الصفة الإلزامية، وللدولة حرية الالتزام بها أو عدمه بالرغم من أهميتها لما تحتويه من إجراءات وتدابير احترازية تساعد في مواجهة الحالة الطارئة.

ويرى الباحث أن العقوبات التي ذُكرت سابقاً لا تكفي لجعل الدول تلتزم بأنظمة منظمة الصحة العالمية، خاصةً أنه بإمكان الدولة تزوير التقارير بشأن تنفيذ اللوائح، ويمكن أن تُظهر لمنظمة الصحة العالمية أنها تنفذ أنظمتها كي تستفيد من المساعدات المالية والتقنية التي توفرها المنظمة للدول، علماً بأن العقوبات المترتبة على عدم الالتزام

(1) دستور منظمة الصحة العالمية، المادة 20، يرجى مراجعة بهذا الشأن: هديل الجنابي، أسامة نجم، منظمة الصحة العالمية ومسؤوليتها الدولية في مواجهة الأوبئة، مجلة العلوم القانونية، المجلد 36، العدد 2، 2021، ص 80.

(2) دستور منظمة الصحة العالمية، مادة 19، يرجى مراجعة بهذا الشأن: رمضان، محمد، مرجع سابق، ص 130.

(3) لمعرفة المزيد بخصوص هذا الموضوع، يرجى الموقع الاتي:

<https://www.who.int/ar/news-room/questions-and-answers/item/what-are-the-international-health-regulations-and-emergency-committees>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

(4) هديل الجنابي، أسامة نجم، مرجع سابق، ص 81.

ليست مجدية مع الدول ذات الاقتصاد الكبير وتمس الدول النامية فقط، خاصة إن كانت من دول أعضاء منظمة الصحة العالمية، ولا تنطبق عليها أنظمة منظمة الصحة العالمية بسبب التحفظ على هذه الأنظمة أو الرفض لها، مما يؤدي إلى عدم الالتزام بهذه القواعد، لذلك يرى الباحث أن أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) ليس لها القوة الإلزامية الكافية لجعل الدول الأعضاء ملتزمة بها.

المطلب الثاني: الانتقادات التي وُجّهت بخصوص أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005)

عاجت أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) النطاق الضيق الذي كان في أنظمة عام (1969)، وأضافت الأحكام المتعلقة بتعزيز الدول للقدرات الأساسية المتعلقة بالترصد والاستجابة، وضرورة إنشاء نقاط اتصال في كل دولة طرف معنية بتنفيذ أنظمة منظمة الصحة العالمية التي تكون متاحة طوال الوقت، وبالرغم من الأحكام التي تضمنتها أنظمة عام (2005) ومعالجتها للمشكلات التي واجهتها أنظمة عام (1969)، إلا أنه وُجّهت إليها العديد من الانتقادات في العديد من الأمور، وهي:

أولاً: القدرة الأساسية للدول في الترصد والاستجابة

لقد ألزمت منظمة الصحة العالمية الدول على اكتساب القدرات الأساسية للترصد والاستجابة المنصوص عليها في المرفق الأول من أنظمة منظمة الصحة العالمية، إلا أن كل دولة ليست قادرة على تلبية هذه القدرات الأساسية بسبب ميزانية الدول المنخفضة، وبالرغم من أن الدول التي لا تستطيع كسب القدرات المنصوص عليها في المرفق الأول من أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) تستطيع طلب المساعدة من منظمة الصحة العالمية، إلا أن العديد من الدول الأعضاء لم تستطع أن تكتسب هذه القدرات.

ويرى البروفيسور مورتن بوربيرغ أن من نقاط ضعف أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) القدرة الأساسية للدول، حيث يرى أن هنالك دولاً أعضاء غير قادرة على استيفاء القدرات الأساسية التي نصّت عليها في المرفق الأول من أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) حتى مع المساعدات التي تقدمها منظمة الصحة العالمية لهذه الدول فهي غير قادرة على اكتساب القدرات الأساسية لترصد والاستجابة للأحداث التي تشكّل تهديداً على الصحة العمومية.¹

ويتفق كل من البروفيسور لورنس غوستين، والمستشارة في القانون الصحي الدولي ماري ديبارتولو، والمستشار القانوني ايريك فريدمان مع البروفيسور مورتن بوربيرغ في هذا الأمر، حيث يرون أن هنالك دولاً لا تستطيع أن تلبى القدرات الأساسية للترصد والاستجابة، ويرون كذلك ضرورة تعاون الدول مع بعضها لحل هذه المشكلة لا سيما

(1) Morten borberg, A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in time of pandemic: it is time for revision, European journal of risk regulations, vol 11, no 2, p. 202_209, 2020, p.206.

في النظام الجديد الذي يساعد في زيادة التعاون الدولي لمواجهة الأحداث التي قد تسبب حالة طارئة تهدد الصحة العمومية.¹

ي قول كل من البروفيسور ديفيد والبروفيسور لورنس أن على الرغم من أن أنظمة منظمة الصحة العالمية تنص على أن تقدم منظمة الصحة العالمية المساعدات المالية والتقنية اللازمة لتحسين هذه القدرات إلا أنها لا تكفي لتحسين القدرات المتعلقة بالترصد والاستجابة، وأيضاً أن الأنظمة لا تتضمن مواد تلزم الدول الأطراف بتقديم المساعدات المالية والتقنية اللازمة للمساعدة في بناء هذه القدرات.²

ويرى البروفيسور ايريك ماك أن من الأفضل لو أن أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) تحتوي على أحكام تسهل من تنفيذ المتطلبات الموجودة في المرفق الأول من هذه الأنظمة لا سيما في الدول النامية، لا أن تلزم الدول في وقت قصير نسبياً على اكتساب قدرات لا تستطيع الدول الفقيرة أن تقوم بها لا سيما أن هذه المتطلبات تحتاج إلى بنية تحتية قوية بالأساس.³

ويرى الدكتور محمد رمضان ان هذه الالتزامات تقع على عيب الدول دون أي مساندة من منظمة الصحة العالمية أو تعاون أو توجيه من المنظمة فيما يتعلق بتفاصيل تنفيذ هذه الالتزامات، فالأنظمة لم تنص على آلية محددة تطبقها الدول من أجل تحقيق هذه الالتزامات، ويؤخذ بعين الاعتبار اختلاف الدول من الناحية الاقتصادية والقدرة التمويلية لتحقيق هذه الالتزامات.⁴

ثانياً: عدم إخطار منظمة الصحة العالمية عن تفشي المرض

نصّت المادة الخامسة من أنظمة الصحة العالمية (2005) على أن: "على الدول أن تقوم بإبلاغ منظمة الصحة العالمية بالأحداث التي تشكّ بأنها قد تشكّل تهديداً على الصحة العامة، وتسبب قلقاً دولياً بعد (24) ساعة من تقييم المعلومات"،⁵ إلا أن بعض الدول لا تقوم بالإبلاغ عن تفشي المرض في أراضيها، مثلما حدث مع الصين في بداية انتشار فيروس كورونا، حيث حاولت الصين التستر على كورونا في البداية، حيث قالت عالمة الفيروسات الصينية لي مينغ يان في لقاء صحفي مع شبكة فوكس نيوز: أن فيروس كورونا يسبب أعراضاً شديدة وخطيرة وقابل للانتقال إلى الآخرين، إلا أنه لا يُسمح للأطباء والعلماء الحديث عن الأمر، بسبب أن الحكومة الصينية

(1) Lawrence O Gostin, Mary C DeBartolo, Eric A Friedman, The International Health Regulations 10 years on: p. 2223. the governing framework for global health security, the lancet, vol 386, p. 2222_2226, 2015,

(2) David fiddler, lawrance o gostin, The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health, Articles by Maurer Faculty, p. 85_94, 2006, p.88.

(3) Eric Mack, The World Health Organization's New International Health Regulations: Incursion on State Sovereignty and Ill-Fated Response to Global Health Issues, Chicago Journal of International Law, vol 7, no 1, 2006, p. 376.

(4) رمضان، محمد، مرجع سابق، ص 160.

(5) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، المادة 5 الفقرة الأولى.

تحاول التستر على المرض، وكان العلماء والأطباء يشعرون بالخوف من الحكومة الصينية من أن تقوم بعمل خطير معهم، وأنها حاولت أن تخبر مشرفها إلا أنه طلب منها السكوت ومواصلة العمل.¹ يقول الدكتور مورتين بوربيرغ أن السبب من وراء تأخير الدول من إخطار منظمة الصحة العالمية عن تفشي الأمراض هو فرض عقوبات من شأنها أن تؤثر على السفر والتجارة الدولية لهذه الدول، وأيضاً تأثر الوضع الاقتصادي لا سيما في الدول منخفضة الدخل، بالإضافة إلى إصدار توصيات مؤقتة لا تتناسب مع الدولة التي قدمت البلاغ لمنظمة الصحة الدولية، هذه الأسباب تجعل من الصعب على الدول أن تبلغ منظمة الصحة العالمية بتفشي المرض الواقع على أراضيها.²

ويرى الباحث أن هذا السبب ليس في محله؛ لأن الهدف من أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) هو مواجهة الأمراض والحيلولة دون انتشارها مع تجنب التدخل غير الضروري لحركة المرور الدولي والتجارة العالمية، مما يعني أن منظمة الصحة ستبعد بقدر الإمكان عن التدخلات التي من شأنها أن تعيق حركة المرور الدولي والتجارة الدولية، وأيضاً أن منظمة الصحة العالمية لا تصدر قيوداً على السفر والتجارة الدولية، إنما الحكومات التي تقوم بهذا الأمر، لذلك لا يتفق الباحث مع أن هذا السبب قد يكون مقنعاً أو صحيحاً، وقد شهدنا ذلك من خلال وباء كورونا فقد أوصت المنظمة بعدم فرض قيود على السفر والتجارة الدولية، ولكن على خلاف من ذلك فقد فرضت الدول قيوداً على حركة المرور والتجارة الدولية.³

ثالثاً: تأخر الاستجابة للحدث المسبب للحالة الطارئة

إن تأخر الاستجابة للأحداث المتوقعة أو غير متوقعة التي تشكل خطراً على الصحة العالمية وتسبب قلقاً على الصعيد العالمي، يؤدي إلى تفشي المرض إلى دول أخرى غير الدولة المتضررة، مما يصعب السيطرة على المرض الذي يسبب الحالة الطارئة مسبباً أضرار كارثية ليس فقط في الجانب الصحي، إنما أيضاً في الجانبين الاقتصادي والاجتماعي.

وقد ظهر مرض الإيبولا لأول مرة عام (1976) حيث سجلت أكبر عدد من الإصابات، وتكرر ظهوره في آذار (2014)، وسجلت أكبر عدد إصابات بهذا المرض منذ ظهوره الأول عام 1976، إذ تسببت في حالات وفيات أكثر من جميع المرات التي ظهر فيها مرض الإيبولا، وقد تأخرت الاستجابة من منظمة الصحة العالمية، حيث

(1) لقاء شبكة فوكس نيوز مع عالمة الفيروسات الصينية لي مينغ يان تكشف فيه حقيقة تستر الحكومة الصينية على فيروس كورونا، 30 / 6 / 2020،

<https://www.foxnews.com/media/chinese-whistleblower-covid-19-origins-on-fox-nations-tucker-carlson-wuhan-lab>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

(2) Morten Broberg, previous, p.207.

(3) ارمين فون غاندي، بيدرو فياريال، التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية في ضوء كوفيد-19، مجلة حكمة: مجلة متخصصة في ترجمة ونشر مقالات الثقافة والفلسفة، 2020، ص 8_9.

أعلنت أن وباء إيبولا حالة طارئة في آب 2014؛¹ أي أن منظمة الصحة العالمية استغرقت خمسة أشهر لكي تعلن حالة الطوارئ.²

ويرى الباحث ضرورة إضافة انتقادين آخرين، لأنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005)، وهما:

رابعاً: عدم إلزامية التوصيات المؤقتة

تقوم منظمة الصحة العالمية بإصدار توصيات مؤقتة لمساعدة الدول على مواجهة الحدث المسبب للحالة الطارئة،³ وإن هذه التوصيات أُصدرت بشأن الحالة الطارئة الصحية التي تسبب قلقاً على الصعيد العالمي بعد مراجعة المعلومات والبيانات التي قُدمت لمنظمة الصحة العالمية، وأخذ مشورة لجنة الطوارئ، وتحتوي هذه التوصيات على مجموعة من التدابير الاحترازية والإجراءات التي تفيد الدول في مواجهة المرض والحدّ من انتشاره، لكن هذه التوصيات لا تُعدّ ملزمة للدول الأعضاء، لذا يمكن للدول الأخذ بها أو عدم التقيد بها، ويرى الباحث من الخطأ جعلها توصيات اختيارية، إنما يجب جعلها قواعد تلتزم بها الدول للحدّ من انتشار المرض والتقليل من أضراره الكارثية حتى انتهاء حالة الطوارئ، حيث إن الحالة الصحية الطارئة لا يمكن أن يتم التعامل معها بالطرق الاعتيادية، إنما يجب أن تكون هنالك قواعد غير عادية يتم إصدارها بشكل خاص لمواجهة الحدث الذي يهدد الصحة العامة ويسبب قلقاً عالمياً، وتلتزم بها جميع الدول الموافقة على الأنظمة.

ومن أهم الأمثلة على عدم التزام الدول بتوصيات منظمة الصحة العالمية حينما أوصت المنظمة الدول في وباء كورونا بعدم وضع أي قيود على السفر والتجارة الدولية، ولكن الدول فعلت خلاف ما أوصت به منظمة الصحة العالمية ووضعت هذه القيود أغلبيتها على الصين،⁴ وعدم اتباع التوصيات الخاصة بمرض إنفلونزا الخنازير المتعلقة بتقييد السفر إلى المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية، ومقاطعة منتجات الخنازير.⁵

وأيضاً عدم تقييد الدول بالتوصيات المتعلقة بمكافحة فيروس إيبولا، فقد تجاهلت الدول والقطاع الخاص التوصيات إما بسبب انعدام الموارد اللازمة لتنفيذ توصيات منظمة الصحة العالمية المؤقتة لدى النظم الصحية في البلدان المتأثرة بالإيبولا، أو بسبب الضغوط السياسية المحلية.⁶

خامساً: عدم إدراج نصوص عقابية لمخالفي الأنظمة

إن وجود عقوبة يضمن سريان القانون على أتم وجه بسبب الخوف من العقوبة الناتجة عن مخالفة قاعدة ملزمة، ولم تتصّ أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) على أي عقوبات تنتج عن مخالفة القواعد الموجودة بالأنظمة، وإن العقوبات التي من الممكن أن تساعد الدول على الالتزام بالأنظمة هي: قطع المساعدات المالية والتقنية عن الدول المخالفة، وزيادة الحالة الصحية سوءاً مما يؤدي إلى زيادة عدد الإصابات والوفيات، وتدهور الوضع الاقتصادي والاجتماعي، واكتساب سمعة سيئة تصعب على الدول التعامل معها، ويرى الباحث أن هذه العقوبات

(1) لوكال، مريم، مرجع سابق، ص 388.

(2) Lorance O Gosten, Ebola: towards an International Health Systems Fund, the lancet, vol 384, p49_51, 2014, p 49.

(3) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، المادة 15.

(4) ارمن فون غاندي، بيدرو فياريال، مرجع سابق، ص 8_9.

(5) رمضان، محمد، مرجع سابق، ص 165_166.

(6) Lawrence O Gostin, Mary C DeBartolo, Eric A Friedman, previous, p.2225

لا تُعدّ كافية لجعل الدول تلتزم بأنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، حيث إن الدول باستطاعتها أن تقوم بتزوير التقارير التي تقدمها إلى منظمة الصحة العالمية، مما يجعل الدولة في الظاهر تقوم باتتباع أنظمة منظمة الصحة العالمية، بالإضافة إلى عدم وجود أي أفرقة تابعة لمنظمة الصحة العالمية تقوم بإشراف ومراقبة الأعمال المتعلقة بالصحة.¹

المبحث الثاني

مدى كفاية أنظمة منظمة الصحة العالمية لمواجهة أمراض وأوبئة القرن الواحد والعشرين.

في الاجتماع الثامن والأربعين للجنة الصحة العامة تم الاتفاق بين منظمة الصحة العالمية والدول الأعضاء على أن يتم مراجعة أنظمة منظمة الصحة العالمية (1969)، وجاءت هذه المراجعة على ضوء الانتقادات التي وُجّهت إلى الأنظمة، والتي تتمثل في ضيق النطاق والاعتماد على الإبلاغ الرسمي وعدم وجود آلية منسقة بين الدول.²

ويعتبر وباء السارس الذي بدأ عام (2003) الحافز الذي جعل هذا التغيير الجوهرى في الأنظمة ممكناً،³ فقد ساعد المرض في تعجيل وتيرة مراجعة أنظمة منظمة الصحة العالمية عام (1969) بعد العديد من التأجيلات، حيث إن المنظمة قد أصدرت أول مسودة للأنظمة المنقحة المؤقتة في كانون الثاني من عام 1998، وعلى الرغم من أن المنظمة أصدرت العديد من المسودات من وقتها إلا أنها لم تثبت على أحدها، وفي كانون الثاني من عام 2004 ثبتت على مسودة نهائية تحتوي على الأنظمة الجديدة.⁴

تعد أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) هي المجموعة الوحيدة من القواعد القانونية الملزمة للدول فيما يتعلق بمكافحة الأمراض،⁵ التي تساعد الدول على التعاون مع بعضها بعضاً من أجل إنقاذ الأرواح، والحدّ من انتشار الأمراض والأوبئة، والمخاطر الصحية الأخرى، فإن هذه الأنظمة تشكّل آلية منسقة لتقوم الدول بالعمل بها في مواجهة الأمراض التي تشكّل تهديداً على الصحة العامة وتسبب قلقاً على الصعيد العالمي، وقد تم إصدار هذه الأنظمة في تاريخ 23 مايو (2005)، وتم بدء تنفيذها في تاريخ 15 يونيو (2007)، وتم الإعلان عن 7 حالات طوارئ (حتى كتابة هذا البحث)، فكيف تم التفاعل مع هذه الحالات الطارئة؟ وهل أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) كافية لمواجهة الأمراض في المستقبل؟

(1) بخصوص هذا الأمر يرجى مراجعة ارمين فون غاندي، بيدرو فياريال، مرجع سابق، ص9.

(2) يرجى مراجعة

Rosario M Isasi, Thu N Guyou, previous, p.500_501.

(3) المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (سارس) هي علة تنفسية فيروسية تسببها فيروسة مكّلة تدعى الفيروسة المكّلة المرتبطة بالسارس، وهو يعتبر أول وباء ناشئ في القرن الـ 21، فقد تم الإبلاغ عن السارس لأول مرة في آسيا في شباط من عام 2003، وانتشر إلى أكثر من 24 بلداً في أمريكا الشمالية وأمريكا الجنوبية وأوروبا وآسيا قبل أن يتم احتواؤه، ينتشر السارس عن طريق التماس الوثيق بين شخص وشخص.

(4) David fiddler, from international sanitary convention to global health security: the new international health regulations, Oxford University, 2005, p.355.

(5) Emily A. Bruemmer, Allyn L. Taylor, previous, p. 277.

المطلب الأول: حالات الطوارئ الصحية في ظل أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)

منذ بدء التنفيذ في تاريخ 15 يونيو (2007)، تم الإعلان عن 7 حالات طوارئ صحية (حتى كتابة هذه البحت)، إلا أن الاستجابة لم تكن بالقدر المرجو، مما أدى إلى إصابات كثيرة أو التسبب بحالات ذعر لا مبرر لها، فكيف تم التفاعل مع هذه الحالات الطارئة؟ وهل أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) كافية لمواجهة الأمراض في المستقبل؟

الفرع الأول: إنفلونزا الخنازير (2009)

هو نوع من فيروسات الإنفلونزا التي تسبب أعراض الإنفلونزا الموسمية، وسببه الخنازير والطيور ويسبب العدوى للإنسان، ظهر مرض إنفلونزا الخنازير لأول مرة في المكسيك في شباط عام 2009، وقد تم الإعلان في بداية ظهور الإنفلونزا عن مئات الإصابات في المكسيك، وتوفي 18 شخص على الأقل، وإصابة 20 شخص في الولايات المتحدة الأمريكية، مما أثار قلقاً من انتشار المرض على الصعيد العالمي.¹

وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية حالة الطوارئ في نيسان عام (2009) من أجل التأهب وأخذ الاحتياطات اللازمة من أجل مواجهة هذا الوباء الذي انتشر في المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية وسبب العديد من الوفيات،² إلا أن المنظمة قد تعرضت إلى العديد من الانتقادات بعد إعلان حالة الطوارئ لفيروس إنفلونزا الخنازير،³ لأن المرض لم يكن بالخطورة المتوقعة على الرغم من أنه انتشر في العديد من الدول، وقد سبب هذا الإعلان ببث حالة من الذعر غير مبررة، وإنفاق مبالغ هائلة على الأدوية المضادة للفيروس.⁴

وقد تبينت عدة مشاكل بأنظمة عام (2005) مثل عدم أخذ بعض الدول بالتوصيات المنظمة بتقييد حركة السفر إلى الولايات المتحدة والمكسيك، وحظر منتجات الخنازير، ويمكن القول إنه لم يتم التعامل مع جائحة إنفلونزا الخنازير بطريقة صحيحة وذلك لعدة أسباب أهمها: عدم نجاح المنظمة في توزيع اللقاحات والأدوية، وعدم التزام بعض الدول بتوصيات المنظمة وغيرها من الأسباب.⁵

الفرع الثاني: انتكاسة استئصال شلل الأطفال (2014)

يُعد مرض شلل الأطفال مرضاً فيروسيّاً معدياً، يسبب إصابة عصبية تؤدي إلى الشلل التام خلال ساعات، وصعوبة التنفس، وفي بعض الأحيان إلى الوفاة،⁶ وذكرت المنظمة أن انتشار الفيروس يشكّل حدثاً غير عادي،

(1) تقرير صحفي بعنوان قد يتحول فيروس إنفلونزا الجديد القاتل في الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك إلى جائحة، 24 أبريل 2009، <https://www.newscientist.com/article/dn17025-deadly-new-flu-virus-in-us-and-mexico-may-go-pandemic/?ignored=irrelevant>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

(2) Emily A. Bruemmer, Allyn L. Taylor, previous, p. 281.

(3) Emily A. Bruemmer, Allyn L. Taylor, previous, p. 287.

(4) لوكال، مريم، مرجع سابق، ص 389.

(5) رمضان، محمد، مرجع سابق، ص 166.

(6) المعرفة المزيد حول هذا الموضوع، يرجى زيارة الموقع:

<https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/poliomyelitis>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

ويستجوب استجابة دولية منسقة، وقال مدير منظمة الصحة العالمية أن أكثر المناطق انتشاراً للمرض هي سوريا والباكستان والكاميرون، وأن هذه الدول عملت على انتشار المرض بشكل واسع عام (2014).¹

اجتمعت لجنة الطوارئ في يوم 28 أبريل (2014) من الساعة الواحدة إلى الساعة الخامسة والنصف، وفي يوم 29 أبريل (2014) من الساعة الواحدة والنصف إلى الساعة السابعة حسب توقيت جنيف، وقد أعطت لجنة الطوارئ المشورة إلى مديرة عام منظمة الصحة العالمية آنذاك لكي تنتظر في الحد من انتشار فيروس شلل الأطفال البري على الصعيد الدولي بناءً على تقسيم طبقي للمخاطر في الدول العشر ذات الانتقال النشط للفيروس، وأبرز ما جاء في هذه المشورة هو ضرورة إجبار الدول على الإعلان على مستوى المحلي أن المرض يشكل حالة طارئة وطنية، وضمان حصول المسافرين على لقاحات شلل الأطفال الفموي أو لقاح شلل الأطفال قبل السفر بمدة تتراوح ما بين 4 أسابيع و12 شهراً، وضمان تزويد هؤلاء المسافرين بشهادة دولية بالتطعيم أو العلاج الوقائي بالصيغة المحددة في الملحق 6 لأنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) سواء كانت موضع انطلاق الوباء أو دول موبوءة ولكنها ليست موضع انطلاق.²

الفرع الثالث: الإيبولا (2014) / (2019)

مرض الإيبولا هو مرض خطير يصيب الإنسان وغالباً ما يكون قاتلاً، وينتقل من الحيوان إلى الإنسان، وينتشر بين البشر عند الانتقال من شخص إلى آخر، ويبلغ معدل موت حالات الإصابة بمرض فيروس الإيبولا نسبة (50%)، وظهر فيروس إيبولا لأول مرة عام (1976)، وقد تم إصدار توصيات مؤقتة من أجل مواجهة الوباء، ومن أهمها: إعلان حالة الطوارئ على الصعيد المحلي، وأن على الوزراء وقادة الصحة القيام بدور قيادي والتنسيق في تنفيذ تدابير الاستجابة الطارئة، وتوفير المعدات الصحية بالشكل الكافي وخاصة معدات الحماية الشخصية، وتوفير الرعاية السريرية المناسبة والدعم المادي والنفسي، وتوفير عدد من المرافق الصحية وعاملين وأطباء من ذوي الخبرة وتوفير سبل السلامة لهم، ودفع الرواتب في الوقت المناسب وصرف بدل المخاطر حسب الاقتضاء.

وأصرت منظمة الصحة العالمية على ألا يكون هنالك حظر للسفر والتجارة الدولية وأنه يجب على الدول أن تتقيد بالتوصيات التي تتعلق بسفر الحالات المصابة، وتزويد دول المسافرين إلى المناطق المتضررة والمعرضة لخطر الإيبولا بالمعلومات ذات الصلة عن المخاطر، وأن تتخذ تدابير للحد من تلك المخاطر، وتقديم النصائح للتعامل مع التعرض المحتمل، وينبغي على الدول أن تستعد لاكتشاف حالات الإيبولا وفحصها، ومعالجتها.

(1) إعلان منظمة الصحة العالمية على حالة الطوارئ المتعلقة بفيروس شلل الأطفال، 5 مايو 2014،

<https://machahid24.com/international/10344.html>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

(2) بيان أصدرته منظمة الصحة العالمية عن اجتماع لجنة الطوارئ المعقود بموجب اللوائح الصحية الدولية بشأن انتشار فيروس شلل الأطفال البري على الصعيد الدولي، 5 أيار 2010،

<https://www.who.int/ar/news/item/06-07-1435-who-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-emergency-committee-concerning-the-international-spread-of-wild-poliovirus>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

أدت فاشية إيبولا في 2014 في غرب إفريقيا إلى الإضرار بالركائز السياسية والمؤسسية والقانونية للاستراتيجية. فقد كشف عن انقار البلدان إلى الالتزام السياسي، وأضر بمصداقية منظمة الصحة العالمية، وأضعف اللوائح الصحية الدولية.¹

الفرع الرابع: مرض زیکا (2016)

فيروس زیکا هو من جنس الفيروسات المصفرة التي تنقلها حشرات البعوض، وقد كشف عنه لأول مرة لدى القروء بأوغندا عام (1947)، ومن ثم لدى الإنسان عام (1952) بالبلد نفسه وبجمهورية تنزانيا المتحدة، وأعراض المرض خفيفة عموماً، أعلنت منظمة الصحة العالمية في اجتماع لجنة الطوارئ في 21 شباط (2016) عن حالة الطوارئ الصحية بسبب قلقاً دولياً بشأن فيروس زیکا،² وفي 8 آذار (2016) أعلنت مديرة عام منظمة الصحة العالمية عن سريان حالة الطوارئ في (31) دولة،³ وقدمت لجنة الطوارئ في الاجتماع الثاني المشورة لمديرة عام منظمة الصحة العالمية، وقد اتخذت توصيات مؤقتة في مواجهة مرض زیکا، وقد شملت هذه التوصيات العديد من الأمور المتعلقة بالعناية السريرية، وتعزيز الاتصال بشأن مخاطر مرض زیکا، وتدبير السفر، والترصد، ومكافحة نواقل المرض.⁴

الفرع الخامس: فيروس كورونا (2020)

هو المرض الناجم عن فيروس كورونا المُستجد المُسمى فيروس كورونا-سارس-2،⁵ وقد اكتشفت المنظمة هذا الفيروس المُستجد لأول مرة في 31 كانون الأول (2019)، بعد الإبلاغ عن مجموعة من حالات الالتهاب الرئوي الفيروسي في يوهان،⁶ وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية حالة الطوارئ الصحية بشأن فيروس كورونا في 30

David fiddler Global health security: the wider lessons from the West African Ebola virus disease epidemic, (1) the lancet, vol 385, 2015, p. 1888.

Justin Lessler, a Cassandra T Ott, Andrea C Carcelen, Jacob M Konikoff, Joe Williamson, a Qifang Bi, Lauren (2) M Kucirka, b Derek AT Cummings, Nicholas G Reichd & Lelia H Chaisson, Times to key events in Zika virus infection and implications for blood donation: a systematic review, Bull World Health, Organ, 2016, p. 841.

(3) لمعرفة المزيد بخصوص هذا الموضوع، يرجى زيارة هذا الموقع:

<https://www.who.int/ar/news/item/28-05-1437-who-director-general-addresses-media-after-zika-emergency-committee>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

(4) بيان عن اجتماع لجنة الطوارئ الثاني بشأن وباء زیکا، 8 مارس 2016،

<https://www.who.int/ar/news/item/28-05-1437-who-statement-on-the-2nd-meeting-of-ihp-emergency-committee-on-zika-virus-and-observed-increase-in-neurological-disorders-and-neonatal-malformations>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

(5) حرقاي زكريا، مصطفىاوي عايدة، التدخل المحلي في مواجهة جائحة فيروس كورونا-19، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 3، ص 252_274، 2020، ص 259.

(6) لمعرفة المزيد بخصوص هذا الموضوع، يرجى زيارة هذا الموقع:

<https://www.who.int/ar/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19>

تاريخ الدخول: 2023/1/8.

كانون الثاني 2020،¹ وقد أضاف الدكتور تيدوريوس أن فيروس كورونا انتشر في (18) دولة خارج الصين، وتوفي آنذاك (170) شخص من أصل (7711) حالة مؤكدة،² وعند إعلان حالة الطوارئ كان عدد الإصابات في أوروبا 16 إصابة، والولايات المتحدة 5 إصابات، وفي تاريخ 11 مارس (2020) وصف فيروس كورونا بأنه جائحة، وكانت الإصابات في الصين قد انخفضت إلى أدنى مستوى، وقد سجل عدد الإصابات في إيطاليا 10149، وفي إيران 8042، وفي كوريا 7755، في حين كانت الأرقام في كل من فرنسا وإسبانيا وألمانيا والولايات المتحدة واليابان تصل إلى ألف إصابة، وفي بعض الدول الأخرى وصلت إلى المئات، ومنها من وصلت إلى العشرات، وفي بعض الدول لم تسجل أي إصابات.³

وقد أوصت منظمة الصحة العالمية باتخاذ التدابير من أجل الوقاية من الفيروس ووقف انتشار فيروس كورونا، ومن هذه التدابير العمل مع الخبراء في مجال الصحة، وتخصيص مستشفيات لعزل المصابين، وتوعية بشأن الإجراءات السليمة، ولبس الكمامة، وغسل اليدين باستمرار، وغيرها من الإجراءات والتدابير التي تساعد في الوقاية من فيروس كورونا.⁴

الفرع السادس: جدري القردة (2022)

مرض يسببه فيروس جدري القردة، وهو عدوى فيروسية حيوانية المصدر، مما يعني أنها يمكن أن تنتقل من الحيوانات إلى البشر، ويمكن أيضًا أن ينتقل من شخص إلى آخر،⁵ وأعلنت منظمة الصحة العالمية في اجتماع لجنة الطوارئ الثاني المعني بأنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) في 23 يوليو (2022) بأن مرض جدري القردة المنتشر في العديد من الدول يشكل حالة طارئة تسبب قلقاً دولياً،⁶ وقد أصدرت منظمة الصحة العالمية العديد من التوصيات من أجل مواجهة هذا الوباء، وتضمنت توصيات بشأن تدابير العلاج السريري، وتوصيات بشأن الترصد والتدابير العامة، وتوصيات بشأن إشراك المجتمعات المحلية وحمايتها، وتنسيق استجابة موحدة من أجل وقف انتشار فيروس جدري القردة.

(1) Lukaz gruszczynki, Mateusz zatonski, martin micke, do regulations matter in fighting the covid-19 pandemic?

Lessons from Poland, European journal of risk regulation, vol. 12, no. 4, p. 739_ 757, 2021, p. 740.

(2) ا.د. عمران محافظة، د. ديالا الطعاني، التزام الدول بتنفيذ القواعد القانونية الدولية المتعلقة بالصحة العامة ودور منظمة الصحة العالمية في مكافحة فيروس كورونا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 2، العدد التسلسلي 34، يونيو 2021، ص 544.

(3) ا.د. عمران محافظة، د. ديالا الطعاني، مرجع سابق، ص 548.

(4) يرجى مراجعة : الطباخ، خالد، التعاون الدولي في مجال الصحي لمواجهة تفشي جائحة كورونا (COVID-19)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مجلد 6، 2020، ص 30_31

(5) عبد الرحمن، سناء، أحكام مرض جدري القردة والوقاية منه (دراسة فقهية)، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد 38، ص 869_970، 2022، ص 881.

(6) اجتماع لجنة الطوارئ الثاني بشأن جدري القردة، 23 يوليو 2022،

<https://www.who.int/ar/news/item/24-12-1443-second-meeting-of-the-international-health-regulations-%282005%29-%28hr%29-emergency-committee-regarding-the-multi-country-outbreak-of-monkeypox>

تاريخ دخول الموقع: 2023/1/8.

المطلب الثاني: الحاجة إلى تنقيح أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005)

تعد أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) الوسيلة القانونية الوحيدة في العصر الحالي لمواجهة الأمراض والأوبئة،¹ إلا أن هذه الأنظمة تحتوي على العديد من نقاط الضعف التي تجعلها غير قادرة على مواجهة الأوبئة التي من الممكن أن تحدث في المستقبل، وأيضاً في بعض الأحيان عدم التزام الدول بالأنظمة يزيد من حدة تفقم الأمراض التي من شأنها أن تهدد الصحة العامة، مثل ما حدث مع الصين بشأن وباء فيروس كورونا، حين أخفت المرض في البداية عن منظمة الصحة الدولية، مما جعل الوباء يزداد ليصل إلى دول العالم، وعلى الرغم من أن الأنظمة تلزم الدولة بالإبلاغ عن الأمراض والأوبئة في غضون 24 ساعة من إجراء التقييم،² إلا أن الصين لم تقم بذلك، بل قامت بإبلاغ المنظمة بعد أن تم خروج الأمر عن السيطرة، مما يدل صراحةً على ضعف القوة الإلزامية لهذه الأنظمة.

ويرى الباحث أن ضعف القوة الإلزامية لهذه الأنظمة بسبب عدم وجود أي قواعد تنصّ على عقوبات تحدث لمن لا يلتزم بهذه الأنظمة، ويُعدّ وجود عقوبات لعدم الالتزام من العناصر الأساسية التي يجب أن يتمتع بها أي القانون، والهدف الأساسي لهذه الأنظمة مكافحة الأمراض والأوبئة إلا أن افتقار الأنظمة للقوة الإلزامية تحول دون تحقيق هذا الهدف.

إن تعامل أنظمة منظمة الصحة العالمية مع الحالات الطارئة التي تم ذكرها لم يكن بالشكل الكافي، فأعداد الإصابات والوفيات كبيرة جداً، خاصةً وباء الإيبولا عام (2014)، الذي أدى إلى أعداد وفيات أكثر من الفاشيات السابقة، وفيروس كورونا الذي وصلت فيه أعداد الإصابات إلى ما يفوق (600) مليون إصابة (حتى وقت كتابة هذا البحث)، وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإيبولا ما زال موجوداً في أفريقيا إلى الآن. وإن تأخر الاستجابة من قبل منظمة الصحة العالمية ساعد في انتشار المرض بشكل أسرع، وترتب آثار سلبية على هذا المرض، فعلى سبيل المثال عند إعلان حالة وباء كورونا في 30 يناير (2020)، أعلنت منظمة الصحة العالمية أن المرض وصل إلى (18) دولة خارج حدود الصين، وفي شهر مارس 2020 وصل المرض إلى (114) دولة، واستغرقت منظمة الصحة العالمية حوالي خمسة أشهر لإعلان حالة الطوارئ بشأن الإيبولا عام (2014)، ولا سيّما في وجود النظم الصحية الهشة في القارة الأفريقية وقلة المرافق الصحية والأيدي العاملة في مجال الصحة، وعلى الرغم من أن قارة أفريقيا تمثل 16% من سكان العالم، إلا أنها تحصل على 1% فقط من الإنفاق الدولي في مجال الصحة،³ وهذا ساعد في أن تكون فاشية إيبولا (2014) أكبر فاشية من حيث عدد الإصابات والوفيات منذ ظهور المرض الأول عام (1976).

وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من المساعدات المالية أو التقنية أو الفنية التي تقوم بها المنظمة في القارة الأفريقية، إلا أن القارة الأفريقية ما زالت تعاني وبشدة في مجال الاستجابة والترصد من الأمراض والأوبئة، وذلك بسبب البنية التحتية الصحية التي لا تصلح لمواجهة الأمراض، وضعف النظم الصحية الموجودة فيها، مما يدل على أهمية التعاون الدولي في مواجهة الأمراض، وتجدر الملاحظة أيضاً أن حالات دعم الدول ذات الاقتصاد

(1) رمضان، محمد، مرجع سابق، ص 41.

(2) أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، الطبعة الثالثة، مادة 6 الفقرة 1.

(3) حمودي يحيى، نعيمة زاهية، دور منظمة الصحة العالمية في القضاء على الأوبئة والأمراض في قارة إفريقيا، مذكرة للحصول على رسالة الماجستير، جامعة زيان عاشور، 2020/2019، ص 30.

القوي التي تحتوي قوة عاملة من ذوي الخبرة في مجال الصحة للدول الفقيرة قليل للغاية،¹ على الرغم من أن أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) تساعد في زيادة التعاون الدولي في مكافحة الأمراض، والجدير بالذكر أن الدول التي قامت باستيفاء هذه المتطلبات المذكورة في المرفق الأول من الأنظمة هي الدول التي تكون أقل عرضة للخطر.²

وتكمن الصعوبة في تطوير القانون الدولي في أن معظم الدول ترى أن التشريعات الخاصة بالصحة تقوم بتحديد السلطة التشريعية الوطنية أو السياسة الوطنية، وأن التعاون الدولي في مجال الصحة يجب أن يكون على أضيق الأمور.³

ويرى الباحث أن الدول بحاجة إلى منظمة الصحة العالمية في المساعدة في تحديد التشريعات المتعلقة بالرعاية الصحية، وذلك لأن هنالك العديد من الأمراض غير المعروفة، أو من الممكن أن تحدث في دولة معينة ولا تحدث في الأخرى، وتساعد المنظمة الدول في تحديد الإجراءات والتدابير من أجل وقاية أفضل من الأمراض. وعند إعلان حالة الطوارئ الصحي تقوم المنظمة بإصدار توصيات مؤقتة للدول التي من شأنها مواجهة الوباء والتقليل من آثاره، إلا أن هذه التوصيات لا تُعدّ إلزامية للدول، وهذا من شأنه إضعاف الاستجابة الصحية للدولة التي ترفض تطبيق هذه التوصيات، وعدم وجود نصوص في الأنظمة أو حتى في دستور المنظمة تنص على عقوبات في حالة عدم التزام الدول بهذه الأنظمة مما يشجع الدول على عدم الالتزام بها.

إذاً هل تُعدّ أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) ملائمة لمواجهة الأمراض في المستقبل؟

يرى الباحث أنه على الرغم من أن أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) حلّت العديد من المشكلات التي كانت تواجه أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (1969)، وأنها ساعدت على زيادة التعاون بين الدول لمواجهة الأمراض، إلا أن أنظمة عام (2005) تعاني من العديد من المشكلات التي تم ذكرها أثناء تطبيقها في حالات الطوارئ التي ذكرت سابقاً، وإن القوة الإلزامية لهذه الأنظمة ليست بالكافية لجعل الدول تلتزم بتنفيذها، ووجود دول لا تتمتع بالقوة الاقتصادية ولا تتمتع بالخبرة الميدانية الكافية لمواجهة الأمراض والأوبئة يجعل المنظمة أمام تحدٍ في تحقيق الهدف المرجو من أنظمة (2005)، ووجود بعض الدول التي تعتقد أن النظم الصحية والقواعد تدخل في نطاق التشريع المحلي فقط، يجعل التزام هذه الدول بالأنظمة أمراً صعباً، وبالتالي تفاقم الوضع الوبائي بشكل أسوأ، وترتب آثار سلبية عديدة يمكن أن تصل إلى باقي دول العالم، وفي كثير من الأحيان اتخاذ الدول العديد من الإجراءات الصارمة دون الأخذ بعين الاعتبار توصيات المنظمة المقترحة من لجنة الطوارئ المؤلفة من ذوي الخبرة في مجال الصحة، ومن أهم الأمثلة الصين عندما قامت بإجراءات صارمة بسبب تفشي وباء الكورونا.⁴

زيادة حركة المرور الدولي والتجارة الدولية جعل من انتشار الأوبئة والأمراض بالأمر السهل، والهدف من هذه الأنظمة الوقاية والحماية من هذه الأمراض، إلا أن النقص التي تعاني منه هذه الأنظمة يحول دون تحقيق هذا

Frederick M. Burkle, Jr, Global Health Security Demands a Strong International Health Regulations Treaty (1) and Leadership from a Highly Resourced World Health Organization, Disaster Medicine and Public Health Preparedness, vol 9, no 5, p. 568_580, 2015, p. 572_573.

Frederick M. Burkle, Jr, previous, p.572. (2)

حمودي يحيى، نعيمة زاهية، مرجع سابق، ص 36. (3)

(4) سخري، منال، الحوكمة الصحية العالمية ما بعد جائحة كورونا: قراءة في الواقع والتحديات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد

58، العدد 2، ص311_292، 2021، ص304.

الهدف، وضعف القوة الإلزامية ليس فقط لأنظمة عام (2005) بل لمنظمة الصحة العالمية بشكل كامل، حيث إن حالات الطوارئ التي حدثت منذ بدء تنفيذ هذه الأنظمة بينت بشكل كبير الفجوة في سلطة منظمة الصحة العالمية في قيادة مواجهة الأمراض والأوبئة.

الخاتمة

بيّنت مواجهة الأوبئة أهمية التعاون والتنسيق الدولي في مواجهة الأمراض للحفاظ على الصحة العامة، وزيادة الإنفاق في مجال الصحة من حيث تطوير المرافق الصحية، وأيضاً في مجال البحوث المتعلقة بالصحة، بالإضافة إلى ذلك نبهت إلى أن دول العالم لديها تهديد جديد مشترك، وعليها العمل معاً من أجل إيجاد أفضل الطرق الممكنة للتخلص من هذه التهديدات.

وقد كشفت الأوبئة أن الدول الأكثر تضرراً هي الدول الأقل تقدماً، والدول ذات الاقتصاد المنخفض بسبب النظم الصحية السيئة ونقص المرافق والمعدات الصحية التي تساعد في مواجهة هذه الأوبئة، مما يبين ضعف القواعد الصحية الدولية وقلة التعاون بين الدول في التصدي لهذه التحديات التي تواجه جميع الشعوب.

ومن خلال مواجهة الأوبئة، يتبين أهمية التعاون والتنسيق بين الدول في مجال الصحة، حيث تنبه الدول إلى ضرورة التعاون من أجل تقوية التشريعات المتعلقة بالصحة من أجل حماية شعوبها من مخاطر هذه الأمراض، وحماية حقّ من حقوق الإنسان الأساسية من تهديد هذه الأوبئة، وهو حقّ الإنسان بالحياة، ودُكر في دستور منظمة الصحة العالمية أنه يجب على جميع الناس التمتع بالرعاية الصحية بغض النظر عن لون أو جنس أو ديانة.

وتتطلع الدول إلى منظمة الصحة العالمية بسبب صفتها القيادية في التوجيه والتنسيق في مجال الصحة العالمية، حيث قامت منظمة الصحة بالعديد من التعاونات والاتفاقيات مع منظمات حكومية أو غير حكومية والدول خاصة في مجال مكافحة الأمراض والأوبئة، فتم إصدار أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) من أجل تحقيق هذا الغرض، إلا أن حالات الطوارئ التي حدثت منذ بدء تنفيذ هذه الأنظمة في 2007 بينت العديد من نقاط الضعف في هذه الأنظمة، مما يجعلها غير ملائمة لاستجابة ومواجهة الأوبئة التي من الممكن أن تحدث في المستقبل.

وتعد أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) وسيلة قانونية قيمة في مجال ترصد ومكافحة الأمراض والأوبئة، حيث إنها تعد بمنزلة العمود الفقري في عملية التردد والاستجابة لأي خطر يهدد الصحة العامة في المستقبل، ويتعين على الدول أن تلتزم بأحكام هذه الأنظمة، وإن على الدول أن تتعاون فيما بينها في تنفيذ هذه الأنظمة، ومساعدة الدول ذات الاقتصاد المنخفض في تطوير المرافق والمعدات الصحية، وتحسين القدرات الأساسية لديها المتعلقة بالترصد والاستجابة.

ولا بدّ من تنقيح أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، وذلك من خلال الاستفادة من الخبرات المتراكمة نتيجة مواجهات الأوبئة التي مرّت على العالم، وتجدر الإشارة إلى أن أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) تعاني من نقاط ضعف عديدة تجعلها غير قادرة على مواجهة الأمراض في المستقبل، فيجب على منظمة الصحة العالمية أن تقوم بمراجعة هذه الأنظمة، بحيث تجعلها أكثر ملاءمة للأمراض والأوبئة التي من الممكن أن تحدث مستقبلاً، وجعل الدول تلتزم بأحكامها، ولا سيما في ازدياد حركة المرور الدولية والتجارة الدولية التي من شأنها أن تساعد في انتشار الأمراض والأوبئة مما يسبب قلقاً على الصعيد الدولي.

أولاً: النتائج

توصلت الدراسة إلى العديد من النتائج، من أهمها ما يأتي:

- عدم قدرة بعض الدول على إيفاء القدرات الأساسية للاستجابة والترصد المنصوص عليها في المرفق الأول من الأنظمة.
- عدم تمتع أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005) بالقوة الإلزامية الكافية لجعل الدول تنفذ أحكامها.
- عدم إبلاغ المنظمة في بعض الأحيان من قبل الدول بشأن الوضع الصحي، بالرغم من وجود نص في أنظمة (2005) يلزم الدول بإبلاغ المنظمة في غضون 24 ساعة من إجراء التقييم.
- تصدر منظمة الصحة العالمية توصيات مؤقتة في حالات الطوارئ التي تحتوي على إجراءات وتدبير صحية لمواجهة الحالة الطارئة، إلا أن هذه التوصيات لا تحمل الصفة الإلزامية، بما يعني أن الدول لها حرية تنفيذ هذه التوصيات أم لا.
- ضعف القواعد الصحية الدولية، وقلة التعاون الدولي في مواجهة الأمراض والأوبئة، مما يجعل السيطرة على هذه الأمراض والأوبئة صعبة.

ثانياً: التوصيات

استناداً إلى ما توصلت إليه الدراسة من نتائج، يوصي الباحث بما يأتي:

- على الدول أن تهتم بتقوية نظمها الصحية الأساسية، وإنشاء المزيد من المرافق الصحية وتعيين الأيدي العاملة، وتطوير أنظمة الرعاية الصحية مما يجهزها للحالات الطارئة الصحية.
- وجوب إبلاغ منظمة الصحة العالمية من قبل الدول في أسرع وقت ممكن، ويكون البلاغ محتوياً على جميع التفاصيل، وذلك لمحاولة مواجهة المرض قبل فقدان السيطرة عليه، والتسبب بقلق على الصعيد الدولي.
- تعيين فرقة تابعة لمنظمة الصحة العالمية في كل دولة عضو للإشراف ومراقبة أعمال الحكومات في مجال الصحة ومدى تحسين الرعاية الصحية لشعبها، ومراقبة مدى التزام هذه الدول بتنفيذ أحكام أنظمة منظمة الصحة العالمية (2005)، وتقوم بإرسال التقارير إلى المنظمة بشكل دوري.
- إسراع منظمة الصحة العالمية بتقييم البلاغات التي تقوم الدول بإرسالها لتجنب وصول الأمراض إلى باقي الدول وخروج الوضع عن السيطرة.
- تعديل أنظمة الصحة العالمية لجعل التوصيات المؤقتة قواعد استثنائية ملزمة لأهميتها في محاربة الحالة الطارئة التي تسبب قلقاً دولياً.
- تعديل المرفق الأول من أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) لتقليل المتطلبات بشأن القدرة الأساسية للترصد والاستجابة، أو أن تحتوي على آلية تساعد الدول على تنفيذها.
- تعديل أنظمة منظمة الصحة العالمية لعام (2005) لشمّل عقوبات على الدول التي لا تلتزم تنفيذ أحكام هذه الأنظمة.
- الإسراع في تبادل المعلومات بين منظمة الصحة العالمية والدول الأطراف، وأيضاً تبادل المعلومات بين الدول الأطراف فيما بينها، مما يؤدي إلى استجابة أسرع، وإمكانية السيطرة على المرض أو الوباء.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الأبحاث

- أ.د. عمران محافظة، د. ديابا الطعاني، التزام الدول بتنفيذ القواعد القانونية الدولية المتعلقة بالصحة العامة ودور منظمة الصحة العالمية في مكافحة فيروس كورونا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 2، العدد التسلسلي 34، يونيو 2021.
- ارمين فون غاندي، بيدرو فياريال، التزامات الدول بموجب اللوائح الصحية الدولية في ضوء كوفيد-19، مجلة حكمة: مجلة متخصصة في ترجمة ونشر مقالات ثقافية وفلسفية، 2020.
- حرقاي زكريا، مصطفى عابدة، التدخل المحلي في مواجهة جائحة فيروس كورونا-19، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 3، ص 252_274، 2020.
- حمودي يحيى، نعيمة زاهية، دور منظمة الصحة العالمية في القضاء على الأوبئة والأمراض في قارة إفريقيا، مذكرة للحصول على رسالة الماجستير، جامعة زيان عاشور، 2020/2019.
- رمضان، محمد، دور منظمة الصحة العالمية في مقاومة وباء كورونا في ضوء قواعد القانون الدولي العام، جامعة القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد 9، 2020.
- سخري، منال، الحوكمة الصحية العالمية ما بعد جائحة كورونا: قراءة في الواقع والتحديات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 58، العدد 2، ص 292_311، 2021.
- الطباخ، خالد، التعاون الدولي في المجال الصحي لمواجهة تفشي جائحة كورونا (COVID-19)، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مجلد 6، 2020.
- عبد الرحمن، سناء، أحكام مرض جدري القردة والوقاية منه (دراسة فقهية)، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد 38، ص 869_970، 2022.
- لوكال، مريم، مكافحة منظمة الصحة العالمية للطوارئ الصحية العابرة للحدود: فيروس كورونا نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 2، ص 382_401، 2020.
- هديل الجنابي، أسامة نجم، منظمة الصحة العالمية ومسؤوليتها الدولية في مواجهة الأوبئة، مجلة العلوم القانونية، المجلد 36، العدد 2، 2021.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

- David fiddler Global health security: the wider lessons from the West African Ebola virus disease epidemic, the lancet, vol 385, 2015.
- David fiddler, from international sanitary convention to global health security: the new international health regulations, Oxford University, 2005.

- David fiddler, lawrance o gostin, The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health, Articles by Maurer Faculty, p. 85_94, 2006.
- Emily A bruemmer, Allyn L. Talor, institutional transparency in global health law making: the world health organization and the implementation of international health regulation, cornell university library, 2017.
- Eric Mack, The World Health Organization's New International Health Regulations: Incursion on State Sovereignty and Ill-Fated Response to Global Health Issues, Chicago Journal of International Law, vol 7, no 1, 2006.
- Frederick M. Burkle, Jr, Global Health Security Demands a Strong International Health Regulations Treaty and Leadership from a Highly Resourced World Health Organization, Disaster Medicine and Public Health Preparedness, vol 9, no 5, p. 568_580, 2015.
- Justin Lessler,a Cassandra T Ott, Andrea C Carcelen, Jacob M Konikoff, Joe Williamson,a Qifang Bi, Lauren M Kucirka,b Derek AT Cummings, Nicholas G Reichd & Lelia H Chaisson, Times to key events in Zika virus infection and implications for blood donation: a systematic review, Bull World Health, Organ, 2016.
- Lawrence O Gostin, Mary C DeBartolo, Eric A Friedman, The International Health Regulations 10 years on: the governing framework for global health security, the lancet, vol 386, p. 2222_2226, 2015.
- Lorance O Gosten, Ebola: towards an International Health Systems Fund, the lancet, vol 384, p49_51, 2014.
- Lukaz gruszczynki, Mateusz zatonski, martin micke, do regulations matter in fighting the covid-19 pandemic? Lessons from Poland, European journal of risk regulation, vol. 12, no. 4, p. 739_ 757, 2021.
- Morten borberg, A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in time of pandemic: it is time for revision, European journal of risk regulations, vol 11, no 2, p. 202_209, 2020.
- Rossario M Issasi, THU MINH NGUYEIN, The Global Governance of Infectious Diseases The World Health Organization and The International Health Regulations, Alberta Law Review, vol. 43, no.2, 2005.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

- <https://machahid24.com/international/10344.html>
- <https://www.foxnews.com/media/chinese-whistleblower-covid-19-origins-on-fox-nations-tucker-carlson-wuhan-lab>
- <https://www.newscientist.com/article/dn17025-deadly-new-flu-virus-in-us-and-mexico-may-go-pandemic/?ignored=irrelevant>

- [_https://www.who.int/ar/news/item/06-07-1435-who-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-emergency-committee-concerning-the-international-spread-of-wild-poliovirus](https://www.who.int/ar/news/item/06-07-1435-who-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-emergency-committee-concerning-the-international-spread-of-wild-poliovirus)
- <https://www.who.int/ar/news/item/24-12-1443-second-meeting-of-the-international-health-regulations-%282005%29-%28ihr%29-emergency-committee-regarding-the-multi-country-outbreak-of-monkeypox>
- [_https://www.who.int/ar/news/item/28-05-1437-who-director-general-addresses-media-after-zika-emergency-committee](https://www.who.int/ar/news/item/28-05-1437-who-director-general-addresses-media-after-zika-emergency-committee)
- [_https://www.who.int/ar/news/item/28-05-1437-who-statement-on-the-2nd-meeting-of-ihr-emergency-committee-on-zika-virus-and-observed-increase-in-neurological-disorders-and-neonatal-malformations](https://www.who.int/ar/news/item/28-05-1437-who-statement-on-the-2nd-meeting-of-ihr-emergency-committee-on-zika-virus-and-observed-increase-in-neurological-disorders-and-neonatal-malformations)
- [_https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/poliomyelitis](https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/poliomyelitis)
- [_https://www.who.int/ar/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19](https://www.who.int/ar/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-covid-19)
- [_https://www.who.int/ar/news-room/questions-and-answers/item/what-are-the-international-health-regulations-and-emergency-committees](https://www.who.int/ar/news-room/questions-and-answers/item/what-are-the-international-health-regulations-and-emergency-committees)

المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية عن استخدام الأسلحة غير التقليدية

اسراء محمد بخيت الحناحنه *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.06](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.06)

تاريخ استلام البحث 2023/01/24
تاريخ قبول البحث 2023/02/28

* باحثة في القانون الدولي، الاردن.

* للمراسلة: Esraa1998mohammad@icloud.com

الملخص

تناولت الدراسة المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية لاستخدام الأسلحة غير التقليدية التي حظر القانون الدولي استخدامها لما تسببه من أضرار تدميرية، وهدفنا من هذه الدراسة ترتيب المسؤولية الدولية الجنائية والمدنية على مستخدمي تلك الأسلحة واتخاذ التدابير الرادعة والعقوبات المناسبة لها. اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وخرجت الدراسة بنتائج عديدة، أهمها: إن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نص على العديد من العقوبات لمرتكبي الجرائم، مثل السجن، لكنه لم ينص على عقوبة الإعدام، التي تعتبر من أشد العقوبات الرادعة ضد أي شخص يحاول استخدام الأسلحة غير التقليدية، وأوصت الدراسة بعدد من التوصيات من أهمها: تتمنى الباحثة من المشرع الدولي تعديل نص المادة 8 المتعلق بجرائم الحرب في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، من خلال الإشارة صراحة إلى استخدام الأسلحة غير التقليدية مثل الأسلحة النووية واليورانيوم والأسلحة الكيميائية والبيولوجية في النزاعات المسلحة.

الكلمات الدالة: الأسلحة غير التقليدية، العقوبة، المسؤولية الجنائية، المسؤولية المدنية، المسؤولية الدولية.

International and Civil Criminal Responsibility for the Use of Non-conventional Weapons

Esraa Mohammad Bakhit Alhanahneh *

* Researcher in International Law, Jordan.

* Crossponding author: Esraa1998mohammad@icloud.com

Received: 16/09/2022.

Accepted: 26/10/2022.

Abstract

The study dealt with the International and civil criminal responsibility of using non-conventional weapons prohibited by law for the devastating damage they cause. This study aims to the International and civil criminal responsibility toward users of these weapons to take deterrent measures and inflict suitable sanctions on them. Moreover, the research adopted the descriptive analytical approach and, therefore, it came up with numerous results; most important of which are: that the Rome Statute of the International Criminal Court provided many penalties for the perpetrators of crimes, such as imprisonment, however, it did not provide the death penalty, which is considered one of the most severe deterrent penalties against anyone trying to use non-conventional weapons. Finally, the study proposes a number of recommendations, most important of which is that the researcher wishes for the international legislator to amend the text of Article (8) related to war crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court, by explicitly referring to the use of non-conventional weapons such as nuclear weapons, uranium, and chemical and biological weapons in armed conflicts.

Keywords: Non-conventional weapons; Sanctions, Criminal responsibility, Civil responsibility, International responsibility.

المقدمة

شهد العالم منذ القدم العديد من النزاعات المسلحة والحروب، التي تستخدم فيها أنواع مختلفة من الأسلحة، والتي تشهد تطورًا كبيرًا على مر السنين، مما أدى إلى صنع أكثر الأسلحة فتكًا وشراسة وتدميرًا للبشرية، وهي التي تُعرف بالأسلحة غير التقليدية وتشمل أنواعًا مختلفة منها: الأسلحة الكيماوية، الأسلحة النووية والبيولوجية، اليورانيوم.... لذلك كان على المجتمع الدولي أن يتدخل للحد من استخدام الأسلحة غير التقليدية في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، ووقف هذه الجرائم الكارثية ومحاسبة مرتكبيها، أفراداً أو دولاً، وفرض عقوبات عليهم، بسبب مخالفتهم لقواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تحظر استخدام الأسلحة غير التقليدية في النزاعات المسلحة الدولية.

وبناء على ذلك، يجب تكثيف التعاون الدولي بين الدول بصفقتها أعضاء في المجتمع الدولي للحد من انتشار الأسلحة غير التقليدية، وعلى الدول أن تتحمل المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية كاملة في حال خرقها وانتهاكها لأحد قواعد القانون الدولي والمبادئ التي تنظم استخدام الأسلحة أو في حالة تسببها في إلحاق الضرر بدولة أخرى، وضرورة معاقبة المسؤولين عن استخدام هذه الأسلحة.

مشكلة الدراسة

ثمة العديد من الجهود والاتفاقيات والمعاهدات الدولية الواردة في القانون الدولي الإنساني لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة من الآثار المدمرة الناتجة عن هذه النزاعات، إلا أن هناك تجاوزات كبيرة من بعض الدول في استخدام الأسلحة غير التقليدية من حيث شرعية حيازتها وتصنيعها وتطويرها واستخدامها في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وفقاً للقانون الدولي، ومن أجل نزع هذا النوع من الأسلحة وتجنب خطر التدمير وتقليله، كان من الضروري ترتيب المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية ضد الدول التي تستخدم الأسلحة غير التقليدية وفرض عقوبات على مرتكبي هذه الانتهاكات.

وبالمحصلة فإن السؤال الذي يطرح نفسه: ما هي المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية التي تنشأ عند استخدام الأسلحة غير التقليدية؟ وبناءً عليه لدينا عدد من التساؤلات:

- ما هي المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية الناتجة عن استخدام الأسلحة غير التقليدية؟
- ما هو دور المحاكم الدولية في تجريم استخدام الأسلحة غير التقليدية؟
- ما هي العقوبات التي يمكن توقيعها على مستخدمي الأسلحة غير التقليدية؟
- ما مدى مسؤولية الدول والأفراد عن استخدام الأسلحة غير التقليدية؟

أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة بأن العديد من الدول تعرضت للهجوم من خلال استخدام الأسلحة غير التقليدية، مما تسبب في كوارث وآثار مدمرة على البشرية، لذلك كان من الضروري معالجة هذا الموضوع وتوضيح المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية التي تترتب على مستخدمي الأسلحة غير التقليدية.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

- بيان ماهية المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية المترتبة على استخدام الأسلحة غير التقليدية والعقوبات المترتبة عليها.
- توضيح المسؤولية الدولية الجنائية الفردية للقادة ورؤساء الدول.

منهجية الدراسة

نظراً لأهمية موضوع الدراسة فقد اتبعت الباحثة كلاً من المنهج الوصفي والتحليلي وذلك للتحليل وبيان المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية التي تترتب على مستخدمين الأسلحة غير التقليدية.

المبحث الأول

ماهية المسؤولية الدولية

المسؤولية الدولية هي وضع قانوني يقرر ويلزم لأي شخص ينتهك أو يخالف القانون المعمول به، وتنشأ المسؤولية الدولية عندما يُرتكب فعل غير قانوني من قبل أشخاص القانون الدولي، وسيتم توضيح ذلك بتقسيم هذه المبحث لمطلبين على التفصيل التالي: في المطلب الأول تعريف المسؤولية الدولية، والمطلب الثاني سأتناول فيه الحديث عن أنواع المسؤولية الدولية.

المطلب الأول: تعريف المسؤولية الدولية

تعريفات المسؤولية الدولية متنوعة ومتعددة، نتيجة لأساسها وتطورها والقاسم المشترك بينها هو خرق الالتزام الدولي من قبل دولة، مما يتطلب أن تتحمل هذه الدولة المسؤولية الدولية تجاه الدولة التي تمت مهاجمتها، لذلك سنقوم بتوضيح هذه التعريفات.

المسؤولية الدولية تم تعريفها في اتجاهين، أحدهما اتجاه تقليدي قديم والآخر اتجاه حديث، فالمسؤولية الدولية في المفهوم القديم كانت ضيقة، حيث اقتصر على أشخاص القانون الدولي العام ممثلاً بالشخص الدولي الوحيد، وهو الدولة، وعلى المسؤولية المدنية التي تتحملها الدولة وأن هذه المسؤولية تتوقف عند الحدود من إلحاق الضرر بأحد الأفراد المحظورين بموجب القانون الدولي دون أن يمتد ليشمل الأفراد الذين لم يحظروا بموجب هذا القانون حتى لو تسببوا بضرر للغير⁽¹⁾، أما في الاتجاه الحديث جاء تعريف المسؤولية الدولية بأنها: "الجزاء القانوني الذي يترتب

(1) المحنة، عبد المحسن. المسؤولية الدولية عن التعويض في القانون الدولي الإنساني. مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية. المجلد 2 العدد 3،

(2021). ص 77_78

القانون الدولي العام عند قيام شخص قانوني دولي بتصرف يتمثل في عمل أو الامتناع عن عمل يشكل طبقاً للقانون الدولي العام انتهاكاً للالتزام دولي⁽¹⁾، كما تم تعريف المسؤولية الدولية في مشروع لجنة القانون الدولي المتعلق بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً لسنة 2001، بأنها: "كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به الدولة يستتبع مسؤوليتها الدولية"⁽²⁾.

وعليه فإنه الباحثة ترى أن الاتجاه القديم بين أن المسؤولية الدولية تنشأ فقط بين الدول وهي مسؤولية مدنية تتطلب التعويض فقط، إلى أن تم التوسع بتعريف المسؤولية الدولية حديثاً، حيث يمكن تعريفها بشكل عام بأنها: نظام قانوني يتحملة أي شخص من أشخاص القانون الدولي عندما ينتهك التزاماً دولياً يوصف بأنه غير مشروع في القانون وتتطوي عليه المسؤولية الدولية أو مشروع لم يحظره القانون، ولكن تسبب في ضرر لشخص دولي آخر.

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الدولية

تقسم المسؤولية الدولية إلى نوعين، ومن أجل تحديد المسؤولية الدولية للدولة أو المنظمات الدولية أو الفرد العادي، لا بد من توضيح أنواعها، لذا سنوضح في الفرع الأول المسؤولية الدولية المدنية، أما الفرع الثاني فالمسؤولية الجنائية الدولية.

الفرع الأول: المسؤولية الدولية المدنية.

مصطلح المسؤولية الدولية المدنية، أو ما يعرف بالمسؤولية المدنية، هو مسؤولية مقررّة ضد من يتصرف بطريقة تضر بالآخرين، وينطوي عليه التزام عند حدوث الضرر لإصلاح هذا الضرر أو التعويض عن ذلك الضرر. تُعرف المسؤولية المدنية باسم المسؤولية التعويضية، وقد أكد على ذلك المواد الواردة في اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م التي نصت على أنه " لا يمكن لأي طرف ساء متعاقد أن يعفي نفسه، أو يعفي طرفاً متعاقداً من المسؤوليات التي يتحملها أو يتحملها طرف آخر بسبب الانتهاكات الخطيرة التي نصت عليها الاتفاقية"⁽³⁾، وإذا ثبتت المسؤولية الدولية المدنية عند ارتكاب جرائم حرب، فهي ملزمة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، الناتجة عن تلك الجرائم، وقد يتخذ التعويض شكل تقديم ترضية مناسبة للدولة المتضررة، أو قد تتمثل في المطالبة بإعادة الظروف إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر وهو ما يسمى بالتعويض العيني، أو قد يتمثل في دفع مبلغ من المال للبلد المتضرر كتعويض عن الأضرار التي لحقت به تعويضاً نقدياً، أو يمكن أن يطالب بوقف ارتكاب الأفعال التي تشكل جرائم الحرب على الفور ويُعرف هذا بوقف ارتكاب عمل دولي غير قانوني، ومن أشهر الأمثلة على ذلك قيام فرنسا بعدد من تفجيرات الأسلحة النووية في الغلاف الجوي في جنوب المحيط الهادي في عام 1973م وكانت تلك التفجيرات مخالفة لأحكام القانون الدولي، مما دعا بعض الدول إلى رفع دعوى قضائية ضد

(1) محمد، يوسف ابكر. محاكمة مجرمي الحرب أمام المحاكم الجنائية الدولية: دار الكتب القانونية. القاهرة، مصر، (2011). ص 136

(2) أنظر مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً لسنة 2001م المادة (148) من اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949. (3)

فرنسا مطالبين توقيع المسؤولية الدولية ضدها، وعليه فإن النظريات التي قامت على أساسها المسؤولية الدولية المدنية هي نظرية الخطأ والمخاطرة والفعل غير المشروع، إلا أن القاعدة الأكثر اتباعاً للمسؤولية المدنية الدولية في العمل الدولي هي ارتكاب فعل غير قانوني (غير مشروع) من قبل الدولة بانتهاك الالتزامات الدولية بموجب اتفاقية مثل التجارب النووية الخطرة⁽¹⁾.

وتستند المسؤولية الدولية المدنية هنا على أساس الضرر، أما نتيجة المسؤولية الدولية المدنية فهي جبر الضرر أو التعويض بكافة أشكاله، أو وقف انتهاك الالتزام الدولي أو التعهد بعدم التكرار، وهنا تعتبر نتيجة مدنية بحتة⁽²⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية

إن فكرة المسؤولية الجنائية الدولية بدأت وترجمت على أرض الواقع في عام 1815م في اتفاقية فيينا التي تعلن مسؤولية رؤساء الدول عن أعمالهم وانتهاكاتهم، وكان ذلك بعد هزيمة جيش نابليون وتقرير محاكمة نابليون عن أعماله، بعدها تم إبرام أول معاهدة تقرر المسؤولية الجنائية الدولية وهي معاهدة فرساي في عام 1919، وذلك عندما قررت مسؤولية إمبراطور ألمانيا غليوم الثاني عن ارتكابه للجرائم الدولية التي هددت السلم وأمن المجتمع الدولي، ومن هذه الجرائم استخدام الأسلحة المحرمة⁽³⁾ ومع بداية الحرب العالمية الثانية، التي استخدم فيها الأسلحة غير التقليدية مثل السلاح النووي، عندما قامت الولايات المتحدة بقصف مدينتي هيروشيما وناجازاكي باستخدام قنابل ذرية، مما أدى إلى مقتل وإصابة أعداد كبيرة جداً، وتشريد المدنيين وتدمير ممتلكاتهم الأمر الذي جعل المجتمع الدولي يبحث عن حلول من أجل إلزام الدول بالتقيد بقواعد وقوانين الحرب.

لذلك تم الاتجاه نحو ضرورة قيام المسؤولية الجنائية الدولية عن الأفعال الضارة وفرض عقوبات دولية على الذين ارتكبوا انتهاكات دولية في النزاعات المسلحة أو انتهاكات حقوق الإنسان، لحماية ضحايا الحرب أثناء النزاعات المسلحة الدولية⁽⁴⁾.

عرّفت المسؤولية الجنائية على أنها قضية قيام دولة بارتكاب فعل يعتبره القانون الدولي جريمة دولية ويضر بمصالح أساسية للمجتمع الدولي وإمكانية معاقبتها من قبل المجتمع الدولي، وأشار البرتوكول الإضافي الأول لعام 1977 والملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م للمسؤولية الجنائية الدولية ونص على "يسأل طرف النزاع

(1) تيم، قصي مصطفى، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين (2010) ص 107.

(2) العيفاوي، صبرينة. المسؤولية الجنائية الدولية وفقاً لنظام روما الأساسي. مجلة القانون والعلوم السياسية. 221 العدد الأول (2015)، ص 17.

(3) العنكي، نزار. القانون الدولي الإنساني: دار وائل. عمان. الأردن (2010). ص 495.

نص المادة (227) من معاهدة فرساي " تتهم الدول المتحالفة والمتحدة غليوم هوهنتولرن إمبراطور ألمانيا السابق باعتهائه الذي بلغ أقصى الحدود على النظام الدولي والسلطة المقدسة للمعاهدات، وأنها سوف تنشئ محكمة خاصة لمحاكمته لكن لم تتم محاكمته بسبب طلب اللجوء السياسي لهولندا التي لم تقم بتسليمه".

(4) البلوشي، عمر بن عبد الله. مشروعية أسلحة الدمار الشامل وفقاً لقواعد القانون الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، بيروت. (2007) ص

الذي ينتهك أحكام الاتفاقيات أو هذه الملحق ويكون مسؤولاً عن كافة الأعمال التي يقترفها الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة"⁽¹⁾.

نظام روما الأساسي عرّف المسؤولية الجنائية الدولية في المادة (25) "المسؤولية الجنائية مسؤولية فردية لا يمكن أن تتعدى الشخص ولا ممتلكاته".

وفقاً لذلك، ترى الباحثة أن المسؤولية الجنائية الدولية يمكن تعريفها على أنها "المسؤولية التي تفرضها محكمة جنائية دولية مختصة على أي شخص من أشخاص القانون الدولي، لانتهاكه المبادئ والقواعد أو الاتفاقيات الدولية التي يعد انتهاكها جريمة دولية يعاقب عليها".

المبحث الثاني

دور القضاء الدولي في التعامل مع استخدام الأسلحة غير التقليدية

لطالما احتاج المجتمع الدولي إلى إنشاء قضاء دولي للتعامل مع النزاعات المسلحة الدولية والنتائج المترتبة عليها منذ زمن طويل، ولكن تطبيق القضاء الدولي لم يظهر عملياً إلا خلال فترة الحربين العالميتين الأولى والثانية، وذلك بسبب الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي وضرورة محاسبة مرتكبي هذه الانتهاكات أمام القضاء الدولي الذي يعمل بنزاهة ويسعى لتحقيق العدالة الدولية.

لذلك سنناقش في هذا المبحث القضاء الدولي ودوره المهم في تحقيق العدالة وفرض المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية على مرتكبي الجرائم والانتهاكات الجسيمة ومستخدمي الأسلحة غير التقليدية في النزاعات المسلحة الدولية، وبناء عليه تناولنا في المطلب الأول دور المحاكم الدولية في تجريم استخدام الأسلحة غير التقليدية والعقوبة المترتبة على ذلك، وفي المطلب الثاني المسؤولية الدولية الجنائية لرؤساء الدول والقادة.

المطلب الأول: دور المحاكم الدولية في تجريم استخدام الأسلحة غير التقليدية

أدت زيادة النزاعات الدولية إلى إنشاء عدد من المحاكم الدولية لمحاسبة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية واستخدام الأسلحة غير التقليدية وإيقاع العقوبات عليهم، حيث بدأ إنشاء المحاكم الدولية بعد اندلاع الحرب العالمية الثانية وصولاً للمحكمة الجنائية الدولية، لذلك في هذا المطلب، سنشرح دور المحكمة الجنائية الدولية في تجريم استخدام الأسلحة غير التقليدية في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني، العقوبات الدولية المترتبة على استخدام الأسلحة غير التقليدية.

(1) انظر المادة (91) من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949 م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.

الفرع الأول: دور المحكمة الجنائية الدولية في تجريم استخدام الأسلحة غير التقليدية

لقد تحقق حلم المجتمع الدولي وجهوده بالموافقة على وثيقة روما للنظام الأساسي وإنشاء المحكمة الجنائية الدولية⁽¹⁾ بهدف منع الجريمة الدولية ومعاقبة مرتكبيها، واتجه العالم نحو محاكمة ومحاسبة مجرمي الحرب وتحملهم المسؤولية الدولية بصفتها محكمة دائمة تمارس اختصاصها على أساس مستمر ومستقل، فهي لا تخضع لأي دولة، أو سلطة، أو منظمة، أو أي هيئة دولية، وهي تكمل القضاء الوطني وتساعد المحاكم الوطني⁽²⁾.

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قدم بياناً بأنواع الجرائم التي تدخل في اختصاصها كما ورد في نص المادة (5): "يقتصر اختصاص المحكمة على الجرائم الأكثر خطورة والذي تثير قلق المجتمع الدولي" حيث تنظر المحكمة في الجرائم التالية:

1_ جريمة الإبادة الجماعية: ورد تعريفها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأنها " أي فعل من الأفعال التالية تهدف إلى تدمير جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه كلياً أو جزئياً:⁽³⁾

- قتل أفراد الجماعة .
- التسبب في ضرر جسدي أو عقلي خطير لأعضاء المجموعة.
- فرض إجراءات تهدف إلى منع الإنجاب داخل الجماعة.
- إخضاع الجماعة عمداً لظروف معيشية تعني التدمير الفعلي.
- نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى ."

حسب ما ورد في جمعية الأطراف في نظام روما الأساسي، فإن أركان الجريمة المتمثلة في الركن المادي للجريمة، التي يتحقق باستخدام أحد أنواع الأسلحة غير التقليدية، سواء كانت أسلحة نووية أو اليورانيوم أو الأسلحة الكيميائية أو البيولوجية، والتحقق من الوفاة أو الإصابة، سواء كانت الوفاة أو الإصابة بعد ارتكاب الجريمة مباشرة أو بعد فترة طويلة من ارتكابها، وتوافر علاقة سببية بين الفعل والنتيجة، أما الركن المعنوي الذي يجب أن تتوفر فيه المعرفة والإرادة مع توافر القصد الخاص المتمثل في تدمير الجماعة كلياً أو جزئياً، والركن الدولي المتمثل في ارتكاب الجرائم وفق خطة وضعتها الدولة.

(1) تم إنشاء أول محكمة جنائية دولية دائمة في مدينة روما، وتم تبني نظامها الأساسي في 17 يوليو 1998 بموافقة 120 دولة ومعارضة سبع دول، وامتتاع 21 دولة عن التصويت ودخل النظام الأساسي للمحكمة حيز التنفيذ في الأول من يوليو 2002، بعد أن صادقت عليه 6 دول من العالم، وفي الوقت الحاضر تجاوز عدد الدول التي صادقت على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 100 دولة.

(2) عبد المحمود، عباس. المحكمة الجنائية الدولية. الفكر الشرطي. المجلد 20 العدد 2 (2011)، ص 3.

(3) المادة 6 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عام 1998

وبناء عليه ترى الباحثة أن المادة السادسة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تضمنت النسبة الأكبر من أنواع الجرائم التي يتم ارتكابها في العالم، لأن جريمة الإبادة الجماعية من أخطر الجرائم التي تهدد أمن الإنسانية.

2_ الجرائم ضد الإنسانية: نصت المادة السابعة من النظام الأساسي على الأفعال اللاإنسانية التي تدخل في اختصاص المحكمة، وعرفت الجرائم ضد الإنسانية بأنها: ارتكاب العديد من الأعمال اللاإنسانية كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي سكان مدنيين، في وقت الحرب أو السلم.

أما عن أركان الجرائم ضد الإنسانية فهي (1):

- أداء أحد الأفعال المحددة في الفقرة الأولى من المادة نفسها.
- ارتكاب هذه الأعمال كجزء من هجوم منهجي أو واسع النطاق.
- أن تكون موجهة ضد السكان المدنيين.
- العلم بالهجوم على السكان المدنيين.

3_ جريمة العدوان: تعد جريمة العدوان من أخطر الجرائم وخاصة إذا تم استخدام الأسلحة غير التقليدية وتعني جريمة العدوان: لجوء شخص من أشخاص القانون الدولي إلى القوة إلا في حالات الدفاع المشروع واستخدام القوات المسلحة بناءً على طلب الأمم المتحدة ، بالإضافة إلى الكفاح المسلح من أجل حق الشعوب في تقرير المصير (2).

النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أشار إلى جريمة العدوان في المادة (5) وأنها ستمارس اختصاصها على جريمة العدوان عند اعتماد تعريفها، كما عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 3314، جريمة العدوان في نص المادة الأولى بأنها " استخدام القوة المسلحة من قبل دولة ضد سيادة دولة أخرى، أو سلامتها الإقليمية، أو استقلالها السياسي، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة " كما نص القرار على صور العدوان: الغزو، والقنبلة، والهجوم، والحصار، والحالات التي يسمح في ظلها اللجوء للقوة وهي الحق في تقرير المصير والكفاح من أجل الاستقلال (3) .

4_ جرائم الحرب: تُعرّف جرائم الحرب بأنها جرائم تُرتكب في أي نزاع ينتهك قوانين وأعراف الحرب، وأن المادة (8) في الفقرة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بينت الأفعال التي تعتبر جرائم حرب ، إلا أنها لم تنص على استخدام الأسلحة غير التقليدية وأن تعتبرها من جرائم الحرب إلا أننا نستنتجها من خلال الأفعال الإجرامية التي اعتبرها النظام جرائم الحرب.

تمارس المحكمة اختصاصها على جرائم الحرب المقصود بها حسب ما ورد في المادة 8 من النظام الأساسي وجاءت على سبيل الحصر ما يلي:

(1) انظر المادة 7 من ميثاق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998

(2) العليمات، نايف حامد جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية: دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، عمان (2007) ص 53

(3) الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 29 لعام 1974م عقدت لجنة خاصة معنية بتعريف جريمة العدوان

" 17 / استخدام السموم والأسلحة المسممة.

18 / استخدام الغازات الخائقة أو السامة أو المواد المتفجرة أو الأجهزة.

20 / استخدام أسلحة أو قذائف أو أساليب حربية تسبب آلاماً لا لزوم لها وتكون عشوائية ومخالفة للقانون الدولي للمنازعات المسلحة " على أن تكون هذه الأسلحة أو المواد أو الأساليب الحربية في موضع حظر شامل وتدرج في النظام الأساسي، وجاء الحظر الشامل للأسلحة غير التقليدية في قانون لاهاي⁽¹⁾ وبناء عليه ترى الباحثة أن استخدام الأسلحة غير التقليدية من الجرائم المعاقب عليها وفقاً للقضاء الدولي الجنائي وتدخل ضمن اختصاص المحكمة حيث يقتصر استخدامها ضمن النزاعات المسلحة الدولية، كما في المادة (8) في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فقد قسمت جرائم الحرب المتعلقة بالنزاعات المسلحة الدولية إلى جزأين:

1_ استخدام الأسلحة غير التقليدية كانتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في عام 1949.

هنالك العديد من أفعال النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومكونة لجرائم الحرب انتهكت اتفاقيات جنيف، ولعل تكيف استخدام الأسلحة غير التقليدية في وصف القتل العمد، وقد حظرت اتفاقيات جنيف هذا الفعل الإجرامي. ولقد نص على فعل القتل العمد في النزاع المسلح الدولي في المادة 8/2 الفقرة (أ) جريمة الحرب والتمثلة في فعل القتل العمد في النزاع المسلح الدولي وتتحقق عند التسبب في وفاة شخص أو أكثر من الأشخاص المشمولين بالحماية وفقاً للاتفاقيات⁽²⁾.

وترى الباحثة أن العنصر المادي لجريمة الحرب المتمثل في القتل العمد يتحقق عند استخدام أسلحة غير تقليدية سواء كانت أسلحة نووية أو تحتوي على يورانيوم أو كيميائي أو بيولوجي في النزاعات المسلحة الدولية، مما يتسبب في حدوث وفيات أو حتى التعرض للموت بعد فترة.

أبرز مثال على ذلك أن تم استخدام الأسلحة غير التقليدية في حرب الخليج عام 1991م، وحرب العراق عام 2003 م من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، حيث استخدمت الأسلحة المحتوية على اليورانيوم المنضب وتسببت في انبعاث إشعاعات أدت إلى موت كل من يتعرض لها.

وبالإشارة إلى أن المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية لديه بعض المعلومات حول الأعمال الإجرامية التي حدثت في العراق، خاصة في عام 2003 م عندما ارتكبت بريطانيا أعمال قتل مع سبق الإصرار تشكل جريمة حرب، لكن المدعي العام رفض التحقيق في هذه الجرائم على أساس أن لم تكن هناك أدلة كافية للتحقيق فيها⁽³⁾.

2_ الجرائم الناتجة عن استخدام الأسلحة غير التقليدية باعتبارها انتهاكات خطيرة للقوانين والأعراف السارية والمعاهدات الدولية.

(1) المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

(2) عبد الحميد، أنور قحطان. مسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام الأسلحة غير التقليدية. رسالة ماجستير، جامعة النهرين (2018) ص130

(3) William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University. (2007)

أوردت الفقرة 2 / ب من المادة (8) من نظام روما الأساسي مجموعة من الأفعال والانتهاكات الخطيرة باستخدام الأسلحة غير التقليدية التي اعتبرت جرائم حرب، والتي تجد مصدرها في اتفاقية لاهاي لعام 1906م وذلك من أجل سد النقص الذي قد يعتري الجرائم في اتفاقيات جنيف لعام 1949م خلال المجموعة الأولى، حيث إن الهجوم على المدنيين الذي نصت عليه المادة (51) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 والذي يعتبره نظام روما الأساسي جريمة حرب، وإذا تم شن أي هجوم ضد المدنيين، فإن العنصر المادي للجريمة يتحقق، حتى لو لم ينتج عن هذا الهجوم عواقب إجرامية، ولكن في حالة حدوث عواقب إجرامية للهجوم، فإن هذا يستتبع عقوبة أشد على الجناة.

وبناء عليه ترى الباحثة أنه في حالة استخدام أسلحة غير تقليدية وشن هجوم على سكان مدنيين لا يشاركون في النزاعات المسلحة، فإن الركن المادي للجريمة يتحقق، حتى لو لم تكن نتيجة لذلك الهجوم، بشرط أن الجاني علم أنه كان يهاجم السكان المدنيين وأن إرادته كانت موجّهة لذلك.

لعل أبرز تطبيق للجرائم التي تدخل في اختصاص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو الجرائم التي ارتكبت في حرب إسرائيل على غزة في فترة 2008-2009 حيث انتهكت إسرائيل القانون الدولي في حربها على غزة عام 2008م من خلال الهجمات المتعمدة ضد السكان المدنيين والهجمات على الأهداف الطبية والهجمات على المباني الحكومية واستخدام الأسلحة غير التقليدية والأسلحة المحظورة دولياً، بما في ذلك استخدام الكيماويات والفسفور واليورانيوم المنضب، وانتهاك بروتوكول جنيف لعام 1925 والعهود الدولية التي تحظر استخدام هذه الأسلحة⁽¹⁾، وبناء على تلك الانتهاكات والجرائم، جاءت لجنة جولدستون⁽²⁾ للتحقيق في الجرائم المرتكبة وأصدرت تقريراً حول تحميل إسرائيل المسؤولية الدولية عن الانتهاكات التي ارتكبتها قواتها المسلحة في حربها على غزة، ونظراً لما ورد في تقرير جولدستون، نجد ذلك بعد مراجعة النظام الإسرائيلي للتحقيق والملاحقة القضائية للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، ولا سيما جرائم الحرب والجرائم المشتبه فيها ضد الإنسانية.

أهم الحقائق التي أكدها تقرير جولدستون، هي الاعتداءات المتعمدة على المباني الحكومية مثل الاعتداءات التي وقعت على مبنى المجلس التشريعي الفلسطيني في مدينة غزة في 31 كانون الأول (ديسمبر) 2008 والعديد من المباني الأخرى، دون تحديد الأهداف العسكرية التي قد يجوز مهاجمتها والأهداف المدنية التي لا يجوز مهاجمتها وكذلك الاعتداء على أهداف طبية، وقصفها لمستشفى القدس التابع لجمعية الهلال الأحمر الفلسطيني بعدة صواريخ ومستشفى الوفاء شرقي مدينة غزة، وبالتالي خرقت إسرائيل الحماية المقررة للأغراض الطبية، وقامت اللجنة بالتحقيق في الهجمات المباشرة على المدنيين عندما قصفت إسرائيل منزلاً، مما أسفر عن مقتل 22 فرداً من المنزل

(1) علي، أحمد سي. المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة، مجلة الفكر (1) 5 (2010) ص 265

(2) لجنة جولدستون: هي لجنة تحقيق أنشأها مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة في 3 أبريل عام 2009 م، برئاسة القاضي ريتشارد جولدستون، كانت مهمة اللجنة التحقيق في دعاوى ارتكاب جرائم حرب قبل حرب غزة وخلالها وبعدها، وتوصلوا للنتائج أن كل من الجيش الإسرائيلي والفصائل الفلسطينية قد ارتكبا جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، بالإضافة إلى ذلك، دعا التقرير إلى تشكيل لجان تحقيق محايدة من قبل إسرائيل وحماس للتحقيق في مزاعم انتهاكات حقوق الإنسان. ورفضت إسرائيل التعاون مع لجنة التحقيق متهمه إياها بالتحيز.

وبررت إسرائيل ذلك بالقول إنها أخطأت في العمليات وأن الهدف كان منزلًا قريبًا تم تخزين الأسلحة فيه، وبناء عليه تتحمل إسرائيل المسؤولية الجنائية الدولية والمدنية، عن انتهاكاتهما للقانون الدولي الإنساني.

وأن يتولى مجلس الأمن مسؤوليته وإحالة الانتهاكات التي وقعت من إسرائيل على غزة إلى المحكمة الجنائية الدولية للتحقيق مع قيادات الجيش والأفراد ومحاكمتهم وفرض العقوبة عليهم، وفي حالة تقاعس مجلس الأمن عن اتخاذ أي إجراء، فإن الدول التي تتبنى نظام الولاية القضائية العالمية في قوانينها المحلية ملزمة ببدء إجراءات جنائية ضد قادة الجيش الإسرائيلي والقادة السياسيين الذين وُجّه لهم المسؤولية الجنائية الدولية عن جرائم الحرب التي ارتكبت خلال تلك الفترة⁽¹⁾، إلا أن إسرائيل لم تحاسب على الانتهاكات التي قامت بها ولم تتعاون مع لجنة جولدستون، وهو ما يشكل تراجعاً في تحميل الدول التي تنتهك القانون الدولي الإنساني المسؤولية الدولية عن أفعالها.

الفرع الثاني: العقوبات الدولية المترتبة على استخدام الأسلحة غير التقليدية

العقوبة هي الجزاء التي يحدده القانون لمصلحة المجتمع لمن يرتكب فعلاً يعتبره القانون جريمة، وإن مسألة توقيع العقوبة على منت إدانته بارتكاب أي من الجرائم الدولية أو انتهاكات القانون الدولي، فالنتيجة الحتمية هي معاقبة مرتكبي تلك الجرائم أو الانتهاكات، لذا فإن العقوبة أداة تضمن مراعاة قواعد القانون الدولي وحماية الأفراد من الجرائم الدولية ومع ذلك، فإن القانون الدولي العرفي والاتفاقيات الدولية الخاصة بالقانون الدولي الإنساني لم تنص على عقوبات محددة لمرتكبي الجرائم الدولية، إلى أن جاءت العدالة الجنائية ولعبت دوراً مهماً في تحديد العقوبة الجنائية الدولية للأفراد الذين ينتهكون قواعد القانون الدولي الإنساني⁽²⁾، وبناءً على ذلك، سناقش أنواع العقوبات التي يمكن فرضها عند استخدام الأسلحة غير التقليدية في النزاعات المسلحة الدولية، وتقدير المحكمة لها.

أولاً: أنواع العقوبات:

1_ العقوبات الاقتصادية

وهي إجراءات اقتصادية تطبق على الدول التي تنتهك القانون الدولي لمنعها من ارتكاب عمل عدائي أو التراجع عنه، قد تكون العقوبات الاقتصادية عادة حظرًا على التجارة أو مقصورة على قطاعات معينة مثل الأسلحة والمعدات العسكرية، باستثناء الغذاء والدواء، وأبرز الأمثلة على العقوبات الاقتصادية عقوبات الأمم المتحدة ضد العراق عام (1990-2003)⁽³⁾.

(1) عطايا، أحمد سليم. المسؤولية الدولية لإسرائيل عن جرائمها في غزة وفقاً لتقرير جولدستون مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد (2) 62 (2020) ص 63

(2) محمد، يوسف ابيكر. محاكمة مجرمي الحرب أمام المحاكم الجنائية الدولية: دار الكتب القانونية. مصر، القاهرة (2011) ص 485_487

(3) الخور، ساند مصباح. المسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام الأسلحة المحرمة دولياً. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين

(2019) ص 89

2_ العقوبات المالية

هي العقوبات التي تصيب مال المحكوم عليه وتتل من ذمته المالية سواء عن طريق الانتقاص من عناصرها الإيجابية في صورة حرمان المحكوم من ملكية بعض أمواله وذلك يتمثل في عقوبة المصادرة أو عن طريق الزيادة من عناصرها السلبية في صورة إنشاء دين لم يكن ثابتاً فيها وتتمثل العقوبة في الغرامة (1).

نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بين العقوبات المالية في نص المادة (77/2) فرض غرامة وفقاً للمعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، ومصادرة العائدات والممتلكات والأصول الناتجة بشكل مباشر أو غير مباشر عن تلك الجريمة، دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية، كما لا يجوز أن تتجاوز الغرامة 75% من إجمالي قيمة الأصول والأموال التي يملكها الجاني، بعد اقتطاع مبلغ يتناسب مع الاحتياجات المالية للمحكوم عليه ومن يعوله، وتم تنفيذ هذه العقوبات من خلال معاهدة فرساي، التي اعترفت بمسؤولية ألمانيا عن جميع الخسائر والأضرار التي لحقت بحكومات الحلفاء نتيجة لشن الحرب العالمية الثانية، وفرضت واجب التعويض على الدول المتضررة، وكذلك فرضت الأمم المتحدة على العراق في أعقاب عدوانها على الكويت، دفع تعويضات مالية عن الأضرار والخسائر الناجمة عن غزو العراق واحتلاله غير المشروع للكويت (2).

3_ العقوبات السالبة للحرية (الحبس)

نظام روما الأساسي أشار إلى العقوبات التي يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أن تفرضها على الأشخاص الذين يقومون بارتكاب الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها، وهذه العقوبات:

1_ السجن لعدد محدد من السنوات لفترة أقصاها 30 سنة.

2_ السجن المؤبد إذا كانت هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجريمة والظروف الخاصة للمحكوم عليه (3).

المحكمة الجنائية الدولية نصت في المادة (78) عند إدانة شخص بأكثر من جريمة، تصدر المحكمة حكماً في كل جريمة وحكم مشترك يحدد مدة السجن الإجمالية ويجب ألا تقل هذه المدة عن الحد الأقصى لفترة كل حكم على حدة، ولا تزيد عن 30 عاماً أو السجن المؤبد كما لها خصم مدة الحبس التي أمضاها الشخص في الحجز.

إن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا ينص على عقوبة الإعدام للجرائم الدولية التي تدخل في اختصاصها، إلا أن عقوبة الإعدام تم نكرها في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ وطُبقت ضد 12 متهمًا حُكم عليهم أمام هذه المحكمة (4).

وترى الباحثة أن الأمر الذي تم أخذه على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو أن عقوبة الإعدام لها أثر رادع وهام بحيث تجعل الجاني يفكر قبل ارتكاب أي من هذه الجرائم وأن استخدام أي نوع من الأسلحة

(1) الشانلي، فتوح عبد الله. المسؤولية الجنائية: دار المطبوعات الجامعية. مصر، الإسكندرية (2020) ص 254

(2) المادة 146 الفقرة 2 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

(3) المادة 1/77 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

(4) عبد الحميد، أنور قحطان. مسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام الأسلحة غير التقليدية. رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد، العراق

(2018). ص 146

غير التقليدية يأخذ صفة الاستخدام الوحشي، وتترتب عليها آثار مدمرة هائلة، تؤثر على العسكريين والمدنيين إذا تم استخدامها في النزاعات المسلحة وتلوث البيئة الطبيعية.

ثانياً: تقدير المحكمة الجنائية الدولية للعقوبات الدولية

أوردت القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية التي اعتمدت من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك في سبتمبر لعام 2002، عدداً من الظروف الواجب الأخذ بها عند تقدير العقوبة التي سيتم تطبيقها، وتأخذ المحكمة الجنائية الدولية في الاعتبار عدة مسائل مثل الضرر الحاصل، والوسائل المستخدمة، وطبيعة السلوك غير المشروع المرتكب، ومدى النية والظروف.

أ_ ظروف التخفيف

ظروف التخفيف هي التي لا تشكل أساساً كافياً لاستبعاد المسؤولية الجنائية مثل قصور القدرة العقلية والإكراه وسلوك المحكوم عليه بعد ارتكاب الجريمة، بما في ذلك أي جهود قام بها لتعويض الضحية أو أي تعاون قام به مع المحكمة⁽¹⁾.

ب_ ظروف التشديد، وهي:

- ارتكاب الجريمة بقسوة مفرطة أو تعدد الضحايا.
- إساءة استخدام السلطة أو الصفة الرسمية.
- أي إدانات جنائية سابقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة أو ما شابه ذلك.
- ارتكاب الجريمة إذا كان الضحية مجرد بشكل خاص من أي وسيلة للدفاع عن النفس.
- ارتكاب الجريمة بدافع ينطوي على تمييز على أساس الجنس، أو اللون، أو العرق، أو الدين، أو أي ظروف غير مذكورة، ولكنها بطبيعتها مشابهة لتلك المذكورة أعلاه.

وبناءً على ذلك، عند تقييم العقوبة المفروضة على استخدام الأسلحة غير التقليدية، فإنها سترتبط بظروف مشددة، لأن استخدام الأسلحة غير التقليدية يتسبب في أضرار وأعداد كبيرة من الضحايا وإن كانت الضحية ليست لديها أي وسيلة للدفاع عن النفس.

وترى الباحثة أن نظام روما الأساسي للمحكمة لم ينص على مصادرة الوسائل التي ارتكبت بها الجرائم، ومعاقبة الشخص وحده لا تكفي لمنع استخدام الأسلحة غير التقليدية، ولكن يجب على الدولة أن تعاقب بمصادرة الأسلحة غير تقليدية كالأسلحة النووية والأسلحة المحتوية على اليورانيوم المنضب كأسلحة محظورة دولياً وفقاً للمبادئ الأساسية للقانون الدولي الإنساني والأعراف الدولية، والأسلحة الكيماوية والبيولوجية المحظورة دولياً بموجب

(1) المادة 145 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وإن النظام الأساسي جمع بين مراعاة مبدأ الشرعية ومنح القاضي الدولي سلطة تقديرية واسعة في تقييم العقوبة لكل جريمة، من أجل مراعاة ظروف الجريمة والتطورات الجنائية والدولية في مجال جرائم الحرب و تطوير الأسلحة بسبب التقدم العملي والتكنولوجي.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية الفردية لرؤساء الدول والقادة العسكريين

تطورت فكرة المسؤولية الجنائية الدولية للفرد مع تطور القانون الدولي الجنائي بعد الحرب العالمية بسبب الانتهاكات الصارخة للقيم والمبادئ الإنسانية، وانتهاك قواعد الحرب وارتكاب جرائم دولية، واستخدام وسائل غير قانونية وأسلحة غير تقليدية من قبل بعض الأشخاص، بمعنى أن الفرد أصبح مسؤولاً جنائياً ليس فقط بموجب القانون الجنائي الخاضع له في المنطقة التي ارتكب فيها جريمته، وفقاً لمبدأ الشرعية، ولكنه مسؤول جنائياً في أي مكان في العالم بموجب القانون الدولي (1).

وعرفت المسؤولية الجنائية الفردية بأنها تحمل الشخص (أي الفرد) المسؤولية عن فعله الإجرامي من خلال الخضوع للعقوبة المنصوص عليها في القانون الجنائي الدولي، والمسؤولية الدولية الجنائية الفردية هي التي تنشأ على أكتاف ممثلي الدولة كرئيس الدولة أو القائد العسكري، أو سياسيين يرتكبون جرائمهم باسم الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون الدولي، بمجرد أن يرتكب الأشخاص جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، يصبحون مسؤولين عنها بصفتهم الشخصية ويخضعون للعقاب ولكن من المتصور عملياً أن المسؤولية الجنائية للفرد تقوم بجانب المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار التي تلحق بالآخرين نتيجة تصرفات المسؤولين في الدولة، ويترتب على استخدام الأسلحة غير التقليدية والمحظورة دولياً عواقب يتحملها الفرد الطبيعي الذي ارتكبها وهو على دراية كاملة بطبيعة الفعل المرتكب، وكذلك العقوبة التي تحدد نتيجة ذلك الفعل (2).

عملاً بمبدأ المسؤولية الدولية الجنائية الفردية للقادة والرؤساء عن جرائم مرؤوسهم في نص المادة (25) تبرز المسؤولية الجنائية الدولية الفردية في مواجهة هؤلاء القادة عن تلك الأفعال التي ارتكبت تنفيذاً لأوامرهم وشكلت جرائم دولية، وقد بيّنت المادة (28) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الأحكام المتعلقة بمسؤولية القادة العسكريين ورئيس الدولة:

أولاً: مسؤولية القادة العسكريين

نصت المادة (28) الفقرة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على " مسؤولية القادة العسكريين أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري مسؤولاً مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليين، أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليين، حسب الحالة نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة.

(1) عبد الحميد، أنور قحطان. مسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام الأسلحة غير التقليدية. رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد، العراق

(2018) ص 95

(2) المعمري، مدهش محمد. المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن الجرائم ضد الإنسانية: المكتب الجامعي الحديث. مصر، الاسكندرية (2014)

ص 394_395.

• إذا كان ذلك القائد العسكري أو الشخص قد علم، أو يفترض أن يكون قد علم بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين، بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم.

• إذا لم يتخذ ذلك القائد العسكري أو الشخص جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة "

نستنتج من هذا أن نص المادة (28/أ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة يتعلق بمسؤولية القائد العسكري عن الجرائم التي ارتكبها مرؤوسه، وأن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة وارتكبها المرؤوس نتيجة عدم ممارسة القائد العسكري أو القائم بأعمال القائد العسكري لسيطرته على هذه القوات بممارسة سليمة، وبالتالي نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على وجود علاقة سببية بين ارتكاب جرائم من قبل المرؤوس وفشل القائد في ممارسة سلطته.

القائد العسكري مسؤول شخصياً عن أفعاله، ويُسأل مسؤولية تبعية عن أعمال مرؤوسيه وهكذا، فإن المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة قد تضمنت أن القادة لا يتهربون من المسؤولية الدولية المباشرة وغير المباشرة⁽¹⁾.

ثانياً: مسؤولية رئيس الدولة (الرئيس المدني):

أقر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مسؤولية الرئيس المدني في نص المادة (28/ب) فيما يتصل بعلاقة الرئيس والمرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة (أ)، يُسأل الرئيس جنائياً عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتبكة من جانب مرؤوسين يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليتين، نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة.

الحالات التي يتولاها النظام الأساسي لإثبات المسؤولية الجنائية للرئيس:

• إن كان يعرف بالفعل ومن تلقاء نفسه تجاهل المعلومات التي تؤكد بوضوح أن مرؤوسيه قد ارتكبوا أو كانوا على وشك ارتكاب جرائم تدخل في اختصاص المحكمة وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية الرئيس حتى لو كان مرؤوسه لم يرتكبوا الجرائم التي ارتكبوها لاحقاً لكنه تجاهل عن عمد المعلومات التي وصلت إليه في هذا الخصوص وفي هذا الصدد، لم يتم اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة في هذا الشأن لمنع ارتكاب هذه الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة.

• يتم تحديد مسؤولية الرئيس عن تصرفات مرؤوسيه عندما تتدرج الجرائم التي يرتكبها المرؤوسون في إطار الأنشطة المتعلقة بالمسؤولية والسيطرة الفعالة على الرئيس.

ترى الباحثة أنه يؤخذ على المادة (28/ب) من النظام الأساسي أن هؤلاء القادة والرؤساء يستطيعون التهرب من المسؤولية باتخاذ كافة الوسائل التي تمكنهم من إنكار المعرفة أو التجاهل أو بتقديم الدليل على اتخاذ الإجراءات اللازمة والمعقولة نتيجة عدم تحديد طريقة الإجراءات فيها وفق الفقرة (ب) من نص المادة التي تفتح ثغرة أمام الرؤساء والقادة للتصل من مسؤولياتهم، ولم يتم تحديد الجهة التي تقرر هذا الأمر.

(1) المادة 28 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998م

وخلص القول إن مبدأ المسؤولية الدولية للقادة والرؤساء في النزاعات المسلحة الدولية قد تم تنفيذه، وإدراكاً من المجتمع الدولي للمسؤولية الدولية، أدرج هذا المبدأ في نصوص البروتوكول الأول لعام 1977 م الذي أضيف إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 م، وتأكيداً لأطراف النزاع المسلح على ضرورة تنبيه القادة والرؤساء، وتوجيههم للوفاء بالتزاماتهم لمنع أو قمع مرؤوسيه عند انتهاك القانون الإنساني الدولي واستخدام الأسلحة غير التقليدية.

الخاتمة

استخدام الأسلحة غير التقليدية بمختلف أنواعها في النزاعات المسلحة مثير للجدل إلى حد كبير، خاصة مع وجود قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني، وتنظيم المجتمع الدولي لهذا الاستخدام من خلال الاتفاقيات الدولية والمسؤولية الجنائية الدولية والمدنية التي تقع على عاتق مستخدمي الأسلحة غير التقليدية. وبناء عليه توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات ومنها:

أولاً: النتائج

- نص نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على العديد من العقوبات لمرتكبي الجرائم، مثل السجن، لكنه لم ينص على عقوبة الإعدام، التي تعتبر من أشد العقوبات الرادعة ضد أي شخص يحاول استخدام الأسلحة غير التقليدية، خاصة عند ارتكاب جرائم حرب، وجريمة إبادة جماعية، لأنها من أشد الجرائم خطورة.
- لم ينص نظام روما الأساسي على مصادرة الوسائل التي ارتكبت بها الجريمة، وهي أسلحة غير تقليدية، بل نص على معاقبة الجناة دون مصادرة الأسلحة، وهذا يشكل تهديداً باستخدام الأسلحة غير التقليدية مرة أخرى.

ثانياً: التوصيات

- تتمنى الباحثة من المشرع الدولي تعديل نص المادة 8 المتعلق بجرائم الحرب في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، من خلال الإشارة صراحة إلى استخدام الأسلحة غير التقليدية مثل الأسلحة النووية واليورانيوم والأسلحة الكيميائية والبيولوجية في النزاعات المسلحة الدولية.
- نتمنى من جميع دول العالم أن تدعم وتشجع المبادرات الدولية الهادفة إلى منع استخدام الأسلحة غير التقليدية والقضاء عليها، بما في ذلك مبادرات لإنشاء مناطق خالية من الأسلحة، في دول الشرق الأوسط التي تكثر فيها النزاعات المسلحة سواء الدولية أو غير الدولية، وزيادة الوعي العام بأضرار الأسلحة غير التقليدية وآثارها على البيئة والحياة والكوكب.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- أبو عطية، السيد. الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق: مؤسسة الثقافة الجامعية مصر، الإسكندرية (2001).
- البلوشي، عمر بن عبد الله. مشروعية أسلحة الدمار الشامل وفقاً لقواعد القانون الدولي: منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان، بيروت (2007).
- الشاذلي، فتوح عبد الله. المسؤولية الجنائية: دار المطبوعات الجامعية. مصر، الإسكندرية (2020)
- العليمات، نايف حامد جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية: دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن، عمان (2007).
- العنبيكي، نزار. القانون الدولي الإنساني: دار وائل. عمان. الأردن (2010).
- محمد، يوسف اببكر. محاكمة مجرمي الحرب أمام المحاكم الجنائية الدولية: دار الكتب القانونية مصر، القاهرة (2011).

ثانياً: الرسائل الجامعية

- الخور، سائد مصباح. المسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام الأسلحة المحرمة دولياً رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين (2019).
- تيم، قصي مصطفى. مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين (2010).
- عبد الحميد، أنور قحطان. مسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام الأسلحة غير التقليدية. رسالة ماجستير، جامعة النهريين، بغداد، العراق (2018).

ثالثاً: الدوريات

- العيفاوي، صبرينة. المسؤولية الجنائية الدولية وفقاً لنظام روما الأساسي. مجلة القانون والعلوم السياسية. العدد الأول (221)، سنة النشر 2015.
- المحنة، عبد المحسن. المسؤولية الدولية عن التعويض في القانون الدولي الإنساني. مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، العدد 2، المجلد (3)، سنة النشر 2021.
- عطايا، أحمد سليم. المسؤولية الدولية لإسرائيل عن جرائمها في غزة وفقاً لتقرير جولدستون، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2 (62) سنة النشر 2020م.
- علي، أحمد سي. المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الناجمة عن العدوان على غزة، مجلة الفكر العدد 1 المجلد (5)، سنة النشر 2010.
- عبد المحمود، عباس. المحكمة الجنائية الدولية. الفكر الشرطي، العدد 2، المجلد (20)، سنة النشر 2011.

رابعاً: الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

- اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949.
- الملحق البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أغسطس 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.
- ميثاق نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998.
- القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية.

خامساً: الكتب الأجنبية:

- William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University (2007).

دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية

عمر عودة عايد الغيبين *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.07](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.07)

تاريخ استلام البحث 2022/10/26.

تاريخ قبول البحث 2023/02/22.

* دائرة قاضي القضاة ، الاردن.

* للمراسلة: dr.omargubain@yahoo.com

الملخص

إن الطلاق وإن كان يملكه الزوج إلا أنه مقيد بعدم الإضرار بزوجته، وأن لا يكون إلا لسبب معقول؛ حتى لا يتعسف في استعمال حقه، فإن تعسف في استعمال حقه فإن قانون الأحوال الشخصية الأردني أوجب تعويضاً على الزوج يدفعه حسب حاله دفعة واحدة أو مقسطاً على أشهر، وفي هذا الصدد طرأت مسألة لم يتطرق إليها الفقهاء من قبل وهي: هل زواج المطلق تعسفاً من مطلقته بعقد ومهر جديدين يرفع هذا التعسف، ويصلح دعواً في هذه الدعوى أم لا؟ فجاءت المحكمة العليا الشرعية بالقول الفصل في هذه المسألة بأن العقد عليها من جديد لا يرفع التعسف من الطلاق السابق. وخلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج من أهمها أن مجرد وقوع الطلاق التعسفي من الزوج لا يعد تعسفاً؛ لوجود دفع عند الزوج تتمثل في وجود أسباب لطلاقه زوجته، وأن عقد الزواج الجديد بعد الطلاق التعسفي لا يرفع الضرر الناشئ عن هذا الطلاق.

الكلمات الدالة: الطلاق التعسفي، التعويض عن الطلاق التعسفي، رفع التعسف بالعقد على المطلقة تعسفاً.

Compensation Lawsuit for Arbitrary Divorce and its Arrangement in the Jordanian Sharia Courts

Omar Odeh Ayed Algauben *

* Chief Justice Department, Jordan.

* Crossponding author: dr.omargubain@yahoo.com

Received: 26/10/2022.

Accepted: 22/02/2023.

Abstract

Although divorce is initiated by the husband, however, it is constrained by not harming one's wife, and that it has a justified reason. So that the husband does not abuse his right, and if he does, then the Jordanian Personal Status Law requires compensation from the husband to the wife; which can be paid fully or in instalments, depending on his financial status. With a new contract and dowry, this arbitrariness is removed, and a valid defense in this lawsuit, or not? The Sharia Supreme Court came to the final say in this matter that the wife's marriage with a new contract, does not eliminate the arbitrariness of the previous divorce. This study concluded with several results, the most important of which is that the mere occurrence of arbitrary divorce from the husband is not considered arbitrary; Because of the existing reasons for his divorce from his wife, and that the new marriage contract after an arbitrary divorce does not remove the damage arising from this divorce.

Keywords: Arbitrary divorce, Compensation for arbitrary divorce, Lifting the arbitrariness of the contract on the arbitrarily divorced woman.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين، وبعد، يقول تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، فقد بين سبحانه وتعالى الطلاق في محكم تنزيله، وأن الطلاق مقيد بثلاث طلاقات، وإن الأصل في الطلاق الحظر إلا أن الطلاق تتردد فيه الأحكام التكليفية الخمسة، وإن عقد الزواج وإن كان ميثاقاً غليظاً إلا أن هنالك ظروف تقع على الأزواج تجبرهم على إنهائه بالطلاق، ولكن الطلاق وإن كان بيد الزوج يوقعه بإرادته المنفردة إلا أن هذه الإرادة مقيدة بعدم التعسف في استعمال الحق، فالزوج أمامه خيارات عديدة لإيقاعه من خلال رفع دعوى الشقاق والنزاع أو الاتفاق مع الزوجة على الطلاق مقابل الإبراء العام.

والطلاق إذا وقع بائناً من الزوج سواء أكان قبل الدخول والخلو أو قبل الدخول وبعد الخلو أو كان رجعيّاً آل إلى بائن بينونة صغرى أو طلاقاً بائناً بينونة كبرى بدون حضور الزوجة فإن هذا الطلاق يكون تعسفاً إذا عجز الزوج عن إثبات وجود أسباب معقولة للطلاق، وهذا التعسف يستوجب تعويضاً لجبر الضرر الذي وقع على الزوجة، وفيه حكمة بالغة تتمثل في تعويضها عما فاتتها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج، ناهيك عن حرمانها من إعالة الزوج لها وإنفاقه عليها وانكسار قلبها.

الدراسات السابقة:

إن هذا الموضوع كتب فيه كثير من الباحثين المعاصرين ومن هذه الدراسات:

(1) "الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني"، ساجدة عفيف "محمد رشيد" عتيلي، رسالة ماجستير، إشراف د.ناصر الدين الشاعر، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس، 2011م.

والباحثة في رسالتها لم تتطرق لمسألة تشكيل دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي والدفع فيها، وهذا ما تناولته في بحثي هذا وخصوصاً التطبيق القضائي في هذه الدعوى من بدايتها وحتى نهايتها، بالإضافة إلى تناول موضوع في غاية الأهمية يتمثل في أن المطلق تعسفاً عند إعادة مطلته إلى ذمته بعقد ومهر جديدين هل يرفع التعسف الذي أوقعه عليها أم لا؟

(2) "الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية" دراسة فقهية مقارنة، أحمد عادل علي العازمي، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، عدد 4، ملحق 4، 2018، الجامعة الأردنية.

وقد تطرق فيه الباحث لمفهوم الطلاق التعسفي ومعاييره وأسبابه وأبرز صوره، وذكر إجراءات الدعوى باختصار وبعض الدفع فيها، ولكن لم يفصل القول في إجراءات هذه الدعوى، ولم يتطرق إلى أنواع الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً، ولم يتطرق لمسألة رفع التعسف بالعقد على المطلقة من جديد من مطلقها، وهذا ما تناولته في بحثي وخصوصاً التطبيق القضائي في هذه الدعوى من بدايتها حتى نهايتها.

(3) "إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي: دراسة مقارنة" بسما حسين لافي الإبراهيم، رسالة ماجستير، إشراف د. محمد علي صالح السميان المسعودي، كلية الدراسات العليا في جامعة آل البيت، كلية الشريعة، الأردن، 2009م.

وقد تناولت الباحثة في أطروحتها هذه الطلاق: مفهومه وحكمه ومشروعيته وأنواعه وأسبابه والتأصيل الفقهي له، ودعوى الطلاق التعسفي، والتدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، والآثار المترتبة على الطلاق التعسفي، ولم تتطرق فيه الباحثة لأنواع الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً عند إيقاعه، وكذلك لم تتوسع في الدفع الواردة على هذه الدعوى، ولم تتطرق لمسألة رفع التعسف بالعقد على المطلقة من جديد من مطلقها، وهذا ما تناولته في بحثي هذا.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في النقاط الآتية:

1. هل هناك علاقة بين التعويض والمتعة؟
2. ما هي أنواع الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً؟
3. هل يثبت الطلاق التعسفي بمجرد وقوعه بالإرادة المنفردة من قبل الزوج؟ أم أن عبء الإثبات يقع على الزوج في إثبات وجود التعسف في الطلاق؟
4. هل عقد المطلق تعسفاً على مطلقة بعد طلاقه لها بعقد ومهر جديدين يصلح أن يكون دعواً في دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي ويكون رافعاً للضرر الذي لحق بها؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في النقاط الآتية:

1. بيان العلاقة بين التعويض والمتعة، التي تتمثل في أن التعويض هو إمتاع للمطلقة وتعويضها عما فاتها من الطمأنينة على نظام حياتها وعن حرمانها من إعالة زوجها لها وإنفاقه عليها وانكسار قلبها.
2. بيان هل العقد على المطلقة تعسفاً بعقد ومهر جديدين يجبر الضرر الذي لحق بها أم لا من طلاق الزوج لها تعسفاً؟
3. إثراء المكتبة الفقهية والقانونية بدراسة مستقلة مفصلة عن دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي، مع بيان المبدأ العام الذي قرره المحكمة العليا الشرعية.
4. إفادة العاملين في السلك القضائي الشرعي من قضاة شرعيين ومعاونين ومحامين.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النظام القانوني لدعوى التعويض عن الطلاق التعسفي من بدايتها إلى نهايتها، بالإضافة إلى بيان مسألة في غاية الأهمية تتمثل في أن المطلق تعسفاً عند إعادة مطلقة إلى ذمته بعقد ومهر جديدين هل يرفع التعسف الذي أوقعه عليها أم لا؟ وهي تعالج قضية في غاية الأهمية منتشرة في مجتمعاتنا ويقع فيها الكثير من الأزواج الذين يجهلون ما يترتب عليهم من نتائج قانونية جراء إيقاعهم الطلاق بإرادتهم المنفردة. وإن الباحث تناول هذا الموضوع من خلال وضعه خطة؛ ليتناول الموضوع من جميع جوانبه على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي

ويتضمن التعريف بمصطلحات الدراسة، وقد قسمته إلى خمسة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الدعوى لغة واصطلاحاً

إن الإنسان يحتاج للعيش مع إنسان مثله، بغية تكوين جماعات، تصبح بينها علاقات اجتماعية وإنسانية وثقافية واقتصادية، ومن الطبيعي أن يكون بينها معاملات في جميع مجالات الحياة منها المادية ومنها المعنوية، وكذلك تكون بينها عقود واتفاقيات تثبت لكل ذي حق حقه، ويصبح بينهم الاتفاق والاختلاف؛ لأنهم بشر يخطؤون ويصيبون، فإذا ضاع حق أحدهم فإنه لا يأخذه بالقوة؛ لأن حياتنا ليست شريعة غاب، بل يلجأ الناس إلى المحاكم؛ لفض المنازعات ودحر الخلافات، والحصول على الحقوق، ولا يكون ذلك إلا بدعوى أمام القاضي المختص، فما هي الدعوى لغة واصطلاحاً؟

الدعوى لغة: اسم لما يدعيه المرء، يقال: ادعى، يدعي، ادعاء ودعوى، وتجمع على دعاوى⁽¹⁾.

وتطلق في اللغة على معانٍ كثيرة منها:

- الزعم والإضافة، يقال: ادعيت الشيء: أي زعمته لي، حقاً كان أو باطلاً، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا رَأَوْهُ زُلْفَةً سَيِّئَتْ وُجُوهُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدَّعُونَ ﴾ [الملك: 27].⁽²⁾
- إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً سواء أكان ملكاً أم استحقاقاً⁽³⁾.

فنلاحظ من خلال هذه المعاني اللغوية أن الدعوى تدور حول معنيين هما: الطلب والإضافة؛ لأن الادعاء من شخص إما أن يكون طلباً لحق له على غيره أو إضافة حق له بدفع عن حق نفسه.

أما الدعوى اصطلاحاً فقد عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة منها:

- عند الحنفية: "الدعوى: قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفسه"⁽⁴⁾.
- تعريف مجلة الأحكام العدلية: "الدعوى: طلب واحد حقه من آخر في حضور الحاكم"⁽⁵⁾.
- تعريف الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين: "الدعوى: قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حقاً له أو لمن يمثله أو حمايته"⁽⁶⁾.

يلاحظ من خلال هذه التعريفات أن هنالك معانٍ تدور حولها الدعوى وهي: الطلب أو القول أو الإخبار، ويرى الباحث ترجيح تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين؛ وذلك لأنه قيدها بمجلس القضاء، وعبر عنها بالقول أو ما يقوم مقامه كالإشارة أو الكتابة للعاجز عن القول، فيدخل في هذا التعريف جميع ما يتعلق بالدعوى من حيث مكان إقامتها، وممن ترفع، ونوع الدعوى، فهو تعريف جامع كما ذكرت آنفاً ومانع من حيث أن كل طلب للحق خارج مجلس القضاء لا يعتد به، وكذلك كل طلب للحق يكذبه ظاهر الحال أو يكون مستحيلاً، كمن يدعي أن فلاناً البالغ من العمر خمسة وعشرين عاماً هو أبوه نسباً وكان المدعي يصغره بالسن مثلاً فلا يعتد به أيضاً.

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم، 711هـ، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1956م، ج14، ص257.

(2) ابن منظور، محمد بن مكرم، مرجع سابق، ج14، ص257.

(3) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دار النفائس، عمان، 2000م، ص77.

(4) الموصلي، عبدالله بن محمود، 683هـ، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص109.

(5) المادة 1613 من مجلة الأحكام العدلية.

(6) ياسين، محمد نعيم، مرجع سابق، ص83.

المطلب الثاني: تعريف التعويض لغة واصطلاحاً وعلاقته بالمتعة

التعويض لغة: إن لفظ التعويض مأخوذ من الفعل عَوَّضَ، يقال: عَوَّضَ الشيء عن فلان أي أعطاه عوضاً أي بدلاً أو خلفاً، ويقال: تَعَوَّضَ منه: أي أخذ العوض، واعتاض فلاناً أي: سأله العوض، واعتاض منه أي أخذ العوض⁽¹⁾.

والعوض: البديل، جمع أعواض، عاضه منه وبه، والعوض: مصدر قولك عاضه عوضاً وعياضاً ومعوضة وعوضه وأعاضه وعأوضه، والاسم: المعوضة⁽²⁾.

فمن خلال التعريف اللغوي للتعويض نجد أنه يدور حول معنيين وهما: أخذ العوض والبديل.

أما التعويض اصطلاحاً:

"هو المال الذي يُحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف"⁽³⁾.

فالتعويض من خلال هذا التعريف يدل دلالة واضحة على العوض الذي يُدفع عند نشوء الضرر الذي ألحق بالمدفوع له وهو في بحثنا هذا يختص بالتعويض عن الطلاق التعسفي الذي يوقعه الزوج على زوجته دون مبرر شرعي أو معقول، فإنه يجب على المطلق أن يدفع تعويضاً عن هذا الضرر؛ لأنه متعسف في استعمال حقه الذي منحه له الشارع جل في علاه، وهذا التعويض منشؤه المتعة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236].

جاء في تفسير ابن كثير: "أباح الله سبحانه وتعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها، قال ابن عباس وطاوس وإبراهيم والحسن البصري: المس: النكاح، بل يجوز أن يطلقها قبل الدخول بها والفرض لها إن كانت مفوضة، وإن كان في هذا انكسار لقلبها، ولهذا أمر الله تعالى بإمتاعها وهو تعويضها عما فاتها بشيء تُعطاه من زوجها بحسب حاله على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"⁽⁴⁾.

فمن خلال تفسير هذه الآية نجد أن سبب التعويض هو لانكسار قلب المطلقة، فيدفع لها التعويض إمتاعاً لها عما فاتها، فيكون جبراً للضرر الواقع عليها، لذلك نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019 على هذا التعويض ويكون حسب حال الزوج عسراً أو يسراً، وقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني أن المشرع أخذ بمبدأ التعويض على المرأة في حال الطلاق التعسفي عن استحباب المتعة للمطلقة، وإن للحاكم أن يأمر بالمندوب أو المباح إن كانت فيه مصلحة شرعية⁽⁵⁾.

(1) معلوف، لويس، المنجد في اللغة والأعلام، ط26، دار المشرق، بيروت، 1986ص 538.

(2) ابن منظور، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص55، مادة عوض.

(3) حمودة، ليلي، المسؤولية الدولية في حالة الأضرار التي تلحق الأجانب، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية، 1977، ص131.

(4) ابن كثير، أبي الفداء إسماعيل بن عمر، 774هـ، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، 2011م، ج1، ص645.

(5) داود، أحمد محمد علي، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2011، ج1، ص211.

ويعلل بعض الفقهاء تشريع المتعة بأنها تعويض مالي واجب لها في مقابل اختصاص الرجل بإيقاع الطلاق، فهي تعويض عما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج حيث يطلقها بإرادته المنفردة⁽¹⁾، أضيف إلى ذلك أن المطلقة قد حرمت من إعالة زوجها لها وإنفاقه عليها⁽²⁾.

المطلب الثالث: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً

الطلاق لغةً: طلق: الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد وهو يدل على التخلية والإرسال، وامرأة طالق: طلقها زوجها⁽³⁾.

فالمعنى اللغوي للطلاق يتمثل في تخلي الزوج عن زوجته.

الطلاق اصطلاحاً: عرفه الفقهاء بتعريفات عدة نذكر منها:

- تعريف الحنفية: "رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص"⁽⁴⁾.
- تعريف المالكية: "صفة حكومية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه موجباً تكررها مرتين زيادة على الأولى بالتحريم"⁽⁵⁾.
- تعريف الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽⁶⁾.
- تعريف الحنابلة: "حل قيد النكاح"⁽⁷⁾.

نجد أن هذه التعريفات متقاربة في المعنى، وهي تدل دلالة واضحة على أن الطلاق: "هو تخلية الزوج سبيل زوجته بلفظ الطلاق الصريح أو الكنائي"، فهذا تعريف مستخلص من هذه التعريفات للباحث.

المطلب الرابع: تعريف التعسف لغة واصطلاحاً

التعسف لغة⁽⁸⁾: العين والسين والفاء أحرف تتقارب لا تدل على الخير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة، والتعسف: ركوب الأمر من غير تدبير.

التعسف اصطلاحاً: عرفه الدكتور فتحي الدريني بقوله:

"هو أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع"⁽⁹⁾.

إن هذا التعريف ضبط فيه صاحبه مسألة التعسف في قاعدة مفادها: على الرغم من الحق الخالص للفرد في التصرف في مجال معين إلا أن ذلك مقيد بعدم المضارة بالآخرين فنتتهي حريتك عندما تبدأ حرية الآخرين.

(1) عتيلي، ساجدة عفيف "محمد رشيد"، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011م، ص139.

(2) ينظر: قسطاس، قرار المحكمة العليا الشرعية، رقم 27 لسنة 2019 تاريخ 2019/6/18.

(3) ابن فارس، أبي الحسن أحمد، 395هـ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م، ج3، ص420-421.

(4) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، 861هـ، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج3، ص325.

(5) عليش، الشيخ محمد، 1299هـ، منح الجليل على مختصر خليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، ج4، ص18.

(6) الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، 977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ج3، ص368.

(7) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، 620هـ، المغني، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ج10، ص323.

(8) ابن فارس، أحمد، مرجع سابق، ج6، ص311.

(9) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2008، ص53.

المطلب الخامس: تعريف الطلاق التعسفي وماهيته

بعد هذا العرض الموجز لتعريف الطلاق والتعسف من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وحيث إن هذا المبحث تمهيدي فيجب أن نصل فيه إلى مرادنا من هذا البحث وهو تعريف الطلاق التعسفي كمركب اصطلاحى وماهيته؛ حتى يتبين للقارئ لماذا شرع التعويض عن الطلاق التعسفي، وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (155) منه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول"، فالظاهر من النص أن الطلاق التعسفي هو: طلاق الزوج زوجته لغير سبب معقول.

فالطلاق التعسفي بهذا الاصطلاح أمر مستجد لم يذكره الفقهاء قديماً في كتبهم؛ وإنما ذكره بمصطلحات أخرى كالطلاق الحرام والطلاق المكروه، فهذا المصطلح نشأ مع نشأة نظرية التعسف، إلا أن هنالك تعريف معاصر للأستاذ الدكتور محمد بني سلامة حيث عرف الطلاق التعسفي بقوله: "هو أن يطلق الزوج زوجته بدون سبب أو مبرر شرعي"⁽¹⁾.

والمتمعن في تعريف القانون للطلاق التعسفي يجد أنه لم يقيد الطلاق التعسفي بإلحاق الضرر بالمطلقة، بل اكتفى بإيقاع الطلاق من الزوج على زوجته لغير سبب معقول، والحكمة من ذلك حتى يستطيع القضاء بيان ما إذا لحق بالزوجة ضرر أم لا، فالزوج قد تكون عنده الدفوع الكافية التي تثبت عدم تعسفه في طلاقها كأن طلقها لسبب مشروع، أو أنها هي من طلبت الطلاق منه إلى غير ذلك من الدفوع.

فماهيّة الطلاق التعسفي تتحدد في أمرين: الأول: شكلي، والثاني: موضوعي.

أما الأمر الشكلي فهو مرتبط بالأمر الموضوعي، فلا يثبت التعسف عند الطلاق بمجرد إيقاعه على الزوجة بشتى الصور، بل لا بد من البحث في الجانب الموضوعي ألا وهو: ما هو السبب الذي دفع الزوج إلى طلاق زوجته؟ فالماهيّة هذه تجعلنا أمام تحقيق للعدل بين الزوجين، فلا تؤخذ الأمور بظاهرها بل بحقيقتها وكنهها، وحتى نبحر في ماهية الطلاق التعسفي لا بد من بيان نوع الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً عند إيقاعه وهو ما نشرع به في المبحث الأول إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول

أنواع الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً

إن هذا المبحث يتناول الحديث عن نوع الطلاق الذي يكون مسوغاً لرفع المطلقة دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة دون اللجوء لرفع دعوى التفريق التي جعلها القانون حقا له كدعوى التفريق للشقاق والنزاع أو دعوى التفريق للعيب، ودون اللجوء إلى الطلاق البائن مقابل الإبراء، وقد قسمته إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: الطلاق الرجعي الذي آل إلى بائن بينونة صغرى بانتهاء العدة دون حضور الزوجة

من المعلوم بالدين من الضرورة أن الطلاق هو حق للزوج يوقعه على زوجته ثلاث مرات متفرقات بنص القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: 229].

(1) بني سلامة، أ.د محمد خلف، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، ط4، دار وائل للنشر، الأردن، 2022، ص 412، وعتيلى، ساجدة، مرجع سابق، ص 39.

جاء في تفسيره هذه الآية: جعل الله تعالى الطلاق مقصوراً على ثلاث طلاقات وأباح الرجعة في المرة والثنتين وأبانها بالكلية في الثالثة⁽¹⁾.

وهذا النوع من الطلاق يكون في الطلاق الرجعي الأول والثاني الذي يؤول إلى بائن بينونة صغرى بانتهاء العدة دون أن يرجع الزوج زوجته إلى ذمته، وهذا إما أن يكون بموجب فتوى صادرة عن دائرة الإفتاء، أو يكون بحضور الزوج إلى المحكمة الشرعية الابتدائية ويوقعه بموجب حجة في محكمة التوثيق الشرعية الابتدائية تسمى حجة طلاق رجعي، فالأول يجب أن يقوم الزوج بتثبيتها في محكمة التوثيق الشرعية بموجب حجة تثبيت طلاقة رجعية وتنتهي العدة دون إرجاعها أو أن ينتظر انتهاء العدة ويقدم طلباً للمحكمة الشرعية لتثبيت طلاقة رجعية آلت إلى بائن بينونة صغرى، والثانية يقدم طلباً بموجب حجة لإيقاع الطلاق وينتظر حتى تنتهي عدتها، ولا يرجعها إلى عصمته، ثم يقدم طلباً للحصول على حجة إقرار بعدم حصول الرجعة فتؤول إلى بائن بينونة صغرى، أو تقوم الزوجة برفع دعوى إثبات طلاق لدى محكمة القضايا الشرعية الابتدائية في حال تلفظ عليها بالطلاق ولم يراجع في ذلك دائرة الإفتاء العام أو المحكمة الشرعية فيصدر الحكم القضائي بإثبات طلاقة رجعية أو طلاقة رجعية آلت إلى بائن بينونة صغرى في الطلاق الرجعي الأول أو الثاني، وهذه الحجة أو إعلام الحكم هو المسوغ الشرعي والقانوني لقيام الزوجة برفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي.

والزوج إذا انتهت عدة زوجته دون إرجاعها إلى عصمته وعقد نكاحه يجب عليه مراجعة المحكمة الشرعية لعمل حجة إقرار بعدم وجود رجعة، أما الزوجة فتقدم استعاءً منظماً حسب الأصول تطلب فيه الحصول على مشروحات بعدم وجود حجة رجعة.

المطلب الثاني: الطلاق الغيابي البائن بينونة صغرى قبل الدخول والخلوة

إن ما يقال في مسألة الطلاق الرجعي من إجراءات يقال هنا، إلا أن هنالك فرقا شاسعا في انتهاء العدة، ففي حالة الطلاق قبل الدخول والخلوة فإن الزوجة تنتهي عدتها في الحال دون وجود عدة شرعية، وبمجرد إيقاعه سواء في دائرة الإفتاء العام أو أمام القاضي الشرعي المختص في محاكم التوثيق الشرعية فإن ذلك مسوغ شرعي وقانوني لقيام الزوجة برفع دعوى تعويض عن الطلاق التعسفي إذا كان الطلاق قد وقع فعلاً.

المطلب الثالث: الطلاق الغيابي البائن بينونة صغرى قبل الدخول وبعد الخلوة

إن هذا النوع من الطلاق يختلف عن النوع السابق في أنه يعامل معاملة الطلاق البائن بعد الدخول من حيث وجود العدة الشرعية وثبوت المهرين المعجل والمؤجل وهذا لسنا بصدد التوسع فيه، وهذا النوع ينهي الزوجية في الحال، وهذا النوع مسوغ شرعي وقانوني لقيام الزوجة برفع دعوى تعويض عن الطلاق التعسفي.

(1) ابن كثير، أبي الفداء إسماعيل، مرجع سابق، ج1، ص614.

المطلب الرابع: الطلاق الغيابي البائن بينونة كبرى

وهذا النوع من الطلاق يكون مسبقاً بطلقة رجعية أولى ورجعة وطلقة رجعية ثانية ورجعة، سواء أكانت الرجعة بالقول أم بالفعل خلال العدة الشرعية أم كانت الرجعة بعقد ومهر جديدين، وهذان الطلاقان يجب أن يتحقق من صحتها القاضي الشرعي المختص عند تقديم الزوج معاملة يطلب فيها الطلاق الغيابي البائن بينونة كبرى⁽¹⁾. ووقوع هذا الطلاق من الزوج يعتبر مسوغاً شرعياً وقانونياً لمطالبة الزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي. وبعد هذا العرض الموجز لأنواع الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً لا بد من التنويه إلى أن جميع هذه الحالات كما أنها تثبت مباشرة بحضور الزوج إلى المحكمة الشرعية، فهي تثبت أيضاً إذا صدرت من دائرة الإفتاء العام حين تلفظ الزوج على زوجته بالطلاق طالما أنه لم يصدر إعلام حكم بإبطال هذه الطلقات، فالمسوغ الشرعي والقانوني في رفع الزوجة دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي ثبوت هذه الأنواع من الطلقات، فكيف ترفع المطلقة تعسفاً هذه الدعوى؟ وما هي إجراءاتها؟ هذا ما سأبينه في المبحث القادم بإذن الله عز وجل.

المبحث الثاني

إجراءات دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: المستند القانوني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة (2019) في المادة (155) على ما يلي: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً ويُدفع جملة إذا كان الزوج موسراً وأقساطاً إذا كان معسراً ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى". إن المتمتع في هذا النص القانوني يجد أنه قيد الطلاق التعسفي بالطلاق لغير سبب معقول، وهذا فيه جهالة تحتاج إلى توضيح من خلال قرارات محاكم البداية الشرعية أو قرارات محاكم الاستئناف الشرعية أو قرارات المحكمة العليا الشرعية؛ حتى لا يتعارض ذلك مع الغرض الأساسي للقانون والمتمثل في التعبير عن إرادة المشرع⁽²⁾.

المطلب الثاني: لائحة الدعوى

بداية يجب أن تتضمن لائحة الادعاء بعد ذكر اسم المحكمة المختصة واسم الفرقة وعنوانهم وإن كان يوجد لهم وكلاء التوضيح الآتي: "إن المدعى عليه فلان المذكور كان زوج المدعية الداخل بها بصحيح العقد الشرعي بموجب عقد الزواج رقم (....) تاريخ (..../../.) الصادر من محكمة (....)، وقد طلق المدعية طلقة رجعية أولى غيابية بتاريخ (....) بموجب حجة الطلاق الرجعي رقم (....) تاريخ (..../../.) الصادر من محكمة (....)، وقد انقضت عدة المدعية بطرقها الحيض ثلاث مرات وأصبحت بائنة بينونة صغرى بتاريخ (....) وإن طلاقه للمدعية كان تعسفاً دون سبب معقول، ولم يتم الطلاق بعلمي ولم أطلق الطلاق منه وإنني لست ناشزة.

(1) داود، أحمد محمد علي، الصكوك والتوثيق في المحاكم الشرعية، دار الثقافة، عمان، 2010م، ج1، ص304.

(2) Haswa، Maher، Igtihad of the Jordanian Saria Judiciary in the Interpretation of Legal Terms An Applied، Arab Law Quarterly brill.com/alq، Study Scopus./ page 2، 2023، 37،

الطلب:

- تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى.
 - ثبوت الحكم على المدعى عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي حسب حاله.
 - تضمينه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة وإجراء الإيجاب الشرعي⁽¹⁾.
- بعد تقديم المظلة لهذه اللائحة أمام المحكمة الشرعية الابتدائية وهي محكمة إقامة المدعى عليه أو محكمة عمان⁽²⁾، توقع من القاضي المختص وترسم بالرسم القانوني وتسجل وتوضع في ملف خاص ويحدد موعد للجلسة الأولى، بالإضافة إلى صدور مذكرات تبليغ لتبليغ المدعى عليه أو وكيله أو من يقوم مقامه موعد جلسة الإصلاح الأسري ومذكرة أخرى لتبليغه موعد أول جلسة قضائية⁽³⁾.

المطلب الثالث: إجراءات المحاكمة

إن الدعوى عندما ترفع على المدعى عليه، ويحدد موعد لنظرها، فإما أن يحضر المدعى عليه أو من ينوب عنه في الموعد المحدد، وإما أن يغيب عنها، وهنا لا بد من التفصيل في هذه المسألة على النحو الآتي:

الفرع الأول: حضور المدعى عليه

فالحضور المعتبر هو الحضور لدى المجلس الشرعي أمام القاضي المختص، فلو حضر المدعى عليه إلى المحكمة ولم يدخل إلى قاعة المحاكمة وفتحت الجلسة دون وجوده وحضوره فإن نظر الدعوى هنا يكون غيابياً لا وجاهياً⁽⁴⁾.

فإذا حضر المدعى عليه الدعوى، فهو بعد سؤاله عن دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي الواضحة المقامة عليه من مطلقته أمام ثلاث حالات:

الحالة الأولى: الإقرار

والإقرار هو: "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر"⁽⁵⁾.

فإذا أقر الزوج أنه طلقها دون أي سبب شرعي أو عقلي، وكان متعمداً طلقها، فهنا إما أن يتم الاتفاق على مقدار التعويض، وإما أن يحصل الاختلاف، فإن حصل الاختلاف فيجب على القاضي أن يعرض على الطرفين المتداعيين انتخاب خبراء من قبلهما أو أن يتركا الأمر للمحكمة، فإذا انتخبوا خبراء من قبلهما تعتمد المحكمة وتبلغ الخبرين ذلك حسب الأصول، فإذا تبلى الخبران وحضرا الجلسة التي تليها فالواجب على القاضي إفهام الخبرين الغاية التي انتخبوا لأجلها وتحليفهما اليمين الشرعية المقررة في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني في المادة (84) ويكون التحليف بصيغة: "أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بصدق وأمانة"، فإذا حلف الخبران توجب الجلسة لإمهالهما للالتقاء مع الطرفين المتداعيين لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

(1) داود، أحمد محمد علي، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ط3، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2011، ج1، ص232.

(2) ينظر: قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (11) لسنة (2016) المادة (3) منه، حيث إن الأصل أن تقام الدعاوى في محكمة إقامة المدعى عليه؛ لأن دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي لم ينص عليها أنها من الاستثناءات في هذه المادة، بالإضافة إلى أنها تقام في محكمة عمان إذا لم يكن للمدعي والمدعى عليه محل إقامة في المملكة.

(3) ينظر: قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (11) لسنة (2016) المواد المتعلقة بالتبليغ من المادة (15) ولغاية المادة (25).

(4) أبو البصل، عبدالناصر، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2005م، ص177.

(5) المادة (1572) من مجلة الأحكام العدلية.

وفي حال لم ينتخب الطرفان المتداعيان خبيرا من قبلهما فإن المحكمة تنتخب خبيرين من قبلها ويجب وصفهم بالثقات والأمناء والعدول والخالين عن الغرض والمصلحة، وتسير المحكمة بالإجراءات كالسابق المذكور آنفاً. وفي حال اتفق الطرفان المتداعيان على مقدار التعويض سجلته المحكمة في المحضر وفصلت فيه، لأن التراضي أولى من التقاضي⁽¹⁾.

والإقرار هنا هو أقوى وسائل ثبوت الدعوى، فأقرار المدعى عليه يؤخذ به ويلزم به المقر⁽²⁾.

الحالة الثانية: الإنكار

وهذه الحالة تكون بمصادقة المدعى عليه على عقد الزواج، وعلى وقوع الطلاق، إلا أنه ينكر أنه كان متعسفاً في طلاقه للمدعية، وهنا يشترط في إنكاره أن يكون صريحاً خالياً من الظن⁽³⁾، فإذا أنكر التعسف صراحة فيجب على القاضي أن يكلف المدعية إثبات دعواها بالبينة الخطية الرسمية والمتمثلة في وثيقة الطلاق، فإن ثبتت الدعوى فإنه يصار إلى انتخاب خبيراً على التفصيل الذي مرّ في الحالة الأولى، ويفصل القاضي في الدعوى ويصدر قراره بمقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

ويقوم مقام الإنكار هنا سكوت المدعى عليه عن الجواب ولم يكن به آفة سماوية تمنعه من الكلام⁽⁴⁾.

الحالة الثالثة: الدفع

ويعرف الدفع بأنه: "دعوى من المدعى عليه يترتب على ثبوته رد دعوى المدعي"⁽⁵⁾.

فالدفع هو جواب الخصم على ما ادعاء خصمه، بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه المدعي بهدف تجنب الحكم عليه في الدعوى المرفوعة أمام القضاء⁽⁶⁾.

والدفع أنواع وهي:

النوع الأول: الدفع الشكلية: وهي الدفع التي يدفع بها المدعى عليه دعوى المدعي دون أن يتصدى للحق المدعى به.

النوع الثاني: الدفع الموضوعية: وهي الدفع التي يدفع بها المدعى عليه دعوى المدعي ويكون متعلقاً بموضوع الدعوى والنزع⁽⁷⁾.

وفي دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي ترد الدفع الآتية:

أولاً: الدفع الشكلية

- "الدفع بعدم الاختصاص المكاني".

حيث إن المدعى عليه يدفع دعوى المدعية طلبها التعويض عن الطلاق التعسفي بعدم الصلاحية المكانية، حيث إن هذه الدعوى يجب أن ترفع في محل إقامة المدعى عليه، فإذا رفعت المدعية دعواها في مكان إقامتها

(1) المادة (84) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (11) لسنة (2016)، داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص232.

(2) داود. أحمد محمد علي، القضاء والدعوى والإثبات والحكم، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2012م، ج1، ص296.

(3) داود، القضاء والدعوى والإثبات والحكم، مرجع سابق، ج1، ص296.

(4) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، www.al-islam.com

(5) أبو البصل، عبد الناصر، مرجع سابق، ص173.

(6) القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، ط1، دار الكرم لل نشر والتوزيع، الأردن، 1988ص257.

(7) أبو البصل، عبد الناصر، مرجع سابق، ص174. والقضاة، مفلح عواد، مرجع سابق، ص258.

فيقدم المدعى عليه دفعه بعدم الصلاحية المكانية، وذلك بإثبات مكان إقامته بالبينة الخطية، وكذلك إثباته أنهما لا يقيمان في الأردن فيثبت أن المحكمة المختصة هي محكمة عمان⁽¹⁾.

ثانياً: الدفع الموضوعية: فهذا للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بالدفع الآتية على سبيل المثال لا الحصر وهي:

(1) الدفع بنشوز الزوجة⁽²⁾.

لقد عرف قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة (2019) النشوز في المادة (62) منه بـ: "الناشز هي: التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر". إن القانون لم يذكر في تعريفه هذا صور النشوز المعروفة التي سأذكرها لاحقاً، بل حصرها في الخروج بنوعين:

الأول: الحقيقي وهو الخروج من بيت الزوجية دون مسوغ.

الثاني: الحكمي وهو منع الزوج من الدخول إلى منزل الزوجية.

علماً بأن هنالك صور أخرى للنشوز منها:

أولاً: الامتناع من الزوجة عن إجابة طلب الزوج الزفاف والانتقال إلى بيت الزوجية، وهذا لا يكون إلا قبل الدخول.

ثانياً: الامتناع من الزوجة عن تمكين من زوجها من الاستمتاع.

وهذه الصورة بالإضافة إلى الصور التي نص عليها القانون لا تكون إلا بعد الدخول⁽³⁾.

ودفع النشوز في دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي دفع مقبول ومسموع قانوناً وتُسأل عنه الزوجة المدعية بعد توضيحه، ولا بد في توضيحه من عناصر أساسية وهي:

(1) أن يكون الزوج قد هياً لزوجته مسكناً شرعياً ويوصف هذا المسكن بأنه في مكان كذا تفصيلاً، ويذكر تفصيلات المسكن الشرعي، وأنه مستوفٍ لجميع اللوازم الشرعية، وأنه محاط بجيران أمينين يغيثونها إذا استغاثت وهم فلان وفلان.

وأن المسكن مأمون عليها، وأنه لا يوجد في عقد الزواج أية شروط تخالف هذا المسكن، وأن هذا المسكن تستطيع معه الزوجة القيام بمصالحها الدينية والدنيوية وأن تأمن فيه على نفسها ومالها⁽⁴⁾.

(2) أن يذكر صراحة بأنه قد أوفاه مهرها المعجل وتوابعه إن كانت موجودة والمسجل لها في قسيمة عقد الزواج رقم (...) تاريخ (.../.../...) الصادر من محكمة كذا⁽⁵⁾.

(3) أن يذكر سبب نشوزها بالصور المذكورة آنفاً جميعها أو بعضها.

فإذا كانت اللائحة الجوابية المقدمة من المدعى عليه على هذه الصورة سئلت عنها المدعية وهنا إما:

(أ) أن تقر بما ذكره المدعى عليه تفصيلاً، وعليه فإن المحكمة تقرر مؤاخذتها بالإقرار، لأن الإقرار سيد الأدلة، وعليه تقرر المحكمة رد دعوى المدعية.

⁽¹⁾ ينظر: المادة (3) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (11) لسنة (2016) على التفصيل الذي مر آنفاً، والمادة (9) منه.

⁽²⁾ العبدالله، فليح محمد، المجالس الشرعية والمبادئ القضائية، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2009م، ج1، ص679. وداود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص212.

⁽³⁾ أبو سيف، مأمون محمد ()، الدفع الموضوعية في دعاوى النفقات، ط3، دار الثقافة، الأردن، عمان، 2011، ص54 - 55.

⁽⁴⁾ ينظر: المواد (72) و(73) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

⁽⁵⁾ ينظر: المادة (27) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

ب) أن تنكر، وعليه يجب على المحكمة أن تكلف المدعى عليه إثبات الدعوى بطرق الإثبات المعتبرة كالبينة الشخصية والخطية، فإذا أثبت المدعى عليه ذلك حكمت المحكمة برد دعوى المدعية.

ج) أن تدفع المدعى عليه بدفع وهذا يسمى دفع الدفع، وهذه الدفع هي:

- الدفع بعدم شرعية المسكن - الدفع بانشغال ذمة الزوج.

- الدفع بطلب الزوجة تأخير الزفاف⁽¹⁾.

فإذا أثارت المدعية دفع الدفع فيجب على المحكمة سؤال المدعى عليه عنه إذا كان واضحاً فهو إما:

أ) أن يقر بدفع الدفع وعليه والحالة هذه تثبت دعوى المدعية طلبها التعويض عن الطلاق التعسفي؛ لأن المدعية ليس المطلوب منها إثبات التعسف، فيثبت بمجرد وقوع الطلاق بالبينة الخطية الرسمية الخالية من شائبي التصنيع والتزوير، ويصار بعدها إلى الإخبار ثم يفصل في الدعوى.

ب) أن ينكر، وفي هذه الحالة تكلف المدعية بالإثبات بالطرق المعتبرة⁽²⁾، بالإضافة إلى لجوء المحكمة لإجراء الكشف بواسطة القاضي أو من ينيبه على مسكن الزوجية بوجود أهل الخبرة والاختصاص، فإن لم تثبت المدعية ذلك وعجزت عن ذلك فإن المحكمة تفهم المدعية بأن لها حق في توجيه اليمين الشرعية، فإن طلبت ذلك فالمدعى عليه إما أن يحلف فيرد دفع المدعى عليه هذا إثبات دفع النشور، فإن أثبت دفعه ترد دعوى المدعية طلبها التعويض عن الطلاق التعسفي، وإما أن ينكل المدعى عليه عن حلف اليمين الشرعية فهنا يثبت دفع الدفع ويرد دفع النشور وتثبت دعوى المدعية طلبها التعويض عن الطلاق التعسفي ثم يصار إلى إجراءات الخبرة⁽³⁾.

2) الدفع بأن المدعية هي من طلبت الطلاق:

وهذا الدفع مقبول، فلا يعتبر الطلاق تعسفياً إذا وقع بناءً على طلب الزوجة ورغبتها⁽⁴⁾، فإذا وضح المدعى عليه دفعه هذا بالتفصيل بذكره اليوم والتاريخ والصيغة والوسيلة في طلب الطلاق، سواء أكانت الوسيلة بطلبها الطلاق وجهاً لوجه أم بناءً على اتصال هاتفي أم رسالة على أحد مواقع التواصل الاجتماعي، فهنا تُسأل المدعية عن ذلك، فإن أقرت ردت دعواها، وإن أنكرت تكلف المحكمة المدعى عليه بالإثبات، فإذا أثبت ذلك بطرق الإثبات المعتبرة ردت دعواها، وإن عجز عن الإثبات فتفهم المحكمة المدعى عليه بأن له الحق بتوجيه اليمين الشرعية على نفي الدفع؛ وذلك لأن الدفع دعوى، وفي الدعوى البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

3) الدفع بأن المدعية مصابة بمرض عصبي وجنون:

إن هذا الدفع مقبول، ويجب أن تسير فيه المحكمة حسب الأصول، وهنا يجب على المحكمة قبل سؤال المدعية عن هذا الدفع أن تحيل المدعية إلى طبيب مختص للتحقق من صحة خصومتها، والتثبت من حالتها العقلية، فتحدد المحكمة موعداً لحضور الطبيب المختص، فإذا حضر الطبيب فيكون حضوره بتقريره المنظم من

(1) أبو سيف، مأمون، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها.

(2) أبو سيف، مأمون، مرجع سابق، ص 94. وداود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 1، ص 212.

(3) أبو سيف، مأمون، مرجع سابق، ص 94 - 95.

(4) داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 1، ص 218.

قبله حسب الأصول، ويكون مؤيداً بشهادته فيحلف اليمين بناء على تقريره⁽¹⁾، فإذا ثبت بالتقرير أنها مصابة بمرض عصبي وهو الصرع الذي يعجزها عن القيام بشؤونها البيتية وتربية أطفالها منه، أو أنها مصابة بالجنون فهنا يثبت دفع المدعى عليه وترد دعوى المدعية⁽²⁾.

أما إذا لم يثبت مرضها فتسير المحكمة بالدفع حسب الأصول كما ذكر سابقاً.

(4) الدفع بالإبراء :

يتمثل هذا الدفع في إبراز المدعى عليه حجة إبراء سواء أكانت مستقلة أم كانت من خلال اتفاقية في مديرية الإصلاح والتوفيق الأسري، وهذا الدفع يتضمن أن المدعية أبرأت المدعى عليه من التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو دفع مقبول ومسموع، ويجب على المحكمة بعد توضيح المدعى عليه سؤال المدعية عنه، والتوضيح يكون بذكر الحجة الرسمية المنظمة والموقعة حسب الأصول والخالية من شائبي التصنع والتزوير والصادرة من محكمة كذا رقم الحجة كذا تاريخ كذا، التي تتضمن النص الصريح على الإبراء، والمدعية عندما تسأل عن ذلك إما أن تقر فترد دعواها وإما أن تنكر، وإنكارها هنا لا يكون إلا بادعائها أن هذه الحجة مزورة، فإن ادعت ذلك فيجب على المحكمة أن تكلف المدعية رفع دعوى تزوير أمام المحاكم النظامية المختصة، فإذا قامت برفع هذه الدعوى فالواجب عليها أن تقدم للمحكمة الشرعية مشروحات تتضمن رفع الدعوى ويصدر القاضي قراره هنا بوقف السير في الدعوى لحين البت في موضوع التزوير، فإذا صدر حكم من المحكمة النظامية بتزوير هذه الحجة، فالمحكمة الشرعية ترد دفع المدعى عليه وتسأله إن كان يوجد لديه أي دفع آخر لتسير بها حسب الأصول كما مر، فإذا صرح بعدم وجود أي دفع آخر فتثبت دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي ويصار إلى الخبرة.

وفي حال صدر حكم من المحكمة النظامية بأن هذه الحجة ليست مزورة وصار الحكم قطعياً فإن المحكمة الشرعية تقوم بإثبات دفع المدعى عليه بالبينة الخطية الرسمية وترد دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي⁽³⁾.

(5) الدفع بأن المدعية تتناول المخدرات والمسكرات :

إن هذا الدفع مقبول ومسموع، ويجب أن تسير فيه المحكمة موضعاً حسب الأصول بنفس الإجراءات القضائية المذكورة في الدفوع السابقة⁽⁴⁾.

(6) الدفع بأنه خلال فترة العدة حاول إرجاعها إلى عصمته وعقد نكاحه إلا أنها اشترطت عليه شروطاً قاسية. هذه الصورة من الدفع لا تكون إلا إذا ثبت طلاق المدعى عليه في دائرة الإفتاء العام دون تسجيله في المحكمة الشرعية أو ثبت بموجب حجة إقرار منه بإيقاع الطلاق دون إرجاعها إلى عصمته وعقد نكاحه، فالمدعى عليه يدفع الدعوى هنا في هذا الدفع بأنه حاول خلال العدة إعادتها إلى عصمته وعقد نكاحه إلا أنها وضعت شروطاً قاسية، ويجب أن يكون دفعه واضحاً من خلال ذكره الزمان والمكان والشروط وإن كان لديه متدخلين

(1) ينظر : المادة (90) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (11) لسنة (2016).

(2) داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص214.

(3) ينظر : المادة (75) و(76) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(4) ينظر : القرار الاستئنافي رقم (2130) لسنة (2019) تاريخ 2019/7/3، قسطاس، محكمة استئناف عمان الشرعية.

للإصلاح بينهما، فإذا كان واضحاً سألت المحكمة المدعية عن ذلك، فإذا أقرت ردت دعواها، وإذا أنكرت يكلف المدعى عليه بالإثبات بالطرق المعتبرة، فإذا أثبت المدعى عليه دفعه هذا ردت دعواها، وفي حال عجز عن الإثبات تفهم المحكمة المدعى عليه بأن له الحق في توجيه اليمين الشرعية للمدعية على نفي الدفع، فإذا حلفت المدعية ترد المحكمة الدفع وتثبت الدعوى وتسير بها المحكمة حسب الأصول، وإذا نكلت المدعية عن حلف اليمين الشرعية يثبت الدفع وترد الدعوى⁽¹⁾.

إن هذه الدفع التي فصلت فيها القول هي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر؛ لأن الأسباب التي يدفع بها المدعى عليه الدعوى كثيرة وفيرة لا يمكن حصرها، وإنما قد أنهيت الفرع الأول وهو حال حضور المدعى عليه للدعوى ليصار إليه النوع الثاني ألا وهو غياب المدعى عليه.

الفرع الثاني: غياب المدعى عليه

ويقصد بذلك عدم حضور المدعى عليه جلسات المحاكمة نهائياً، بعد التحقق من صحة تبليغه وأنه جرى حسب الأصول، أو أنه حضر جلسة واحدة من جلسات المحاكمة وتغيب بعدها دون جواب منه على الدعوى، وفي هذه الحالة فالأمر مختلف، فالإجراءات الواجب اتباعها تكون على النحو الآتي:
أولاً: محاكمة المدعى عليه غيابياً من قبل القاضي مع تكليف المدعية توضيح دعواها حسب الأصول حسب ما مر ذكره.

ثانياً: تقرر المحكمة بعد توضيح الدعوى تكليف المدعية بالإثبات نظراً لغياب المدعى عليه، حيث إن الغائب ينزل منزلة المنكر.

ثالثاً: تثبت دعوى المدعية بالبينة الخطية الرسمية المبرزة الخالية من التصنيع والتزوير وهي حجة الطلاق الصادر من المحكمة الشرعية المختصة مع ذكر رقمها وتاريخها، والمنظمة والموقعة حسب الأصول، بالإضافة إلى تكليف المدعية اليمين الشرعية على انقضاء عدتها من الطلاق الرجعي.

رابعاً: إذا ثبتت الدعوى على النحو المذكور فتتخذ المحكمة خيراً لتقدير قيمة التعويض وتفصلها على الوجه الشرعي والقانوني⁽²⁾.

المطلب الرابع: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

الذي يقوم بهذه المهمة هم الخبراء الموصوفون بأنهم عدول، ثقات، أمناء، خالون عن الغرض والمصلحة، سواء انتخبهم المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على اختيار الخصوم، ويقومون بمهمتهم بعد تبليغ المحكمة لهم للحضور أمامها وحلفهم اليمين الشرعية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني بعد إفهامهم الغاية التي انتخبوا من أجلها، فيقوم الخبراء بعد حلفهم اليمين الشرعية بالاجتماع بالطرفين المتداعيين إن أمكن للحصول على معلومات عن مقدرة المدعى عليه ووضعته المالي، ويقدموا تقرير خبرتهم بعد إعداده للمحكمة مفصلاً مع ذكرهم المبلغ الإجمالي مقسطاً على أشهر مراعين في ذلك نص المادة (155) من قانون الأحوال الشخصية

(1) ينظر: القرار الاستئنافي رقم (1767) لسنة (2020)، محكمة استئناف عمان الشرعية، قسطاس.

(2) داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، مرجع سابق، ج1، ص230 وما بعدها.

الأردني بحيث يكون التقدير حسب حال الزوج عسرا ويسرا⁽¹⁾، وعليه فإنه بنص هذه المادة تلغى القرارات الاستثنائية التي قضت بأن التقدير يكون حسب تقدير النفقة الزوجية.

المطلب الخامس: نموذج إعلام حكم التعويض عن الطلاق التعسفي

رقم القضية:/.....
رقم الإعلام:/.....

المملكة الأردنية الهاشمية
محكمة القضايا الشرعية

إعلام الحكم

القاضي:

المأذون بإجراء المحاكمة وإصدار القرار بإسم ملك المملكة الأردنية الهاشمية عبدالله الثاني ابن الحسين المعظم.

المدعية:/وكيلها/ عنوانها.

المدعى عليه:/وكيله/ عنوانه.

الموضوع: التعويض عن الطلاق تعسفي.

الأسباب الثبوتية، البيئة الخطية الرسمية وحلف المدعية اليمين الشرعية على انتهاء العدة والخبرة.

نوع الحكم: وجاهي.

في الدعوى المكونة بين المتداعيين المذكورين صدر القرار التالي:

بناءً على الدعوى والطلب والبيئة الخطية الرسمية وحلف المدعية اليمين الشرعية على انتهاء العدة والخبرة وعملاً بالمواد (٧٩) من مجلة الأحكام العدلية و(٧٥) و(٨٤) و(٩٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية و(١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بما هو آت:

أولاً: إلزام المدعى عليه المذكور بدفع مبلغ (١٢٠٠) ألف ومائتي دينار تعويضاً للمدعية المذكورة عن الطلاق التعسفي الذي أوقعه عليها بتاريخ والمثبت بموجب حجة إقرار بوقوع طلاقة رجعية أولى آلت إلى بائن بينونة صغرى رقم (....) الصادرة من محكمة (.....) بتاريخ (.....) مقططاً على ستة عشر شهراً بواقع (٧٥) ديناراً شهرياً اعتباراً من تاريخ الحكم أنهاء وحتى السداد التام.

ثانياً: تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف القانونية ومبلغ (.....) أتعاب محاماه.

حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف أفهم علناً للطرفين بتاريخ (....) وفقاً (.....).

القاضي الكاتب

(1) داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، مرجع سابق، ج 1، ص 230 وما بعدها.

المبحث الثالث

زواج المطلق من مطلقة بعد طلاقه لها تعسفاً، هل يسقط حقها في طلب التعويض عن طلاقه التعسفي السابق لها أم لا؟

المطلب الأول: ماهية هذه المسألة

إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً، ولم تقم برفع دعوى تعويض عن الطلاق التعسفي ثم أعادها إلى عصمته وعقد نكاحه بعقد ومهر جديدين سواء أكان قد طلقها طلاقاً رجعيّاً أو إلى بائن بينونة صغرى أم طلاقاً رجعيّاً ثانية آلت إلى بينونة صغرى، أم طلاقاً بائناً بينونة كبرى (وهنا في هذه الحالة لا تتحقق الصورة التي نتكلم عنها إلا إذا تزوجت من آخر وفارقها بطلاق أو وفاة وأعادها مطلقاً الأول الذي طلقها تعسفاً إلى عصمته وعقد نكاحه) أو الطلاق البائن بينونة صغرى قبل الدخول والخلوة أو قبل الدخول وبعد الخلوة.

فإذا تحققت إحدى هذه الصور وأعادها مطلقاً إلى عصمته وعقد نكاحه بعقد ومهر جديدين فهل هذا العقد الجديد يرفع الضرر الذي لحق بالمطلقة تعسفاً، ولا يكون من حق المطلقة رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي أم لا؟

إن الناظر في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية والمحكمة العليا الشرعية يجد أن هذه المسألة لم ينص عليها الفقهاء⁽¹⁾، فلا بد لنا من التطرق إلى التطبيق القضائي في المحاكم الشرعية الأردنية، ونذكر في ذلك ما جاء في محكمة الاستئناف الشرعية والمحكمة العليا الشرعية التي يكون قرارها هو الفصل وهو المعول عليه دون وجود أي مخالف من قضاة محكمة البداية الشرعية؛ لأن المبدأ القضائي الذي نصت عليه المحكمة العليا الشرعية لا تجوز مخالفته وهذا ما نفضله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التطبيق القضائي في محكمة الاستئناف الشرعية والمحكمة العليا الشرعية

الفرع الأول: وما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الشرعية

بداية إن قانون الأحوال الشخصية الأردني لم يتطرق لهذه المسألة، ولكن وجدت قرارات استئنافية تطرقت لهذه المسألة تفصيلاً فجاء فيه:⁽²⁾

1) إن دفع المدعى عليه في هذه الدعوى والمتمثل في أنه أعادها إلى عصمته وعقد نكاحه بموجب عقد الزواج رقم (....) تاريخ (.....) الصادر من محكمة كذا، وإن إعادته لها بمهر وعقد جديدين رفع الضرر الواقع عليها هو دفع مقبول قانوناً، ويجب على المحكمة الابتدائية الشرعية السير فيه حسب الأصول.

2) إن المادة التي نصت على التعويض عن الطلاق التعسفي وهي المادة (155) من قانون الأحوال الشخصية الأردني جاءت مجاملة، حيث إنها لم تبين أوجه هذا التعويض أو حالات الطلاق التعسفي، وإن هذه المسألة لم

(1) ينظر: القرار الاستئنافي رقم (2015/2672) تاريخ 2015/12/14 الصادر من محكمة استئناف إربد الشرعية.

(2) ينظر: القرار الاستئنافي رقم (2015/2672) تاريخ 2015/12/14 الصادر من محكمة استئناف إربد الشرعية.

يتطرق إليها الفقهاء، فرأت محكمة الاستئناف الشرعية تفصيل مجمل المادة من خلال مقصد المشرع القانوني من وضعها والنص عليها.

(3) فصلت محكمة الاستئناف الشرعية هذا المجل على النحو الآتي:

(أ) ما دام أنها لا تستحق التعويض في الطلاق الرجعي إلا بانقضاء العدة وصيرورته بائناً، فيلزم من هذا أن مجرد وقوع الطلاق من الزوج ليس موجباً للتعويض، وبالتالي قاسوا الطلاق الرجعي على البائن وفصلوا فيه على النحو الآتي:

- الطلاق الرجعي يملك إرجاعها دون رضاها، وأن عدد الطلقات ينقص، وأنه إذا أرجعها خلال العدة فإنها ترجع على حقوقها المنصوص عليها في عقد زواجهما.

- الطلاق البائن لا يملك إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين وموافقتهما، وهذا الطلاق ينقص عدد الطلقات إلا أنها ترجع على مهر جديد بعقد جديد.

وإن الزوج يكون متعسفاً في كليهما إذا طلق لغير سبب معقول، فكيف يرتفع التعسف بالطلاق الرجعي ولا يرتفع بالطلاق البائن عند إعادتها إلى عصمته بعقد جديد.

(ب) وإن سقوط التعويض بإرجاعها من الطلاق البائن أولى من الطلاق الرجعي؛ لأنها بالطلاق الرجعي لا تملك من أمرها شيئاً، أما الطلاق البائن فبموافقتهما، ولولا إرادتها لما عادت إلى عصمته وعقد نكاحه.

(ج) وإنه على فرض وجود فارق بينهما أي الطلاق الرجعي والبائن، وأنه قياس مع الفارق فهنا تتعارض مسألتان:

الأول: توجب التعويض. الثانية: لا توجب التعويض.

وهنا تطبق القاعدة الفقهية: (إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع).

(د) وإن التعسف يرتفع في الطلاق البائن إذا أعادها إلى عصمته بعقد ومهر جديدين؛ لاتحاد العلة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

إن الناظر في القرار الاستئنافي يجد أنه قضى بأن العقد على المطلقة تعسفاً من مطلقها المتعسف يرفع التعسف ويزيله، فلا تملك الزوجة المطالبة به، وإن طالبت به فيجب على المحكمة أن تأخذ بالدفع وتثبتته بالبينة الخطية الرسمية وهي عقد الزواج الجديد وترد دعوى المدعية.

الفرع الثاني: ما ذهب إليه المحكمة العليا الشرعية⁽¹⁾

ذهبت المحكمة العليا الشرعية في قرارها إلى النص على ما يلي:

(1) إن الضرر الذي وقع على المطلقة هو ضرر معنوي، فالضرر المعنوي بعد وقوعه لا يرفع فيجبر بالتعويض؛ لأن قانون الأحوال الشخصية الأردني ولئن لم ينص على اشتراط تضرر المرأة من الطلاق إلا أنه اعتبر تضرر المرأة من الطلاق البائن ضرراً أدبياً مفترضاً دون الحاجة إلى النص عليه، وإن الضرر الذي يلحق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم بل فيما يمس كرامتهم أو يؤذي شعورهم أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم

(1) ينظر: الحكم رقم (27) لسنة (2019) تاريخ 2019/6/18 والحكم رقم (30) لسنة (2020) تاريخ 2020/8/12 الصادران من المحكمة العليا الشرعية/ قسطاس.

أو يسيء إلى سمعتهم، وهذه يطلق عليها الأضرار الأدبية؛ ولأن إيقاع الطلاق تعسفاً على المرأة يمس مركزها الاجتماعي ويصيبها بأذى في مشاعرها وعاطفتها، وقد استدلت أعضاء المحكمة العليا الشرعية بالمادة (267) من القانون المدني الأردني الذي تناول فيها حق التعويض للضرر الأدبي الذي يلزم المطلق تعسفاً؛ لأن التعويض يجبر الضرر المعنوي أو الأدبي، وعليه لا يعتبر العقد على المطلقة تعسفاً بمهر وعقد جديين رافعاً للضرر.

(2) ما دام أن العقد الجديد عليها لا يكون إلا بموافقتها فالزوج إذا قلنا برفع الضرر وإزالته بالعقد عليها، فإنه إذا رغب بإزالة الضرر بالعقد عليها ورفضت فإنها لا تستحق التعويض؛ لأن بقاء الضرر واقع عليها بسبب منها، أضف إلى ذلك أن قبض الزوجة للتعويض إذا حكم لها ثم قبلت الزواج منه فإن مؤدى ذلك أن من حق المطلق استرداد التعويض، وهذا فيه مخالفة واضحة لمبادئ العدالة ونظرية العقد.

(3) بالقياس على المهر المؤجل، فإن حق التعويض قد تقرر بالطلاق البائن أو الذي آل إلى بائن، فلو قلنا برفع الضرر لكان من حق المطلق المطالبة بالمهر المؤجل الذي دفعه للمطلقة ويسقط بمراجعته لها بعقد ومهر جديدين بجامع أنهما حق تقرر بالطلاق، فلا يرتفع الضرر ولا يسقط التعويض إذا عقد عليها من جديد.

(4) إن التعويض هو حق مالي وفيه معنى التملك، فالإسقاط يحتاج إلى إيجاب من قبل المطلقة باتفاق الفقهاء، وإن قبولها بالزواج ليس من ألفاظ الإيجاب المعتبرة للإسقاط، وإن سكوت المطلقة عن المطالبة بالتعويض لا يعتبر إيجاباً بتنازلها عن التعويض مقابل زواجه منها، فلا ينسب إلى ساكت قول، فالإيجاب لا يمكن استخلاصه من محض السكوت.

(5) إن علة التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر الذي يوقعه المطلق على مطلقة بإرادته المنفردة والذي يكون غير مسبب بسبب معقول.

(6) لا يقاس الطلاق البائن على الطلاق الرجعي؛ لوجود شبهة بينهما بالتزام المطلقة بالعدة في كلا الطلاقين وأوجه الاختلاف بينهما كثيرة، وهذا رد من المحكمة العليا الشرعية على ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف الشرعية، فالقياس هنا قياس مع الفارق الكبير بينهما، وهذا الفارق نصت عليه محكمة الاستئناف الشرعية/ إربد.

إن المحكمة العليا الشرعية ذهبت إلى القول بأن العقد على المطلقة تعسفاً من مطلقها لا يرفع الضرر، ولها الحق بالمطالبة به، وإن عقده عليها لا يصلح دفعاً في دعوى التعويض.

المطلب الثالث: الرأي الراجح

لقد حسمت المحكمة العليا الشرعية الخلاف في هذه المسألة فكان رأيها راجحاً من ناحيتين:
الناحية الأولى: الناحية القانونية: حيث إن قضاة المحاكم الشرعية الابتدائية ومحاكم الاستئناف الشرعية ملزمون بهذا القرار، ولا تجوز مخالفته؛ لأن المحكمة العليا الشرعية هي آخر درجات التقاضي، ولا توجد درجة أعلى منها، ولا يجوز الطعن في أحكامها بأي طريقة من طرق الطعن، وهذا ما نصت عليه المادة (169/أ) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، ولكن يجوز للمحكمة العليا الشرعية وحدها إعادة النظر في قرارها الصادر في أي قضية إذا تبين لها أنها قد ردت الطعن استناداً لأي سبب شكلي خلافاً لحكم القانون، كما نصت على ذلك المادة

(169/ب) من ذات القانون، وإن المحكمة العليا الشرعية في قرارها رقم (2020/30) وإن كان لاحقاً لقرارها رقم (2019/27) إلا أنها أكدت هذا المبدأ الذي ذهبت إليه.

وإن الناظر في القرارين المذكورين يجد أنه يصدر بالأكثرية، وصدر في كل منهما قرار مخالف، وهذا القرار المخالف ليس ملزماً للمحاكم الابتدائية الشرعية ومحاكم الاستئناف الشرعية، ولكن قد يؤخذ به فقهاً في الرد على قرار الأكثرية.

الناحية الثانية: الناحية الفقهية: فقد يحصل خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلا أن الباحث يرى ترجيح ما ذهبت إليه المحكمة العليا الشرعية فقهاً، وذلك لقوة تعليلاتهم المقنعة التي تتماشى مع المبادئ العامة في تحقيق العدالة والحفاظ على الحقوق، ناهيك عن موافقة التعليقات للمحكمة من تشريع التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية الأردني؛ حتى لا يكون الطلاق لعباً ولهواً وعبثاً عند الأزواج الذين لا تكون عندهم الأسباب المعقولة للطلاق للحفاظ على قدسية عقد النكاح.

الخاتمة

أولاً: النتائج

لقد توصل الباحث بعد هذا الطرح إلى عدة نتائج من أهمها:

- إن مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي أساسه استحباب المتعة المطلقة.
- إن الحكمة من التعويض عن الطلاق التعسفي تتمثل في تعويض المطلقة عما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج وما حرمت بسببه من إعالة الزوج لها وإنفاقه عليها.
- الطلاق التعسفي لم ينص عليه الفقهاء صراحة، بل هو أمر مستجد لم يذكره الفقهاء قديماً، فالطلاق التعسفي نشأ مع نشأة نظرية التعسف.
- إن الطلاق الذي يكون فيه الزوج متعسفاً هو ما كان لغير سبب مشروع، ولا يكون في كل أنواع الطلاق، بل هو في الطلاق الرجعي الغيابي الذي آل إلى بائن بينونة صغرى، والطلاق الغيابي قبل الدخول والخلوة وقبل الدخول وبعد الخلوة، والطلاق الغيابي البائن بينونة كبرى.
- إن دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي لا تكون إلا من اختصاص المحاكم الشرعية.
- هنالك دفع لا حصر لها في هذه الدعوى، ومنها على سبيل المثال لا الحصر: الدفع بالنشوز، الدفع بأن المطلقة هي من طلبت الطلاق، الدفع بإصابة المطلقة بمرض عصبي أو جنون إلى غير ذلك من الدفع.
- تقدير قيمة التعويض يكون من خلال خبراء منتخبين من قبل المحكمة أو من اختيار الخصوم، والتعويض أقله سنة وأكثره ثلاث سنوات.
- إن الزوج إذا طلق زوجته تعسفاً، ولم تقم زوجته برفع دعوى للمطالبة بالتعويض، ثم عقد عليها عقداً جديداً، فإن هذا العقد الجديد لا يرفع الضرر الواقع عليها، ولها المطالبة بالتعويض، وهذا المبدأ استقرت عليه المحكمة العليا الشرعية.

ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث بما يلي:

- عدم اقتصار مسألة دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في مادة واحدة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، بل يجب التفصيل فيها وتناول جميع موضوعاتها؛ حتى يعرف الأزواج ما لهم وما عليهم، وهذا بدوره قد يحد من انتشار الطلاق بالتفاهم والتشاور والاتفاق والوفاق قبل الشقاق والخلاف.
- يجب على قاضي التوثيق الشرعي أن يفهم الزوج الذي يعقد على مطلقة تعسفاً من جديد أن يبرئ ذمته من العقد السابق من خلال السير في إجراءات عمل حجة الإبراء التي تصدر عن محاكم التوثيق الشرعية.
- إعطاء أعضاء مكاتب الإصلاح والتوفيق الأسري دورات تدريبية لإرشاد الأزواج إلى اللجوء للحلول البديلة عن الطلاق سواء أكان الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة أم الطلاق الذي يكون بناء على دعوى.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن فارس، أبي الحسن أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر.
- ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (1997)، المغني، ط3، دار عالم الكتب، الرياض.
- ابن كثير، أبي الفداء إسماعيل بن عمر (2011)، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض.
- ابن منظور، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم (1956م)، لسان العرب، دار صادر، بيروت.
- أبو البصل، عبد الناصر (2005)، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ط1، دار الثقافة الأردن، عمان.
- أبو سيف، مأمون محمد (2011)، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، ط3، دار الثقافة، الأردن، عمان.
- داود، أحمد محمد علي (2011)، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الأردن، عمان.
- داود، أحمد محمد علي (2011)، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ط3، دار الثقافة، الأردن، عمان.
- داود، أحمد محمد علي (2012)، القضاء والدعوى والإثبات والحكم، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان.
- داود، الصوك والتوثيق في المحاكم الشرعية، دار الثقافة، عمان.
- الدريني، فتحي (2008)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب (1997)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت.
- العبد الله، فليح محمد (2009)، المجالس الشرعية والمبادئ القضائية، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان.
- عليش، الشيخ محمد، منح الجليل على مختصر خليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.
- القضاة، مفلح عواد (1988)، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، ط1، دار الكرمل للنشر والتوزيع، الأردن.
- معلوف، لويس، 1986، المنجد في اللغة والإحكام، ط26، دار الشرق، بيروت.
- الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختصر، دار المعرفة، بيروت.
- ياسين، محمد نعيم (2000)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دار النفائس.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- عتيلي، ساجدة عفيف "محمد رشيد"، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- ليلي بن حمودة (1977)، المسؤولية الدولية في حالة الأضرار التي تلحق الأجانب، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية.

ثالثاً: المجالات المحكمة

- Haswa، Maher، **Igtihad of the Jordanian Saria Judiciary in the Interpretation of Legel Terms An Applied Study**، Arab Law Quarterly brill.com/alg، 37، 2023.

رابعاً: المواقع الالكترونية

- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، www.al-islam.com

خامساً: القوانين

- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني.
- مجلة الأحكام العدلية.

التحري والاستدلال عن الجرائم عبر أنظمة الذكاء الاصطناعي

أشرف فتحي خليل الراعي*

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.08](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.08)

تاريخ استلام البحث 2022/10/11
تاريخ قبول البحث 2023/01/16

* استاذ مساعد، جامعة ليرنيرز، الإمارات.

* للمراسلة: ashrafraie@gmail.com

الملخص

تناولت الدراسة مفهوم الذكاء الاصطناعي، وخصائصه، ومزاياه، وعيوبه في ظل الثورة التقنية التي يشهدها العالم المعاصر اليوم؛ لا سيما مع انتشار المنصات الرقمية وأنظمة الحوسبة السحابية، وكذلك إمكانية استخدامها في التحري والاستدلال عن الجرائم، لا سيما مع انتشار الجرائم التي تقع بواسطة كيانات الذكاء الاصطناعي وأنظمتها المتقدمة، وبحثت الدراسة ما تعانيه نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني من قصور في عدم النص على استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي أو عدم النص على قيام الذكاء الاصطناعي ذاته بالتحري والاستدلال في الجرائم التي تتطلب ذلك، كما فرقت الدراسة بين الاستخدام في التحري والاستدلال وقيام الكيان ذاته بالتحري والاستدلال، وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات ومن أبرزها ضرورة تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية؛ وذلك بإضافة نص يتضمن الإشارة إلى استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في عملية التحري والاستدلال، وإضافة نص قانوني آخر يتيح قيام الذكاء الاصطناعي بالتحري والاستدلال في الجرائم التي تتطلب ذلك وفقاً لمجموعة ضوابط".

الكلمات الدالة: الذكاء الاصطناعي، التحري والاستدلال، الأنظمة التقنية المتطورة، المنصات الرقمية.

Investigating and Inferring Crimes through Artificial Intelligence Systems

Ashraf Fatehi Khaleel Alrai*

* Ass. Prof, Learners University, UAE.

* Crossponding author: ashrafraie@gmail.com

Received: 11/10/2022.

Accepted: 16/01/2023.

Abstract

The study dealt with the concept of artificial intelligence, its characteristics, advantages, and disadvantages in light of the technical revolution that the contemporary world is witnessing today. Especially with the proliferation of digital platforms and cloud computing systems, as well as the possibility of using them in the investigation and inference of crimes, especially with the spread of crimes committed by artificial intelligence entities and their advanced systems. Moreover, the study examined the shortcomings of the provisions of the Jordanian Code of Criminal Procedure (CCP) in terms of not providing the use of artificial intelligence systems or not providing the artificial intelligence itself to investigate and infer in crimes that require that. The study also differentiated between use in investigation and inference and the entity itself investigating and inferring. Finally, the study concluded with a set of findings and recommendations, the most prominent of which is the need to amend the Code of Criminal Procedure; By adding a text that includes a reference to the use of artificial intelligence systems in the process of investigation and inference, and adding another legal text that allows "artificial intelligence to investigate and infer crimes that require it according to a set of controls".

Keywords: Artificial intelligence, Investigation and inference, Advanced technical systems, Digital platforms

المقدمة

يشهد العالم تطوراً متسارعاً في خدمات التقنية، واستخدامات أنظمة الذكاء الاصطناعي (Artificial intelligence)، التي أصبحت اليوم تستخدم في الجرائم المنظمة العابرة للحدود (transnational organized crime) بعد أن احتلت التكنولوجيا جزءاً كبيراً من حياتنا المعاصرة، لكن أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها التي تستخدم في الجرائم لم تستخدم بعد على نطاق واسع في الكشف عن هذه الجرائم والتحري عنها في العديد من الدول، ما يثير إشكالية في كيفية تحري الجريمة التي ترتكب بدقة يمكن أن تصل إلى 99%، فيما تتحرى أجهزة الضابطة العدلية عنها بوسائل تقليدية.

إن استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي، يزداد ضرورة، مع استغلال المجرمين في دولهم، أو المجرمين الدوليين (International criminals) للشبكات التقنية المتقدمة، والإنترنت والحوسبة السحابية، إلى جانب استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها في ارتكاب الجرائم، وتنفيذ هجمات سيبرانية على الأنظمة الإلكترونية للمؤسسات الحكومية، والشركات، والمنظمات العالمية، وبما يقوض الأمن والأمان للمجتمعات العالمية، خصوصاً مع تزايد آثار العولمة (Globalization).

ذلك أنه أصبح بالإمكان ارتكاب الجريمة في أي دولة من دول العالم، دون أن يكون المجرم موجوداً في ذات الدولة، لكن المشكلة الأساسية التي تثور في هذا المجال ليس فقط إمكانية ارتكاب الجرائم من خلال أنظمة الذكاء الاصطناعي، بل عدم إمكانية اكتشافها لأن الإمكانيات البشرية ما زالت قاصرة عن التحري والاستدلال في هذه الجرائم، وهو ما يتطلب تعديل النصوص القانونية بما يتواءم مع المستقبل والتطور الذي يشهده هذا المجال؛ لا سيما أن النصوص القانونية ما تزال قاصرة عن تصور إمكانية التحري والاستدلال عن الجرائم عبر أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها.

إن العديد من الدول بدأت في تطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي لديها لإدماجها في أنظمتها التحقيقية، والتحري عن الجريمة ومنها الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، ودولة الإمارات العربية المتحدة، التي أنشأت وزارة متخصصة للذكاء الاصطناعي، انطلاقاً من دقة ونوعية وجودة المعلومات، التي تكشف عنها هذه الأنظمة عند التحري عن الجريمة، وبما يسهم في توفير الوقت والجهد وتحقيق قدر أعلى من العدالة الجنائية والسرعة في ضبط الجناة، لكن لا بد هنا من التفرقة بين استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في الأنظمة التحقيقية، وبين قيام الذكاء الاصطناعي ذاته بعملية التحري من دون توجيه من قبل الضابطة العدلية ما يثير إشكالية عميقة في تعديل النصوص القانونية في هذا المجال.

أكدت التجربة في العديد من الدول التي استخدمت الذكاء الاصطناعي في أنظمتها التحقيقية المتقدمة (Investigative systems) أن ذلك أسهم في منع وقوع العديد من الجرائم الخطرة على أمن المجتمع، لا سيما في مجال هجمات الأمن السيبراني وكشف أنظمة الاحتيال، وغيرها من الجرائم التي يمكن الكشف عنها عبر قراءة خوارزميات محددة، لا سيما أن الجرائم التي ترتكب بهذه الوسائل معقدة؛ حيث تمتاز كيانات الذكاء الاصطناعي بإمكانية التوصل إلى نتائج التحقيقات والتحري عن الجريمة دون تدخل العنصر البشري والوصول إلى نتائج دقيقة ومحددة وتحديد المجرمين، وإحالتهم إلى الجهات القضائية، كما يمكن محاكمتهم بواسطة هذه الأنظمة، وربما

استخدامها في تنفيذ العقوبات الجزائية، لكن هذا التصور ربما يحتاج إلى سنوات طويلة، وتعديلات تشريعية توائم التطور السريع في أنظمة الذكاء الاصطناعي.

ومع ذلك يسعى العلماء في العالم إلى محاولة دعم أنظمة الذكاء الاصطناعي ببعض الصفات والخصائص السلوكية مثل الإدراك والتفكير والحركة والانتقال واتخاذ القرارات والمهارات المتعلقة بالصفات الإنسانية، وهي مميزات يمكن أن تكون ذات تأثير على استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في عمليات التحري والاستدلال مستقبلاً.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في قصور قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وقوانين الإجراءات الجزائية في العالم العربي عن النص على قيام أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها في التحري والاستدلال عن الجريمة، وحصر ذلك بالعنصر البشري؛ وإن كان يمكن استخدامها كأداة نظام تقني آخر في عملية التحري والاستدلال.

أسئلة الدراسة:

- ما مفهوم كيانات الذكاء الاصطناعي؟
- ما آلية استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في الأنظمة التحقيقية؟
- ما جوانب قصور قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والقوانين المقارنة في قيام أنظمة الذكاء الاصطناعي بعملية التحري والاستدلال عن الجريمة؟

أهمية الدراسة:

تتزايد أهمية هذه الدراسة في ظل التطور الذي يشهده العالم في هذا المجال، ومناقشة مدى تطور التشريعات القانونية التي تنظم الدور الذي تلعبه كيانات وأنظمة الذكاء الاصطناعي، حيث ستبحث هذه الدراسة ضرورة إجراء التعديلات القانونية اللازمة بما يواكب التطور في هذا المجال.

منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة المنهج الوصفي عبر البحث في مفهوم أنظمة وكيانات الذكاء الاصطناعي، والمنهج التحليلي عبر تحليل النصوص القانونية وتبويبها بشكل منهجي سليم، وكذلك المنهج الاستنباطي عبر بناء مفاهيم واضحة للمصطلحات القانونية، وكذلك المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وقوانين الإجراءات الجنائية في العديد من الدول العربية.

الدراسات السابقة:

الملا، معاذ سليمان، **توظيف تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في مكافحة جرائم الفساد بين الممكن والمأمول: دراسة وصفية في حقل القانون الجزائي**، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 10، سبتمبر 2021، الكويت؛ حيث تناولت الدراسة توظيف تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في رصد التعاملات غير المشروعة والتنبؤ بها، وتأثيرها على البيئة الاقتصادية ومحاربة جرائم الفساد.

العميرين، وجيه محمد سليمان (2021)، الوسائل التقنية المستحدثة في كشف الجريمة وإثباتها، أطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن؛ حيث تناولت الدراسة الأدلة التقنية الحديثة كالأدلة الرقمية وأنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال والبحث عن الجريمة من أجل كشفها وضبط فاعلها وإحالة إلى الجهات المختصة، ومشروعية الدليل الرقمي في الإثبات الجزائي.

ما يميز هذه الدراسة عن سابقتها:

تمتاز هذه الدراسة عن سابقتها في كونها تبحث في فرضية جديدة اعتمدها العديد من دول العالم المتقدم وما زالت التشريعات العربية بشكل عام قاصرة عنها، وهي إمكانية قيام الذكاء الاصطناعي بحد ذاته بعملية التحري والاستدلال والتحقيق مع المجرمين، خصوصاً أن هناك العديد من الجرائم التي ترتكب بواسطة أنظمة الذكاء الاصطناعي التي يستحيل اكتشافها بوسائل التحري والاستدلال التقليدية.

المبحث الأول

ماهية أنظمة الذكاء الاصطناعي وتطورها وتنظيمها القانوني

ظهر في الأعوام الأخيرة مصطلح كيانات الذكاء الاصطناعي (Artificial intelligence) التي تلعب دوراً مهماً ورئيسياً اليوم في عمليات التحري والاستدلال في بعض الدول المتقدمة، ما كرس مفهوم المدينة الآمنة (Safe City) وأدى إلى انخفاض الجريمة بشكل ملحوظ في هذه الدول؛ فمثلاً أشار مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي إلى أن معدل جرائم العنف والسرقة انخفض بنسبتي 3.3% و 6.3% على التوالي من إجماليه بسبب استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في الولايات المتحدة الأمريكية (1).

ويرتبط حجم التطور في استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي بحجم التفاعل معها؛ فكلما زاد التعامل معها واستخدمها زاد الذكاء الاصطناعي قدرة على التعامل مع الأحداث المحيطة به (2)، وهو ما بدأت الأنظمة التكنولوجية والمواقع الإلكترونية الاستفادة منه، وذلك بمعرفة ميول المستخدمين، واتجاهاتهم وتوجهاتهم أياً كانت (3).

إن الدور الأساسي الذي تلعبه أنظمة الذكاء الاصطناعي في عملية التحري والاستدلال ينطلق من الدقة التي تتمتع بها هذه الأنظمة من جهة، وعدم تدخل العنصر البشري فيها من جهة أخرى، ما يجعلها أكثر قدرة على

(1) Joshi Neveen (2019) *The rise of AI in crime prevention and detection*.

link: <https://bit.ly/3cRBwPk> (تاريخ الزيارة - 2 - أيار - 2022)

(2) عيسى، هيثم السيد أحمد (2019)، التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً للاتحة الأوروبية العامة لحماية البيانات الشخصية لعام 2016، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ص 7.

(3) الملا، معاذ سليمان، توظيف تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في مكافحة جرائم الفساد بين الممكن والمأمول: دراسة وصفية في حقل القانون الجزائي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 10، سبتمبر 2021، الكويت ص 98 وما بعدها.

التحري والاستدلال باستخدام خوارزميات معينة في بعض الجرائم كالسرقة، والانتحال، والاعتداء الجنسي على الأطفال عبر شبكة الإنترنت، وهجمات الأمن السيبراني (1).

وتستخدم الشركات العالمية الكبرى في مجال الإنترنت هذه الأنظمة للتحري في الجرائم؛ حيث أعلن موقع "فيسبوك" العام قبل الماضي أنه استخدم أنظمة الذكاء الاصطناعي للكشف عن أكثر من تسعة ملايين صورة إباحية للأطفال خلال ثلاثة أشهر، كما تستعين به نحو 200 وكالة لإنفاذ القانون في أمريكا ما يقود المحققين إلى ضحايا الاتجار بالبشر والاستعباد الجنسي.

كما استخدمت وزارة الدفاع الأمريكية هذه التجارب في كيانات الذكاء الاصطناعي لضبط تجارة المخدرات، والاتجار غير المشروع بالأسلحة، والسلع المقلدة (2).

وبالتالي، فإن للذكاء الاصطناعي أهمية كبيرة في مختلف المجالات، فمن الأولى والأهم أن يكون لهذا المجال المتطور والحديث دور في ضبط الجرائم، والتحري عنها؛ أي أن يقوم الذكاء الاصطناعي بالتحري والاستدلال عن الجرائم (3)، لكن الخطورة الحقيقية للذكاء الاصطناعي كما يرى البعض تكمن في وضع ثقة أكثر من اللازم في الأنظمة الذكية؛ ومن ثم فالأمر غاية في الخطورة إذا لم يكن هناك رقابة فعالة كافية على ذلك لتقف بهذا التطوير عند الحد المطلوب، إضافة إلى أهمية تطوير التشريعات الناضجة لهذا المجال (4)، لا سيما مع قدرتها الكبيرة على فرز حجم ضخم من البيانات، التي تستخدم في إنفاذ القانون، ما يتطلب تحديد مفهوم أنظمة الذكاء الاصطناعي وتطورها، قبل الانتقال إلى التنظيم القانوني لاستخدامها في عمليات التحري والاستدلال.

المطلب الأول: مفهوم أنظمة الذكاء الاصطناعي

يمكن تعريف الذكاء الاصطناعي بأنه "قدرة الآلات الرقمية وأجهزة الكمبيوتر على أداء مهام معينة تحاكيها، وتمثلها تلك التي تقوم بها كائنات ذكية، مثل القدرة على التفكير أو التعلم من التجارب السابقة أو غيرها من العمليات التي تتطلب عمليات عقلية، والذكاء الاصطناعي يهدف إلى الوصول إلى الأنظمة التي تتمتع بالذكاء، وتتصرف بالطريقة التي يتصرف بها البشر فيما يتعلق بالتعلم وعدم الفهم (5).

(1) الهجوم السيبراني أو "الهجوم الإلكتروني" هو أي نوع من المناورة الهجومية التي تستهدف أنظمة معلومات الكمبيوتر أو البنية التحتية أو شبكات الكمبيوتر أو أجهزة الكمبيوتر الشخصية. المهاجم هو شخص أو عملية تحاول الوصول إلى البيانات أو الوظائف أو المناطق المحظورة الأخرى في النظام دون الحصول على إذن، ويحتمل أن يكون ذلك بقصد ضار. (ويكيبيديا: <https://bit.ly/31TjtZr>) - (تاريخ الزيارة - 2 - أيار - 2022)

(2) بارانيوك، كريس (2019)، مقال بعنوان "وسيلة مبتكرة تساعد المحققين في كشف خيوط الجرائم الغامضة"، هيئة الإذاعة البريطانية "بي بي سي"، رابط: <https://www.bbc.com/arabic/vert-fut-47459695> (تاريخ الزيارة - 5 - أيار - 2022)

(3) Drim, Fatima Zahra (2021), the role of artificial intelligence in eliminating economic cybercrime: judicial and ethical issues, *International Journal of Social Communication*, Vol. 8, Issue 1, pp.119-134, page 120.

(4) د خليفة، محمد محمد طه (2018)، الذكاء الاصطناعي في ميزان التشريع، مجلة دبي القانونية، مجلة فصلية تصدر عن النيابة العامة في إمارة دبي، العدد 28، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 30 وما بعدها.

(5) محمد، سيد طنطاوي (2020)، الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي والروبوت، المركز الديموقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية الاقتصادية والسياسية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، رابط: <https://democraticac.de/?p=64965>

(تاريخ الزيارة - 15 - أيار - 2022)

ومن هنا، فإن أنظمة الذكاء الاصطناعي تحاكي التفكير والتصرف البشري في مختلف الجوانب، ويمكن استخدام هذه الأنظمة في العديد من المجالات في العصر الراهن، كالعلوم الجنائية، وقيامها بعمليات التفتيش، والتحري، وتتبع المجرمين، وحتى في عمليات إنفاذ القانون وصولاً إلى الحاكمية الرشيدة، وتطبيق القانون (1).

وبالتالي، فإن أنظمة الذكاء الاصطناعي تشير إلى الأنظمة والأجهزة التي يمكن أن تؤدي ذات المهام البشرية، كما أن لها قدرة فائقة على تحليل البيانات والمعلومات المهمة وفقاً لمجموعة من الخوارزميات المبرمجة، التي تسهم في تحقيق بعض الصفات البشرية في الذكاء الاصطناعي كالحفظ والتنبؤ والتفكير (2).

وبدأ العمل في أنظمة الذكاء الاصطناعي من خلال العديد من الأنظمة لكن أبرزها على الإطلاق هي الروبوتات التي تحاكي تصرفات البشر في مختلف المجالات، لكن هذه الأنظمة تختلف عن أنظمة الذكاء البشري الطبيعي، كما تتمتع بمجموعة من الخصائص والمميزات، وهو ما سنتناوله في ثلاثة فروع نبحت في الأول منها؛ الفروقات بين الذكاء الاصطناعي والذكاء البشري، ثم نبحت في الفرع الثاني الخصائص التي تتمتع بها أنظمة الذكاء الاصطناعي، ونبحت في الفرع الثالث عيوب أنظمة الذكاء الاصطناعي.

الفرع الأول: الفروقات بين الذكاء الاصطناعي والذكاء البشري

تتمتع أنظمة الذكاء الاصطناعي بخصائص مشابهة نوعاً ما للذكاء البشري، لا بل ربما تكون أكثر دقة من الذكاء البشري بنسب مرتفعة، لكنها بالمجمل لا تعتمد على العقل والتفكير الذي قد يشوبه العديد من الشوائب، وقد يفقد التركيز في بعض الأحيان، وإنما تقوم بناء على مجموعة من الخوارزميات (Algorithms)، والعمليات الحسابية الدقيقة (Accurate calculations)، لكن بالطبع هذا التشابه هو في أداء بعض المهام، ومن هنا تتور مجموعة من الفروقات بين كل منهما:

- إن الاستنتاجات التي يتوصل لها العقل البشري لا محدودة وهي على خلاف ذلك في أنظمة الذكاء الاصطناعي؛ الذي يتوصل إلى استنتاجات "محدودة" بفضل البرمجة الدقيقة له (3).
- لا يتأثر الذكاء الاصطناعي بالعواطف والانفعالات الإنسانية؛ بينما يتأثر الذكاء الإنساني أو البشري بهذه الانفعالات، وهو ما يمكن أن يؤثر على الوظائف التي يقوم بها.

(1) أحمد، حازم مصطفى (2015)، مقال بعنوان "تقنية المعلومات"، حكومة دبي، هيئة المعرفة والتنمية البشرية، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 18.

(2) الملا، معاذ سليمان (2021)، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

(3) Lien Tracey and Borowiec Steven, AlphaGo beats human Go champ in milestone for artificial intelligence, link: <https://www.latimes.com/world/asia/la-fg-korea-alphago-20160312-story.html>

(تاريخ الزيارة - 20 - حزيران - 2021)

- الإنسان قادر على استحداث نموذج الذكاء الاصطناعي؛ وهو أمر لا يتمكن الذكاء الاصطناعي ذاته من القيام به (1).

الفرع الثاني: الخصائص التي تتمتع بها أنظمة الذكاء الاصطناعي

تتمتع أنظمة الذكاء الاصطناعي بمجموعة من الخصائص؛ التي جعلت منها تستخدم ليس في التحري والاستدلال عن الجرائم وإنما القدرة على التنبؤ بوقوع الجريمة أيضاً.

ودفع ذلك العديد من الدول إلى استخدام مثل هذه الأنظمة والروبوتات في حل العديد من المشاكل القانونية المعقدة، كما استخدمتها العديد من المؤسسات الشرطية (الضابطة العدلية) في عمليات التحقيق وكشف الجرائم، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وبريطانيا - كما أشرت سابقاً - على المستوى العالمي.

أما على المستوى العربي فقد استخدمتها دولة الإمارات العربية المتحدة بشكل احترافي، لكن حتى الآن لم تقم أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها في التحقيق بالجرائم في أي من الدول العربية بمفردها، وإنما اقتصر على الاستخدام، ومن أبرز الخصائص التي تتمتع بها أنظمة الذكاء الاصطناعي ما يلي:

- الدقة والسرعة في تحقيق النتائج المرجوة، وذلك بفضل الخوارزميات التي يستخدمها الذكاء الاصطناعي؛ حيث يقوم الذكاء الاصطناعي بالعمليات المطلوبة وفقاً لمعادلات حسابية محددة وواضحة.
- القدرة على التعلم وتجنب الأخطاء؛ حيث تتضمن أنظمة الذكاء الاصطناعي خوارزميات معينة تمنعها من تكرار العمليات الحسابية "غير الصحيحة"، استناداً إلى برمجيات محددة.
- القدرة على استخدام الخبرات القديمة وتوظيفها في مواقف جديدة بسرعة وبشكل أفضل؛ حيث يمكن من خلال الخوارزميات المحددة بناء بنك معلومات داخلي لدى كيان الذكاء الاصطناعي يمكنه من توظيفها بطريقة جيدة (2).

- إمكانية التطور بشكل سريع وبما يحاكي الإنسان.
- إمكانية التواصل مع الإنسان وتسلم الإشارات وتنفيذها بسرعة ودقة.
- إمكانية البحث وفقاً لمعطيات معينة ما يُمكن من التوصل إلى نتائج دقيقة ومحددة.

إن الخصائص التي تتمتع بها أنظمة الذكاء الاصطناعي تجعل منها ذات قدرة على التعامل مع معطيات محددة يمكن أن تؤدي إلى اكتشاف الجرائم أو التنبؤ بها، وهو ما يرى الباحث أن له دوراً كبيراً في عملية التحري والاستدلال إذا ما تم توظيفه بشكل سليم في ذلك.

وقبل مناقشة ذلك لا بد من بيان عيوب أنظمة الذكاء الاصطناعي ثم الانتقال إلى التطور الذي شهدته أنظمة الذكاء الاصطناعي وانعكاسات ذلك على الجوانب القانونية والتشريعية في العديد من الدول على مستوى العالم والعالم العربي، وهو ما نناقشه تالياً.

(1) البابلي، عمار ياسر زهير (2020)، توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي في العمل الأمني: دراسة تطبيقية "الشرطة التنبؤية - أزمة فيروس كورونا بوهان الصينية"، مجلة الأمن والقانون، المجلد رقم 28، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 17 وما بعدها.

(2) البابلي، عمار ياسر زهير، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

الفرع الثالث: عيوب أنظمة الذكاء الاصطناعي

على الرغم من المميزات والخصائص التي تتمتع بها أنظمة الذكاء الاصطناعي إلا أنها تعاني من مجموعة من العيوب والسلبيات يوردها الباحث على النحو التالي:

- استخدام بيانات غير صحيحة يؤدي إلى نتائج غير صحيحة، وبالتالي فإن ذلك يمكن أن يؤثر في عمل الذكاء الاصطناعي برمته، وعدم القدرة في الاعتماد على نتائجه أحياناً.
- تعتمد بعض الدول والشركات العالمية على أنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل عام، لكن إذا ما استخدمت هذه الأنظمة بيانات خاطئة فإن ذلك سيؤدي إلى إلحاق أضرار اقتصادية كبيرة جداً.
- يمكن أن يؤدي استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي إلى هيمنة الآلة على حياة الإنسان، وغياب سقف التطور الإنساني، والتعلم الذاتي بسبب اعتماد الإنسان على الرفاهية المفرطة في استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في كافة المجالات.
- الأنظمة التقنية بصورة عامة مُعرضة للاختراق من قبل الأجهزة والدول القوية عموماً، مهما تم تحصينها والسبب في ذلك تطور أنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل كبير ومستمر⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن المزايا التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي أكبر بكثير من العيوب التي يمكن أن يؤدي استخدامه لها إلى وقوعها؛ لكن ذلك لا يمكن التعامل معه على إطلاقه بل يمكن استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي بحذر في مرحلة أولى وتجريبها أكثر من مرة منعاً لوقوع الأخطاء التي يمكن أن تنجم عنها أو عن استخدامها.

كما أن فكرة الخطأ واردة حتى عندما يقوم الإنسان بمهمة التحري والاستدلال، لا بل ربما يمكن أن تكون أكبر من الذكاء الاصطناعي بحد ذاته، إلى جانب أن أنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل عام مُحصنة من أية اختراقات، وهو ما يجعل الأخطاء التي قد تقع بسببها نادرة الحدوث.

المطلب الثاني: تطور أنظمة الذكاء الاصطناعي

شهدت كيانات الذكاء الاصطناعي تطوراً لافتاً خلال السنوات الماضية، لكن هل يعني ذلك أن هذه الأنظمة التكنولوجية المتطورة لم تكن معروفة في السابق، وأن تطورها جاء نتيجة الانفتاح العالمي، والتطور التقني، وانتشار شبكات التواصل الإلكترونية والاجتماعية والتوسع في المنصات الرقمية، والتطبيقات الهاتفية التي أصبحت اليوم جزءاً من حياة الإنسان، فضلاً عن استخدامها في العديد من المجالات ولعل أبرزها مراحل التحري والتحقيق والتدقيق في الجرائم؟

إن الأسس التي قامت عليها أنظمة الذكاء الاصطناعي ليست حديثة. وإنما قد تكون بمفهومها الحالي ظهرت مع انتشار الروبوتات التي أصبحت تستخدم في فك الشيفرات من خلال خوارزميات معينة للعديد من الجرائم هي الحديثة نسبياً في العلوم الجنائية.

(1) Isabelle Adam, are emerging technologies helping win the fight against corruption in developing countries? Pathways for Prosperity Commission Background Paper Series; no. 21 Affiliation: University of Oxford, page 24.

لكن نشوء الخوارزميات بدأ مع بداية نظرية الحوسبة الخاصة من خلال عالم الرياضيات البريطاني "آلان تورينغ"، في خمسينيات القرن الماضي، التي تم التركيز خلالها على كيفية منح الآلات والمحركات ذات الصفات التي يتمتع بها الإنسان؛ أي ذات الصفات البشرية التي تمكنه من التحليل، والتفكير، واستنباط النتائج بشكل مشابه لابل مطابق للبشر من خلال محاكاة ذات الوظائف للدماغ، والتطور الذاتي، والابتكار⁽¹⁾.

وبالتالي، فإن الذكاء الاصطناعي هو نظام علمي بدأ رسمياً في عام 1956 في كلية دارتموث في هانوفر بالولايات المتحدة الأمريكية، خلال انعقاد مدرسة صيفية نظمها باحثون أمريكيون وهم: جون مكارثي، ومارفن مينسكي، وناثانيل روتشستر، وكلود شانون. ومنذ ذلك الحين، نجح مصطلح "الذكاء الاصطناعي" في أن يصبح شائعاً لدرجة أن لا أحد يجهله اليوم، وأن هذا الفرع من المعلوماتية أخذ في الانتشار أكثر فأكثر مع مرور الوقت، وأن التقنيات التي انبثقت عنه أسهمت بقدر كبير في تغيير العالم على مدى الـ 60 عاماً الماضية⁽²⁾.

كما أن هذا التطور الذي شهدته أنظمة الذكاء الاصطناعي، لن يتوقف؛ إذ تشير دراسة أمريكية بريطانية إلى نتائج مهمة في هذا السياق وهي أن "أنظمة الذكاء الاصطناعي ستعمل على تطوير نفسها خلال السنوات الـ 45 المقبلة بشكل لافت لتحل محل البشر في العديد من المجالات ومنها كتابة المقالات التعليمية، وقيادة الشاحنات، وإجراء الجراحات، والعمل بتجارة التجزئة"⁽³⁾.

وبالتالي لن يكون بعيداً على هذه الأنظمة أن تدخل في عمليات التحري وتتبع المجرمين والقيام بكل الإجراءات التي تقوم بها الضابطة العدلية ومن ثم النيابة العامة وصولاً إلى القضاء في تتبع العديد من الجرائم المستحدثة في هذا المجال، على ما يرى الباحث.

فمثلاً عندما تتحرك الضابطة العدلية، فإنها تقوم بجمع الأدلة والمعلومات والبيانات عن الجريمة وإصدار مذكرات التوقيف والاعتقال للبدء في إجراءات التحقيق، وبعد اكتمال هذه الإجراءات والتحقق من وجود الأدلة التي تسمح بإحالة المتهم إلى النيابة العامة يحال المتهم الذي يتم كذلك التحقيق معه بناء على الأدلة المتوفرة إلى النيابة العامة، التي تقرر إما إحالته إلى القضاء أو تبرأته، بناء على المعطيات التي تتوافر لديها، وهي آلية يمكن أن تقوم بها أنظمة الذكاء الاصطناعي ربما بدقة أعلى لأن نسبة التدخل البشري في عمليات جمع المعلومات والبيانات يمكن أن تكون منعدمة، ومن هنا فإن الوصول إلى نتائج دقيقة جداً ربما هو ما يتحقق من خلال عمل أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري عن الجريمة.

ولتحقيق هذه الأهداف في تمكين الذكاء الاصطناعي تم منذ العام 1982 وحتى العام 1990؛ أي خلال 8 سنوات فقط استثمر أكثر من 400 مليون دولار بهدف إحداث ثورة واسعة في عمليات المعالجة المعتمدة على

(1) مقالة أعدها إم أي تي تكنولوجي ريفيو العربية (2020)، تعرف على تاريخ تطور الذكاء الاصطناعي وآلية عمله، رابط: <https://bit.ly/3wtMKbm> - (تاريخ الزيارة - 07 - تموز - 2021).

(2) غانسيا، غابريل (2018)، الذكاء الاصطناعي: بين الأسطورة والواقع، منشورات اليونيسكو، رابط: <https://bit.ly/39Lcw0S> - (تاريخ الزيارة - 07 - 07 - 2021).

(3) زايد، هاني (2017)، الذكاء الاصطناعي يتفوق على البشر في غضون 45 عاماً، موقع سينايتيفك أمريكيان للعلم، رابط: <https://bit.ly/3wykrsf> (تاريخ الزيارة - 19 - تموز - 2021).

الكمبيوتر وتقنيات الذكاء الاصطناعي، وهو ما أدى إلى إلهام جيل كامل من العلماء، والمهندسين في تطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي.

وبعد هذا الإيضاح للتطور الذي شهدته كيانات الذكاء الاصطناعي، ودورها في العلوم الجنائية، بعدما أصبحت تلعب دوراً كبيراً في مختلف المجالات، لا بد من الإشارة إلى التنظيم القانوني الذي يحكمها وإن كان يمكن لأنظمة الذكاء الاصطناعي التحري عن الجريمة، وهل تسمح بذلك القوانين الجزائية؟ وما هو المطلوب من تعديلات تشريعية حتى تتمكن أنظمة الذكاء الاصطناعي من الانخراط في هذا المجال؟ وهو ما سأبحثه لاحقاً.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني لاستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال

تبدأ مرحلة التحري والاستدلال منذ اللحظة الأولى لوقوع الجريمة لمعرفة كيف وقعت الجريمة وضبط الفاعلين والأجهزة المستخدمة ورفع بصمات المشتبه بهم وإحالتهم إلى النيابة العامة. ويعد التحري عن الجريمة من أهم الإجراءات وأبرزها، التي تتبع من أجل الكشف عن الجريمة، ومعرفة الفاعل من قبل المكلفين قانوناً للقيام بهذه المهمة، وشدة إجراءات التحري تتفق مع خطورة الجريمة، ومدى تأثيرها على المجتمع (1).

وتنظم عملية التحري في التشريع الجزائري الأردني والعديد من التشريعات الجزائية المقارنة من خلال تنظيم المحاضر والكشوف الرسمية التي تتطلب كتابة بطريقة معينة وحفظاً بأسلوب محدد وفقاً لما هو منصوص عليه قانوناً.

وكان على الضابطة العدلية في كثير من الأحيان الانتقال إلى مسرح الجريمة ومعاينة الجريمة على أرض الواقع وكتابة التقرير التحقيقي المفصل وبيان المشاهد التي اطلع عليها المحقق، ويمكن أن يتطلب ذلك العودة إلى مسرح الجريمة مرة أخرى بقرار من المدعي العام الذي يعتبر رئيساً للضابطة العدلية في حال عدم وضوح البيانات أو المعلومات أو وجود نقص في الاستدلال.

لكن السؤال الذي يثور في ظل ما نشهده من تطور تقني سواء في مجال تطور أنظمة الذكاء الاصطناعي، هل ما نزال فعلاً بحاجة إلى الوسائل التقليدية في التحقيق والتحري وجمع الأدلة والاستدلال؟ وهل تواكب التشريعات القانونية التطور الحاصل في هذا المجال؟ أم هل يجب إعادة النظر في مجمل نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية؟ وهو ما سأحاول الإجابة عنه بشكل أكثر تفصيلاً من خلال البحث في الإشكاليات القانونية لاستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال في المطلب الأول، ثم ناقش في المطلب الثاني الحلول القانونية لاستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال.

(1) الفلاح، بلقيس غازي عيدان، وحبوب، رحمة الله (2018)، الجهات المختصة بإجراء التحري في القانون العراقي، مجلة كلية المعارف الجامعية، بغداد، العراق، ص 454.

المطلب الأول: الإشكاليات القانونية لاستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال

يثير استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال العديد من الإشكاليات القانونية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، حيث تنص الفقرة 1 من المادة 8 على إجراءات محددة يجب الالتزام بها من قبل أشخاص محددين قانوناً⁽¹⁾.

ولم تتصور أن يكون نظام الذكاء الاصطناعي ضمن الضابطة العدلية، كما لا تتصور الفقرة 1 من المادة 9 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وجود أنظمة متطورة تشمل الذكاء الاصطناعي في عمليات التحري والتحقيق⁽²⁾.

ومن هنا يلاحظ من خلال النصين الواردين في أعلاه أن آليات التحقيق تعاملت مع هذه الإجراءات بالطريقة التقليدية، وهو ما يستدعي دراسة الإشكاليات القانونية في قانون أصول المحاكمات الجزائية والقوانين المقارنة، وهو ما سنتناوله في فرعين:

الفرع الأول: التنظيم القانوني في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني

لا يوجد حتى الآن نص قانوني يدعم تقنيات الذكاء الاصطناعي خصوصاً في المجالات التحقيقية، والتحري والاستدلال عن الجريمة، ومن هنا فإن التحري عن الجريمة بموجب قانون أصول المحاكمات الجزائية وعمل الضابطة العدلية والنيابة العامة لا بد أن يتم وفقاً للإجراءات التقليدية المنصوص عليها فيه تحت طائلة البطلان.

وبالتالي، فإن عدم النص على تقنيات الذكاء الاصطناعي لا يمكن أن يضعها ضمن الوسائل التشريعية التي تستند إليها النيابة العامة والضابطة العدلية في الكشف عن الجرائم، وتحديد الجناة، لأن اتخاذها ضمن الوسائل يمكن أن يجعل من آلية التحري باطلة، وبالتالي فإن ذلك سوف يبطل كل الإجراءات اللاحقة تبعاً، لأن ما بني على باطل فهو باطل، لكن لا يقصد في ذلك استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في جمع الأدلة وإنما أن يقوم الذكاء نفسه بالتحقيق مع المشتبه به.

ولم تراعى المادة 10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية التطورات الحاصلة في هذا المجال؛ إذ نصت على أن "تواظير القرى العموميين والخصوصيين وموظفي مراقبة الشركات وأموري الصحة ومحافظي الجمارك ومحافظي الحراج ومراقبي الآثار لهم الحق في ضبط المخالفات وفقاً للقوانين والأنظمة المنوط بهم تطبيقها ويودعون

⁽¹⁾ نصت الفقرة الأولى من المادة 8 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن "موظفي الضابطة العدلية مكلفون باستقصاء الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها وإحالتهم على المحاكم الموكل إليها أمر معاقبتهم"، كما تنص الفقرة الثانية من المادة الثامنة على أنه "يقوم بوظائف الضابطة العدلية المدعي العام ومساعدوه ويقوم به أيضاً قضاة الصلح في المراكز التي لا يوجد فيها مدع عام، كل ذلك ضمن القواعد المحددة في القانون".

⁽²⁾ نصت المادة 9 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه "يساعد المدعي العام في إجراء وظائف الضابطة العدلية كل من الحكام الإداريون ومدير الأمن العام ومديرو الشرطة ورؤساء المراكز الأمنية وضباط وأفراد الشرطة، والموظفون المكلفون بالتحري والمباحث الجنائية، والمخاتير ورؤساء المراكب البحرية والجوية، وجميع الموظفين الذين حولوا صلاحيات الضابطة العدلية بموجب هذا القانون والقوانين والأنظمة ذات العلاقة"، كما تنص الفقرة الثانية على أنه "يقوم كل من الموظفين المذكورين بوظائف الضابطة العدلية في نطاق الصلاحيات المعطاة لهم في هذا القانون والقوانين الخاصة بهم".

إلى المرجع القضائي المختص المحاضر المنظمة بهذه المخالفات"، وهي مادة قانونية بحاجة إلى تعديل من وجهة نظري لسببين:

1. عدم وجود نواظير قرى عموميين وخصوصيين في الوقت الحاضر، ما يعني عدم مراعاة التشريع للتطور الحاصل في هذا المجال.

2. إمكانية أن تقوم تقنيات الذكاء الاصطناعي بدور مراقبة الشركات وأموري الصحة ومحافظي الجمارك والحراج ومراقبي الآثار اليوم، التي يمكن لها ببساطة أن تقوم بذات الدور ويمكن الاعتماد على البيانات والمعلومات التي تتوافر لديها في إجراء التحقيقات وكشف أي جرائم تقع في هذه المجالات.

كما لم تراعى المادة 11 من القانون التطور الحاصل في عمل النيابة العامة؛ إذ نصت الفقرة الأولى منها على أنه "يتولى النيابة العامة قضاة يمارسون الصلاحيات الممنوحة لهم قانوناً وهم مرتبطون بقاعدة تسلسل السلطة وتابعون إدارياً لوزير العدلية"، فيما نصت الفقرة الثانية على أنه "يلزم موظفو النيابة العامة في معاملاتهم ومطالبهم الخطية باتباع الأوامر الخطية الصادرة إليهم من رؤسائهم أو من وزير العدلية"، علماً أن الكثير من المخاطبات اليوم تتم من خلال البريد الإلكتروني أو الوسائل التقنية الحديثة والتطبيقات الذكية.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني في قوانين أصول الإجراءات الجزائية المقارنة

بعد تناول ضرورة تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، فيما يتعلق بإجراءات التحري والتحقيق من خلال تقنيات الذكاء الاصطناعي، فلا بد من الإشارة إلى موقف التشريعات الجزائية المقارنة في هذا المجال سواء العربية أو العالمية.

لكن قبل ذلك، لا بد من الإشارة إلى أن التقرير الصادر عام 2008 بعنوان "الروبوتات العسكرية المستقلة، المخاطر، والأخلاقيات، والتصميم"، الذي أعده قسم الأخلاقيات والتكنولوجيا الناشئة في جامعة ولاية كاليفورنيا للتقنيات المتعددة، والذي جاء فيه أن الروبوت القتالي يتمتع بقدر كاف من الذكاء بما يمكنه من التمييز بين الجنود والمدنيين، ما يعني ضرورة مواكبة التشريعات الجزائية لهذا التقدم في مجال الذكاء الاصطناعي⁽¹⁾.

ومن هنا يشار إلى أن العديد من دول الخليج العربي بدأت تعتمد على تقنيات الذكاء الاصطناعي، لكنها ما زالت غير مستخدمة في عمليات التحري والتحقيق ومن الأمثلة على ذلك مملكة البحرين التي ما زالت تشريعاتها تعتمد على عمليات التحري بالوسائل التقليدية المعروفة.

ونص قانون الإجراءات الجنائية البحريني في المادة 7 منه على أنه "تختص النيابة العامة وحدها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون. ولا يجوز التنازل عن الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون".

(1) البوفلاسة، عبدالله ناصر (2021)، المسؤولية الجنائية الناجمة عن جرائم الذكاء الاصطناعي، مجلة الأمن الصادرة عن وزارة الداخلية البحرينية، ص 57 وما بعدها. رابط: <https://www.policemc.gov.bh/al-amn-magazine/al-amn-magazine/115164> (تاريخ الزيارة - 21 - حزيران - 2021).

كما تنص المادة 43 من القانون ذاته على أنه "يقوم مأمورو الضبط القضائي بتقصي الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق والتصرف في الدعوى"، وتنص المادة 44 من القانون "يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم..".

وجاء في المادة 45 من القانون أنه "يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم:

أ . أعضاء النيابة العامة.

ب . ضباط وضباط الصف وأفراد قوات الأمن العام.

ج . حرس الحدود والموانئ والمطارات.

د . مفتشو الجمارك.

وللمحافظ في دائرة اختصاصه أن يؤدي الأعمال التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي. ويجوز بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في دوائر اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال وظيفتهم".

ومن هنا نلاحظ أن قانون الإجراءات الجزائية البحريني لم ينص على أنظمة الذكاء الاصطناعي، لا بل ذهب إلى الوسائل التقليدية في نص المادة 82 منه عندما نص على أنه "يصطحب عضو النيابة العامة في التحقيق أحد كتاب النيابة العامة لتحرير المحاضر اللازمة، ويجوز له عند الضرورة أن يكلف غيره بذلك بعد تحليفه اليمين ويوقع عضو النيابة العامة والكااتب على كل صفحة من هذه المحاضر. وعضو النيابة العامة أن يثبت ما تقتضيه الضرورة من إجراءات التحقيق قبل حضور الكااتب، وتحفظ المحاضر مع باقي الأوراق في قسم الكااتب".

لكن دولة الإمارات العربية المتحدة اتخذت منحنى آخر، حيث أعلنت عن توجهها إلى ما يسمى بالعدالة الرقمية، وذلك عبر دمج الذكاء الاصطناعي في المحاكمات، لكن ذلك بالطبع يتطلب تعديلاً تشريعياً، فحتى الآن لم يتصور قانون أصول المحاكمات الجزائية الإماراتي الصادر عن 1992 وجود أنظمة للذكاء الاصطناعي يمكن أن تسهم في عمليات التحقيق والتحري بحد ذاتها، ذلك أنه من مراجعة النصوص القانونية الواردة في القانون نجد أنها تتشابه إلى حد كبير مع النصوص الواردة في قانون الإجراءات الجزائية البحريني، كما هو الحال بالنسبة لقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

وتنص المادة 30 من القانون على أنه "يقوم مأمورو الضبط القضائي بتقصي الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاثام". كما تنص المادة 31 من القانون على أنه "يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال وظيفتهم"، كما حددت المادة 33 مجموعة من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم وهم: 1- أعضاء النيابة العامة. 2- ضباط الشرطة وصف ضباطها وأفرادها. 3- ضباط وصف ضباط وأفراد حرس الحدود والسواحل. 4- ضباط الجوازات. 5- ضباط الموانئ البحرية والجوية من رجال الشرطة أو القوات المسلحة. 6- ضباط وصف ضباط الدفاع المدني. 7- مفتشو البلديات. 8- مفتشو وزارة العمل والشؤون الاجتماعية. 9- مفتشو وزارة الصحة. 10- الموظفون المخولون صفة مأموري الضبط القضائي بمقتضى القوانين والمراسيم والقرارات المعمول بها".

ومن هنا فإنه بمقارنة قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني مع قانون أصول المحاكمات الجزائية الإماراتي وقانون الإجراءات الجنائية البحريني، نجد أنها تتشابه في المضمون وأنها جميعها بحاجة إلى تعديل لإدخال أنظمة الذكاء الاصطناعي في عمليات التحري والاستدلال من خلال قيام أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها في عمليات التحري والاستدلال، كما هو الحال بالنسبة للصين التي توفر خدمة التقاضي من خلال أنظمة الذكاء الاصطناعي، كما تتم عملية التقاضي في أستونيا في القضايا التي تقل فيها المطالبات المالية عن 7 آلاف يورو من خلال قاضٍ اصطناعي، وفي الولايات المتحدة تستخدم هذه الأنظمة في عملية تحليل البيانات في القضايا الجنائية لا سيما المعقدة منها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الحلول القانونية لقيام أنظمة الذكاء الاصطناعي بعملية التحري والاستدلال

لا بد من الإشارة إلى أنه مع تطور الزمن فإن الرفاهية تتزايد، لكن الخطورة الجرمية تتزايد أيضاً؛ إذ يصبح من الصعب أن يتم ضبط بعض الجرائم خصوصاً التي تتخذ من خلال الأنظمة التقنية الحديثة، ومنها أنظمة الذكاء الاصطناعي نظراً للدقة الكبيرة التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي وقدرته على التعامل مع الخوارزميات.

ومن هنا فإن التعامل مع الجريمة خصوصاً المرتكبة بواسطة أنظمة الذكاء الاصطناعي يتطلب أدوات قادرة على ضبطها والتعامل معها؛ حيث تمتاز الجريمة المعلوماتية بالعديد من المميزات والخصائص، ومن أبرزها:

- سهولة ارتكاب الجريمة المعلوماتية وسهولة إخفاء معالمها.
- تتطلب هذه الجرائم قدر كبير من الذكاء ومن ثم فإن المحقق العادي قد لا يكون قادراً إلى الوصول إلى نتائج معينة.
- إمكانية ارتكاب الجريمة عن بعد؛ كأن يكون المجني عليه في مكان، والجاني في مكان آخر؛ لا بل قد يكون المجني عليه في دولة والجاني في دولة أخرى ما يشير إلى الصعوبات الناجمة عن الذكاء الاصطناعي⁽²⁾.

وبالتالي فإن الصعوبات التي يثيرها ارتكاب الجرائم في الوقت الحالي بسبب التطور الذي شهده العالم الحالي يتطلب التحري والتحقيق بذات القدرات والإمكانات التي تكون قد ارتكبت فيها الجريمة، وهو الأمر الذي يتطلب أن يقوم الذكاء الاصطناعي ذاته بالتحقيق والتحري وصولاً إلى نتيجة معينة، لكن هل هذا مسموح في ظل التطور الذي يشهده العالم اليوم؟

لا بد من التفرقة بين حالتين؛ وهما استخدام الضابطة العدلية للذكاء الاصطناعي في عملية التحقيق والتحري كأى جهاز إلكتروني آخر، أو قيام الذكاء الاصطناعي ذاته بعملية التحقيق والتحري، وهو ما سنتناوله تالياً.

(1) محمد، موفق مقال بعنوان، دمج الذكاء الاصطناعي في المحاكمات (2020)، وزارة العدل الإماراتية، رابط: <https://bit.ly/3tbTqc2> (تاريخ الزيارة - 21 - حزيران - 2021).

(2) الملا، إبراهيم حسن عبدالرحيم (2018)، الذكاء الاصطناعي والجريمة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، المجلد 26، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 135 - 138.

الفرع الأول: استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في عملية التحري والاستدلال

تعتبر الأدوات الرقمية وأنظمة الذكاء الاصطناعي وسيلة من الوسائل التي يمكن استخدامها في أنظمة التحري والاستدلال، وكما أشرنا سابقاً إلى أن أغلب الجرائم التي تقع بواسطة التقنيات المتطورة تكون صعبة الإثبات لذلك فإنها تحتاج إلى مجموعة من الوسائل⁽¹⁾ التي يمكن الإثبات من خلالها ومن أبرزها أنظمة الذكاء الاصطناعي؛ حيث استخدمتها العديد من الدول من أجل حل المشكلات الرقمية المعقدة كما هو الحال بالنسبة لدولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية والصين وأستونيا وغيرها.

وتمتاز هذه الأنظمة بقدرتها على التوصل إلى نتائج التحقيقات والتحري عن الجريمة والاستدلال من دون أي تدخل من العنصر البشري؛ ومن ثم الوصول إلى نتائج محددة تسهم في تحديد المجرمين الذين ارتكبوا الفعل بدقة.

وما زال الأردن لا يتصور استخدام هذه الأنظمة لكن النصوص الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية تتسع لاستخدام هذه الأنظمة باعتبارها وسيلة من وسائل التحري والاستدلال؛ حيث تنص المادة 30 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه "يقوم مأمورو الضبط القضائي بتقصي الجرائم والبحث عن مرتكبيها، وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاتهام".

كما تنص المادة 31 من القانون على أنه "يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام، وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال ووظائفهم"، لكن دولة الإمارات العربية المتحدة توجهت لاستخدام هذه الأنظمة في عمليات التحري والاستدلال رغم عدم النص القانوني على ذلك من خلال الضابطة العدلية وفقاً للمفهوم الوارد أعلاه باعتبارها وسائل تقنية يمكن استخدامها من قبل الضابطة العدلية.

ونص قانون الجرائم الإلكترونية الأردني في المادة 13 منه على إجراءات تتعلق بضبط الأجهزة الإلكترونية والتقنية المستخدمة في ارتكاب الجرائم؛ حيث جاء فيها "أ- مع مراعاة الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة ومراعاة حقوق المشتكى عليه الشخصية، يجوز لموظفي الضابطة العدلية، بعد الحصول على إذن من المدعي العام المختص أو من المحكمة المختصة، الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، كما يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل والشبكة المعلوماتية والوسائل التي تشير الدلائل في استخدامها لارتكاب أي من تلك الجرائم، وفي جميع الأحوال على الموظف الذي قام بالتفتيش أن ينظم محضراً بذلك ويقدمه إلى المدعي العام المختص. ب- مع مراعاة الفقرة (أ) من هذه المادة ومراعاة حقوق الآخرين ذوي النية الحسنة، وباستثناء المرخص لهم وفق أحكام قانون الاتصالات ممن لم يشتركوا بأي جريمة منصوص عليها في هذا القانون، يجوز لموظفي الضابطة العدلية ضبط الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل والشبكة المعلوماتية والوسائل المستخدمة لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها أو يشملها هذا القانون والأموال المتحصلة منها والتحفز على المعلومات والبيانات المتعلقة بارتكاب أي منها. ج - للمحكمة المختصة الحكم بمصادرة الأجهزة والأدوات والوسائل والمواد وتوقيف أو تعطيل عمل أي نظام

(1) العنزي، سليمان (2003)، وسائل التحقيق في جرائم نظم المعلومات، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 98.

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".

ويلاحظ من ذلك أنه لم يتضمن نصاً على إمكانية قيام الذكاء الاصطناعي باتخاذ هذه الإجراءات، ولم يعترف بها، وإنما نص على أن يقوم بإجراءات الضبط والتحري والاستدلال موظفو الضابطة العدلية كما هو الحال لما هو وارد في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والقوانين المقارنة؛ حيث لم يتصور المشرع الأردني حتى في نصوص قانون الجرائم الإلكترونية التي تعد نصوصاً قانونية خاصة، أن يقوم الذكاء الاصطناعي ذاته بعملية التحري والاستدلال حتى لو تم ارتكاب الجرم من خلاله.

ومن هنا نخلص إلى أنه بإمكان الضابطة العدلية استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في عملية التحري والاستدلال والبحث عن فاعل الجريمة لكن لا يجوز أن يوكل إلى النظام ذاته القيام بالتحري والاستدلال حتى لو كان قادراً على القيام بذلك، ذلك أنه على الرغم من صدور العديد من القوانين الخاصة بجرائم المعلوماتية والجرائم الإلكترونية إلا أن نصاً واحداً لم يرد فيها حول قيام الذكاء الاصطناعي ذاته بعملية التحري والاستدلال؛ لا بل لم يستخدم مصطلح الذكاء الاصطناعي وبقيت نصوص القانون تتحدث عن الجرائم المعلوماتية ولم تتطرق للذكاء الاصطناعي بمفهومه العلمي.

الفرع الثاني: تحري أنظمة الذكاء الاصطناعي عن الجرائم

لم يرد في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أي نص يشير إلى إمكانية التحري والاستدلال عن الجرائم من خلال أنظمة الذكاء الاصطناعي ذاتها؛ حيث تنص المادة 1 / 8 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على الدور الذي يقوم به موظفو الضابطة العدلية بقولها: "موظفو الضابطة العدلية مكلفون باستقصاء الجرائم وجمع أدلتها، والقبض على فاعليها، وإحالتهم على المحاكم الموكل إليها أمر معاقبتهم"، وتخضع الضابطة العدلية لإشراف السلطة القضائية، وتنص الفقرة 2 / 8 "يقوم بوظائف الضابطة العدلية المدعي العام، ومساعدوه، ويقوم به أيضاً قضاة الصلح في المراكز التي لا يوجد فيها مدع عام، كل ذلك ضمن القواعد المحددة في القانون". كما تنص المادة 9 من القانون على أنه "1- يساعد المدعي العام في إجراء وظائف الضابطة العدلية: الحكام الإداريون، مدير الأمن العام، مدير الشرطة، رؤساء المراكز الأمنية، ضباط وأفراد الشرطة، الموظفون المكلفون بالتحري والمباحث الجنائية، المخاتير، رؤساء المراكب البحرية والجوية، وجميع الموظفين الذين خولوا صلاحيات الضابطة العدلية بموجب هذا القانون والقوانين والأنظمة ذات العلاقة. 2- يقوم كل من الموظفين المذكورين بوظائف الضابطة العدلية في نطاق الصلاحيات المعطاة لهم في هذا القانون والقوانين الخاصة بهم".

كما نصت المادة 31 من القانون أنه "يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال ووظائفهم". ونصت المادة 33 من القانون، وفقاً لآخر تعديل عليها، على أن "يكون من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم: 1- أعضاء النيابة العامة، 2- ضباط الشرطة وصف ضباطها وأفرادها، 3- ضباط وصف ضباط وأفراد حرس الحدود والسواحل، 4 - ضباط الجوازات، 5- ضباط الموانئ البحرية والجوية من رجال الشرطة أو القوات المسلحة، 6- ضباط وصف ضباط الدفاع المدني، 7- مفتشو

البلديات، 8- مفتشو وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، 9- مفتشو وزارة الصحة، 10 - الموظفون المخولون صفة مأموري الضبط القضائي بمقتضى القوانين والمراسيم والقرارات".

ونص ذات القانون في المادة 34 منه على أنه "يجوز بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص أو السلطة المختصة تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في دائرة اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال ووظائفهم".

وباستعراض هذه النصوص جميعها نجد أن قيام الذكاء الاصطناعي ذاته بعملية التحري والاستدلال أمر غير متصور في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني تحت طائلة البطلان؛ لكن ذلك لا يمنع من استخدامه كوسيلة في عملية التحري والاستدلال؛ بمعنى أن استخدام الذكاء الاصطناعي جائز كاستخدام أي وسيلة لكن قيامه بالتحري بحد ذاته يجعل الإجراءات باطلة ويمكن الطعن فيها في أي مرحلة من مراحل التقاضي.

ويرى الباحث ضرورة أن يتنبه المشرع إلى ذلك سواء في قانون أصول المحاكمات الجزائية أو قانون الجرائم الإلكترونية لأهمية الذكاء الاصطناعي ودوره في المرحلة الحالية وذلك لما يشهده العالم من تقدم وتطور في مختلف المجالات. ويوصي الباحث بأن ينص المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الجزائية على إمكانية أن يقوم الذكاء الاصطناعي ذاته بالتحقيق في بعض الجرائم ذات الخصوصية التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتوصل الجهد البشري فيها إلى نتيجة ولا بد من أن يقوم بهذا الجهد الذكاء الاصطناعي.

الخاتمة

تناولت الدراسة العديد من الموضوعات حديث الساعة اليوم؛ خصوصاً فيما يتعلق باستخدامات أنظمة الذكاء الاصطناعي في ظل ما يشهده العالم من ثورة تكنولوجية وتقنية كبيرة، وقد حاول الباحث في ثناياها دراسة كل التفاصيل المتعلقة بمفاهيم الذكاء الاصطناعي، والتطور الذي يشهده العالم اليوم من خلالها والمميزات والخصائص التي تتمتع بها هذه الأنظمة من جهة والعيوب المتوافرة فيها.

كما فرق الباحث من خلال هذه الدراسة بين استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في التحري والاستدلال عن الجرائم وبين قيام الذكاء الاصطناعي ذاته بعملية التحري والاستدلال والتحقيق وهو أمر غير متصور في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والقوانين المقارنة تحت طائلة البطلان.

أولاً: النتائج

- تستخدم العديد من الدول العربية ودول العالم أنظمة الذكاء الاصطناعي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وألمانيا وعلى النطاق العربي الإمارات العربية المتحدة، في عمليات جمع البيانات والمعلومات، لكنها لم تستخدمها بشكل قانوني في عمليات الاستدلال والتحري والتحقيق من خلال الذكاء الاصطناعي ذاته.
- الأردن من الدول التي لم تستخدم أنظمة الذكاء الاصطناعي ولم تتصورها بعد في عملية التحري والاستدلال.

- بالرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالتحري والتحقيق في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني يمكن الاستعانة بأنظمة الذكاء الاصطناعي من خلال الضابطة العدلية، لكن لا يمكن للذكاء الاصطناعي ذاته بالقيام بعملية التحري والاستدلال تحت طائلة البطلان.

ثانياً: التوصيات

- توصي الدراسة بتعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية وذلك بإضافة ما يفيد بإمكانية استخدام الأنظمة التقنية المتطورة وأنظمة الذكاء الاصطناعي في عملية التحري والاستدلال.
- توصي الدراسة بإضافة نص قانوني في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني يتضمن إمكانية قيام الذكاء الاصطناعي بالتحري والاستدلال في الجرائم الذي تتطلب ذلك وفقاً لمجموعة من الضوابط المحددة؛ كعدم إمكانية اكتشاف الجرم سوى من خلال الذكاء الاصطناعي ذاته.
- توصي الدراسة بقيام الدول بعقد مجموعة من الاتفاقيات التي تسمح باستخدام هذه الأنظمة في الجرائم المنظمة العابرة للحدود.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- عيسى، هيثم السيد أحمد (2019)، التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً لللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات الشخصية لعام 2016، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- الفلاح، بلقيس غازي عيدان، وحبوب، رحمة الله (2018)، الجهات المختصة بإجراء التحري في القانون العراقي، مجلة كلية المعارف الجامعية، بغداد، العراق.
- محمد، سيد طنطاوي (2020)، الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي والروبوت، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية الاقتصادية والسياسية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

ثانياً: الرسائل العلمية

- العنزي، سليمان (2003)، وسائل التحقيق في جرائم نظم المعلومات، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

ثالثاً: الأبحاث العلمية

- البالي، عمار ياسر زهير (2020)، توظيف تقنيات الذكاء الاصطناعي في العمل الأمني: دراسة تطبيقية "الشرطة التنبؤية - أزمة فيروس كورونا بووهان الصينية"، مجلة الأمن والقانون، المجلد رقم 28، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- البوفلاسة، عبدالله ناصر (2021)، المسؤولية الجنائية الناجمة عن جرائم الذكاء الاصطناعي، مجلة الأمن الصادرة عن وزارة الداخلية البحرينية.
- خليفة، محمد محمد طه (2018)، الذكاء الاصطناعي في ميزان التشريع، مجلة دبي القانونية، مجلة فصلية تصدر عن النيابة العامة في إمارة دبي، العدد 28، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- الملا، إبراهيم حسن عبدالرحيم (2018)، الذكاء الاصطناعي والجريمة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، المجلد 26، العدد 1، أكاديمية شرطة دبي، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- الملا، معاذ سليمان، توظيف تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في مكافحة جرائم الفساد بين الممكن والمأمول: دراسة وصفية في حقل القانون الجزائري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 10، سبتمبر 2021، الكويت.

رابعاً: المقالات العلمية

- أحمد حازم، مصطفى (2015)، مقال بعنوان "تقنية المعلومات"، حكومة دبي، هيئة المعرفة والتنمية البشرية، دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.

- بارانيوك، كريس (2019)، مقال بعنوان "وسيلة مبتكرة تساعد المحققين في كشف خيوط الجرائم الغامضة"، هيئة الإذاعة البريطانية "بي بي سي"، رابط: <https://www.bbc.com/arabic/vert-fut-47459695>
- بارانيوك، كريس (2019)، مقال بعنوان "وسيلة مبتكرة تساعد المحققين في كشف خيوط الجرائم الغامضة"، هيئة الإذاعة البريطانية "بي بي سي"، رابط: <https://www.bbc.com/arabic/vert-fut-47459695>
- زايد، هاني (2017)، الذكاء الاصطناعي يتفوق على البشر في غضون 45 عاماً، موقع سيناتيفك أمريكي للعلم، رابط: <https://bit.ly/3wykrsf>
- غانسيا، غابرييل (2018)، الذكاء الاصطناعي: بين الأسطورة والواقع، منشورات اليونيسكو، رابط: <https://bit.ly/39Lcw0S>
- مقال بعنوان، دمج الذكاء الاصطناعي في المحاكمات (2020)، وزارة العدل الإماراتية، رابط: <https://bit.ly/3tbTqc2>
- مقالة أعتها إم أي تي تكنولوجي ريفيو العربية (2020)، تعرف على تاريخ تطور الذكاء الاصطناعي وآلية عمله، رابط: <https://bit.ly/3wtMKbm>

خامساً: المراجع الأجنبية

- Drim, Fatima Zahra (2021), the role of artificial intelligence in eliminating economic cybercrime: judicial and ethical issues, **International Journal of Social Communication**, Vol. 8, Issue 1, pp.119-134.
- Isabelle Adam, **are emerging technologies helping win the fight against corruption in developing countries?** Pathways for Prosperity Commission Background Paper Series; no. 21 Affiliation: University of Oxford.
- Joshi Neveen (2019), **The rise of AI in crime prevention and detection**, link: <https://bit.ly/3cRBwPk>
- Lien Tracey and Borowiec Steven, **AlphaGo beats human Go champ in milestone for artificial intelligence**, link: <https://www.latimes.com/world/asia/la-fg-korea-alphago-20160312-story.html>

سادساً: القوانين والتشريعات

- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني
- قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي
- قانون الجرائم الإلكترونية الأردني

حجية الاعتراف أمام القاضي الجنائي في التشريع الجزائي الأردني

أحمد فايز موسى السواعير *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.09](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.09)

تاريخ استلام البحث 2023/01/31

تاريخ قبول البحث 2023/03/16

*باحث دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عمان الاهلية، الاردن.

*للمراسلة hashem.sawaer@yahoo.com

المخلص

تناولت هذه الدراسة الاعتراف في الدعوى الجزائية، حيث تم التركيز على ماهية الاعتراف من خلال الحديث عن مفهومه وعناصره، ثم طبيعته القانونية، وما يتشعب إليه من أنواع، وأخيراً من طرف خصائصه المتضمنة جواز تجزئته، وإمكانية العدول عنه، ثم تم البحث في شروط صحة الاعتراف من شرط الأهلية الإجرائية للمُعترف، إلى شرط صراحة الاعتراف، ومن ثم مطابقتها للحقيقة والواقع، وأن يكون مستنداً لإجراءات قانونية صحيحة، وأن يكون صادراً عن إرادة حرة واختيار، وأن الاعتراف يجب أن يتصف بالصراحة والوضوح، وأن يتناول مادة الجريمة بركانها المادي ونتيجتها المتحققة، وأنه يمكن تجزئته من قبل المحكمة، وتم التوصل في نهاية البحث إلى نتيجة مفادها أن الاعتراف يشتمل على محورين: المُعترف ذاته كطرف يفضي بإيضاحات ومعلومات تتعلق بشخصه لا بغيره، والجريمة بوقائعها وملابساتها التي تكون محلاً لما يصدر عن المُعترف، وأوصى الباحث مشرعنا الأردني بتعديل نص المادة(216) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بما يضمن جعل الاعتراف مرتبطاً بأفعال مادية يُدركها المتهم فيعترف بها أو لا يعترف، بعيداً عن الوصف أو التكييف القانوني.

الكلمات الدالة: الاعتراف، الإقرار المدني، الشهادة، الأهلية الإجرائية.

The Authoritative Confession before the Criminal Judge in the Jordanian Penal Legislation

Ahmad Fayez Musa Alswaer *

* PhD researcher, Faculty of Law, AAU University, Jordan

* Crossponding author: hashem.sawaer@yahoo.com

Received: 31/01/2023.

Accepted: 16/03/2023.

Abstract

This study tackled confession in criminal cases, whereby the focus was on the concept of confession; its definition and elements, derivatives, its legal nature, its types, its characteristics, and the admissibility of revoking or withdrawing it. Then, this study researched the condition of the procedural capacity of the confessor; the mental and legal capacity of the confessor. It also examined the validity of the confession. And then its conformity with the truth and reality, as well as being based on correct legal procedures. This study emphasized the importance of taking the admission from an individual who is not subjected to duress or threat, and have elected to give his admission according to his free will pursuant to what has been well settled legally and judicially. The study concludes that the confession must be frank and clear, that it deals with the material of the crime, its material element and its achieved result, and that the court is free to accept it or some of it. At the end of the research it was concluded that the confession includes the confessor himself as a party who gives clarifications and information related to his person, and the crime with its facts and circumstances, and the researcher recommended our Jordanian legislator to amend the text of the article (216) of the Code of Criminal Procedure, which ensures that the confession is linked to material actions that the accused is aware of, so he confesses to them or not, away from legal description.

Keywords: Confession, Acknowledgment, testimony, Exclusive eligibility.

المقدمة

بعد أن عرفت البشرية بشاعة الإجرام وفضاعته المشؤومة، وعندما عانت الإنسانية مأس وويلات رافقها غياب العدالة وانعدام الكرامة دون أي اعتبار لإنسانية الإنسان ورفقه ونخبويته! أضحى سبيل القانون وسيلة البشر الأولى لحل نزاعاتهم، وأنيط بجهات القانون والقضاء مهمة الكشف عما يتهدد المجتمعات الإنسانية من جرائم تقوّض استقرارها ومعاشها، وذلك من خلال جمع أدلتها، واقتفاء أثرها، وجمع خيوطها المتشعبة المتناثرة، ومن هذه الأدلة ظهر الاعتراف كوسيلة إثباتية هامة في الطريق إلى كشف النقاب عن الجريمة وربطها بالفاعل، وإظهار سيادة الدول ومقدرتها على كبح الجرائم وضبط الفاعلين انطلاقاً من ولايتها العامة التي يشكّل الأمن والقضاء فيها أولوية أولى بلا أي منازع.

ومع مرور الزمن وتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتشريعية، تطور مفهوم الاعتراف كوسيلة إثباتية، وأصبح محجاً لدراسة الفقهاء والمشتغلين بالقانون والقضاء؛ لما له من أهمية بالغة في مرحلة الاستدلالات وما يتبعها من مرحلة التحقيق الابتدائي ومن ثم مرحلة المحاكمة، من حيث توجيهه لدفة التحقيق في مسار معين؛ ولاختلاف وجهات النظر حول تقدير هذا الدليل الهام، وما يتطلبه الاعتراف من أركان وظروف؛ يبرز الاعتراف كموضوع حقيق بالدراسة من جديد يمكن من خلاله قطف ثمار المعرفة القانونية الصحيحة في أي جزئية من جزئياته أو منعطف من منعطفاته.

إشكالية الدراسة:

تتلخص إشكالية هذه الدراسة في ماهية الاعتراف وأحكامه في التشريع الجنائي الأردني وأوجه كمالها و قصورها إن وجدت ويتفرع من هذه الإشكاليه مجموعة من التساؤلات منها:

- ما هو مفهوم الاعتراف الجنائي؟
- كيف يتم تمييز الاعتراف الجنائي عن أدلة الإثبات الجنائي الأخرى؟
- ما هي شروط صحة الاعتراف حتى يتم الاعتداد به؟

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية بما يلي :

1. إن الاعتراف بوصفه دليلاً من أدلة الإثبات الجزائي يحتل مكانة خاصة لدى رجال الفقه والقضاء والقانون، سيما بالنظر إلى ما يعتره من إشكاليات جوهرية من جهة قوته الإقناعية والثبوتية، سيما في ظل الخلافات الفقهية والاختلافات القانونية حول صحة الاعتراف في الإثبات الجزائي ومدى مطابقته للشروط والأوضاع القانونية.

2. تمييز الاعتراف كأحد أدلة الإثبات مع ما شابهه من أدلة الإثبات الأخرى، سيما الشهادة والإقرار المدني.

أما من الناحية العملية فتتمثل أهمية هذه الدراسة في أنها:

1. تركز على واحد من أكثر أدلة الإثبات حساسية و دقة، الا وهو الاعتراف؛ نظراً لأنه يتضمن ما يبوح الإنسان على نفسه بما يؤدي إلى إدانته؛ ما يتطلب التأكد من ظروف الإدلاء به وخلوه من الإكراه.

2. تحاول لفت نظر المشرع الأردني إلى ما يعترى بعض نصوصه ذات الصلة بالاعتراف من مواطن نقص وخلل وقصور - إن وجدت - .

أسئلة الدراسة:

تكمّن أهم أسئلة هذه الدراسة فيما يلي:

1. هل عالج المشرع الأردني الاعتراف بصفته دليلاً في الإثبات الجزائي؟
2. هل كل اعتراف يصدر عن المشتكى عليه يصلح دليلاً أم أن هنالك ثمة شروط مطلوبة ابتداءً؟
3. ما هي عناصر الاعتراف ومحتوياته التي من شأنها ترتيب آثاره القانونية؟

منهج الدراسة:

تتخذ هذه الدراسة المنهج الوصفي في معرض سردها لهذه الدراسة بما احتوته من آراء فقهية ومعالجات قانونية للاعتراف، وما يتضمنه من شروط وأركان متفق على صحتها ورجاحتها، كما أنها تتوسل بالمنهج التحليلي في تفسير ما ذهب إليه المشرع والفقهاء من كافة مشاربهم لتوضيح الصورة جلية دون أي لبس أو غموض، علاوة على اتباع المنهج النقدي الذي يحاول الباحث من خلاله إضافة ولو نزر يسير من الجدة فينظرها الباحث بعين المتسائل عن الأجدى والأنجع من خلال الحجج والبراهين العلمية والمنطق السليم.

حدود الدراسة:

إن حدود هذه الدراسة الموضوعية إنما تنحصر في الاعتراف كأحد أدلة الإثبات في الحقل الجزائي ويخرج عن نطاق بحثها أي دليل آخر من هذه الأدلة. أما حدود الدراسة المكانية فهي ضمن نطاق المملكة الأردنية الهاشمية فقط وإن تم التطرق جزئياً إلى بعض المعالجات والاجتهادات في الفقه والقضاء والتشريع المقارن. في حين أن الحدود الزمانية لهذه الدراسة فهي في إطار العام 2023 ميلادي مستقلة بذلك عن أي بعد زمني آخر.

مصطلحات الدراسة:

تالياً أهم المصطلحات المتعلقة بموضوع الدراسة :

- الاعتراف : وسيلة من وسائل الإثبات في الحقل الجنائي التي قد تعتمدها المحكمة النازرة للدعوى إن هي استوفت شروطاً وأحكاماً معينة.
- تجزئة الاعتراف : أحد خصائص الاعتراف كوسيلة من وسائل الإثبات، وتعني أن المحكمة المختصة لها الحق في الأخذ بما تطمئن له من جوانب الاعتراف الذي يُدلي به المعترف، وأن تطرح ما عدا ذلك، أي أن تنتقي فقط ما يرتاح إليه وجدانها مما تضمنه الاعتراف.
- العدول عن الاعتراف : أي أنه يحق للمعترف أن يعود عن اعترافه بعد أن باح به، وأن يناقض ما كان منه، سواء أمام المدعي العام أو المحكمة، وإن له مطلق الحرية في ذلك.

- الأهلية الإجرائية : وهو شرط ينبغي توافره لمن أراد الاعتراف بجرم ما، وتعني الأهلية الإجرائية صلاحية الشخص لمباشرة إجراء معين بشكل يرتب آثاره القانونية.

المبحث الأول

ماهية الاعتراف

إن الناظر إلى الاعتراف كدليل إثبات، يجد أنه يمتاز بقوة ورسوخ لا تتوفر في أدلة الإثبات الأخرى، وأنه وفي أحيان كثيرة-وحال سلامته من الإكراه والجبر- يقود إلى الحقيقة ويصب في صالح العدالة؛ ما يجعله بحق كنزاً دقيماً وثميناً إن تحقق ضمن ضوابط وشروط محددة سيتم التعرض لها في خضم هذه الدراسة تبعاً. ولما كان يُنظر إلى الاعتراف على أنه سيّد الأدلة، و كان الاعتقاد السائد لدى البعض أن ورود الاعتراف في الدعوى هو بمثابة الوصول إلى نهاية التحقيق أو المحاكمة باعتبار حجيته ورجاحته، وعلى الرغم من تناول هذا الموضوع في العديد من الدراسات والمؤلفات، فإن إعادة دراسة الاعتراف، والبحث في ماهيته وشروطه وحجيته وغيرها يغدو أمراً محموداً ومُلحاً عند تناول جزئية فيه لم تبحث من قبل، أو زاوية لم يطالها العلاج كما يجب. وقد ارتأى الباحث تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين : حُصص الأول لدراسة مفهوم الاعتراف من الناحية اللغوية والاصطلاحية وتحديد عناصره تمييزاً له عما يشابهه من مفاهيم، فيما يركّز المطلب الثاني على خصائص يتفرد بها.

المطلب الأول: مفهوم الاعتراف

إن أي المصطلح إذا أُريد له أن يخضع للبيان والتوضيح؛ فلا بد من الالتفات إلى مدلوله من حيث اللغة، ومن ثم الولوج إلى المعنى الاصطلاحي الذي يتضمن تفصيلاً أكثر وأقرب إلى فهم المتلقي أو القارئ. وبناء على ما تقدم فسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة: يعرض الأول منها لمعنى الاعتراف لغة واصطلاحاً، ويلقي الثاني الضوء على عناصر الاعتراف، في حين يُفرد الفرع الثالث لتمييز الاعتراف عما يشابهه من نماذج قانونية.

الفرع الأول: معنى الاعتراف

الاعتراف لغةً من النَّسَب، نقول فلانٌ اعترف بشيءٍ أي: نَسَبَهُ إِلَيْهِ وأَقَرَّ بصحة ذلك⁽¹⁾، ويعني أيضاً الإقرار بالذنب، وأقرّ بالحق يعني: اعترف به، والاعترافُ بالجميل عرفانُه⁽²⁾، وهو حسب الفقه الشرعي الإخبارُ بما على الإنسان من الحق للغير.

أما من الناحية الاصطلاحية⁽³⁾ فقد تنوّعت مفاهيم الاعتراف وتباينت، فمن الفقهاء من عرّفه على أنه: "إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكوّنة للجريمة كلها أو بعضها وهو عمل إرادي يُنسبُ به المتهم إلى نفسه

(1) الكرّمى، حسن سعيد، دت، الهادي إلى لغة العرب، ج3، ط1، دار لبنان للنشر والتوزيع، ص 198.

(2) ابن باصر، يوسف، (2006)، التطور الحقوقي للاعتراف في المنظومة القانونية والقضائية، مجلة الملف، العدد9، ص139.

(3) الملا، سامي صادق، (1975)، اعتراف المتهم، ط2، دون ناشر، القاهرة، ص8.

ارتكاب وقائع معينة مما تتكون به الجريمة"، ووصف كذلك أنه: "إقرار المتهم على نفسه بصدور الواقعة الإجرامية عنه؛ فالمتهم هو المقر وهو نفسه الذي تنسب إليه الواقعة موضوع الإقرار"⁽¹⁾.

إلا أن فريقاً آخر من الفقهاء عرّفه من جهة قوته الثبوتية وأنه يتسبّد الأدلة كلها بأنه: "قولٌ صادر من المتهم يقرّ فيه بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة كلّها أو بعضها وهو بذلك أقوى الأدلة وسيدها"⁽²⁾، وقيل عنه في هذا الصدد أنه: "إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المسندة إليه وأنه سيد الأدلة وأقواها تأثيراً في نفس القاضي وأنه" لا يستجمع سيادته على الأدلة إلا إذا استوفى سائر شروط صحته ودلالته"، كما عرّف على أنه: "إقرار بنسبة الوقائع إلى المتهم المُعترف؛ إذ لا يعد اعترافاً ما يصدر منه على غيره من المتهمين وإنما يكون حينها داخلاً في باب الشهادة، أما إضفاء الوصف القانوني على هذه الوقائع فهو من اختصاص المحكمة"⁽³⁾.

وهنا إن نفى المتهم ما نسب إليه من فعل جرمي، وأشار إلى متهم آخر على أنه هو من ارتكب ذلك الفعل، فإن ذلك يسمى في الفقه الجزائي بـ "العطف الجرمي"، وهو ما لا يصلح في الإدانة، إن لم يُعزز بدليلٍ آخر يسانده⁽⁴⁾. وعلى الجانب الآخر يرى خصوم الاعتراف أنه لا يصلح نهائياً للإثبات؛ لأنه - على حد وصفهم - لا يصدر إلا من شخصٍ أبله أو مريض أو غير مسيطر على أعصابه، حيث يضعف بمواجهة ضابط الشرطة أو قاضي التحقيق أو المحكمة، فيهذي بالاعتراف استجابة لرغبة هؤلاء، أما من أنعم الله عليه بالهدوء والتفكير، فلا يُعقل أن يعترف بأي جريمة، أو أن يعرض نفسه للعقوبة الجنائية⁽⁵⁾.

وقد تطرّق المشرع الأردني ومن خلال قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى الاعتراف دون أن يتطرق إلى تعريفه بعبارة مباشرة، حيث أجاز للمحكمة أن تقضي بالإدانة بناء على اعتراف المتهم دون سماع الشهود، وهو أمر جوازي للمحكمة، باستثناء المرافعة التي يجب أن تجريها المحكمة؛ فربما أسفرت عن سببٍ مخففٍ يحط من قدر العقوبة⁽⁶⁾.

ويلاحظ الباحث أن الاعتراف كمفهوم لم يرد في نصوص القوانين الجزائية المختلفة، وأن الفقه هو من تصدى لذلك⁽⁷⁾، ولا غرو في ذلك؛ فهذا هو شأن الفقه كما هو دأب التشريع بترك هذه المهمة المتعلقة بتحديد المفاهيم القانونية للفقه والقضاء، وما يذهبون إليه من اجتهادات، حتى لا يقع المُشرّع في شرك التعديل المتلاحق كلما تبين له وجود نقص أو وهن فيما يورده من تعريف لأي مصطلح قانوني.

(1) حسني، محمود نجيب، (1988)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص461. سرور، أحمد فتحي، (1981)،

الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، م1، ج1 و2، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، ص421.

(2) خليل، عدلي، (2004)، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، مصر - المحلة الكبرى، ص20.

(3) عبيد، رؤوف، (2006)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ص696.

(4) سرور، أحمد فتحي، (1985)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص333.

(5) الجوخدار، حسن، (1992)، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص383.

(6) المادة (216) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961 وتعديلاته المنشور على الصفحة 311 من عدد الجريدة الرسمية رقم (1539) تاريخ 16/3/1961 تنص على أنه: (1- بعد أن يتلو الكاتب ما ذكر في المادة السابقة من قرارات ووثائق وبعد أن يوضح ممثل النيابة وقائع الدعوى، والمدعي الشخصي أو وكيله شكواه، يسأل الرئيس المتهم عن التهمة المسندة إليه. 2- إذا اعترف المتهم بالتهمة يأمر الرئيس بتسجيل اعترافه بكلمات أقرب ما تكون إلى الألفاظ التي استعملها في اعترافه ويجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه وعندئذ تحكم عليه بالعقوبة التي تستلزمها جريمته إلا إذا رأت خلاف ذلك. 3- إذا رفض المتهم الإجابة يُعتبر غير معترف بالتهمة ويأمر رئيس المحكمة بتدوين ذلك في الضبط. 4- إذا أنكر المتهم التهمة أو رفض الإجابة أو لم تنفع المحكمة باعترافه بها تشرع في الاستماع إلى شهود الإثبات).

(7) المرصفاوي، حسن صادق، (1981)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، الطبعة الأخيرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص688.

الفرع الثاني: عناصر الاعتراف

إذا كان الاعتراف ينصب على الواقعة الجرمية- كلاًها أو جزء منها- وإذا كان المعتبر ينسب هذه الواقعة لنفسه بإرادته الحرة دون تدخل من قبل أي كان؛ فلا بد من توافر عناصر معينة حتى يستوفي الاعتراف بنيته القانونية الصحيحة التي يُعْتَدُّ بها.

ولنتناول هذه العناصر فسيتم تقسيم هذا الفرع إلى البحث في الإقرار على النفس كأحد عناصر الاعتراف أولاً، ومن ثم وروده على الواقعة الجرمية موضوع الدعوى.

أولاً: الإقرار على النفس

يجب أن يصدر الاعتراف عن المتهم بواقعة تتعلق بشخصه لا بغيره، فإن تضمن الاعتراف جرائم صادرة عن غيره فلا يعد ذلك اعترافاً بل شهادة⁽¹⁾، وهذا ما أكده قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: (إذا انصب اعتراف المتهم على الوقائع التي ارتكبها والمشكّلة للجريمة فإن هذا الاعتراف يعتبر اعترافاً قانونياً)، أما إقرار محام المتهم أثناء مرافعته أن موكله قد ارتكب الجريمة فعلاً، ومهما كان باعث هذا الإقرار، فإنه لا يعدُّ اعترافاً، ولا تعول المحكمة عليه، إلا إذا أقرَّ المتهم صراحةً بصحة ما صدر عن محاميه، وفي حال سكوت المتهم عن اعتراف المحام، فإن ذلك لا يعد حجة عليه ولا يُعتبر اعترافاً من جانبه، حتى لو لم يبدِ اعتراضه على ما قاله وكيله⁽²⁾.

وفي ذلك يرى الباحث أن تسامي الإنسان وإقدامه على الاعتراف بجرم ما ربما يهوي به في غياهب السجون رداً من الزمن يستحق أن يحاط بهالة من الضوابط، وأن توضع له من الضمانات ما يكفل شفافيته وتلقائيته وخلوه من الشوائب؛ فالمُعتَرَف لا يدلي بمعلومات عادية إنما هي مرتبطة بجريمة، كما أنه يفضي باعترافه هذا مؤشراً على نفسه مُديناً لها زاجاً بذاته في معترك الاتهام ودائرة الشك والإدانة، علاوة على ما يكتنف الاعتراف من ماضي مثقل بالأوزار لا يزال عالقاً في الأذهان منذ العصور القديمة والوسطى من خلال ما يسمى بـ "النظام الاتهامي ونظام التتقيب والتحري"، وكان ذلك في أعرق دول العالم وأكثرها تمدناً وحتى القرن الثامن عشر الميلادي⁽³⁾.

ثانياً: ورود الاعتراف على وقائع الجريمة

يجب أن ينصبَّ الاعتراف على الجريمة المنسوبة للمتهم وذلك بأن يتعلق بوقائع ارتكبها المتهم فعلاً؛ إقناعاً للمحكمة في إثبات الدليل الذي قد تستند إليه لإسنادها التهمة للمُعتَرَف، وهذا يعني بالضرورة أن ما يسرده المتهم من وقائع لا دخل لها بالجريمة لا تعد من قبيل الاعتراف بالمعنى المقصود قانوناً⁽⁴⁾.

وهنا لا بد من القول أن المشرع المصري لا يُعتبر الاعتراف بجرم معين معتمداً به ما لم يقر المتهم بارتكابه للأفعال المكونة لهذا الجرم، فلا شأن للمتهم بالوصف القانوني للواقعة، إنما هو من شأن القضاء أو جهة التحقيق،

(1) شمس، محمود زكي، (2001)، التحقيق والاعتراف في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية نصاً وفقهاً وقضاءً، ط1، مطبعة الداودي، دمشق، ص229-230.

(2) تمييز، جزء، رقم 18/1972، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، س1972، ص454، منشورات مركز عدالة. فاروق، ياسر الأمير، (2011)، الاعتراف المعفي من عقوبة الرشوة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص(216-223). هليل، فرج علواني، (2006)، التحقيق الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص676. الجوخدار، حسن، (2011)، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص246.

(3) نجم، محمد صبحي، (1998)، قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص335.

(4) الملا، سامي صادق، مرجع سابق، ص9.

على خلاف ما ذهب إليه مشرعنا الأردني الذي أخذ بمعنى آخر للاعتراف؛ إذ اعتبره إقراراً بالتهمة وليس بالوقائع التي تقوم عليها التهمة، وهو ما رآه جانب من الفقه أنه الأصوب في هذا الجانب، وأن المتهم ليس مُطالباً بالاعتراف بالتهمة المسندة إليه بقدر ما ينبغي أن يعترف بالوقائع الفعلية المكونة لهذه التهمة؛ فالإنسان العادي لا قبل له بإدراك معنى تهمة تتعلق بالتزوير مثلاً إذا ما تليت عليه في تحقيق أو محاكمة، ناهيك عما يكابده هذا المائل أمام جهة التحقيق أو المحكمة من رهبة وارتباك وخوف، كما أن ذلك يعد من ضمانات الدفاع للمتهم وحقوقه البديهية؛ في أن يكون عالماً تمام العلم وبوضوح لا يخامر شك بما نُسب له من جرائم قد يدفع ثمنها ما تبقى من سنين عمره، أما إن شُرح له عن دوره المُدعى به في طمس وثيقة أو تحريف حقيقتها أو حرفها عن مؤداها، وبألفاظ أقرب ما تكون إلى مستواه الفكري والثقافي، فإن ذلك سيكون أنصع صورة في ذهن هذا الشخص وأكثر وضوحاً وإشراقاً وفهماً⁽¹⁾.

وهنا يقترح الباحث على مُشرعنا الأردني تعديل نص المادة (216) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بما يضمن جعل الاعتراف مرتبطاً بأفعال مادية يدركها المتهم فيعترف بها أو لا يعترف، بعيداً عن الوصف أو التكييف القانوني.

الفرع الثالث: تمييز الاعتراف عن الأدلة القانونية المُشابهة

الإقرار المدني هو إقرار الخصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقررًا نتيجة قاصداً إلزام نفسه بمقتضاه، أما الشهادة فهي أن يدلي شخص بما رآه أو سمعه عن الجريمة أو فاعلها سواء في مقام الإثبات أو النفي، وهذا الفرع الذي يضطلع بتمييز الاعتراف عما يشابهه من نماذج سيُقسّم إلى قسمين: يُميّز الأول بين الاعتراف والإقرار المدني، ويفرّق الثاني بين الاعتراف والشهادة⁽²⁾.

أولاً: تمييز الاعتراف عن الإقرار المدني

إذا كان الإقرار سيد الأدلة في المواد المدنية، فإن الاعتراف لا يشكّل في المواد الجزائية دليلاً قاطعاً على ارتكاب الجريمة، وهو متروك في أمر تقديره للقاضي الجزائي؛ إلا أن ذلك لا يعني البتة تكريس هيمنة القاضي الجزائي على أركان الاعتراف ووسائل الحصول عليه⁽³⁾.

ويُعتبر الإقرار المدني حجة قاطعة على المقر، وقد جرى قضاء محكمة التمييز الأردنية على أن: (إقرار المدين صراحة أو دلالة يؤدي إلى إعفاء المُدعي من إقامة الدليل على دعواه طالما أن خصمه أقر بها)⁽⁴⁾، وعلاوة على قطعية الحجية التي يتمتع بها الإقرار المدني، فإنه يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً، كما أنه مُلزم للقاضي

(1) المادة (216) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(2) أبو عيد، إلياس، (2005)، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية اللبنانية، ج3، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص276.

(3) أبو عيد، إلياس، مرجع سابق، ص276.

(4) تمييز، حقوق، رقم 3467/ 2006، تاريخ 26/ 3/ 2007، منشورات مركز عدالة.

المدني، ولا يجوز للمقر أن يعدل عنه إلا لخطأ في الوقائع، وعلى المقر أن يثبت الخطأ حتى يستطيع العدول عن إقراره⁽¹⁾.

والإقرار المدني صادر عن أحد الخصوم بواقعة لم تكن ثابتة قبل الإقرار، وهو بهذا المعنى تصرف بإرادة منفردة⁽²⁾، وهو مقرر لحق لا منشيء له، لأنه إقرار على حق سابق⁽³⁾، ومبني على النية في تحمل الالتزام والإقرار بالحق، وترتب آثاره القانونية تبعاً لهذه النية؛ واستتباعاً لذلك فإنه لا بد أن تتوافر للمقر الأهلية القانونية لكي يثبت صحيحاً، ولا يجوز تجزئته إلا إذا انصب على وقائع محددة تستقل تماماً عن الوقائع الأخرى في الدعوى وجوداً وعمداً، وهذا ما يناقض الاعتراف في الحقل الجزائي، إذ لا يشكل حجة في حد ذاته، وإنما يخضع لتقدير المحكمة، وتظل النيابة العامة والمحكمة على حد سواء مُطالباً في البحث بأدلة الدعوى الأخرى أو بنظر القضية، ويجوز للمتهم أن يعود عن اعترافه أو أن يُعدّل فيه أو أن يعدل عنه، كما يمكن تجزئة الاعتراف، فللمحكمة مطلق الحرية في أخذ ما تظنن إليه من الاعتراف وطرح ما عداه، فقاضي الموضوع حر في كيفية تكوين قناعته وعقيدته، ولا معقب عليه في ذلك؛ فلا يشكل الاعتراف إلزاماً للقاضي الجنائي في القضية المعروضة عليه للأخذ به⁽⁴⁾. ويشترط بالاعتراف الصراحة وألا يطاله اللبس والغموض حتى ينتج آثاره القانونية، ولا يشترط فيه التقيد بسن الرشد؛ فقد يصدر عن من لم يبلغ بعد هذا السن إن اقتنعت المحكمة به كدليل في الدعوى⁽⁵⁾.

وفي الاعتراف الجنائي ليس هناك من أهمية لنية المعترف؛ ذلك أن القانون هو من يُرتب الآثار القانونية على الاعتراف، ولو لم تتجه نية المعترف إلى إحداث هذه الآثار، فلو اعترف المتهم بقضية ما أملاً من جانبه بأن ذلك سيقبه العقاب وهو ما يعرف بعدم الإخلاص في الاعتراف⁽⁶⁾، فإن ذلك لا يحول دون ترتيب الآثار القانونية على الاعتراف، كمحاولة تحقيق مأرب شخصية للمعترف، ومن ذلك الشعور بالزهو في بعض الجرائم إثر الاعتراف بها، أو الرغبة لدى المتشرد في الفوز بالطعام والكساء داخل السجن، أو الرغبة في رفع المسؤولية عن شخص محبوب هو الجاني الحقيقي⁽⁷⁾.

ثانياً : تمييز الاعتراف عن الشهادة

الشهادة هي الإدلاء بما رآه الشخص أو سمعه فيما يتعلق بالجريمة أو بفاعلها، ويستوي ذلك أن يكون في معرض إثبات التهمة أو نفيها، مع ملاحظة أنه إذا تم التطرق في اعتراف المتهم إلى أمور أخرى لا تتعلق بما صدر عنه من أفعال في وقائع الدعوى؛ ففي هذه الحالة يكون المعترف في موقف الشاهد على الغير ولا يتبوأ منصة الاعتراف⁽⁸⁾.

(1) الملا، سامي صادق، مرجع سابق، ص(19-20).

(2) تناغو، سمير، (1973)، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص122.

(3) محمد، محمود عبد العزيز، (2009)، الاعتراف الدليل والتدليل فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ص13.

(4) شمس، محمود زكي، مرجع سابق، ص235.

(5) عدلي، خليل، مرجع سابق، ص23-24.

(6) الملا، سامي صادق، مرجع سابق، ص19.

(7) نجم، محمد صبحي، مرجع سابق، ص339.

(8) عدلي، خليل، مرجع سابق، ص25.

والاعتراف والشهادة يستويان من حيث حجية كل منهما في نظر القاضي الذي يتمتع بحرية في تقديرها؛ فله أن يأخذ بها، وله أن يطرحها جانباً لدى تقديره لها إثباتاً أو نفيًا، فالشاهد يتخذ من الحياد موقفاً له؛ فهو ليس أحد أطراف الدعوى الجزائية، ولم يتسبب في إنشاء أي من فصولها، ولا يتحدث عن نفسه لدى إدلائه بشهادته، بعكس المعترف الذي يعتبر لاعباً رئيسياً فيها، مقرأً على نفسه بحوادث في صلب الدعوى الجزائية، ولذلك فقد قيل إن الشاهد شخص غريب عن الاتهام، أما المُعترف فلا يخضع للقسم القانوني إثر قيامه بالاعتراف على عكس الشهادة التي يجب أن يحلف الشاهد فيها القسم القانوني على صدق كلامه، وإلا عدت الشهادة من باب الاستدلال ليس إلا، والشهادة مُلزَمة بالقانون وعلى الشاهد أدائها، في حين أن الاعتراف اختياري ويتعلق بإرادة المعترف فإما أن يُقدّم عليه، وإما أن يبقى سراً داخل كينونته⁽¹⁾.

المطلب الثاني: خصائص الاعتراف

انطلاقاً من كون الاعتراف يمثل دليلاً من أدلة الإثبات الجزائية، فإن ثمة خصائص يمتاز بها تشكّل بمجمّلها صبغته وقالبه القانوني، ولعل أهم ما يميّز الاعتراف من خصائص قابليته للتجزئة، وإمكانية العدول عنه، وعليه فسيُصار إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يضطلع الأول بدراسة تجزئة الاعتراف، بينما يبحث الثاني في إمكانية الرجوع عنه.

الفرع الأول: تجزئة الاعتراف

إن المقصود بتجزئة الاعتراف يتمثل في أن المحكمة تستند إلى اعتراف المتهم بوقائع معينة، وتطرح اعترافه بوقائع أخرى؛ نظراً لتقتها بالاعتراف في الأولى، ولعدم اطمئنانها في الثانية لما باح به المتهم، والاعتراف الذي يمكن للقاضي الجزائي أن يجزئه هو الاعتراف الذي يتضمن الإقرار بارتكاب جسم الجريمة، إلا أنه لا يتضمن إقراراً بالوقائع الأخرى المحيطة بها كمن يعترف بالقتل وينكر عمدته، أو الاعتراف بالسرقه بالاشتراك وليس بشكل منفصل، أو الاعتراف الذي يشمل وقائع متعددة إلا أن المحكمة تأخذ بجزء من هذه الوقائع دون جزئها الآخر، فإذا ما انصب الاعتراف على واقعة بعينها، دون أن تكون هذه الواقعة الجرمية مصحوبة بوقائع وملابسات أخرى، فإنه يمكن للقاضي الجزائي أن يأخذ من هذا الاعتراف ما يطمئن إليه كالاعتراف بالإيذاء مثلاً وهو ما يُدعى ب"الاعتراف البسيط"، أما إن تعلق الاعتراف بواقعة لحق بها وصف له أثر بتقدير العقوبة أو ظروفها، وكان من شأن هذه الأوصاف أو تلك الظروف أن تنفي عن الفاعل المسؤولية الجزائية أو تمنع العقاب عنه وهو ما يُنعت ب"الاعتراف الموصوف" فالأمر مختلف؛ أما الوصف الذي يتعلق بتقدير العقوبة كالظرف المشدد المتعلق باستخدام السلاح لدى مفارقة السرقه مثلاً، فيمكن للمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم المنصب على السرقه أولاً، ثم تبحث في موضوع حيازته للسلاح من عدمه، فهذا الاعتراف مما يمكن تجزئته، أما إن كانت الظروف اللاحقة بالواقعة تنفي مسؤولية الفاعل، كإتيان السرقه من قبل الجاني مُجبراً، فهذا الاعتراف مما لا يصح تجزئته، وليس للمحكمة أن تأخذ منه

(1) تمييز، جزء، رقم 2007/888، تاريخ 2007/9/4، منشورات مركز عدالة.

اعترافه فقط ثم تقول إنها لا تطمئن للجزء المتعلق بالإجبار المُقال به من قبل الفاعل؛ ذلك أن هذا الظرف قد ينفى مسؤوليته الجزائية برمتها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: العدول عن الاعتراف

يؤشر مفهوم العدول عن الاعتراف إلى أن المتهم إن هو أدلى باعتراف في مرحلة ما من مراحل الدعوى الجزائية بما يتضمن ارتكابه جرمًا معيناً فإن ذلك لا يمنعه من العدول عنه في أي وقت وحتى قبل قفل باب المرافعة، حتى إن له أن يعدل عنه أمام محكمة الاستئناف إن هو أدلى به أمام محكمة الدرجة الأولى؛ إلا أنه لا يحق له ذلك أمام محكمة التمييز لأول مرة، وهذا العدول قد يكون كلياً أو جزئياً، بمعنى أن يمتد العدول إلى كامل الاعتراف الذي صرح به المتهم سابقاً فينقضه ويدهض فحواه، وقد يُقتصر على بعض من جوانبه دون أخرى⁽²⁾، دون أن يُلزم المتهم بإثبات عدم صحة الاعتراف الذي صدر عنه، وللمحكمة الحرية المطلقة في الأخذ بهذا العدول وذلك بإهدار الاعتراف، أو الأخذ بالاعتراف رغم العدول دون رقابة عليها من قبل محكمة التمييز، ويؤخذ بالحسبان ما إذا كان الاعتراف قد صدر تلقائياً، أو شابهته شبهة تتضمن التلقين والتحرير، كما أن القاضي قد يبادر إلى سؤال المتهم عن إيضاحات تتعلق باعترافه وعدوله الذي صدر لاحقاً، وعلى المتهم أن يشرح وبموجب أسباب وجيهة كل الظروف والملابسات التي دفعته للاعتراف أولاً وللعُدول ثانياً، إلا أن ذلك لا يحول دون القول إن العدول عن الاعتراف يُقدَّر كما يُقدَّر الاعتراف، فلا يستطيع القاضي استبعاد الاعتراف لمجرد عدول المتهم متى كان مؤيداً بأدلة أخرى، وفي كل الحالات فإن هذا التقدير للاعتراف والعدول عنه يخضع لمبدأ الاقتناع القضائي ومما قد يُعين المحكمة في تقدير العدول عن الاعتراف، أن يقدّم المتهم الأدلة الدامغة على كذب اعترافه المعدول عنه كاعترافه بإضرامه النار على نحو معين، ثم إثباته بواسطة خبير فني عدم إمكانية حصول الحريق بالصورة التي رواها، أو اعترافه بارتكاب جريمة قتل، ثم إثباته أنه كان وقت ارتكاب الجريمة المدعى بها في بلد آخر، وإبرازه خطاباً أو شهادة رسمية تثبت أنه كان خارج البلاد حين الواقعة⁽³⁾.

(1) عبيد، رؤوف، مرجع سابق، ص 592.

(2) عبد الستار، فوزية، (1986)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 576.

(3) الكيلاني، فاروق، (1982)، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ج 1، ط 1، د.ن، ص 381. أحمد، إبراهيم سيد، (2015)، الاعتراف في المواد الجنائية فقهاً وقضاءً دراسة مقارنة، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 40-41. عبد الستار، فوزية، مرجع سابق، ص 577. تمييز، جزاء، رقم (2016/15)، تاريخ 2016/2/10، منشورات مركز عدالة. قُضي أنه: (من المقرر فقهاً وقضاءً أنه يشترط لصحة الاعتراف في المواد الجزائية توافر الشروط التالية: أن يكون الاعتراف صريحاً واضحاً لا لبس فيه ولا يحتمل التأويل. أن يكون صادراً عن إرادة حرة غير معيبة ولا مُكرهة. أن يكون موافقاً للحقيقة والواقع وألا يكذب واقع الحال ومتوافقاً مع البيانات المُقدمة في الدعوى غير متناقضٍ معها. أن يكون صادراً عن شخصٍ مميزٍ متمتعٍ بالإدراك والتمييز وقت الإدلاء بالاعتراف. وتقوم محكمة الموضوع بمناقشة هذه الشروط فإن توافرت للاعتراف شروط صحته، واطمأنت إليه المحكمة وأصبح محلاً لتفتتها أخذت به، وإن لم تقم شروط الصحة إلى جانبه وتشككت في صحته طرحته ولم تعول عليه في قناعتها). تمييز، جزاء، رقم 2001/593، تاريخ 2001/7/30، منشورات مركز عدالة.

المبحث الثاني

شروط صحة الاعتراف

لما كان الاعتراف دليلاً من أدلة الإثبات الجزائية، ولما كان التعويل عليه أمرٌ معتدٌ به في أروقة المحاكم وأوساط قضاة التحقيق ورجال الضبط القضائي، كان لا بد من توافر شروط معينة للقول بأن هذا الاعتراف صحيح من الناحية القانونية، وأن ذلك يعتوره نقص أو ينتابه اعتلال.

وقد اتفق فقهاء القانون بوجهٍ عام على شروط صحة الاعتراف، وقد وردت هذه الشروط في مراجع الفقه وأحكام القضاء على حد سواء، وهذه الشروط مطلوبة جميعها؛ فإن تخلف أحدها جاز للمحكمة أن تطرح الاعتراف جانباً، وتبحث في أدلة الدعوى الأخرى؛ فالأدلة الجنائية متساندة ويكمل بعضها بعضاً بحيث تكون المحكمة عقيدتها ومعتقداتها من هذه الأدلة مجتمعة، والقضاء لا يبني أحكامه على أدلةٍ يتسلل إليها الشك، أو يتخللها الغموض كائنًا ما كان قدره.

وتأسيساً على ما تقدم، فإن الباحث سيعمد إلى تخصيص مطلبٍ مستقلٍ لكل شرطٍ من شروط صحة الاعتراف، فيبدأ بشرط الأهلية الواجب توافرها في المعترف فيدرسها في مطلبٍ أول، وفي المطلب الثاني يتناول مطابقة الاعتراف للحقيقة والواقع، أما المطلب الثالث فيدرس فيه ضرورة أن يكون الاعتراف مستنداً إلى إجراءات صحيحة، فيما يعرض المطلب الرابع والأخير إلى تمتع المعترف بحرية الاختيار.

المطلب الأول: الأهلية الإجرائية للمُعترف

إن الحديث عن الأهلية الواجب توافرها فيمن يُدلي باعتراف قانوني يستوجب أولاً أن يتم البحث في مدلول الأهلية الإجرائية، وأن تتم دراسة عناصر هذه الأهلية للوقوف على هذا الشرط لصحة الاعتراف، وبناءً عليه فسيخصص الفرع الأول لدراسة مفهوم الأهلية الإجرائية، أما الفرع الثاني فسيتناول عناصر هذه الأهلية وما تحويه في مضمونها.

الفرع الأول: مفهوم الأهلية الإجرائية

تُعرّف الأهلية الإجرائية على أنها: "صلاحية مباشرة إجراء معين بشكلٍ يرتب آثاره القانونية على نحو صحيح وسليم"⁽¹⁾، فلا بُدّ للمُعترف أن يكون على قدرٍ من الفهم والإدراك لما يتم في الدعوى، وأن يكون مُطّلعاً على حيثياتها، وأن يتوفر له من التيقن ما يمكنه من إدراك مضمون ما يقرُّ به، وهذا يستدعي أن يتمتع المُعترف بالتميز دون اشتراط حرية الاختيار⁽²⁾.

كما يُطلق على الأهلية الإجرائية أهلية التقاضي التي تقوم على مدى ملائمة الشخص من الناحية القانونية لمباشرة إجراءات التقاضي أمام القضاء، وتثبت للشخص الطبيعي بمجرد بلوغه سن الرشد.

(1) الشواربي، عبد الحميد، د.ت، البطان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 257.

(2) المرجع ذاته، ص 257.

أما الأهلية الجنائية - ومن باب تمييز الأهلية الإجرائية عنها - فهي: " إرادة الجاني الحرة المتضمنة إدراكه وتمييزه واختياره"، بعبارة أخرى تعني الأهلية الجنائية أن يكون لدى الجاني الذكاء الكافي ليفهم الفعل الذي يُؤدّم عليه، وما يترتب عليه من نتائج، وأن يكون قادراً على الاختيار بين إتيان الفعل أو الامتناع عنه⁽¹⁾.

والأهلية الإجرائية إما أن تكون منعدمةً كما هو الحال في الحدث غير المميز أو المجنون أو المصاب بعاهة عقلية، وقد تكون ناقصةً وتحتاج لإجراءاتٍ لنزع نقصانها ورفع العوار عنها كما هو الحال في الأصم أو الأكم، وقد تكون كاملةً كما هو الحال في الوضع الطبيعي للإنسان ببلوغه سن الرشد، ومما يشكّل مظهراً للترقية بين الأهلية الإجرائية والأهلية الجنائية؛ إهدار الاعتراف الصادر عن السكران دون النظر إلى اختياره فيما تناوله من مسكر من جانب، والترقية بين معاقبة السكران إن سكرَ باختياره وعدم مساءلته في حال عدم الاختيار من جانب آخر⁽²⁾.

الفرع الثاني: عناصر الأهلية الإجرائية

تتكون الأهلية الإجرائية من عنصرين رئيسيين: أولهما أن يكون الشخص المعترف متهماً بارتكاب جريمة، وثانيهما أن يكون المعترف مُدركاً ومُميّزاً وقت الإدلاء باقراره، وفيما يلي سيتم إلقاء الضوء على هذين العنصرين بحيث سيتم بحث كون الشخص متهماً بارتكاب جرم ما أولاً، فيما سيتطرق إلى صفة التمييز والإدراك الواجب توفرها في المعترف إبان إدلائه بالاعتراف ثانياً.

أولاً: أن يكون الشخص متهماً

إن اعتراف المتهم لدى سؤاله كشاهد في الدعوى لا يؤخذ به ضده ما لم يتم توجيه الاتهام إليه، ولا يكتسب الشخص صفة المتهم إلا منذ تحريك الدعوى الجنائية ضده، مثلما أن سؤال المشتبه به في مرحلة الاستدلالات واعتراف الأخير عقب ذلك لا يعتبر اعترافاً بالمعنى القانوني وإن أخذت المحكمة به في حال اطمئنانها إلى سلامة وظروف الإفضاء به من جانب المُعترف على اعتبار أن الاتهام لم يوجه إليه⁽³⁾.

فالاعتراف إجراءً لاحقاً على توجيه الاتهام، والمتهم هو من توافرت ضده أدلة أو قرائن قوية لتوجيه أصابع الاتهام حياله، إما باتخاذ أحد الإجراءات التحقيقية إزاءه، أو بتكليفه بالمثل أمام المحكمة⁽⁴⁾.

خلاصة القول، ينبغي أن يكون المعترف بارتكاب الجريمة متهماً بها إثر إدلائه بهذا الاعتراف، وليس بمشتبه به ولا بشاهد، وصفة المتهم تثبت لمن تُحرّك تجاهه دعوى الحق العام.

ثانياً: توافر الإدراك أو التمييز وقت الإدلاء بالاعتراف

إن تمتّع الشخص الطبيعي بالإدراك والتمييز يعني أن تكون لديه القدرة على فهم ماهية أفعاله وطبيعتها وتوقّع آثارها، وليس فهم ماهية التكليف القانوني للفعل، وهذا ما لا يثبت لفئات بعينها كالصغير غير المميز أو المجنون أو المصاب بعاهة عقلية أو السكران، فمن لا يدرك ما يحيط به من مسائل وأمور، وليس لديه المقدرة على استشراق

(1) هليل، فرج علواني، مرجع سابق، ص 697.

(2) محمد، محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 36.

(3) سرور، أحمد فتحي، (1981)، مرجع سابق، ص 423.

(4) أبو النجاة، محمد، (2007)، الدعوى الجنائية وفن التحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر - المحلة الكبرى، ص 229. شمس، محمود

زكي، مرجع سابق، ص 238.

ما قد يسفر عن أفعاله وتصرفاته من نتائج، فهو بهذا المعنى غير متمتع بالأهلية الإجرائية، وإن صدر الاعتراف من لدنه فإنه لا يعد مقبولاً⁽¹⁾.

المطلب الثاني: صراحة الاعتراف ومطابقته للواقع

يُشترط في الاعتراف أن يكون صريحاً، وأن يطابق الحقيقة والواقع حتى يتم التعويل عليه، فلا يمكن الركون لاعتراف من خلال استنتاجه عبر مواقف أو تصرفات بعينها كهروب شخص من مسرح الجريمة لحظة مقارفة الجرم، أو طلب المتهم الرحمة من المحكمة⁽²⁾، أو كون المتهم يمتُّ بصلة للمقتول، أو وجود ضغينة بين المتهم والمجني عليه، من جهة أخرى يجب أن يتناسق الاعتراف مع وقائع الدعوى الأخرى فكثيراً ما يعمد الأبرياء إلى الزج بأنفسهم في قفص الاتهام بدافع من المصلحة أو المحبة أو تنفيذاً لأمر المخدم من قبل الخادم⁽³⁾.
وتبعاً لما تقدم، فإن هذا المطلب سيُقسم الى فرعين: يتناول الأول صراحة الاعتراف، فيما يعكف الثاني على دراسة وجوب مطابقة الاعتراف للحقيقة واتساقه مع وقائع الدعوى.

الفرع الأول: صراحة الاعتراف

يتعين أن يتسم الاعتراف بالصراحة والمباشرة، وأن ينصب على الواقعة الجرمية ذاتها بما تتضمنه من ركنٍ مادي، وأن يكون ضمن عبارات واضحة صريحة، لا تحتمل التفسير أو التأويل، ولا تتطوي على الشك والريبة، وأن يُستدل منها مباشرة على صلة الجاني بالجريمة، أما الاعتراف بوقائع تزامنت مع وقوع الجريمة، فإنها لا تعتبر اعترافاً، وإن كان يُستأنس بها ويُستند إليها مع أدلة الدعوى الأخرى؛ فسعي المتهم الحثيث لمصالحة الضحية، أو صمته لدى التحقيق معه، أو طلبه إلى المحكمة أن ترأف بحاله وأن تخفف عنه لا يعدّ من قبيل الاعتراف⁽⁴⁾.
أما اعتراف الجاني بحيازته للمواد المخدرة، أو استيلائه على المال المسروق، أو إقدامه على إزهاق روح إنسانٍ حي؛ تندرج ضمن إطار الاعترافات الصريحة المباشرة التي تؤدي إلى الوصول إلى النتيجة التي أسفر عنها الإقدام على الجريمة، وهذا يؤكد أن الاعتراف يجب أن يكون مُفصلاً شارحاً لمفاصل الجريمة وأركانها ونتيجتها وما أحاط بها من ملابسات، وفق تسلسل منطقي، وتعليل مقبول وسائغ؛ حتى تطمئن المحكمة له وتركن إليه، وكذلك يجب أن يكون الاعتراف قاطعاً، حاسماً في ارتكاب المعترف لجريمته، وأن يكون محدداً، فاصلاً في نسبة الواقعة إلى مرتكبها، فلا يؤخذ بالاعتراف المجمل كأن يقتصر على قول المتهم أنه "مذنبٌ عن التهمة الموجهة إليه"، فقد قُضي: (أن اعتراف المميّز ضده الأول أمام المدعي العام بقوله إنني مذنب عن جرم التدخل بالتزوير ونادم على هذا الفعل ولم أكن أقصد ذلك فإن مثل هذا الاعتراف المجمل لا يعتد به في إثبات جريمة التدخل)⁽⁵⁾.

إلا أن ذلك لا يعني البتة أن الاعتراف يجب أن يصدر ضمن شكل معين أو صيغة محددة، بل يكفي إفصاح المتهم بعبارات جازمة تتناول الركن المادي للجريمة بما فيه النتيجة التي أسفرت عنها، وألا يكتنف هذه العبارات

(1) الكيلاني، فاروق، مرجع سابق، ص373-374.

(2) عبد الوهاب، محمدي، (2015)، حجية الاعتراف في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أوكلتي محند أولحاج- البويرة، كلية الحقوق، ص61.

(3) الشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص257.

(4) محمد، محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص38.

(5) محمد، محمود عبد العزيز، (1953)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ص49.

غموضاً أو إبهام على نحو يفيد بعدم الإقرار بارتكاب المتهم للجريمة؛ فغموض الأقوال التي يدلي بها المتهم ينزع عنها منزلة الاعتراف.

ويتحتم أيضاً في باب التصريح بالاعتراف؛ أن تكون اعترافات المتهم مفهومة الدلالة، وأن يكون كل جزء منها مُمكنًا متجانسًا، وأن يكون هذا الوضوح وذلك التجانس في متناول كل من يقرأه أو يسمعه ولو لم يعلم قبل ذلك بالجريمة، كما يجب على المحقق أن يبادر إلى إزالة أي غموض أو ضبابية تطرأ في أي لفظة قالها المتهم ولحقت بالاعتراف، فقد يحدث أن يعترف شخص ما بارتكاب جريمة، فإذا ما نُوقش فيما أدلى به، اتضح زيف أقواله من اختلاف الطريقة التي ادعى ارتكاب القتل بها عما شرحه الطبيب الشرعي بعد معاينة الجثة⁽¹⁾.

وقد يُدلي المتهم بأقوال يُستفاد منها ضمناً اعترافه بارتكاب الجريمة، وهو ما يطلق عليه "الاعتراف الضمني"، كإبداء المتهم استعداداً للاعتذار، أو رغبته في تعويض الضحية، أو ندمه وتوبته عما بدر منه، وهذا الاعتراف لا يعتد به كدليل مستقل لإدانة المتهم، ما لم يظهر من الأدلة الأخرى ما يساعد في تأكيد ربط المتهم بالجريمة المنسوبة إليه⁽²⁾.

وفي هذا الصدد قُضي: (أن الاعتراف المعتبر في المواد الجنائية الذي يؤخذ به المتهم يجب أن يكون نصاً في اقرار الجريمة وأن يكون من الصراحة والوضوح بحيث لا يحتمل تأويلاً أما سوق الأدلة على نتف متفرقة من أقوال المتهم قيلت في مناسبات ولعلل مختلفة وجمعها على أنها اعتراف بالتهمة فلا يعد اعترافاً إذا كانت حقيقته تحميلاً لألفاظ المتهم بما لم يقصد منها) ، وقد قُضي في إنجلترا أن ورود عبارة (هذا حظي) على لسان المتهم⁽³⁾، وفهم المحكمة من هذه العبارة أنه إقرار من المتهم بجريمته هو من قبيل سوء تقدير المحكمة؛ لكون هذه العبارة تحتمل التأويل، فقد تعني الإدانة، وقد يُفهم منها عدم الإدانة أيضاً، وكذلك الأمر بالنسبة لعبارة (لا توجد نهاية لمتاعبي)⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: مطابقة الاعتراف للحقيقة والواقع

إن شرط مطابقة الاعتراف للحقيقة هو شرط جوهري لقبول الاعتراف، وعلى الرغم من أن القاعدة العامة توجب عدم الاعتداد بالباعث على ارتكاب الجريمة ما دامت أركانها متوفرة، إلا أن الأمر يختلف في الاعتراف نظراً لفداحته وخطورته، وعلى القاضي أن يتأكد أنه مطابق لما وقع فعلاً، فقد يحدث أن يُقدم أشخاص على إصاق الاتهام بأنفسهم سواء أكانوا مُكرهين أو بإرادتهم، كاعتراف الزوجة كذباً بارتكابها جرماً معيناً لإبعاد زوجها عن الاتهام؛ حيث إنه هو المُعيل الوحيد للأسرة، وقد يفعل ذلك الابن؛ فولده الطاعن في السن لن يتحمل شظف العيش في السجن، وعلى القاضي في هذه الأحوال أن يتأكد من مدى مطابقة هذه الاعترافات للوقائع ولأدلة الدعوى الأخرى، وإلا فإنه يتوجب عليه أن يطرحها جانباً، بعبارة أخرى فإن هذا الشرط يعني فيما يعنيه أن يكون الاعتراف صادقاً، أما إذا صدر الاعتراف نتيجة حالة مرضية أو بناءً على وهم أو إيهام، فإن هذا الاعتراف لا يكون مُنطقاً من الواقع والحقيقة بل يكون حينها مُتعلقاً بأوهامٍ ووساوسٍ قد تقدح في أهلية المعترف قبل الحديث عن مدى مطابقة ما يدلي به للواقع، وسلطة التحقيق أو الحكم مطالبةً في هذا الصدد بتحديد مدى الانسجام بين تلك الاعترافات

(1) تمييز، جزاء، رقم 2007/63، تاريخ 2007/6/20، منشورات مركز عدالة.

(2) خليل، عدلي، مرجع سابق، ص 127.

(3) محمد، محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 49.

(4) المرصفاوي، حسن صادق، مرجع سابق، ص 689.

وأدلة الدعوى الأخرى، وما هو الباعث عليها، وإجراء التقصي الدقيق، والبحث المستفيض حولها؛ للتأكد من سلامة هذه الاعترافات، فإذا تبين أن الاعتراف كاذب، ولا أساس له من الصحة سواء أكان المعترف عالماً بكذب اعترافه أم لم يكن كذلك نتيجة مرضٍ أو نحوه، فإنه لا يُقبل؛ ذلك أن الهدف من الدعوى الجزائية كشف الحقيقة، والدعوى الجزائية حقٌ للمجتمع وليست حقاً للمتهم أو للضحية، والعقوبة مقررةٌ مقابل الجرائم التي تقع، فلا يجوز توقيعها على شخصٍ لم يرتكب جرمًا بالفعل، ومن الأمثلة على مطابقة الاعتراف لوقائع الدعوى، ما قرره محكمة التمييز الأردنية من أنه: (إذا كان المتهم قد اعترف لدى سؤاله من قبل المحكمة عن الجرم المُسند إليه اعترافاً صريحاً واضحاً بأنه واقع المجني عليها واقعة الأزواج وقد تأيد هذا الاعتراف بالتقرير الطبي المحفوظ في ملف القضية فإن اعتماد المحكمة اعتراف المتهم المميز والأخذ به يتفق و المادة (2/216) من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁽¹⁾).

وبرغم كل ذلك، فإن مطابقة الاعتراف للحقيقة والواقع لا يستوجب أن يكون مطابقاً لكافة الأدلة الدالة على ارتكاب الجريمة، أو أن يتطابق اعتراف المتهم مع مضمون الدليل الفني على الحقيقة التي توصلت إليها المحكمة بجميع تفاصيلها على نحو دقيق، ويكفي أن يكون الدليل القولي غير متناقض مع جوهر الدليل الفني تناقضاً يستعصي على الملائمة والتوفيق⁽²⁾.

المطلب الثالث: استناد الاعتراف إلى إجراءات صحيحة

إن المشرع الإجرائي رسم الطريق الصحيح في الدعوى الجزائية من بدايتها إلى نهايتها، وبما أن الاعتراف يمثل نتيجةً يمكن أن ينتهي إليها التحقيق في واقعة ما، مع احتمال أن تتوصل محكمة الموضوع إلى مثل هذه النتيجة أيضاً إثر نظرها بالقضية من خلال البيانات الأخرى، فإن هذا الاعتراف وأياً كانت الجهة التي يُصرح به أمامها؛ لا بد أن يكون مُستنداً على ما وضعه القانون من أسس، وما شيدته من قواعد، وتبعاً لما تقدم فإن الإجراءات الصحيحة التي يُبنى عليها الاعتراف الصحيح والسليم يقصد بها: الأعمال الإجرائية التي حددها القانون، والتي يتوجب على القائمين أو المكلفين بمباشرتها اتباع مسلكٍ معينٍ فيها تكريساً لمبدأ الشرعية الإجرائية⁽³⁾.

وهذا يعني أن الاعتراف يجب أن يستند إلى إجراءات قانونية صحيحة حتى يتم الاعتماد عليه في الإثبات، فما بُني على باطلٍ فهو باطل، وفي هذا السياق فإن الاعتراف الذي جاء وليد تفتيش باطل، أو قبضٍ غير مستوفٍ لشروطه، فإنه يقع باطلاً هو الآخر، فلو تضمن محضر التفتيش أقوالاً أو إيضاحات من المتهم حول ارتكابه للجريمة، وثبت لاحقاً أن هذا التفتيش باطلٌ قانوناً؛ فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى بطلان الدليل المستمد منه ألا وهو الاعتراف، وهذا ينسحب على الاعتراف الصادر نتيجة قبض مخالف للقانون، إذ لا يمكن أن يكون الحكم الصادر عن المحكمة صحيحاً إذا استند إلى مجموعة من الأدلة والاعتراف من ضمنها، وكان الاعتراف مستمداً من إجراء باطل؛ ذلك أن الأدلة في المواد الجنائية متساندة، ويكمل بعضها بعضاً، والمحكمة تكوّن عقيدتها من جميع هذه الأدلة بصورة مجتمعة، فإن سقط أحدها، أو شاب عيبٌ جوهرٌ أي منها، تضررت قناعة المحكمة، ونُسفت القاعدة

(1) سرور، أحمد فتحي، (1981)، مرجع سابق، ص424.

(2) تمييز، جزاء، رقم 1997/502، المجلة القضائية، تاريخ 1997/9/24، ص389، منشورات مركز عدالة. عبد الوهاب، محديد، مرجع سابق، ص65.

(3) عبدالستار، فوزية، مرجع سابق، ص576.

التي كانت تتخذها مُنطلقاً لها في حكمها فإرادة المتهم لدى اعترافه قد تكون متأثرة بما أسفر عنه الإجراء الباطل، كما هو الحال حين يتعرف المجني عليه على المتهم في عملية عرضٍ باطلة، أو بناء على استعراض الكلب البوليسي عليه؛ فمظنة التأثير على الإرادة تبدو قائمة في مثل هكذا أحوال؛ ما يتوجب معها استبعاد الاعتراف كدليل في الدعوى⁽¹⁾.

خلاصة القول، إن الاعتراف إن جاء ثمرة إجراء غير قانوني، فإنه يبطل ولا يُعول عليه ولو كان صادقاً، كتخليف المتهم اليمين، أو عدم دعوة محاميه لحضور الاستجواب، وبمفهوم المخالفة وفي حال كان الاعتراف مستقلاً عن الإجراء الباطل، فإنه يعتد به ويقع صحيحاً، وهذا يعني أنه لا يترتب على بطلان الإجراء دائماً بطلان الاعتراف الذي ورد لاحقاً له إذا لم يكن مبنياً عليه أو نتيجة حتمية له، كاعتراف المتهم بعد مدة غير قصيرة من التفتيش الباطل بالفعل المنسوب له سواءً كان ذلك أمام المحكمة، أو النيابة العامة، أو حتى أمام ضابط شرطة شريطة أن يكون هذا الضابط غير الضابط الذي تولى إجراء القبض أو التفتيش الباطل؛ فيجب أن يكون هنالك استقلال بائن بين الإجراء الباطل من جهة، والاعتراف من جهة أخرى للأخذ بالاعتراف، سواء كان ذلك من جهة الزمان أو المكان أو واقع الحال كيفما ورد بما يضمن هذه الاستقلالية وذلك الانفصال وبوضوح تام، والمحكمة هي المُطالب في إثبات هذا الانفصال، ولا معقب عليها في ذلك، أما إن نتج الاعتراف عن إكراهٍ مثلاً، فيلزمُ للقول ببطلان الاعتراف توافر رابطة السببية بين الإكراه والاعتراف، ويمكن للمحكمة وبأسباب سائغة التعويل على الاعتراف متى أمكنها أن تنفي تأثير الإكراه على الاعتراف، وفي هذا الصدد فإنه لا يعدُّ سائغاً قول المحكمة إن المشتكى عليه لا يتأثر بالتهديد لأنه مشبوه! ذلك أن توجيه الإنذار لأي إنسان لا يجرده من العواطف والمشاعر التي جُبِلَ عليها⁽²⁾.

ويرى الباحث أن لا بد أن يكون الاعتراف مبنياً على إجراء قانوني سليم من حيث المبدأ، فإن كان هنالك ثمة إجراءات باطلة في سياق الدعوى؛ فإنه يتوجب أن يستقل الاعتراف عنها استقلالاً تاماً بائناً، وألا يكون الاعتراف متأثراً بهذه الإجراءات الباطلة، وهذه المسألة هي من اختصاص محكمة الموضوع التي يتسنى لها ومن خلال دراسة ملف الدعوى وملابساتها وظروفها أن تهتدي إلى هذا الاستقلال، وتأخذ بالاعتراف تبعاً لذلك، أو أن تقطع أن الاعتراف كان مرتبطاً بإجراء باطل قانوناً، فإنها تطرح الاعتراف جانباً، وهي مسألة موضوعية تركزها حيثيات الواقعة وتسلسل أحداثها.

المطلب الرابع: تمتع المُعترف بحرية الإرادة

يجب أن يصدر الاعتراف عن شخص يتمتع بحرية كاملة في الاختيار، بعيداً عن كل ما من شأنه أن يؤثر أو يعيق هذه الإرادة، فإن اتجهت نية المُعترف فعلاً إلى أن يصدح بالاعتراف، وكانت إرادته حينها سليمة من كل عيب، وتوافرت باقي شروط صحة الاعتراف، فإننا سنكون أمام اعتراف قانوني سليم مقبول في الإثبات.

(1) سرور، أحمد فتحي، (1981)، مرجع سابق، ص 424.

(2) الشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 258. فاروق، ياسر الأمير، مرجع سابق، ص 211.

وهذا المطلب سيتناول الإرادة الحرة كشرط رئيس من شروط صحة الاعتراف من خلال فرعين اثنين: يضطلع الأول بإلقاء الضوء على الاعتراف الإرادي وإثباته، فيما يركز الثاني على الاعتراف غير الإرادي، وما يتضمنه من أوجه التأثير على حرية المعترف.

الفرع الأول: الاعتراف الإرادي

إن صدور الاعتراف عن إرادة حرة يُقبل من الناحية القانونية والمنطقية على حد سواء، فالشخص لا يمكن أن يُقرّ بأمر ضد مصلحته ما لم يكن حقيقياً، تماماً كما هو الحال إن صدر الاعتراف دون إرادة حرة واعية، فحينها ستكون احتمالية أن الاعتراف بعيداً عن الحقيقة هي الأقرب، وكدلالة على أهمية حرية الاعتراف، وضمان صدوره إرادياً، فإنه يتوجب أن يكون الاعتراف اختيارياً انطلاقاً من قرينة البراءة للصيغة بالإنسان التي تقضي بأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ولما كان عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة حسب الأصول العامة في القانون، وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم، وأنه لا يضير العدالة إفلات ألف مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها أن يُظلم بريء واحد؛ فإن الاعتراف الصادر عن المتهم بارتكاب جريمة ما لا يؤثر على قرينة البراءة، حيث يبقى المعترف بريئاً حتى تصدر المحكمة حكماً بإدانته، فإن نازع المتهم في أن اعترافه هذا وليد إكراه، فعلى المحكمة والنيابة العامة دحض هذا الدفع، وتبيان الظروف المحيطة بالاعتراف من خلال سماع الشهود وتحديد الظروف التي سبقت الاعتراف، وهنا فإن المتهم غير مطالب بإثبات صحة دفعه المتمثل بتعرضه للإكراه، حتى إنه لو عجز عن إثبات الإكراه فلا يفسر ذلك لصالح النيابة العامة، فإن رفضت المحكمة الاعتراف، لاشتباه صدوره دون اختيار، اعتُبر كأن لم يكن، ويرى الباحث هنا أن النيابة العامة ومن منطلق إيرادها للاعتراف كبيّنة على ارتكاب المتهم لجريمته، فإنه يتوجب عليها أن تورده كبيّنة مبرأة من كل عيب، كي تُعتمد هذه البيّنة، وتقطع بصحة إسناد الجريمة للمتهم، فإن دفع الأخير بعدم صحة الاعتراف كدليل، وجب على النيابة حينها -وبالاستناد إلى دورها في إقامة الدليل أمام المحكمة- أن تثبت أن الاعتراف قد صدر اختيارياً وإرادياً، وأن التأثير أو الإكراه -إن وُجد- فإنه لم ينل منه، ولم يستغل إليه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاعتراف غير الإرادي

إن الاعتراف الذي يُعول عليه في الإثبات، هو الاعتراف الصادر عن اختيار وإرادة حرة، أما إن صدر الاعتراف وليد إكراه كائناً ما كان قدره -ولو كان صادقاً- فلا يصحّ التعويل عليه؛ لكونه يجعل من الاعتراف معيباً وباطلاً، فإن تدخل عارض في الاعتراف، فإنه يجعله على المحك ويحيله إلى النبلان، وهذا التدخل أو التأثير الذي ينصبّ على إرادة المتهم قد يكون معنوياً كالتهديد، وقد يكون مادياً كالضرب أو التنكيل، أو التنويم المغناطيسي، ومرور الفترة الزمنية بين الاعتراف والتأثير لا ينفي دائماً العلاقة السببية بينهما، حيث إن عامل الرهبة والخوف يبقى مستمراً أحياناً ما لم يتم إثبات قاطع لكل شك أن هذا العامل قد زال، وهي مسألة موضوعية تقدر بقدرها من قبل المحكمة المختصة، وهنا يذهب الباحث إلى أنه ينبغي أن يتم التساؤل للفصل في ذلك على نحو: هل كان التهديد هو السبب في الاعتراف بالنتيجة النهائية؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب ولو جزئياً، فإن التأثير قد تم وهذا يعني بطلان الاعتراف، والعكس صحيح فيما لو كان الجواب بالنفي، فَيَسْلَمُ الاعتراف حينها ويقع صحيحاً، حيث قُضي: (أن الاعتراف يجب أن يكون اختيارياً فلا يصحّ التعويل على الاعتراف متى كان وليد إكراه كائناً ما كان قدره،

(1) شاهين، أسامة، (2013)، الاعتراف وأثره في تكوين عقيدة المحكمة، المكتب الحديث، القاهرة، ص 8.

وكان الوعد أو الإغراء يعدّ قرين الإكراه والتهديد لأن له تأثيراً على حرية المتهم في الاختيار ، ويؤدي إلى حمله على الاعتقاد بأنه قد يجني من وراء الاعتراف فائدةً أو يتجنّب ضرراً، مما كان يتعيّن معه أن تتولى المحكمة تحقيق هذا الدفاع وتبحث الصلة بين الإكراه وسببه وعلاقته بأقوالهما فإن هي نكلت عن ذلك واكتفت بقولها أن وكيل النيابة لم يشاهد بهما أية آثار تفيد التحقيق بما ينفي وقوع الإكراه عليهما فإن حكمها يكون معيباً بفساد التدليل فضلاً عن القصور⁽¹⁾.

الخاتمة

عكف الباحث عبر هذه الدراسة على تناول موضوع الاعتراف كدليل من أدلة الإثبات الجزائي، بما يشتمل عليه من جوانب وحيثيات هامة في الحقل الجزائي، وما أثاره من إشكالات بين الاتجاهات الفقهية وقرارات القضاء، مستخلصاً جملة من النتائج والتوصيات وعلى الوجه الآتي:

أولاً: النتائج

- الاعتراف عملية ذاتية محدودة الأثر بالمعترف ذاته، فلا يمتد هذا الأثر إلى غيره، وهو يشتمل على محورين: المعترف كطرف يفضي بإيضاحات تتعلق بشخصه والجريمة بوقائعها التي تكون محلاً لما يصدر عنه.
- يمكن تجزئة الاعتراف في الحقل الجزائي، فهو دليل كأي دليل في معرض الإثبات، وللمحكمة مطلق الحرية في الأخذ به أو ببعضه، كما يجوز للمتهم أن يعدل عن اعترافه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى.
- أن الاعتراف يجب أن يتصف بالوضوح والصراحة، وأن يتناول مادة الجريمة بركانها المادي ونتيجتها المتحققة؛ ولا يستلزم ذلك أن يصدر ضمن عبارات مخصصة أو قوالب بعينها؛ إنما أن ترد على لسان المتهم إيضاحات صريحة تنسب الجريمة إليه انتساب الفعل للفاعل.

ثانياً: التوصيات

- يدعو الباحث مشرعنا الأردني إلى تعديل نص المادة(216) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بما يضمن جعل الاعتراف مرتبطاً بأفعال مادية يُدركها المتهم فيعترف بها أو لا يعترف، بعيداً عن الوصف أو التكيف القانوني، فلا شأن للمتهم بالوصف القانوني للواقعة، إنما هو من شأن القضاء أو جهة التحقيق.
- يوصي الباحث قضاة الحكم التدقيق ملياً في مسألة التأثير المثارة بحق الاعتراف؛ فمرور الفترة الزمنية بين الاعتراف والتأثير لا ينفي دائماً العلاقة السببية بينهما، حيث إن عامل الرهبة والخوف يبقى مستمراً في بعض الأحيان، وهي مسألة موضوعية تقدر بقدرها من قبل المحكمة المختصة.

(1) المرصفاوي، حسن صادق، مرجع سابق، ص692.

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: المراجع العامة

- الكرمني، حسن سعيد، د.ت، الهادي إلى لغة العرب، ج3، ط1، دار لبنان للنشر والتوزيع، بيروت.

ثانياً: الكتب والمؤلفات

- أبو النجاة، محمد، (2007)، الدعوى الجنائية وفن التحقيق الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى.
- أبو عيد، إلياس، (2005)، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية اللبنانية، ج3، منشورات زين الحقوقية، بيروت.
- أحمد، إبراهيم سيّد، (2015)، الاعتراف في المواد الجنائية فقهاً وقضاءً، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
- الجوخدار، حسن، (1992)، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الجوخدار، حسن، (2011)، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الشواربي، عبد الحميد، د.ت، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- الكيلاني، فاروق، (1982)، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، ج1، ط1، دن، عمان.
- المرصفاوي، حسن صادق، (1981)، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- الملا، سامي صادق، (1975)، اعتراف المتهم، ط2، دن، جامعة القاهرة، القاهرة.
- تتاعغو، سمير، (1973)، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- حسني، محمود نجيب، (1988)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.
- خليل، عدلي، (2004)، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، مصر - المحلة الكبرى.
- سرور، أحمد فتحي، (1981)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، م1، ج1، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة.
- سرور، أحمد فتحي، (1985)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- شاهين، أسامة، (2013)، الاعتراف وأثره في تكوين عقيدة المحكمة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة.
- شمس، محمود زكي، (2001)، التحقيق والاعتراف في ظل قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، مطبعة الداودي، دمشق.
- عبد الستار، فوزية، (1986)، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الوهاب، محيد، (2015)، حجية الاعتراف في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أوكلي محند أولحاج- البويرة، كلية الحقوق، الجزائر.

- عبيد، رؤوف، (2006)، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة.
- فاروق، ياسر الأمير، (2011)، الاعتراف المُعفي من عقوبة الرشوة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- محمد، محمود عبد العزيز، (2009)، الاعتراف الدليل والتدليل فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر.
- نجم، محمد صبحي، (1998)، قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- هليل، فرج علواني، (2006)، التحقيق الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

ثالثاً: الأبحاث والرسائل العلمية

- بنباصر، يوسف، (2006)، التطور الحقوقي للاعتراف في المنظومة القانونية والقضائية، العدد9، مجلة الملف.

رابعاً: التشريعات و القوانين

- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (9) لسنة 1961.

منشورات مركز عدالة.

القواعد القانونية لإنجاز عملية اندماج الشركات التجارية (دراسة مقارنة)

وليد عبد علي الشخانبة *

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.10](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.10)

* قسم القانون المقارن، كلية الشيخ نوح القضاة للتشريعة والقانون، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، الاردن.
تاريخ استلام البحث 2023/01/14 | تاريخ قبول البحث 2023/03/05

* للمراسلة: Waleed.a.shakhanbeh@hotmail.com

الملخص

تناول الباحث في هذه الدراسة العديد من الإجراءات التي يجب اتخاذها لإنجاز عملية الاندماج، وتتمثل هذه الإجراءات بالإعداد للمرحلة التحضيرية للاندماج بالإضافة إلى بعض الإجراءات الخاصة بهذه العملية، ثم عملية الإنجاز النهائي للاندماج من خلال البحث في مسألة الموافقة الرسمية عليها ثم مرحلة شهر الاندماج. قسمت هذه الدراسة إلى فصلين: تناول الفصل الأول موضوع التحضير لمرحلة الاندماج وإجراءاته، وخصص الفصل الثاني لمرحلة الإنجاز النهائي لعملية الاندماج، وأخيراً انتهت هذه الدراسة بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الكلمات الدالة: إجراءات الاندماج، الإنجاز النهائي، شهر الاندماج، الهيئة العامة للشركة.

Legal Rules for the Completion of Commercial Companies Merger (Comparative Study)

Waleed Abed Ali Alshakhanbeh *

* Department of Comparative Law, Faculty of Sheikh Noah El-Qudha for Sharia and Law, The World Islamic Science & Education University, Jordan

* Crossponding author: Waleed.a.shakhanbeh@hotmail.com

Received: 14/01/2023.

Accepted: 05/03/2023.

Abstract

In this study, the researcher dealt with several procedures that must be taken to complete the merger process, and these procedures are represented by preparing the preparatory stage for the merger, in addition to some procedures of this process, then the process of final completion of the merger through researching official approval and then the stage of the announcement of the merger. This study was divided for two chapters, the first chapter dealt with the subject of preparation of the merger stage and its procedures, and the second chapter was devoted to the final completion stage of the merger process. Finally, this study concluded with a set of results and recommendations.

Keywords: Merger Procedures, Final Completion, Merger Announcement, Company General Assembly.

المقدمة

نتيجة للتطورات الاقتصادية ولحتمية وجود المنافسة التجارية، وجدت الشركات التجارية على مختلف أنواعها، حاجتها إلى الاندماج فيما بينها كوسيلة من شأنها زيادة قدرتها على المنافسة والمحافظة على وجودها واستقلالها.

حيث إن من شأن الاندماج - كقاعدة عامة - تخفيض النفقات التشغيلية، وتوحيد الإدارات المتعددة، ودعم القوة الاقتصادية للشركات ذات العلاقة، والحد من التنافس بينها.

ومقابل هذه الميزة الإيجابية للاندماج فإن هناك العديد من العيوب التي يمكن أن تنتج عنه وتتمثل بظهور الشركات الاحتكارية التي تؤدي إلى نتائج سلبية على جودة السلع والأسعار، وانتشار البطالة، وخفض عدد العاملين، وعدم المرونة في الإدارة وسرعة اتخاذ القرار، وحتى يمكن الوصول إلى المنفعة الكبرى من الاندماج يتوجب أن يتم بين الشركات التي يجمعها الغرض المشترك والنتيجة الإيجابية التي يتم الحصول عليها كأثر لعملية الاندماج والمتمثلة بالفوائد التي تحققها الشركات المندمجة والشركاء فيها، وجميع أصحاب العلاقة، إضافة إلى الآثار الإيجابية على الاقتصاد الوطني وازدهاره.

كل هذه الأمور تطلبت من الدول المختلفة التدخل في تنظيم عملية الاندماج بين الشركات بنصوص تشريعية من أجل ضبطها وتنظيمها، مراعاة لمصلحتها ولتحقيق النتائج المرجوة منها.

مشكلة البحث:

معظم الدراسات التي بحثت في موضوع اندماج الشركات ركزت على الجوانب الاقتصادية على الرغم من كثرة القضايا القانونية التي يثيرها الاندماج سواء قبل الاندماج أو أثناءه أو بعده، وحيث إن الدراسات التي تطرقت إلى موضوع الاندماج قليلة جداً جاء هذا البحث ليسلط الضوء على بعض من القواعد القانونية المتبعة لإنجاز عملية اندماج الشركات التجارية كخطوة لسد بعض أوجه النقص في هذه الدراسات القانونية.

أهمية البحث:

جاء اختيار موضوع هذا البحث لبيان بعض المسائل القانونية الخاصة بعملية اندماج الشركات التجارية وخاصة المرحلة التحضيرية وإجراءاتها؛ لما لهذه المرحلة من أهمية بالغة لتحديد شكل الاندماج في المرحلة التي تليها، ثم الإشارة إلى بعض المسائل الهامة الأخرى مثل: عقد الاندماج وعملية الإنجاز النهائي مروراً بالموافقة الرسمية على الاندماج وصولاً لشهر الاندماج.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان موضوع اندماج الشركات بشكل عام، وتبسيط الضوء على بعض الإجراءات الهامة في مراحل الاندماج بشكل خاص، ومنها المرحلة التمهيديّة للاندماج لما لهذه المرحلة من أهمية قصوى في تحديد الآثار التي ستصرف لكل من الشركات ذات العلاقة، وما يتخلل هذه المرحلة وصولاً لمرحلة هامة أخرى، وهي الإنجاز النهائي لعملية الاندماج ثم شهره.

أسئلة الدراسة:

سيحاول هذا البحث الإجابة عن العديد من الأسئلة القانونية، ومنها على سبيل المثال:

- آلية التحضير لمرحلة الاندماج وإجراءاتها.
- عملية الإنجاز النهائي للاندماج والموافقة الرسمية عليها.
- آلية شهر الاندماج.

المنهجية:

من أجل تحقيق أهداف هذا البحث تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي، والأسلوب المقارن وذلك عن طريق تحليل التشريعات ذات العلاقة في هذا البحث، بالإضافة للإشارة إلى تحليل بعض الآراء الفقهية، بالإضافة إلى إجراء المقارنة التشريعية في بعض المواضيع مع بعض التشريعات العربية.

المبحث الأول

التحضير لمرحلة الاندماج وإجراءاتها

إن عملية الاندماج تتطلب مجموعة من الإجراءات التحضيرية التي يجب القيام بها تمهيداً للوصول إلى إنجاز عقد الاندماج، وسوف يتناول الباحث في هذا المبحث موضوع الإعداد للمرحلة التحضيرية للاندماج ثم الإجراءات الخاصة بعملية الاندماج.

المطلب الأول: الإعداد للمرحلة التحضيرية للاندماج

وهذه المرحلة تتطلب الإعداد الجيد، والدراسات المستفيضة في الجوانب الاقتصادية والمالية للشركات الدامجة والمندمجة، ويتم فيها التفاوض والمناقشات والاقترحات الأولية بين الشركات ذات العلاقة، وقد تتم هذه المفاوضات بصورة مباشرة عبر ممثلي الشركات ذات العلاقة، أو من خلال وسطاء لهذه الغاية، وعادة يقوم بها أصحاب السيطرة ومن لهم القدرة على الإقناع من الشركات بسبب ملكيتهم لنسبة كبيرة من أسهم هذه الشركات، أو ملكيتهم لعدد كبير من حصصها⁽¹⁾.

وفي هذه المرحلة عادةً يتم التفاوض حول الأموال التي تتلقاها الشركة الدامجة وقيمتها، وكيفية سداد ديون الشركة المندمجة، وكذلك بحث جميع المعوقات التي تعترض الاندماج، بما فيها الكيفية التي يتم فيها تقييم أصول وخصوم الشركات، وتاريخ إقفال الحسابات، أو اعتماد الميزانيات⁽²⁾.

(1) المحيسن ، أسامة ، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 ، ص 71 .

(2) الشريف ، عاطف ، اندماج وتقسيم وتغيير الشكل القانوني للشركات التجارية ، مطابع العاصمة ، 2020 ، ص 220، انظر أيضاً: A. Kumar, Mergers and Acquisitions (M&A) Process & Judicial Response, Available on line at amity.edu/Wser Files/Journal/atal.pdf (Accessed 13 Feb 2023)

وعادةً، فإن هذه المفاوضات تتم بطابع من السرية، من أجل المحافظة على أسعار أسهم الشركات ذات العلاقة في سوق الأوراق المالية، وعلى حسن سير العمل في هذه الشركات، وعدم التأثير على المساهمين والدائنين والعمال فيها⁽¹⁾.

وإن هذه المرحلة من التفاوض لها أهمية كبيرة في نجاح الاندماج أو فشله، فإذا لم تتجح هذه الجهود ووصلت إلى طريق الفشل، فإنه يتم صرف النظر عن عملية الاندماج، ولا يترتب عليها أي آثار، ولا يتحمل المفاوضون عن هذه الشركات لأي التزامات، وإذا نجحت الجهود المبذولة وتم الاتفاق على الأمور الجوهرية المتعلقة بالاندماج فإنه يتم تنظيم وثيقة تتضمن الأسس والقواعد التي يقوم الاندماج عليها من النواحي القانونية والاقتصادية والمالية، وتسمى هذه الوثيقة (بروتوكول الاندماج)، علماً بأن هذه الوثيقة ليس لها صفة الإلزام بالنسبة للشركات ذات العلاقة، وإنما هي عبارة عن اتفاق نوايا بينهم يعلنون فيه موافقتهم على الأسس التي يقوم عليها الاندماج⁽²⁾.

وبعد الانتهاء من مرحلة التفاوض والمحادثات، تقوم الشركات ذات العلاقة بتفويض من ينوب عنها بصياغة وتوقيع مشروع (بروتوكول الاندماج)، علماً بأنه لا يقوم مقام عقد الاندماج⁽³⁾، الذي سوف نتكلم عنه فيما بعد.

إن المرحلة التحضيرية للاندماج تركتها التشريعات إلى الشركات ذات العلاقة، التي يحق لها مناقشة ما يناسبها من الموضوعات التي تراها ضرورية للتفاوض والاتفاق عليها، وبعد انتهاء هذه المرحلة يتم الانتقال إلى مرحلة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

أما بخصوص عقد الاندماج فبعد انتهاء المرحلة التحضيرية للاندماج، التي يتم فيها الاتفاق على الأمور الجوهرية المتعلقة بالاندماج، وصياغة الوثيقة التي تتضمن الأسس والقواعد التي يقوم عليها (مشروع بروتوكول الاندماج)، وتوقيعها من قبل المفوضين عن الشركات ذات العلاقة، يتم السير في مرحلة متقدمة لإنجاز الاندماج، حيث أخذت العديد من التشريعات بوجود أن يكون هناك مشروع اندماج يسبق الاندماج، ويبين جميع شروط عملية الاندماج وآثارها، ومن هذه التشريعات قانون الشركات المصري رقم (59) لسنة 1981، حيث بينت المادة (289) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بأنه يعد مشروع عقد الاندماج مجلس الإدارة أو المديرين أو من له حق الإدارة من الشركاء في كل من الشركات الداخلة في الاندماج، ويجب أن يتضمن مشروع العقد دواعي الاندماج وأغراضه والشروط التي يتم بناءه عليها، والتاريخ الذي يتخذ أساساً لحساب أصول وخصوم الشركات المندمجة، والتقدير المبدئي لقيمة أصول وخصوم الشركات المندمجة مع مراعاة القيمة الفعلية للأصول، وكيفية تحديد حقوق كل من

(1) الصغير ، حسام الدين ، النظام القانوني لاندماج الشركات ، طبعة 1 ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1987 ، ص 151 .

(2) الأرياني ، محمود ، اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة - دراسة مقارنة - ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013 ، ص 109 .

(3) محرز ، أحمد ، اندماج الشركات من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص 82 .

المساهمين أو الشركاء في الشركة الجديدة، أو في كل من الشركة أو الشركات المندمجة والشركة الدامجة، ويجب أن يرفق بمشروع العقد تقرير بالأسس التي تم بناءً عليها التقدير المبدئي للأصول والخصوم.

وكذلك قانون الشركات التونسي رقم (93) لسنة 2000، حيث بين الفصل (413) من مجلة الشركات التجارية وجوب أن يسبق الاندماج مشروع اندماج يتضمن أسباب وأهداف وشروط الاندماج، وتسمية وشكل وجنسية ونشاط والمقر الاجتماعي لكل شركة معنية بالاندماج، وكشف في الأصول والخصوم التي تنص على انتقالها كلياً، والتقدير المالي للأصول والخصوم حسب القوائم المالية، وتقدير اقتصادي للمؤسسة يتولاه خبير محاسب أو خبير مختص، والتقدير المالي والاقتصادي للمؤسسة في نفس التاريخ بالنسبة لكافة الشركات، وغيرها من الأمور التي تضبط عملية الاندماج.

وعلى ضوء ذلك فإن مشروع الاندماج يعتبر اتفاقاً يتم إعداده وصياغته من قبل ممثلي إدارات الشركات ذات العلاقة، وتوقيعه من قبلهم، ويتضمن هذا الاتفاق جميع الإجراءات والبيانات والشروط التي سيتم الاندماج استناداً إليها، ويأتي بعد (بروتوكول الاندماج)، ويسبق مرحلة عقد الاندماج، ويعتبر مشروع الاندماج مرحلة رئيسية في عملية الاندماج، تؤكد النية الجادة لإبرام عقد الاندماج، إلا أن هذا المشروع غير ملزم للشركات ذات العلاقة إلا بعد التصديق عليه من قبل الهيئات العامة غير العادية لهذه الشركات⁽¹⁾.

ولكن هناك بعض التشريعات التي أغفلت تسمية مشروع الاندماج، ومنها قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته، حيث تضمنت المادة (225/أ) منها عبارة عقد الاندماج، وكذلك الفقرة (ب) من هذه المادة.

ويرى الباحث حصول الخلط في نص المادة المذكورة فيما بين مشروع الاندماج وعقد الاندماج، حيث بينت المادة المذكورة فقرة (أ) منها أن طلب الاندماج يقدم إلى المراقب مرفقاً ببعض البيانات، ومنها قرار الهيئة العامة غير العادية لكل من الشركات الراغبة في الاندماج، أو قرار جميع الشركاء حسب مقتضى الحال بالموافقة على الاندماج، وفقاً للشروط والبيانات المحددة في عقد الاندماج، بينما في الفقرة (ب) من هذه المادة ورد عبارة عقد الاندماج المبرم بين الشركات الراغبة في الاندماج موقعاً من المفوضين بالتوقيع عن تلك الشركات.

لهذا فإنه من الأفضل ورود عبارة (مشروع الاندماج)، بدلاً من عبارة (عقد الاندماج)، وذلك لأن الاتفاق على الاندماج الذي يتم بين ممثلي هذه الشركات غير ملزم لها، قبل أن يتم إقراره من قبل الهيئة العامة غير العادية لها⁽²⁾.

(1) الصغير، حسام الدين، النظام القانوني لاندماج الشركات، مصدر سابق، ص 246.

(2) حماد، محمد، اندماج الشركات التجارية وفقاً لقانون الشركات الأردني المؤقت، الجامعة الاردنية، 1996، ص 69.

وكذلك فإن قانون الشركات الأردني، لم يبين طبيعة عقد الاندماج، وصياغته، وكذلك البيانات التي يجب أن يتضمنها، مثل دواعي الاندماج وجدواه الاقتصادية، وأنواعه، وتاريخ سريانه، وتحديد حقوق المساهمين والشركاء في كل شركة، وغيرها من المعلومات الضرورية على غرار ما ورد في اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري المذكورة آنفاً، لهذا لا بد من سد النقص التشريعي بهذا الخصوص.

المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بعملية الاندماج

إن إجراءات عملية الاندماج تعتبر أهم مرحلة من مراحل إنجاز الاندماج، حيث يتم في هذه المرحلة تقييم وتقدير الأصول والخصوم للشركات الداخلة فيه، وكذلك ضرورة صدور قرار بالموافقة على هذا الاندماج من قبل الهيئة العامة غير العادية لهذه الشركات إذا كانت شركة مساهمة عامة، أو شركة مساهمة خاصة، أو كانت شركة توصية بالأسهم، أو ذات مسؤولية محدودة، أما إذا كانت شركة تضامن أو توصية بسيطة فإنه يتطلب موافقة جميع الشركاء، وسوف نتكلم عنهما في ما يلي:

1- تقييم وتقدير الأصول والخصوم للشركات الداخلة فيه

من نتيجة الاندماج انتقال الذمة المالية للشركة أو الشركات المندمجة إلى الشركة أو الشركات الدامجة أو الجديدة، وهذا يتطلب إجراء تقييم لأصول وخصوم الشركة المندمجة إذا كان الاندماج بطريق الضم، أما إذا كان الاندماج بطريق المزج فيتطلب الأمر تقييم أصول وخصوم جميع الشركات الداخلة فيه لتكوين شركة جديدة، وهذا يتطلب من الشركة الدامجة أن تقوم بإصدار أسهم بقيمة هذه الموجودات إلى المساهمين في الشركة المندمجة، وهذه الأسهم هي أسهم عينية لأنها تمثل أعياناً قدمتها الشركة المندمجة، فقد تكون أموالاً مادية، أو معنوية، أو منقولة، أو عقارية، ويتطلب ذلك إجراء التقدير الحقيقي والصحيح لتقويم هذه الحصص العينية⁽¹⁾.

وقد حدد قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997، الإجراءات التي يجب القيام بها من أجل تقييم أصول وخصوم الشركات الداخلة في الاندماج، وأن هذا التقدير يتم على مرحلتين:

- المرحلة الأولى :

تتمثل بالتقدير الأولي، حيث تطلبت المادة (225) من هذا القانون تقديم طلب الاندماج إلى مراقب الشركات مرفقاً به الوثائق المطلوبة بما فيها التقدير الأولي لموجودات ومطلوبات الشركات الراغبة بالاندماج بالقيمة الفعلية أو السوقية.

وهذا يتطلب أن تقوم هذه الشركات بالتقدير الأولي من قبل الشركاء أو المساهمين في الشركات الداخلة في الاندماج، وأن يتم التصويت عليه من قبلهم، حيث أوجبت المادة المذكورة إرفاق قرار الهيئة العامة غير العادية لكل من الشركات الراغبة في الاندماج، أو قرار جميع الشركاء حسب مقتضى الحال بالموافقة على الاندماج إلى

(1) شفيق، محسن، الوسيط في القانون التجاري المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957، ص 672.

مراقب الشركات⁽¹⁾، وقد أعطت المادة المذكورة حرية الاختيار لهذه الشركات بين القيمة الفعلية أو السوقية وبما يحقق مصلحتها، الأمر الذي يتطلب أن يكون التقدير صحيحاً وحقيقياً، وأن لا يتم الاعتماد على الميزانيات التي تقدمها الشركات بشكل عشوائي، لأن ذلك يؤثر على حقيقة رأس مال الشركة، وهذا من شأنه التأثير على الشركة نفسها، وعلى حقوق الغير، وأصحاب الأسهم النقدية.

وقد جاء نص المادة المذكورة مطلقاً، بحيث يشمل تقدير موجودات ومطلوبات الشركات الداخلة في الاندماج، سواء كان الاندماج بطريق الضم أو المزج، إلا أنه يلاحظ من نص المادة (222/أ) من القانون السابق أنها حصرت تقييم صافي الأصول والخصوم بطريق الضم بالشركة المندمجة دون الشركة الدامجة، وبالتالي فإن هذا النص يتعارض مع نص المادة (225) من القانون، الذي يشمل الاندماج بطريق الضم أو المزج، وهذا الأمر يتطلب إجراء التعديل اللازم لإزالة التناقض بين هاتين المادتين.

- المرحلة الثانية:

وتتمثل بالتقدير النهائي، حيث تطلبت المادة (228) من قانون الشركات الأردني في حال موافقة الوزير على طلب الاندماج أن يشكل (لجنة تقديرية) يشترك في عضويتها مراقب الشركات أو من يمثله ومدقق حسابات الشركات الراغبة بالاندماج وممثل عن كل شركة، وعدد مناسب من الخبراء والمختصين، وتتولى هذه اللجنة تقدير جميع موجودات الشركات الراغبة بالاندماج ومطلوباتها لبيان صافي حقوق المساهمين أو الشركاء حسب مقتضى الحال في التاريخ المحدد للمزج، وعلى اللجنة تقديم تقريرها للوزير مع الميزانية الافتتاحية للشركة الناتجة عن الاندماج خلال مدة لا تزيد عن تسعين يوماً من تاريخ إحالة الأمر إليها.

ويرى الباحث أن تشكيل هذه اللجنة من أصحاب اختصاص وخبرة من شأنه ضمان تقدير موجودات ومطلوبات هذه الشركات بعدالة، والمحافظة على حقوق المساهمين في هذه الشركات والشركاء والغير من أصحاب الحقوق المختلفة، ولكن قصر تشكيل هذه اللجنة من قبل الوزير في حالة أن يكون الاندماج يتعلق بشركة مساهمة عامة، أو ينتج عنه شركة مساهمة عامة استناداً لأحكام المادة (227) من هذا القانون، وعدم تشكيلها في حال كان طلب الاندماج من الشركات الأخرى التي تكون الموافقة فيها لمراقب الشركات وليس للوزير، فيه قصور تشريعي، بحيث كان من المتوقع أن تشكل لجنة التقدير في جميع حالات الاندماج ومهما كانت الشكل الذي تتخذه الشركة، وهذا أقرب إلى العدالة وضمان أصحاب الحقوق المختلفة في جميع الشركات الداخلة في الاندماج⁽²⁾.

وأخيراً فإن قانون الشركات الأردني يتطلب بعد أن تقوم لجنة التقدير المشكلة بموجب أحكام المادة (228) من القانون المذكور بتقديم تقريرها إلى الوزير والمتضمن تقدير جميع موجودات الشركات الراغبة بالاندماج ومطلوباتها، أن يتم دعوة الهيئة العامة غير العادية للمساهمين لكل شركة من الشركات الداخلة في الاندماج، التي

⁽¹⁾ العكيلي، عزيز، شرح القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 82، انظر أيضاً: Wai Y W, the Validity of Deal Protection Devices in Negotiated Acquisition or Merger Transactions under Anglo-American Law, journal of corporate Law studies, Vol.10, Issue 1,2010 pp.190.

⁽²⁾ ياملكي، أكرم وملحم، باسم، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، 1983، ص 478.

تدعى استناداً لأحكام المادة (230/ج/2) من القانون، وذلك من أجل إقرار نتائج إعادة تقدير موجودات الشركات ومطلوباتها التي قامت به اللجنة المذكورة، واشترط أن يكون إقرارها بأغلبية (75%) من الأسهم الممثلة في الاندماج لكل شركة، فإذا لم تتحقق هذه الأغلبية فإن عملية الدمج تتوقف ولا تتم.

ويرى الباحث من ظاهر نص المادة (230/ج) من القانون المذكور أنه يتعلق بالشركات المساهمة، في حين أن الاندماج يتعلق بجميع الشركات، وهذا يتطلب تعديل النص المذكور بحيث يتوجب موافقة الهيئة العامة غير العادية للمساهمين، أو الشركات حسب مقتضى الحال، على تقرير لجنة التقدير.

أما موقف قانون الشركات المصري رقم (159) لسنة 1981 بخصوص تقييم وتقدير الأصول والخصوم للشركات الداخلة في الاندماج، فقد تطلب عند إصدار الأسهم التي تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة، مراعاة القيمة الفعلية لأصول كل من الشركات المندمجة أو المندمج فيها⁽¹⁾.

وكذلك فقد تطلب هذا القانون في حالة أن دخل في تكوين رأس مال الشركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو عند زيادة رأس المال، حصص عينية مادية أو معنوية، فيتوجب على المؤسسين أو مجلس الإدارة بحسب الأحوال أن يطلبوا إلى الجهة الإدارية المختصة، التحقق مما إذا كانت الحصص قد قدرت تقديراً صحيحاً⁽²⁾.

وأحال هذا القانون إلى اللائحة التنفيذية لتحديد كيفية تقييم أصول الشركات الراغبة في الاندماج وإجراءات وأوضاع وشروط الاندماج⁽³⁾، وقد بينت هذه اللائحة في المادة (290) منها، بأنه يتم التحقق مما إذا كانت الأصول والخصوم بالشركات الراغبة في الاندماج قد قدرت في مشروع عقد الاندماج تقديراً صحيحاً، بتقديم طلب إلى الهيئة العامة لسوق المال يتم نظره طبقاً للمادتين (26) و (27) من هذه اللائحة، اللتين حددتا بصورة دقيقة كيفية تحديد قيمتها بصورة عادلة وحقيقية.

2- صدور قرار الهيئة العامة غير العادية للشركات، أو موافقة جميع الشركاء على الاندماج

سبق أن تكلمنا في المطلب الأول عن المرحلة التحضيرية للاندماج، وكذلك عن عقد الاندماج والجهة المختصة بإعداده وتوقيعه من أصحاب الاختصاص أو من المفوضين قانوناً عن الشركات ذات العلاقة، بعد ذلك تبدأ مرحلة هامة وحاسمة، وهي الحصول على موافقة الهيئة العامة غير العادية للشركات ذات العلاقة على الاندماج أو جماعة الشركاء حسب مقتضى الحال.

(1) م (131) من قانون الشركات المصري رقم 59 لسنة 1981 - القليوبي ، سميحة ، الشركات التجارية ، الطبعة 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989 ، ص 119 .

(2) م (25) من قانون الشركات المصري.

(3) م (130) من قانون الشركات المصري.

إن قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 المعدل بين أن عملية الموافقة على الاندماج تمر بمرحلتين: أولى وثانية.

فالمرحلة الأولى حينما يقدم طلب الاندماج إلى مراقب الشركات، فيتوجب أن يرفق بهذا الطلب قرار الهيئة العامة غير العادية لكل من الشركات الراغبة في الاندماج، أو قرار جميع الشركاء حسب مقتضى الحال بالموافقة على الاندماج وفقاً للشروط والبيانات المحددة في عقد الاندماج⁽¹⁾.

وهذا يتطلب منا الرجوع إلى الأحكام التي تنظم كل شركة حسب شكلها، فإذا كانت الشركة ذات العلاقة شركة تضامن فإن المادة (32/أ) من القانون المذكور بينت أن الشركة تنقضي في حالة اتفاق جميع الشركاء على حلها أو دمجها في شركة أخرى، وهذا الحكم يطبق على شركة التوصية البسيطة استناداً لأحكام المادة (48) من القانون.

أما إذا كانت الشركة مساهمة عامة فإن المادة (2/أ/175) من ذات القانون تطلبت لدمج الشركة أو اندماجها، صدور قرار من الهيئة العامة للشركة في اجتماعها غير العادي، علماً بأن القرارات في الاجتماع غير العادي للهيئة العامة تصدر بأكثرية (75%) من مجموع الأسهم الممثلة بالاجتماع استناداً إلى المادة (175/ب) من القانون المذكور.

وفي حالة كون الشركة ذات العلاقة شركة مسؤولية محدودة فتطلبت المادة (3/أ/67) من القانون أن يصدر قرار دمج الشركة واندماجها عن الهيئة العامة للشركة في اجتماع غير عادي، وأن يتم اتخاذ قرار الاندماج بأكثرية لا تقل عن (75%) من الحصص المكونة لرأس المال الممثلة في الاجتماع، ما لم ينص نظام الشركة على أغلبية أعلى⁽²⁾.

وفي حال كون الشركة من شركات التوصية بالأسهم فقد بينت المادة (83/أ) من القانون المذكور، أن الهيئة العامة تتألف من جميع الشركاء المتضامنين والشركاء المساهمين، ويكون لكل منهم حق حضور اجتماعات الهيئة العامة للشركة ومناقشة الأمور المعروضة عليها والاشتراك بالتصويت على القرارات التي تتخذها، ويكون له من الأصوات في الهيئة العامة بعدد ما يملكه من أسهم في الشركة، علماً بأن المادة (89) من القانون نصت على أنه (تسري على شركات التوصية بالأسهم الأحكام الخاصة بالشركات المساهمة العامة في هذا القانون على كل ما لم يرد عليه النص في هذا الباب).

(1) م (225/أ) من قانون الشركات الأردني .

(2) م 67/د من قانون الشركات الأردني .

وإذا كانت الشركة الداخلة في الاندماج من شركات المساهمة الخاصة فقد بينت المادة (3/77) مكرر من ذات القانون، على أن الهيئة العامة غير العادية تختص بمناقشة وإقرار دمج الشركة أو اندماجها بإحدى طرق الاندماج الواردة في هذا القانون.

وكذلك فقد بينت المادة (79/ب) مكرر، بأنه ما لم يحدد النظام الأساسي للشركة نسباً أعلى يكون نصاب الاجتماع غير العادي للهيئة العامة للشركة المساهمة الخاصة قانونياً بحضور مساهمين يحملون أصالةً أو وكالة أسهماً يبلغ عدد أصواتها (75%) أو أكثر من عدد الأصوات التي يحق لها اتخاذ قرار في اجتماع الهيئة العامة كما يحددها النظام الأساسي للشركة، وقد أوجبت المادة (80/ب) مكرر من ذات القانون أن تتخذ القرارات التي تدخل في اختصاص الهيئة العامة غير العادية للشركة المساهمة الخاصة بأكثرية لا تقل عن (75%) من الأصوات الحاضرة، إلا إذا نص نظام الشركة على نسبة أعلى، علماً بأن القرارات المتعلقة بالاندماج تتطلب الحصول على هذه النسبة⁽¹⁾.

أما المرحلة الثانية من الموافقة على الاندماج فإن قانون الشركات الأردني لم يتوقف على قرار الهيئة العامة غير العادية للشركات الراغبة في الاندماج أو قرار جميع الشركاء حسب مقتضى الحال، التي يجب إرفاقها بالطلب الذي يقدم إلى مراقب الشركات في المرحلة الأولى استناداً لأحكام المادة (225/أ) من هذا القانون، بل تطلب مرحلة ثانية للموافقة على الاندماج، وهذا يتبين من نص المادة (230) من القانون ومفادها أن الوزير يشكل لجنة تنفيذية من رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات الراغبة بالاندماج أو مديرها حسب مقتضى الحال، ومدققي حسابات الشركات للقيام بالإجراءات التنفيذية للاندماج، ومنها دعوة الهيئة العامة غير العادية للمساهمين لكل شركة من الشركات الداخلة في الاندماج لإقرار الموافقة النهائية على الاندماج، على أن يتم إقرارها بأغلبية (75%) من الأسهم الممثلة في الاجتماع لكل شركة.

ويرى الباحث من النص المذكور أنه يتعلق بالشركات المساهمة ويتطلب صدور القرار بأغلبية (75%) من الأسهم، وأنه لا يشمل الشركات غير المساهمة، وهذا يتطلب إعادة الصياغة التشريعية لهذا النص بحيث يشمل جميع الشركات.

أما قانون الشركات المصري رقم (159) سنة 1981، فقد بين الجهات صاحبة الاختصاص بالموافقة على الاندماج، وكذلك الأغلبية المطلوبة للموافقة على قرار الاندماج، فقد بينت المادة (135) من القانون أنه (مع عدم الإخلال بنص المادة (130))، يتم الاندماج بقرار يصدر من الجمعية العامة غير العادية لكل من الشركتين المندمجة والمندمج فيها أو من جماعة الشركاء الذين يملكون أغلبية رأس المال بحسب الأحوال).

(1) العكيلي، عزيز، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 403 .

وقد أعطت المادة (68/ج) من قانون الشركات المصري المذكور أعلاه للجمعية العامة غير العادية الصلاحية بتعديل نظام الشركة ويكون لها الحق بإدماج الشركة أياً كانت أحكام النظام، مع ضرورة مراعاة ما ورد في المادة (68/أ) منها بأنه لا يجوز زيادة التزامات المساهمين ويقع باطلاً كل قرار يصدر من الجمعية العامة يكون من شأنه المساس بحقوق المساهم الأساسية التي يستمدّها بصفته شريكاً.

وقد أحالت المادة (130) من قانون الشركات المصري المذكور أعلاه إلى اللائحة التنفيذية لبيان كيفية تقويم أصول الشركات الراغبة في الاندماج وإجراءات وأوضاع شروط الاندماج، حيث بينت هذه اللائحة في نص المادة (292)، الاختصاص بخصوص الموافقة على عقد الاندماج، حيث نصت على أنه (يختص بالموافقة على عقد الاندماج الجمعيات العامة غير العادية في شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وذلك بالأغلبية اللازمة لتعديل نظام الشركة أو عقد تأسيسها حسب الأحوال).

كما يختص بالموافقة على عقد الاندماج في شركات التضامن والتوصية البسيطة جماعة الشركاء الذين يملكون أغلبية رأس المال ما لم يشترط عقد الشركة أغلبية تزيد على ذلك، ويتعين أن تصدر الموافقة على العقد من الجمعيات العامة غير العادية وجماعة الشركاء في كل من الشركات الدامجة والمندمجة).

ويتبين مما ذكر أعلاه أن القانون تطلب الأغلبية كشرط للموافقة على الاندماج، بما فيها شركات الأشخاص، التي تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة والمعرفة بين الشركاء⁽¹⁾، والأصل أن يتم تعديل العقد فيها بالإجماع، إلا إذا كان هناك أغلبية منصوص عليها في عقد الشركة.

أما بخصوص الأغلبية المطلوبة لإصدار قرار الاندماج، فإنها تختلف من شركة إلى أخرى حسب نوع الشركة ونظامها القانوني، فإذا كانت الشركة المندمجة شركة مساهمة عامة فإنه يتوجب أن يصدر قرار الاندماج بأغلبية ثلاثة أرباع الأسهم الممثلة في الاجتماع وذلك استناداً لأحكام المادة (70/ج) من قانون الشركات.

واستناداً لأحكام المادة (2/71) من القانون فإنه تكون القرارات الصادرة من الجمعية العامة المكونة تكويناً صحيحاً والمنعقدة طبقاً للقانون ونظام الشركة ملزمة لجميع المساهمين سواء كانوا حاضري الاجتماع الذي صدرت فيه هذه القرارات، أو غائبين، أو مخالفين، وعلى مجلس الإدارة تنفيذ قرارات الجمعية العامة.

أما إذا كانت الشركة ذات العلاقة شركة توصية بالأسهم، فيجب أن يصدر هذا القرار بأغلبية ثلاثة أرباع الأسهم الممثلة في اجتماع الجمعية العامة غير العادية بشرط موافقة المديرين، ما لم ينص العقد أو النظام على أغلبية معينة⁽²⁾.

(1) سامي، فوزي، الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 94 .

(2) م 110، 111، 114، 70/ج من قانون الشركات المصري رقم (159) سنة 1981 .

وبخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإن قرار الاندماج يعتبر تعديلاً لعقد الشركة، ويجب أن يصدر بموافقة الأغلبية العددية للشركاء الحائزة لثلاثة أرباع رأس المال ما لم يقض عقد الشركة بغير ذلك⁽¹⁾.

وأخيراً، بالنسبة إلى شركة التضامن والتوصية البسيطة، فإنه يختص بالموافقة على عقد الاندماج، جماعة الشركاء الذين يملكون أغلبية رأس المال، ما لم يشترط عقد الشركة أغلبية تزيد على ذلك⁽²⁾.

ويلاحظ بخصوص شركة التضامن والتوصية البسيطة، ولكونها شركات أشخاص وتقوم على الاعتبار الشخصي، ولكون قرار اندماج الشركة يعتبر حقيقةً بمنزلة تعديل لنظام الشركة، فإنه يتوجب وفقاً للقواعد العامة، اشتراط الإجماع على هذا التعديل، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، أو اشتراط وجود أغلبية خاصة.

المبحث الثاني

الإنجاز النهائي لعملية الاندماج

نظراً لأهمية عملية الاندماج بين الشركات، وأثره في تحقيق التكامل الاقتصادي بينها وتحقيق معدلات إنتاجية عالية، فإن معظم التشريعات لا تكتفي بصدور قرار بالموافقة عليه من قبل الهيئات العامة غير العادية لهذه الشركات أو الموافقة عليه من قبل الشركاء في الشركات ذات الاعتبار الشخصي، بل تطلبت ضرورة الموافقة عليه من قبل الجهات الرسمية المختصة⁽³⁾. وسوف يتناول الباحث في هذا المبحث الموافقة الرسمية على الاندماج ثم شهره.

المطلب الأول: الموافقة الرسمية على الاندماج

بعد أن تتم الموافقة على الاندماج من قبل الهيئات العامة غير العادية للشركات الراغبة في الاندماج، أو قرار جميع الشركاء حسب مقتضى الحال تبدأ الإجراءات للحصول على الموافقات الرسمية لهذا الاندماج، وقد بينت المادة (225) من قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 هذه الإجراءات على الشكل التالي:

أ- يقدم طلب الاندماج لمراقب الشركات مرفقاً بالبيانات التالية:

• قرار الهيئة العامة غير العادية لكل من الشركات الراغبة في الاندماج، أو قرار جميع الشركاء حسب مقتضى الحال بالموافقة على الاندماج، وفقاً للشروط والبيانات المحددة في عقد الاندماج، بما في ذلك التاريخ المحدد للدمج النهائي.

• عقد الاندماج المبرم بين الشركات الراغبة في الاندماج موقعاً من المفوضين بالتوقيع عن تلك الشركات.

(1) م 127 من قانون الشركات المصري .

(2) م (292) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري .

(3) العكيلي، عزيز، الوسيط في الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 523 - 524 .

- قائمة المركز المالي للشركات الراغبة في الاندماج لأقرب تاريخ لقرار الهيئة العامة لكل من الشركات، أو قرار الشركاء بالاندماج مصدقة من مدققي حسابات الشركة.
- البيانات المالية لآخر سنتين ماليتين للشركات الراغبة بالاندماج مصادقاً عليها من مدققي حسابات الشركة.
- التقدير الأولي لموجودات ومطلوبات الشركات الراغبة بالاندماج بالقيمة الفعلية أو السوقية.
- أي بيانات أخرى تتطلبها التشريعات السارية المفعول أو يراها المراقب ضرورية.

وقد أوجب قانون الشركات أن يكون هذا الطلب مستوفياً لجميع شروطه التي حددتها المادة المذكورة، بما فيها الشروط الأخرى التي نصت عليها التشريعات المختلفة، فقد نصت المادة (2/76) من قانون البنوك الأردني رقم (28) سنة 2000 على أنه (لا يجوز للبنك أن يشرع في أي إجراء تنفيذي من إجراءات الاندماج قبل الحصول على موافقة خطية من البنك المركزي)، وكذلك ضرورة التقيد بتقديم أي بيانات يراها مراقب الشركات ضرورية لغاية النظر في طلب الاندماج.

ب- إذا كانت طالبة الاندماج من الشركات المساهمة، فقد ألزمت المادة (226) من قانون الشركات مجلس إدارة كل شركة من الشركات الراغبة في الاندماج، بتبليغ مراقب الشركات، وهيئة الأوراق المالية، وسوق الأوراق المالية، ومركز إيداع الأوراق المالية خلال عشرة أيام من تاريخ اتخاذ قرار الاندماج، ويوقف تداول أسهمها اعتباراً من تاريخ تبليغ ذلك القرار، ويعاد تداول أسهم الشركة الناتجة عن الاندماج بعد انتهاء إجراءات الاندماج وتسجيلها، وفي حالة العدول عن الدمج يعاد تداول أسهم تلك الشركات⁽¹⁾.

وإن نص المادة المذكورة يتعلق بالشركات المساهمة العامة التي يتم تداول أسهمها في السوق المالي، والالتزام بتبليغ مراقب الشركات من مسؤولية مجلس إدارة الشركة استناداً لصلاحياته الواردة في المادة (156) من قانون الشركات.

ج- تطلبت المادة (227) من قانون الشركات من المراقب دراسة طلب الاندماج، والتأكد من أنه مستوفٍ لجميع الشروط القانونية، فإذا كان الاندماج يتعلق بشركة مساهمة عامة، أو ينتج عنه شركة مساهمة عامة، فيجب عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب أن يرفع توصياته إلى وزير الصناعة والتجارة، وبالتالي فإن الوزير هو صاحب الصلاحية بالموافقة على الاندماج المتعلق بشركة مساهمة عامة، أو ينتج عنه شركة مساهمة عامة، وهذا يتفق مع ما ورد في المادة (94) من قانون الشركات، التي أعطت الوزير الصلاحية بناءً على تنسيب المراقب بقبول تسجيل الشركة المساهمة العامة أو رفض هذا التسجيل.

(1) المحيسن، أسامة، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص 76.

وعلى ضوء ذلك، فإن طلب الاندماج الذي يقدم إلى المراقب بخصوص شركة ليست مساهمة عامة، يكون من اختصاصه النظر به، ولا بد من إعادة الصياغة التشريعية لنص المادتين (225) و (227) من قانون الشركات لتحديد صاحب الصلاحية باتخاذ قرار الموافقة على الاندماج⁽¹⁾.

د- بينت المادة (228) من قانون الشركات الأردني، أنه في حال موافقة الوزير على طلب الاندماج المذكور في الفقرة (ج) أعلاه، فإنه يشكل لجنة (تقدير) يشارك في عضويتها مراقب الشركات أو من يمثله، ومدقق حسابات الشركة الراغبة بالاندماج، وممثل عن كل شركة وعدد مناسب من الخبراء المختصين، وتتولى اللجنة تقدير جميع موجودات الشركات الراغبة بالاندماج ومطلوباتها، لبيان صافي حقوق المساهمين أو الشركاء حسب مقتضى الحال في التاريخ المحدد للدمج، وعلى اللجنة تقديم تقريرها للوزير مع الميزانية الافتتاحية للشركة الناتجة عن الاندماج خلال مدة لا تزيد على تسعين يوماً من تاريخ إحالة الأمر إليها، ويحق للوزير تمديد هذه المدة لمدة مماثلة إذا اقتضت الضرورة ذلك، وتحدد أتعاب وأجور اللجنة بقرار من الوزير، وتحملها الشركات الراغبة في الاندماج بالتساوي.

وإن حكم المادة المذكورة يطبق على الشركات المساهمة العامة الراغبة في الاندماج، أو التي ينتج عنها شركة مساهمة عامة، أما الشركات الأخرى فإنها تخضع لموافقة مراقب الشركات.

هـ- بعد أن تقوم (لجنة التقدير) التي قام الوزير بتشكيلها بعد موافقته على طلب الاندماج استناداً لأحكام المادة (228) من قانون الشركات بتقديم تقريرها للوزير مع المرفقات المطلوبة، فإنه يقوم استناداً لأحكام المادة (230) من قانون الشركات بتشكيل (لجنة تنفيذية) من رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات الراغبة بالاندماج، أو مديرها حسب مقتضى الحال، ومدققي حسابات الشركات، للقيام بالإجراءات التنفيذية للاندماج، والمتمثلة بما يلي:

1- تحديد أسهم المساهمين أو حصص الشركاء في الشركات الداخلة في الاندماج من خلال تقديرات (لجنة التقدير) المنصوص عليها في المادة (228).

2- تعديل عقد التأسيس، والنظام الأساسي للشركة الدامجة إذا كانت قائمة، أو إعداد عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج.

3- دعوة الهيئة العامة غير العادية للمساهمين لكل شركة من الشركات الداخلة في الاندماج لإقرار ما يلي، على أن يتم إقرارها بأغلبية (75%) من الأسهم الممثلة في الاجتماع لكل شركة على حدة:

- عقد تأسيس الشركة الجديدة ونظامها الأساسي، أو العقد والنظام المعدلين للشركة الدامجة.
- نتائج إعادة تقدير موجودات الشركات ومطلوباتها، والميزانية الافتتاحية للشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج.
- الموافقة النهائية على الاندماج.

(1) شهاب، عماد، الاندماج وآثاره على الشركاء المساهمين - دراسة مقارنة - ، جامعة جرش، 2018، ص 96 - 70 .

4- تزود اللجنة التنفيذية المشار إليها في المادة (230) من قانون الشركات، مراقب الشركات بمحضر اجتماع الهيئة العامة لكل شركة، وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ انعقاده.

و يرى الباحث أنه من الواضح من نص المادة (230) من قانون الشركات الأردني أنها تتعلق بالشركات المساهمة دون غيرها، حيث تحدثت عن دعوة الهيئة العامة غير العادية للمساهمين لكل شركة من الشركات الداخلة في الاندماج، وذلك للموافقة النهائية على الاندماج، وأن يتم إقراره بأغلبية (75%) من الأسهم الممثلة في الاجتماع لكل شركة.

ولكن كان من الأفضل أن يكون نص المادة (230) المذكور واضحاً، ويبين أن تشكيل اللجنة التنفيذية مقتصرًا على الشركات المساهمة دون غيرها، أو أن يوضح أن هذا النص يتعلق بجميع الشركات سواء كانت مساهمة أو لا.

و- وأخيراً فإن المادة (232) من قانون الشركات بينت على أن مجالس إدارة الشركات التي قررت الاندماج تستمر قائمة إلى أن يتم تسجيل الشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج، وإقرار الحسابات المستقلة، وعندها تقوم اللجنة التنفيذية المذكورة في المادة (230) من قانون الشركات، بتولي إدارة الشركة لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً تدعو خلالها الهيئة العامة للشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج وإقرار الحسابات المستقلة لانتخاب مجلس إدارة جديد بعد توزيع الأسهم الناتجة عن الاندماج وتنتخب مدققي حسابات الشركة.

وقد تطلب قانون الشركات المصري رقم (159) لسنة 1981 المعدل وجوب صدور قرار من الوزير المختص بالموافقة على الاندماج حيث نصت المادة (130) منه على ما يلي (يجوز بقرار من الوزير المختص بعد موافقة اللجنة المنصوص عليها في المادة (18) الترخيص لشركات المساهمة، وشركات التوصية بنوعيتها، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات التضامن سواء كانت مصرية أو أجنبية تزاول نشاطها الرئيسي في مصر، بالاندماج في شركات مساهمة مصرية أو مع هذه الشركات وتكوين شركة مصرية جديدة، وتعتبر في حكم الشركات المندمجة في تطبيق أحكام هذا القانون فروع ووكالات ومنشآت الشركات.....).

كما بينت المادة (294) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وجوب أن يصدر قرار الموافقة بالاندماج من الوزير بعد موافقة اللجنة المنصوص عليها في المادة (18) من القانون.

وهذه اللجنة تشكل بقرار من الوزير المختص لفحص طلبات إنشاء الشركات برئاسة أحد وكلاء الوزارة على الأقل، وعضوية ممثلين عن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، والجهة الإدارية المختصة والهيئة العامة لسوق المال، وثلاثة ممثلين على الأكثر عن الجهات التي تحددها اللائحة التنفيذية⁽¹⁾.

(1) م (18) من قانون الشركات رقم (159) لسنة 1981 وتعديلاته .

وعلى ضوء ذلك فإن موافقة الوزير على طلب الاندماج شرط أساسي لنفاذه، وفي الحالة التي يوافق فيها مساهمو الشركة على الاندماج أو الشركاء في الشركة وحسب مقتضى الحال، دون أن تحصل موافقة الوزير، فلا يعتبر الاندماج نافذاً⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شهر الاندماج

تترتب على الاندماج آثار قانونية كبيرة على جميع الشركات الداخلة فيه، ومن شأنه انقضاء الشركة المندمجة، وزوال شخصيتها المعنوية، وانتقال ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، وكذلك تأثر المراكز القانونية للشركاء والمساهمين فيها، وتأثر حقوق الدائنين والمدينين وغيرهم من أصحاب العلاقة. ولهذا فإن جميع التشريعات تحرص على ضرورة إعلام أصحاب العلاقة بالتغيرات التي طرأت لإعطائهم الفرصة للدفاع عن حقوقهم قانوناً في حال تعرضها إلى أي تجاوز، وأوجب شهر عقد الاندماج وتوثيقه رسمياً⁽²⁾. وقد تطلب قانون الشركات الأردني قيد وتسجيل كل شركة يتم تأسيسها لدى مراقب عام الشركات، وكذلك يتوجب قيد وتسجيل وإشهار كل تغيير أو تعديل يطرأ على عقد الشركة أو نظامها، لأن من شأن الاندماج انقضاء الشركات المندمجة، ويتطلب إشهار هذا الاندماج بحيث يكون حجة بين الشركات ذات العلاقة وفي مواجهة الغير، ومن شأنه إعلام مديني الشركات المندمجة الذين يعتبرون مطالبين بالوفاء للشركة الدامجة⁽³⁾.

فقد نصت المادة (231) من قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997 المذكور على أنه (أ- تتبع إجراءات الموافقة والتسجيل والنشر المقررة بمقتضى هذا القانون لتسجيل الشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج وشطب تسجيل الشركات المندمجة، ب- يعلن المراقب في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين يوميتين محليتين لمرتين متتاليتين موجزاً عن عقد اندماج ونتائج إعادة التقدير والميزانية الافتتاحية للشركة الدامجة والناتجة عن الاندماج وعلى نفقة الشركة).

ويتبين من النص المذكور أن قانون الشركات الأردني حدد الوسيلة التي يتم بها شهر الاندماج، بحيث يتم الإعلان عنه في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين يوميتين محليتين لمرتين متتاليتين، متضمناً موجزاً عن عقد الاندماج، ونتائج إعادة التقدير، والميزانية الافتتاحية للشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص على أنه (تنتقل جميع حقوق و التزامات الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الشركة الناتجة عن الاندماج حكماً بعد انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة

(1) القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 156.

(2) الانطاكي، رزق الله، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1963، ص 584.

(3) الكيلاني، محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص 319 - 320.

وفقاً لأحكام قانون الشركات...⁽¹⁾، حيث رتبت المحكمة هذا الأثر على ضوء انتهاء إجراءات الدمج وتسجيل الشركة الجديدة.

وفي حكم آخر لها قضت بأنه (... إن القول بالوضع الظاهر، غير وارد اذا نشر اندماج الشركة في الجريدة الرسمية، و هذا النشر يعتبر بمثابة إعلان للجميع ولا يجوز إثبات عكسه)⁽²⁾.

ويجب أن يتم التقيد بإجراءات الموافقة والتسجيل والنشر المعتمدة في القانون سواء كان الاندماج بطريق المزج أو بطريق الضم، فإذا كان الاندماج بطريق المزج فيجب اتباع الإجراءات المعتمدة عند تأسيس الشركة ابتداءً، أما إذا كان الاندماج بطريق الضم فيجب تعديل عقد تأسيس الشركة الدامجة، وتسجيله في سجل مراقب الشركات، ونشره في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين محليتين⁽³⁾.

وقد بينت المادة (294) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري، أنه إذا كان ينتج عن الاندماج إنشاء شركة مساهمة جديدة، وجب اتباع إجراءات التأسيس، أما إذا تم الاندماج في شركة قائمة، وجب أن يقدم عقد الاندماج مصحوباً بنظام الشركة التي يتم فيها الاندماج بعد تعديله وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون، ويتم اتباع إجراءات القيد في السجل التجاري، والشهر المنصوص عليها في المادة (75) وما بعدها من اللائحة.

حيث تضمنت المادة (75) من اللائحة أنه (يتم إشهار عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي - بحسب الأحوال - بمكتب السجل التجاري الذي يتبعه مركزها الرئيسي، وذلك بتقديم نسخة من عقد التأسيس والنظام الأساسي، موثقةً أو مصدقاً على التوقيعات الواردة بها طبقاً لما تقضي به نصوص القانون وهذه اللائحة).

ويتعين على مجلس إدارة الشركة أو القائمين بإدارتها بحسب الأحوال أن يودعوا كل تعديل يطرأ على العقد أو النظام بذات المكتب الذي تم فيه الإيداع لأول مرة، كما يؤشر بالتعديلات في السجل التجاري، ولا يحتج بأي تعديل يطرأ على العقد أو النظام بالنسبة إلى الغير إلا من تاريخ إيداعه بمكتب السجل التجاري المختص والتأشير به في السجل، كما يتعين إخطار الإدارة بصورة من القيد في السجل التجاري وكل تعديل يطرأ عليه).

ويتبين لنا مما ذكر أعلاه أن الإشهار يتطلب على الشركة الدامجة أو المندمجة، فالشركة المندمجة تتقضي بالاندماج ويجب شهر هذا الانقضاء، أما بالنسبة للشركة الدامجة فيتطلب إجراء التعديلات اللازمة على عقدها

⁽¹⁾ تمييز حقوق رقم 2001/2445 تاريخ 2001/10/28 ، منشورات عدالة ، وتمييز حقوق رقم 2004/246 تاريخ 2004/6/28 ، منشورات عدالة .

⁽²⁾ تمييز حقوق رقم 1994/182 تاريخ 1994/9/14 ، منشورات عدالة .

⁽³⁾ ياملكي ، أكرم ، القانون التجاري (الشركات) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2017 ، ص 479 .

ونظامها الأساسي، ويتوجب إشهار ذلك، وإذا تم إنشاء شركة جديدة تندمج بها عدة شركات فيتطلب اتخاذ الإجراءات اللازمة لتأسيس شركة جديدة وإشهار هذا التأسيس⁽¹⁾.

بعد أن بينا أحكام شهر الاندماج في قانون الشركات المصري، الذي يطبق على شركة المساهمة والتوصية بالأسهم ذات المسؤولية المحدودة، لا بد من الإشارة إلى أن موضوع شهر الاندماج الذي يتعلق بشركة التضامن والتوصية البسيطة يحكمه قانون السجل التجاري المصري لعام (1976)، الذي تطلب تسجيلها في السجل التجاري، وضرورة التأشير على أي تغيير أو تعديل يطرأ على هذا القيد⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص بأنه: (... كما أنه يجوز لكل من الشركاء التمسك بالبطلان في أي وقت لأنه لا يسقط بمضي المدة ولا يزول إلا إذا استوفيت إجراءات الشهر قبل صدور الحكم به).

وقد تطلب قانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016 وجوب شهر الاندماج وعدم تنفيذه إلا بعد انقضاء (30) يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية⁽³⁾، وكذلك تطلب قانون الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة إعلان الدائنين بقرار الاندماج⁽⁴⁾.

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى موضوع الاعتراض على الاندماج، حيث متى ما اكتملت الإجراءات السابقة، فقد أعطت معظم التشريعات القانونية بما في ذلك المشرع الأردني والمصري الحق لجميع أصحاب العلاقة باتباع الطرق القانونية لغايات حماية حقوقهم عن طريق الاعتراض عليه.

نصت المادة (234) من قانون الشركات الأردني على (أ. يجوز لحملة أسناد القرض ودائني الشركات المندمجة أو الدامجة ولكل ذي مصلحة من المساهمين أو الشركاء الاعتراض إلى الوزير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان في الصحف المحلية بمقتضى أحكام المادة (231) على أن يبين المعارض موضوع اعتراضه والأسباب التي يستند إليها والأضرار التي يدعي أن الاندماج قد ألحقها به على وجه التحديد.

ب. يحيل الوزير الاعتراضات إلى المراقب للبت فيها، إذا لم يتمكن من تسويتها لأي سبب من الأسباب خلال ثلاثين يوماً من إحالتها إليه يحق للمعارض اللجوء إلى المحكمة، ولا توقف هذه الاعتراضات أو الدعوى التي تقام لدى المحكمة قرار الاندماج).

من خلال النص السابق نلاحظ أن المشرع الأردني وسع من أصحاب الحقوق بتقديم الاعتراض حيث أعطى الحق إلى حملة إسناد القرض، وهو الإسناد الذي تطرحه الشركة المساهمة للحصول على قرض تتعهد

(1) البارودي، علي والعريني، محمد، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص 605 .

(2) المصري، حسني، اندماج الشركات وانقسامها، مطبعة حسان، القاهرة، 1986، ص 235.

(3) م (258) من قانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016.

(4) م (290) من قانون الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (32) لسنة 2021 .

الشركة بموجبه بسداد القرض وفوائده وفقاً لشروط الإصدار 1، إلى دائني الشركات المندمجة أو الدامجة ولكل ذي مصلحة من المساهمين أو الشركاء منحهم الحق بتقديمه إلى وزير الصناعة والتجارة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان في الصحف المحلية كما بينت المادة (231) من القانون.

كما أن القانون الأردني تطلب أن يكون الاعتراض جدياً يبين فيه المعترض موضوع اعتراضه والأسباب التي يستند إليها والأضرار التي يدعي أن الاندماج قد الحقها به وبالتالي فإن الاعتراض الذي لم يبين به الأسباب يدل على عدم جديته ولا يكون مقبولاً في هذه الحالة⁽²⁾.

نصت المادة (135) من قانون الشركات المصري على (.... ويجوز للمساهمين الذين اعترضوا على قرار الاندماج في الجمعية أو لم يحضروا الاجتماع بعذر مقبول، طلب التخارج من الشركة واسترداد قيمة أسهمهم وذلك بطلب كتابي يصل إلى الشركة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ شهر قرار الاندماج، وتبين اللائحة التنفيذية الأوضاع والإجراءات الأخرى لهذا الطلب وكيفية البت فيه ...).

على ضوء النص السابق، وبالرجوع أيضاً إلى اللائحة التنفيذية للقانون السابق نجد أن المشرع المصري قد وضع أحكاماً واضحة من شأنها المحافظة على حقوق المساهم في حال عدم موافقته على الاندماج، إذ بينت المادة (295) و (296) من اللائحة التنفيذية الإجراءات الواجبة لاتباع الاعتراض على قرار الاندماج من قبل المساهمين أو الشركاء، وكيفية تقدير الأسهم والحصص العائدة للمساهمين أو الشركاء الذين اختاروا التخارج.

الخاتمة

تبين للباحث أن آثار الاندماج على الشركات ذات العلاقة يبدأ من الإجراءات الواجب اتباعها لإنجاز عملية الاندماج، بحيث تمر بمراحل مختلفة ومنها المرحلة التحضيرية للاندماج مروراً بعقد الاندماج، ثم العديد من الإجراءات الخاصة لهذه العملية من تقييم وتقدير للأصول، والخصوم بمراحله الأولى والثانية لحين مرحلة صدور قرار الهيئة العامة غير العادية للشركات، وتليها عملية الإنجاز النهائي للاندماج، وأخيراً مرحلة شهر الاندماج، كل ما سبق كان دافعاً للبحث في القواعد القانونية ذات العلاقة، وما تم الإشارة إليه في مختلف التشريعات المقارنة، وقد خلص البحث إلى العديد من النتائج والتوصيات، نذكر منها:

أولاً: النتائج

- مشروع الاندماج عبارة عن اتفاق يتم إعداده وصياغته من قبل ممثلي إدارة الشركات الدامجة والمندمجة.
- لم يبين قانون الشركات الأردني طبيعة عقد الاندماج وصياغته والبيانات الواجب أن يتضمنها ومثالها الغاية من الاندماج وجدواه الاقتصادية.

(1) 16/م من قانون الشركات الاردني .

(2) بصبوص، فايز ، اندماج الشركات المساهمة العامة ، دار الثقافة ، 2010، ص 130 .

- تشكيل وزير الصناعة والتجارة للجنة التقديرية من أصحاب الاختصاص من شأنه ضمان تقدير موجودات الشركات بعدالة والمحافظة على حقوق المساهمين في الشركات.
- تطلب القانون الأردني الأغلبية شرطاً للموافقة على الاندماج بما فيها شركات الأشخاص.
- وزير الصناعة والتجارة هو المختص وفقاً لأحكام قانون الشركات الأردني بالموافقة على الاندماج المتعلق بشركة مساهمة عامة، في حين أن مراقب عام الشركات هو المختص بالنظر بالطلبات بخصوص جميع أنواع الشركات ما عدا المساهمة العامة.

ثانياً: التوصيات

- دعوة المشرع الأردني لإدخال عبارة مشروع الاندماج بدلاً من عقد الاندماج في المادة (225) من قانون الشركات الأردني بسبب عدم إلزامية الاتفاق الحاصل بين ممثلي الشركات.
- دعوة المشرع لتوضيح نص المادة (230) من قانون الشركات، حيث يبين النص كما هو أن تشكيل اللجنة التنفيذية مقتصر على الشركات المساهمة دون غيرها، والأصح أن يبين النص بأنه يتعلق بجميع أنواع الشركات سواء مساهمة أو غيرها.
- دعوة المشرع لتعديل نص المادة (230/ج) من قانون الشركات الأردني، لتعلقها بالشركات المساهمة فقط، في حين أن الاندماج يتعلق بجميع أنواع الشركات.
- دعوة المشرع لإعادة صياغة المواد (225) و (227) من قانون الشركات الأردني، لتحديد صاحب الصلاحية باتخاذ قرار الموافقة على الاندماج.
- دعوة المشرع الأردني بتبني نص تشريعي واضح، يوجب أن تتم عملية الاندماج بين الشركات التي يجمعها الغرض المشترك فقط، وذلك لمعالجة حالات التركيز الاقتصادي الذي يؤدي للهيمنة والاحتكار.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية

- د. أسامة نائل المحيسن، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- د. أحمد محمد محرز، اندماج الشركات من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، 1983.
- د. أكرم ياملكي، القانون التجاري (الشركات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2017.
- د. حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، مطبعة حسان، القاهرة، 1986.
- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الثقافة للطباعة والنشر، طبعة أولى، القاهرة، 1987.
- د. رزق الله الأنطاكي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1963.
- د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار الثقافة والنشر، القاهرة، 1992.
- عماد طه فالح شهاب، الاندماج وآثاره على الشركاء المساهمين - دراسة مقارنة - رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة جرش، 2018.
- د. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.
- د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- عاطف ياسين الشريف، اندماج وتقسيم وتغيير الشكل القانوني للشركات التجارية، مطابع العاصمة، 2020.
- د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987.
- د. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
- محمود صالح قائد الأرياني، اندماج الشركات كظاهرة مستحدثة - دراسة مقارنة - ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- محمد علي محمد حماد، اندماج الشركات التجارية وفقاً لقانون الشركات الأردني المؤقت، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1996.
- د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
- د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957.
- فايز بصبوص، اندماج الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة، 2010.

ثانياً: المراجع باللغة الانجليزية:

- Atal Kumar, Mergers and Acquisitions (M&A) Process & Judicial Response, Available on line at amity.edu/Wser Files/Journal/atal.pdf (Accessed 13 Feb 2023)
- Wai Yee Wan, the Validity of Deal Protection Devices in Negotiated Acquisition or Merger Transactions under Anglo-American Law, journal of corporate Law studies, VOI.10, Issue 1,2010 pp.190.

تأثير استخدام الذكاء الاصطناعي على شركات الأدوية

ليلى عنان أحمد برقاوي*

[DOI:10.15849/ZUJLS.230330.11](https://doi.org/10.15849/ZUJLS.230330.11)

تاريخ استلام البحث 2023/02/13.

تاريخ قبول البحث 2023/03/22.

* قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الاردنية، الاردن.

* للمراسلة: [L a i l a 1@h o t m a i l . c o m](mailto:Laila1@hotmail.com)

الملخص

تحقق غالباً شركات الأدوية أرباحاً عن طريق الأدوية الحاصلة على براءة اختراع، وتسوغ شركات الأدوية ارتفاع تكاليف الأدوية بسبب تكلفة التجارب السريرية والمخبرية التي باءت بالفشل، والتي يتم تعويض خسائرها برفع أسعار الأدوية التي تطرحها هذه الشركات في الأسواق. يسعى هذا البحث لربط العلاقة بين الذكاء الاصطناعي وشركات الأدوية والكشف عن الدور الذي سيلعبه الذكاء الاصطناعي في اتاحة المزيد من العقاقير من خلال خفض تكاليفها. يتناول هذا البحث أيضاً العقبات التي تواجهها شركات الأدوية نتيجة استخدام الذكاء الاصطناعي في اكتشافات الأدوية، مثل ملكية الأدوية والحصول على براءة اختراع. وخلص هذا البحث الى تغيير التشريعات وتعديل الاتفاقيات المتعلقة بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية (TRIPS) للسماح بالتقدم التكنولوجي مثل الاعتراف بالذكاء الاصطناعي كمبتكر للأدوية وبهذه الابتكارات كبراءات اختراع، من أجل اتاحة الوصول للمزيد من العقاقير ذات التكلفة المعقولة. ويوصي هذا البحث باستخدام شركات الادوية الذكاء الاصطناعي لتحسين طرق اكتشاف الادوية الجديدة. اما المنهجية المتبعة في هذا البحث فهي مزج بين منهجية البحث القانوني والتحليل المقارن.

الكلمات الدالة: الذكاء الاصطناعي، الأدوية، شركات الأدوية، (TRIPS) ترينس.

The Impact of Using Artificial Intelligence in Pharmaceutical Companies

Laila Anan Ahmed Barqawi*

* Department of Law, Faculty of Law, Al-Zaytoonah University of Jordan, Jordan

* Crossponding author: [L a i l a 1@h o t m a i l . c o m](mailto:Laila1@hotmail.com)

Received: 13/02/2023.

Accepted: 22/03/2023.

Abstract

Pharmaceutical companies generate profits, predominantly, through patented medication. Pharmaceutical companies justify the high costs of medication by offsetting the costs, of tested and failed clinical trials, onto medicines that make it on the market. This paper links the relationship between Artificial Intelligence (AI), pharmaceutical companies and the role that AI will play in increasing access to medicines by decreasing costs of medicines. This article also considers the hurdles that pharmaceutical companies will face, such as ownership and patentability of drugs, as a result of using AI in drug discoveries. This paper concludes and recommends a change in legislation and an amendment of the Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights (TRIPS) to allow for technological advancements such as AI to become recognised as inventors and for AI generated inventions to be patentable in order increase access to affordable medicines as well as utilising AI in pharmaceutical companies to enhance the method of new drug discovery. The methodology utilised in this paper is a hybrid approach between doctrinal legal research methodology and comparative analysis.

Keywords: Artificial Intelligence, access to medicine, pharmaceutical companies, TRIPS.

1. Introduction

Since Artificial Intelligence (AI) was first mentioned in the 1950s, the number of filed AI-related inventions has reached up to 340,000 in 2018.¹ It is now being called the 4th industrial revolution.² Machine learning, in particular, is the dominant technique cited in one third of all identified AI inventions.³

AI includes a wide range of services and there is no ‘agreed definition’ of what constitutes AI. This means that there is no list of situations where AI might apply.⁴ There is consensus, however, that AI includes a form of neural networks and machine learning.⁵

There are many industries that are utilising AI and an area that is witnessing significant attention is healthcare⁶. The benefits of employing AI are evident by AI’s ability to differentiate, for example, on a chest CT scan, between a Covid-19 diagnosis and between community acquired pneumonia.⁷ Further, the pharmaceutical industry is also benefitting from AI as evidenced by companies such as Recursion, which utilises neural networks to analyse ‘images of cells and learn how new drugs affect these cells’.⁸ Additionally, Bayer, has been using AI to diagnose rare illnesses and create new drugs.⁹ AI systems, undoubtedly, have an effect on pharmaceutical companies as they will improve and accelerate the process of developing drugs and will recognise patterns of targeted patients.¹⁰

¹ WIPO, ‘WIPO’s first "technology trends" study probes artificial intelligence: IBM and Microsoft are leaders amid recent global upsurge in AI inventive activity’, Geneva, (31 January 2019, PR/2019/827) < https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0001.html > accessed 7 December 2022; World Intellectual Property Organisation, Technology Trends 2019: Artificial intelligence (1st edn, Geneva WIPO, 2019).

² Lord Kitchin, UKIPO - WIPO conference, keynote speech, Lord Kitchin, Justice of the supreme court, 18 June 2019 < <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190618.pdf> > accessed 7 December 2022, para 1.

³ *ibid* at para 1.

⁴ Economics, research and evidence team at the intellectual property office, “Artificial intelligence a worldwide overview of AI patents and patenting by the UK AI sector”, ISBN 978-1-910790-61-8, June 2019, 5.

⁵ M. Lupu, ‘Artificial intelligence and intellectual property’ (2018) 53 World Patent Information.

⁶ Nasri Ali Falah Aldweikat, ‘Tort Liability for Damages of Artificial Intelligence Robots in The Jordanian Civil Law’, Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal studies, Volume (3), Issue (3), 2022, p.5

⁷ Li, Qin and other, ‘Artificial Intelligence distinguishes COVID-19 from community acquired pneumonia on chest CT’, Radiology 2020 < <https://doi.org/10.1148/radiol.2020200905> >

⁸ C. Metz, ‘Making New Drugs With a Dose of Artificial Intelligence’, The New York Times (San Francisco, Feb 2019) < <https://www.nytimes.com/2019/02/05/technology/artificial-intelligence-drug-research-deepmind.html> > accessed 7 December 2022, para 23. See also Recursion Pharmaceuticals , ‘Recursion Pharmaceuticals Raises \$13M to Discover New Drugs Using Artificial Intelligence’ 17 October 2016 Biotech Business Week, 110. ISSN 1543687X.

⁹ N Martin, ‘Artificial Intelligence Is Being Used To Diagnose Disease And Design New Drugs’, Forbes (30 September 2019) < <https://www.forbes.com/sites/nicolemartin1/2019/09/30/artificial-intelligence-is-being-used-to-diagnose-disease-and-design-new-drugs/#37f5e5ae44db> > accessed 7 December 2022. See also M. Devoy, ‘Artificial intelligence – Technology-driven disease prediction to advance patient care’, Bayer Pharmaceuticals < <http://pharma.bayer.com/en/innovation-partnering/artificial-intelligence-technology-driven-disease-prediction-to-advance-patient-care/> > accessed 7 December 2022.

¹⁰ C. Taylor, ‘AI meets IP’ (PharmaTimes, April 2018) < http://www.pharmatimes.com/magazine/2018/may_2018/ai_and_ip > accessed 7 December 2022, para 1. See also K K Mak and M R Pichika, ‘Artificial intelligence in drug development: present status and future

Moreover, patent offices worldwide have been utilising AI technology, and AI systems are assisting patent offices in the tasks of patent classification and data analysis. For example, Morocco's Industrial and Commercial Property Office (OMPIC) employs Orbite Intelligence, which is 'a commercially available AI-powered patent analytics tool'; this tool searches global patent applications by 'technical domain or keywords and aids in identifying the 'state of the art and the precedence of patents'.¹ OMPIC also employs AI-assisted Optical Character Recognition (OCR) technology that has extended to the processing of patent documents.²

The preceding AI processes have reduced the costs associated with manual data entry³ and thus improved data quality. Moreover, Australia's patent auto classification tool employs 'developed software/machine learning' for patent classifications to 'build sophisticated hierarchy classification models to analyse the contents of each patent case'.⁴ This information is grouped, and then sent to examiners.

Volume, quality and cost of generating information are important factors for utilising AI generated systems.⁵ AI initiatives have also been used by patent offices to reduce administration costs of patents.⁶

The focus of this article is on pharmaceuticals overcoming hurdles in order to be transparent when utilising AI for drug discovery and patenting these drugs to increase access to medicines.

2. The effect of AI technology on increasing access to medicines

It is estimated that approximately 40 pharmaceutical companies, to date, are using and experimenting with AI technology.⁷ Pharmaceutical companies use AI to discover new drugs and employing AI means that pharmaceutical companies will be able to discover new drugs more efficiently. New drug discovery will be based on clinical data, hypotheses and scientific papers which will be fed into AI machines. AI machines will then process the information through deep learning techniques to produce 'the most promising hypotheses'.⁸

prospects'(2019)24 (3) Drug Discovery Today . This article explains the subdivisions which exist in AI that include machine learning, learning without being programmed, and deep learning, where neural networks adapt an learn from experimental data.

¹ For more initiatives see WIPO, 'Index of AI initiatives in IP offices' <https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp> accessed 7 December 2022.

² *ibid*, para 35.

³ *ibid*, para 35.

⁴ *Ibid*, para 1.

⁵ WIPO, 'Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry', WIPO Magazine, September 2018 <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html> accessed 7 December 2022 at para 14.

⁶ For example Brazil, the European Patent Office, Finland, Germany, Japan, Singapore, the UK, the US and WIPO use AI generated systems for patent classifications. WIPO's index of AI initiatives in IP offices <https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp> accessed 7 December 2022.

⁷ S. Smith, '43 pharma companies using artificial intelligence in drug discovery', BenchSci, last updated 2 June 2020 <<https://blog.benchsci.com/pharma-companies-using-artificial-intelligence-in-drug-discovery>> accessed 7 December 2022.

⁸ World Intellectual Property Organisation, Technology Trends 2019: Artificial intelligence (1st edn, Geneva WIPO, 2019), 149; see also Hu, K., Jin, J., Zheng, F. *et al.* 'Overview of behavior recognition based on deep learning'. *Artif Intell Rev* 56, 1833–1865 (2023). <https://doi.org/10.1007/s10462-022-10210-8>.

Different institutions are using AI to find drugs which relate to specific diseases. For example, Predictive Oncology, a US pharmaceutical company, applies AI by analysing large data sets of patient drug treatment in ovarian cancer to produce additional sequential data derived from tumour samples to reach new drug development.¹ Similarly, Pepticom, a Jerusalem-based pharmaceutical company, is using AI to accelerate peptide/insulin-based discoveries of drugs.²

When a process such as discovering new drugs becomes a swifter process the other processes, such as the pre-clinical, clinical trial process with its three phases and the regulatory and manufacturing process, also become more efficient.³ AI could even contribute to revolutionising the clinical trial three phase model, as we know it, to forego the pre-clinical process altogether.⁴

AI applications will be able to predict what molecules will bind best with others. This means that there will be less or even minimal failures in clinical trials and a more streamlined and efficient drug development process⁵. For example, 'Recursion' uses AI to recognise known indications of various known drugs which in turn decreases the amount of time spent on failed clinical trials.⁶

Utilising the assistance of AI means that it will become cheaper to produce new drugs, and therefore, easier to predict the costs and future costs of newly developed drugs. Companies utilise AI technology through using deep learning processes and feeding data from scientific sources such as patents, scientific papers, discoveries and clinical trials to build a reliable base of knowledge.⁷ For example, Benevolent AI, a UK based pharmaceutical company, describes the journey that, data to medicine, takes place in their vision statement which states that a hypothesis for an underlying condition is formulated before a series of testing is conducted to endorse the hypothesis. Once a hypothesis is validated another process commences which

¹ Predictive Oncology, 'Predictive oncology featured in publication discussing the impact of artificial intelligence on cancer treatment' Globe Newswire (New York, 6 November 2019) <<http://investors.predictive-oncology.com/news-releases/news-release-details/predictive-oncology-featured-publication-discussing-impact>> accessed 7 December 2022 at para 5.

² See Pepticom's website <<http://www.pepticom.com/>> accessed 7 December 2022.

³ S. Harrer, P Shah, B Antony, J Hu, "Artificial Intelligence for Clinical Trial Design" (2019) 40 (8) Trends in Pharmacological Science 577-591.

⁴ *ibid*, 578.

⁵ D. L. Labovitz et al, 'Using artificial intelligence to reduce the risk of nonadherence in patients on anticoagulation therapy' (2017) 48 (5) Stroke 1416-1419; F Jiang, Y Jiang, H Zhi et al,

"Artificial intelligence in healthcare: past, present and future" (2017) 2 Stroke and Vascular Neurology 230-243; N Fleming, "How artificial intelligence is changing drug discovery" (2018) 557 Nature 55-57; (as cited in K K Mak and M R Pichika, "Artificial intelligence in drug development: present status and future prospects" (2019) 24 (3) Drug Discovery Today at 774.

⁶ Recursion Pharmaceutical's website <<https://recursionpharma.com/>> accessed 7 December 2022.

⁷ Verdict AI, 'A critical impact: How AI could transform healthcare', Verdict AI's website <<http://verdict-ai.nridigital.com/issue-one/a-critical-impact-how-ai-could-transform-healthcare>> accessed 7 December 2022.

comprises of designing and developing compounds which are targeted towards the most likely group of patients to benefit from that medicine.¹

Another company by the name of *Atomwise* takes the data to medicine journey further, by explaining that their technology is based on a statistical approach which extrapolates data matches and measurements from thousands of protein structures, to reach accurate predictions on the binding of small molecules and proteins.²

Furthermore, *Atomwise's* deep convolutional neural network, AtomNet, for example 'screens more than 100 million compounds each day'³; this allowed *Atomwise* to analyse the technology which reduces Ebola's effectivity in one day rather than months and years.⁴ Similarly, Insilico Medicine aims to complete the drug discovery process within 46 days.⁵

The above processes evidently reduce the discovery time, and thus the costs of discovering new medicines. This means that pharmaceutical companies will not need to offset the costs of R&D onto patented drugs to recoup the costs of R&D and failed clinical trials. For example, the International Federation of Pharmaceutical Manufacturers (IFPMA) state 'On average, only 1 in 5 of our products ever get back their direct R&D investments. Intellectual property rights, whether patents, copyrights, trademarks, or trade secrets, help innovators to recover the sunk costs of research that did not make it to the market'.⁶ The prices of patented drugs, therefore, should reflect the decrease of discovery time.

3. The hurdles that pharmaceutical companies will face as a result of utilising AI in drug discoveries

3.1 Separating ownership and inventorship

Separating ownership and inventorship⁷ is essential when considering whether AI machines can become inventors. The ownership of monopoly rights to an AI patent is an issue which has not been fully considered by the courts.⁸

¹ Benevolent AI, "Our vision", Benevolent AI website <<https://benevolent.ai/our-vision>> accessed 7 December 2022.

² Atomwise's website at para 1 <<https://www.atomwise.com/our-technology/>> accessed 15 December 2019. See also The Medical Futurist, "Top Companies Using A.I. In Drug Discovery And Development" 17 September 2019, The Medical Futurist <<https://medicalfuturist.com/top-companies-using-a-i-in-drug-discovery-and-development/>> accessed 15 December 2019.

³ The Medical Futurist, 'Top Companies Using A.I. In Drug Discovery And Development' (The Medical Futurist, 17 September 2019) <<https://medicalfuturist.com/top-companies-using-a-i-in-drug-discovery-and-development/>> accessed 7 December 2022 at para 7.

⁴ *ibid*, para 7.

⁵ *ibid*, para 8. See also Insilico Medicine's website <<https://insilico.com/#rec41711523>> accessed 7 December 2022.

⁶ IFPMA, 'Discovering medicines and vaccines' (2019) International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations <<http://www.ifpma.org/subtopics/ip-2/?parentid=258>> accessed 7 December 2022 at para 1.

⁷ S Y Tull and P E Miller, "Patenting Artificial intelligence: issues of obviousness, inventorship, and patent eligibility" (2018) 1 RAIL 313.

⁸ M. Curzon, 'AI in drug development: who's the inventor?' (Lexology, June 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bd8371b-e31a-4fe1-8d03-914c6bfc0e80>> accessed 7 December 2022.

Patent offices are currently being tested through Dabus. Dabus is an AI computer¹ and the inventor of two patents.² The group behind Dabus filed patent applications in various countries including USPTO, UKIPO and EPO³. UKIPO has decided not to grant Dabus's application⁴, similarly USPTO and EPO's legal board of appeal have followed suit and rejected the application to name Dabus as an inventor.⁵ Applications are now pending in other countries and it remains to be seen whether Dabus, an AI machine, will be named as an inventor. Intellectual property offices of the UK, EU and US initially had varying responses but the legislators' conclusions were similar and stressed on the importance of the inventor being a natural person.

Perhaps a solution to the inventorship issue is to separate it from ownership. Designating AI inventors or the algorithm owner, or computer's owner as first owners could be a solution.⁶ In this instance, the computer's owner and the AI inventors could be employed by the pharmaceutical company and, therefore, the inventions may be assigned to pharmaceutical companies under the terms of the inventors' employment contracts.

Another solution could be to not list an inventor's name if a drug is developed by AI.⁷ The courts and patent system could be tailored to allow considerations such as innovation and economics take precedence over listing an inventor's name.⁸

More to that effect the law could be amended to allow for an inventor not to be named. There are many jurisdictions that do not require an inventor to be named. For example, Bahrain's patent law grants patents to the inventor or the rights acquirer or partners of an invention and stipulates that 'the name of the inventor shall be mentioned in the patent **unless the same requires in writing not to do so [Emphasis added]**'.⁹

The example above relates to relatively new patent laws that have been implemented. Taking a step back to find out why the naming of the inventor has been listed could be beneficial. This requires a look back at the Travaux préparatoires¹⁰ which, according to the EPO decision, refers to an inventor being a natural person.¹¹ The decision takes into account

¹ The Artificial Inventor Project is the group associated with Dabus. V Hudgins, "Some IP attorneys welcome our inventive robot overlords", 7 August 2019 < https://www.law.com/legaltechnews/2019/08/07/some-ip-attorneys-welcome-our-inventive-robot-overlords/?utm_source=email&utm_medium=enl&utm_campaign=skilledintheheart&utm_content=20190827&utm_term=law > accessed 7 December 2022.

² The patents relate to a food container which ensures food's safety and a rhythmic flickering lamp to be used in emergency situations. L Kelion, "AI system 'should be recognised as inventor'", 1 August 2019 BBC < <https://www.bbc.co.uk/news/technology-49191645> > accessed 7 December 2022.

³ Patents and Applications, [Patents and Applications – The Artificial Inventor Project](#)

⁴ Patent decision (O/741/19) ([ipo.gov.uk](#))

⁵ Register Plus PDF viewer ([epo.org](#)); [16524350_22apr2020.pdf \(uspto.gov\)](#)

⁶ *ibid.*

⁷ World Economic Forum.

⁸ R. Abbott, Hal the inventor: big data and its use by artificial intelligence in: Sugimoto CR, Ekbia HR, Mattioli M (eds.), Big Data is Not a Monolith 14 187-198 MIT Press,

⁹ S. 11 of Bahrain's Law No. 1 of 2004 on Patents and Utility Models.

¹⁰ Travaux préparatoires, document IV/4860/61-F page 64 in specific.

¹¹ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, II paras 24 and 25 fn5.

the legislative history of the Travaux préparatoires which in turn confirms the legislator's understanding that an inventor can only be a natural person.¹

This suggestion is not to be regarded as concealing an AI invention and naming a natural person instead.² The author contends that this paper calls for transparency and therefore concealing the involvement of AI to obtain patents should be discouraged. Naming the inventor is a fundamental principle of patent law and going against this is an offence in some jurisdictions, and is misleading to the public.³

3.2 AI as a separate legal entity

The UK's stance on AI authorship has undergone some confusion which has been caused by the UK's Copyright, Designs and Patents Act 1988 that allows for the authorship of computer-generated works.⁴ This means that the work is not generated by a human author.⁵ However, UKIPO updated its formalities manual in October 2019 to specifically state that an AI Inventor is not recognised as an acceptable inventor as this does not identify a person as is required by the law and a failure to identify a person results in the application being withdrawn⁶.

The UK's stance was tested through Dabus and the Formalities Manual, above stated, was brought into the attention of H. Jones, where he advised that he would determine each case in accordance with the requirements of the law and rules and that if his findings contravene the Formalities manual, then the practice will need to change.⁷

The law in question in the UK is the Patents Act 1977 at s.7, s. 13 and Rule 10 of the Patents Rules 2007.⁸ The UK's Patents Act 1977 at s.7(3) defines an inventor as 'the actual deviser of

¹ EPO decision : In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174 , II para 25 fn 5 refers to the following preparatory documents : document BR/169 e/72 ett/AV/prk, point 31; first preliminary draft of a convention establishing a European system for the grant of patents (1970), Article 15(1); Minutes of the Munich Diplomatic Conference for setting up of a European system for the grant of patents, Munich 10 September to 5 October 1973, point 2039, document BR/84 e71 nan/KM/prk, point 11; document 4488/IV/62-F, Article 157(1); document IV/3858/61-F, Article 70; Vorentwurf eines Abkommens uber ein europaisches Patentrecht ausgearbeitet von der Arbeitsgruppe "Patente" (1962).

² Dr. Kollner has commented on the UKIPO's amended s. 3.05 in its formalities manual by saying 'It will simply bring applicants to lie about the contributions to the invention. They will conceal the AI contribution to the invention and just name a natural person.' Dennemeyer & Associates, 'Can Artificial Intelligence Systems Patent Their Inventions?' (Dennemeyer & Associates ,2 June 2020) <<https://blog.dennemeyer.com/can-artificial-intelligence-systems-patent-their-inventions>> accessed 7 December 2022.

³ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, I -para 12/18

⁴ Copyright, Designs and Patents Act 1988 at s.178.

⁵ ibid.

⁶ Ch.3 sub section 3.05 < <https://www.gov.uk/guidance/formalities-manual-online-version/chapter-3-the-inventor> accessed 8 December 2019> accessed 7 December 2022.

⁷ UK Decision not to Grant: In Re GB1816909.4 / GB1818161.0, para 6.

⁸ The UK's Patents Act 1977 at s.7(2) states:

7(2) A patent for an invention may be granted

(a) primarily to the inventor or joint inventors;

the invention', and s. 13 is concerned with the right of the inventor to be mentioned in any granted patents and the right to be mentioned in any published application.¹

Moreover, the Patents Act 1977 at s.13 states:

(2) Unless he has already given the Patent Office the information hereinafter mentioned, an applicant for a patent shall within the prescribed period file with the Patent Office a statement –

(a) identifying the person or persons whom he believes to be the inventor or inventors; and

(b) where the applicant is not the sole inventor or the applicants are not the joint inventors, indicating the derivation of his or their right to be granted the patent; and, if he fails to do so, the application shall be taken to be withdrawn.²

The UK's decision not to grant Dabus's application concluded that AI is not a person. Furthermore, H. Jones concluded that even if this is incorrect a satisfactory derivation of right has not been established. The EPO's decision was also affixed on the point that the inventor does not meet the requirements laid down in Article 81 and Rule 19(1) of the EPC from the outset and before the oral proceedings³. The EPO further reiterated that Dabus does not meet the formal requirements under the aforementioned article and rule.⁴ EPO's Article 81 and Rule 19(1) refer to satisfying a full designation of the inventor's full address, full name and any given names and where the inventor is not the applicant then a statement indicating the origin to the European patent and the signature of the applicant or his representative.⁵

Moreover, the EPO decision stated that the legal framework of the EPC provides for natural, legal persons and bodies equivalent to legal persons⁶ in reference to Article 58 EPC. Furthermore, in the context of inventorship reference is made only to natural persons. This indicates a clear legislative understanding that the inventor is a natural person.⁷ The EPO in this instance refers to Europe's legislation in protecting the natural person's right to a name⁸ and Article 4(1) Regulation (EU) 2016/679.

(b) in preference to the foregoing, to any person or persons who, by virtue of any enactment or rule of law, or any foreign law or treaty or international convention, or by virtue of an enforceable term of any agreement entered into with the inventor before the making of the invention, was or were at the time of the making of the invention entitled to the whole of the property in it (other than equitable interests) in the United Kingdom;

(c) in any event, to the successor or successors in title of any person or persons mentioned in paragraph (a) or (b) above or any person so mentioned and the successor or successors in title of another person so mentioned; and to no other person

¹ S.13 (a) of the UK's Patent Act 1977

² S.13 (a) of the UK's Patent Act 1977

³ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, I para 16/18.

⁴ Ibid, II para 19, 20 & 21.

⁵ In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174 at I para 8/18. See also Rule 41(2)(c) and Rule 19(1) EPC.

⁶ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, II para 23.

⁷ ibid.

⁸ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, II para 22 refers to s.12 of Germany's BGB, Article 57(2)(4), Article 6 (1) of the Italian Civil Code, Article 2.20(1) Civil Code of the republic of Lithuania

The USPTO has also referred to its statutes which provides that an inventor refers to an individual¹. Moreover, the USPTO concluded to interpret the statutes which states: ‘[w]hoever invents or discovers any new useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent...’ to indicate a natural person based on the ‘Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary’, the pronouns used in 35 U.S.C. s115 and *Univ. of Utah v. Max-Planck-Gesellschaft zur Forderung der Wissenschaften E.V.*²

There are serious contemplations whether AI should be regarded as a legal entity which could be, for example, subject for punishment. Scholars such as Abbott, lead the way in considering whether AI could be awarded legal entity status.³ Although Abbott concluded that AI should not be subject to punishment giving a legal entity status to AI is imperative when considering patents.

The author contends that AI machines cannot be regarded as humans, however, they should not be relegated to mere machines. Pharmaceutical companies seeking to produce AI-generated drugs should champion establishing AI as a separate legal entity. This does not mean that AI should be given human status⁴. This means that AI will be placed in a separate category because we can no longer treat AI machines as simply computers and we cannot upgrade them to human status.

3.3 Innovation

There are many reasons why patent offices may be hesitant to grant patents to AI generated products. For example, there is a genuine fear that AI inventions may suppress human innovation and that AI products should not be patentable because they would stifle human intelligence and R&D sectors.⁵

This was highlighted by H. Jones in his final observations when deciding not to grant Dabus the invention. More specifically, H. Jones highlighted that the fundamental purpose of patents is to increase the prospect of innovation through time specific monopolies granted in exchange of public discourse.⁶ The argument that recognising a machine as the inventor will, therefore, not assist in dissemination of information to the public.

¹ 35 U.S.C. 100 (f)(g); US Petition Decision: In Re: 16/524,350.

² 35 U.S.C. 101; US Petition Decision: In Re: 16/524,350 4, para 3; Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary (10th ed. 2001).

³ See for example R Abbott, A. F. Sarch, “Punishing artificial intelligence: legal fiction or science fiction” (2019) SSRN Electronic Journal, DOI: 10.2139/ssrn.3327485 and R Abbott, “Hal the inventor: big data and its use by artificial intelligence” in: Sugimoto CR, Ekbia HR, Mattioli M (eds.), Big Data is Not a Monolith 14 187-198 MIT Press.

⁴ R Y Yampolskiy, “Could an artificial intelligence be considered a person under the law?” , 5 October 2018 The Conversation < <https://theconversation.com/could-an-artificial-intelligence-be-considered-a-person-under-the-law-102865> > accessed 14 December 2019.

⁵ World Economic Forum, ‘Artificial intelligence collides with Patent Law’ (April 2018, White Paper, REF 160418 - case 00048540) <http://www3.weforum.org/docs/WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf > accessed 7 December 2022.

⁶ UK Decision not to Grant: In Re GB1816909.4 / GB1818161.0, para 28.

However, patenting AI-generated products does not necessarily and conclusively lead to a decrease in innovation because the incentive to innovate is derived from humans.¹ The legislators need to recognise that is always a man behind the machine. It may be worthwhile to provide a fixed term test trial to realise the potentials of AI generated medications especially in improving the public's health.

Additionally, the fear that AI inventions will halt innovation could be overcome by establishing a higher degree test for AI products by raising patentability standards such as non-obviousness.² Similarly, an assessment of the degree of human involvement may be relevant as patentability criteria.³

3.4 Contractual considerations

The result of increased reliance on AI systems is that data, that fuels⁴ AI systems, will become more valuable. Covenants may need to be produced within contracts to prevent datasets being exploited.⁵ This includes costs for all parties involved in the AI process.

The parties need to determine patent assignment upfront, for example will it be the pharmaceutical companies supplying the data, the AI collaborators, the party which identifies that a discovery of a new drug has been made. For instance, in the case of Dabus the inventor presented as an assignee.⁶

Agreeing patent ownership serves is a practical solution to sidestep issues that involved costs and more importantly ownership.

3.5 Patenting AI generated drugs

Patenting of drugs, which were developed through AI, is an issue that has been subject to continuous scrutiny. This is because AI produced medication is developed by a machine. A machine consists of algorithms, mathematical equations and abstract ideas which are not patentable in many, especially developed, countries.

¹ R. Abbott, 'AI-generated Works', (Video, Practical Law- Thomson Reuters, 26 February 2020) <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-024-2125?comp=pluk&_lrTS=20200304163017626&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1&OWSessionId=fe4977e01763499791b9568dfa4edd2e&skipAnonymous=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-024-2125?comp=pluk&_lrTS=20200304163017626&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1&OWSessionId=fe4977e01763499791b9568dfa4edd2e&skipAnonymous=true)> accessed 7 December 2022.

² S. Yanisky-Ravid and X Liu, 'When artificial intelligence systems produce inventions: the 3a era and an alternative model for patent law' [1 March 2017] *Cardozo L. Rev.*

³ E. Fraser, 'Computers as Inventors – Legal and Policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law' (2016) 13 (3) *SCRIPTed*.

⁴ Taylor 2018, para 4.

⁵ *ibid*, para 4.

⁶ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, I para 5/18.

Additionally, if pharmaceutical companies are utilising the assistance of machines to produce drugs, then the criteria for patenting such as non-obviousness¹, as outlined by the Trade Related aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), then is diminished.

The issue of whether AI produced medication is patentable, therefore, is questionable. Patent offices need to have finality and a clear approach towards AI generated inventions when there is a benefit to the public's health.

EPO has introduced measures to tackle patenting drugs which involve AI technology.² These guidelines provide that AI methods are to be treated the same way as mathematical methods. This means that in order for an AI invention to become patentable 'technical character' needs to be established.³ This could mean that patent applications will need to specify more detail regarding the involvement of AI. This will be explored further in the section below.

IPO, has also issued guidelines on patent applications which involve AI generated subject matter and how they will be examined.⁴ IPO concludes that that AI invention is eligible to patent if a known task or technical process is performed by the AI invention⁵. This means that whilst AI generated inventions will not be patentable, inventions which utilise technical elements will be subject to patentability.

The US has evolved its concept of patentable subject matter as seen in the US's supreme court decisions in the Mayo vs Prometheus Laboratories⁶, Alice vs CLS Bank International⁷ and Blue Spike, LLC vs Google Inc⁸. The culmination of these cases resulted in the two step test where courts determine if the patent claim relates to an abstract idea and if it does then step two will apply where an inventive concept will render the invention patent-eligible⁹. These tests have been said to offer little or no guidance in respect of determining if an AI invention is patentable,¹⁰ however it will be interesting to see how the US could decide whether an AI invention is in fact an abstract idea since it was developed by a machine.

¹ Taylor 2018 at para 2.

² Article 3.3.1 European Patent Office <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_3_3_1.htm> accessed 7 December 2022.

³ Lord Kitchin keynote speech (n6) at para 16.

⁴ IPO, Examining patent applications relating to artificial intelligence (AI) inventions: The Guidance, published 22 September 2022, [Examining patent applications relating to artificial intelligence \(AI\) inventions: The Guidance - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/108442/Examining_patent_applications_relati...); A guide for AI- based UK companies <<https://www.sonovate.com/quickview/50-hottest-uk-ai-companies/>> accessed 7 December 2022 .

⁵ IPO, Examining patent applications relating to artificial intelligence (AI) inventions: The Guidance, published 22 September 2022, [Examining patent applications relating to artificial intelligence \(AI\) inventions: The Guidance - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/108442/Examining_patent_applications_relati...); A guide for AI- based UK companies <<https://www.sonovate.com/quickview/50-hottest-uk-ai-companies/>> accessed 7 December 2022 .

⁶ Mayo Collaborative Services V. Prometheus Laboratories, Inc. 566 U.S., 132 S.Ct. 1289 (2012).

⁷ Alice Corp. v. CLS Bank Int'l, 134 S.Ct. 2347, 2355 (2014).

⁸ Blue Spike, LLC v. Google Inc., No. 14-CV01650-YGR, 2015 U.S. Dist. LEXIS 119382.

⁹ K Osenga, "Institutional design for innovation: a radical proposal for addressing sec. 101 patent-eligible subject matter" (2019) 68 Am U L Rev 1191.

¹⁰ *ibid.*

The USPTO has recently asked for guidance regarding this issue and therefore there may be a willingness to change its position in the future.¹ Moreover, USPTO has, recently, issued revised guidelines to deal with inventions involving AI.² The USPTO recommends that applications state whether a patent will need a judicial exception to ensure that patenting AI inventions follow a streamlined and uniform process. The USPTO's guidelines, however, have been criticised for being 'guidelines' rather than laws.³ Similarly, the Canadian government introduced two practice notices in March 2013 to give guidance regarding AI or computer implemented inventions.⁴

4. Amending legislation: WTO's TRIPS

The EPO's judgement states that patentability requirements are laid down solely by articles 52 and 57 of the EPC, 'in line with the TRIPS Agreement and the Strasbourg Agreement'.⁵ If the requirements regarding patentability criteria could be amended in TRIPS then perhaps patent offices will follow suits.

The two relevant Articles in TRIPS are Article 7 and Article 27(1). Article 7 sets out the objectives of TRIPS as follows:

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

Prima facie, this seems a self-explanatory statement that will assist all countries' policy makers and pharmaceutical companies; however, it is ambiguous how these objectives may be implemented within any one country. This ambiguity is observed in many Free Trade

¹ USPTO's initiatives <<https://www.uspto.gov/initiatives/artificial-intelligence>> accessed 7 December 2022.

² USPTO, "Subject Matter Eligibility", USPTO <<https://www.uspto.gov/patent/laws-and-regulations/examination-policy/subject-matter-eligibility>> accessed 7 December 2022; L Leong, "Artificial intelligence and blockchain: US patent office weighs in" 26 February 2019, Oyen Wiggs <https://patentable.com/artificial-intelligence-and-blockchain-us-patent-office-weighs-in/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original> accessed 7 December 2022.

³ R White, "Medical AI: Can patent law keep up with the trajectory of innovation?" Watermark April 30 2019 <<https://www.watermark.com.au/medical-ai-can-patent-law-keep-up-with-the-trajectory-of-innovation/>> accessed 7 December 2022.

⁴ Examination Practice Respecting Purposive Construction—PN2013-02, Gov't Can. (Mar. 8, 2013) <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/wr03626.html>> accessed 7 December 2022.

; Examination Practice Respecting Computer-Implemented Inventions—PN 2013-03, Gov't Can. (Mar. 8, 2013) <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/wr03627.html>> accessed 7 December 2022. See S Esmaili, "Patenting artificial intelligence inventions In Canada" (October 2019) 24 *Gowling WLG* <<https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/patenting-artificial-intelligence-inventions/#footnote-8-referrer>> accessed 7 December 2022.

⁵ EPO decision: In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174, I para 11/18.

Agreements such as the Bahrain US Free Trade Agreement (BUSFTA) which makes no mention of promoting technological innovation between Bahrain and US, nor of the transfer and dissemination of technology. Another example is the Jordan US Free Trade Agreement (JUSFTA) which refers to a desire to ‘foster creativity and innovation’;¹ however, and similar to BUSFTA, there is no mention of encouraging technological knowledge in the manner described above.

If Article 7 is interpreted to the effect of providing technological advancements into each country’s national policies, then this article can grant countries additional policy space and greater access to medicines by allowing for the promotion of technological innovation. This could encompass new and innovative ways of dealing with patents, such as Artificial Intelligence tools, that have become increasingly popular when dealing with intellectual property.²

The utilisation of AI in IP is an evolving area from which developing countries could benefit. AI systems affect outputs, meaning that policymakers will be able to ‘achieve better quality and reduce administration costs’.³ Member countries could utilise AI in its simplest form. For example, WIPO has invented a tool for instant patent translation designed especially for patent documents.⁴ Use of this tool is free of charge, meaning that there are no cost implications for countries that utilise it.

Countries which are in the process of acceding to TRIPS, such as Sudan, might benefit the most from this tool. This is because they are in the process of amending their patent laws, and will therefore need an accurate tool to draft these laws; moreover, use of the tool will reduce translation and outsourcing costs.⁵

As mentioned previously, pharmaceutical companies utilising the assistance of machines to produce drugs means that the criteria for patenting such as inventive step or non-obviousness⁶, as outlined by TRIPS’s Article 27(1)⁷, is diminished. TRIPS at Article 27(1) states that ‘Patents shall be available for any invention, whether product or process, in all fields of technology, provided that it is new, involves an inventive step and is capable of industrial

¹ JUSFTA’s preamble.

² WIPO, ‘Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry’ (WIPO Magazine, September 2018) <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html>

accessed 7 December 2022.

³ ‘WIPO, ‘Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry’ (WIPO Magazine, September 2018) para 14 <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html> accessed 7 December 2022.

⁴ WIPO Translate <<https://www.wipo.int/patentscope/en/wipo-translate/>> accessed 7 December 2022. WIPO has also invented a universal tool that will aid in identifying trademark designs and image searches; however, trademarks are outside the scope of this research.

⁵ A. Supertramp, ‘How IP Offices Use Artificial Intelligence’ (WIPR, 22 May 2019) <<https://www.worldipreview.com/contributed-article/how-ip-offices-use-artificial-intelligence>> accessed 7 December 2022.

⁶ Taylor 2018, para 2.

⁷ Article 27(1) of TRIPS

application'.¹ TRIPS also lists exceptions that countries may include in their national legislation. This article contains considerable flexibility, as it provides a clear definition of what constitutes patentable subject matter and lists three identifiable criteria.

The WTO recognises that AI is one of the technologies which will have an impact on future trade.² This means that more specific AI-patenting discussions should come into focus. The WTO is aware of the impact that AI can have in relation to access to medicine and therefore amending TRIPS, in line with achieving the greatest access to medicine through AI products, should be on its next agenda. Arguments when considering AI should now be steered towards benefiting rather than pointing out the negative implications of AI. Helpfully, amending TRIPS is feasible as evidenced by the amendment which took effect on 23 January 2017.³

More specifically, pharmaceutical companies have the power to influence WTO members⁴ to introduce amendments to TRIPS's Article 27(1) to address computer-generated inventions. The influences of pharmaceutical companies on lobbying the WTO are beyond the scope of this paper.

Changing the current legislation is the most straightforward solution as highlighted in UKIPO's decision, as H. Jones stated that this is a possibility by stating that the current system does not cover such inventions and that technology and times have moved on.⁵

Additionally, another method to ensure the patentability of AI products is to detail the use of AI in the patent applications. The purpose of this is to highlight the usefulness of the AI product and the impact that this will have on access to health. The detailed use of AI, therefore, should be 'transformative' and not merely an extension of 'human endeavour'.⁶ Perhaps TRIPS, at Article 29 which currently requires an applicant to 'disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for the invention to be carried out by a person skilled in the art...', could be amended to include more guidance on disclosing more information regarding computer generated inventions.⁷

¹ TRIPS Article 27

² WTO, "World trade report 2018: the future of world trade: How digital technologies are transforming global commerce", <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf> accessed 7 December 2022.

³ WTO, "Amendment of the TRIPS agreement" <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm>.

⁴ Pharmaceutical companies' influence can be traced back to the GATT negotiations. B Baker and T Avafia, "The evolution of IPRS from humble beginnings to the modern day TRIPS-plus era: implications for treatment access." (7-9 July 2011) Working Paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group of the Global Commission on HIV and the Law <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF/0583.pdf>> accessed 15 December 2019 at 9. See also P Drahos, 'Who owns the knowledge economy: political organizing behind TRIPS' (2004) 32 The Corner House: Briefing <<http://www.thecornerhouse.org.uk/resource/who-owns-knowledge-economy>> accessed 15 December 2019.

⁵ UK Decision not to grant: In Re GB1816909.4 / GB1818161.0, para 29.

⁶ R. White, 'Medical AI: Can patent law keep up with the trajectory of innovation?', (Watermark, 30 April 2019) <<https://www.watermark.com.au/medical-ai-can-patent-law-keep-up-with-the-trajectory-of-innovation/>> accessed 7 December 2022 at para 13.

5. Conclusion

This article highlights the benefits of AI and discusses the concerns that may prevent pharmaceutical companies from investing in AI technology. It also recommends that pharmaceutical companies utilise AI to increase access to medicine by improving and speeding up new drug discovery. This, in turn, will yield cheaper and affordable patented medications, fewer or no delays in producing generic drugs, and improve transparency in costs.

Pharmaceutical companies may be dissuaded from utilising AI because patenting of drugs which involve AI technology is an issue. Intellectual property offices are considering computer generated technologies and guidelines have been introduced, for example by UKIPO and USPTO, to address this area. The author states that patent offices should reconsider their guidelines so that they can increase transparency where AI developed drugs and where AI technology has been used.

The author makes recommendations to deal with patenting AI drugs which include agreeing costs upfront with the parties, as well as clarifying ownership and inventorship issues. Further recommendations include that in order for pharmaceutical companies to argue for the use of AI generated products, then it will need to exert its existing influence on developed countries to allow for computer generated inventions within the definition of TRIPS, and particularly, in line with TRIPS's Article 7 and 27(1). The author urges pharmaceutical companies to influence policymakers in developed countries and members of WTO to amend Article 27(1) of TRIPS to include criteria to patent and regulate AI-generated products. The author further argues that WTO's dialogue should be geared towards shifting the perception of how AI could benefit humankind and increase access to medicines. Pharmaceutical companies should also champion establishing AI as a separate legal entity as there should be an emphasis on what is being generated and how it would benefit public health.

Bibliography

- 'WIPO, 'Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry' (WIPO Magazine, September 2018) para 14 <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html> accessed 27 July 2020.
- 35 U.S.C. 100 (f)(g); US Petition Decision: In Re: 16/524,350.
- A guide for AI- based UK companies < <https://www.sonovate.com/quickview/50-hottest-uk-ai-companies/> > accessed 27 July 2020 .
- Alice Corp. v. CLS Bank Int'l, 134 S.Ct. 2347, 2355 (2014).
- Atomwise's website <t <https://www.atomwise.com/our-technology/>> accessed 15 December 2019.
- B Baker and T Avafia, "The evolution of IPRS from humble beginnings to the modern day TRIPS-plus era: implications for treatment access." (7-9 July 2011) Working Paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group of the Global Commission on HIV and the Law <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF/0583.pdf> >accessed 15 December 2019
- Bahrain's Law No. 1 of 2004 on Patents and Utility Models.

- Bahrain’s Law No. 1 of 2004 on Patents and Utility Models.
- Benevolent AI, “Our vision”, Benevolent AI website <<https://benevolent.ai/our-vision>> accessed 27 July 2020.
- Blue Spike, LLC v. Google Inc., No. 14-CV01650-YGR, 2015 U.S. Dist. LEXIS 119382.
- Civil Code of the republic of Lithuania
- Copyright, Designs and Patents Act 1988 at s.178.
- Dr. Kollner, Dennemeyer & Associates, ‘Can Artificial Intelligence Systems Patent Their Inventions?’ (Dennemeyer & Associates ,2 June 2020) <<https://blog.dennemeyer.com/can-artificial-intelligence-systems-patent-their-inventions>>accessed 27 July 2020.
- Economics, research and evidence team at the intellectual property office, “Artificial intelligence a worldwide overview of AI patents and patenting by the UK AI sector”, ISBN 978-1-910790-61-8, June 2019, 5.
- EPO decision : In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174 , I para 5/18.
- European Patent Office <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_3_3_1.htm> accessed 27 July 2020.
- Examination Practice Respecting Computer-Implemented Inventions—PN 2013-03, Gov’t Can. (Mar. 8, 2013) <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/wr03627.html>> accessed 27 July 2020.
- Examination Practice Respecting Purposive Construction—PN2013-02, Gov’t Can. (Mar. 8, 2013) < <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/wr03626.html> > accessed 27 July 2020.
- F Jiang, Y Jiang , H Zhi et al,“Artificial intelligence in healthcare: past, present and future” (2017) 2 Stroke and Vascular Neurology 230-243
- Fraser, ‘Computers as Inventors – Legal and Policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law’ (2016) 13 (3) SCRIPTed .
- Germany’s BGB
- Hu, K., Jin, J., Zheng, F. et al. ‘Overview of behavior recognition based on deep learning’.Artif Intell Rev 56, 1833–1865 (2023). <https://doi.org/10.1007/s10462-022-10210-8>.
- IFPMA, ‘Discovering medicines and vaccines’ (2019) International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations < <http://www.ifpma.org/subtopics/ip-2/?parentid=258> > accessed 27 July 2020.
- In Re EP 18 275 163 / In Re 18 275 174 at I para 8/18.
- Insilico Medicine’s website < <https://insilico.com/#rec41711523>> accessed 27 July 2020.
- IPO, Examining patent applications relating to artificial intelligence (AI) inventions: The Guidance, published 22 September 2022, [Examining patent applications relating to artificial intelligence \(AI\) inventions: The Guidance - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1046202/examining-patent-applications-relating-to-artificial-intelligence-ai-inventions-the-guidance.pdf); A guide for AI- based UK companies <<https://www.sonovate.com/quickview/50-hottest-uk-ai-companies/>> accessed 27 July 2020 .
- IPO, Examining patent applications relating to artificial intelligence (AI) inventions: The Guidance, published 22 September 2022, [Examining patent applications relating to artificial intelligence \(AI\) inventions: The Guidance - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1046202/examining-patent-applications-relating-to-artificial-intelligence-ai-inventions-the-guidance.pdf)
- Italian Civil Code
- Jordan US Free Trade Agreement .
- K K Mak and M R Pichika, “Artificial intelligence in drug development: present status and future prospects” (2019) 24 (3) Drug Discovery Today at 774.

- K Osenga, “Institutional design for innovation: a radical proposal for addressing sec. 101 patent-eligible subject matter” (2019) 68 Am U L Rev 1191.
- K. K Mak and M R Pichika, ‘Artificial intelligence in drug development: present status and future prospects’(2019)24 (3) Drug Discovery Today .
- L Kelion, “AI system 'should be recognised as inventor'”, 1 August 2019 BBC < <https://www.bbc.co.uk/news/technology-49191645>> accessed 27 July 2020.
- L Leong, “Artificial intelligence and blockchain: US patent office weighs in’ 26 February 2019.
- L. Labovitz et al, ‘Using artificial intelligence to reduce the risk of nonadherence in patients on anticoagulation therapy’ (2017) 48 (5) Stroke 1416-1419
- Li, Qin and other, ‘Artificial Intelligence distinguishes COVID-19 from community acquired pneumonia on chest CT’, Radiology 2020 < <https://doi.org/10.1148/radiol.2020200905>>
- Lord Kitchin, UKIPO - WIPO conference, keynote speech, Lord Kitchin, Justice of the supreme court,18 June 2019 <<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190618.pdf>> accessed 27 July 2020.
- M. Curzon, ‘AI in drug development: who’s the inventor?’ (Lexology, June 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bd8371b-e31a-4fe1-8d03-914c6bfc0e80>> accessed 27 July 2020.
- M. Devoy, ‘Artificial intelligence – Technology-driven disease prediction to advance patient care’, Bayer Pharmaceuticals < <http://pharma.bayer.com/en/innovation-partnering/artificial-intelligence-technology-driven-disease-prediction-to-advance-patient-care/> >accessed 27 July 2020.
- M. Lupu, ‘Artificial intelligence and intellectual property’ (2018) 53 World Patent Information.
- Mayo Collaborative Services V. Prometheus Laboratories, Inc. 566 U.S., 132 S.Ct. 1289 (2012).
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary (10th ed. 2001).
- Metz, ‘Making New Drugs With a Dose of Artificial Intelligence’, The New York Times (San Francisco, Feb 2019) < <https://www.nytimes.com/2019/02/05/technology/artificial-intelligence-drug-research-deepmind.html> > accessed 27 July 2020.
- Minutes of the Munich Diplomatic Conference for setting up of a European system for the grant of patents, Munich 10 September to 5 October 1973, point 2039, document BR/84 e71 nan/KM/prk, point 11; document 4488/IV/62-F, Article 157(1); document IV/3858/61-F, Article 70; Vorentwurf eines Abkommens uber ein europaisches Patentrecht ausgearbeitet von der Arbeitsgruppe “Patente” (1962), Article 157.
- N Fleming, “How artificial intelligence is changing drug discovery” (2018) 557 Nature 55-57
- N Martin, ‘Artificial Intelligence Is Being Used To Diagnose Disease And Design New Drugs’, Forbes (30 September 2019) <<https://www.forbes.com/sites/nicolemartin1/2019/09/30/artificial-intelligence-is-being-used-to-diagnose-disease-and-design-new-drugs/#37f5e5ae44db> > accessed 27 July 2020.
- Nasri Ali Falah Aldweikat, ‘Tort Liability for Damages of Artificial Intelligence Robots in The Jordanian Civil Law’, Al-Zaytoonah University of Jordan Journal for Legal studies, Volume (3), Issue (3), 2022, p.5
- NHS , ‘NHS aims to be a world leader in artificial intelligence and machine learning within 5 years’ NHS (5 June 2019) < <https://www.england.nhs.uk/2019/06/nhs-aims->


- [to-be-a-world-leader-in-ai-and-machine-learning-within-5-years/](#) >accessed 27 July 2020.
- Oyen Wiggs < https://patentable.com/artificial-intelligence-and-blockchain-us-patent-office-weighs-in/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original > accessed 27 July 2020.
 - P. Drahos, ‘Who owns the knowledge economy: political organizing behind TRIPS’ (2004) 32 The Corner House: Briefing < <http://www.thecornerhouse.org.uk/resource/who-owns-knowledge-economy> > accessed 15 December 2019.
 - Patents and Applications, [Patents and Applications – The Artificial Inventor Project](#)
 - Pepticom’s website <<http://www.pepticom.com/>> accessed 27 July 2020.
 - Predictive Oncology, ‘Predictive oncology featured in publication discussing the impact of artificial intelligence on cancer treatment’ Globe Newswire (New York, 6 November 2019) <<http://investors.predictive-oncology.com/news-releases/news-release-details/predictive-oncology-featured-publication-discussing-impact>> accessed 27 July 2020.
 - Preparatory documents: document BR/169 e/72 ett/AV/prk, point 31
 - R Abbott, “Hal the inventor: big data and its use by artificial intelligence” in: Sugimoto CR, Ekbia HR, Mattioli M (eds.), Big Data is Not a Monolith 14 187-198 MIT Press.
 - R Abbott, A. F. Sarch, “Punishing artificial intelligence: legal fiction or science fiction” (2019) SSRN Electronic Journal, DOI: 10.2139/ssrn.3327485
 - R White, “Medical AI: Can patent law keep up with the trajectory of innovation?” Watermark April 30 2019 < <https://www.watermark.com.au/medical-ai-can-patent-law-keep-up-with-the-trajectory-of-innovation/> > accessed 27 July 2020.
 - R Y Yampolskiy, “Could an artificial intelligence be considered a person under the law?” , 5 October 2018 The Conversation < <https://theconversation.com/could-an-artificial-intelligence-be-considered-a-person-under-the-law-102865> >accessed 14 December 2019.
 - R. Abbott, ‘AI-generated Works’, (Video, Practical Law- Thomson Reuters, 26 February 2020) < [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-024-2125?comp=pluk&_lrTS=20200304163017626&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1&OWSessionId=fe4977e01763499791b9568dfa4edd2e&skipAnonymous=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-024-2125?comp=pluk&_lrTS=20200304163017626&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1&OWSessionId=fe4977e01763499791b9568dfa4edd2e&skipAnonymous=true)> accessed 27 July 2020.
 - R. Abbott, Hal the inventor: big data and its use by artificial intelligence in: Sugimoto CR, Ekbia HR, Mattioli M (eds.), Big Data is Not a Monolith 14 187-198 MIT Press.
 - R. White, ‘Medical AI: Can patent law keep up with the trajectory of innovation?’ , (Watermark, 30 April 2019) < <https://www.watermark.com.au/medical-ai-can-patent-law-keep-up-with-the-trajectory-of-innovation/> > accessed 27 July 2020 at para 13.
 - Recursion Pharmaceutical’s website < <https://recursionpharma.com/>> accessed 27 July 2020.
 - Recursion Pharmaceuticals , ‘Recursion Pharmaceuticals Raises \$13M to Discover New Drugs Using Artificial Intelligence’ 17 October 2016 Biotech Business Week, 110. ISSN 1543687X.
 - S Esmaili, “Patenting artificial intelligence inventions In Canada” (October 2019) 24 *Gowling WLG* < <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/patenting-artificial-intelligence-inventions/#footnote-8-referrer>> accessed 27 July 2020.
 - S Y Tull and P E Miller, “Patenting Artificial intelligence: issues of obviousness, inventorship, and patent eligibility” (2018) 1 RAIL 313.

- S. Harrer, P Shah, B Antony, J Hu, “Artificial Intelligence for Clinical Trial Design” (2019) 40 (8) Trends in Pharmacological Science 577-591.
- S. Smith, ‘43 pharma companies using artificial intelligence in drug discovery’, BenchSci, last updated 2 June 2020 <<https://blog.benchsci.com/pharma-companies-using-artificial-intelligence-in-drug-discovery> >accessed 27 July 2020.
- S. Yanisky-Ravid and X Liu, ‘When artificial intelligence systems produce inventions: the 3a era and an alternative model for patent law’ [1 March 2017] Cardozo L. Rev.
- Supertramp, ‘How IP Offices Use Artificial Intelligence’ (WIPR, 22 May 2019) <<https://www.worldipreview.com/contributed-article/how-ip-offices-use-artificial-intelligence>> accessed 27 July 2020.
- Taylor, ‘AI meets IP’ (PharmaTimes, April 2018) <http://www.pharmatimes.com/magazine/2018/may_2018/ai_and_ip > accessed 27 July 2020.
- The Medical Futurist, ‘Top Companies Using A.I. In Drug Discovery And Development’ (The Medical Futurist, 17 September 2019) <<https://medicalfuturist.com/top-companies-using-a-i-in-drug-discovery-and-development/> accessed 27 July 2020 at para 7.
- The Medical Futurist, “Top Companies Using A.I. In Drug Discovery And Development” 17 September 2019, The Medical Futurist <<https://medicalfuturist.com/top-companies-using-a-i-in-drug-discovery-and-development/> >accessed 15 December 2019.
- The UK’s Patents Act 1977.
- Travaux Préparatoires, document IV/4860/61-F page 64 in specific.
- TRIPS
- UK Decision not to grant: In Re GB1816909.4 / GB1818161.0.
- UK Government, “Patenting your invention”, Gov.uk <<https://www.gov.uk/patent-your-invention/before-you-apply>> accessed 27 July 2020.
- UK Intellectual Property Office decision [Patent decision \(O/741/19\) \(ipo.gov.uk\)](https://www.ipo.gov.uk/patent-decision-o74119/)
- UK’s Patent Act 1977
- UKIPO <<https://www.gov.uk/guidance/formalities-manual-online-version/chapter-3-the-inventor> accessed 8 December 2019> accessed 27 July 2020.
- USPTO, “Subject Matter Eligibility”, USPTO <<https://www.uspto.gov/patent/laws-and-regulations/examination-policy/subject-matter-eligibility>> accessed 27 July 2020
- USPTO, [Register Plus PDF viewer \(epo.org\); 16524350_22apr2020.pdf \(uspto.gov\)](https://www.uspto.gov/patent/laws-and-regulations/examination-policy/subject-matter-eligibility)
- USPTO’s initiatives <<https://www.uspto.gov/initiatives/artificial-intelligence>> accessed 27 July 2020.
- V. Hudgins, “Some IP attorneys welcome our inventive robot overlords”, 7 August 2019 <https://www.law.com/legaltechnews/2019/08/07/some-ip-attorneys-welcome-our-inventive-robot-overlords/?utm_source=email&utm_medium=en&utm_campaign=skilledintheheart&utm_content=20190827&utm_term=law > accessed 27 July 2020.
- Verdict AI, ‘A critical impact: How AI could transform healthcare’, Verdict AI’s website <<http://verdict-ai.nridigital.com/issue-one/a-critical-impact-how-ai-could-transform-healthcare>> accessed 27 July 2020.
- WIPO Translate <<https://www.wipo.int/patentscope/en/wipo-translate/>> accessed 27 July 2020.
- WIPO, ‘Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry’, WIPO Magazine, September 2018

- <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html> accessed 27 July 2020 at para 14.
- WIPO, ‘Artificial intelligence and intellectual property: an interview with Francis Gurry’ (WIPO Magazine, September 2018) <https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/05/article_0001.html> accessed 27 July 2020.
 - WIPO, ‘WIPO’s first "technology trends" study probes artificial intelligence: IBM and Microsoft are leaders amid recent global upsurge in AI inventive activity’, Geneva, (31 January 2019, PR/2019/827) <https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0001.html> accessed 27 July 2020.
 - WIPO’s index of AI initiatives in IP offices <https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/search.jsp> accessed 27 July 2022
 - World Economic Forum, ‘Artificial intelligence collides with Patent Law’ (April 2018, White Paper, REF 160418 - case 00048540) <http://www3.weforum.org/docs/WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf> accessed 27 July 2020.
 - World Economic Forum.
 - World Intellectual Property Organisation, Technology Trends 2019: Artificial intelligence (1st edn, Geneva WIPO, 2019).
 - World Intellectual Property Organisation, Technology Trends 2019: Artificial intelligence (1st edn, Geneva WIPO, 2019),149.
 - WTO, “Amendment of the TRIPS agreement”<https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm>.
 - WTO, “World trade report 2018: the future of world trade: How digital technologies are transforming global commerce” , <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/world_trade_report18_e.pdf> accessed 27 July 2020.

Contact us

Al-Zaytoonah University- Amman, Jordan

 zujjis@zuj.edu.jo

 0096264291511

Follow us on

<https://zjjls.zuj.edu.jo>

<https://twitter.com/zujjls>

<https://www.facebook.com/zujjls.zuj>



Scan QR codes